

Concurso de Investigación
Premio Carlos Dupont

2013

Research Contest
Carlos Dupont Award

PASA  APF

Asociación Panamericana de Fianzas
Panamerican Surety Association

Concurso de Investigación
Premio Carlos Dupont

2013

Research Contest
Carlos Dupont Award



Asociación Panamericana de Fianzas
Panamerican Surety Association

Las opiniones y puntos de vista expresados son exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan los de la Asociación Panamericana de Fianzas. Los textos han sido provistos y/o autorizados por los autores. Prohibida la reproducción, el almacenamiento o la transmisión, total o parcial, de los contenidos sin la autorización previa de la Asociación Panamericana de Fianzas.

The views and opinions are expressed in the writers' personal capacities and are their sole responsibility. They do not necessarily reflect those of the Panamerican Surety Association. Texts have been provided and/or authorized by authors. No part of this publication may be reproduced, stored or transmitted without prior permission of the Panamerican Surety Association.



Asociación Panamericana de Fianzas
Panamerican Surety Association

Contenido / Contents

Idioma español (Spanish language)	7
English language (idioma inglés)	35

Índice

El Concurso 9

Los trabajos premiados:

PRIMER PREMIO

**El aseguramiento de los actos dolosos del asegurado
en virtud de pólizas de cumplimiento expedidas en Colombia** 11

MENCIÓN ESPECIAL

**Cómo evitar la trampa global: traspasar los límites nacionales
para acceder a los activos extranjeros de los deudores** 23

El Concurso

La Asociación Panamericana de Fianzas (APF) es una organización sin fines de lucro fundada en 1972 por un grupo de compañías afianzadoras del continente americano. Hoy nuclea a compañías afianzadoras, aseguradoras de crédito y reaseguradoras de fianza y de crédito de todo el mundo.

Con el objeto de estimular y difundir la investigación en estas áreas de negocios, en 1979 las autoridades decidieron la creación del Concurso.

Fue convocado por primera vez para la edición 1980-1981 con el nombre de “Premio Bienal Asociación Panamericana de Fianzas” en razón de su periodicidad inicial. Desde el año 2002 se lo convoca en forma anual.

Este y otros cambios introducidos por las autoridades de la APF a lo largo de los años reflejan su preocupación por mantener despierto el interés en la investigación dentro de nuestra industria.

En cuanto a la denominación del Premio, en 1994 se decidió cambiarla en homenaje al Dr. Carlos Dupont, quien fue Secretario Permanente de la APF desde 1977 hasta 1992 y un gran impulsor y defensor de este Concurso.

Primer Premio

El aseguramiento de los actos dolosos del asegurado en virtud de pólizas de cumplimiento expedidas en Colombia



Luis Felipe Estrada Escobar

Nació en Medellín, Colombia, en junio de 1986. Es abogado, egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Tiene una especialización en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., y cursa una maestría en Derecho de Seguros en la misma Universidad.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto hacer una reflexión en torno al aseguramiento de las conductas dolosas de los funcionarios de las entidades públicas aseguradas en virtud de las pólizas de cumplimiento en Colombia.

Cuando se habla del aseguramiento de dichas conductas, lo que se pretende poner de relieve es el supuesto en el cual la conducta dolosa del funcionario de la entidad asegurada es el desencadenante –en todo o en parte– del incumplimiento del contrato y/o de la disposición legal o reglamentaria cuyo cumplimiento garantizó la compañía aseguradora.

Como ejemplo de estos supuestos, podría indicarse el caso en el que el funcionario de una entidad pública, junto con un contratista de esta, proceden –mediante maniobras criminales– a apropiarse de dineros públicos destinados al contrato cuyo cumplimiento se garantizó. También pueden mencionarse los casos en que los funcionarios de las entidades públicas encargadas del recaudo de impuestos se ponen de acuerdo con empresarios para lograr devoluciones de impuestos fraudulentas a cambio de sobornos. En ambos casos se genera la activación de la póliza de seguro correspondiente y radica en la compañía aseguradora la obligación de resarcir el patrimonio de la entidad pública por la pérdida sufrida.

Se trata, entonces, de determinar si la participación de los funcionarios de las entidades públicas en operaciones fraudulentas –que impliquen el incumplimiento de contratos estatales o la defraudación del patrimonio público– tiene alguna incidencia en el seguro de cumplimiento o fianza que, a favor de la misma entidad, emitieron las compañías aseguradoras, pues la conducta del funcionario de la entidad asegurada fue determinante para la ocurrencia del siniestro.

Para tal efecto, procederemos a analizar, en primer lugar, si la conducta dolosa de los funcionarios de una entidad pública podría comprometer a esta desde el punto de vista patrimonial y, en segundo lugar, establecer si, en caso afirmativo, ello tiene alguna incidencia en el contrato de seguro de cumplimiento.

2. La responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública por actos dolosos de sus funcionarios

Con el objeto de dilucidar si es posible que la compañía aseguradora alegue el dolo del asegurado a fin de invalidar el contrato de seguro –más adelante veremos cuáles son los posibles

efectos que ello generaría—, es preciso establecer si la actuación dolosa de los funcionarios de las entidades públicas en Colombia compromete la responsabilidad de esa entidad.

En lo relativo al dolo, en principio podría argumentarse que, como este sólo puede predicarse de las personas naturales, sería imposible alegar que es atribuible a una persona jurídica. En ese sentido, resultaría improcedente alegar, respecto a la persona jurídica –entidad estatal asegurada–, la inasegurabilidad de sus actos dolosos.

No obstante, tal consideración llevaría a concluir –en nuestro sentir, sin suficiente soporte y de contera anegando la inveterada jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado Colombiano– que las personas jurídicas nunca responden por hechos de sus funcionarios, pues ellas, al no existir en el mundo fenomenológico, necesariamente actúan por conducto de personas naturales. Estas personas naturales, precisamente por formar parte de su estructura y ostentar funciones determinadas dentro de la estructura organizacional, en determinados supuestos, pueden comprometer la responsabilidad de aquellas.

Por otra parte, podría aducirse que una cosa es el dolo del funcionario y otra es la responsabilidad patrimonial que le sea atribuible a la entidad pública a la que pertenece el funcionario. En ese sentido, cualquiera que analice el problema podría concluir que, si bien la entidad pública puede responder patrimonialmente por las actuaciones dolosas de sus funcionarios, ello no significa que el dolo cometido por sus funcionarios sea el dolo de la entidad misma.

A este respecto, es necesario indicar que la perspectiva de análisis frente a la inasegurabilidad del dolo tiene que ser aquella que tome en cuenta los efectos económicos tanto del contrato de seguro como de la comisión de un delito por parte del funcionario. Así las cosas, lo que importa tener en cuenta es quién responde –desde el punto de vista patrimonial– por los actos dolosos, pues respecto de esa persona es como se analizará la inasegurabilidad.

En otras palabras, si desde el punto de vista de la regulación del contrato de seguro “el dolo del asegurado es inasegurable”, lo que hay que establecer es quién soporta los efectos económicos de esa actuación dolosa, para finalmente concluir que respecto de esa persona es que el dolo se vuelve inasegurable. Concretamente, si la entidad pública a la que pertenece el funcionario que comete dolo es aquella que está llamada a asumir las consecuencias económicas de esa actuación, esa será también la persona que soportará las consecuencias negativas de la inasegurabilidad de la conducta.

Vale la pena, entonces, revisar los fundamentos que la jurisprudencia –tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado– ha utilizado para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento, en los cuales se pretendía la declaratoria de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública.

2.1. La posición de la Corte Suprema de Justicia

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia, que tuvo a su cargo el conocimiento de los casos de responsabilidad del Estado –hasta el año 1964¹–, fundó la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas en las disposiciones contenidas en el Código Civil, concretamente, en lo dispuesto en los artículos 2347 y 2349, y en ese sentido se sostuvo que la obligación indemnizatoria surgía como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones *in eligendo* e *in vigilando*.

Así, en relación con la responsabilidad de la Nación por los delitos imputables a los funcionarios públicos, bien que fuesen cometidos en el desempeño del cargo o con pretexto de este, la Corte Suprema de Justicia –en sentencias del 22 de octubre de 1896 y 20 de octubre de 1898 (ambas citadas en la sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. Dr. José J. Gómez²)– no vaciló en predicar que, en esos supuestos, la responsabilidad de la Nación era indirecta con base en los ya mencionados artículos 2347 y 2349 del Código Civil. En estos términos se resumió la línea jurisprudencial:

- ...a. Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tarea;
- b. Se presume la culpa de la persona moral, porque esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;
- c. Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;
- d. Existe además una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;
- e. Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último; ...

(Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. Dr. José J. Gómez. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia).

No obstante, paulatinamente, desde la sentencia de Casación Civil del 21 de agosto de 1939, se fue abriendo camino la tesis según la cual las personas jurídicas, públicas y privadas, respondían por el hecho de sus agentes, ya no indirectamente, como se indicó arriba, sino directamente, con base en el artículo 2341 del Código Civil. Así se resumió el cambio de tesis:

1 Alier Eduardo HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”, *Revista Facultad de Derecho*, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. IV, N.º 8, Bogotá, 2001.

2 Sentencia a su vez citada en la sentencia del 28 de octubre de 1976. Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Dr. Jorge Valencia Arango, considerada una sentencia hito en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

- ...a. La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado.
- b. Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos “ajenos” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones.
- c. La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito), hecho de terceros o culpa de la víctima.
- d. Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir de este el valor de la reparación satisfecha a la víctima...

Posteriormente, se impuso la denominada *tesis organicista*, en virtud de la cual se estimó necesario dividir los agentes de una persona jurídica en dos grupos: 1) los directores y representantes y 2) los auxiliares y dependientes; con base en esa división, se precisó que, frente a las actuaciones de las personas incluidas en el primer grupo, la responsabilidad de la persona jurídica era directa, y, frente a las personas incluidas en el segundo grupo, la responsabilidad era indirecta.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia adoptó la tesis de la “falla en el servicio, como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa del agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. O en otras palabras, la culpa del derecho común localizada en el agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración”³.

2.2. La posición del Consejo de Estado

Por su parte, el Consejo de Estado, incluso antes de que en el año 1964 se le asignara de manera general la competencia para conocer los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, intentó sentar las bases de esta en normas propias del derecho público –C.C.A. y Constitución Política– y no en las del Código Civil como lo había realizado en buena medida la Corte Suprema de Justicia. Así, en palabras de la doctrina, el Consejo de Estado:

3 Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. Dr. José J. Gómez. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia del 28 de octubre de 1976. Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Dr. Jorge Valencia Arango.

...comenzó por el art. 2 –refiriéndose a la Constitución Política de 1986–, que determinaba que *los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala*, en el cual se consagraron las tesis más importantes del derecho público moderno, a saber, el principio de legalidad, la autolimitación del poder público y el de Estado de Derecho, *cuya contrapartida necesaria es la responsabilidad*. Prosiguió con el art. 16, por el cual *las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra, bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los Particulares*, del cual dijo que allí “...se consagran en términos generales los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquellas y estos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades”⁴.

El Consejo de Estado, entonces, estructuró un régimen subjetivo –regla general– y otro objetivo de responsabilidad del Estado; en cuanto al primero, era necesario estructurar o demostrar una falla del servicio imputable a la administración y, en cuanto al segundo, por ser excepcional, se destacó el daño especial como título de imputación de la responsabilidad, en virtud del cual, aun cuando la actuación de la administración fuera legal, se consideró que si el particular tuviera que soportar una especial carga con respecto al resto de los administrados –esto es, un desequilibrio frente a las cargas públicas que en condiciones normales todos los ciudadanos deben soportar–, habría lugar a indemnizar los perjuicios que con la actuación, reiteramos, incluso legal que despliegue la administración se le hayan causado.

Como características determinantes del régimen subjetivo, la doctrina identificó:

- a) Una falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trate no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.
- c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.
- d) Una relación de causalidad entre falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

4 Alier Eduardo HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”, *Revista Facultad de Derecho*, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. IV, N.º 8, Bogotá, 2001.

Nótese que la jurisprudencia citada es enfática al considerar que las únicas actuaciones de los funcionarios o agentes de una entidad que no la comprometen son las actuaciones desplegadas por aquellos en sus asuntos privados o personales, es decir, en los eventos en los que estos actúan en su condición de particulares.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, en Colombia se introdujo la cláusula general de responsabilidad de la administración pública, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

El segundo inciso de la norma citada indica que el Estado, cuando sea condenado por la actuación gravemente culposa o dolosa de uno de sus agentes, deberá ejercer la acción de repetición, lo que permite concluir sin hesitación alguna que la misma Constitución Política abrió la puerta para que las entidades públicas respondieran por las actuaciones dolosas o gravemente culposas de sus funcionarios.

2.3. La posición de la doctrina

En cuanto a la posición de la doctrina respecto a la responsabilidad de la administración pública por los actos dolosos de sus funcionarios, el español Jesús Leguina Villa, en su obra *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, realizó las siguientes reflexiones, que vale la pena citar *in extenso*:

...Por tanto el confín último de la imputabilidad de un hecho dañoso a la Administración, por causa de la actividad de sus funcionarios, viene señalado ante todo por el círculo de actividades privadas de estos; en otros términos el ente público no responde de los daños causados por los actos puramente privados de sus agentes o, viceversa, el ente responde de los daños causados por estos en el ejercicio de sus atribuciones.

[...] La imputación a la administración de un hecho dañoso emanado de un agente suyo viene dispuesta por el ordenamiento en función de la garantía debida a los particulares, siempre que la lesión causada se manifieste externamente y objetivamente como el resultado o la consecuencia de una actividad pública (más que como el resultado de la conducta del sujeto físico) o, si se quiere, como el resultado del comportamiento de un funcionario que, desde el punto de vista del sujeto dañado, ha actuado en calidad pública. Por tanto, una vez comprobado que el evento dañoso realizado por un funcionario es de alguna manera vinculable a la actividad pública o privada de un ente público, se produce la imputación del evento al ente, sin que haya necesidad de indagar ulteriormente si en el comportamiento del funcionario ha habido dolo o culpa y, por consiguiente, sin que la

eventual existencia de dolo –privado o no– impida la mencionada imputación del hecho dañoso al ente.

[...] En resumen, a nuestro juicio y coincidiendo con la opinión sostenida por una gran parte de la doctrina, no existe ningún obstáculo para que el funcionario, prevaliéndose de su condición pública, cause dolosamente un daño a un particular para la obtención de un fin privado: daño del que deberá responder no solo el funcionario culpable, sino también el ente público⁵.

Nótese que este importante doctrinante también coincide en afirmar que la conducta dolosa del funcionario que, prevaliéndose de su condición de tal y de sus funciones, comete un delito compromete no solo su responsabilidad patrimonial, sino la del ente público al cual presta sus servicios.

3. La aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio colombiano al seguro de cumplimiento

Habiendo dilucidado la responsabilidad o el efecto patrimonial que sobre la entidad pública tiene la conducta dolosa de uno de sus funcionarios –el cual, prevalido de sus funciones, comete el delito–, es preciso averiguar cuál es el efecto que ello tiene en el contrato de seguro de cumplimiento, en donde la entidad pública figura como asegurada.

Así, revisada la normatividad general que en materia del contrato de seguro trae el Código de Comercio colombiano, encontramos que el artículo 1055 establece que:

El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

La disposición normativa citada trae una posible solución al problema que venimos planteando, por cuanto de manera expresa señala que la conducta dolosa del asegurado no es asegurable.

Pero es preciso revisar varios pronunciamientos jurisprudenciales que de forma reiterada han sostenido que el artículo 1055 no resulta aplicable al seguro de cumplimiento, pues riñe con su naturaleza.

5 Jesús LEGUINA VILLA, *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 2007. Págs. 218 a 221.

Encontramos, en primer lugar, la sentencia del 2 de mayo de 2002, en la que disertó así la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

...A modo de síntesis, cabe concluir que, siendo incontestable que los seguros de cumplimiento no han desaparecido y que la estructura del mismo no se acomoda del todo en el seno del Código de Comercio, la reglamentación especial de ellas, al no hacer parte del código que se derogaba, ni ley complementaria suya, quedó a salvo de la derogatoria general del artículo 2033. Es la única manera de zanjar el choque que de otro modo se presentaría indefectiblemente entre los artículos 1099 y 2033.

Dicho esto, y retomando el hilo, dígame ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no solo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico.

Ahora, nótese que la sentencia citada analiza el supuesto en el cual la **conducta dolosa del tomador** es la que desencadena la ocurrencia del siniestro amparado por el seguro de cumplimiento. En este supuesto coincidimos con la Corte en el sentido de indicar que en ese caso no sería procedente admitir la inasegurabilidad de la conducta del tomador al amparo del artículo 1055 del Código de Comercio colombiano, pues ello sería como desnaturalizar el seguro o, como lo dice la Corte, terminaríamos en presencia de un seguro inane o humorístico, pues desde su expedición no va a estar llamado a producir efecto alguno en la medida en que el objeto del seguro precisamente es cubrir esos supuestos en que el tomador –bien sea por una conducta dolosa tipificada en el ordenamiento penal, bien por una conducta gravemente culposa o, en fin, por mera liberalidad– incumple la disposición normativa o el contrato cuyo cumplimiento se garantizó a través del seguro.

En esa línea argumentativa, lo que cabe preguntarse es si los otros supuestos de hecho contenidos en el artículo 1055 del Código de Comercio colombiano son inaplicables al seguro de cumplimiento o si, por el contrario, definitivamente la totalidad de ellos repugnan con la naturaleza misma del seguro de cumplimiento.

Así, tenemos que el artículo 1055 contempla los siguientes supuestos:

- Inasegurabilidad del dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del **tomador**.
- Inasegurabilidad del dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del **asegurado**.
- Inasegurabilidad del dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del **beneficiario**.

Ya hemos concluido que el primer supuesto definitivamente repugna con la naturaleza misma del seguro de cumplimiento, por lo que pasaremos a revisar los otros dos supuestos.

En efecto, en nuestro sentir resulta plausible argüir que, cuando el siniestro en el seguro de cumplimiento proviene de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario de la entidad asegurada, estamos en presencia del segundo supuesto arriba indicado, y ello permitiría concluir que, al ser inasegurable la conducta, se presentaría una exclusión de origen legal que impide que surja la obligación a cargo de la aseguradora.

A la anterior posición podría reprochársele el hecho de escindir los supuestos de la norma, haciéndole producir efectos diferentes. Cabe decir que la norma, precisamente al contemplar tres supuestos de hecho diferentes, admite esa gama de consecuencias jurídicas diferentes, según estemos en presencia de uno u otro supuesto de hecho.

4. Conclusiones

La conducta dolosa o gravemente culposa de los funcionarios de las entidades aseguradas en virtud de pólizas de cumplimiento compromete la responsabilidad de la entidad, siempre y cuando la conducta tenga lugar en el ejercicio válido de esas funciones o cuando, prevalido de ellas, el funcionario realice actos que incidan en la causación del siniestro, esto es, en el incumplimiento del contrato o de la disposición legal cuyo cumplimiento se garantizó.

El hecho de que la entidad pública sea responsable desde el punto de vista patrimonial por esas conductas de sus funcionarios implica concluir que es la entidad la que debe soportar los efectos negativos que desde el punto de vista patrimonial dicha conducta le cause, aun cuando la entidad conserve la facultad de repetir contra el referido funcionario. Así pues, será la entidad la que debe soportar los efectos negativos que la inasegurabilidad de la conducta dolosa o gravemente culposa causen en su patrimonio, en concreto, la inoperancia del seguro para resarcir los daños que la actuación del funcionario implique.

El artículo 1055 del Código de Comercio colombiano resulta inaplicable al seguro de cumplimiento respecto del supuesto de hecho según el cual la conducta dolosa o gravemente culposa del tomador es inasegurable, pero no en el supuesto de que la conducta es desplegada por el **asegurado** —entidad pública que actúa a través de su funcionario—, pues, en ese supuesto, la norma es plenamente aplicable al seguro de cumplimiento, generando así una exclusión legal que impediría que surgiera a cargo de la compañía asegurada la obligación de pagar el siniestro.

Mención especial

Cómo evitar la trampa global: traspasar los límites nacionales para acceder a los activos extranjeros de los deudores



Hilário Ribeiro Junior

Nació en Brasil, en noviembre de 1987. Es bachiller en Derecho por la Universidad Federal de Paraná, Brasil. Es especialista en Derecho Tributario y en Procedimiento Tributario, egresado de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil.

Resumen

El nivel actual de globalización presenta un entorno en el que los actores extranjeros participan en el mercado afianzador y exigen fianzas para garantizar sus obligaciones con los beneficiarios. En ese contexto, al suscribir una fianza, las compañías de seguros enfrentan un riesgo adicional, que es perder el acceso a los principales activos del garante en caso de incumplimiento. Este es el motivo por el cual es importante analizar en forma especial los sistemas legales de los países extranjeros y las herramientas de que dispone el derecho internacional privado para mitigar el riesgo financiero. Mediante un enfoque casuístico, las compañías de seguros pueden diseñar la mejor estrategia para mitigar los riesgos utilizando una combinación de cláusulas contractuales y garantías que ayudarán a ahorrar tiempo y recursos a fin de obtener el reembolso de sus siniestros.

1. Cómo encarar el problema

Debido a que la globalización hizo posible la actual expansión de los mercados, las compañías transnacionales han establecido sus negocios en todo el mundo en busca de mejores oportunidades y menores costos. En ese contexto, Brasil y otros países de América Latina han recibido una avalancha de actores extranjeros interesados en consolidar sus intercambios con nuestras compañías y, al mismo tiempo, participar en los procesos de licitación que se están desarrollando, en especial a la luz de la necesidad de mejorar las infraestructuras nacionales.

Si tenemos en cuenta que la fianza es una de las principales herramientas para asegurar y ayudar a la financiación de proyectos y contratos de importancia fundamental para esos países, las compañías de seguros enfrentan el desafío de analizar la solidez financiera de las compañías extranjeras para determinar su máxima capacidad cuando actúan en calidad de afianzados y garantes de las fianzas que serán emitidas. Si bien existen normas financieras internacionales para posibilitar esta tarea, los profesionales que realizan este análisis siempre tienen una inquietud: aunque la compañía extranjera tenga capital e ingresos suficientes para respaldar los riesgos que asume, ¿podrá el asegurador acceder a esos recursos en caso de incumplimiento si la mayor parte de ellos está ubicada en el exterior?

2. Comentarios sobre el negocio afianzador y sus incumplimientos

2.1. Marco del mercado afianzador

Como lo ha recalcado la literatura existente, la estructura de la fianza tiene tres relaciones legales diferenciadas, que son el afianzado, la aseguradora y el beneficiario. Los derechos y obligaciones de la aseguradora para con el afianzado por lo general están establecidos en un convenio de indemnización, mientras que aquellos que relacionan a la aseguradora y el beneficiario están establecidos en la póliza.

La principal obligación que emana de la póliza es que la aseguradora deberá indemnizar al beneficiario si el afianzado no cumple sus obligaciones contractuales. Por otra parte, el convenio de indemnización establece que, una vez que la aseguradora paga un siniestro, puede recurrir al afianzado para obtener el reembolso del monto pagado y de los honorarios en que haya incurrido, según deja sentado Gladimir Adriani Poletto: “El contrato denominado Condiciones Generales del Contrato se caracteriza por dos objetivos diferentes: el primero es regir los derechos y obligaciones del afianzado y la aseguradora [...], y el segundo es otorgar garantías para proteger a la aseguradora en caso de incumplimiento”¹. Sin embargo, en el mercado brasileño el convenio de indemnización va todavía más allá del reembolso e incluye también cláusulas relativas a la prima adeudada por el afianzado y el derecho a cobrarla.

Por esas razones, cuando las compañías de seguros suscriben fianzas, deben tener en cuenta no solo las estadísticas actuariales de siniestralidad, sino también la tríada Capacidad, Competencia y Carácter que define João Gilberto Possiede. La primera se refiere a la capacidad de pago financiera y económica del afianzado, la segunda comprende su capacidad técnica y su *know-how* para cumplir con el contrato, y la última se relaciona con la confiabilidad del afianzado².

Para cumplir con estos requisitos y ayudar a blindar a las aseguradoras contra riesgos de incumplimiento, la mayor parte de las compañías de América Latina piden garantías adicionales cuando emiten fianzas. Las aseguradoras brasileñas con frecuencia les piden a sus afianzados que presenten garantes de sus convenios de indemnización, y las compañías de otros países de la región generalmente utilizan pagarés. Estas medidas de seguridad personales se piden a los accionistas, los miembros de grupos económicos o consorcios, las casas matrices o hasta a un tercero que tenga una mejor situación financiera. Carlos Hoyos Elizalde dice: “Otra situación en la que es muy normal la solicitud de contragarantías es el caso de las empresas de tamaño mediano y pequeño que tienen como accionista único o principal a otra empresa, esta sí de tamaño y solvencia importante. Cuando el solicitante no reúne al cien por cien las condiciones

1 Gladimir Adriani POLETTTO, “O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica”, *Cadernos de Seguro – Teses*, Rio de Janeiro, FUNENSEG, 2003, p. 58.

2 João Gilberto POSSIEDE, “Seguro Garantia: Os três C”. *Cadernos de Seguro Coletânea*. Rio de Janeiro, FUNENSEG, 2001, 2: 32-33.

de solvencia que pide el asegurador, es normal que éste requiera la contragarantía de la empresa matriz”³.

El objetivo de nuestro estudio es analizar cómo ejecutar esas medidas de seguridad personales en caso de que se produzca un incumplimiento y el garante principal de las obligaciones sea una compañía extranjera, una situación común desde que las corporaciones transnacionales comenzaron a establecer sus sucursales y operar en la región.

2.2. Incumplimiento en el pago de primas

La primera obligación asumida por el afianzado en la relación de la fianza es pagar la prima respectiva por la fianza emitida. A diferencia de los efectos habituales del incumplimiento en otros tipos de seguros, la falta de pago de la prima no libera al asegurador de sus obligaciones hacia el beneficiario.

En consecuencia, aunque la compañía de seguros no obtenga ninguna ganancia de la emisión de la fianza, su capacidad y exposición al riesgo seguirán comprometidas hasta el vencimiento de la póliza. Por esa razón, es de suma importancia restablecer rápidamente los pronósticos financieros de esa fianza mediante la cobranza de la prima a los garantes.

Como mencioné antes, en Brasil la herramienta que se usa para recuperar la prima del afianzado o sus garantes es el convenio de indemnización. Por lo general este convenio no puede ser ejecutado en forma directa en el tribunal debido a la falta de determinación del plazo y del monto adeudado. No obstante, cuando se trata de cobrar la prima existe una excepción: el Artículo 27 del Decreto-Ley N.º 73/1966 establece que es posible reclamar la deuda mediante un proceso de ejecución.

Lamentablemente, cuando se trata de afianzados y garantes extranjeros ese procedimiento no es muy útil, ya que la mayor parte de sus activos está ubicada fuera de la jurisdicción del país. Por lo tanto, la aseguradora nuevamente deberá apelar a una sentencia declarativa, y luego reconocer y ejecutar la sentencia en la jurisdicción del deudor principal a efectos de que se transforme en un mandamiento de ejecución útil.

2.3. Incumplimiento

En teoría, se supone que las fianzas no deberían causar pérdidas a la aseguradora, ya que su proceso de suscripción no se basa en los siniestros, sino en la capacidad técnica y financiera

3 Carlos Hoyos ELIZALDE, *El Seguro de Caución*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012, p. 169.

del afianzado para cumplir con el contrato. De allí que, por su propia naturaleza, las fianzas son accesorias al contrato principal y solo se ejecutan en caso de incumplimiento por parte del afianzado. “Esto es lo que diferencia drásticamente a la fianza del seguro. Mientras que la naturaleza de la relación en la fianza se basa en un marco de inexistencia de siniestros, en el seguro se esperan siniestros y, por lo tanto, estos se distribuyen entre un grupo o clasificación de riesgos”⁴.

Sin embargo, el incumplimiento por parte del afianzado dispara el procedimiento de terminación del contrato entre el beneficiario y el afianzado mediante una notificación de siniestro que se envía a la brevedad. Además, otra característica intrínseca de la fianza es que no hay una pérdida esperada basada en cálculos actuariales, es decir, una vez que se paga un siniestro las aseguradoras ejecutan los contratos de indemnización para lograr que el afianzado o sus garantes efectúen el reembolso y ejecutan las garantías adicionales que se les han otorgado.

Para ese tipo de incumplimiento, poder ejecutar el convenio de indemnización es sumamente importante porque la prima no se establece sobre la base de pérdidas anticipadas, y, por lo tanto, la compañía depende del reembolso para cubrir lo que le paga al beneficiario. Además, los reclamos por fianzas son muy abultados si se los compara con los ramos de seguros generales.

A diferencia de lo que sucede con el incumplimiento del pago de la prima, la ley brasileña no otorga a la aseguradora la posibilidad de ejecutar el convenio de indemnización en los tribunales en forma directa cuando se pide reembolso del siniestro real pagado. Es necesario presentar una demanda para obtener una sentencia declarativa preliminar a través de la cual se obtiene un mandamiento de ejecución ejecutable.

Nuevamente, cuando se trata de deudores cuyos principales recursos están en el exterior, las medidas ejecutorias para lograr el reembolso deberán tomarse en la jurisdicción del deudor, lo que obliga a la aseguradora a entablar dos juicios diferentes en distintas jurisdicciones.

Independientemente del tipo de incumplimiento, también debemos tener en cuenta que para que los juicios sean válidos los deudores extranjeros deben ser parte de ellos y se les debe otorgar el debido proceso de ley como así también la oportunidad de presentar sus casos en forma adecuada. Esos requisitos a menudo implican un alargamiento sustancial del juicio además de los costos en los que se incurre para localizarlos en el exterior y comunicarles la existencia de esos juicios.

4 Keith A. LANGLEY y Marchelle M. HOUSTON, “Liability of the performance bond surety for damages”, *The law of performance bonds*, 2.^a ed., Chicago, American Bar Association, 2009, p. 433.

3. Marco del derecho internacional privado

Es posible establecer qué tribunal es competente para cada juicio aplicando algunos conceptos legales que resuelven problemas cuando existen conflictos entre sistemas jurídicos.

3.1. *Lex loci vs. lex rei sitae*

Los principales conceptos legales del derecho internacional privado aplicables que podrán resolver temas de jurisdicción en caso de incumplimientos que surjan de las fianzas son *lex loci contractus*, *lex loci delicti commissi* y *lex rei sitae*.

El primero atribuye la solución a la ley del lugar donde se firmó el contrato o donde se realizó el acto, a menos que se establezca otro. Con frecuencia las pólizas de fianzas y los convenios de indemnización se cierran en el domicilio de la aseguradora; por esa razón, la mayor parte de los juicios de sentencia declarativa se presentan en el país de la aseguradora. “El acto contractual clave para determinar la ley de qué estado debe aplicarse es el último acto en la formalización de la póliza de seguro. Las compañías de seguro han alegado que el último acto es la refrendación de la compañía de seguros en su casa matriz”⁵. Además, debido al proteccionismo nacional de los mercados de seguros y financieros, los riesgos locales deben ser suscriptos solamente por compañías autorizadas para operar en el mercado local, lo que obliga a todas las compañías de seguros a tener por lo menos una sucursal dentro de los límites del país. En cuanto al reclamo (*delicti commissi*), como el riesgo suscripto es un riesgo local, el lugar donde se cumplirán las obligaciones del afianzado y, por extensión, donde se producirá el incumplimiento estará también dentro de los límites nacionales.

Por otra parte, las medidas ejecutorias se atienen a un principio diferente, que es la ley del lugar donde está situado el bien. Una vez que se establece la jurisdicción para la sentencia declarativa y la aseguradora obtiene una sentencia favorable por los méritos del caso, es necesario hacer llegar esa sentencia a la jurisdicción del afianzado o del garante donde se aplicará la ley correspondiente a las medidas ejecutorias que deban tomarse.

Por lo general, en circunstancias normales y en tanto la sentencia de la primera jurisdicción no esté en conflicto con la ley de otros países, se supone que el segundo tribunal reconocerá la sentencia independientemente de los méritos del caso y procederá a aplicar las medidas ejecutorias de conformidad con las normas nacionales. No obstante, en esos casos es importante ser pragmático porque, como se verá luego, algunos acuerdos bilaterales y leyes locales contemplan excepciones respecto de si el juez puede revisar la sentencia anterior.

5 Eugene R. ANDERSON, Jordan S. STANZLER y Lorelie S. MASTERS, *Insurance coverage litigation*, 2.^a ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2005, Capítulo 6, p. 35.

3.2. Cláusula de elección de jurisdicción

Otra solución al conflicto entre sistemas jurídicos, que ha reemplazado las clásicas, es establecer de antemano una cláusula de jurisdicción en los contratos relacionados con las fianzas. Esa solución privilegia el principio de la libre voluntad de las partes para elegir la jurisdicción más conveniente para resolver sus conflictos. En realidad, la mayor parte de las pólizas y convenios de indemnización firmados por las aseguradoras incluyen cláusulas de elección de jurisdicción para evitar posteriores discusiones sobre el tema.

Aunque esa medida en realidad es muy aconsejable, es importante tener en cuenta que esta cláusula se aplicará únicamente a los asuntos para los cuales la soberanía nacional no exige jurisdicción exclusiva; en otras palabras, rara vez será respetada si trata de restringir los derechos de propiedad basándose en una sentencia emanada de un tribunal que no sea el del lugar donde los activos están ubicados.

3.3. Reglamentación pertinente

En lo que respecta al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, los principales principios adoptados pueden encontrarse en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH). La Convención del 1.º de febrero de 1971 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial y su Protocolo Adicional sentaron las bases sobre las cuales se inspiraron las leyes locales, pero no necesariamente fueron acatadas.

Según la Convención, una sentencia tendrá derecho a ser reconocida y ejecutada en tanto: a) emane de un tribunal que tenga jurisdicción dentro de los términos de la Convención; b) no pueda ser objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen; y c) sea susceptible de ejecución⁶.

No obstante, la Convención también contiene excepciones al reconocimiento y ejecución de una sentencia por un estado miembro: a) si el reconocimiento o ejecución de la sentencia es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado al cual va dirigida o si es el fruto de procedimientos incompatibles con los requisitos de debido proceso de ley o, si en tales circunstancias, las partes no han tenido oportunidad suficiente de presentar debidamente su caso; b) si la sentencia se obtuvo mediante un fraude cometido en el procedimiento; y c) si litigios entre las mismas partes, basados en los mismos hechos y con el mismo objeto, están pendientes ante un tribunal del Estado al que van dirigidos y esos litigios han sido los primeros en instaurarse, o han dado por resultado una sentencia de un tribunal del Estado al que van dirigidos,

6 Capítulo II – Condiciones para el reconocimiento y la ejecución. Artículo 4.

o a una sentencia de un tribunal de otro Estado que hubiese tenido derecho al reconocimiento y ejecución conforme a las leyes del Estado al cual van dirigidos⁷.

Desafortunadamente, aunque la HCCH tiene un gran número de miembros y aspira a homogeneizar las prácticas del derecho internacional privado entre esos miembros, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial no logró el éxito de las otras convenciones emitidas por la Conferencia; por esa razón, no fue firmada por la mayor parte de los miembros de la Conferencia, lo cual limita su poder ejecutorio.

En el marco regional, los miembros del Mercosur han firmado el Protocolo de Las Leñas, que también incluye cláusulas sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que tendrán eficacia extraterritorial en tanto a) cumplan con las formalidades necesarias para que sean consideradas auténticas en el Estado de donde proceden; b) estén traducidas al idioma del Estado al cual se le requiere el reconocimiento y/o la ejecución; c) emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente de acuerdo con la ley sobre jurisdicción internacional del Estado al que se le requiere el reconocimiento y/o ejecución; d) la parte contra la cual se pretende ejecutar la sentencia haya sido debidamente citada y se le haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; e) la sentencia sea ejecutoria en el Estado en que fue dictada; y f) no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado donde se solicita el reconocimiento y/o la ejecución⁸.

En el ámbito local, Brasil emitió el Decreto-Ley N.º 4657/1942 (LINDB – Ley Introductoria a las Normas del Sistema Legal Brasileño), que contiene los mismos principios que se mencionan anteriormente, en especial la jurisdicción basada en las normas *lex loci* (Artículo 12) y los requisitos para la ejecución de una sentencia extranjera que siguen las pautas básicas mencionadas aquí, salvo la necesidad de que el Superior Tribunal de Apelaciones de Brasil (STJ) reconozca previamente la sentencia (Artículo 15, reemplazado por el Artículo 105 de la Constitución de Brasil).

4. Medidas de acceso a los activos

Para resumir el alcance de este texto, antes de emitir fianzas y comenzar juicios para el recupero de un incumplimiento del afianzado, las compañías de seguros deberían tomar algunas medidas precautorias para administrar y mitigar los principales riesgos que surgen de las operaciones con deudores extranjeros, que son: mayores costos, demoras importantes y la completa falta de acceso a los activos del deudor extranjero.

7 Capítulo II – Condiciones para el reconocimiento y la ejecución. Artículo 5.

8 Artículo 20 del Protocolo de Las Leñas.

4.1. Controlar los convenios de cooperación en materia civil

Es muy común que los gobiernos establezcan compromisos respecto de la cooperación civil y comercial con alcance bilateral o multilateral. Aparte de los pactos regionales, como Mercosur, OEA o UE, los países pueden establecer condiciones preferenciales de reciprocidad para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales.

Brasil es notoriamente fructífero en la firma de convenios de cooperación bilaterales para evitar la falta de certeza legal proveniente de la necesidad de ejecutar una sentencia de un juez en jurisdicción extranjera. El Ministerio de Justicia incluso ha confeccionado un Manual para la Cooperación Civil a efectos de recoger toda la información sobre la cooperación entre cuarenta y un países en los que están vigentes tratados específicos con Brasil y también para brindar información sobre el estado de profundización de las bases y las herramientas disponibles para la cooperación⁹.

Al analizar estos convenios, el principal objetivo es identificar si el otro país podrá cuestionar la sentencia original cuando aplique sus procedimientos de reconocimiento y ejecución. Si la respuesta es afirmativa, podría ser más provechoso comenzar el juicio contra el deudor directamente en el Estado de su jurisdicción que someterse a una completa revisión basada en los fundamentos de la sentencia. También es crucial controlar esos tratados internacionales para asegurarse de que todo requisito que finalmente sea necesario para una posterior ejecución se cumplirá en el juicio original y así se evitará la necesidad de que sean corregidos posteriormente; de esa manera se ahorrará tiempo y los potenciales costos que puedan surgir de trámites innecesarios o inútiles.

4.2. Poder para actos judiciales

Otra medida preventiva que puede ser muy útil para ahorrar tiempo durante el juicio para obtener una sentencia declaratoria es pedirle al afianzado y a los garantes un poder para actos judiciales que otorgue facultades de representación a alguna persona que resida dentro de la jurisdicción de la aseguradora.

Por lo general, las empresas extranjeras designan a un representante local, un empleado o un apoderado, quien será responsable de administrar su sucursal en el exterior pero que no puede representar automáticamente a la casa matriz, la principal garante financiera de la fianza.

La experiencia ha demostrado que la designación hasta puede realizarse mediante la incorporación de una cláusula de poder en los convenios de indemnización o contratos de garantía ya solicitados a los afianzados y a los garantes.

⁹ La versión 2012 del Manual tiene 486 páginas y puede verse en: <http://portal.mj.gov.br/cooperacao/data/Pages/MJDFBD6D24PTBRNN.htm> mediante un clic en el enlace “CJI em Matéria Civil”.

Si las aseguradoras definen previamente a la persona que representará a la compañía extranjera y obtienen sus datos personales, ahorrarán el tiempo y los costos que implica emitir un exhorto y esperar que sea contestado. Es importante mencionar que esos exhortos son fundamentales para la validez y la posterior ejecución de toda sentencia extranjera, ya que la mayor parte de los países adoptan el cumplimiento con el debido proceso legal, el derecho al régimen contradictorio y los principios de plena defensa como un requisito para reconocer las sentencias extranjeras.

Los poderes para actos judiciales posibilitan cumplir con esos principios con la sola citación del representante nombrado por el garante o el afianzado a efectos de defender a la compañía sin tener que esperar otras declaraciones de la empresa extranjera.

4.3. Cláusula arbitral

Las aseguradoras también pueden establecer cláusulas de arbitraje obligatorias para resolver los asuntos que surjan del incumplimiento de las fianzas y ejecutar el laudo arbitral resultante. Actualmente, la mayoría de los países están familiarizados con los procedimientos para hacer ejecutar los laudos arbitrales. Al igual que en el caso de un poder, la cláusula arbitral puede ser insertada en los convenios de indemnización que se le piden al afianzado y en los contratos de garantía.

La desventaja de esta elección es que el arbitraje tiende a ser sustancialmente más costoso para las partes que la resolución de conflictos por vía judicial. Además, las cláusulas de arbitraje implican una cantidad de obligaciones y previsiones que pueden representar una carga cuando el afianzado o el garante deciden discutir las cláusulas para llegar a un acuerdo final.

Sin embargo, todavía es una buena solución para evitar los sistemas legales que permiten a los jueces cuestionar la primera sentencia presentada para su reconocimiento.

4.4. Garantías estándar internacionales

El último recurso que tiene una compañía de seguros cuando no existe otra opción salvo comenzar las discusiones de un juicio directamente en la jurisdicción del deudor es utilizar contratos estándar internacionales que pueden facilitar la comprensión del tema por parte de los jueces extranjeros.

A veces los convenios de indemnización no tienen carácter ejecutorio en otras jurisdicciones o hasta contienen cláusulas que establecen que no están sujetos a la autonomía de las partes contratantes. En ese contexto, la formalización de una *comfort letter* sería una forma más aceptada de mantener la garantía personal que representa el convenio de indemnización.

Por último, cuando la estructura legal de un país extranjero no permite a la aseguradora acceder a los activos de los deudores, una garantía sólida, como, por ejemplo, una carta de crédito *standby*, puede mitigar los riesgos al brindar acceso directo a los recursos monetarios del afianzado o del garante.

5. Comentarios finales

Luego de analizar el panorama descrito, es posible deducir que el nivel de operaciones de la globalización actual ha estado obligando a las compañías de seguros a encontrar nuevas formas de protegerse del incumplimiento sin perder las oportunidades que los actores extranjeros brindan al mercado.

En ese contexto, las herramientas de que dispone el derecho internacional privado cobran suma importancia en la suscripción de riesgos para los afianzados y garantes extranjeros. Las compañías de seguros deberían analizar los sistemas legales extranjeros para determinar el acceso que se les permitirá a los activos del deudor y planificar la mejor estrategia para mitigar los riesgos eligiendo entre cláusulas de poderes, cláusulas de arbitraje o incluso garantías más sólidas antes de emitir las fianzas.

De todas maneras, hay muchísimas herramientas disponibles para mitigar los riesgos de incumplimiento, y debe establecerse la combinación adecuada mediante un enfoque casuístico. Esa conducta preventiva será suficiente para posibilitar una mayor emisión de fianzas y facilitar el intercambio de operaciones entre los países.

Index

The Contest 37

The awarded works:

FIRST PRIZE

**Insurability of the insured's fraudulent acts
by virtue of performance bonds issued in Colombia** 39

SPECIAL MENTION

**Avoiding the global trap: overcoming national
boundaries in order to access debtors' foreign assets** 51

The Contest

The Panamerican Surety Association (PASA) is a not-for-profit organization which was founded in 1972 by a group of surety companies from the American continent. Today it gathers sureties, credit insurers, and bond and credit reinsurers from all over the world.

In order to encourage and disseminate original research into these businesses, PASA authorities decided to organize this Contest back in 1979.

It was first called for the 1980-1981 edition under the name of “Panamerican Surety Association Biennial Award” in view of its initial frequency. Since the year 2002 it is called on an annual basis.

This and other changes introduced by PASA authorities along the years reflect their concern about keeping interest in research alive in our industry.

Regarding the name itself, in 1994 it was resolved to change it to honor the memory of Carlos Dupont, Permanent Secretary of PASA from 1977 to 1992, who was a strong promoter of this Contest.

First Prize

Insurability of the insured's fraudulent acts by virtue of performance bonds issued in Colombia



Luis Felipe Estrada Escobar

Born in Medellín, Colombia, in June 1986. He graduated as a lawyer from the Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. He is a specialist in Administrative Law by the Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., and has a master degree in progress in Insurance Law by the same University.

1. Introduction

The purpose of this work is to reflect upon the insurability of fraudulent acts incurred by the officers of public entities covered by performance bonds issued in Colombia.

A discussion of the insurability of said fraudulent acts involves focusing on the assumption that the fraudulent acts incurred by any officer of any insured public entity trigger—wholly or partly—the breach of the contract or the infringement of the legal or regulatory provisions the compliance of which the insurance Company guaranteed.

Examples of the above mentioned assumption would be the case of a public entity officer who, in association with one of said entity's contractors and through criminal acts takes possession of public funds intended for the contract the performance of which was guaranteed or those cases in which officers of public entities responsible for tax collection connive with businessmen to obtain fraudulent tax refunds in exchange for bribes. In both cases, the pertinent insurance policy coverage is triggered and the insurance company obligated to indemnify the public entity for the loss suffered.

The question is, then, to determine if the participation of public entities' officers in fraudulent acts—involving a breach of government contracts or criminal fraud against public assets—has any effect on the performance bond which, with the same entity as beneficiary, was issued by insurance companies, since the conduct of the insured entity's officer was determinant for the occurrence of the loss event.

For that purpose, we will first explore whether the fraudulent conduct of a public entity's officers could compromise the entity's liability for compensation, and then, if that were the case, determine whether this will have any effect on the performance bond.

2. Public administration liability in tort arising from public officers' fraudulent acts

In order to determine whether the insurance company may allege fraud by the insured and hence invalidate the policy—the effects of which will be discussed later—it is necessary to establish whether fraudulent acts by public entities' officers in Colombia have any effect on said entity's liability.

As regards fraud, it could first be argued that, as it can only be attributed to natural persons, it would be impossible for a legal person to be charged with fraud and, consequently, it would be inappropriate to allege the uninsurability of the fraudulent acts of an insured government entity—a legal person.

However, such allegation would lead to the conclusion that legal persons are never held liable for their officers' acts because they are not natural persons: they necessarily act through natural persons who, being part of their organizational structure and having specific duties within the same, may, in some cases, bind the legal person. In our opinion, there are not enough grounds to support this conclusion which is inconsistent with the well-rooted judicial precedents of both the Supreme Court of Justice and the Colombian Council of State.

On the other hand, it could be argued that one thing is the fraudulent act of a public officer and a very different one the liability attributable to the public entity where the public officer holds office. In line with this, anyone analyzing the problem could conclude that, although the public entity can be held accountable for the fraudulent acts of its officers, it does not follow that the fraudulent act of the latter entails the fraudulent act of the entity itself.

This having been said, it is necessary to point out that any analysis of fraud uninsurability must focus on the economic effects of both the insurance contract and the commission of a crime by an officer. In the face of it, what is important to take into account is who will be held liable—from a financial perspective—for the fraudulent acts, since it is by reference to them that uninsurability must be analyzed.

In other words, while in view of the insurance contract regulation “the insured’s fraudulent conduct is uninsurable”, the heart of the problem is to establish who will bear the financial effects of this fraudulent conduct to finally come to the conclusion that it is precisely with respect to that person that fraud becomes uninsurable. In concrete terms, if the public entity the officer alleged to have committed fraud belongs to is to bear the financial effects of said fraud, then said public entity will also have to bear the negative consequences of the uninsurability of the fraudulent conduct.

It is then worth reviewing on which grounds the Supreme Court of Justice and the Council of State have decided on the matters brought before them, which claimed for the acknowledgment of liability in tort of the public entities.

2.1. The position of the Supreme Court of Justice

In the beginning, the Supreme Court of Justice, who decided on legal issues involving the State’s liability—until 1964¹—had based public entities’ liability on the provisions of the Civil

¹ Alier Eduardo HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”, *Revista Facultad de Derecho*, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. IV, N.º 8, Bogotá, 2001.

Code, namely sections 2347 and 2349 and, in line with that, it was held that the obligation to compensate resulted from the unfulfillment of the obligation of selection and control—*in eligendo* and *in vigilando*.

Thus, in relation to the Nation's liability for crimes attributable to public officers, whether committed while performing their duties or under the pretext of their duties, the Supreme Court of Justice did not hesitate to hold that in those cases the Nation's liability was indirect based on the above mentioned sections 2347 and 2349 of the Civil Code—as ruled on October 22, 1896 and on October 20, 1898 (both judgments quoted in the judgment of June 30, 1962 M.P. Dr. José J. Gómez²)—. The established precedence was summarized as follows:

- ...a. There is indirect civil liability of private and public legal persons for any action causing damage which is performed by their agents while being in office or on the occasion of their office, whatever the hierarchy of their positions or the kind or importance of their duties or tasks;
- b. The legal person's fault is presumed because they are responsible for selecting their agents and supervising them properly;
- c. Said presumption may be rebutted by proof of lack of fault;
- d. There is, besides, personal liability for the damage caused, the person causing the damage being liable to the victim sustaining it;
- e. The legal person and the agent causing the damage are jointly and severally liable to the victim, with the right of the former to recover from the latter; ...

(Judgment passed on June 30, 1962. M.P. Dr. José J. Gómez. Civil Court of Appeals of the Supreme Court of Justice).

Notwithstanding, since the judgment passed by the Civil Court of Appeals on August 21, 1939, there gradually took ground the opinion that public and private legal persons were liable for their agents' actions, not indirectly, as stated above, but directly, on the grounds of section 2341 of the Civil Code. This change of opinion was summarized as follows:

- ...a. The personal fault of an agent binds the legal person directly, because its agents' fault, whoever they may be, is its own fault; the damage caused by the agent remains, then, as the basis of the legal person's liability.
- b. The duty to select and supervise diligently, which is inherent to vicarious liability for the acts of natural persons, set forth in section 2347, does not account for the liability of legal persons and, consequently, the presumption of fault of legal persons disappears when such presumption rests upon said duty.

² Judgment in turn quoted in Judgment of October 28, 1976. Council of State, Third Section. M.P. Dr. Jorge Valencia Arango, considered as a landmark in connection with State liability in tort.

- c. The legal person is released from liability by proof of the existence of acts beyond its control, such as acts of God, acts of third parties, or the victim's fault.
- d. The legal person and the person causing the damage are jointly and severally liable, and the former may claim from the latter the value of the compensation paid to the victim ...

Afterwards, ground was gained by the so called *organicist thesis*, according to which it was considered necessary to divide the agents of a legal person in two groups: (i) the directors and representatives and (ii) auxiliary commercial agents and employees; the conclusion, based on this division, was that a legal person is directly liable for the actions of the people included in the first group, and indirectly liable for the actions of the people included in the second group.

Finally, the Supreme Court of Justice adopted the position of “failure to provide service, as a projection of the duty of the State to provide the community with public services, and pursuant to which any damage resulting from irregularities or deficiencies in said services must be repaired by the administration; thus, the concept of fault of the identified agent does not necessarily play a role here, because the failure may be organic, functional or anonymous. Or, in other words, the common law fault charged on the negligent agent, according to the direct liability thesis, was transferred to the State, and gave birth to the so called administration's fault.”³

2.2. The position of the Council of State

On the other hand, the Council of State, even before it was given jurisdiction to hear tort liability cases involving the State, tried to set the bases for the same on rules which are proper to public law—Contentious-Administrative Code (C.C.A.) and the Political Constitution—and not on rules of the Civil Code as the Supreme Court of Justice had to a large extent done before. Thus, quoting the courts' words, the Council of State:

...began with Section 2—referring to the 1986 Political Constitution—which established that *public powers shall be exercised under the terms set forth in the Constitution*, and which enshrined the most important principles of modern public law: the principle of legality, the self-limitation of public power and the rule of Law, *the necessary counterpart of which is liability*. Next was Section 16, pursuant to which *the authorities of the Republic are established in order to protect the life, dignity and property of all people residing in Colombia and in order to ensure the fulfillment of the social duties of the State and the Individuals*; and the Council of State said that this Section 16 “[...] sets forth, in general terms, the duties, rights and obligations of private individuals, and establishes a legal system of balances between the authorities and the individuals. This is how the typical public law relationship is built, which relationship is developed in the Constitution in the following sections.

3 Judgment passed on June 30, 1962. M.P. Dr. José J. Gómez. Civil Court of Appeals of the Supreme Court of Justice. Quoted in Judgment of October 28, 1976. Council of State - Third Section. M.P. Dr. Jorge Valencia Arango.

The duty of the administration is to protect people against legal aggressions from private individuals, but more important than that, against the acts and facts of the authorities themselves.”⁴

Then, the Council of State built a subjective system—general rule—and an objective system of government liability. As regards the first one, it was necessary to demonstrate a failure in the service which were attributable to the administration; regarding the second one, because of its exceptional character, the special damage was noted as the main cause of liability; even if the acts of the administration were legal, it was considered that, by virtue of special damage if the individual had to bear a special burden with respect to the rest of the people subject to the same administration—that is, an unfair situation regarding the obligations that all citizens must bear in ordinary circumstances—it would be admissible to compensate the damages caused to the individual by the administration acts, even if they were legal acts.

The courts have identified the following characteristics of the subjective system:

- a) A failure in service or administration by reason of omission, delay, irregularity or inefficiency or lack of service. The failure or fault in question is not the administration agent’s personal fault but the failure in service, or anonymous, of the administration.
- b) The above means that the administration has acted or has failed to act, for which reason the agent’s acts are excluded, because they are alien to the service and performed in the agent’s capacity as citizen.
- c) Damage entailing injury or disturbance of property protected by law, whether civil, administrative or other, with the general characteristics that private law assigns to recoverable damage, namely that it must be certain, clearly determined or determinable, etc.
- d) Cause and effect relationship between administration fault or failure and damage. Without this relationship there will be no grounds for compensation, even if the fault or failure in service has been proved.

It is worth noting that the above mentioned judicial precedents emphatically establish that the only acts of an entity’s officers or agents the entity cannot be bound by are those performed by said officers or agents with regards to private personal matters, that is to say when they are not acting in their capacity as officers or agents.

The adoption of the Political Constitution of 1991 meant the introduction in Colombia of governmental administration liability, stated in the following terms:

4 Alier Eduardo HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”, *Revista Facultad de Derecho*, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. IV, N.º 8, Bogotá, 2001.

SECTION 90. The State shall be held accountable for compensation for any damages resulting from illegal actions it may be charged with, caused by omission or commission by public authorities.

Upon a court judgment ordering the State to compensate any of such damage arising from fraudulent acts or gross negligence of any of its agents, the former shall recover from the latter.

The second paragraph of the above quoted section provides that the State shall seek recovery upon court judgment holding the State liable for gross negligence or fraudulent acts of any of its agents, which leads to conclude beyond any doubt that the Political Constitution itself opened the door for public entities to be held liable for the fraudulent acts or gross negligence of their officers.

2.3. The position of legal authors

As regards the position of legal authors on public administration's liability for its officers' fraudulent acts, the Spanish author Jesús Leguina Villa records the following reflections in his work *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública (Civil Liability of Public Administration)*, which are worth quoting in full:

...Thus, the ultimate limit to the Administration liability for any event causing damage by reason of its officers' actions is mainly determined by the private actions of said officers; in other words, the public entity is not accountable for any damage arising from purely private acts performed by their agents or, vice versa, the public entity is accountable for the damage arising from the acts of its agents in the performance of their activity as such.

[...] Holding the Administration liable for any damage caused by one of its agents is established by the legal system and is grounded on the guarantee owed to private individuals, provided there is external and objective evidence that the damage caused is the result or consequence of public activity (rather than the result of the natural person's activity) or, in other words, the result of the behavior of an officer who, from the point of view of the injured subject, has acted in the capacity of a public officer. Consequently, once it has been proved that the act causing damage committed by a public officer has any bearing on the public or private activity of a public entity, the public entity is charged with the damage without it being necessary to inquire further into whether the officer's behavior amounts to a fraudulent or negligent act and, as a result of this, the contingent existence of a fraudulent act—whether or not private—will not prevent the public entity from being held liable for the damage caused.

[...] Summing up, in our view and in agreement with the opinion widely held by legal authors, there is no obstacle that can prevent public officers, taking advantage of their position as such, and in furtherance of a purely private purpose, from causing

intentional damage to private individuals: damage for which not only the officers causing it but also the public entity shall be held liable.⁵

It should be noted that this important author also agrees to the fact that the fraudulent acts of the officers who, taking advantage of their position and duties, commit a crime compromise not only their own liability but also the liability of the public entity they work for.

3. Application of Section 1055 of the Colombian Code of Commerce to performance bonds

Having determined the liability or financial effect that on a public entity has the fraudulent acts of any of its officers—who commits the crime taking advantage of a position of privilege—it is now necessary to find out the effect these fraudulent acts have on the performance bond to which the public entity is the insured party.

Thus, upon reviewing the general provisions of the Colombian Code of Commerce as regards insurance contracts, we find that Section 1055 sets forth:

Fraud, gross negligence and acts within the sole power and authority of the policyholder, insured or beneficiary are uninsurable. Any provision to the contrary shall have no effect whatsoever nor shall have any effect any provision intended to protect the insured against criminal or police penalties.

The above mentioned regulatory provision entails a possible solution to the problem we have been considering since it expressly sets forth that the fraudulent conduct of the insured is uninsurable.

But it is necessary to review several judicial precedents that have repeatedly held that Section 1055 is not applicable to performance bonds because it is contrary to their nature.

We mention, in the first place, the judgment passed on May 2, 2002, where the Civil Court of Appeals of the Supreme Court of Justice held the following:

...To sum up, we have concluded that, as it is indisputable that performance bonds have not disappeared and that their structure does not entirely fit the Code of Commerce, the special regulations governing performance bonds did not fall within the general repealing of Section 2033 because said regulations were not part of the code that was being repealed nor a supplementary law thereof. That was the only way to avoid the clash that would inevitably occur between Section 1099 and Section 2033.

⁵ Jesús LEGUINA VILLA, *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Madrid, Tecnos, 2007. Pages 218 to 221.

This having been said, and going back to our topic, it should be noted that an insurance company that collects a premium for underwriting performance bonds has neither legal nor ethical arguments to claim that the insurance is not valid on the grounds that it covers a loss event that depends on the debtor's will. No legal arguments, because said performance bonds are based on the legal provisions mentioned above, the special regulations of which eliminate the application of the general principle set forth in Section 1055 of the Code of Commerce; no ethical arguments, because it would be rightful to brand not only as shameful but also as highly harmful the acts of somebody who, knowingly or with the obligation to know given their expertise on the matter, fostered the underwriting of ineffective performance bonds; needless to say, such an attitude means turning one's back to the social function of insurance. Raising false hopes knowingly certainly has a detrimental effect; the reduction of fear which the insured seeks to obtain would become cruel irony, since they would not only remain as unprotected as they were before taking the insurance but they would have added up to their frustration upon finding out that they have been the victims of deceit. Well, an almost humorous insurance.

Now, it should be noted that the above quoted judgment describes a situation in which the **fraudulent conduct of the policyholder** leads to the loss event covered by the performance bond. Here, we agree with the Court in that in this case it would not be proper to admit the uninsurability of the policy holder's conduct based on Section 1055 of the Code of Commerce of Colombia, because that would be like depriving the insurance of its nature or, as the Court holds, we would end up with an inane or humorous insurance, since from the very moment when the policy is issued, it will not be intended to produce any effect given the fact that the purpose of the insurance is precisely to cover those cases in which the holder—whether because of fraudulent conduct typified as a crime under the law or gross negligence or, to sum up, because of merely discretionary acts—fails to comply with legal provisions or breaches the contract the compliance of which is guaranteed by the performance bond.

In this line of argument it could be asked if the other assumptions of fact contained in Section 1055 of the Colombian Code of Commerce are inapplicable to the performance bond or if, on the contrary, they are all definitely contrary to the essence of the performance bond.

Thus, section 1055 puts forward the following assumptions:

- Uninsurability of fraud, gross negligence and merely discretionary acts of the **policyholder**.
- Uninsurability of fraud, gross negligence and merely discretionary acts of the **insured**.
- Uninsurability of fraud, gross negligence and merely discretionary acts of the **beneficiary**.

We have already concluded that the first assumption is definitely contrary to the performance bond nature, and so we will now consider the other two.

In effect, in our opinion and in relation to the performance bond, it could be argued that, when the loss event arises from the fraudulent conduct or gross negligence of a public officer of the

insured entity—the second of the above mentioned assumptions—it would be possible to conclude that, such conduct or negligence being uninsurable, we would be in the presence of an exclusion based on legal grounds that prevents the insurance company from being held liable.

The preceding position might be criticized for dissociating the assumptions from the regulation, causing it to produce different effects; in relation to this, it should be said that the regulation, precisely because it considers three different assumptions of fact, admits of a range of different legal consequences depending on which assumption of fact is considered.

4. Conclusions

Fraudulent conduct or gross negligence of officers of entities insured under performance bonds risk the entity liability provided such conduct or such negligence is tied to the performance of the officers' duties in their capacity as such or provided such officers, taking advantage of their position, perform acts that contribute to the loss event, that is to say, to the breach of the contract or of the legal provision the compliance of which was guaranteed.

The fact that the public entity becomes liable for compensation by reason of their officers' fraudulent conduct or negligence means that the negative financial effects of the same must be borne by the public entity, even if the entity keeps the right to recover from said officers. It is then the public entity that must bear the negative effects that the uninsurability of the fraudulent conduct or gross negligence may have on its financial position or, in other words, the effects of the ineffectiveness of the performance bond to compensate the damage that the officers' acts may entail.

Section 1055 of the Colombian Code of Commerce is inapplicable to the performance bond with respect to the assumption of fact according to which the fraudulent conduct or gross negligence of the policyholder is uninsurable but not with respect to the assumption according to which said conduct or negligence is attributable to the insured—the public entity acting through its officers—, but in that case, the regulation is fully applicable to performance bonds, thus giving way to a legal exclusion which would prevent the insurance company from becoming liable for the loss event.

Special Mention

Avoiding the global trap: overcoming national boundaries in order to access debtors' foreign assets



Hilário Ribeiro Junior

He was born in Brazil, in November 1987. He is Bachelor of Law by the Universidade Federal do Paraná, Brazil, and Specialist in Tax Law and Tax Procedure by the Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brazil.

Summary

The current level of globalization has brought a scenario where foreign players are taking part in the surety market and demanding surety bonds to guarantee their obligations towards the obligees. In that scenario, insurance companies face an additional risk when underwriting a surety bond, which is the risk of lacking access to the main guarantor's assets in case of default. For that reason, it is important to perform a special analysis of the foreign countries' legal systems and the international private law tools available for mitigating financial risks. By taking a case-by-case approach, insurance companies may establish the best strategy for mitigating the risks using a combination of contractual clauses and collaterals to help save time and resources to obtain the reimbursements for their losses.

1. Addressing the issue

Due to the current expansion of markets made possible by globalization, transnational companies have been setting up their businesses around the world in a quest for better opportunities and less costs. In such scenario, Brazil and other Latin American countries have been experiencing a flood of foreign players interested in consolidating their exchanges with our companies as well as taking part in the bidding processes being currently held, especially in light of the need to improve our national infrastructures.

Considering that the surety bond is one of the main tools used to assure and help finance the critical projects and contracts in those countries, insurance companies are facing the challenge of analyzing the foreign companies' financial muscle in order to ascertain their maximum capacity when acting as principals and guarantors for the bonds to be issued. Although there are international financial standards meant to enable such task, one concern is always surrounding the professionals who perform the analysis: even if a foreign company has enough equity and revenue to support the risks undertaken, Will the insurer be able to access such resources in case of default when most of them are located abroad?

2. Remarks on the surety business and its defaults

2.1. Surety market frame

As has been well stressed by the literature, the surety bond structure consists of three distinct legal relations involving the principal, the insurer and the obligee. The insurer's rights and

obligations towards the principal are usually laid out in an indemnity agreement, whilst those between the insurer and the obligee are set forth in the policy.

The main obligation derived from the policy is that the insurer shall indemnify the obligee if the principal fails to perform its contractual duties. On the other hand, the indemnity agreement states that once the insurer pays a claim, it may then turn to the principal for reimbursement of both the amount paid and any legal fees incurred, as asserted by Gladimir Adriani Poletto, “The contract named General Contract Conditions is characterized by two different goals: the first one is to govern the principal’s and the insurer’s rights and obligations [...], and the second one is to provide guarantees in order to protect the insurer in case of default.”¹ In the Brazilian market, however, the indemnity agreement goes even beyond the goal of reimbursement and also includes provisions concerning the premium owed by the principal and the right to collect it.

For such reasons, when underwriting surety bonds the insurance companies must take into account not only the actuarial statistics for loss ratios, but also the triad Capacity, Competence and Character as defined by João Gilberto Possiede. The first relates to the principal’s financial and economic capacity of payment, the second one comprises its technical power and know-how to perform the contract, and the last one concerns the principal’s reliability.²

In order to fulfill these requirements and help armor insurers against default risks, most companies in Latin America demand additional guarantees when issuing surety bonds. Brazilian insurers often ask principals to provide guarantors to the indemnity agreements, and companies from other countries of the region are fond of using promissory notes for that purpose. Such personal security measures are demanded from shareholders, members of economic groups or consortiums, parent companies or even a third party endowed with a better financial position. Carlos Hoyos Elizalde states, “A very common situation for demanding counterguarantees is when small and medium-size enterprises have another company as their only or main shareholder, the latter actually being larger and solvent. When the principal does not meet all solvency requirements, it is usual to demand counterguarantees from the parent company.”³

Our purpose of study is to analyze the enforcement of such personal security measures in case a default arises and the main guarantor of the obligations is a foreign company, which has been a common situation since transnational corporations started to set up their branches and operate in the region.

1 Gladimir Adriani POLETTTO, “O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica”, *Cadernos de Seguro – Teses*, Rio de Janeiro, FUNENSEG, 2003, 58.

2 João Gilberto POSSIEDE, “Seguro Garantia: Os três C”, *Cadernos de Seguro Coletânea*, Rio de Janeiro, FUNENSEG, 2001, 2: 32-33.

3 Carlos Hoyos ELIZALDE, *El Seguro de Caución*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012, 169.

2.2. Premium default

The first obligation undertaken by the principal in surety relations is to pay the respective premium for the bond issued. Unlike the usual consequence of default in other insurance lines, failure to fulfill the premium payment duty does not release the insurer from its own obligations towards the obligee.

Thus, even though the insurance company may not be earning any profit out of the bond issuance, its risk capacity and exposure will remain compromised until the termination of the policy. For that reason, it is critical to quickly restore the financial forecasts for that bond by collecting the premium from the guarantors.

In Brazil, as mentioned before, the tool used to recover the premium from the principal or its guarantors is the indemnity agreement. As a rule, this agreement cannot be directly enforced in court due to its lack of a determined term and the amount owed. However, there is an exception when it comes to charging the premium; by virtue of Section 27 of Decree-Law No. 73/1966, it is possible to claim the debt through an execution procedure.

Unfortunately, when dealing with foreign principals and guarantors, such procedure becomes of little use since most of their assets are located outside the country's jurisdiction. Therefore, the insurer shall plead for a declaratory judgment and then proceed to recognition and enforcement of the sentence in the main debtor's jurisdiction in order to turn it into a useful writ of execution.

2.3. Performance default

Theoretically, surety bonds are not supposed to cause any loss for the insurer since their underwriting process is not based on casualty but on the principal's financial and technical capacity of fulfilling the contract. Hence, by their own nature, surety bonds are secondary to the main contract and only triggered if the principal fails to perform. "It is this assumption that drastically separates suretyship from insurance. Where the nature of the surety relationship is based on a 'no loss' frame of mind, insurance expects losses and therefore distributes losses over a group or classification of risks."⁴

Nevertheless, performance default by the principal occurs and ignites the procedure for termination of the contract between the obligee and the principal, resulting in the claim notice that shortly follows. Yet, another surety bond intrinsic characteristic is that it has no actuarial-based expected loss, i.e., once a loss is paid, insurers call upon indemnity agreements in order to

⁴ Keith A. LANGLEY and Marchelle M. HOUSTON, "Liability of the performance bond surety for damages," *The law of performance bonds*, 2nd ed., Chicago, American Bar Association, 2009, 433.

achieve the reimbursement from the principal or its guarantors as well as call on any additional collaterals given by them.

For that kind of default, being able to enforce the indemnity agreement is a critical issue since the premium is not set on the basis of anticipated losses, thus the company depends on the reimbursement to cover for what it pays to the obligee. Furthermore, surety bond claims have substantial severity when compared to general insurance lines.

Unlike the case of premium default, Brazilian law does not grant the insurer the possibility to directly enforce the indemnity agreement in court when it is used to postulate a refund for the actual indemnity paid. Therefore, it is necessary to file a preliminary declaratory judgment lawsuit through which one obtains an enforceable writ of execution.

Over again, though, when it comes to debtors whose main resources are abroad, executory measures to achieve reimbursement must take place in the debtor's jurisdiction, which makes it necessary for the insurer to file two different lawsuits in different forums.

Regardless of the type of default, we must also take into account that in order for the lawsuits to be valid, foreign debtors must take part in it and be granted the due process of law as well as the opportunity to fairly present their cases. Such requirements often imply a substantial extension of the lawsuit as well as the costs involved in finding the foreign debtors and communicating the matter to them abroad.

3. Private international law scenario

Establishing which court is the competent one for each lawsuit is possible by applying a few legal concepts meant to solve issues in the conflict of laws field.

3.1. *Lex loci vs. lex rei sitae*

The main applicable private international legal concepts which may solve the jurisdiction matters about defaults arisen from surety bonds are *lex loci contractus*, *lex loci delicti commissi* and *lex rei sitae*.

The first one attributes the solution to the law of the place where the contract was made or the act took place, unless it is stated otherwise. Often surety policies and indemnity agreements are concluded at the insurer's domicile; for that reason most declaratory judgment lawsuits are filed in the insurer's country. "The key contracting act in determining which state's law applies is the last act in the formation of the insurance policy. Insurance companies have argued that the last act is the

countersigning by the insurance company at the insurance companies' home office.⁵ Furthermore, due to national protectionism of insurance and financial markets, domestic risks must be undertaken only by insurance companies authorized to operate in the domestic market, which forces all insurance companies to have at least a branch inside the country's boundaries. As for the claim (*delicti commissi*), since the risk undertaken is a domestic one, the place where the principal's obligations shall be fulfilled and, by extension, where the default act shall take place will also be inside national borders.

On the other hand, enforcement measures abide by a different principle, which is the law where the property is situated. Once the jurisdiction for declaratory judgment is set and the insurer achieves a favorable decision on merits, it is then mandatory to take such decision to the principal's or guarantor's jurisdiction where the respective law concerning the enforcement measures to be taken shall apply.

Generally, under regular circumstances and as long as the first jurisdiction's decision does not offend the other countries' law, the second court is supposed to recognize the judgment regardless of the merits of the case and then proceed to the executory measures according to national rules. Nevertheless, it is important to be pragmatic in such cases for as will be seen hereunder, some bilateral agreements and domestic laws carry exceptions to whether the judge is allowed to revise the former decision.

3.2. Forum selection clause

Another solution to the conflict of laws which has been replacing the classical ones is the prior settlement of a forum clause in surety-related contracts. That solution privileges the principle of the parties' free will to establish the most convenient forum for their resolution of conflicts. Indeed, most policies and indemnity agreements signed by the insurers include forum selection clauses in order to avoid further discussion on the matter.

Although such measure is in fact very advisable, it is important to keep in mind that this clause will only apply to the matters where national sovereignty does not claim for exclusive jurisdiction, in other words, seldom will it be respected when trying to restrain property rights based on a decision that was issued by a court other than the one where the assets are located.

3.3. Relevant regulation

When the recognition and enforcement of foreign decisions are concerned, the main principles adopted may be found in the Hague Conference on Private International Law (HCCH). The

5 Eugene R. ANDERSON, Jordan S. STANZLER and Lorelie S. MASTERS, *Insurance coverage litigation*. 2nd ed., New York, Aspen Publishers, 2005, chapter 6, 35.

Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters and its Supplementary Protocol set forth the basis on which domestic laws were inspired but do not necessarily abide by them.

According to the Convention, a decision shall be entitled to recognition and enforcement as long as it: (a) was rendered by a court considered to have jurisdiction within the meaning of this Convention; (b) is no longer subject to ordinary forms of review in the State of origin; and (c) is enforceable in the State of origin.⁶

However, the Convention also contains the exceptions to the recognition and enforcement of a decision by a member state: (a) if recognition or enforcement of the decision is manifestly incompatible with the public policy of the State addressed or if the decision resulted from proceedings incompatible with the requirements of the due process of law or if, under the circumstances, either party had no adequate opportunity to fairly present its case; (b) if the decision was obtained by fraud in the procedural sense; and (c) if proceedings between the same parties, based on the same facts and having the same purpose, are pending before a court of the State addressed and those proceedings were the first to be instituted, or have resulted in a decision by a court of the State addressed, or even have resulted in a decision by a court of another State which would be entitled to recognition and enforcement under the law of the State addressed.⁷

Unfortunately, even though HCCH has a large number of members and aims to standardize private international law practices among them, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters did not achieve the success of the other conventions issued by the Conference. For that reason, it was not signed by the majority of the Conference members, which limits its power of enforcement.

At the regional level, Mercosur members have signed Las Leñas Protocol which also includes provisions on the recognition and enforcement of judgments and arbitral awards granting an extraterritorial effect to the decision as long as (a) they comply with the formalities deemed necessary in order for them to be authentic in the State of origin; (b) they are translated into the language of the State in which their recognition and enforcement are sought; (c) said judgments and arbitral awards emanate from a competent judicial or arbitral authority in accordance with the law on international jurisdiction in the State in which their recognition and enforcement are sought; (d) the party against which the decision is sought to be enforced has been duly summoned and granted its opportunity to fairly defend itself; (e) the decision is enforceable in the State of origin; and (f) the judgments and arbitral awards do not manifestly conflict with the principles of public order of the State where recognition and/or execution is sought.⁸

6 Chapter II - Conditions of recognition and enforcement. Article 4.

7 Chapter II - Conditions of recognition and enforcement. Article 5.

8 Article 20 from Las Leñas Protocol.

Domestically, Brazil issued the Decree-Law No. 4.657/1942 (LINDB - Introduction Law for the Rules Under Brazilian Law System) containing the same principles discussed above, especially the jurisdiction based on *lex loci* standards (Section 12) and the requirements for the enforcement of foreign decisions, which follow the basic requirements mentioned hereto, except for the need to primarily recognize the decision in the Brazilian High Court of Appeal - STJ (Section 15, replaced by Section 105 of the Brazilian Constitution).

4. Assets' access measures

Finally, resuming the scope of this text, prior to issuing bonds and starting lawsuits meant for recovering from the principal's default, insurance companies might take some precautionary steps in order to manage and mitigate the main risks arising from dealing with foreign debtors, which are: rising costs, substantial delay, and the complete lack of access to the foreign debtor's assets.

4.1. Checking for agreements on cooperation in civil matters

It is very common for governments to establish commitments regarding civil and commercial cooperation on a bilateral or multilateral basis. Other than the regional covenants such as the ones in Mercosur, OAS or EU, countries may institute preferential conditions for recognition and enforcement of judicial decisions on a reciprocal basis.

Brazil is notably fruitful in signing bilateral civil cooperation agreements in order to avoid the lack of legal certainty arising from the need to execute a judge's decision in a foreign jurisdiction. The Ministry of Justice has even issued a Manual for Civil Cooperation in order to gather all information on the cooperation among 41 countries that maintain specific treaties with Brazil as well as to provide a status on how deep the basis and tools available for cooperation are.⁹

The main purpose when analyzing such covenants is to identify whether the other country will be able to question the original decision when performing its recognition and enforcement procedures. When the answer is affirmative, it might be more profitable to start the lawsuit against the debtor directly in the jurisdiction of its State than being subject to a complete review on the merits of the decision. Checking those international treaties is also critical for assuring that any eventual requirement for a further enforcement will be fulfilled at the original lawsuit avoiding the need for subsequent remediation, thus saving time and potential costs resulting from unnecessary or useless steps.

⁹ The 2012 version of the manual is 486 pages long and can be accessed on <http://portal.mj.gov.br/cooperacao/data/Pages/MJDFBD6D24PTBRNN.htm> by clicking on the 'CJI em Matéria Civil' link.

4.2. Judicial Power of Attorney

Another preventive measure that can be very useful to save time during the lawsuit meant to obtain a declaratory judgment is to require the principal and the guarantors to issue a Judicial Power of Attorney granting representation powers to someone residing inside the insurer's jurisdiction.

Usually, foreign companies will appoint a local representative employee or attorney who will be responsible for managing their branch abroad but will not automatically be able to represent the parent company which is the main financial guarantor of the bond.

Experience has shown that the designation may even be granted by inserting a power of attorney clause in the indemnity agreements or collateral contracts already required from principals and guarantors.

By primarily defining the person able to represent the foreign company and obtaining his/her personal data, insurers will save the time and costs involved in issuing and waiting for a letter rogatory to be answered and returned. It is important to mention that such letters play a critical role in the validity and further enforcement of any foreign decision since most countries adopt the compliance with the due process of law, the right to adversary system and full defense principles as a requirement for recognizing foreign judgments.

The Judicial Powers of Attorney will make it possible to comply with such principles by only summoning the representative appointed by the guarantor or principal to defend the company without having to wait for further statements from the foreign entity.

4.3. Arbitration clause

Insurers may also establish mandatory arbitration clauses in order to settle the matters arising from surety bond default and enforcing the resultant arbitral award. Currently, most countries are familiar with and have issued procedures to enforce arbitral awards. Similarly to the power of attorney, the arbitration clause can be easily inserted in the indemnity agreements required from the principal and in the collateral contracts.

The downside of such choice is that arbitration tends to be substantially more expensive to the parties than the judicial resolution of conflicts. Furthermore, arbitration clauses include lots of obligations and provisions which may represent a burden when the principal or guarantor decides to discuss the provisions to achieve a final agreement on them.

Nevertheless, it is still a good solution to avoid legal systems that allow the judges to question the former decision presented for recognition.

4.4. International standard guarantees

The last resource available to an insurance company when there is no option but to start all lawsuit discussions directly in the debtor's jurisdiction is to save the operation by using international standard contracts that may ease the foreign judges' appreciation of the matter.

Sometimes indemnity agreements lack enforcement power in other jurisdictions or even contain provisions that are not subject to the autonomy of the contractual parties. In that scenario, the formalization of a comfort letter would be a better accepted way to maintain the personal guarantee represented by the indemnity agreement.

Finally, when the legal structure of a foreign country does not allow the insurer to access the assets of the debtors, a robust collateral such as the standby letter of credit may mitigate the risks involved by providing direct access to the principal's or the guarantor's monetary resources.

5. Final remarks

After analyzing the panorama discussed above, it is possible to infer that the current globalization level of operations has been forcing insurance companies to find new ways of protecting themselves from default without missing the opportunities brought by foreign players to the market.

In that context the private international law tools available get critical importance when underwriting risks for foreign principals and guarantors. Insurance companies should check the foreign legal system in order to determine the access that will be granted to the debtor's assets and plan the best strategy for mitigating the risks by choosing between power of attorney clauses, arbitration clauses or even asking for stronger collaterals prior to issuing their bonds.

Nevertheless, there are plenty of tools available for mitigating default risks and the right combination is to be settled in a case-by-case approach. Such preventive behavior shall be enough to increase surety issuances and ease the exchange of operations among the countries.

PASA  APF

Asociación Panamericana de Fianzas
Panamerican Surety Association