

Cuestiones sobre la Cláusula Cut Through: Transferencia y Reconstrucción

Estudio comparativo

Grupo de Trabajo de Reaseguro de AIDA¹



¹ La versión española ha sido realizada por el Grupo de Trabajo “Reaseguro” de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA), integrado por Claudio Ramos (MAPFRE), Ignacio Figuerol (Davis Arnold Cooper), M^a Concepción Hill (Universidad de Barcelona), Eduardo Pavelek (MAPFRE RE), Joaquín Ruiz Echauri (Lovells), Matilde Somacarrera (MAPFRE Empresas) y Jorge Sánchez Villabella.

La versión en lengua inglesa fue publicada por el *AIDA Reinsurance Working Party* en 2005 y editada por Michael Gill.

FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2008, FUNDACIÓN MAPFRE
Carretera de Pozuelo 52
28220 Majadahonda. Madrid

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro
publicaciones.ics@mapfre.com

ISBN: 978-84-9844-107-9
Depósito Legal: SE-6852-2008

FUNDACIÓN MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales. En el marco de la Fundación, el Instituto de Ciencias del Seguro promueve actividades de formación y de investigación en el campo del Seguro y la Gerencia de Riesgos tanto en España como en América Latina.

Para el mejor desarrollo de la labor formativa e investigadora, la Fundación cuenta con un centro de información documental con mas de 100.000 referencias y una biblioteca que da soporte a las actividades anteriores y que presta sus servicios al sector profesional especializado en el ámbito del Seguro, la Gerencia de Riesgos, la Seguridad y el Medio Ambiente:
www.fundacionmapfre.com/documentacion

El Instituto promueve la edición impresa y en formato electrónico de libros, cuadernos de trabajo, informes y estudios de investigación y además, edita una revista especializada en Gerencia de Riesgos y Seguros.

Estas publicaciones, constituyen el medio de divulgar los resultados de investigaciones o estudios cuya actualidad o temática pueden resultar de interés para el público especializado.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. CUT THROUGH	9
I. DERECHO DEL ASEGURADO A SER INDEMNIZADO DIRECTAMENTE POR EL REASEGURADOR	9
1. ¿Permite la legislación o la práctica reaseguradora de su país que el asegurado sea indemnizado directamente por el reasegurador? ..	10
2. ¿Si es así, bajo qué circunstancias?	10
3. ¿Es el derecho contractual, la ley del contrato de seguro, la ley de quiebra o alguna combinación la ley principal? ¿Si no es así, en qué ley se basa?	10
4. ¿Diferencia la ley entre distintas resultantes según el tipo de contrato de reaseguro, por ejemplo, facultativo-contrato; proporcional-stop loss?	19
5. ¿Existen casos especiales en que se haya aplicado la ley y que permiten un <i>cut through</i> ?	21
6. De ser así, por favor, descríbalas	21
7. ¿Qué protecciones tiene el reasegurador frente a una reclamación fundada en un <i>cut through</i> ?	23
II. GESTIÓN DE LOS ASEGURADORES EN CASO DE INSOLVENCIA O RUN OFF	27
8. ¿Bajo la legislación de quiebra qué prioridad tiene, si la hay, el reclamante de un <i>cut through</i> en comparación con otros acreedores del asegurador?	27

9.	Para gestionar las obligaciones pendientes ¿existen limitaciones? ...	32
10.	¿Qué opciones existen para la gestión de los negocios de un asegurador si éste es insolvente, por ejemplo, rescisión de todos los contratos en vigor?	36
11.	¿Qué efecto tiene cada opción con relación al vínculo entre reasegurador del asegurador insolvente y el asegurado original? ...	40
12.	¿Si un asegurador es sometido a liquidación (ya sea voluntariamente o de otra forma), existe algún límite en su país sobre los activos a disposición del liquidador?	43
III. CLÁUSULAS <i>CUT THROUGH</i> EN CASOS DE LIQUIDACIÓN DEL ASEGURADOR		47
13.	¿Reconoce su jurisdicción como una cláusula válida en un contrato de seguro aquella que permite al asegurado ser indemnizado directamente por el reasegurador, en el caso de que el asegurador sea liquidado?	47
14.	¿Si es así, está limitado el derecho del asegurado de ser indemnizado en tales circunstancias?	47
15.	¿Si un asegurado no puede cobrar directamente del reasegurador, cuáles son las razones legales que le impiden hacerlo?	47
IV. REFORMA LEGAL		51
16.	¿Hay alguna discusión en curso en su país en cuanto a estas cuestiones y existe alguna sugerencia con vistas a una reforma legal o la necesidad de un cambio? y ¿existen algunas proposiciones para legislar o cambiar?	51
 CAPÍTULO 2. CUESTIONES SOBRE TRANSFERENCIA Y RECONSTRUCCIÓN		55
I. EXISTENCIA DE UN DERECHO DE TRANSFERENCIA DE NEGOCIO DE SEGURO O RIESGOS		55

1 a) ¿Permite la ley de su país a un asegurador la venta del negocio de seguro?	56
1.b) ¿Permite la ley de su país a un asegurador transferir las obligaciones derivadas de los riesgos o pólizas suscritas a otro asegurador (segundo asegurador)?	56
2. Si es así, ¿bajo qué circunstancias? ¿de qué garantías disfrutaban los afectados por una transferencia, incluyendo el asegurado?	56
3. Si la transferencia es permitida ¿en qué circunstancias, si se dan, será directamente responsable el segundo asegurador frente a los asegurados?	62
4. Si no, ¿resulta su responsabilidad derivativa sólo por naturaleza? ...	62
II. EFECTO DE LAS TRANSFERENCIAS DE NEGOCIO DE SEGUROS SOBRE LOS REASEGURADORES	64
5. ¿Adquiere el segundo asegurador el beneficio del reaseguro del primer asegurador que cubre el negocio, riesgos y pólizas objeto de la transferencia?	65
6. ¿Qué ley, práctica, y/o procedimiento es aplicable a la transferencia del reaseguro al segundo asegurador?	65
7. ¿Debe estar informado el reasegurador del consentimiento dado a la transferencia?	65
8. ¿Puede el reasegurador objetar o impedir la transferencia de sus obligaciones al segundo asegurador?	65
9. ¿De qué medios adicionales de defensa puede valerse el reasegurador frente a las reclamaciones del segundo asegurador? .	70
III. EFECTO PROVOCADO POR UN CESE DE LAS OPERACIONES DE UN ASEGURADOR O UN RUN OFF DEL MISMO	71
10. ¿Existen limitaciones en su país bajo las cuales un asegurador puede cesar sus operaciones o acogerse a un run off?	71
11. ¿Si es así, cuáles de esas limitaciones, si existen, tienen que ver con siniestros pendientes o potenciales y cuál es el reaseguro aplicable?	71

12. ¿Exige la ley que el reaseguro reciba un trato especial o existe alguna práctica en torno a ello?	71
---	----

CAPÍTULO 3. CONCLUSIONES	75
---------------------------------------	-----------

Colección “Cuadernos de la Fundación” Instituto de Ciencias del Seguro	79
---	----

PRESENTACIÓN

En el transcurso de las últimas décadas, el marco regulador del reaseguro ha experimentado transformaciones significativas. Sin duda, la institución mantiene sus rasgos esenciales, pero tanto desde el punto de vista regulatorio como desde el contractual se han producido novedades que merecen un detenido análisis. En el plano estrictamente obligacional, se observa una tendencia caracterizada por el progresivo deterioro de la confianza entre los sujetos de la relación negocial, que se manifiesta en la aparición de un esquema de contratación impregnado de previsiones orientadas a intensificar el control del riesgo de contraparte y a organizar la atribución de derechos y la asunción de obligaciones de los sujetos de la relación de modo que cada cual cumpla la función que le es posible desempeñar de forma más eficiente a tenor de su posición contractual, de su solvencia patrimonial o de su capacidad técnica.

En este contexto, aparecen en el mercado las denominadas cláusulas “*cut through*” que han suscitado una viva polémica y han merecido críticas severas por parte de algún sector de la doctrina que ha querido ver en ellas un elemento de desestabilización de los fundamentos del contrato de reaseguro, cuando no una alteración de su misma esencia.

Como es bien sabido, la finalidad de las denominadas cláusulas “*cut through*” consiste en atribuir al asegurado el derecho a exigir directamente al reasegurador el pago del importe de la indemnización que le corresponde en caso de que ocurra un siniestro cubierto por la póliza de seguro directo.

Por ello, la expresión “*cut through clause*” ha sido comúnmente traducida por “*cláusula de atajo*”, dando a entender que por medio de ella el asegurado puede seguir una vía rápida para obtener el cobro de la indemnización. Sin embargo, la esencia de la cláusula no guarda tanto relación con la velocidad de liquidación como con la calidad del crédito que surge como consecuencia del acaecimiento del siniestro, y, más específicamente, con la posibilidad de hacer valer ese crédito directamente frente al reasegurador, franqueando la barrera que impone el esquema clásico de relaciones asegurado-asegurador-reasegurador.

De ahí, precisamente, surge la visión crítica antes aludida; visión que, sin duda pone de relieve aspectos de interés, pero que merece ser calificada de

artificial en la medida en que *necesita* establecer como premisa que el art. 78 de la Ley de Contrato de Seguro (cuyo primer inciso establece que el asegurado “no podrá exigir directamente del reasegurador indemnización ni prestación alguna”) tiene carácter imperativo. La realidad es que no resulta fácil mantener tal afirmación y que el análisis sistemático de las normas aplicables lleva directamente a la conclusión contraria a la que parece desprende de una interpretación descontextualizada del precepto transcrito. Así, el art. 2 LCS otorga validez a las cláusulas *más beneficiosas* para el asegurado, y el 79 LCS proclama el carácter dispositivo de los preceptos de la ley en relación con el contrato de reaseguro.

Sentado lo anterior, es obligado preguntarse si la cláusula “*cut through*” puede ser, de algún modo, contraria al *orden público*. Para responder a esta pregunta es necesario empezar por admitir que la cuestión no puede resolverse con un enfoque puramente *iusprivativista*, pues es innegable que el carácter financiero que subyace a la relación comercial asegurado-asegurador-reasegurador, fundamento de la intervención pública en este particular sector de la economía, no puede ser desdeñado en el análisis de la validez del contenido obligatorio del contrato, por más que éste se desenvuelva en el plano de las relaciones jurídico-privadas.

Los ejes de esta intervención son el control de la solvencia como garantía del cumplimiento de los compromisos adquiridos por el asegurador y la protección de los asegurados en su doble condición de acreedores de una prestación económica futura y, eventualmente, de sujetos de una relación jurídica en la que ocupan una posición merecedora de una tutela especial. Bajo estas premisas, parece difícil impugnar la validez y eficacia de un pacto que no vulnera norma imperativa alguna ni transgrede los criterios que conforman la noción de orden público; que es fruto de libre voluntad de los contratantes (por cierto, formada por sujetos no necesitados de especial protección, puesto que, sin excepción, nos moveremos aquí en el ámbito de los grandes riesgos) y que, desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, se limita a conferir al asegurado -y nadie negará que esto representa una condición *más beneficiosa*- acceso directo al patrimonio del reasegurador.

Desde luego, en el ámbito del derecho británico, la polémica ha quedado definitivamente zanjada con la entrada en vigor de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*. Es cierto que la admisibilidad de la cláusula venía condicionada por el difícil encaje en el derecho anglosajón de las estipulaciones a favor de terceros -problema sin duda específico de ese derecho y que no se presenta en el ámbito del derecho español ni en el de otros ordenamientos de corte continental-. Pero también lo es que el hecho de que, en el primer mercado mundial del reaseguro, las cláusulas “*cut through*” hayan obtenido carta de naturaleza, debe hacernos reflexionar con amplitud de miras si no queremos que nuestro esfuerzo por comprender la naturaleza y el alcance de las nuevas figuras contractuales se convierta en una especulación académica desconectada de la realidad.

El trabajo que hoy publica la FUNDACIÓN MAPFRE trata precisamente de contribuir a esa tarea de reflexión, ofreciendo una descripción objetiva del

modo en qué las cuestiones más candentes relacionadas con la validez de las cláusulas “*cut trough*” han sido resueltas por los tribunales y por los legisladores de quince países diferentes. Se trata de un estudio de indudable valor práctico, que responde al interés por mostrar una realidad viva y aportar, de forma clara y sintética, una visión comparativa del estado de la cuestión en mercados con distinto grado de evolución y en el marco de ordenamientos jurídicos de tradición diversa.

Ojalá esta introducción contribuya a despertar el interés del lector y le ayude a reconocer la oportunidad de este estudio que tan acertadamente ha promovido el Grupo de trabajo de Reaseguro de SEAIDA bajo el impulso de su anterior Presidente, D. José Antonio Carro, y que se publica bajo los auspicios de la FUNDACIÓN MAPFRE, la cual, una vez más, contribuye con generosidad a incrementar el acervo bibliográfico en un campo al que tradicionalmente se le ha prestado muy escasa atención en nuestro país.

Claudio Ramos
Presidente del Grupo de Trabajo Reaseguro de
SEAIDA

INTRODUCCIÓN

El Cuestionario número 6 plantea cuestiones concernientes a dos asuntos: cut through y transferencia y/o reconstrucción.

Estas cuestiones pueden ser agrupadas grosso modo en los siguientes apartados:

- El derecho de un asegurado a cobrar directamente de un reasegurador (generalmente).
- Gestión de los aseguradores en caso de insolvencia o “run off”.
- Cláusulas Cut through en caso de liquidación del asegurador.
- Propuestas de reformas legislativas en relación con reclamaciones directas al reasegurador.
- Transferencias de negocio de seguro, riesgos asegurados u obligaciones o compromisos derivados de pólizas de seguro.
- Derechos y obligaciones del reasegurador en relación con la transferencia de negocio de seguros, y
- El efecto sobre el reaseguro en el caso en que un asegurador cesa en su actividad o se acoge a un “run off”.

Este informe ha sido preparado con base en las respuestas remitidas por quince países. Los participantes fueron requeridos para responder todas las cuestiones en relación con la legislación y/o práctica en caso de ser aplicable, y aclarar la postura de la legislación y la práctica de mercado. Al mismo tiempo, les fue solicitado indicaran tendencias importantes en los terrenos jurídico y práctico, así como cualquier propuesta de cara a reformas legislativas.

Cut through

En todos los países analizados, la doctrina de la privacidad o prevalencia de la voluntad de las partes al amparo del derecho contractual, aportó algún grado de protección jurídica al reasegurador frente a reclamaciones directas por

parte de los asegurados. De cualquier forma, diferentes tendencias judiciales, legislativas y de orden administrativo han debilitado la efectividad de este principio en algunas jurisdicciones a la luz de ciertas circunstancias. Por otra parte, la práctica del “cut through” varía de forma importante de una jurisdicción a otra, comenzando por algunas que no contemplan esta práctica de manera alguna, a otras con una gran experiencia en ello.

En algunas jurisdicciones, la legislación en este apartado no ha alcanzado un nivel que permita una diferenciación entre resultados de acuerdo con el tipo de contrato de reaseguro utilizado (por ejemplo, el contrato de reaseguro facultativo/obligatorio: proporcional/stop loss).

Existen muy pocos casos, en los países analizados, en que se haya aplicado la ley para posibilitar un cut through. El país en el que mayor interés ha despertado este tema por parte de la judicatura es los Estados Unidos.

En la mayoría de los países el reasegurador posee la misma inmunidad que habría tenido frente al asegurador (su reasegurado) contra una reclamación de cut through, como el asegurador frente al asegurado.

Ha habido diferentes manifestaciones de interés en varios países en torno a la cuestión de la prioridad de una reclamación cut through en relación con el resto de acreedores de un asegurador insolvente. Estas iban desde otorgar a los acreedores del asegurador prioridad expresa en cuanto a los activos de reaseguro sujetos a la ley, a la aplicación estricta del principio pari passu, exigiendo de los acreedores la observancia del grado de prelación de créditos propio de la quiebra.

En la mayoría de países no existen limitaciones sobre los aseguradores incursos en un run off en cuanto a la gestión de sus obligaciones pendientes, sin embargo, en algunos países, estos aseguradores están sometidos a una mayor vigilancia por parte de la administración de control.

En la mayoría de países, los aseguradores insolventes poseen el derecho de rescindir sus obligaciones contractuales, o bien son anuladas por ministerio de ley. La gran mayoría de legislaciones prevén un procedimiento merced al cual los aseguradores pueden ser liquidados en caso de insolvencia.

En algunos países (Australia, Reino Unido, Israel, Francia, Dinamarca, Italia) la insolvencia de los aseguradores no afecta a la relación entre el reasegurador y el asegurador (en consecuencia, la situación del asegurado

original no varía). De todas formas, en muchos países (por ejemplo, Australia, Dinamarca, Suiza, Argentina, Brasil, Colombia, Francia) es normal que los contratos de reaseguro contengan cláusulas de terminación de la relación contractual, en el supuesto de insolvencia.

En general, la mayor parte de los países no reconoce la validez de las cláusulas cut through cuando el asegurador ha sido sometido a una liquidación. Sin embargo, una excepción notable es Estados Unidos, donde los tribunales (y alguna parte de la legislación) han mantenido, en algunas circunstancias, las cláusulas cut through aun en el caso en que el asegurador sea sometido a una liquidación.

Sólo en Argentina hay propuestas de momento para llevar a cabo un a reforma legislativa a este respecto, sin embargo, los efectos del colapso del grupo asegurador HIH en Australia pueden tener como consecuencia la posibilidad de una reforma legislativa u otros cambios en los próximos años. El gobierno federal de Australia, además, ha encargado recientemente una revisión completa de la principal legislación en materia de contratos de seguro, es decir, la Insurance Contract Act (1984 (Cth)). Un prominente juez de la sección mercantil de la Corte Suprema de la Nueva Gales del Sur, en situación de retiro, ha sugerido que una de las reformas a considerar, es la extensión de los efectos de esta ley a los contratos de reaseguro.

Transferencia y reconstrucción

Las legislaciones de todos los países permiten a los aseguradores vender pólizas o transferir sus riesgos asegurados u obligaciones derivadas de pólizas de seguro a otro asegurador, todo ello bajo ciertas condiciones y procedimientos. En todos los casos, dichas transferencias implican una rigurosa supervisión por parte de las autoridades de control.

En Australia, Reino Unido, Suiza, Brasil, Finlandia, Francia, Dinamarca y Alemania, el segundo asegurador se convierte en responsable directo frente al asegurado. En Israel, el segundo asegurador adquiere la misma responsabilidad u obligaciones que el primer asegurador frente al asegurado. En Argentina, la responsabilidad es solamente derivativa.

En la mayor parte de los países, el segundo asegurador, si no es contando con el consentimiento de los reaseguradores o mediante una novación, no obtiene el beneficio de los reaseguros del primer asegurador. Sin embargo, en Israel, el primer asegurador puede ceder de manera efectiva los derechos

derivados del contrato de reaseguro unilateralmente, con el único deber de notificar al reasegurador.

En general, la mayoría de países no pone límites a las circunstancias bajo las cuales un asegurador puede cesar en su negocio y acogerse a un run off, siempre y cuando continúen observando los estándares prudenciales más importantes establecidos por la autoridad de control respectiva.

CAPÍTULO 1

CUT THROUGH

I. DERECHO DEL ASEGURADO A SER INDEMNIZADO DIRECTAMENTE POR EL REASEGURADOR

Cuestiones

1. *¿Permite la legislación o la práctica reaseguradora de su país que el asegurado sea indemnizado directamente por el reasegurador?*
2. *¿Si es así, bajo qué circunstancias?*
3. *¿Es el derecho contractual, la ley del contrato de seguro, la ley de quiebra o alguna combinación la ley principal? ¿Si no es así, en qué ley se basa?*
4. *¿Diferencia la ley entre distintas resultantes según el tipo de contrato de reaseguro, por ejemplo, facultativo-contrato; proporcional-stop loss?*
5. *¿Existen casos especiales en que se haya aplicado la ley y que permiten un cut through?*
6. *De ser así, por favor, descríbalas.*
7. *¿Qué protecciones tiene el reasegurador frente a una reclamación fundada en un cut through?*

1. **¿Permite la legislación o la práctica reaseguradora de su país que el asegurado sea indemnizado directamente por el reasegurador?**
2. **¿Si es así, bajo qué circunstancias?**

Donde el derecho esta basado en la legislación.

3. **¿Es el derecho contractual, la ley del contrato de seguro, la ley de quiebra o alguna combinación la ley principal? ¿Si no es así, en qué ley se basa?**

En todos los países investigados, la doctrina de la privacidad del derecho contractual otorga un cierto grado de protección a los reasegurados frente a reclamaciones directas de los asegurados. De cualquier forma, diferentes tendencias judiciales, legislativas y de tipo administrativo han debilitado la eficacia de este principio en ciertas jurisdicciones bajo circunstancias particulares. Por otra parte, la práctica del *cut through* varía de manera significativa de un país a otro y, en ese abanico, hay países donde la práctica del *cut through* no existe en absoluto, mientras otros poseen una mayor experiencia en este terreno.

En derecho francés, danés y suizo la doctrina de la privacidad del derecho contractual continúa limitando los vínculos jurídicos entre asegurados, aseguradores y reaseguradores, y representa un serio obstáculo para aquellos asegurados que pretenden obtener una indemnización directa del reasegurador.

Australia

En general, la legislación en Australia no permite a un asegurado reclamar una indemnización directa del reasegurador. Algunos especialistas han argumentado sobre la posible existencia de un derecho de acción directa frente al reasegurador al amparo de la ley del contrato, cuando un contrato de reaseguro contiene una cláusula *cut through*². Previamente, la doctrina de la privacidad del derecho contractual impedía al asegurado gozar de un derecho exigible al reasegurador al amparo del derecho australiano.

² Kelly & Ball, *Pinciples of Insurance Law*, at (16.01.90).

Ello no impide al reasegurador hacer un pago voluntario al asegurado, cumpliendo así con sus obligaciones frente al asegurador-reasegurado. Sin embargo, el cambio producido en el derecho común por la *High Court* australiana en el caso *Trident General Insurance Co Ltd v McNiece Bros Pty Ltd*³ puede ofrecer al asegurado la posibilidad de poseer un derecho exigible al reasegurador, si el sentido de una cláusula *cut through* pactada en el contrato de reaseguro, ha sido claramente para beneficio del asegurado. En ese caso, tres magistrados de la mayoría de ese tribunal, mostraron su disposición para idear una excepción a la doctrina de la privacidad contractual, cuando al amparo de una póliza de Todo Riesgo a la Construcción se expresaba que la misma estaba suscrita en beneficio de todos los contratistas, incluyendo a la parte demandante (*McNiece Bros Pty Ltd*). El caso *Trident* no se refería al reaseguro o a las cláusulas *cut through*; sin embargo, los principios sentados en ese caso pueden ser aplicables a tales circunstancias del reaseguro. Hay que destacar, empero, que las cláusulas *cut through* no son de uso común en la práctica jurídica australiana, y que la aplicación de los principios del caso *Trident v McNiece* a un contrato de reaseguro conteniendo una cláusula diseñada en beneficio de un asegurado, no ha sido digna de consideración por parte de la judicatura australiana.

Existe también la posibilidad que en el estado australiano de Nueva Gales del Sur y el territorio capital australiano, la legislación aseguradora cree un cargo (exigible por un tercero) en fondos del asegurador pagadero en relación con una reclamación de un tercero contra el asegurado, que pueda también ser aplicable a fondos del reasegurador abonados a un asegurador⁴. Este punto de vista tiene que ser revisado aun por los tribunales, pero puede ser aducido, próximamente, en el procedimiento derivado del colapso HIH⁵. En 1986, han sido puestas en vigor las reformas legislativas afectadas por el *Insurance Contracts Act 1984* (Cth). Una de las reformas consiste en otorgar a terceros el derecho de ser indemnizado directamente por el asegurador, cuando un asegurado (al amparo de un seguro de responsabilidad) es responsable frente a un tercero y el asegurado, a su vez, ha muerto o ha desaparecido después de un periodo razonable de búsqueda⁶. De cualquier manera, la ley excluye específicamente a los contratos de reaseguro de su ámbito de aplicación⁷.

³ (1988) 165 CLR 107.

⁴ Acta de Reforma legislativa (*Miscellaneous Provisions*) 1946 (NSW) s 6; Acta de Reforma legislativa (*Miscellaneous Provisions*) 1955 (ACT) ss 25-28.

⁵ El colapso HIH se refiere a la quiebra del grupo HIH en 2001, segundo mayor asegurador australiano, con un déficit neto de entre A\$ 3.6 billones y A\$ 5.3 billones.

⁶ *Insurance Contracts Act 1984* (Cth) s 51.

⁷ *Insurance Contracts Act 1984* (Cth), s 9(1).

Es de ahí, una política bastante clara del gobierno australiano permitir el *cut through* en ciertas circunstancias, pero dejando a las partes libertad para pactar cuando se trata de reaseguro. Sin embargo, el gobierno federal ha encargado recientemente una revisión exhaustiva de la *Insurance Contracts Act*. Un prominente juez de la división mercantil de la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, en situación de retiro, ha sugerido que una de las reformas a considerar sea extender el ámbito de operación de esta ley a los contratos de reaseguro.

De todas formas, en algunas jurisdicciones australianas con esquemas de seguro obligatorio (tales como automóviles, accidentes, workers' compensation y garantía de constructores (seguro decenal), han sido dotados unos fondos estatutarios de garantía, que tienen por ministerio de ley el derecho de recobrar de los reaseguradores, las indemnizaciones efectuadas por éstos a los asegurados, en el caso de insolvencia del asegurador⁸. Por ejemplo, bajo la *Workers' Compensation Act 1987* (NSW), en el caso de insolvencia de un asegurador, el fondo de garantía estatutario debe pagar cualquier reclamación, sentencia o indemnización derivada o relacionada con cualquier póliza de seguro emitida por el asegurador insolvente. El fondo de garantía queda entonces facultado para exigir la indemnización de cualquier cantidad adeudada al amparo de contratos o pactos de reaseguro⁹.

Reino Unido

Como en Australia, el derecho común en el Reino Unido, basado en la doctrina de la privacidad del derecho contractual, no ha permitido tradicionalmente exigir una indemnización directa por parte de un asegurado al reasegurador, o de una cedente a sus retrocesionarios, en razón de que esos vínculos jurídicos han sido gobernados por contratos separados entre asegurado-asegurador, reasegurado-reasegurador y retrocederte-retrocesionario. Sin embargo, se ha llegado a una solución legislativa. La *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* permite a alguien que no constituye parte en un contrato, exigir el cumplimiento de una condición contractual, pero sólo si el contrato (1) prevé expresamente que un tercero pueda exigir su cumplimiento, o (2) la condición pretenda conferir el beneficio a un tercero, siempre que ese alguien que no constituya parte, y sea identificado expresamente en el contrato de la manera especificada en la sección 1 (3) del *Act*. Sin embargo, en la práctica, existe inquietud sobre lo que significa el efecto de este cuerpo jurídico.

⁸ Véase *Motor Accidents Compensation Act 1999* (NSW), s 191, *Motor Accidents Compensation Act 1994* (Qld), s 61 (3); *Home Building Act 1989* (NSW), s 103 V.

⁹ *Workers' Compensation Act 1987* (NSW), ss 234, 235.

Sin embargo, estas normas estatutarias constituyen la excepción más que la regla en derecho inglés. En la práctica, surge un problema si un reasegurado se torna insolvente¹⁰. La legislación inglesa exige a todos los acreedores de una compañía insolvente recibir trato igual mediante una distribución prorrateada de los fondos disponibles (con la excepción de acreedores con garantía y algunos otros). Los tribunales fulminarán cualquier pacto contractual mediante el cual el acreedor trate de asegurar (en el caso de insolvencia) que sólo ciertos acreedores sean saldados en detrimento de otros. No obstante, es menester apuntar que la *Directiva de Liquidación y Reorganización de los Aseguradores* (2001/17/EC) de la Unión Europea crea una nueva preferencia para las reclamaciones de tenedores de pólizas de seguro, que deberán ser indemnizadas con antelación a las deudas de otros acreedores ordinarios. El Tesoro de su Majestad está considerando de momento respuestas a una consulta de noviembre de 2002, en relación con cuestiones clave que afectan la implementación de la Directiva.

Estados Unidos

Como en Australia y en el Reino Unido, los tribunales de los Estados Unidos no permiten indemnización directa a un asegurado por parte del reasegurador, sin la inclusión de una cláusula *cut through*, cuando las relaciones de seguro y reaseguro se rigen por contratos separados¹¹.

Los tribunales de los Estados Unidos, han reconocido, sin embargo, el hecho de que un reasegurador pueda crear una relación directa, y de ahí privacidad, con el asegurado mediante la inclusión de una cláusula expresa de *cut*

¹⁰ Hay que poner de relieve que el problema no surge en el caso de un asegurado insolvente que posee cobertura de responsabilidad, porque el *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* 1930 prevé que los terceros que obtengan sentencia o fallo arbitral favorable contra (o arreglo de buena fe) el asegurado insolvente pueden mediante asignación estatutaria, ponerse en la situación del asegurado insolvente y reclamar frente al asegurador de responsabilidad civil (sujeto a los mismos derechos y obligaciones del asegurado en relación a ese seguro). De cualquier forma, el Act 1930 no es aplicable a los contratos de reaseguro, sino sólo a contratos de responsabilidad directa, así como tampoco está propuesto que nueva legislación que reemplace al Act 1930 sea aplicable al reaseguro.

¹¹ La ley relativa al reaseguro en los Estados Unidos en cuanto a las cuestiones cubiertas por este informe, tiene base estatal. Según el *McCarran-Ferguson Act* 1945, el gobierno federal, como regla general, puede no regir el negocio de seguro, sino más bien cada estado está obligado a implementar y supervisar sus propias leyes, normas y regulaciones de seguros. A menos que esté previsto de otra forma, la posición de los Estados Unidos parece percibirse como la de la mayoría (pero no necesariamente unánime). Sin embargo, con respecto a varias de las cuestiones tratadas en este informe, la tarea de determinar la posición de los Estados Unidos es de alguna manera más fácil, porque ciertas leyes modelo importantes promulgadas por la Asociación Nacional de Comisionados de Seguros (NAIC) han sido adoptadas por la mayoría de los estados, aunque algunas veces con modificaciones. Más peso ha sido también acordado para las leyes de ciertos estados comerciales clave, de manera especial Nueva York, que tiende a influenciar a otros estados.

*through*¹². Como el derecho contractual goza de prioridad sobre la relación entre asegurado y reasegurador, los tribunales de los Estados Unidos han mantenido, de manera general, que la insolvencia del asegurador original no altera la naturaleza de la obligación del reasegurador¹³. En varias jurisdicciones de los Estados Unidos, incluyendo California y Nueva York, el estatuto de seguros del estado reconoce implícitamente la validez de tales cláusulas¹⁴.

Italia

Según la legislación italiana, al asegurado no le está permitido reclamar el pago directo a un reasegurador. El artículo 1.929 del Código Civil italiano excluye expresamente cualquier vínculo entre asegurado y reasegurador.

Israel

En Israel, a pesar de que no existe privacidad del derecho contractual entre asegurado y reasegurador, la Ley General del Contrato (basada en principios de derecho civil) que rige los contratos de reaseguro, otorga efecto a un contrato para beneficio de un tercero. La Ley del Contrato de Seguro israelí de 1981 prevé expresamente que sus disposiciones no serán aplicables al reaseguro (excepto para la sección 62 que trata del derecho de subrogación). Como resultado, el reaseguro se rige por la Ley General del Contrato de 1973 (parte general). Esto es aplicable a los contratos en general. Se puede alegar que el reaseguro facultativo es un contrato en beneficio de un tercero, es decir, el asegurado original, y, como tal, permite al asegurado exigir el pago directamente al reasegurador. Alternativamente, un tribunal puede adoptar por analogía principios del sector asegurador (regidos por la Ley del Contrato de Seguro) para ser aplicados al reaseguro. Una causa de acción directa es otorgada a terceros frente al asegurador de responsabilidad del demandado con su consentimiento (sección 68 de la Ley del Contrato de Seguro 1981, o en el caso de insolvencia, bancarrota o liquidación del demandado, en virtud de la sección 69 de la Ley del Contrato de Seguro). Sin embargo, estos argumentos no han sido aun examinados por los tribunales. Las cláusulas *cut through* pueden hacerse cumplir al amparo del derecho israelí con base tanto

¹² *Bruckner-Mitchel Iv. Sun Indem. Co.*, 82 F. 2d 434 (D.C. Cir. 1936), cert. Denied, 298 U.S.677 (1936); *Mercantile & General Reinsurance Co. Colonial Assurance Co.* 184 A.D. 2d 177, 591 N.Y.S. 2d 1015 (1st Dep't 1993), rev'd on other grounds, 82 N.Y. 2d 248, 604 N.Y.S. 2d 492 (1993).

¹³ *Fontenot v. Marquette Casualty Co.*, 258 La. 671 (1971).

¹⁴ Cal. Ins. Code Art. 922.2, N. Y. Ns. Law Art. 1308(2)(B)(i).

en la Ley del Contrato (parte general) como cláusula a beneficio de un tercero (véase arriba) o como una cesión de derechos en virtud de la Ley de Cesiones y Obligaciones de 1969.

Francia

El derecho francés no permite al asegurado ser indemnizado directamente por el reasegurador. El artículo 1116 del Código Civil francés prescribe que un contrato obliga sólo a las partes contratantes y no crea obligaciones o derechos a tercero alguno. Además, el artículo L113-3 del *Code des Assurances* estipula que cuando un asegurador reasegura el riesgo por él asumido, el asegurador permanece como único responsable frente al asegurado.

Sin embargo, en la práctica reaseguradora en Francia, un asegurador y un reasegurador pueden pactar que los asegurados del asegurador puedan exigir el pago de una indemnización directamente al reasegurador, siempre que tal derecho no constituya un detrimento fraudulento de los derechos de cualquier tercero, tales como otros acreedores del asegurador.

España

En España, la cuestión se rige por la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980). El primer párrafo del artículo 78 de esta Ley establece claramente que el asegurado no está facultado para demandar directamente del reasegurador ya sea una indemnización o cualquier otro tipo de compensación. De cualquier manera, la doctrina ha sugerido que en ciertos casos, las cláusulas *cut through* puedan ser válidas, siempre que sean claras y no sean ambiguas, particularmente en los casos en que exista reaseguro facultativo. Además, como en otros países, la legislación otorga al asegurado ciertos privilegios en relación con los fondos del reasegurador, cuando el asegurador es sometido a una liquidación.

Dinamarca

El derecho danés no dispone expresamente de ningún mecanismo que prevea una indemnización directa a un asegurado por parte del reasegurador. La doctrina de la privacidad del derecho contractual le impide igualmente al asegurado poder reclamar a un reasegurador directamente al amparo de un contrato. La indemnización directa no constituye parte de la práctica del reaseguro danés.

Suiza

En Suiza no existen disposiciones estatutarias o casos legales que permitan al asegurado reclamar directamente al reasegurador, aun en el supuesto de arreglos de fronting (esto es, cuando un asegurador está de acuerdo en suscribir un riesgo directamente, pero trasladando el 100% de su responsabilidad a un reasegurador mediante un contrato facultativo). Nuevamente, el principio de la privacidad del derecho contractual significa que el contrato de reaseguro no crea ningún vínculo jurídico entre asegurado y reasegurador en el derecho suizo.

De cualquier manera, cuando el comportamiento de un reasegurador (por ejemplo, su presencia en la suscripción de seguro directo) hace creer de buena fe a un asegurado que el reasegurador es en efecto su contraparte y de que éste le indemnizará en caso de siniestro, ello puede llevar a un tribunal suizo a establecer que este tipo de comportamiento constituye en sí una forma implícita de contrato de seguro directo. Tal descubrimiento sólo sería posible si el papel del asegurador primario fuese considerado como el de un mero intermediario. No obstante, no existe ningún caso legal específico en que se haya permitido una reclamación directa a la luz de las circunstancias descritas.

Otra importante consideración es aquella por la que el asegurador es libre para ceder sus derechos frente al reasegurador a un tercero (por ejemplo, el tenedor de una póliza). Las disposiciones más importantes en materia de cesiones están contenidas en los artículos 167 al 174 del Código de Obligaciones. En el procedimiento de liquidación de un asegurador insolvente, el liquidador puede ceder recobros del reaseguro a uno de los acreedores, siempre y cuando todos los restantes acreedores estén de acuerdo con ello (artículo 260 de la Ley Federal sobre Resarcimiento de Deudas y Bancarrota).

Alemania

En Alemania, el principio de la privacidad contractual se aplica de tal manera, incluyendo el caso de insolvencia del asegurador, que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado directamente por el reasegurador. Sin embargo, hay excepciones a este principio básico. Una reclamación directa contra el reasegurador puede entablarse cuando:

- (1) el contrato de reaseguro contiene una condición expresa que permite una reclamación directa por parte del asegurado (es decir, una cláusula *cut through*); o

- (II) el comportamiento del reasegurador da pie a una expectativa razonable por parte del asegurado, que justifica una reclamación directa frente al reasegurador y que el asegurado se funde en esa expectativa. Los requisitos así como el alcance de una reclamación directa por el asegurado frente al reasegurador dependen de los términos precisos del contrato de reaseguro en cada caso concreto. En particular, esto es aplicable a los derechos que puedan ser ejercidos por el reasegurador en relación a cualquier reclamación directa.

En relación con lo expuesto arriba (I), las cláusulas *cut through* están justificadas con base en el principio de la libertad contractual. Las cláusulas *cut through* caen en el marco del artículo 328 del Código Civil alemán que gobierna los contratos celebrados en beneficio de un tercero. Tales contratos pueden estipular ciertas condiciones. Sin embargo, las disposiciones taxativas de la Ley de Quiebras alemana pueden imponer restricciones a esos beneficios otorgados a terceros.

A un asegurado se le puede también otorgar el derecho a reclamar directamente a un reasegurador en virtud de garantías (en primera demanda) por fianzas y avales, que pueden hacerse valer en caso de que, por ejemplo, el asegurador omita sus obligaciones de pago frente al asegurado al amparo del contrato de seguro. Tales garantías se contemplan como un elemento suplementario al vínculo contractual entre el asegurado y el asegurador.

En la relación con lo expuesto en el punto (II), el asegurado puede poseer el derecho a reclamar directamente al reasegurador como resultado de las disposiciones reglamentarias que rigen el principio de dependencia. Por ejemplo, tales derechos pueden hacerse valer cuando ha existido una comunicación directa entre el asegurado y el reasegurador, y que establecen una relación de dependencia entre reasegurador y asegurado y que dan pie para que el asegurado crea tener el derecho a ser indemnizado directamente por parte del reasegurador.

Finlandia

La legislación finlandesa permite también, en teoría, una indemnización directa del asegurado por el reasegurador como resultado de un principio de transferencia de derechos, sin embargo, no existe una práctica de reaseguro establecida en este terreno en este país. El derecho a una indemnización directa está fundado en la legislación relativa a la transferencia de derechos. Esto le permite a un asegurado el ser indemnizado directamente por el reasegurador si (I) el asegurador está conforme con ello, y (II) si la transferencia de derechos no infringe los derechos de tercero alguno (por

ejemplo, con base en la legislación de quiebras). En Finlandia, la leyes de referencia son la Ley de Contratos (disposiciones generales) y la Ley de Contratos de Seguro (no obstante, ello no es obligatorio para los contratos de reaseguro). La legislación de quiebra, que rige los derechos de los acreedores, puede ser también importante en este capítulo.

Argentina

Aquí, ni la legislación brasileña en vigor ni la argentina, ni las disposiciones que rigen la ley del seguro permiten la posibilidad de una indemnización directa. En Argentina la sección 160 de la Ley del Seguro dispone expresamente que el asegurado carece de acción directa frente al reasegurador. Sin embargo, alguna parte de la doctrina es de la opinión que una cláusula específica en un contrato de reaseguro que faculta al asegurado a recibir una indemnización directa del reasegurador, o una cedente de un retrocesionario podría hacerse cumplir lícitamente. La ley que rige de manera expresa las cláusulas *cut through* sería la ley del contrato, pero la validez de tal cláusula puede ser afectada por la aplicación de la Ley de Quiebra si el asegurador se encuentra en liquidación.

Brasil

En contraste, la autoridad de control en Brasil no recomienda el uso de prácticas *cut through*. Así, el artículo 35 de la Resolución 001/2000 publicada por el Consejo Nacional de Seguro Privado (CNSP), ordena que los contratos de reaseguro deban contener una cláusula que disponga que en caso de quiebra de un asegurador, las obligaciones del reasegurador hacia la compañía en liquidación se mantengan, independientemente de si el pago de los siniestros a los asegurados se ha efectuado o no. En consecuencia, el mercado asegurador brasileño no ha adoptado la práctica de incluir cláusulas *cut through* en sus contratos de reaseguro, en razón de que un reasegurador que ha realizado un pago directo a un asegurado al amparo de dicha cláusula, puede correr el riesgo de verse en la obligación de pagar dicha suma nuevamente al asegurador, si éste resultase insolvente. Si en el mercado se practicara el *cut through*, se hace aun más necesario el verificar, primero, de manera rigurosa la situación financiera del asegurador.

Colombia

Este asunto no ha merecido aun consideración por parte de los tribunales colombianos, Sin embargo, hace unos diez años, una póliza de Todo Riesgo a la Construcción de un oleoducto (Caño Limón–Coveñas) que incluía una

cláusula *cut through*, fue autorizada por la autoridad financiera. En los últimos años, dichas cláusulas han sido rechazadas por la autoridad. En el terreno práctico, no es usual el permitir a un asegurado cobrar una indemnización directamente del reasegurador. Tal práctica sería considerada nula y se consideraría contraria a la ley relativa a la liquidación de instituciones financieras al amparo del *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, y representaría una quiebra de las normas que establecen prioridades en el pago a los acreedores establecidas en el Código Civil colombiano.

Grecia

En la legislación griega, a un asegurado no le está permitido reclamar al reasegurador el pago de una indemnización directa.

4. ¿Diferencia la ley entre distintas resultantes según el tipo de contrato de reaseguro, por ejemplo, facultativo-contrato; proporcional-stop loss?

En la mayoría de los países, la legislación en este terreno no se ha desarrollado a un grado que posibilite la diferenciación entre resultantes sobre la base del tipo de contrato de reaseguro.

Reino Unido

No se puede afirmar aun que la legislación en el Reino Unido haya desarrollado respuestas genéricas a las diferentes categorías de contrato de reaseguro. Se ha observado que los tribunales ingleses han adoptado una actitud escéptica en torno a las disposiciones en relación con el *cut through*, y sus respuestas en casos particulares ha consistido en un detallado análisis textual de los condicionados particulares de las pólizas en cuestión.

Alemania

De manera parecida, en Alemania, no parece que exista una diferenciación sobre esta base. Como norma general, se puede decir que en la medida en que el derecho del asegurado de ser indemnizado directamente por el reasegurador merced a una cláusula *cut through*, depende de las condiciones de la cláusula contractual misma, es necesario evaluar el tema de caso en caso. A la fecha, no existen ejemplos prácticos en los que haya surgido este tema.

Israel

Al no haberse adoptado una postura por la legislación israelí en el terreno del reaseguro, no existe, por tanto, tal diferenciación en este país.

España

En España, no parece existir una diferenciación basada en el tipo de contrato de reaseguro, sin embargo, algunos especialistas han sugerido que las cláusulas *cut through* sean reconocidas en mayor medida en los contratos de reaseguro facultativo.

Argentina

Una interpretación legal estricta, parece llevar (según algunos estudiosos) a la permisividad de la inclusión de cláusulas *cut through* en cualquier tipo de contrato de reaseguro, ya sea facultativo, obligatorio, proporcional o stop loss. Sin embargo, en la práctica, las cláusulas *cut through* sólo existen en contratos de tipo facultativo.

Australia

En Australia, se pueden dar varias resultantes dependiendo del mecanismo legal utilizado por conseguir una indemnización directa. La efectividad de cualquier reclamación *cut through* al amparo de la sección 6 de la *Law Reform Act (Miscellaneous Provisions)* puede depender de si un tribunal estará dispuesto a interpretar la frase: "contrato de seguro por el cual la persona es indemnizada en razón de la responsabilidad de resarcir daños o compensar", en el sentido de referirse a cualquier tipo de contrato de reaseguro. Por una parte, la responsabilidad del reasegurado puede ser descrita como una responsabilidad compensatoria frente al asegurado¹⁵. De cualquier manera, el que un contrato de reaseguro pueda ser caracterizado de forma correcta como un contrato... por el cual la persona es indemnizada en razón de la responsabilidad de pagar cualquier...compensación, puede diferir de acuerdo con el condicionado utilizado en los diferentes tipos de contrato. Por ejemplo, los contratos de reaseguro que indemnizan o compensan a un reasegurado con respecto de su pérdida neta definitiva (tal como está definida en el contrato) en relación con una clase particular de riesgo (en lugar de serlo con respecto de cualquier responsabilidad directa que el reasegurado pueda tener al amparo de una póliza particular de seguro) pueden no estar cubiertos por

¹⁵ Kelly & Ball, *Principles of Insurance Law*, at (16.0180).

este condicionado. Tales contratos no estarán diseñados para indemnizar por la obligación de pago o compensación, sino que serán contratos para indemnizar pérdidas financieras concretas.

Por contraste, una reclamación basada en una cláusula *cut through* valiéndose de los principios *Trident* no surtirá probablemente efecto, a menos que la cláusula contenga la clara intención de otorgar beneficios al tercero en cuestión.

Francia

La práctica reaseguradora francesa no diferencia ni obtiene diferentes conclusiones dependiendo del tipo de contrato de reaseguro utilizado. No obstante, es difícil concebir una cláusula *cut through* en un contrato stop loss, que normalmente otorga cobertura total para el asegurador sin un vínculo específico a un asegurado concreto.

5. ¿Existen casos especiales en que se haya aplicado la ley y que permiten un *cut through*?

6. De ser así, por favor, descríbalas.

Existen muy pocos casos en que se haya aplicado la ley en el sentido de permitir un *cut through* en los países analizados. El país en el que mayor atención ha merecido este asunto es los Estados Unidos.

Estados Unidos

En los Estados Unidos, existen varios casos en que los tribunales han permitido al asegurado ser indemnizado directamente por el reasegurador mediante una cláusula *cut through*. En los casos *Ainsworth v. General Reinsurance Corp.*¹⁶, y *China Union Lines Ltd. V. American Marine Underwriters Inc.*¹⁷ Las cortes federales de apelación reconocieron, en dos casos sin relación, que un contrato de reaseguro que contiene una cláusula *cut through* genera una responsabilidad directa del reasegurador frente al asegurado original.

¹⁶ K 751 f. 2d 962 (8th Cir. 1985).

¹⁷ 755 F. 2d 26 (2d Cir.1985).

Los tribunales de los Estados Unidos han exigido que las cláusulas *cut through* sean precisas. Un tribunal mantuvo, por ejemplo, la tesis de que la privacidad entre el asegurado original y el reasegurador no se creaba por el mero hecho de que el contrato de reaseguro tuviese un condicionado muy amplio o generoso, sino que era necesario indicar que “en el caso de quiebra del reasegurado, el reasegurador se haría cargo de la liquidación de los siniestros así como de otros asuntos frente al asegurado original¹⁸”.

En adición a los casos en los que los tribunales norteamericanos han mantenido las disposiciones relativas al *cut through*, los ordenamientos sobre seguros en vigor en varios estados, incluyendo California, Nueva Cork y Florida, prevén excepciones en los procedimientos básicos de liquidación sólo cuando al pacto de reaseguro incluye una cláusula de *cut through*. Para discusiones en torno a ello, véase la respuesta de los Estados Unidos a la cuestión 1 (f) y (l) (m) y (n) más abajo.

Reino Unido

En el Reino Unido, tales situaciones son raras. La sentencia más reciente y más importante, con una especie de pacto *cut through* fue la del caso *NEMGIA v. AGF Holdings* (1997) 2 BCLC 191. En ese caso el reasegurador (AGF) poseía, quizá de manera poco usual, un interés personal en asegurarse de que se pagasen las reclamaciones de los asegurados. El asegurador (NEMGIA), en situación financiera precaria vendió parte de su negocio a AGF. A su vez, AGF, contra una fuerte prima, reaseguró gran parte del negocio de NEMGIA. Por su parte, AGF se hizo con el consentimiento de los asegurados de NEMGIA.

Para garantizar que las reclamaciones contra NEMGIA fuesen liquidadas rápidamente, AGF negoció y acordó el pago de las reclamaciones directamente con los asegurados, y así AGF liquidó los siniestros en nombre de NEMGIA. Al ser liquidada NEMGIA, se temió que el liquidador exigiese a AGF el pago a NEMGIA de todas las sumas adeudadas al amparo del pacto de reaseguro a partir del momento del comienzo de la liquidación. Si los fondos de reaseguro se hubiesen pagado de esta forma, se hubiesen hecho efectivos para hacer frente a las reclamaciones de otros acreedores, y así los asegurados no habrían sido indemnizados (véanse más abajo las razones para ello). AGF tenía la preocupación de que los asegurados no renovasen sus pólizas con esta entidad. AGF acordó, en su propio nombre, liquidar directamente a los asegurados de NEMGIA, a cambio de que se le cediera por

¹⁸ *Mercantile & General Reinsurance Co., PLC v. Spanno Corp.*, 573 N.Y.S. 2d 102, 105 (Sup. Ct. N.Y. Co.1991).

parte de ellos el derecho a reclamar a NEMGIA. AGF, con ello, evitó que las reclamaciones contra NEMIA fuesen llevadas a juicio. NEMIA, al no haber sufrido pérdidas, no tenía la posibilidad de reclamar a AGF con base en el pacto de reaseguro. El tribunal decidió que este arreglo de pago directo era “neutral” para el patrimonio de la quiebra y no causó con ello una pérdida que NEMGIA pudiera recurrir judicialmente.

Hay que decir también, sin embargo, que los liquidadores de NEMGIA ejercieron una acción separada, desafiando el acuerdo de pago directo sobre la base de que se trataba de una transacción infravalorada. Lightman J rechazó admitir estas consideraciones en el contencioso de NEMGIA y sugirió que el ejercicio de la acción separada requeriría un juicio de cuatro semanas. Dicha acción no se hizo valer en juicio. De esta manera, mientras el veredicto en la reclamación a NEMGIA mantiene los arreglos de pago directo como si fuesen entre reasegurado y reasegurador, por otra parte, no se refiere a la cuestión de si puede resistir una reclamación por parte del liquidador del reasegurado.

Brasil

En Brasil no existen casos en que la legislación haya permitido prácticas *cut through*. En su lugar, hay varios casos en que los tribunales han detectado que pagos directos de un reasegurador al asegurado no están permitidos por ley.

7. ¿Qué protecciones tiene el reasegurador frente a una reclamación fundada en un *cut through*?

En la mayor parte de los países en que una acción *cut through* está permitida, el reasegurador cuenta con las mismas protecciones frente al asegurador (su reasegurado), que las que tendría el asegurador frente al asegurado.

Australia

En Australia, si se admite a trámite una acción *cut through* al amparo de la sección 6 del *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* o su equivalente en relación con el reaseguro, el reasegurador tendría las mismas defensas frente al asegurado que el asegurador frente al mismo asegurado. Aun más, un

reasegurador no tendría ninguna defensa, que tampoco tendría frente al asegurador¹⁹.

Reino Unido

Asumiendo que no hay insolvencia, el reasegurador no tiene ninguna responsabilidad contractual directa frente al asegurado. Esta es la postura legislativa actual en el Reino Unido. Sin embargo, con respecto a una reclamación hecha valer al amparo de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act*, el reasegurador tiene a su disposición los medios de defensa que hubiese tenido si la reclamación proviniera del asegurador. Aun más, el reasegurador está protegido ante la eventualidad de pagar dos veces, en el sentido de que cualquier pago al asegurado reduce la deuda frente al asegurador y viceversa.

Estados Unidos

En los Estados Unidos, el reasegurador puede mantener cualquier medio de defensa que podría haber utilizado frente al asegurador, incluyendo la posibilidad de argumentar que el condicionado de reaseguro no implica la presencia de un *cut through*, y que tampoco genera en sí una privacidad entre reasegurador y el asegurado original.

Si el asegurador resulta insolvente, el reasegurador puede alegar en ciertas circunstancias, que el *cut through* constituiría una transferencia susceptible de nulidad al amparo de los ordenamientos de seguro. Nueva York prohíbe, por ejemplo, el pacto de cláusulas *cut through* dentro del periodo de doce meses anterior a la liquidación o rehabilitación del asegurador cedente, con la intención de que el asegurado reciba un trato preferencial frente a los acreedores o asegurados de la entidad aseguradora. En términos generales, si un pacto *cut through* se ajusta a lo expuesto antes, será desechado²⁰. En la práctica, los liquidadores norteamericanos han elaborado normas y procedimientos que rigen *cut through* o medios de pago alternativos. Estos pueden permitir hacer cumplir estas disposiciones bajo ciertas condiciones y circunstancias.

Tal como sucede entre reasegurador y asegurado, sujeto a cualquier disposición en contrario contenida en una cláusula *cut through*, el reasegurador podría ponerse en el papel del asegurador para mantener los medios de defensa que tendría el asegurador frente al asegurado.

¹⁹ *Law Reform (Miscellaneous Provision) Act 1946 (NSW)*, s 6(4).

²⁰ N.Y. Ins. Law 7425 (a) (McKinney 1985 & Supp.2000)

Israel

En Israel, el reasegurador puede reclamar que las condiciones de un *cut through* no han sido cumplidas o emplear cualquier medio de defensa que hubiese utilizado contra el asegurador. El reasegurador puede valerse de los medios de defensa a la luz de la *Law of Assignment*, como por ejemplo, el cumplimiento previo, o el derecho de restricción a valerse de los beneficios del reaseguro o, por su propia naturaleza, no objeto de cesión.

Argentina

No existe indicación ni en la ley respectiva ni tampoco en caso legal alguno de cual sería la postura de la ley en relación con las defensas a disposición del reasegurador frente a una reclamación de *cut through*. No obstante, se sobreentiende que el reasegurador debe estar en posición de utilizar los medios de defensa contenidos en los contratos de seguro y reaseguro.

Brasil

Tal como quedo expuesto arriba, la ley brasileña impide a un reasegurador efectuar pagos directos a un asegurado cuando el asegurador resulta insolvente. Sin embargo, si el asegurador no es insolvente y existe una cláusula *cut through* en el contrato de reaseguro, al reasegurador le resultaría difícil evitar el pago al asegurado basado en el principio de la libertad de contratación, al amparo del Código Civil brasileño y las normas de protección al consumidor (para beneficio del asegurado) contenidas en el Código del Consumidor. La respuesta brasileña no proporciona ninguna aclaración en cuanto a si el reasegurador podría valerse de los medios de defensa a disposición del asegurador en el marco del contrato de seguro, o aquellas disponibles en el contrato de reaseguro.

Suiza

Bajo la legislación helvética el reasegurador puede valerse de los siguientes argumentos en su defensa:

- que no ha aceptado ningún pacto de *cut through* o que la conclusión de tal pacto se ha basado en un error material que justifique su rescisión;
- que la situación de *cut through* no se ha producido a la luz de dicho pacto;

- que un pago directo al asegurado no liberaría al reasegurador del cumplimiento de sus obligaciones frente a la cedente (y de ahí arriesgarse a un doble pago). Si la cuestión de quién tiene derecho a reclamar se pone en tela de juicio, el reasegurador puede rechazar el pago y liberarse consignando un depósito en el juzgado (artículo 168 del Código de Obligaciones);
- que el pago directo resulte ilícito de acuerdo con la legislación del domicilio del asegurador. Así, la aplicación de normas imperativas de derecho extranjero puede ser considerada por un tribunal suizo, siempre que la aplicación de tales normas no esté en desacuerdo con los principios rectores del derecho helvético.

Finlandia

En Finlandia, el reasegurador puede alegar que la reclamación no tiene fundamento en un contrato, como que tampoco el reasegurador haya consentido un pago de la reclamación reasegurada a otro que no sea la parte contratante (el asegurado).

Alemania

En Alemania, los medios de defensa del reasegurador frente a una reclamación de *cut through* basada en una cláusula de *cut through* dependerán, en concreto, de los términos exactos del contrato en cada caso particular.

Francia

En Francia, no existen aparentemente casos en la práctica, en que el reasegurador se haya opuesto a hacer frente a una reclamación de este tipo. Sin embargo, uno de los principios esenciales de la legislación relativa al contrato de reaseguro, es la importancia que cada parte concede a la personalidad de la otra. Este principio no es aplicable si el reasegurador se ve confrontado con una reclamación de una parte desconocida en el momento de comienzo del contrato. Este hecho puede justificar el rechazo de la reclamación del asegurado por el reasegurador en estas circunstancias. En todo caso, el reasegurador se puede valer de los mismos medios de defensa con que cuenta frente al asegurador, para hacer frente a la reclamación del asegurado.

II. GESTIÓN DE LOS ASEGURADORES EN CASO DE INSOLVENCIA O RUN OFF

Cuestiones

8. *¿Bajo la legislación de quiebra qué prioridad tiene, si la hay, el reclamante de un cut through en comparación con otros acreedores del asegurador?*
 9. *Para gestionar las obligaciones pendientes ¿existen limitaciones?*
 10. *¿Qué opciones existen para la gestión de los negocios de un asegurador si éste es insolvente, por ejemplo, rescisión de todos los contratos en vigor?*
 11. *¿Qué efecto tiene cada opción con relación al vínculo entre reasegurador del asegurador insolvente y el asegurado original?*
 12. *¿Si un asegurador es sometido a liquidación (ya sea voluntariamente o de otra forma), existe algún límite en su país sobre los activos a disposición del liquidador?*
- 8. ¿Bajo la legislación de quiebra qué prioridad tiene, si la hay, el reclamante de un cut through en comparación con otros acreedores del asegurador?**

En relación con este asunto, existe un número de diferentes tratamientos a través de los países analizados. Estos van desde el otorgamiento a los acreedores por seguros de una prioridad explícita en conexión con los fondos del reaseguro, a la aplicación estricta del principio *pari passu*, exigiendo a los acreedores por seguros que se incorporen a una graduación con todos los restantes acreedores del asegurador insolvente.

Australia

La *Corporations Act* federal 2001, otorga prioridad sobre otros acreedores a los acreedores por seguros con una reclamación pendiente frente al asegurador en liquidación, con respecto a los fondos del reaseguro que sean cobrados por la compañía o su liquidador – esos fondos deben distribuirse *pari passu* entre todos los acreedores, cuyas reclamaciones nazcan al amparo de un contrato de seguro emitido por el asegurador en liquidación, independientemente de que su reclamación contra el asegurador haya generado un recobro del reaseguro²¹. Hay que destacar que esta disposición no crea un derecho a un recobro directo por parte de un asegurado a un reasegurador, por lo que el asegurado no puede ser considerado el generador de una reclamación *cut through*. No existe derecho para reclamar fondos del reasegurador directamente al reasegurador. En su lugar, el asegurado tiene el derecho a reclamar con base en unos contratos de reaseguro con prelación a otros acreedores dudosos. Existe muy poco derecho común basado en casos en conexión con este supuesto, pero es posible someterlo a un examen más riguroso a la luz del procedimiento seguido en el caso de la quiebra de HIH.

España

La Ley del Contrato de Seguro (artículo 78.2) otorga prioridad a los aseguradores con respecto a los fondos de reaseguro en el caso de liquidación del asegurador. El derecho no es individual, sino un derecho de todos los asegurados como grupo, frente al asegurador en liquidación. Ese derecho es exigible frente al Consorcio de Compensación de Seguros, organismo responsable desde 2002 para la liquidación de entidades de seguros.

Reino Unido

Por otra parte, bajo la legislación inglesa el actor de una reclamación *cut through* no goza de ninguna mayor prelación frente a otros acreedores en razón del principio *pari passu* que rige la ley de quiebras (véase arriba).

²¹ *Corporations Act* 2001 (Cth) s 562A; *New Cap Reinsurance Corporation Limited (in liq) v. Faraday Underwriting Limited* (2003) NSW 842 at (59). Otro tema que puede surgir es el efecto que la sección 116(3) de la *Insurance Act* 1973 (Cth) puede tener en la aplicación de s. 562A. Sec 116(3), que requiere que los activos del asegurador insolvente en Australia no sean aplicados a la "exoneración de sus obligaciones en Australia, a menos que no tenga obligaciones en este país". La cuestión que surge es si los acreedores australianos tendrán prioridad sobre los acreedores no australianos como resultado de la norma, a pesar del principio *pari passu* incorporado en el *Corporations Act*. Este tema fue considerado recientemente en relación con una versión antigua (pero en general similar) de la sección 116(3) del *Insurance Act* en el caso *New Cap Re*.

Estados Unidos

En relación con la postura legal de los Estados Unidos, cada estado tiene virtualmente una disposición que ordena textualmente y en sustancia, que en el caso de insolvencia los pagos efectuados directamente por el reasegurador al asegurado u otros acreedores del asegurador insolvente no aminoran las obligaciones de éste frente al insolvente. Sin embargo, la postura de los distintos estados se divide en cuanto a si una disposición clara sobre un “beneficiario alternativo” en una cláusula *cut through*, puede servir para eliminar la amenaza al reasegurador de verse obligado a pagar dos veces – por una parte, al asegurado con base en una cláusula *cut through*, y por otra, obligándole a contribuir al patrimonio del asegurador insolvente de acuerdo al ordenamiento de seguros. Más aun, el *cut through* tiene que superar el riesgo de ser considerado una prelación de crédito susceptible de anulación. De ahí que no sea materia de importancia para el actor de una reclamación *cut through*, el poseer una prelación frente a otros acreedores, porque si el *cut through* se aplica el acreedor habrá burlado completamente al estado y no requerirá esa prioridad.

Suiza

La legislación de quiebra en Suiza está también basada en el principio *pari passu*. De acuerdo con ello, no existe una prelación para los acreedores que son, al mismo tiempo, asegurados ejercitando una reclamación *cut through*. Sólo cuando el liquidador cede el derecho de recobro a uno (o más) de los acreedores, éstos adquieren el beneficio de una posición prioritaria.

Francia

La postura de Francia parece descansar a mitad de camino. Se ha sugerido que los tribunales franceses analizarían probablemente una cláusula *cut through* como si fuese un caso particular de cesión de derechos por medio de una transferencia de propiedad (*cession de creance*). Sin embargo, el liquidador designado por el tribunal puede desafiar tal acuerdo en nombre de los otros acreedores del asegurador, si éste se ha pactado durante el periodo de sospecha “*periode suspecte*”. El periodo de sospecha es aquel durante el cual el deudor no posee suficientes activos de disposición inminente para hacer frente a sus obligaciones de pago inmediato. Teóricamente, un deudor que se encuentra en dicha situación debe acogerse a la declaración de quiebra de inmediato. Si no lo hace, el tribunal puede fijar una fecha retroactiva para fijar el momento de la quiebra, pero no más de dieciocho meses antes de la declaración de la misma. Los tribunales franceses parecen considerar la fecha en la cual la cláusula *cut through* se ha pactado, en lugar

de la fecha de ocurrencia que ha dado lugar a la reclamación del asegurado contra el reasegurador.

Israel

En Israel, la garantía de prelación al actor de una reclamación *cut through* exige el registro del derecho. Para dar prioridad al asegurado original bajo una cláusula *cut through*, ésta debe quedar registrada en calidad de garantía por el registrador correspondiente, pues de lo contrario los beneficios del reaseguro pasarán a formar parte de los activos del patrimonio del asegurador en liquidación.

Argentina

No existen disposiciones específicas en la Ley de Seguros argentina, así como tampoco casos legales que puedan ofrecer directrices sobre el tema de la prelación de créditos en el caso de liquidación de un asegurador. Se ha observado que un asegurado podrá gozar de prioridad sobre otros acreedores cuando ha existido una cláusula *cut through*.

Brasil

En Brasil, la realización de un pago de reaseguro al asegurador en liquidación está regido por la Ley de Quiebras (*Decreto-Ley* Núm. 7661, en combinación con las disposiciones del artículo 7 de la constitución brasileña (igualdad de derechos), que impide un trato preferencial otorgado a cualquier acreedor. En consecuencia, el CNSP emitió la *Resolución Núm. 001/2000*, que exige que los fondos del reaseguro sean abonados al liquidador y no directamente al asegurado. Los fondos así abonados se convierten en parte de los activos generales de la entidad en liquidación, para ser utilizados para el pago de sus deudas de conformidad de las normas generales de la legislación de quiebra, y que rige la prelación de los acreedores de una compañía en liquidación. Así, en Brasil, el asegurado que entabla una reclamación *cut through* contra un asegurador en liquidación no goza de un grado superior de preferencia al amparo de la ley de quiebras que otros acreedores del asegurador fallido, aun en el caso de que el contrato de reaseguro contenga una cláusula *cut through*. El asegurado está obligado a probar la deuda del asegurador fallido con los restantes acreedores y queda sujeto a las normas ordinarias de prelación. El pago será efectuado por el liquidador de acuerdo con el agrupamiento de los acreedores en varias categorías. Los acreedores de la misma categoría, por ejemplo, los asegurados con reclamaciones válidas, serán abonados al mismo tiempo.

Colombia

Bajo la legislación colombiana de quiebras no existe una prelación reconocida al actor de una reclamación *cut through* sobre los restantes acreedores del asegurador.

Finlandia

De forma similar, el actor de una reclamación *cut through* no goza de ninguna prelación de conformidad con la ley.

Alemania

En Alemania, no existe experiencia práctica a la fecha de circunstancias relativas a la insolvencia de un asegurador. El régimen de supervisión en relación con seguros está diseñado para permitir la intervención de la Agencia Federal de Supervisión de Servicios Financieros (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BAFin) para evitar lo más pronto posible la incapacidad de pago de la entidad aseguradora. En este sentido, véase el apartado 89 de la Ley de Supervisión de Seguros germana (*Versicherungsaufsichtsgesetz* (VAG)). Sin embargo, tendencias recientes, en especial en relación con aseguradores de vida, ponen de manifiesto una importancia creciente en las cuestiones de insolvencia de las entidades de seguro.

Conforme a la legislación de quiebra alemana, una obligación de tracto sucesivo, como un contrato de reaseguro, se extingue automáticamente (como muy tarde) al comienzo del procedimiento de liquidación de una entidad de seguros. Si el principal medio para entablar una reclamación directa de un asegurado a un reasegurador, se basa en la existencia de una cláusula de *cut through* en el contrato de reaseguro, la disolución del vínculo contractual entre asegurador y reasegurador extinguirá simultáneamente ese derecho del asegurado para realizar un recobro directo del reasegurador. No obstante, según la sección 103 de la ley alemana sobre insolvencia (*Insolvenzordnung* (InsO), si en el momento de la iniciación del procedimiento de liquidación no se ha ejecutado un contrato bilateral, el administrador de la liquidación puede exigir su ejecución en nombre del deudor y exigir al mismo tiempo la correspondiente prestación a la otra parte. Unas decisiones de la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) han confirmado de manera contundente que, en el momento del inicio del procedimiento de quiebra, las exigencias recíprocas para el cumplimiento del contrato quedan extinguidas, y las demandas de su cumplimiento sólo pueden ser revitalizadas si el síndico

de la quiebra así lo exige. En consecuencia, una vez iniciado un procedimiento de liquidación de una entidad aseguradora, sólo existe un derecho contractual para recobrar directamente del reaseguro al amparo de una cláusula *cut through*, siempre que el administrador de la quiebra revitalice el contrato original de reaseguro de conformidad con la sección 103 de la ley alemana sobre insolvencia. Un obstáculo existe a este respecto. Y es que el administrador sólo puede poner en vigor el contrato de reaseguro original nuevamente, si ello contribuye a un aumento de los activos del asegurador en quiebra, lo que en la práctica resulta muy difícil.

Otro asunto surge del hecho de que los contratos de reaseguro alemanes, normalmente, contienen derechos de rescisión en el caso de un deterioro patrimonial, insolvencia o insolvencia de alguna de las partes contratantes. Estos derechos de rescisión pueden neutralizar la opción que se le presenta al administrador de poner nuevamente en vigor el contrato de reaseguro con base en la sección 103 de la InsO. La sección 119 de la InsO dispone que aquellos pactos que persigan excluir o limitar la aplicación de la sección 103 por anticipado, serán nulos. Como consecuencia, la validez de cualquier cláusula de rescisión automática constituye un uso importante en este país.

Hasta la fecha no existen dictámenes de tribunales de alto rango en cuanto a este punto. La decisión de la Corte Federal de Justicia con respecto a la sección 8 Núm. 2 *Normas para las Condiciones Contractuales en el sector de la Construcción (Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)*, que permitía una cláusula de terminación automática para beneficio del constructor en caso de inicio de un procedimiento de quiebra contra su subcontratista, no puede ser aplicada en el ámbito asegurador.

Finalmente, el resultado de cualquier consideración judicial sobre este tema se hará con base en los hechos de cada caso concreto y, en particular, sobre la redacción de la cláusula automática de rescisión. Si los derechos de rescisión de un contrato de reaseguro se dan por válidos, su ejercicio evitará cualquier reclamación hecha por un asegurado de un asegurador insolvente con base en una cláusula *cut through*. Sin embargo, una reclamación directa contra un reasegurador por parte de un asegurado basada en los principios de dependencia, permanecerá inalterada por las cuestiones expuestas arriba y que surgen de la quiebra del asegurador.

9. Para gestionar las obligaciones pendientes ¿existen limitaciones?

En la gestión de las obligaciones pendientes nos planteamos si existen limitaciones a las opciones de disposición de:

- a. los aseguradores, en general, incursos en un run off;
- b. tipos particulares de aseguradores incursos en run off;
- c. aseguradores especializados en clases de riesgos (por ejemplo, de seguros obligatorios como workmen's compensation) incursos en run off;

Por ejemplo, si la responsabilidad por el pago de los siniestros es transferida a otra entidad, qué efecto tiene ello en los derechos y obligaciones del reasegurador.

En la mayoría de los países no existen limitaciones frente a los aseguradores en situación de run off, dado que éstos pueden gestionar sus obligaciones pendientes, sin perjuicio de que en algunos países estén sometidos a un mayor control.

Australia

En Australia, si el asegurador no es insolvente, no existen limitaciones sobre las opciones a disposición de los aseguradores, en general, en run off (sujeto ello a las normas prudenciales y de supervisión que también son de aplicación cuando éstos actúan bajo circunstancias normales). Sin embargo, si un asegurador de un tipo especial de riesgos (por ejemplo, workers' compensation, accidentes automóviles, seguro obligatorio de responsabilidad decenal) incurre en insolvencia, bajo algunas jurisdicciones australianas, es de aplicación un reglamento especial de cara a la gestión de sus obligaciones pendientes. De forma específica, sus obligaciones pendientes son asumidas por un fondo de garantía reglamentario²².

Reino Unido

En el Reino Unido, los aseguradores están regidos por la *Financial Services Authority (FSA)*. La ejecución de contratos de seguro (bien generales o a largo plazo) está regida por el *Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA)*, y la autorización y permiso de la FSA con arreglo a la parte IV del FSMA, es una condición imprescindible para que un asegurador pueda operar. Una compañía en run off puede solicitar a la FSA una modificación del alcance de su autorización para operar de manera que no pueda emitir nuevos contratos de seguro y, en consecuencia, restrinja su actividad al mantenimiento de los contratos en vigor, para llevar a extinción sus obligaciones pendientes de cumplir. La FSA sugiere que cuando una compañía tiene la intención definitiva

²² Véase *Workers' Compensation Act 1987 (NSW)*, Pt 7 Div 7; *Motor's Compensation Act 1999 (NSW)*, Pt 7.3; *Home Building Act 1989 (NSW)*, Pt 6A.

de cesar en algún sector de su actividad, debe solicitar una modificación de sus permisos para operar según el capítulo IV. No existen requisitos específicos o limitaciones a los aseguradores, bien en general o con referencia a aseguradores especializados, en cuanto a la forma en que gestionan sus obligaciones pendientes. Para modificar su autorización administrativa, el asegurador debe proporcionar información sobre los ramos de seguro para los que solicita la modificación. La FSA requerirá más detalles sobre los planes de la entidad y discutirá y controlará el cese de ese negocio concreto. Al asegurador que se someta a un run off, le será exigida la presentación a la FSA de un esquema operativo que debe incluir una explicación completa de cómo serán liquidadas sus obligaciones frente a los asegurados. Bajo el FSMA, la FSA tiene la facultad de modificar por propia iniciativa la autorización administrativa de la entidad, y de imponer tales requerimientos a las autorizaciones del capítulo IV de la misma si lo considera conveniente. La FSA puede imponer, por ejemplo, como requisito la no contratación de negocio nuevo, o la exigencia de que se abstenga de ejecutar acciones específicas. La FSA puede también revocar las autorizaciones para una determinada actividad, si ésta no ha sido practicada por la entidad en los últimos doce meses. Existen requisitos bajo la FSMA y la normas FSA con respecto a una deslocalización (outsourcing) o transferencia de negocio. Aparte de estos requisitos, dichas transferencias pueden verse frustradas por restricciones contractuales en cuanto a la susceptibilidad de una cesión de las protecciones de reaseguro pertinentes. Sin embargo, estas restricciones pueden ser ventiladas por los tribunales.

Estados Unidos

En los Estados Unidos, no existen, en general, limitaciones a la realización de un run off voluntario por parte de un asegurador en liquidación. La situación con respecto a los aseguradores en quiebra es abordada en este informe con mayor detalle, más adelante.

Francia

En Francia no existen limitaciones en conexión con un run off voluntario. No obstante, cuando el run off es impuesto por la autoridad de control, ello se rige por las disposiciones del Código de Seguros.

Argentina

En Argentina no existen tampoco limitaciones en cuanto a las opciones disponibles a los aseguradores, aseguradores especiales o aseguradores de

tipos concretos de riesgos, sometidos a un run off, en la gestión de sus obligaciones pendientes.

Finlandia

De manera similar, aquí los aseguradores incursos en un procedimiento de run off están sometidos a las mismas disposiciones legales y ordenamientos que los aseguradores en activo.

Dinamarca

En este país, en general, no existen limitaciones en la gestión de los siniestros en esta situación. Sin embargo, es posible que las autoridades de supervisión financiera (*Financial Supervisory Authorities (FSA)*) dediquen un importante grado de control sobre un asegurador incursor en run off y a la manera de gestionar sus reclamaciones. En razón de su alto nivel discrecionalidad de influencia, la FSA puede imponer para ello ciertas restricciones. Los asuntos relacionados con la gestión de siniestros, por lo general, no tienen ningún impacto en las relaciones de reaseguro, excepto en casos especiales, en que dicha gestión puede ser considerada como un asunto material (por ejemplo, si la experiencia para la gestión desaparece debido a una transferencia de la misma por el asegurador a un tercero, lo que podría constituir una quiebra del contrato).

Israel

En Israel todas las compañías que operan están regidas por la Ley de Control de Seguros (*Insurance Control Law 1981*). Todo asegurador insolvente está sometido a normas específicas que permiten al gestor de la administración diferenciar entre asegurados y otros acreedores. La ley diferencia entre negocio de vida y no-vida. Cualquier conmutación (sustitución de un medio de pago por otro) hecha por el gestor de la administración requiere una aprobación judicial. En contraste, si la entidad es solvente, pero decide conmutar o liquidar parte de su negocio, no se requiere esa aprobación como tampoco es de aplicación ninguna disposición de supervisión y ordenación. Una cedente puede transferir sus obligaciones pendientes frente a los asegurados originales a otro asegurador sin el previo consentimiento del reasegurador. Este derecho tiene su origen en la Ley de Cesión de Obligaciones (*Law of Assignment of Obligations*), según la cual el acreedor (cedente) no requiere la aprobación del deudor para efectuar una cesión.

Suiza

En Suiza, existen algunas restricciones sobre las opciones de run off a mano de la compañía con dificultades de liquidez. Si una entidad no puede mantener las garantías financieras requeridas (margen de solvencia, fondo de garantía) será sometida a un riguroso examen por la autoridad de control. La autoridad de supervisión puede adoptar todas las medidas necesarias para garantizar los intereses de los asegurados. Estas medidas incluyen el pago de las obligaciones pendientes, así como el recobro del reaseguro. La autoridad puede, además, restringir o prohibir la libre disposición de activos de la entidad insolvente. La autoridad de control puede ordenar que la entidad transfiera toda o parte de su cartera a otra entidad, incluyendo los activos que dan cobertura a las provisiones técnicas. Esta transferencia incluye las recuperaciones relativas a la cartera en cuestión.

Alemania

No existen casos en que entidades alemanas hayan sido sometidas a un run off y, de ahí, que no se puedan emitir opiniones sobre esta cuestión. En el pasado, cuando se han registrado casos de dificultades financieras, las entidades han podido evitar la liquidación o también un run off por medio de la venta (i) o transferencia de cartera (ii). El alcance del impacto que puede tener el reasegurador depende de la precisión de las disposiciones contractuales en cada caso concreto.

10. ¿Qué opciones existen para la gestión de los negocios de un asegurador si éste es insolvente, por ejemplo, rescisión de todos los contratos en vigor?

En la mayoría de países, los aseguradores insolventes tienen el derecho de rescindir sus contratos en vigor, o bien los contratos se rescinden automáticamente por ministerio de ley.

También la mayoría prevén un procedimiento de gestión por un agente externo para liquidar a una entidad de seguros, si ésta es insolvente.

Australia

Cualquier asegurador en liquidación tiene un derecho reglamentario de rescisión de cara a todos los contratos de seguro generales.²³ Bajo el *Corporations Act* el liquidador también puede rechazar un contrato en nombre de la entidad con la venia del tribunal²⁴.

Suiza

En Suiza, la insolvencia de un asegurador tiene como efecto jurídico la rescisión automática de todos los contratos de seguro dentro de las cuatro semanas a partir de la publicación del decreto de insolvencia (artículo 37 de la Ley del Contrato de Seguro). Esta disposición no es aplicable a los contratos de reaseguro. Los aseguradores que atraviesen por dificultades financieras serán posiblemente relevados por otros, o serán conminados por la administración a transferir sus carteras. Si no hubiese ningún asegurador dispuesto a relevar al insolvente, la autoridad de control puede ordenar que el asegurador insolvente sea asignado a un administrador o liquidador nombrado por la misma.

Francia

Aquí, todas las pólizas de seguro son rescindidas dentro de los cuarenta días que sigan a la decisión de la autoridad de control de revocar la autorización del asegurador insolvente para operar.

Colombia

En caso de insolvencia, al asegurador puede rescindir todos los contratos existentes "...por medio de notificación escrita al asegurado remitida a su último domicilio conocido, con al menos diez días de antelación, a partir de la fecha en que la misma sea remitida..."(artículo 1071 del Código de Comercio).

Reino Unido

En el Reino Unido hay dos opciones principales para un asegurador: acogerse a un programa de arreglo bajo la sección 425 de la *Companies Act* 1985, o

²³ *Insurance Contracts Act* 1984 (Cth), s 61.

²⁴ *Corporations Act* 2001 (Cth), ss 568(1), 568(1A).

someterse a una liquidación (provisional). Actualmente, y como alternativa de conformidad con un instrumento reglamentario²⁵ en vigor desde el 31 de mayo de 2002, las entidades de seguro y reaseguro inglesas (vida y no-vida) pueden ser puestas a disposición de la administración.

Israel

Si el comisionado de seguros es de la opinión que un asegurador no tiene capacidad para cumplir con sus obligaciones, éste puede restringir el ámbito de actividades de la entidad y designar, normalmente, a un gerente administrativo para gestionar los negocios del asegurador. El gerente administrativo posee todos los poderes correspondientes a la junta directiva y al consejero delegado. A continuación de la designación de este gerente la junta directiva será disuelta.

Finlandia

Si una entidad de seguros es insolvente, o existe alguna razón para suponer que la compañía no está en condiciones con arreglo a los requisitos financieros aplicables, el director gerente deberá ordenar la realización de una auditoría. Si de ella se desprende que la entidad es insolvente, la junta directiva deberá adoptar medidas para someterla a una liquidación.

Dinamarca

En Dinamarca, si un asegurador resulta insolvente sus órganos de dirección deben declarar la quiebra, o como medida temporal, la suspensión de pagos. Desde 1996 ha sido también posible (sujeto a las normas de quiebra y a la aprobación de las autoridades de supervisión financiera) imponer un programa de composición reglamentario.

Brasil

La autoridad de control brasileña, "Superintendencia de Seguros Privados" (SUSEP) puede designar a un "Director de Inspección" o un "Interventor" para asumir la gestión de una entidad de seguros, si ésta se encuentra en una situación cercana a la insolvencia, con vistas a asegurar su recuperación. Sin embargo, en la práctica, dichas designaciones han tendido a empeorar la

²⁵ *Financial Services and Markets Act 2000 (Administration Orders relating to Insurance) Order 2002* (S.I. 2002 Núm. 1242).

situación financiera de estas compañías debido al daño que se causa a la credibilidad del asegurador en el mercado.

Argentina

En Argentina la Superintendencia de Seguros es responsable de la liquidación de un asegurador insolvente y de la revocación de su autorización para operar.

España

De manera similar, en España, una entidad pública, el Consorcio de Compensación de Seguros, es responsable de la liquidación de aseguradores insolventes, salvo casos de liquidación voluntaria que sea admitida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o liquidación judicial por concurso de la entidad (extremadamente infrecuente en la práctica).

Estados Unidos

En los Estados Unidos, por lo general, si un asegurador resulta insolvente, puede acogerse (i) a una rehabilitación voluntaria o (ii) ser sometida a rehabilitación – o una forma similar de supervisión – o liquidación por la autoridad de seguros del estado en que está domiciliada la entidad. No hay nada semejante al modelo de programa de arreglo existente en el Reino Unido. En la rehabilitación existe prudencia en el tratamiento del negocio en vigor, con objeto de poder sanear la situación de la compañía. Sin embargo, cuando un asegurador es declarado en quiebra, todas las pólizas de seguro emitidas por él son anuladas en un corto periodo, es decir, dentro de los treinta días que siguen a la declaración judicial o administrativa. Con base en la misma autoridad la comisión liquidadora del departamento de seguros del estado correspondiente asume el papel de la compañía insolvente para gestionar el run off del negocio.

Alemania

En Alemania, al iniciarse el procedimiento de insolvencia el administrador posee poderes totales en relación con la entidad en cuestión. En conexión con una entidad insolvente la sección 13 de la Ley del Contrato de Seguro (*Versicherungsvertragsgesetz (VVG)*) es de aplicación también, siempre que la relación de seguro se dé por terminada automáticamente al vencimiento del mes que siga al inicio del procedimiento de liquidación sin necesidad de que

las partes ejerciten su derecho de rescisión. Como resultado de ello, la rehabilitación financiera de una entidad de seguros sometida a un procedimiento de insolvencia no constituye una opción. No obstante la sección 89 de la Ley de Supervisión de Seguros (*Versicherungsaufsichtsgesetz* (VAG)) otorga poderes especiales a la Agencia Supervisora Federal de Servicios Financieros (BAFin) para ordenar y dirigir la entidad en orden a remediar sus dificultades financieras y evitar que se vea incurso en un procedimiento de liquidación. En relación con los contratos de seguro de vida, la sección 77(3) de la VAG, dispone que todos los contratos de seguro de vida sean disueltos a partir del comienzo del procedimiento de liquidación. Con respecto a los contratos de seguro que guardan un parecido con el seguro de vida (como por ejemplo, ciertos seguros de salud, de accidentes o de pensiones), la sección 79 de la VAG dispone que la sección 77(3) también es de aplicación a dichos contratos (es decir, quedan anulados al iniciarse el procedimiento de liquidación).

11. ¿Qué efecto tiene cada opción con relación al vínculo entre reasegurador del asegurador insolvente y el asegurado original?

En algunos países (Australia, Reino Unido, Israel, Francia y Dinamarca) la insolvencia de un asegurador no afecta a la relación entre asegurador y reasegurador y, por ende, no modifica la situación del asegurado original. Sin embargo, en muchos países (por ejemplo, Australia Dinamarca, Suiza, Argentina, Brasil, Colombia y Francia) es usual que los contratos de reaseguro contengan cláusulas de rescisión si el asegurador resulta insolvente.

Australia

El efecto de la renuncia o rescisión de las pólizas de seguro es solamente con vistas al futuro. Ello significa que el asegurador será relevado de sus obligaciones sólo a partir de la fecha de la notificación de la rescisión o renuncia. En consecuencia, el reasegurador mantendrá su responsabilidad frente al asegurador por las pólizas de seguro cubiertas por el contrato de reaseguro puestas en vigor antes de esa fecha. De la misma manera, el asegurador sigue siendo responsable ante los asegurados frente a aquellas obligaciones nacidas antes de esa fecha.

Reino Unido

Si el asegurador es sometido a una liquidación, el reasegurador no será liberado de la responsabilidad derivada de su obligación contractual de

indemnizar a la cedente. Al mismo tiempo, los reaseguradores deben hacer frente a sus obligaciones integralmente – en el caso *Charter Reinsurance Company Ltd v. Fagan* (1997) AC 313 la Cámara de los Lores mantuvo la tesis de que serán incluso responsables de indemnizar íntegramente, aun cuando la cedente esté en situación de pagar un dividendo menor a los acreedores, mediante una cláusula “pay as paid” con el reasegurador. El efecto de un plan para que una cedente pueda recobrar del reasegurador, depende de los términos del mismo, en particular, de cualquier metodología aplicable de manera que se pueda estimar y acelerar la determinación de futuros compromisos. La cola de los compromisos pendientes puede extinguirse a través de un cut off, un laudo arbitral, una adjudicación o la aplicación de una estimación actuarial.

El deber del reasegurador de seguir tales pagos dependerá del condicionado del contrato, es decir, que los compromisos pendientes hayan sido conmutados de una manera razonable en el marco de las expectativas de las partes en el contrato de reaseguro.

Israel

Este país, parece inclinado a seguir la postura del Reino Unido en esta cuestión, con lo que la liquidación del asegurador-reasegurado no libera a los reaseguradores de sus obligaciones contractuales hacia el asegurador. A pesar de que ello no haya sido aun objeto de un examen por parte de los tribunales en la parcela del reaseguro, puede esperarse que la judicatura aplique la reglamentación inglesa emitida en el caso *Charter Re*.

Francia

De forma parecida, la liquidación de un asegurador no afecta a la relación entre el asegurador y el reasegurador. Sin embargo, en Francia, los contratos de reaseguro contienen, a menudo, una cláusula de rescisión en el supuesto de insolvencia del asegurador.

Dinamarca

Los contratos de reaseguro daneses también incorporan, usualmente, cláusulas que permiten al reasegurador rescindir el contrato en caso de insolvencia del asegurador. No obstante, el reasegurador mantiene su responsabilidad de cara a su obligación de indemnizar a la cedente hasta la fecha de insolvencia/rescisión.

Una cuestión queda pendiente: ¿cómo debe valorarse la responsabilidad del reasegurador, en aquellas situaciones en las el que el liquidador o tribunal, en su caso, ha condenado al cumplimiento de obligaciones pendientes, incluyendo IBNR?. Es posible que si esa valoración es realizada por un profesional, el reasegurador quede obligado a seguirla.

Suiza

La mayoría de los contratos suizos de reaseguro contienen una cláusula de “muerte súbita” que permite al reasegurador rescindir el contrato de inmediato, si la parte contraria resulta insolvente. Este derecho de rescisión extraordinaria puede tener aplicación, incluso en el caso de que el contrato no contenga esta cláusula. El derecho de rescisión en el caso de insolvencia está regido por el artículo 83, inciso 2 del Código de Obligaciones. Sin embargo, independientemente de la rescisión, el pacto de reaseguro permanece en vigor en cuanto a las reclamaciones que se hayan producido antes de la rescisión del mismo.

Argentina

En este país, todos los contratos de seguro deben incluir una “cláusula de insolvencia” conforme al ordenamiento dictado por la Superintendencia de Seguros.

Brasil

La liquidación de un asegurador no altera las obligaciones de un reasegurador al amparo de un contrato de reaseguro, es decir, la exigencia de un pago integral por parte del reasegurador se mantiene. En el caso de que un interventor sea designado el contrato de reaseguro se conserva intacto y se mantiene en vigor. En el caso de una liquidación, el contrato es rescindido automáticamente, teniendo por fecha de cancelación el día de la declaración de liquidación de conformidad con la ley que regula los seguros privados en Brasil (*Decreto-Ley Núm. 73/66*, art. 98). Cuando el contrato de reaseguro es rescindido, el asegurador puede exigir del reasegurador un reembolso proporcional de la prima. Sin embargo, dado que Brasil sólo ha tenido una entidad de reaseguro en los últimos 60 años (IRB), los aseguradores que han ido a una liquidación han recibido su reembolso de prima sin dificultad, merced a un mecanismo de compensación de sus créditos con arreglo a sus intereses accionariales en el IRB, según el *Decreto-Ley 73/66*.

Colombia

En Colombia el asegurador debe notificar de inmediato a su reasegurador, en caso de haber elegido como opción la rescisión de todos sus contratos, especialmente, con respecto a sus contratos de reaseguro facultativo.

Estados Unidos

Por lo general, la liquidación de un asegurador insolvente no tiene un efecto directo en la relación entre el reasegurador de la compañía en liquidación y el asegurado original. A falta de un pacto de *cut through* que responda a las directrices impuestas por el liquidador, el reasegurador está obligado a pagar las reclamaciones al liquidador y, a su vez, el asegurado original deberá dirigirse al síndico para obtener el pago de su reclamación.

España

La liquidación de una entidad de seguros no afecta a la posición del reasegurador con respecto al asegurado original, ya que no existen derechos u obligaciones directos entre los dos. Sin embargo, las disposiciones del artículo 78.2 de la Ley del Contrato de Seguro dan a entender que los asegurados originales gozarán de prioridad con respecto a los fondos de reaseguro percibidos por el asegurador en liquidación.

12. ¿Si un asegurador es sometido a liquidación (ya sea voluntariamente o de otra forma), ¿existe algún límite en su país sobre los activos a disposición del liquidador?

Australia

En Australia, el liquidador dispone de un fondo consistente de (i) activos en usufructo de la compañía (es decir, no incluye activos retenidos por la compañía en fideicomiso, pero propiedad de terceros) en el momento en que se declara la quiebra, sujeto a los derechos de los acreedores con garantía, y (ii) aquellos activos recibidos en usufructo después de la declaración de quiebra.²⁶ La *Corporations Act* dispone un orden de prioridades de acuerdo con el cual ciertas clases de acreedores con garantía habrán de ser

²⁶ *Ford's Principles of Corporations Law*, at (27.190).

indemnizados con cargo a este fondo, antes de que se aplique el principio *pari passu* a otros acreedores sin garantía²⁷. En el caso de una liquidación de un asegurador, cualquier activo de importancia producto del reaseguro de conformidad con la sección 562A debe ser abonado antes que otros pagos preferenciales. Hay que destacar también que aquellos activos australianos de un asegurador quebrado no pueden ser utilizados para hacer frente a obligaciones foráneas, a menos que no existan obligaciones por cumplir en este país²⁸. La interacción y el conflicto potencial de estas disposiciones fue contemplada recientemente por la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur en el caso *New Cap Reinsurance Corporation Limited (in liq) v. Faraday Underwriting Limited*.²⁹.

El tema de la interacción de la sección 116(3) de la *Insurance Act* y la 562A de la *Corporations Act* no fue resuelta en ese caso que involucró a la legislación de base estatal que precedió a la *Corporations Act*, es decir, la *Corporations Law* que por razones constitucionales estaba subordinada en su aplicación a la *Federal Insurance Act*. Sin embargo, las disposiciones de la *Corporations Law* fueron promulgadas por el Parlamento Federal en forma de *Corporations Act*. El magistrado en el caso *New Cap Re* hizo un llamado para una reforma urgente de la ley, con objeto de resolver cualquier conflicto potencial entre la sección 116(3) de la *Insurance Act* y la 562A de la *Corporations Act* en orden a aclarar la situación.

Reino Unido

La práctica general indica que todos los activos del asegurador se agrupan en un fondo común para permitir el pago a todos los acreedores sin garantía, todo bajo un esquema a prorrata. Las dos clases principales de activos que el liquidador no podrá agrupar son aquellos recibidos en fideicomiso y aquellos en garantía. Puesto que sólo los activos del asegurador insolvente son agrupados, aquellos activos recibidos en garantía no constituyen fondos de la entidad. Los acreedores garantizados gozarán de prelación en relación con aquellos que no la posean.

Israel

Israel tiene una postura parecida a la del Reino Unido – los activos recibidos en fideicomiso o en garantía quedarán fuera del ámbito del fondo común de activos a disposición del liquidador.

²⁷ *Corporations Act* 2001 (Cth), Pt 5.6 Div. 6D.

²⁸ *Insurance Act* 1973 (Cth), s 116(3).

²⁹ (2003) NSWSC 842 at (66)-(67), (69).

Suiza

Excepciones también se dan en Suiza. En el caso de liquidación de un asegurador, el liquidador secuestrará todos los activos propiedad del asegurador insolvente. Este secuestro no es aplicable a las provisiones depositadas por el reasegurador en poder del asegurador u otros bienes colaterales propiedad de los reaseguradores. Dichos activos pueden ser retirados por los reaseguradores.

Alemania

Los procedimientos de liquidación, por regla general, cubren todos los activos del asegurador insolvente, y que, en consecuencia, están a disposición del administrador de la quiebra. No obstante, existen excepciones en ciertos casos en orden a proteger al asegurado.

En los casos de seguros de vida, salud, accidentes y tipos de seguro similares, se crea un fondo de cobertura independiente (*Deckungsstock*) de acuerdo con las secciones 66 y 79 de la Ley de Supervisión de Seguros (VAG), exigiendo a las compañías de seguros con tales compromisos que doten los fondos necesarios que habrán de estar basados en un cálculo matemático de las provisiones de primas.

Los activos del fondo de cobertura deben ser gestionados separadamente del resto de activos de la compañía y deben ser controlados por el síndico, conforme a la sección 77 y siguientes de la VAG. Los activos del fondo sólo pueden ser realizados con respecto a las reclamaciones cuyo objetivo es proteger. En cualquier procedimiento de insolvencia en conexión con una entidad aseguradora, la prioridad deben tenerla los asegurados, conforme a las secciones 77(2), 77(5) y 79 de la VAG.

Francia

En Francia no existen limitaciones a los activos a disposición del liquidador.

Argentina

A pesar de cualquier cláusula *cut through* contenida en un contrato de seguro, todos los activos del asegurador insolvente serán controlados por el liquidador.

Brasil

De manera similar, en Brasil, todos los activos del asegurador sin excepción se reúnen para hacer frente a las deudas de acuerdo con la prelación establecida por la legislación de quiebras.

Dinamarca

Aquí son de aplicación las normas generales de la quiebra, sujetas al control de las autoridades de supervisión financieras. En el caso del seguro de vida, dicha autoridad asume el control de la administración de la cartera.

Colombia

El liquidador debe confeccionar un inventario de los activos de la entidad y todos los estados de cuenta adeudados por la entidad indicando su prelación de pago.

Finlandia

La *Insurance Companies Act* ordena que ciertos activos sean destinados a una consignación separada con objeto de cubrir los compromisos así como sus gastos de liquidación.

Estados Unidos

Los únicos activos que no quedan a disposición del liquidador de manera ilimitada, son aquellos recibidos en garantía y aquellos sujetos a un fideicomiso.

III. CLÁUSULAS *CUT THROUGH* EN CASOS DE LIQUIDACIÓN DEL ASEGURADOR

Cuestiones

13. **¿Reconoce su jurisdicción como una cláusula válida en un contrato de seguro aquella que permite al asegurado ser indemnizado directamente por el reasegurador, en el caso de que el asegurador sea liquidado?**

14. **¿Si es así, está limitado el derecho del asegurado de ser indemnizado en tales circunstancias?**

15. **¿Si un asegurado no puede cobrar directamente del reasegurador, cuáles son las razones legales que le impiden hacerlo?**

Generalmente, en la mayoría de los países la ley no reconoce la validez de las cláusulas *cut through* en caso de insolvencia del asegurador, fundado ello en el principio de que todos los acreedores sin garantía reciben igual trato. A pesar de ello, los Estados Unidos es una notable excepción, ya que ahí los tribunales (y algunas leyes) han mantenido, en algunas circunstancias, la validez de un *cut through* aun en el caso de liquidación del asegurador.

Australia

De acuerdo con el caso *Trident McNiece* (véase arriba), las cláusulas *cut through* se consideran válidas y dan lugar al derecho de exigir por parte del asegurado un pago directo del reasegurador. Este derecho parece no tener límites aparte de las defensas que puedan existir entre reasegurador y asegurador o asegurado y asegurado.

No obstante, en caso de insolvencia del asegurador, aquellos asegurados que se hayan beneficiado merced a una cláusula *cut through* no podrán exigir el cumplimiento de su derecho de manera directa contra el insolvente, y sólo disfrutarán de la misma prioridad que otros asegurados, cuyas pólizas hayan sido objeto de reaseguro, de conformidad con la sección 562A de la *Corporations Act*.

Reino Unido

La legislación inglesa no reconoce la validez de esta cláusula. La legislación de quiebra inglesa está orientada a evitar que el asegurado reciba un pago íntegro de esta forma. El reasegurador debe pagar íntegramente al liquidador del insolvente, pero en cambio, éste sólo abonará un dividendo al asegurado. El asegurado tiene derecho a una participación *pari passu* de los activos en liquidación.

Estados Unidos

Aquí los tribunales han mantenido la validez de la cláusula permitiendo al asegurado obtener un pago directo del reasegurador cuando el asegurador entra en una liquidación. De hecho, varios estados, incluyendo Nueva York, han adoptado reglamentos que permiten una excepción a la regla general de que los pagos del reasegurador se abonen íntegramente al liquidador, si el pacto de reaseguro prevé otro beneficiario en el supuesto de insolvencia del asegurador³⁰. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, la cláusula *cut through* o un recobro producido con base en ella puede ser impugnada pidiendo su nulidad.

Suiza

A pesar de que la cláusula *cut through* no es por sí misma inválida bajo la legislación helvética, su exigibilidad queda limitada por el principio *pari passu* que rige la legislación de quiebras. Un recobro directo de los fondos de reaseguro por un asegurado quedará limitado si tal recobro viola el principio *pari passu*. El liquidador o cualquier acreedor que haya sufrido una pérdida, puede impugnar tanto pagos preliminares de siniestros de reaseguro y cesiones de recuperaciones por reaseguro como prelaciones ilícitas, siempre que las siguientes condiciones se cumplan: (i) el pago/cesión se haya realizado dentro del año que siga a la declaración de quiebra; y (ii) que los beneficios producto del reaseguro no hayan sido aun exigibles; que el asegurador se haya encontrado fuertemente endeudado en el momento del pago/cesión; y el asegurado tenga o haya debido tener conocimiento de que el asegurador tenía dificultades financieras. Un pago o cesión es anulable si tal transacción se ha realizado dentro de los cinco años previos a la insolvencia, y si se ha realizado con la intención obvia de dar preferencia a un acreedor sobre otro en anticipación de la situación de insolvencia. La base legal para este recurso (*actio pauliana*) se encuentra en los artículos 285 a 292 de la Ley Federal de Quiebra y Cobro de Deudas.

³⁰ N.Y. Ins. Law art. 1308(2)(B)(i).

Francia

Mientras que el *cut through* puede existir en la práctica comercial en Francia, la legislación no reconoce derechos de terceros en relación con el contrato de reaseguro. Aun más, una cláusula *cut through* pueden ser impugnada por el liquidador en nombre de otros acreedores, si ésta se ha pactado en el periodo de sospecha, es decir, en el momento en que la entidad puede haber sido insolvente.

Finlandia

En Finlandia, La *Ley sobre Recobros de Patrimonios en Quiebra* dispone que todo pacto que infringe los derechos de o en favor de un acreedor en detrimento de otros pueda ser declarado nulo. Los pagos hechos conforme a estos pactos pueden ser recobrados por el liquidador. Según una sentencia de la Corte Suprema de 1997, sobre la cuestión de si un pago es recuperable, es posible que un tribunal someta a examen la viabilidad de un pago realizado con base en un pacto válido y, por tanto, si el pago puede ser relacionado con una reclamación válida que el asegurado tendría contra el asegurador. En consecuencia, un pago fundado en un pacto de reaseguro facultativo es posible tenga mayores posibilidades de ser considerado válido que aquel basado, por ejemplo, en un contrato de reaseguro de exceso de pérdida catastrófico celebrado por el asegurador.

Argentina

Tal como se mencionó más arriba, en Argentina la Ley de Seguros no contiene disposición expresa que trate sobre la validez de una cláusula *cut through*. No obstante, se ha observado que en caso de que un asegurador esté en liquidación, la validez de una cláusula *cut through* puede ser impugnada por el síndico de la quiebra, con la probabilidad de que dicha impugnación tenga éxito en un tribunal.

Brasil

Esta legislación no excluye expresamente la posibilidad de que un asegurado intente obtener una indemnización directa del reasegurador, siempre que una cláusula al respecto esté contenida en el contrato de reaseguro y el asegurador no esté en liquidación. A pesar de ello y tal como se mencionó arriba, el artículo 35 de la Resolución Núm. 001/2000 de la CNSP no reconoce la validez de una cláusula *cut through* en el supuesto de liquidación del

asegurador, porque exige que el contrato de reaseguro incluya una cláusula que expresamente disponga que en el evento de la liquidación, las responsabilidades del reasegurador corresponden al patrimonio en liquidación y no al asegurado, independientemente de que los supuestos de la reclamación del asegurado se den.

Colombia

Una cláusula que permita al asegurado cobrar directamente del reasegurador en el supuesto de que su asegurador sea liquidado será nula a la luz de la legislación colombiana. En consecuencia, el asegurado que tenga una reclamación válida, debe someterla al liquidador designado por el “Fondo Nacional de Garantía”.

Dinamarca

Aquí esta cláusula puede ser válida, pero sólo será exigible con el consentimiento del reasegurador como resultado de la privación del derecho contractual. El asegurado nunca poseerá derechos más amplios frente al reasegurador que el propio asegurador y dichos derechos estarán también sujetos al tenor específico de una cláusula *cut through*, si ésta existe.

Israel

Aun cuando la postura de Israel en cuanto a este tema no ha sido examinada por los tribunales, se cree que la validez de una cláusula *cut through* será mantenida como si se tratase de cualquier otro pacto contractual. Ahora bien, ante casos de liquidación de aseguradores las leyes aplicables pueden invalidar dichas obligaciones contractuales, a menos que estén garantizadas por una promesa.

Alemania

La cuestión de hasta dónde es compatible una reclamación directa del asegurado con las disposiciones imperativas de la legislación de quiebra, parece no haberse resuelto. Dado que estas reclamaciones directas pueden poner a otros acreedores en una situación de desventaja, éstas pueden ser impugnadas de acuerdo con la sección 129 y siguientes de la Ley de Quiebras.

España

En España, todas las cuestiones relativas a la liquidación de un asegurador, con las excepciones antedichas, son gestionadas por el Consorcio de Compensación de Seguros y, de ahí, que en la práctica, no surjan cuestiones relativas a la validez de cláusulas *cut through* en casos de liquidación. A pesar de todo, esta posición puede ser diferente en el caso de una cláusula *cut through* considerada válida, aun cuando el espíritu del artículo 78.2 de la Ley del Contrato de Seguro dé a entender que cualquier beneficiario de una cláusula *cut through* sólo disfrutará del mismo grado de prelación que otros asegurados con respecto a los fondos de reaseguro. El artículo mencionado dispone que el asegurado no está facultado para exigir un pago directo al reasegurador.

IV. REFORMA LEGAL

Cuestiones

- 16. ¿Hay alguna discusión en curso en su país en cuanto a estas cuestiones y existe alguna sugerencia con vistas a una reforma legal o la necesidad de un cambio? y ¿existen algunas proposiciones para legislar o cambiar?**

Sólo en Argentina existen algunas propuestas en curso para una reforma legislativa en esta parcela; sin embargo, los efectos de la quiebra del grupo HIH en Australia pueden conducir a una posible reforma legal u otros cambios en los próximos años. No existen discusiones o propuestas para una reforma legislativa ni en Finlandia, Francia, Israel, Dinamarca o Colombia.

Alemania

No existen planes en este país para llevar a cabo reformas importantes, de cualquier manera, la posibilidad de reformas relevantes en el marco de una revisión de la Ley del Contrato de Seguro (VVG) no está descartada.

Reino Unido

Aquí, un nuevo *Third Parties (Rights Against the Insurers) Bill* ha sido propuesto por la *Law Commission*. Sin embargo, tal como lo hace el actual *Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930*, no está pensado que ello sea de aplicación a los contratos de reaseguro (dada la complejidad de los pactos de reaseguro y las dificultades para correlacionar las reclamaciones particulares con los contratos de reaseguro a los que pertenecen).

Australia

A la estela de la quiebra de HIH en Australia, es posible que se vayan a producir una serie de decisiones judiciales acerca de la operatividad de las disposiciones en vigor en torno a las cuestiones planteadas arriba, así como una interpretación de la legislación actualmente vigente. La Comisión Real del colapso del grupo HIH, establecida por el gobierno federal, también ha hecho público un informe, que expone sus conclusiones y recomendaciones en torno a la suficiencia y eficacia de la adaptación de los seguros generales para su ordenamiento y supervisión prudencial.

El informe no cubre de manera específica ninguna de las cuestiones planteadas en este cuestionario, pero la focalización creciente en cuanto a ordenación, supervisión prudencial y pactos de reaseguro puede desembocar en reformas legales y reglamentarias susceptibles de afectar a estas áreas. Además, conforme a lo expuesto arriba, la revisión detallada de la *Insurance Contracts Act* a iniciativa del gobierno federal, ha llevado a un especialista a considerar si la aplicabilidad de este cuerpo jurídico debería ser extensible a los contratos de reaseguro.

Argentina

El gobierno se encuentra inmerso en el desarrollo de una nueva Ley de Seguros, que será sometida en breve al congreso argentino. El apartado 183 de la nueva ley dispone que asegurador, asegurado, reasegurador y retrocesionarios estarán facultados para pactar el disfrute por el asegurado de un derecho de acción directa contra el reasegurador para obtener el pago directo de la suma que el reasegurador hubiera abonado al asegurador al amparo del contrato de reaseguro. Sin embargo, la nueva ley también dispone que tal acuerdo será nulo, de manera automática, en el momento que un asegurador entre en liquidación.

Brasil

En el caso de este país, hay que poner de relieve que la *Resolución 001/2000* es relativamente nueva (enero de 2000), y ha sido una de las consecuencias del actual debate sobre la posible apertura del mercado de reaseguro en Brasil. De cualquier forma, no parece haber mayor discusión, o propuestas tendentes, en torno a una reforma en el actual momento.

Suiza

A pesar de la inexistencia de debate o propuestas en torno a una reforma en Suiza, la cuestión de *cut through* es casi desconocida en esta jurisdicción. La razón principal para ello es la ausencia, en el pasado, de casos de liquidación de aseguradores suizos. Otra razón puede consistir en el hecho de que Suiza no haya atraído a compañías cautivas, que son más vulnerables en razón de la precariedad de sus recursos financieros. El único ejemplo reciente de un asegurador con severas dificultades financieras fue el de una compañía de asistencia jurídica, que con posterioridad fue sometida a la vigilancia de la autoridad de supervisión. En consecuencia, la entidad fue obligada a transferir su cartera a otra compañía de probada solvencia.

Estados Unidos

Cualquier proposición de reforma en este sector es realizada por la *Nacional Association of Insurance Commissioners* (NAIC) en calidad de legislación modélica recomendada. En el presente, no existen proposiciones de este tipo.

España

La Directiva de liquidación de entidades aseguradoras fue introducida en nuestro Derecho interno por la Ley 34/2003, y actualmente es parte del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004.

CAPÍTULO 2

CUESTIONES SOBRE TRANSFERENCIA Y RECONSTRUCCIÓN

I. EXISTENCIA DE UN DERECHO DE TRANSFERENCIA DE NEGOCIO DE SEGURO O RIESGOS

Cuestiones

- 1 a) *¿Permite la ley de su país a un asegurador la venta del negocio de seguro?*

- 1.b) *¿Permite la ley de su país a un asegurador transferir las obligaciones derivadas de los riesgos o pólizas suscritas a otro asegurador (segundo asegurador)?*

2. *Si es así, ¿bajo qué circunstancias?, ¿de qué garantías disfrutan los afectados por una transferencia, incluyendo el asegurado?*

3. *Si la transferencia es permitida ¿en qué circunstancias, si se dan, será directamente responsable el segundo asegurador frente a los asegurados?*

4. *Si no, ¿resulta su responsabilidad derivativa sólo por naturaleza?*

- 1.a) ¿Permite la ley de su país a un asegurador la venta del negocio de seguro?**
- 1.b) ¿Permite la ley de su país a un asegurador transferir las obligaciones derivadas de los riesgos o pólizas suscritas a otro asegurador (segundo asegurador)?**
- 2. Si es así, ¿bajo qué circunstancias? ¿de qué garantías disfrutaban los afectados por una transferencia, incluyendo el asegurado?**

La legislación de todos los países permite a los aseguradores vender su negocio de seguros, o transferir a otro asegurador sus obligaciones derivadas de los riesgos y pólizas suscritas, todo ello sujeto a ciertas condiciones y procedimientos. En todo caso, dichas transferencias implican también una estrecha vigilancia por parte de la autoridad de control.

Australia

La transferencia de todo o parte del negocio de un asegurador, sólo puede realizarse bajo un plan aprobado por la Corte Federal (excepto cuando de la transferencia resulte una expatriación del negocio). La notificación así como su informe actuarial deben ser sometidos a la autoridad de control, esto es, la *Prudential Regulatory Authority* (APRA). Un resumen autorizado del plan debe ser igualmente proporcionado a los asegurados afectados (este requisito, bajo ciertas circunstancias, puede ser pasado por alto por la Corte Federal). La APRA puede solicitar un informe actuarial independiente sobre el plan y puede solicitar ser oída por la Corte Federal. La Corte Federal puede igualmente modificar el plan antes de pronunciar su confirmación o aprobación³¹.

Reino Unido

En el Reino Unido, un asegurador puede vender su negocio o transferirlo a otro. Las transferencias están sujetas al capítulo VII del *Financial Services and Markets Act 2000* y deben ser aprobadas judicialmente. El *Financial Services and Markets Act 2000 (Control of Business Transfers)(Requirements on Applicants) Regulations 2001*, y ciertas disposiciones de la *Financial Services Authority's Handbook of Rules and Guidance* son igualmente de aplicación. El proceso requiere que quien realiza la transferencia (cedente) como quien la recibe (cesionario) deben someter una solicitud al tribunal. Antes de hacerlo,

³¹ *Insurance Act 1973* (Cth), ss 17A-1.

ambos deben proporcionar a la FSA una amplia descripción del plan de transferencia del negocio y su objetivo. Un experto independiente con amplios conocimientos y experiencia sobre los tipos de negocio de quien transfiere y quien recibe la transferencia, debe confeccionar un informe para someterlo a la FSA. El informe debe ser elaborado según un modelo aprobado por la FSA. En caso de que se proponga que los pactos de reaseguro deban pasar al receptor de la transferencia, la FSA debe ser informada acerca de las medidas adoptadas para consultar y obtener el consentimiento de los reaseguradores, así como reacción de estos últimos a la propuesta de transferencia. Una notificación de la FSA solicitando al tribunal la transferencia del negocio de seguro debe ser publicada y emitida a los asegurados, por lo general, por lo menos seis semanas antes de la vista. Si se considera oportuno, esta notificación se hará llegar a otros afectados por la transferencia, en concreto, los reaseguradores de quien realiza la transferencia, en el caso de que se sugiera la transferencia de los derechos y obligaciones bajo los contratos. Las solicitudes han de dirigirse a la *Companies Court* (una subdivisión de la *Chancery Division of the High Court*) al tiempo de proporcionarle copia de éstas a la FSA para que pueda ser oída por el tribunal. Al analizar el plan, la FSA evaluará cómo afectará a los asegurados la transferencia, o a otros que puedan poseer un interés y derechos contractuales en las pólizas, así como la compensación ofrecida a los asegurados por cualquier pérdida de sus derechos o expectativas.

Francia

Las compañías aseguradoras deben enviar trimestralmente estados (de primas) de cuenta a las autoridades de control. Si una compañía no suscribe primas en un periodo de dos años, su autorización será revocada por la autoridad. En tales circunstancias, una sociedad mutua debe ser liquidada, ya que la ley prescribe que una compañía de este tipo societario no puede desarrollar actividades diferentes a las de seguro, lo cual no es el caso de las sociedades anónimas. Los asegurados no quedan obligados a mantener sus pólizas con el segundo asegurador, pero en la práctica, generalmente lo aceptan.

Finlandia

La legislación de este país permite a los aseguradores generales vender su negocio de seguro y transferirlo con sus riesgos y obligaciones derivadas, a otro asegurador a la luz de la *Insurance Companies Act*. Para la ejecución de estas transferencias es menester someter un plan a la junta directiva de ambas entidades, es decir, la cedente y la cesionaria que deberá ser aprobado por la asamblea de accionistas, también de ambas. La autoridad de control es responsable de evaluar los intereses de los asegurados afectados

por la transferencia, a la hora de decidir la aprobación de la misma. Los asegurados pueden rescindir sus pólizas dentro de los tres meses que sigan a la confirmación de la transferencia.

Dinamarca

La carteras de seguro de las compañías danesas pueden ser vendidas o transferidas a otro asegurador, sujeto ello a la aprobación de las autoridades de supervisión financiera (FSA). La aprobación de la FSA está pensada para proteger los intereses de los asegurados.

Suiza

La legislación suiza permite a un asegurador general la venta o transferencia de los riesgos o pólizas a otro de conformidad con el artículo 39 de la Ley de Supervisión de Seguros. Esta ley es completamente consistente con las normativas de la Unión Europea en este terreno (artículo 11 de la segunda directiva no-vida de 22 de junio de 1998). Los aseguradores tendrán la libertad de realizar una transferencia (total o parcial) voluntaria de uno (vendedor) a otro (comprador) sin la necesidad de obtener el consentimiento de los asegurados. Con vistas a garantizar los intereses de los asegurados la transferencia debe ser aprobada por la autoridad de control. Tal aprobación suplanta el consentimiento de los asegurados, y entra en vigor automáticamente de cara a los asegurados o cualquier otra persona que pueda poseer algún interés en la cartera objeto de la transferencia. Una notificación de la transferencia debe ser publicada por tres veces en el Boletín Oficial suizo. Los asegurados tienen el derecho de apelar contra la aprobación de la transferencia de cartera dentro de los tres meses que sigan a la fecha de la primera publicación. Cada asegurado tiene la opción de rescindir su seguro dentro de los tres meses siguientes a la transferencia. El asegurador cesionario tiene, a su vez, la obligación de notificar a los asegurados de manera individual la transferencia de la cartera.

Italia

Esta legislación permite a un asegurador general vender o transferir su negocio y las obligaciones derivadas de él a otro, aun cuando el caso de una transferencia no se haya dado en este país, con lo cual ello supone una mera situación hipotética. No existe disposición reglamentaria alguna con referencia a una transferencia de cartera, sino más bien sólo con respecto a cesiones individuales de riesgos y sus obligaciones derivadas.

La única garantía para los asegurados, en el caso particular de una transferencia, es que están facultados para aceptar la rescisión de la póliza dentro de un límite temporal limitado – por lo general, sesenta días después de la publicación. Sin embargo, la autoridad puede imponer medidas adicionales de caso en caso.

Israel

En este país ambas opciones están permitidas, pero no existe una referencia específica a esta cuestión en la ley. Las restricciones a la venta o transferencia son:

- en el caso de insolvencia, la venta o transferencia requiere la aprobación del comisionado de seguros y el tribunal;
- el seguro de vida, que exige la aprobación del comisionado con objeto de garantizar que todos los activos vinculados a las pólizas de vida sean igualmente transferidos; y
- que tales transferencias sólo puedan realizarse entre aseguradores autorizados y con capital suficiente.

En la práctica, los aseguradores notifican al comisionado de seguros cualquier transferencia de negocio de seguros, en el sentido de que ello pueda influir el negocio del asegurador. El comisionado tiene la potestad de intervenir cuando dicha transferencia pueda poner en peligro los derechos de los asegurados, o cuando el negocio objeto de la transferencia requiera una licencia específica y que ha sido otorgada al asegurador cesionario.

Además, bajo la Ley de Cesión de Obligaciones 1969, el asegurado no queda obligado por la transferencia, a menos que lo haya consentido expresamente.

Argentina

Los apartados 46 y 47 de la ley 20.091 permiten a un asegurador vender o transferir su negocio y las obligaciones derivadas del mismo a otro asegurador. La ley exige:

- que la venta o transferencia se haga, exclusivamente, a un asegurador autorizado con establecimiento en Argentina;

- que una notificación especial de venta/transferencia se publique en el boletín oficial;
- que el Superintendente de Seguros apruebe dicha operación.

Brasil

No existe una práctica generalizada de realizar transferencias entre compañías en este país. Sin embargo, si esto ocurriese, el asegurador original está obligado a informar a su reasegurador de esta transferencia, y el reasegurador puede rechazar el mantenimiento de la cobertura de reaseguro al nuevo asegurador si éste no le resulta aceptable. Si acaso hubiese habido algún error en la notificación de la transferencia al reasegurador, y con ello se produjese un perjuicio en sus derechos, por circunstancias directamente relacionadas con el nuevo asegurador, el reasegurador estará facultado para rehusar los pagos.

La transferencia de pólizas o cartera no está expresamente contemplada por la legislación brasileña. En la práctica, cualquier transferencia exigirá la aprobación expresa de la Superintendencia de Seguro Privado (SUSEP). La circunstancias bajo las cuales un asegurador puede recurrir a la SUSEP para obtener aprobación de esta operación, es muy posible que se den cuando existe un riesgo de insolvencia de parte del asegurador. La SUSEP puede autorizar dicha transferencia con vistas a ahorrar a los asegurados la carga de incoar un procedimiento extrajudicial de liquidación. Esa transferencia requerirá, por supuesto, garantías creíbles por cuanto al cumplimiento del compromiso derivado de esas pólizas, por quien haya de asumir esos riesgos, es decir, una prueba de estar en posesión de las provisiones técnicas suficientes para hacer frente a las reclamaciones, y la existencia de activos que demuestren la solvencia de la entidad.

Colombia

La legislación colombiana permite tanto la venta como la transferencia de riesgos y pólizas entre aseguradores. Conforme al artículo 58 de la Ley 45 de 1990, "Las compañías de seguros pueden transferir sus contratos de seguro, en todo o en parte, a otro asegurador autorizado para operar en el mismo ramo de negocio. En el caso de que la cesión de un ramo represente el 25% o más se requerirá la autorización de la Superintendencia Bancaria. Para obtener la autorización, la superintendencia verificará el pago de las reclamaciones entabladas por los asegurados o beneficiarios por la compañía cedente. La cesión debe ser notificada por anticipado a los asegurados y las condiciones de la cesión no deben gravar los derechos de los asegurados ni modificar sus garantías".

Estados Unidos

Aquí los aseguradores pueden transferir sus riesgos o pólizas a otro asegurador, sujeto a ello al cumplimiento de ciertos requisitos reglamentarios. Estas transacciones se realizan bajo un “acuerdo de cesión de reaseguro”, en el cual el cedente transfiere todas sus obligaciones por las pólizas suscritas a un asegurador cesionario (definido como “reasegurador cesionario”). El reasegurador cesionario suplanta al asegurador cedente con respecto a las pólizas aseguradas, asumiendo todos los derechos y obligaciones correspondientes a las mismas. La mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, exige a todo asegurador que realice este tipo de cesión de obligaciones y riesgos bajo contratos de seguro (emitidos para o en propiedad de residentes de las respectivas jurisdicciones) solicitar reglamentariamente la aprobación previa de la misma por el comisionado de seguros. Al revisar la petición de aprobación de una transacción de asunción de reaseguro, el comisionado puede considerar factores tales como (i) la situación financiera de la compañía cedente y de la cesionaria; (ii) la competencia, experiencia e integridad del reasegurador que asume el negocio; y (iii) si la transferencia resulta justa y razonable a los asegurados. Casi todos los estados norteamericanos exigen a las compañías una notificación a los asegurados así como su consentimiento previo a la transferencia de la póliza. Algunos estados regulan la forma y el contenido de la notificación y establecen la forma de obtener el consentimiento. Las notificaciones a los asegurados están generalmente sujetas a la aprobación previa del comisionado de seguros.

Alemania

En Alemania, a los aseguradores les está permitido vender su negocio de seguros, sujeto al cumplimiento de las leyes de ordenación relevantes. Un asegurador puede transferir su cartera en todo o en parte a otro asegurador. Esto constituye una disposición que se refiere a una cesión de contratos (y no una transferencia de derechos y obligaciones) que está expresamente regida por reglamento. A este respecto, la cartera debe ser perfilada de acuerdo con parámetros actuariales y políticos objetivos y no con base en consideraciones arbitrarias, que sólo persiguen la realización de la transferencia. Tales transferencias requieren la aprobación de la Agencia federal de Ordenación de Servicios Financieros (BAFin) según la sección 14 de la Ley de Supervisión de Seguros (VAG). La participación del asegurado en la transferencia no está permitida de acuerdo con la sección 14(1), cuarto párrafo de la misma ley.

También es posible transferir contratos individuales con la cooperación de las partes involucradas. En tales casos, ésta debe ser ratificada por el asegurado, de conformidad con la sección 415 del Código Civil alemán (BGB).

No existen limitaciones a tales operaciones, sin embargo, las transferencias de cartera son consideradas, en principio, como un vehículo de saneamiento financiero. En el caso de una transferencia de cartera, los intereses de las partes involucradas están garantizados por medio de la aprobación reglamentaria de acuerdo con la Ley de Supervisión (VAG). En general, el asegurador no posee un derecho de rescisión, a menos que el asegurador cesionario corra el riesgo de afrontar dificultades financieras. En el supuesto de la transferencia de un contrato individual, el asegurado está protegido por el hecho de que la transferencia está condicionada a su consentimiento.

España

En España, a un asegurador le está permitido vender su negocio de seguro siempre que se trate de una sociedad anónima. También puede transferir las obligaciones derivadas de los riesgos o pólizas suscritas, siempre que el otro asegurador no opere bajo la estructura social de mutua o cooperativa. En ambos casos, la venta o transferencia requiere autorización previa de la administración. Las garantías reglamentarias incluyen el establecimiento de provisiones suficientes, cumplimiento del margen de solvencia prescrito, amén de otras exigencias (tal y como está regulado en el artículo 23 y concordantes del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) y el artículo 70 del Reglamento de Seguros, aprobado por Real Decreto 2486/1998.

- 3. Si la transferencia es permitida ¿en qué circunstancias, si se dan, será directamente responsable el segundo asegurador frente a los asegurados?**
- 4. Si no, ¿resulta su responsabilidad derivativa sólo por naturaleza?**

En Australia, Reino Unido, Suiza, Italia, Brasil, Finlandia, Francia, Dinamarca, Alemania y España, el segundo asegurador deviene responsable directo frente al asegurado al amparo de la póliza.

Brasil

Brasil no parece tener ningún precedente de casos de transferencia. A pesar de ello, tanto jurídicamente como en la práctica, el segundo asegurador quedará obligado a asumir plenamente, de acuerdo con la SUSEP y los tribunales, la responsabilidad directa frente a los asegurados por cualquier reclamación derivada de las pólizas asumidas.

Finlandia

Todos los derechos y obligaciones del primer asegurador en relación con las pólizas de seguro se transfieren en su integridad al segundo asegurador.

Francia

El segundo asegurador es directamente responsable frente al asegurado en virtud de su pacto con el primer asegurador.

Dinamarca

En Dinamarca, el segundo asegurador se convierte en responsable directo frente al asegurado desde la fecha de la transferencia.

Estados Unidos

El segundo asegurador asume la responsabilidad del primer asegurador una vez obtenida la aprobación por parte de la autoridad de control.

Italia

El segundo asegurador es responsable frente al asegurado de acuerdo con los términos y condiciones de la póliza. En caso contrario, su responsabilidad poseerá sólo un carácter derivativo.

Israel

Bajo la Ley de Cesión de Obligaciones, el segundo asegurador tendrá la misma responsabilidad y obligaciones que el primer asegurador hacia el asegurado.

Suiza

Hay que poner de manifiesto que en el caso de Suiza la responsabilidad del asegurador-comprador es derivativa, en la medida que la interpretación de los contratos está basada en las circunstancias y declaraciones del momento de la celebración del contrato con el asegurador-vendedor (original).

Argentina

En el caso de Argentina, la responsabilidad es derivativa sólo en el caso en que el segundo asegurador asuma el papel del asegurador original.

Alemania

En el supuesto de una transferencia de cartera, los derechos y obligaciones del primer asegurador y de los asegurados derivados de las pólizas de seguro, son trasladadas con la transferencia de cartera al segundo asegurador, con arreglo a la sección 14(1) (cuarto párrafo) de la Ley de Supervisión alemana (VAG). Con ello, el segundo asegurador se convierte en responsable directo frente a los titulares de las pólizas de seguro objeto de la transferencia.

España

Aparte de ciertas excepciones limitadas, el segundo asegurador se subroga en los derechos y obligaciones del primer asegurador (artículo 23 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

II. EFECTO DE LAS TRANSFERENCIAS DE NEGOCIO DE SEGUROS SOBRE LOS REASEGURADORES

Cuestiones

5. *¿Adquiere el segundo asegurador el beneficio del reaseguro del primer asegurador que cubre el negocio, riesgos y pólizas objeto de la transferencia?*
6. *¿Qué ley, práctica, y/o procedimiento es aplicable a la transferencia del reaseguro al segundo asegurador?*
7. *¿Debe estar informado el reasegurador del consentimiento dado a la transferencia?*

8. *¿Puede el reasegurador objetar o impedir la transferencia de sus obligaciones al segundo asegurador?*

9. *¿De qué medios adicionales de defensa puede valerse el reasegurador frente a las reclamaciones del segundo asegurador?*

5. **¿Adquiere el segundo asegurador el beneficio del reaseguro del primer asegurador que cubre el negocio, riesgos y pólizas objeto de la transferencia?**

6. **¿Qué ley, práctica, y/o procedimiento es aplicable a la transferencia del reaseguro al segundo asegurador?**

7. **¿Debe estar informado el reasegurador del consentimiento dado a la transferencia?**

8. **¿Puede el reasegurador objetar o impedir la transferencia de sus obligaciones al segundo asegurador?**

En la mayoría de países, el segundo asegurador no obtiene el beneficio del reaseguro del primer asegurador sin contar con el consentimiento de los reaseguradores y/o la novación de los contratos. Excepcionalmente, en Israel el primer asegurador puede ceder de hecho sus derechos del reaseguro y notificar unilateralmente de ello al reasegurador.

Australia

Cuando la transferencia se realiza mediante un plan aprobado por la Corte Federal, la legislación dispone que “(t) la Corte Federal puede ordenarla si la considera se adecua al reaseguro”³². Así, es posible que la Corte Federal ordene que el segundo asegurador pueda recobrar del reasegurador del primer asegurador. El alcance del carácter imperativo de este plan no ha sido contemplado por los tribunales en Australia – en particular, no se ha tenido en cuenta la posibilidad de que las partes contraten fuera de la legislación,

³² *Insurance Act 1973 (Cth)* s 17 F(2).

disponiendo que la ley aplicable al contrato de reaseguro puede ser distinta de la australiana.

Reino Unido

El segundo asegurador (cesionario) no adquiere automáticamente los beneficios del reaseguro del primer asegurador (cedente) por las pólizas transferidas. Sin embargo, al resumir los términos del plan, un experto independiente debe incluir una descripción de cualquier acuerdo de reaseguro, que debe ir a manos del cesionario conforme al plan, proporcionando un detalle de cualquier garantía o reaseguro adicional para proteger el negocio objeto de la transferencia o aquel que será excluido de la misma. Además, bajo la *Financial Services and Markets Act 2000*, el tribunal goza de un amplio poder discrecional para transferir la titularidad y obligaciones al cesionario y tomar las medidas para que así sea. Desde el punto de vista de la FSA, el tribunal tiene, a las condiciones que parezcan apropiadas, el poder de transferir el beneficio de los contratos de reaseguro que protegen el negocio objeto de esta operación, al tiempo que están facultados para modificar los términos de aquellos contratos que lo hagan necesario, para hacer efectiva la transferencia de ese beneficio.

En la práctica, los reaseguros se transfieren por novación de los contratos, lo que requiere el consentimiento de todas las partes. El proceso de novación permitirá al reasegurador imponer sus propias condiciones. Sin embargo, si el reasegurador rechaza un acuerdo o bien intenta introducir términos indebidamente onerosos, el tribunal puede ejercer los poderes citados arriba.

Los reaseguradores tiene la oportunidad de objetar o evitar la transferencia de sus obligaciones al segundo asegurador, en la medida que la notificación no sólo debe ser dada a los asegurados, sino también a los reaseguradores del cedente, para permitirles objetar que el beneficio de sus obligaciones bajo sus contratos pase al cesionario.

Suiza

En Suiza una transferencia de cartera no lleva consigo automáticamente una transferencia de la cobertura de reaseguro de la entidad vendedora a la compradora. Una transferencia de reaseguro requiere un acuerdo separado entre el reasegurador y los aseguradores directos involucrados en esta operación. El consentimiento del reasegurador no es necesario si sólo se transfieren los derechos (no las obligaciones) del contrato de reaseguro al asegurador que compra. Sin embargo, una transferencia de cartera de un ramo de negocio puede ser considerada como un cambio material de las normas de suscripción de la cedente, hecho que debe ser notificado al

reasegurador. El reasegurador no puede impedir la transferencia, pero posee el derecho de anular el contrato, siempre que la transferencia se contemple como un cambio material de las normas de suscripción. El contrato de reaseguro termina automáticamente si su operatividad resulta imposible como consecuencia de la transferencia.

La base legal de una transferencia de cartera permanece irresuelta en la legislación suiza. Sin embargo, de acuerdo con los principios generales del derecho contractual, un contrato sólo puede ser vinculante para las partes contratantes y no para un tercero (privacidad contractual). El cambio de identidad de una de las partes contratantes exige el consentimiento de la otra parte. De ahí, que una transferencia sólo vincule a los aseguradores involucrados directamente, y no genere un cambio en la identidad de las partes de cara al contrato de reaseguro. En consecuencia, la transferencia de una cartera de seguro normalmente conlleva la terminación del contrato de reaseguro que protege los riesgos objeto de la operación. Esta terminación extraordinaria tiene efecto inmediato. La operatividad del contrato de reaseguro se torna imposible, dado que los riesgos originales han desaparecido de la cartera de la cedente (naturaleza accesoria del reaseguro).

Francia

En Francia, el segundo asegurador no adquiere el beneficio del reaseguro del primer asegurador, a menos que el reasegurador dé su acuerdo. No obstante, en la práctica general el reasegurador suele dar su consentimiento a la transferencia del beneficio del reaseguro.

Dinamarca

El segundo asegurador debe obtener el consentimiento de los reaseguradores para poder transferir los reaseguros. Esta cuestión no está legislada en Dinamarca. La práctica reside en preguntar simplemente al reasegurador si está conforme con la transferencia. El reasegurador puede objetarlo, pero rara vez lo hace, aunque algunas veces se aprovecha de estas circunstancias para forzar una conmutación de sus compromisos.

Finlandia

En Finlandia el segundo asegurador no se beneficia del reaseguro del primer asegurador. El procedimiento de transferencia bajo la *Insurance Companies Act* sólo regula la transferencia de pólizas de seguro.

Alemania

El contrato de reaseguro entre el asegurador y su reasegurador sólo tiene efecto interpartes. En concreto, el contrato de reaseguro no es accesorio a los riesgos transferidos y, de ahí, que no pase por ministerio de ley al segundo asegurador.

Hay que destacar que la legislación y la práctica en esta parcela dan una importancia esencial al estatus financiero de la parte contratante con vistas a la cesión del riesgo. Como resultado los contratos de reaseguro generalmente contienen un derecho de rescisión en el caso de una fusión, adquisición o modificación esencial del accionariado, propiedad, o gerencia de las partes contratantes. Aun más, puede existir un derecho reglamentario de rescisión con arreglo a la sección 314 del Código Civil alemán (BGB) basado en el cambio de circunstancias financieras fundamentales. La hipótesis de la venta de un ramo de seguro, en algunos casos, da lugar a la posibilidad de rescindir el contrato de reaseguro. Sin embargo, si el contrato de reaseguro original aun no ha sido rescindido, puede ser objeto de transferencia con la cooperación de las partes involucradas y, en particular, sujeto a un acuerdo con el reasegurador. Sin el acuerdo apropiado por parte del reasegurador, la transferencia no será válida.

Italia

En Italia el segundo asegurador adquiere los beneficios y las obligaciones de los reaseguros del primer asegurador, dado que la transacción, normalmente tiene lugar con base en las condiciones y términos originales. No existen normas que regulen aspectos del reaseguro en una transferencia directa de cartera. El reasegurador no tiene por qué ser informado, o solicitado su acuerdo sobre la transferencia. Tampoco posee el mismo la facultad de objetar o evitar la transferencia de sus obligaciones al segundo asegurador. El sistema está diseñado para proteger la posición de los asegurados solamente.

Israel

La práctica aquí consiste en la cesión de los derechos del primer asegurador al segundo, notificando posteriormente de ello al reasegurador de forma unilateral. Por lo tanto, el reasegurador es sólo informado de la transferencia, no pudiendo objetarla a menos que la misma esté especialmente restringida por el pacto original de reaseguro.

Argentina

En el caso de este país, la transferencia de los reaseguros depende de los términos y condiciones del contrato de reaseguro.

Brasil

En Brasil no existe precedente sobre esta cuestión. De cualquier manera, la posible postura da a entender que el reasegurador del primer asegurador ha de ser debidamente informado de la transferencia por éste último, de forma que el reasegurador pueda considerar sus intereses por anticipado, en el sentido de continuar con la cobertura de los riesgos involucrados o bien dar por terminado el contrato de reaseguro, devolviendo la parte proporcional de las primas. Tal práctica gozaría de amplio apoyo según las disposiciones del Código Civil brasileño, en particular, el capítulo de contratos.

En Brasil la legislación civil permitiría la continuidad del negocio sin necesidad de emitir nuevos documentos, apéndices o contratos nuevos, siempre que el reasegurador sea notificado de la transferencia por anticipado y dé su acuerdo formal con ella. Sería posible que el reasegurador se negara a dar cobertura, o rediseñar el contrato, aun cuando en el último caso pudiese no obtener el acuerdo del segundo asegurador, quien puede decidirse por contratar con otro reasegurador. La inclusión de una cláusula específica en el contrato original de reaseguro refiriéndose a esta cuestión sería aconsejable, de forma que la situación entre los aseguradores, con respecto a la transferencia de los riesgos objeto de cobertura, quedase clara de antemano. Sin embargo, el reasegurador puede negarse a dar cobertura al segundo asegurador, independientemente de la existencia de una cláusula que se refiera a esta cuestión.

Colombia

En Colombia el segundo asegurador debe encargarse de la colocación de su propio reaseguro, o debe buscar la conformidad del reasegurador del primer asegurador para intentar mantener la cobertura de reaseguro para el negocio, riesgos o pólizas transferidos. No existe ley específica, práctica o procedimiento de común aceptación, pero dado que la transferencia genera un cambio de las condiciones del contrato de reaseguro, el reasegurador debe ser notificado, con objeto de obtener por anticipado su conformidad con la transferencia. A la luz del principio de la libertad contractual, el reasegurador

puede elegir entre la aceptación de la transferencia o su rechazo, es decir, no está obligado a aceptarla.

Estados Unidos

En ausencia de una disposición en contrario en su contrato con el primer asegurador, el reasegurador no tendrá ninguna obligación frente al segundo asegurador. Por el contrario, la mayoría de los contratos de reaseguro contienen cláusulas anticesión. El reasegurador sólo resultaría responsable frente al segundo asegurador en el caso de que pactarán un nuevo acuerdo. Dicho acuerdo es una parte clave de una serie de transacciones derivadas, en el que el asegurador cesionario remplace al primer asegurador, permaneciendo el reasegurador en riesgo, es decir, como reasegurador del segundo asegurador.

A pesar de ello, hay que poner de manifiesto que los acuerdos de asunción de reaseguro dependen, a menudo, de la habilidad del reasegurador para mantener el reaseguro que el cesionario tenía contratado. Sin embargo, el reasegurador del asegurador cesionario no tiene obligación legal de permanecer en riesgo una vez que su asegurador-reasegurado ha sido remplazado.

España

En España, el segundo asegurador adquiere el beneficio de los reaseguros del primer asegurador, a menos que el reasegurador se oponga a la transferencia del negocio objeto de la misma. La ley aplicable se deriva de los principios generales del derecho contractual y/o destacadas cláusulas específicas contenidas en los contratos de reaseguro. El reasegurador debe ser informado de la transferencia y puede objetarla dando por terminada la cobertura de reaseguro de los riesgos involucrados.

9. ¿De qué medios adicionales de defensa puede valerse el reasegurador frente a las reclamaciones del segundo asegurador?

En el Reino Unido, asumiendo una cesión completa de los derechos del primer asegurador, los medios de defensa a disposición del segundo asegurador serán idénticos que aquellos correspondientes al primer asegurador.

De manera parecida, en Australia, Suiza, Israel, Argentina y Brasil el reasegurador puede valerse de las mismas defensas de que las que hubiera dispuesto el primer asegurador.

Estados Unidos

Si el reasegurador otorga cobertura al segundo asegurador sobre la misma base que al primero de ellos, el reasegurador puede acceder a los mismos medios de defensa que poseía frente al primer asegurador, dejando de lado cualquier nuevo medio de defensa que pueda surgir basado en la conducta y cumplimiento del contrato por el segundo asegurador.

Alemania

En Alemania el reasegurador no dispone de medios adicionales de defensa con respecto al segundo asegurador que aquellos que tenía frente al primer asegurador.

Italia

La situación puede ser y, a menudo es, regulada por las cláusulas del contrato de reaseguro. La cláusula al respecto puede ser muy peligrosa de cara al segundo asegurador.

III. EFECTO PROVOCADO POR UN CESE DE LAS OPERACIONES DE UN ASEGURADOR O UN RUN OFF DEL MISMO

Cuestiones

10. **¿Existen limitaciones en su país bajo las cuales un asegurador puede cesar sus operaciones o acogerse a un run off?**
11. **¿Si es así, cuáles de esas limitaciones, si existen, tienen que ver con siniestros pendientes o potenciales y cuál es el reaseguro aplicable?**
12. **¿Exige la ley que el reaseguro reciba un trato especial o existe alguna práctica en torno a ello?**

En general, la mayoría de los países no limitan las circunstancias bajo las cuales los aseguradores pueden cesar en su actividad o ser sometidos a un run off, siempre que continúen manteniendo los estándares de prudencia esenciales exigidos por la autoridad de control. En Australia, Francia, Israel y Brasil, no existen limitaciones en cuanto al momento en que un asegurador puede cesar sus actividades o acogerse a un run off.

Reino Unido

Aquí no existen limitaciones. Sin embargo, existen procedimientos que el asegurador debe seguir si desea cesar con su actividad y poder continuar la ejecución de los contratos de seguro en vigor. Tal como se indico arriba, será necesario, como norma común, para así hacerlo, liquidar el negocio paulatinamente durante un periodo de por lo menos seis meses. También será apropiado, como regla general, solicitar una modificación de su autorización para operar, a tenor del capítulo IV sobre *permissions*, antes de proceder a la extinción del negocio, y solicitar la revocación de la misma una vez que el run off se haya consumado dentro de los seis meses mencionados. Por lo general, la FSA, no revocará la autorización del asegurador hasta que todas las obligaciones hayan sido satisfechas, incluyendo cualquier responsabilidad potencial. Cualquier asegurador que se acoja a un run off deberá someter un plan de operaciones a la FSA, incluyendo una descripción de cómo serán satisfechas íntegramente las obligaciones frente a los asegurados.

Dinamarca

Aquí tampoco existen limitaciones. Es de suponer que mientras un asegurador satisfaga las exigencias normales impuestas por la autoridad de control (*Financial Supervisory Authorities*), no habrá problemas para que éste se acoja a un run off.

Suiza

Tampoco existen limitaciones, pero los intereses de los asegurados deben ser salvaguardados durante el proceso de run off.

Italia

En Italia por igual, tampoco existen limitaciones a excepción de unas normas de procedimiento que deben ser cumplidas. No obstante, en la práctica, es difícil para un asegurador cesar en sus actividades o acogerse a un run off. Lo

que normalmente suele ocurrir, es la adquisición por otra compañía de la compañía deseosa de cesar, o bien la compra de su cartera con objeto de asegurar la continuidad del negocio.

Ni la ley ni la práctica exigen requisitos al reaseguro. Se trata simplemente de tener la oportunidad de informar a la autoridad de control por anticipado.

Finlandia

La junta de accionistas sujeta a la *Insurance Companies Act* finlandesa puede decidir y aprobar el cese de las operaciones de la compañía, liquidando la entidad. La legislación finlandesa no exige que el reaseguro sea tratado de manera especial alguna en el caso del cese de operaciones del asegurador. El reaseguro cae dentro de la categoría de efectos al cobro.

Argentina

En Argentina la ley no exige que el reaseguro reciba un trato especial. Si el asegurador cesa sus operaciones de manera voluntaria, son de aplicación las secciones 50-54 de la Ley 20.091. De acuerdo con el representante argentino, “el procedimiento de liquidación será ejecutado, en principio, por las autoridades legales del asegurador”. Si un asegurador cesa debido a insolvencia, será sometido entonces a liquidación obligatoria por la autoridad de control.

Estados Unidos

Si la entidad no es insolvente o por otra razón no está sujeta a la supervisión de la autoridad, puede cesar en sus operaciones y acogerse a un run off sin necesidad de aprobación administrativa y sin restricciones específicas.

Alemania

En Alemania, en principio, un asegurador puede suspender sus actividades y acogerse a un run off. Sin embargo, permanecerá bajo la vigilancia de la autoridad de control, a tenor de la sección 86 de la Ley de Supervisión de Seguros (VAG). La sección 86 de esta ley no deja ninguna duda en cuanto a la necesidad de que la vigilancia de la autoridad de control continúe hasta que la extinción de todos los contratos se haya consumado. En consecuencia, la legislación reconoce que esta fase puede acarrear un peligro a los asegurados, dado que el asegurador está aun vinculado, en principio, por los

contratos de seguro a los asegurados. Esto es verdad con respecto tanto a reclamaciones existentes por siniestros pretéritos como a futuras reclamaciones. Por sí misma, la decisión de llevar el negocio a extinción no modifica esta situación. Por ello es necesaria una rescisión expresa de los contratos de seguro con objeto de excluir futuras reclamaciones. Las reclamaciones existentes de los asegurados pueden ser saldadas, si es necesario, por medio de la llamada “liquidación suplementaria”. En cuanto al reaseguro, parecen no existir requerimientos administrativos de importancia o prácticas estándar que se ocupen de ello.

España

La Dirección General de Seguros puede decidir la intervención de un asegurador que desee suspender sus actividades o acogerse a un run off. La autoridad de control puede revocar la autorización para operar, si es apropiado, ordenar su liquidación, o exigir la aplicación de “medidas de control especial”. En tales circunstancias, los reaseguradores de la entidad aseguradora, de no oponerse a la continuación del contrato, deberán asumir todas las obligaciones del asegurador con respecto a los siniestros pendientes y potenciales derivados del negocio objeto de la protección de reaseguro. Sin embargo, existe una práctica en el mercado consistente en que los aseguradores que deseen cesar, negocien, donde sea posible, acuerdos de conmutación, con objeto de dar por terminada la relación entre asegurador y reasegurador.

CAPÍTULO 3

CONCLUSIONES

Con base en las respuestas al cuestionario, se pueden hacer las siguientes observaciones de carácter general acerca de la legislación y práctica en los apartados de:

- reclamaciones directas de los asegurados frente a los reaseguradores y validez y aplicación de las cláusulas *cut through*; y
- la transferencia de negocio de seguro.

En todos los países analizados, la doctrina de la privacidad del derecho contractual aporta un cierto grado de protección jurídica a los reaseguradores frente a las reclamaciones directas de los asegurados, Sin embargo, diferentes tendencias judiciales, legislativas y administrativas han erosionado, bajo ciertas circunstancias, la efectividad de este principio en algunas jurisdicciones. Por otra parte, la práctica de *cut through* varía de manera significativa de un país a otro, incluyendo a algunos de ellos donde la práctica de esta cláusula es inexistente, mientras que otros poseen una mayor experiencia en este terreno.

En muchos países, la legislación a este respecto no ha alcanzado un grado que permita la diferenciación entre distintos resultantes sobre la base de los distintos tipos de reaseguro (Facultativo/obligatorio; proporcional/stop loss) resulte posible.

Existen, de acuerdo con este informe, muy pocos casos en que se haya aplicado la ley para permitir una operación *cut through* en los países objeto de análisis. La jurisdicción en que se le ha prestado mayor atención a esta cuestión es la norteamericana.

En términos de defensa frente a una reclamación *cut through*, en la mayoría de los países el reasegurador posee tanto los medios de defensa que tiene ante el asegurador, como los que el asegurador tiene frente al asegurado.

Ha habido diversas manifestaciones de interés acerca de la cuestión de la prelación del actor de una reclamación *cut through* con relación a otros acreedores del asegurador insolvente. Estas van desde otorgar a los acreedores del asegurador prelación expresa con relación a los activos de reaseguro de conformidad con la ley, a la estricta aplicación del principio *pari passu*, exigiendo a los acreedores del asegurador acudir a la liquidación con el mismo grado que los restantes acreedores.

En la mayoría de los países no existen limitaciones a los aseguradores que se acogen a un run off, en cuanto a la forma de gestionar la liquidación de sus obligaciones pendientes, aunque en algunos países, dichos aseguradores son sometidos a un mayor grado de vigilancia.

En la mayoría de jurisdicciones, los aseguradores insolventes poseen el derecho de rescindir los contratos en vigor, o bien éstos son rescindidos automáticamente por ministerio de ley. La mayoría también prevé un procedimiento de gestión externa para liquidar a un asegurador insolvente.

En algunos países (Australia, Dinamarca, Reino Unido, Francia, Italia e Israel) la insolvencia del asegurador no afecta a la relación entre reasegurador y asegurador y, de ahí, que no modifique la situación del asegurado original. Sin embargo, en otros países (por ejemplo, Argentina, Australia, Brasil, Colombia, Dinamarca, Francia y Suiza) es usual que los contratos de reaseguro contengan cláusulas de rescisión en el supuesto de insolvencia del asegurador.

En general, la mayoría de países no reconoce la validez de las cláusulas *cut through* cuando el asegurador es sometido a una liquidación. Sin embargo, los Estados Unidos es una notable excepción, donde los tribunales (y alguna legislación) han mantenido, bajo ciertas circunstancias, la validez de estas cláusulas a pesar de la liquidación del asegurador.

Sólo en Argentina existen, de momento, propuestas para llevar a cabo una reforma legal en esta parcela, sin embargo, los efectos de la crisis HIH en Australia también pueden despertar la necesidad de una reforma legal u otros cambios, en los próximos años.

Sobre la cuestión de la transferencia de negocio de seguro, riesgos o pólizas, la legislación de todos los países permite a los aseguradores la venta de su

negocio o su transferencia a otro asegurador, sujeto ello a ciertas condiciones y procedimientos, En todos los casos, tales transferencias también conllevan una estrecha supervisión por parte de la autoridad de control.

En Australia, Brasil, Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia y Suiza, el segundo asegurador (cesionario) se convierte en responsable directo frente al asegurado. En Israel, el segundo asegurador tiene la misma responsabilidad u obligaciones que el primer asegurador hacia el asegurado.

En Argentina, la responsabilidad tiene sólo carácter derivativo.

En la mayoría de los países, el segundo asegurador (cesionario) no obtiene los beneficios del reaseguro del primer asegurador (cedente), sin contar con el consentimiento de los reaseguradores y/o mediante una novación de los contratos. No obstante, en Israel el primer asegurador puede ceder sus derechos al amparo del contrato de reaseguro y notificar de forma unilateral al reasegurador.

En general, la mayoría de países no limita las circunstancias bajo las cuales los aseguradores pueden cesar en sus actividades y acogerse a un run off, siempre que mantengan los estándares prudenciales exigidos por la autoridad de control en cada país.

COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”

**Para cualquier información o para adquirir nuestras publicaciones
puede encontrarnos en:**

FUNDACIÓN MAPFRE
Instituto de Ciencias del Seguro
Publicaciones
Monte del Pilar, s/n – 28023 El Plantío, Madrid – (España)
Telf.: + 34 915 818 768
Fax: +34 913 076 641
publicaciones.ics@mapfre.com
www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

128. Cuestiones sobre la cláusula *cut through*. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
123. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento *bootstrap*. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008

119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007
111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El *Fair Value* de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIIF y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006

101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004

83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001

63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
45. Los Impuestos en una economía global. 1999
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998

41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1997
Fundación MAPFRE Estudios

39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997
38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1996
Fundación MAPFRE Estudios

32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
30. El tiempo del directivo. 1996
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1995
Fundación MAPFRE Estudios

28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993

25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993
Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1994
Fundación MAPFRE Estudios
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994
- Nº Especial Informe sobre el mercado español de seguros 1993
FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS
16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de *controlling* estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991

4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991