

El “*fronting*” en el reaseguro y la cláusula “*cut through*”*

JORGE EDUARDO NARVÁEZ-BONNET**

Fecha de recepción: 5 de abril de 2009
Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2009

SUMARIO

1. Consideraciones sobre el *fronting*
2. Los riesgos propios de una operación de *fronting*
 - 2.1. Límites a la obligación de información reticencia o inexactitud
 - 2.2. Por autonomía de los contratos

* Artículo de reflexión resultado de investigación del autor, presentado en la ponencia a cargo de Colombia en el marco del Congreso Iberoamericano de Seguros AIDA-CILA realizado en Montevideo, Uruguay, en el mes de abril de 2009; el autor cuenta con gran experiencia tanto práctica como investigativa en el campo; en varias ocasiones ha sido director de tesis que tienen que ver con el tema en cuestión.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia, y de la Especialización y Maestría en Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. En la actualidad es socio de la firma de Narváez & Peláez –Abogados– y Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acoldece–. Última publicación: *Régimen pensional y seguros privados*. (2008), Ediciones Librería Profesional: Bogotá, Colombia.

Correo electrónico: jorge.e.narvaez@impsat.net.co; narvaez_abogados@cable.net.co

- 2.3. Por intervención de corredores de reaseguro
 - 2.4. El riesgo jurídico: Ley y jurisdicción aplicable
 - 2.5. Otros riesgos inherentes a las operaciones de *fronting*
 - 3. El riesgo de crédito bajo un contrato de reaseguro
 - 3.1. La calidad del reaseguro
 - 3.2. La idoneidad del corredor de reaseguro
 - 3.3. Las condiciones actuales del mercado de reaseguro
 - 3.3.1. Reducción de la capacidad
 - 3.3.2. Pérdida en la calidad del reaseguro
 - 3.3.3. El mercado de reaseguro en la actualidad
 - 3.3.4. Riesgo de diferencia en condiciones
 - 4. La cláusula *cut through*, validez y alcances de la estipulación
 - 5. La autonomía de la voluntad en el contrato de reaseguro
- Bibliografía

RESUMEN

La presente investigación toma como principales objetos de estudio el *fronting*, el mercado del reaseguro con características especiales y la cláusula *cut through* en particular. Enmarcado en el panorama que se presenta del derecho colombiano y comparado, la naturaleza jurídica y las consecuencias que de ellos se derivan frente a los derechos y deberes de las partes. En razón a que el *fronting* es un tema que genera debates tanto en la industria como a nivel regulatorio y que, por supuesto, no está exento de riesgos, es necesario hacer algunas consideraciones tanto investigativas como reflexivas sobre el mismo, teniendo en cuenta sus límites y riesgos más relevantes. De igual forma se analiza un examen de forma especial y dedicada sobre la actualidad del mercado del reaseguro; y se hace un juicioso énfasis de las cláusulas *cut through*. Por último, la característica de contrato de reaseguro muestra como aunque se trata de un contrato tipificado en la ley, su tratamiento no es exhaustivo. Ante esta realidad cobra importancia el hallazgo —en detalle— de la autonomía de las partes para acordar los términos que deban regular sus relaciones recíprocas, con las restricciones impuestas por las leyes imperativas, la buena fe, las sanas costumbres y el orden público y las limitantes que la doctrina y jurisprudencia le señalan para preservar el equilibrio

prestacional que debe prevalecer en toda relación contractual. Es muy útil comprender, continuar y contribuir a un examen más exhaustivo de la figura, analizando desde un punto de vista jurídico y empresarial, los riesgos que conlleva una operación de *fronting*.

Palabras clave autor: *fronting*, riesgos, reaseguro, *cut through*, validez, autonomía de la voluntad.

Palabras clave descriptor: pólizas de seguros, contratos de reaseguros, mercado del reaseguro.

ABSTRACT

Fronting is a type of reinsurance by virtue of which an insurer does not insure any risk on its own or if it does, then it's minimal and therefore the re-insurer controls both the process of subscription and the claim itself. It's a much debated topic both at the insurance industry level and at the regulatory level and it is not without risks. There's no doubt as to the legal validity of *fronting* as it is a true re-insurance policy and the lack of or low retention on the part of the subject that is re-insured does not affect the legal nature of the re-insurance policy and it does not result in a direct relationship between insured and re-insured either. *Fronting* and *cut through* clauses are about allowing the insured entity to demand from the re-insurer the payment of the policy due to the occurrence of a risk that is or may be covered in accordance to the terms of the original policy. As to the validity of *cut through* clauses, Reinsurance Working Questionnaire No. 6 informs that most of the countries do not recognize validity to *cut through* clauses when the insurer is already subjected to liquidation proceedings as it may be seen as a fraudulent detriment against the rest of creditors. But if that's not the case, the direct payment from the re-insurer to the insured may be covered by means of an assignment of credits. Finally: the main feature of the re-insurance policy is that even though it is a contract regulated by law, its treatment is not an exhaustive one. As to that reality, the free will of the parties to agree on the terms that are to regulate their reciprocal relationship gets to be more important with all the restrictions imposed by mandatory norms, good faith, customs and public order as well as the limitations both legal theory and jurisprudence indicate to keep the contractual balance that must prevail in any contract.

Key words author: *fronting*, risks, reinsurance, *cut through*, validity, free will.

Key words plus: insurance policies, contracts of reinsurances, market of the reinsurance.

I. CONSIDERACIONES SOBRE EL FRONTING

En nuestro medio la expresión *fronting* comenzó a utilizarse a comienzos de los años ochenta como consecuencia de la construcción de algunos proyectos hidroeléctricos y por ella se entendía "la operación en virtud de la cual una compañía local, a solicitud de una compañía generalmente extranjera, emite un seguro por cuenta y riesgo de ésta. La compañía emisora, que se denomina compañía *fronting* cobra una comisión con base en la prima, más de los gastos e impuestos que se causen y queda en libertad de ceder a la compañía solicitante, llamada "compañía *Backing*" hasta el 10,00% de los negocios que se le ofrecen"¹.

El *fronting* se caracteriza porque la aseguradora que emite el amparo no retiene por cuenta propia porción alguna del riesgo que reasegura o, su retención es ínfima y, por lo tanto un reasegurador o un grupo de reaseguradores sirven de soporte para la emisión del amparo y en este sentido el *fronting* suple la necesidad del asegurador de capacidad de suscripción, porque se trata de un riesgo excluido de contratos, o bien ante el deseo de proteger su programa de reaseguro, o por razones de conveniencia comercial, entre otras.

El atractivo para el asegurador radica en que al prestar el servicio de expedir la respectiva póliza, obtiene una ventaja económica y, que en el caso colombiano consiste en el diferencial que obtiene sobre la comisión de reaseguro o *fronting fee* que le es reconocida, además, de la rentabilidad que puede derivar de los depósitos retenidos a los reaseguradores.

Es usual que la suscripción de diversos tipos de pólizas, como las globales bancarias, las coberturas de daños materiales correspondientes a grandes proyectos industriales o

1 GALINDO CUBIDES, H. (1985), El seguro de fianza, Bogotá, pág. 151.

de conglomerados o grupos empresariales y de sus coberturas conexas, entre muchas otras; corresponda a una operación de *fronting*, y en este sentido, cuando la estructura de protección asegurativa para el riesgo en cuestión es sometida a consideración de la aseguradora local, ya ha sido concertada por el cliente, por lo regular, con el concurso de corredores de seguro y reaseguro locales y de intermediarios de reaseguro foráneos, con los respectivos reaseguradores.

Asimismo, otro supuesto de utilización de las operaciones de *fronting* se presenta en frente de las compañías cautivas.

Como es bien conocido, a través de la **compañía cautiva**² se pretende la generación de reservas que permita enjugar cierto nivel de reclamos en caso de sobrevenir y al menor costo posible y en razón de ello, se les considera como un fondo de autoseguro o de retención de riesgos y, por ese mismo carácter, inicialmente se les reputó más como un mecanismo de financiación de deducibles y de ahorro en impuestos, aunque claramente comprende otras consideraciones técnicas y financieras para optimizar los costos de protección o por transferencia de riesgos.

En consecuencia, una cautiva de reaseguro, otorga respaldo a una aseguradora local que expide las pólizas y quien asume también la responsabilidad del manejo y control de los siniestros, así como los servicios de inspección y asesoría, que son propios de la actividad aseguradora. En este caso, el *fronting* se configura por cuanto dicha aseguradora local cede la mayor parte de las primas y de los riesgos a la cautiva, la cual retiene una parte y contrata las protecciones de reaseguro que sean precisas para evitar desviaciones que puedan colocar en dificultades a dicha cautiva.

En cualquiera de las hipótesis de *fronting*, es indudable que la estructura y respaldo de reaseguro debe ser satisfactorio para la aseguradora local, pues es ésta en últimas quien tiene la relación asegurativa con el cliente y cualquier problema de seguridad y solvencia de la cautiva, puede afectarle si se le presentan contratiempos al pretender el reembolso de los siniestros, para poder efectuar el pago de la indemnización al asegurado.

Por contera, es dable colegir que ante el hecho que la relación asegurativa corresponda en últimas a una operación de *fronting*, no puede ser un argumento que exonere a la aseguradora de examinar con diligencia y cuidado el negocio que le ha sido propuesto y la seguridad y respaldo que de él deriva.

Sin duda, la validez jurídica del *fronting* resulta incuestionable, por tratarse de un verdadero contrato de reaseguro y habida cuenta que la baja o aún nula retención en el

2 BOTH, G. y DOWDING T. (1999), Cap. IX. Desnaturalización o distorsión del contrato de reaseguro: de algunas cláusulas incorporadas a los contratos de reaseguro, en ISAZA POSSE, M.C.; VIVAS DIEZ, G., CAMACHO, J.R.; GARCÍA, R. (2001, abril), *El reaseguro desde el punto de vista técnico, jurídico y económico-financiero*. Tesis para optar al título de Maestros en Derecho de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, Colombia, pág. 222.

riesgo o cartera de riesgos que a través del mismo se transfiere, no desvirtúa en modo alguno la naturaleza jurídica de ese contrato, como tampoco tiene la virtud de generar una relación directa entre asegurado y reasegurador, pues continúan coexistiendo el contrato de reaseguro y el de seguro que le dio origen.

El *fronting* es un tema que genera debates tanto en la industria como a nivel regulatorio.

A nivel de la industria se destacan los siguientes aspectos positivos o favorables:

- La obtención de una comisión por el asegurador sin asumir riesgo (*fronting fee*).
- Mecanismo para ingresar o para salir de una línea de negocios con el soporte financiero o técnico de un reasegurador.
- Permite el manejo de programas de compañías multinacionales a través del esquema de compañías cautivas que, en últimas, asumen la totalidad o la casi totalidad del riesgo.
- Es utilizado para respaldar coberturas **Grandes Riesgos**.
- Es utilizado por los reaseguradores cuando tienen tratos directamente con los asegurados y como un mecanismo de protección de su fuente de negocios. En Estados Unidos es denominada esta circunstancia como "*Reverse flow of business*" y se presenta en ocasiones en materia de flotas de naves o aeronaves (contratación de las coberturas de casco).

Como aspectos negativos o desventajas del *fronting* se señalan:

- Subutilización de la capacidad de retención de riesgos de la aseguradora, porque aunque quisiera o pudiera retener más, no se le permite.
- El asegurador es marginado de los procesos de suscripción del negocio y de atención de reclamos, por lo que funge más como un convidado de piedra, a pesar de ser quien asume la responsabilidad frente al asegurado.
- En caso de insolvencia del reasegurador, la aseguradora asume el 100,00% de la responsabilidad.
- En el evento de insolvencia del asegurador, los dineros recibidos del reasegurador ingresan a la masa de liquidación, lo cual genera un claro detrimento para el asegurado.

En el ámbito regulatorio surgen diversas inquietudes, como son las siguientes:

- Permite evadir los sistemas de licenciamiento previo de los reaseguradores o de registro, lo que aumenta las preocupaciones de los reguladores en materia de insolvencia o de riesgo de crédito que representan tales reaseguradores.

Esto condujo que el *National Association of Insurance Commissioners*³ (NAIC) en 1992 ideó el denominado *Fronting disclosure and regulation model act* y que prevé la necesidad de obtener autorización previa del regulador en el caso de una operación de *fronting*, en los siguientes casos:

- Si la prima bruta de la respectiva operación excede del 5,00% del patrimonio del asegurador, o
- Si las primas anuales correspondientes a operaciones de *fronting* excede del 15,00% del patrimonio del asegurador.

Esquema que no ha sido adoptado por ningún Estado de los Estados Unidos de América.

2. LOS RIESGOS PROPIOS DE UNA OPERACIÓN DE FRONTING

En los negocios de *fronting* es preciso sopesar los factores de riesgo vs. rentabilidad, pues se suelen presentar circunstancias que al amparo de las cláusulas de control o de cooperación de reclamos, que se justifican por las mismas características de la operación de *fronting*; conducen a desavenencias por circunstancias tales como: renuencia del reasegurador a pagar amparado en violación de cláusulas de garantía; el informe del ajustador, que por lo regular no es conocido por la cedente, lo cual imposibilita conocer los detalles recogidos por éstos respecto de las circunstancias de la pérdida y la eventual liquidación del reclamo; cuando los reaseguradores acceden a pagar no siempre lo hacen oportunamente y se rehúsan a reconocer los intereses de mora con el argumento que este tipo de sanciones no están previstas, por ejemplo, en la ley inglesa, etc.

Aunado lo anterior, a la inclusión de la denominada *several liability clause* que enfatiza que las obligaciones de los reaseguradores son de carácter conjunto y por lo tanto, no solidarias, lo que ha evidenciado un cambio en las prácticas que eran propias del mercado y relativas al papel del reasegurador líder y hoy día, con relativa frecuencia, en las reclamaciones se presentan divergencias de criterio entre los reaseguradores respecto de la determinación adoptada por el líder y de esa forma, no se considera vinculante la decisión de éste; además, esto conlleva que cualquier información sobre el riesgo deba ser puesta en conocimiento de los distintos reaseguradores, como toda modificación en las condiciones de amparo.

Las dificultades que en el pasado acaecieron, en algunos casos han estimulado la aparición de esquemas o instrumentos de información sobre el grado de seguridad que pueden representar los reaseguradores y es así como en el caso colombiano, la Superintendencia Financiera con el ánimo loable de tutelar el principio de transparencia exige que tales operaciones se celebren con reaseguradores previamente inscritos en el

3 Asociación Nacional de Comisionados de Seguros.

Reacoex⁴, que es un Registro de reaseguradores y corredores foráneos con la finalidad de que cumplan unas **condiciones mínimas de solvencia, experiencia y profesionalismo**. Es preciso enfatizar que se trata de un sistema de información sobre los reaseguradores y corredores de reaseguros autorizados para operar en el país y por lo tanto, no constituye un aval gubernamental sobre la solvencia o idoneidad de tales entidades.

De otro lado, respecto de los reaseguradores que soportan una determinada colocación, en cumplimiento de disposiciones reglamentarias existentes en Colombia, los corredores de reaseguros están obligados a informar los *securities* o nómina de reaseguradores que respaldan el respectivo negocio, y de igual forma, la Superintendencia Financiera también les impone a las aseguradoras locales el deber de informarle la nómina de reaseguradores bajo los contratos proporcionales y no proporcionales, información que deben remitirle anualmente.

Pues bien, en cuanto a los riesgos propios de una operación de *fronting*, es pertinente destacar que se patentiza, entre otros, un riesgo de crédito ante la eventual falencia de alguno o algunos de los reaseguradores participantes y, en este aspecto, es menester poner de presente que tradicionalmente se ha aceptado que en lo relativo al *Run-off*⁵ de reaseguradores, los corredores no asumen responsabilidad alguna y de ahí la importancia de los “comités de seguridad”, como un mecanismo de evaluación y monitoreo permanente sobre la solvencia de los reaseguradores, porque son grupos de trabajo integrados al interior de los corredores de reaseguro internacionales que se encargan de revisar regularmente la situación de cada uno de los reaseguradores que están autorizados para sus colocaciones.

En cuanto a la prevención de ese riesgo de crédito, es loable la labor que desde hace algunos años vienen cumpliendo las agencias de calificación, habida cuenta que en caso de bancarrota de un reasegurador, cuando se trata de un sindicato de Lloyd's, cuenta con una garantía adicional, mientras que en frente de los demás reaseguradores es preciso hacerse parte en el respectivo proceso de liquidación.

Por lo tanto, el establecimiento del Reacoex en Colombia y la calificación mínima que éste exige, pretende minimizar esta eventualidad, aunque la praxis ha puesto de manifiesto que la degradación en la calificación de los reaseguradores es, por lo general, intempestiva.

Además del riesgo de crédito, pueden identificarse algunos otros, que se abordan enseguida.

4 Registro de Reaseguradores y Corredores de Reaseguros del Exterior.

5 *Run-Off* comprende tanto los contratos de seguro como de reaseguro que todavía están en el proceso de liquidación hasta que toda la responsabilidad desaparezca.

2.1. Límites a la obligación de información reticencia o inexactitud

En épocas recientes, sobre los riesgos que conlleva una operación *fronting*, ha surgido la inquietud sobre los límites que tiene la obligación de información en un reaseguro facultativo.

Es bien sabido que el deber de información impone a las partes la carga de manifestar los hechos no sólo que sean determinantes, sino también abstenerse de facilitar información errónea. Sin embargo, esta obligación no tiene carácter absoluto y, modernamente, para tutelar la buena fe y en últimas, la equidad entre los contratantes, se han reconocido algunos límites a dicho deber.

Esas limitantes se apoyan en la circunstancia que la justificación de dicha obligación radica en precaver el error y el dolo y por lo tanto, no hay razón para informar lo que la otra parte pudo saber fácilmente, ya sea porque adquirió notoriedad en el conglomerado social, o porque se trataba de un hecho de público conocimiento ante el despliegue que llegó a presentarse en los medios de comunicación y en frente de esta hipótesis, cobra importancia la obligación de autoinformarse por parte del contratante que invoca la reticencia⁶.

No es esta una postura aislada, pues no es otra cosa que la aplicación de los límites que se le han reconocido en frente del contrato de seguro y, téngase en mente que el contrato reaseguro es una modalidad de éste.

6 En materia de reticencia o inexactitud en este tipo de negocios fue motivo de asombro en el mercado asegurador colombiano hace algunos años, la providencia proferida en un litigio desatado por una corte inglesa bajo un contrato de reaseguro celebrado por un par de reaseguradoras colombianas con distintos reaseguradores localizados en Londres. Resulta de interés el fallo proferido por *The High Court of Justice Queens Bench División – Comercial Court* -Caso No. 2001-983- Peter Malcolm Brotherton y otro vs. Aseguradora Colseguros y otro, por el honorable Sr. Justice Morison el 16 de julio de 2003 y cuyos hechos principales fueron los siguientes:

"...4 Entre el 28 de enero de 1997 y finales de noviembre de 1997 siete boletines de noticias y quince artículos periodísticos (incluyendo seis en *El Tiempo*, que se dice es el periódico de mayor circulación en Colombia) contenían noticias de acusaciones por mala conducta e investigaciones relacionados con negocios de la (entidad bancaria estatal) y con la conducta del Sr. M. éstas condujeron a su suspensión por 90 días a principios de noviembre de 1997. En enero y febrero de 1998 hubo noticias adicionales de esas investigaciones, incluyendo cargos disciplinarios formulados por entonces contra el Sr. M. y otros administradores del banco". "...6. El argumento de los reaseguradores es que las solas noticias, y todas las demás noticias asociadas con los hechos de las investigaciones, eran importantes para ser informadas al declarar el estado del riesgo, primero como circunstancias que podrían dar lugar a reclamaciones bajo los reaseguros, y segundo como subjetivas de la existencia de un riesgo moral. Para complementar, observo que el reasegurador líder también asevera que le fueron hechas tergiversaciones en noviembre de 1997 sobre las razones por las cuales el Sr. M. no asistió a una reunión en Londres y sobre su suspensión".

Tales límites en el caso de Reino Unido, las contempla el Art. 18, numeral 3 del *Marine Insurance Act* de 1906⁷ y consistirían en los siguientes supuestos en los cuales el asegurado no tiene obligación de revelar tales hechos:

“a) Cualquier circunstancia que disminuya el riesgo; b) cualquier circunstancia que se conozca o se presuma como conocida por el asegurador. Se presume que el asegurador conoce asuntos de notoriedad común o conocimiento, y asuntos que un asegurador en el curso ordinario de los negocios debe saber; c) cualquier circunstancia en cuanto a qué información es renunciada por el asegurador; d) cualquier circunstancia que es superflua en cuanto a su revelación en razón de cualquier garantía expresa o implícita. A esta lista puede ser adicionada una quinta circunstancia, especialmente, hechos que no son conocidos por el asegurado y que un asegurado razonable no pudiera haber descubierto a través de una averiguación razonable. Estas situaciones, que debe asumirse aplican igualmente al reaseguro, serán consideradas ahora”⁸.

En este aspecto, vale la pena notar que en materia de noticias de prensa o en los medios de comunicación, la postura es divergente, comoquiera que algunos estiman que pueden llegar a ser relevantes respecto de la colocación de un negocio por vía

Las conclusiones de dicha providencia fueron las siguientes: “(1) En la presentación del riesgo en noviembre de 1997, el suscriptor líder fue engañado acerca de la ausencia del Sr. M. y sobre las verdaderas razones de su ausencia, los cuales eran asuntos relevantes, que debieron haber sido informados y que habrían afectado materialmente la forma como él suscribió el riesgo; de hecho, probablemente él no lo habría suscrito. Los demandantes están legitimados para anular la póliza y la extensión de ella.” (2) La información relativa a la suspensión del Sr. M contenida en las noticias de prensa y televisión, que están relacionadas en la demanda, no eran simple rumores o chismes que pudieran ser ignorados. Esas noticias eran claramente relevantes y estaban fundadas en hechos conocidos para el asegurado original quien estuvo representado en la reunión de presentación en noviembre de 1997. “(3) Los asuntos a que se hizo referencia no eran conocimiento público, que pudieran considerarse que fueran conocidos por un suscriptor en Lime Street.” (4) La existencia de la Cláusula de Limitación de Descubrimiento no limitó la obligación de declarar el estado del riesgo. “(5) El hecho de que el Sr. S. estaba legitimado para anular la póliza significa que los demás reaseguradores también estaban legitimados para anular, ya que la percepción común de las partes fue que se había hecho una presentación limpia del riesgo al reasegurador líder”. De manera que en esta providencia, se da de carácter relevante o de “material fact”. A noticias de prensa y televisión de carácter local, por cuanto ese conocimiento público o notorio en el territorio patrio no podía considerarse que fuera extensivo a reaseguradores o suscriptores radicados en Londres. Por lo tanto, si un hecho era conocido o debía conocerlo el reasegurador dependerá de las circunstancias de hecho del caso.

7 Reinsurance Practice and the law, Barlow Lyde & Gilbert, London, LLP, pp. 6-18.

8 BUTLER, J. y MERKIN, R. (2008) “Reinsurance Law”, Kluwer publishing: London, pp. A. 6.4-26.

facultativa o durante la vigencia del amparo en cuanto que conlleven una modificación en el estado del riesgo, al paso que otros estiman que no alcanzan a reunir las exigencias que en materia probatoria es propia del hecho notorio que no demanda generalidad en el conocimiento del hecho, sino universalidad.

2.2. Por autonomía de los contratos

En virtud de la autonomía de los contratos de seguro y reaseguro, las diferencias que se presenten entre el asegurador directo y el reasegurador no se proyectan al contrato de seguro, ello es así en estricta juridicidad; sin embargo, en la cotidianidad acontece todo lo contrario, porque si el asegurador directo tiene dificultades en la liquidación y pago de las reclamaciones, de inmediato traslada éstas al asegurado a través de una objeción o mediante la solicitud de documentación adicional.

Poco importa en verdad que esas conductas estén proscritas por el Art. 83 de la Ley 45 de 1990 que modificó el Art. 1080 del estatuto mercantil colombiano y en virtud del cual: *"El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y el asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro"*.

Es un claro reflejo del principio de autonomía que, de manera uniforme, se predica de las dos relaciones asegurativas y que también se proyecta frente a circunstancias, tales como: la terminación del amparo de reaseguro por cualquier causa; la falencia del reasegurador que conduzcan a su quiebra o intervención administrativa; la falta de pago de la cobertura de reaseguro; el quebrantamiento de las cláusulas de garantía previstas en el contrato de reaseguro; hipótesis éstas que no tienen la virtud de afectar en modo alguno los derechos del tomador o asegurado bajo la respectiva póliza.

Claro está, habría que formular la salvedad que en el contrato de seguro, en virtud de estipulación expresa, la violación de garantías de contenido igual o similar se encuentre previstas.

Por manera que, las órbitas del riesgo en el seguro y reaseguro son distintas, cada una posee su propia entidad, aunque su independencia no es absoluta y por ello, podría afirmarse que el riesgo del seguro original se proyecta en la esfera propia del contrato de reaseguro pero no a la inversa.

A propósito de este aspecto, en la jurisprudencia norteamericana, a pesar del principio de *privity of contract*⁹, existen diversos precedentes en que en virtud del *fronting* se reconoce responsabilidad directa del reasegurador respecto del asegurado, cuando asume una gestión directa de los reclamos, con lo cual se crea una apariencia y de esa manera se privilegia la buena fe creencia o teoría de la apariencia. Entre tales precedentes se suelen citar: *Foremost Life Ins. Co. vs. Department of Insurance*, Corte de apelación

9 Principio de la relatividad contractual.

de Indiana —1979—; *Venetsanos vs. Zucker, Farcher & Zucker* Supreme Court of New Jersey —1994—; *Keightley vs. Republic Ins. Co.* Corte de Apelación de Texas — 1997—; *Edens vs. United Benefit Life Ins. Co* Texas —2001—.

2.3. Por intervención de corredores de reaseguro

Sin lugar a discusión, el deber de información en un reaseguro facultativo es más exigente por las mismas características de esta clase de reaseguro y lo cual, por ende, también acontece ante la intermediación de un corredor de reaseguros, a quien competaría la recolección de información para adelantar sus negociaciones con el reasegurador.

En ese orden de ideas, el corredor de reaseguros puede comprometer su responsabilidad por su proceder descuidado o negligente en este aspecto, caso en el cual se trataría de una responsabilidad de carácter subjetivo o por culpa incurrida en el hecho propio; error de conducta que sería materia de escrutinio con un criterio *ex ante* y referido a la conducta que habría desplegado un corredor de reaseguro, razonablemente diligente o medio puesto ante las mismas circunstancias y como en la teoría de la responsabilidad civil, se puede ver comprometida la propia responsabilidad por las gestiones desplegadas por personas que se encuentren bajo su supervisión o dependencia, en esta hipótesis se enmarcarían los actos o hechos dañinos en que pudiera haber incurrido cualquiera de sus corresponsales.

2.4. El riesgo jurídico: Ley y jurisdicción aplicable

Así como puede presentarse un riesgo de suscripción o un riesgo técnico en los negocios de *fronting* que se, materializa ante eventuales reticencias o inexactitudes, también se presenta un riesgo jurídico que se patentiza respecto de la jurisdicción y ley aplicable al contrato de reaseguro, aspecto que aún merece enjundiosos estudios por parte de los especialistas.

Riesgo jurídico que puede definirse como circunstancias derivadas de la interpretación de las pólizas o en virtud de la aplicación del ordenamiento que se estima aplicable para dirimir las diferencias entre el asegurador directo y su reasegurador, aspectos que, claramente, conllevan un riesgo para el asegurador directo y que por ende, pueden generarle una eventual falencia o insuficiencia de la cobertura de reaseguro.

En frente de coberturas de grandes riesgos y, en general, de los negocios de *fronting*, ese riesgo jurídico lo originan distintas circunstancias. Sin embargo, es evidente que se han presentado circunstancias que se derivan de la existencia de cláusulas de control de reclamos, tales como: renuencia del reasegurador a pagar amparado en notificación tardía del reclamo; renuencia del reasegurador a pagar, amparado en la violación de cláusulas de garantía; renuencia del reasegurador a reconocer intereses de mora pues aducen que esas sanciones, por ejemplo, no están previstas en la ley inglesa; entre otras circunstancias.

Aunado a lo anterior es frecuente también la presencia de las siguientes hipótesis: la falta de fidelidad de las traducciones; el régimen jurídico divergente para ciertos aspectos del contrato de seguro en legislaciones foráneas y particularmente, en aquellas que sean propias en el lugar de domicilio del reasegurador o reaseguradores que respaldan la operación de *fronting* y que afectan el espectro propio de las prestaciones de la cobertura asegurativa.

Esto último obedece a que las pólizas que son materia de cobertura bajo operaciones o negocios de *fronting*, por lo regular, corresponden a clausulados de origen inglés o americano y por ese mismo hecho, en su traducción suelen presentar imprecisiones o impropiedades, porque resultan siendo literales y no toman en cuenta ni la finalidad del amparo, como tampoco la forma como se estructuran los productos en esos mercados. Esto conlleva a que, en muchas ocasiones, se presenten contradicciones entre las condiciones generales de la póliza y las condiciones particulares que se expiden para delimitar el sentido y extensión de aquellas y por lo mismo, cobran prevalencia respecto de las condiciones generales; por si fuera poco, puede acontecer, que queden sin resolver ambigüedades que en caso de una reclamación terminan interpretándose en contra del asegurador.

De otro lado, la falta de claridad sobre la ley y jurisdicción aplicable al contrato de reaseguro, genera múltiples divergencias entre aseguradoras y reaseguradores y no son pocas las ocasiones en que el asegurador se ve precisado a lidiar con circunstancias, como las siguientes: la renuencia a reconocer intereses moratorios; el desconocimiento de los plazos establecidos en la ley para el pago de la respectiva indemnización por parte de las aseguradoras y que además, se erige también el término con que cuenta el asegurador para objetar; los ajustadores designados por los reaseguradores no cumplen en ocasiones un seguimiento regular de los reclamos; el aviso tardío de los reclamos conlleva el rechazo de plano de los mismos por parte de los reaseguradores, mientras que puede acontecer que en la respectiva legislación, como es el caso de la colombiana, da lugar a deducir los perjuicios de la indemnización que resulte procedente pero que no autorizan una postura tan extrema; en materia de jurisdicción los reaseguradores en todos los casos pretenden aplicar la jurisdicción propia de su país de origen; los reaseguradores pueden pretender que prime el texto en el idioma original contrariando disposiciones locales que disponen la prevalencia de la versión en español (Art. 823 C.Co.); en materia de reconocimiento de costos de defensa, los reaseguradores se rehúsan a asumirlos cuando estiman que las demandas de los asegurados carecen de fundamento, entre otros.

Todas estas divergencias pretenden justificarse en el hecho que se trata de culturas, leyes y prácticas de mercado diferentes. Sin embargo, estas dificultades tienden a tornarse frecuentes en aquellas épocas de endurecimiento del mercado de reaseguro internacional.

En el *fronting* también se patentiza la modificación que en los últimos años se ha experimentado respecto del rol que desempeña el líder, a raíz de la inclusión de la *several liability clause* que proclama que las obligaciones de los reaseguradores son conjuntas y no solidarias y, como consecuencia de ello, hoy con relativa frecuencia surgen divergencias

entre los reaseguradores en relación con la posición del líder y por lo mismo, para cualquier aseguradora resulta prudente esperar siempre el pronunciamiento de la totalidad de reaseguradores.

De otro lado, ese riesgo jurídico lo agravan otras circunstancias que suelen presentarse en la praxis: desconocimiento de plazos establecidos en la ley para el pago de las indemnizaciones; los ajustadores de los reaseguradores no hacen un seguimiento regular de los reclamos; el aviso tardío de los reclamos conlleva el rechazo de plano de los mismos o la mención de evaluar las reclamaciones bajo las fórmulas de *Reservation of Rights* o *without prejudice*; es usual también que los reaseguradores pretendan que prime en texto en inglés para privilegiar su propia interpretación, lo que resulta en contravía del Art. 823 del C.Co.; en materia de costos de defensa, los reaseguradores suelen demorar su autorización o los rechazan de entrada cuando estiman que las demandas promovidas contra los asegurados carecen de fundamento, olvidando que dicha postura sería legítima si la eventual responsabilidad proviene de una conducta dolosa del tomador o asegurado o se encuentra claramente excluida del contrato.

2.5. Otros riesgos inherentes a las operaciones de *fronting*

De manera que, como ya se expuso, en las operaciones de *fronting* se encuentra latente el riesgo de calidad del reaseguro por las mismas circunstancias cambiantes del mercado, lo que se ha pretendido morigerar con sistema de registro como exigencia para que puedan operar en un mercado determinado, pero esto no garantiza que la calificación de un reasegurador se mantenga durante el término de vigencia de tal inscripción.

De la misma manera, dependiendo de las políticas de desempeño que tengan establecidas, la intervención de corredores puede llegar a generar riesgos por la falta de idoneidad suficiente en la administración de los amparos o por falta de seguimiento adecuado de la calificación de los reaseguradores, lo que exige una labor permanente.

Con estas consideraciones previas, se analiza a continuación lo que determina el riesgo de crédito o de contraparte en un contrato de reaseguro.

3. EL RIESGO DE CRÉDITO BAJO UN CONTRATO DE REASEGURO

Este tipo de riesgo, que es particularmente relevante en una operación de *fronting*, puede derivarse de la falta de calidad del reaseguro, de la insuficiente idoneidad del intermediario de reaseguros, de las condiciones actuales del mercado, o de la diferencia en condiciones.

3.1. La calidad del reaseguro

Sin duda, toda compañía, por importante que sea su capacidad patrimonial, requiere del reaseguro para dispensar o aminorar sus responsabilidades o riesgos de cúmulo, como

también para obtener capacidad y es ahí donde estriba la importancia de contar con reaseguradores confiables que honren sus compromisos en plazos razonables, y que además le eviten a un asegurador el deterioro de su imagen ante su clientela por verse precisado a postergar o dilatar la atención de los reclamos válidamente presentados.

Lo que prima en esta materia son los estados financieros que pretenden ser la representación de la situación económica y de la capacidad patrimonial respecto del volumen del negocio asumido por tal reasegurador, aunque su análisis no siempre resulta fácil aún para un analista financiero avezado por las diversas prácticas contables o por la misma denominación de algunos rubros que aparecen en los estados financieros.

La tendencia universal en años recientes ha consistido en establecer márgenes de solvencia para los aseguradores directos basados principalmente en el esquema adoptado en la Comunidad Económica Europea (CEE). Cuando comenzaron a aparecer las primeras reglamentaciones en este sentido en diversos países, comenzó a cobrar fuerza la inquietud de algunos que sugerían propiciar tratados bilaterales o multilaterales en que los gobiernos se comprometieran a sujetar a ciertos parámetros la operación de reaseguradores provenientes de otros países, siempre y cuando que contaran con la correspondiente autorización de parte de las autoridades competentes de su país de origen.

Comoquiera que son múltiples los factores que inciden dentro de la estabilidad y solvencia de un reasegurador, como son: la calidad de sus retrocesionarios, una política ortodoxa en materia de estimación de siniestros pendientes y de valoración de reservas para desviación de siniestralidad o de IBNR¹⁰, suficiencia de las tasas que cobra y aún más, su política comercial y atendiendo a que las prácticas contables no son similares en los distintos países y que aún para un experto en materia contable resulta de suyo complejo, vislumbrar si realmente se trata de una entidad solvente, comenzaron a cobrar fuerza los análisis realizados por agencias internacionales calificadoras de riesgo con un mecanismo adecuado de certificación en esa materia.

En la elección del reasegurador por el asegurador directo, se toman en consideración factores diversos tales como: el análisis de la compañía reaseguradora misma y del país de su domicilio principal.

El primer aspecto toca con la reputación y la probidad del personal directivo y técnico de la empresa, sus accionistas, la evolución reciente de la empresa, el volumen de primas, activos, reservas técnicas, patrimonio, etc., al paso que el segundo, se relaciona con la situación económica del país, las disposiciones en materia fiscal, monetaria y cambiaria y fundamentalmente, e igualmente cobra relevancia la fortaleza o debilidad de la moneda del país de origen del reasegurador y el grado de movilidad de las divisas.

Aún contando con estos detalles, el análisis de la solvencia de un reasegurador es una labor compleja porque no existe una metodología completamente depurada que garantice

10 Siglas del término *Incurred But Not Reported*, cuyo significado es: siniestros ocurridos pero no comunicados.

alcanzar la finalidad buscada y porque demandaría también de personal no sólo capacitado sino experimentado que pueda evaluar la injerencia de las condiciones de los mercados y aún de la ocurrencia de ciertas eventualidades, en el grado de seguridad del reasegurador que esté siendo analizado.

El tema es de la mayor trascendencia y de permanente actualidad porque la seguridad del reaseguro, la calidad indiscutible de los reaseguradores permite que el mercado cuente con una capacidad responsable y que además, dicha capacidad de reaseguro, como uno de los mecanismos reguladores propios de un mercado libre, opere adecuada y profesionalmente. A esto obedece la aparición de reglamentaciones gubernamentales que buscan autorizar previamente la operación de corredores de reaseguro y reaseguradores extranjeros en los mercados domésticos.

Este tipo de calificación de una agencia internacional, es útil en materia de registro de reaseguradores extranjeros porque exige que la evaluación sea equivalente al menos a la mínima admisible, así: la calificación otorgada por una agencia evaluadora de riesgos que sea equivalente, como mínimo, a las de *Standard & Poor's*, *A.M. Best*, *Moody's* y *Duff and Phelps*, mencionadas líneas atrás y la cual no podrá tener antigüedad superior a doce (12) meses; además de lo anterior, es preciso acreditar que la entidad reaseguradora foránea tiene un capital suscrito y pagado igual o superior a aquel exigido para la constitución de compañías reaseguradoras y el cual, de acuerdo con la Ley 509 de 1999 es de pesos colombianos \$10.000 millones y las memorias correspondientes a los últimos tres (3) años y que incluya los estados financieros.

3.2. La idoneidad del corredor de reaseguro

Los intermediarios de reaseguro merecen la confianza de aseguradoras y reaseguradores por el grado de profesionalismo que, por lo general, poseen; se trata de entidades ampliamente familiarizadas con la labor que les compete, con conocimientos amplios y profundos de la institución, de los distintos centros de reaseguro en el mercado internacional y que usualmente, cuentan con experiencia previa en materia de seguros y reaseguros.

La responsabilidad que les atañe es innegable, un asesoramiento equivocado a su cliente o incurrir en cualquier error o negligencia en la colocación de un tratado o de un riesgo facultativo, podría conducirlo a una situación crítica y aún a la bancarrota.

Dentro de sus posibilidades, le corresponde transmitir al reasegurador la información que le haya facilitado el reasegurado o cedente, so pena de incurrir en negligencia, si lo induce a suscribir un negocio valiéndose de inexactitudes o retencencias.

Respecto del asegurador directo, podría comprometer su responsabilidad si se guarda para sí y no manifiesta las restricciones o limitaciones impuestas por el reasegurador con relación al riesgo asumido o a los términos económicos que ésta pretendía, o si alguna condición específica resulta quebrantada por el reasegurado por demora en la realización

de los trámites a su cargo, como sucedería con la tramitación extemporánea de los saldos correspondientes a una garantía de pago de prima.

En materia contractual y facultativa, tiene a su cargo la preparación de los documentos que formalicen el convenio entre reasegurado y reasegurador, para hacerlo suscribir y formalizar de los contratantes.

El deber del intermediario es colocar el negocio con compañías de reconocida solvencia económica y moral es decir, aquellas que cuenten con la debida capacidad financiera para hacer frente a sus compromisos y en caso que no logre completar su orden con una seguridad de esa naturaleza, o de alguna manera le despiertan dudas la solvencia o estabilidad financiera de un determinado reasegurador, deberá solicitar autorización expresa a su cliente, so pena de comprometer su responsabilidad en caso de tropiezos o imposibilidad de recupero al presentarse el siniestro. Esto último, porque se ha entendido que quien asume la responsabilidad por la insolvencia de un reasegurador, es el asegurador-cedente ya que el intermediario no puede garantizar este aspecto bajo ninguna circunstancia¹¹.

Esta obligación de información, al igual que la relativa a asesoría de su cliente, es de carácter permanente, no termina con la colocación del negocio, sino que permanece durante la vigencia del reaseguro en cuestión y en el supuesto de tener conocimiento de rumores o hechos que puedan colocar en entredicho el grado de seguridad de alguno de los reaseguradores participantes, es su deber verificarlos e informar a su cliente el resultado de sus gestiones, ya sea que logre confirmarlos o que se vea imposibilitado a desvirtuar los datos en su haber.

Los deberes de información que se radican en cabeza del intermediario de reaseguro, en resumen, operan no sólo respecto del reasegurador sino que también son extensivos con relación al reasegurado.

3.3. Las condiciones actuales del mercado de reaseguro

3.3.1. Reducción de la capacidad

En la gestión de la actividad aseguradora siguen siendo determinantes los factores de capacidad, seguridad y precio.

Dentro del desempeño del mercado de reaseguro los factores de capacidad y precio han tenido en el último año una tendencia a estabilizarse después de una reducción importante de capacidad notoria en los últimos años, a raíz principalmente de las pérdidas

11 HEIFETZ, L.T. (1995), The role of the intermediary, Reinsurance: Fundamentals and new challenges, 3 edition, edited by Ruth Gastel, Insurance Information Institute, printed in USA, pág. 25.

que generó el incidente de las torres gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

3.3.2. Pérdida en la calidad del reaseguro

Sin embargo, el aspecto de seguridad del reaseguro, continúa siendo crucial.

Willis Group hace algún tiempo publicó un interesante estudio intitulado “*Marketplace Realities and Risk Management Solutions 2004*”¹² donde hace referencia al estudio del *Financial Services Authority* del Reino Unido (*Managing Risk: Practical lessons from recent ‘failures’ of EU insurers -December 2002-*), el cual analiza los factores que en los últimos seis (6) años condujeron a la bancarrota a muchos aseguradores y colocaron en dificultades a tantos otros y que los llevó a reducir su calificación.

Lo destacable, para los propósitos de este análisis, radica en que identifica como factor principal que “*management failures appear to be the root cause*” y como factores que contribuyeron a ello cita:

“Straying out side their field of expertise, or uncritically following herd instinct; Excessive risk appetite or objectives that are at odds with prudent management of the business; Lack of autonomy or excessive pressure, e.g., from the parent company”.

Sin embargo, las múltiples variables que allí se examinan pretenden poner de relieve que:

“the insurance industry in one whose fate and fortune are a function of scads of variables, including formidable externalities: the legal, judicial, social and economic environments. It is precisely because insurers have responded to claims neither nor intended to be covered (and for wich either no premium or inadequate premium had been collected) that many of them have been debilitated or ruined”.

Estos hechos que se han presentado en los últimos años y que han ocasionado una restricción drástica de la capacidad de reaseguro, colocan a la orden del día, que la revisión permanente de la seguridad que representa cada reasegurador es una tarea demasiado exigente o dispendiosa para un asegurador, aún a pesar de la existencia de las agencias evaluadoras de riesgo y de las calificaciones que éstas imparten.

Por eso, es tan crucial la labor que en los corredores de reaseguro cumplen los “comités de seguridad”, porque son equipos humanos de dedicación permanente y exclusiva que monitorean regularmente el desempeño y la calificación de agencias internacionales de aseguradores y reaseguradores y que llevan a establecer políticas de colocación de

12 Publicado en:

http://www.willis.com/Documents/publications/General_Publications/Willis_Marketplace_Realities_2005_v2.pdf

negocios con exigencias de calificación mínima de A menos (A-) que significa excelente o equivalente de acuerdo con el dictamen de otras agencias internacionales calificadoras de riesgo suficientemente reconocidas.

Es evidente que las tendencias de la administración contemporánea se centran en la **creación de valor para el accionista** donde cobran importancia factores tales como: el flujo de caja, el valor neto de los activos y el volumen de ventas; por lo anterior, compartimos la visión que sobre el particular trae Willis en el sentido que para alcanzar ese objetivo en el sector asegurador, será preciso:

- Revisión exhaustiva en el proceso de suscripción, necesitando entender los negocios del cliente, su exposición y el riesgo de interdependencia.
- Centrarse en la totalidad del riesgo de terremoto, inundación, tormenta y terrorismo.
- Centrarse en combatir riesgos de la 'nueva era': MTBE, virus de computador.
- Eliminar suscripción de flujo de caja: No se permitirá que tasas de interés más altas afecten la disciplina del 'underwriting' (suscripción).
- Asegurar la adecuada reserva. Asuma el golpe ahora y no después.
- Incrementar las retenciones netas como sea apropiado. Retener más riesgo puede ser más eficiente desde el punto de vista del costo y reducir el riesgo de contraparte.
- Asegure la transparencia y la rectitud. Afuera hay un mundo diferente.
- Revise las prácticas de inversión. Inversión más conservadora parece ser la agenda hoy.
- Aumente los sistemas de administración de información. Mejor, información más rápida se traduce en respuestas más rápidas a tendencias negativas que afectan las ganancias o las utilidades".

3.3.3. El mercado de reaseguro en la actualidad

El mercado de reaseguro en los últimos años y particularmente, a raíz de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 y de algunos eventos de la naturaleza que se presentaron con posterioridad, ha visto no sólo mermada su capacidad, sino también un mayor grado de especialización en líneas del negocio, la utilización extensiva de modelos de medición de exposición o de cúmulos de responsabilidad respecto de ciertos eventos y una mayor capitalización de los reaseguradores ante la existencia casi nula de capacidades de retrocesión.

Esto ha conllevado a que las exigencias de información para la suscripción de los negocios sean cada vez mayores y también que los mismos reaseguradores hayan desarrollado un monitoreo de las políticas de suscripción del reaseguro a través de auditajes.

Sin duda, la degradación de las calificaciones de muchos reaseguradores ha generado un cambio con respecto a las políticas en materia de reaseguro pasivo o de cesión de responsabilidades por esta vía, de tal manera que hoy día no basta la suficiencia en la calificación del reasegurador, sino que también se busca que respecto de la nómina de reaseguradores se pueda tener un mayor conocimiento de los controles para el manejo de catástrofes, calidad de los activos, reaseguros recuperables en virtud de garantías específicas expedidas de manera colateral por los retrocesionarios, cambios en las reservas de siniestros, etc., donde nuevamente aparece clara la función de los “comités de seguridad” con los que suelen contar los corredores internacionales de reaseguros.

De la misma forma, se mira de forma escrutadora lo que acontece en materia de reclamaciones, vale decir, la disposición de los reaseguradores para la aprobación de los pagos, para realizar las transferencias y la conducta, el espíritu de colaboración, la buena voluntad disposición que muestra al largo del trámite de las reclamaciones.

3.3.4. Riesgo de diferencia en condiciones

En razón de la limitación de espacio estos sólo se enuncian así: por traducciones, por ley y jurisdicción aplicable, por interpretación de las pólizas, por interpretación en los contratos de reaseguro, falta de aplicación de los plazos establecidos en ley para indemnizar los reclamos, diferencia en condiciones por las cláusulas de control y cooperación en reclamos, diferencia en condiciones por razón de los términos de la respectiva colocación o negociación del reaseguro; diferencia en condiciones por estipulaciones que no son válidas en la legislación del lugar de domicilio del asegurador

4. LA CLÁUSULA CUT THROUGH, VALIDEZ Y ALCANCES DE LA ESTIPULACIÓN

En la presentación del estudio publicado por la Fundación Mapfre sobre el tema de la referencia¹³ y que corresponde a las respuestas al formulario No. 6 del Grupo de trabajo de reaseguros de AIDA¹⁴, se consignan estas reflexiones que resultan muy pertinentes en la relación con el tema y que en cierta forma explican el interés creciente que ha despertado el marco jurídico propio del contrato de reaseguro y la avidez por ahondar en el contenido y extensión del plexo obligacional propio del mismo.

Allí se lee lo siguiente: *“En el trascurso de las últimas décadas, el marco regulador del reasegurado 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*

13 AIDA. Reinsurance Working Party, Fundación MAPFRE, Instituto de Ciencias del Seguro. (2008). Cuestiones sobre la cláusula *cut through*: Transferencia y Reconstrucción. Editores Fundación MAPFRE: Madrid, España.

14 Asociación Internacional de Derecho de Seguros.

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 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 la forma más eficiente a tenor de su posición contractual, de su solvencia patrimonial o de su capacidad técnica" (Se destaca).

De manera que, ese deterioro de la confianza es el campo abonado para las cláusulas *cut through* (cláusulas de pago directo) y en virtud de las cuales contractualmente se le otorga al asegurado una acción directa, se le faculta para reclamar al reasegurador el pago de la respectiva indemnización por haber sobrevenido un siniestro que resulta o puede resultar amparado en concordancia con los términos de la póliza original.

En virtud de esta y de otras estipulaciones que pretenden extender la influencia del contrato de reaseguro en el seguro directo, desde hace lustros ÁLVARO MUÑOZ LÓPEZ acuñó la expresión "*desnaturalización del contrato de reaseguro*"¹⁵, por cuanto facultan al reasegurador para involucrarse en el seguro directo, vale decir, a través de diversas estipulaciones se busca extender la influencia del contrato de reaseguro al seguro directo, con lo cual se quiebra la independencia o autonomía que se predica de ambos contratos.

Esa desnaturalización del reaseguro también se predica respecto de las *cut through clauses* o de pago directo, en virtud de las cuales el reasegurador asume la obligación de indemnizar al asegurado o beneficiario y el cual algunos tachan como un verdadero seguro simulado, porque usualmente, se pacta bajo las denominadas operaciones de *fronting*. De ahí porque en la praxis operaciones de *fronting* y cláusulas de pago directo suelen estar estrechamente relacionadas.

Como aseveran algunos: "*La cláusula mencionada suele ser convenida en los grandes contratos, de empresa, como una garantía más a favor del tomador del seguro, en los casos en los cuales por leyes nacionales de reserva de mercado, se obliga a la asegurada a contratar con aseguradoras locales. Se contrata con la condición de que si la aseguradora cae en insolvencia la asegurada podrá accionar directamente contra el reasegurador*"¹⁶.

En sentir de DOMINGO LÓPEZ SAAVEDRA y HÉCTOR A. PERUCCHI: "*Cuando existe una cláusula "Cut Through", el derecho del asegurado contra el reasegurador, en caso de*

15 MUÑOZ LÓPEZ, A. (1997), "Desnaturalización del contrato de reaseguro", publicado en *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, MUSINI y AIDA-Sección Española, Madrid, pág. 197 y ss. JARAMILLO JARAMILLO, C.I. (1999), "Distorsión del reaseguro tradicional", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

16 ADELFI, R.L., BARRECA, M.C. y ROSES, MA.C. (2001, noviembre), "Vinculaciones jurídicas directas entre asegurado y reasegurador", *VII Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, Editorial Juris: Rosario Argentina, pág. 217.

la indemnización de un siniestro bajo la póliza de seguro, estará sujeto a los términos, condiciones y límites establecidos en el contrato de reaseguro y esto es así por cuanto la cláusula no quita al reasegurador ni al asegurador su carácter de tal. En otras palabras, el reclamo del asegurado contra el reasegurador del asegurador cedente reconoce su origen y fundamento en el contrato de reaseguro y no en el de seguro"¹⁷. (Negrillas en el texto original).

Por manera que, a semejanza de las cláusulas de insolvencia¹⁸, también en este caso, el asegurado del seguro originario estaría legitimado para reclamar directamente al reasegurador el pago de la prestación, una vez acaecido el siniestro. Pero a diferencia de ellas, no se condiciona a circunstancias puntuales de insolvencia del asegurador, sino que se puede emplear en el desarrollo normal de los contratos de seguro y de reaseguro. Sería entonces facultativo del asegurado dirigirse al asegurador o al reasegurador con el fin de obtener el pago de la prestación asegurada.

Dentro de las denominaciones que recibe la cláusula *cut through*, están las de cláusulas de asunción de responsabilidad y cláusulas de atajo, ésta última propia de la doctrina española, pues estiman que le permite al asegurado acudir a una vía más expedita para obtener el pago de la indemnización, no en términos de tiempo sino del derecho de crédito que le otorga contra el reasegurador.

Sin duda, este tipo de estipulación atenta contra el principio de autonomía de los contratos, pues el reaseguro es una especie de contrato de seguro y presupone la existencia de uno o varios contratos de seguro, es una relación que se traba exclusivamente entre reasegurador y cedente. El asegurado tiene el carácter de tercero y por ello carece de facultades y deberes bajo dicho contrato de reaseguro.

En realidad, las *cut through clauses* o de asunción de pérdidas tienen por finalidad que en caso de quiebra o insolvencia de la cedente, el reasegurador evalúe y pague directamente las reclamaciones al asegurado, evitando así que los dineros transferidos por el reasegurador integren la masa de quiebra o de la liquidación de la aseguradora fallida. Sin embargo, no puede decirse que cumplan una finalidad semejante respecto del asegurador directo, porque la quiebra del reasegurador sólo tiene incidencia respecto del reasegurado, esa situación de falencia no afecta el vínculo entre la cedente y su asegurado en virtud de la autonomía que se presenta entre ambas relaciones jurídicas (seguro y reaseguro). Y si se produce el siniestro, el asegurador no podrá aducir la quiebra de reasegurador que le brindaba respaldo, para exonerarse de responsabilidad.

En la situación inversa, es decir, si el asegurador quiebra, en virtud de la autonomía entre los contratos de seguro y reaseguro, este hecho no faculta al asegurado para dirigirse directamente al reasegurador, sino que deberá reclamar el crédito consistente en la

17 LÓPEZ SAAVEDRA, D. y PERUCCHI H. (1999), El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros, La Ley S.A.: Buenos Aires, pp. 66 y 67.

18 CARTER, R.L. (1995), "Reinsurance", third edition, Mercantile & General, Reactions Publishing Group: London, United Kingdom, pp. 140-141.

indemnización que habría de reconocerle el asegurador fallido por el acaecimiento del riesgo asegurado, dentro del proceso de quiebra o de liquidación del asegurador y sin privilegio alguno, porque como lo establece perentoriamente el Art. 1135 del C.Co., el reaseguro no es un contrato a favor de terceros y por lo tanto, el asegurado carece de acción directa contra el reasegurador. La indemnización adeudada por el asegurador, una vez satisfecha dentro del proceso de quiebra, acrecentaría la masa concursal. Pero, el asegurado o beneficiario se encontraría en la misma situación de otros asegurados o beneficiarios que estuvieran persiguiendo la satisfacción de sus reclamos y a la par con los demás acreedores quirografarios de la aseguradora fallida.

A riesgo de ser reiterativos, debe puntualizarse que, la obligación del reasegurador es independiente de la del asegurador, son contratos autónomos y separados aunque con cierta conexidad, o si se quiere, interdependientes desde el punto de vista funcional, técnico y económico, porque el contrato de seguro es presupuesto necesario e indispensable para que exista el contrato de reaseguro, sin embargo, se reitera que la obligación del reasegurador es autónoma e independiente de la del asegurador original pues recaen sobre riesgos que, aunque interdependientes, poseen una fuente y un contenido diferentes e independientes; ello explica el carácter principal del contrato de reaseguro.

Aún más, el legislador colombiano en los Arts. 1080 inc. 2º y 1135 del Estatuto Mercantil acoge ese principio de autonomía entre ambas relaciones negociales, pues dispone que el contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro y es perentorio al manifestar que el asegurado carece de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél.

De manera que, aunque en la praxis, este aspecto de la autonomía entre las dos relaciones asegurativas comienza a ser desvirtuado ante la inclusión de estipulaciones que pretenden llevar esa interdependencia a una conexidad absoluta y a convertir el contrato de seguro en accesorio al contrato de reaseguro, esas circunstancias permiten anticipar que el proceso de contratación de uno y otro sufrirán alteraciones dramáticas en la medida que se intensifique y profundice la globalización de los mercados y la desaparición de las barreras comerciales.

En materia de validez jurídica de este tipo de estipulación, una primera tesis sostiene que establecer ese derecho de asegurado contra el reasegurador vulnera disposiciones imperativas que le vedan al asegurador la posibilidad de dirigirse contra el reasegurador.

Por su parte, los partidarios de la validez de la cláusula aducen que es una típica estipulación en favor de un tercero y que es una condición más beneficiosa para el asegurado, que no tendría obstáculo jurídico alguno ante el carácter dispositivo que revisten las disposiciones en materia de contrato de reaseguro.

Además, se preguntan si la cláusula *cut through* es contraria al orden público y, en particular, a las regulaciones sobre solvencia. Llegan a la conclusión que no trasgrede

los fundamentos del orden público, por cuanto los sujetos involucrados no requieren una tutela especial y porque es más beneficioso acudir al patrimonio del reasegurador.

Lo cual ciertamente es un rezago de aquella postura que pregonaba que las cláusulas abusivas sólo eran predicables de las relaciones de consumo, cuando la realidad ha puesto de manifiesto que en las relaciones interempresarios también pueden presentarse estipulaciones abusivas, por razón de la dependencia técnica o económica de una parte respecto de la otra, como ha sido reconocido en Alemania a través de la *AGB-Gesetz*¹⁹ de 1977; en el Reino Unido en el *Unfair Contract Terms Act de 1997*; en la ley portuguesa 220 de 31 de enero de 1995; así mismo debe destacarse la salvedad consignada en la ley española de 1998 de condiciones generales de contratación en donde, en su exposición de motivos se reconoce que en las relaciones entre empresarios pueden presentarse situaciones de abuso que quedan sometidas a las normas generales de nulidad contractual y por último, ante la clara tendencia que exhibe el derecho contemporáneo de dar aplicación analógica en las relaciones interempresarios de las normas sobre consumidores por parte de la jurisprudencia.

Retomando al tema de validez de las cláusulas *cut through*, el cuestionario No. 6 del *Reinsurance Working Party* de AIDA, da cuenta que la mayor parte de los países no reconoce validez a las cláusulas *cut through* cuando el asegurador ya se encuentra sometido a un proceso de liquidación, pues se vería como un detrimento fraudulento en perjuicio de los demás acreedores. Pero si no hay liquidación el pago directo del reasegurador al asegurado podría ampararse en una cesión de créditos.

En el Reino Unido, El *Contracts Rights of third parties Act de 1999*²⁰ permite a alguien que no es parte en un contrato, exigir el cumplimiento de una obligación contractual. En los Estados Unidos de América, existen precedentes en que se ha permitido al asegurado ser indemnizado por el reasegurador en virtud de una cláusula *cut through*, entre los cuales se citan: *Ainsworth vs. General Reinsurance Corp de 1985* y *China Union Lines Ltd; vs. American Marine Underwriters de 1985*²¹.

En Colombia, la cláusula *cut through* vulnera el principio de autonomía de los contratos; sin embargo, no han sido materia de escrutinio en sede judicial o arbitral.

A este respecto, resulta pertinente lo expuesto por el juriconsulto colombiano CARLOS IGNACIO JARAMILLO, para quien: "...la determinación de la validez de este tipo de estipulaciones, no es pacífica en la doctrina, por cuanto existen posturas en uno y otro sentido, esto es, o avalando su pertinencia o, por el contrario, desconociéndola.

19 Ley de las condiciones generales de contratación.

20 *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* CHAPTER 31. Recuperado el 25 de junio de 2009 de http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990031_en_1

21 WOLLAN, E. (2003), *The handbook of reinsurance law*. Chapter 2. Aspen Publishers. pág. 42.

Todo depende, igualmente como se dijo, de la tesitura que se adopte den torno a la viabilidad de la acción directa en cabeza del asegurado o del beneficiario"²².

De otro lado, en lo relativo a las cláusulas de Control y Cooperación de reclamos²³ que también quiebran el principio de autonomía entre los contratos de seguro y reaseguro, tales estipulaciones fueron objeto de análisis en el Tribunal de arbitramento convocado para dirimir las diferencias surgidas entre Fiduciaria Caldas y Compañía de Seguros Atlas S.A. En esa ocasión se declaró la nulidad de esas estipulaciones con base en las siguientes consideraciones:

*"No hay duda de que esta cláusula supedita el cumplimiento de obligaciones a cargo del asegurador. No otra cosa significa que "sea condición precedente a cualquier responsabilidad bajo esta póliza" la realización de los avisos y el sometimiento a los controles que ella contiene. Tampoco es cuestionable que el cumplimiento de tales condiciones tiene el propósito de suspender hasta su realización la obligación consistente en pagar el siniestro; tal es el alcance del poder de control de "todas las negociaciones, ajustes o acuerdos" que se otorga a un tercero. El pago mismo —conviene recordarlo— implica un acuerdo o convención; si así no acontece, el acreedor sólo se libera de su gravamen acudiendo al procedimiento de pago por consignación, en cuyo caso la voluntad del acreedor es suplida por el juez (Código Civil, Arts. 1656 y ss.). "El tercero, a quien la póliza faculta para decidir la exigencia de pago es el reasegurador, bien que éste actué directamente o a través de ajustadores, asesores o investigadores". "Nada de esto es compatible con la ley y con la estructura del contrato de seguro, como pasa a demostrarse". "El Código de Comercio, artículo 1080, modificado por la Ley 45 de 1990, artículo 93, regula la oportunidad para el pago de la indemnización a cargo del asegurador, disponiendo, a renglón seguido, que: "El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y el asegurador y la oportunidad en el pago de éste (el seguro), en caso de siniestro no podrá diferirse a pretexto del reaseguro"."*²⁴.

Ante la elocuencia de este planteamiento, no amerita comentario alguno.

22 Ob. cit. "Distorsión del reaseguro tradicional", pág. 183.

23 Pretenden salvaguardar el mercado interés del reasegurador en el desarrollo del contrato. Isaza Posse, M.C.; Vivas Diez, G., Camacho, J.R.; García, R. (2001, abril), *El reaseguro desde el punto de vista técnico, jurídico y económico-financiero*. Tesis para optar al título de Maestros en Derecho de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, Colombia. Cap. 9. pág. 389.

24 ACOLDESE. (2004), *Laudos arbitrales en materia de Seguros*. Acolde-se-Cámara de Comercio de Bogotá, tomo II. Bogotá, Colombia.

5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE REASEGURO

La característica del contrato de reaseguro es, que aunque se trata de un contrato tipificado en la ley, su tratamiento no es exhaustivo; es escasa su regulación legislativa porque se juzga innecesaria la intervención del legislador para tutelar a las partes, entidades profesionales con conocimientos sobre la materia de contratación y por ese mismo hecho, en teoría, se encuentran en un mismo plano de igualdad.

En apariencia, también, el reaseguro es un contrato de libre discusión, lo que trae como consecuencia que los criterios aplicables para la interpretación de sus cláusulas difieran de las propias del contrato de seguro originario, más cercanas a las de la contratación en masa, en que una de las partes dicta las condiciones de los negocios que promueve con el ánimo de aminorar sus costos, y por lo tanto, impide que las condiciones contractuales sean objeto de negociación por parte de los compradores potenciales de sus servicios.

En Colombia, la regulación legal del contrato de reaseguro, a semejanza de lo que acontece en otras latitudes, la integran múltiples disposiciones orientadas más a facilitar la inspección y vigilancia por parte de las entidades gubernamentales que le permitan evaluar la solvencia y seguridad que puedan representar los intervinientes en el mercado, que sentar principios o normas de conducta que presidan las relaciones reasegurado-reasegurador o viceversa; por supuesto, ante el carácter profesional de ambas entidades, se pretende justificar con creces la falta de interés del legislador.

Ante esta realidad cobra importancia la autonomía de las partes para acordar los términos que deban regular sus relaciones recíprocas, con las restricciones impuestas por las leyes imperativas, la buena fe, las sanas costumbres y el orden público, como también los usos y prácticas propios de la actividad reaseguradora.

En este sentido, el Art. 1136 del C.Co., dispone: *“Los preceptos de este título, salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro, sólo se aplicarán al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual”*.

Ante ese espectro tan amplio que el legislador reconoce al postulado de la autonomía de la voluntad privada es preciso recordar que este no tiene carácter omnímodo o absoluto.

En efecto, al postulado de la autonomía de la voluntad privada, hoy día, no sólo se le señalan las limitantes que de antaño menciona la misma ley, como son la moral las buenas costumbres y el orden público, sino que también se le han venido apuntalando y demarcando algunos contenidos relativos a lo que modernamente se ha denominado como la búsqueda y la salvaguarda de la justicia contractual por medio de la determinación de los deberes y derechos de las partes en el marco de la relación contractual, no sólo desentrañando la intención real de los contratantes, los términos en que ésta resulta expresada, la ejecución práctica que de las prestaciones a su cargo las partes hacen, la validez de lo querido y manifestado, la forma de concertación del vínculo, las relaciones

jurídicas que del contrato emergen; todo ello matizado con: la ineludible equivalencia de las prestaciones porque, en la hora de ahora, se controvierte ante la realidad que exhiben los tratos comerciales, la expresión del juriconsulto francés FOUILLÉ que "*lo consentido es justo*"²⁵; el papel que en un Estado social de derecho, como es el nuestro, le incumbe al poder jurisdiccional de rescatar la dimensión social del respectivo contrato; la buena fe no sólo como regla de conducta de los contratantes sino también como canon de interpretación para determinar las prestaciones y prerrogativas de las partes de tal forma que no la desquicien; la función que está llamada a cumplir el vínculo negocial y por ende, la finalidad y las legítimas expectativas de las partes bajo esa órbita; la debilidad en que pueda encontrarse alguna de las partes y que por regla general se radica en el deudor; la predisposición de los términos contractuales y su claridad o ambigüedad; la necesidad de renuncia expresa y la necesidad de una contraprestación equivalente por cuanto los derechos no se abandonan por mera liberalidad y por propia iniciativa, etc.

Esos límites a que se hace referencia lo que vienen a rescatar es la justicia en el marco contractual, la relación de equilibrio entre obligaciones y contraprestaciones tanto desde el punto de vista genético como funcional, de tal manera que por encima de la pretendida autonomía negocial se privilegie la justicia contractual, se restablezca el equilibrio prestacional y se tutelen las expectativas razonables de la parte débil afectadas regular e inconsultamente por la alteración inmisericorde de las condiciones económicas tenidas en cuenta al momento de su celebración.

Ahora, respecto del concepto de orden público que en una primera fase, se le pretendió identificar con el ámbito propio de las leyes imperativas y bajo esta significación, hacía relación a estipulaciones expresamente prohibidas por la ley, como acontece en frente de las normas imperativas o de aquellos pactos en que el legislador estima que existe objeto ilícito (Arts. 1519 y ss. C.C.) o causa ilícita (Art. 1524 C.C.), como también restricciones impuestas por el legislador para celebrar determinados negocios o contemplar específicas estipulaciones; es evidente que en épocas más recientes, el concepto se ha remozado y de esta manera, se han perfilado los concepto de orden público económico u orden público de dirección para justificar la intervención del estado en la vida económica y el de orden público de protección, como los denomina la doctrina francesa, para tutelar intereses individuales o para preservar la organización y equidad del sistema económico y de esta forma se le da un cariz más amplio, a tal punto que LUIS DíEZ PICAZO asevera que: "*el orden público no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de aquellos principios (se refiere el autor a los principios generales del derecho) en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnere*"²⁶.

25 VIGO, R.L. (2006), Interpretación jurídica. -Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas- Rubinzal Culzoni Editores: Santa Fe, pág. 157.

26 DíEZ PICAZO, L. (1988). *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos: Madrid, 6ª edición, pág. 382. Por su parte, RICARDO LUIS LORENZETTI, afirma: "...el orden público tiene cuatro

Bajo esta perspectiva, conviene destacar el denominado orden público de protección que CHRISTIAN LARROUMET explica de la siguiente forma:

"... se ha desarrollado un orden público contractual que se ha calificado de protección, puesto que tiene por objeto proteger los intereses de un contratante contra lo que podría imponerle el otro contratante en el momento de celebrar un contrato cuyas estipulaciones no se han negociado libremente entre las partes. El orden público supone que la formación del contrato está sometida a condiciones de fondo y de forma imperativamente decididas por la ley especialmente y cuyo desobedecimiento se sanciona con nulidad, por iniciativa del contratante en favor del cual interviene. Supone también que el contenido, ya que no ha sido discutido y libremente entre las partes, corresponde decidirlo imperativamente no solamente al legislador sino también a la jurisprudencia, ya sea prohibiendo determinada cláusula, ya sea imponiendo otra que quedará implícita en el contrato en caso de que no haya sido aceptada expresamente por las partes.

"El terreno de elección de este proteccionismo contractual está constituido por el contrato de adhesión, que justamente se caracteriza por el hecho de que si cada una de las partes siguen en libertad, al menos teóricamente, de concluir o no el contrato, su contenido lo decide la voluntad de una de las partes y la otra se limita a aceptar en conjunto lo que haya impuesto la primera, ya que se excluye cualquier negociación por medio de concesiones recíprocas"²⁷.

Por su parte, la moral como límite de la voluntad o autonomía privada se le identificaba con los principios propios de la moral cristiana; sin embargo, como hoy se aboga por un mayor pluralismo que preserve la libertad de cultos, resultan atinadas estas expresiones de DÍEZ PICAZO:

"Parece claro que la moral no puede identificarse con los preceptos de este tipo de una determinada concepción religiosa. El pluralismo en esta materia, el reconocimiento del principio de igualdad de todas las confesiones ante la ley, el derecho de la persona a profesar cualquier credo religioso o a no profesarlo, impedirá aquella identificación.

"También es rechazable una identificación de la moral con la ética de cada individuo. Si la norma jurídica se propone una ordenación uniforme de las conductas para alcanzar valores superiores como la justicia, carecería de sentido que al mismo tiempo permitiese con sus efectos jurídicos las conductas que subjetivamente los destinatarios de las normas creyesen más ajustadas a sus personales juicios éticos.

objetivos: la protección del consentimiento pleno, la protección de la parte débil, la coordinación de las conductas individuales para dotarlas de sociabilidad y la dirección económica". LORENZETTI, R.L. (2004), Publicado en: *Tratado de los contratos* - Parte General, Rubinzal Culzoni Editores: Santa Fe, pág. 89.

27 LARROUMET, CH. (1999), *Teoría general del contrato*, vol. I, Editorial Temis S.A.: Bogotá, pág. 91.

*"Una dirección doctrinal que cuenta con numerosos seguidores se remite como canon de la moral a lo que ordinariamente se practica por la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento"*²⁸.

Por si fuera poco, en el campo de la responsabilidad profesional y lo cual es extensivo a las relaciones interempresariales, se han identificado algunos deberes que los cultores de una profesión o de una actividad que desarrollan de manera habitual, deben observar. Se trata de los deberes de información, la obligación de seguridad y así mismo, cabe relevar que en la concepción moderna del contrato ha conducido a identificar obligaciones accesorias²⁹ que son asumidas de forma expresa o tácita por los profesionales encaminadas a preservar el vínculo contractual, a garantizar la ejecución del contrato y la integridad no sólo de la relación misma sino también de los bienes del contratante y es así como se hace referencia a la "violación positiva del contrato". Aspecto dentro del cual juega papel determinante la denominada buena fe objetiva.

El deber de cooperación y de lealtad en el marco de una relación contractual es consecuencia de la exigencia que los Arts. 1501 del Código Civil (C.C.) y 871 del C.Co., establecen en el sentido que los contratos deban ejecutarse de buena fe y por ende, no sólo obligan a lo pactado de forma expresa en ellos, *"sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural"*.

En síntesis, el régimen jurídico propio de los contratos, en las últimas décadas ha sufrido una modificación importante a través de la moderación del principio de autonomía negocial, porque esa libertad absoluta y omnímoda propia de la ideología liberal que impregnó textos legales aún vigentes, como nuestro Código Civil, cede espacio a los valores jurídicos preponderantes, a través del reconocimiento de ciertos postulados, tales como: la proscripción del enriquecimiento sin causa, la buena fe, la sanción al abuso del derecho en el mercado o en una relación contractual; manifestaciones todas ellas de la equidad y la justicia como fundamentos axiológicos del ordenamiento, que lo nutren y lo han dotado de flexibilidad para adaptarlo a realidades sociales que resultaron impensadas para el legislador de décadas atrás.

28 Ob. cit. *Sistema de Derecho Civil*, pág. 381.

29 En el derecho anglosajón puede equivaler a los *implied terms* que ha sido materia de desarrollo por la doctrina y la jurisprudencia. "In addition, therefore, to the terms which the parties have express y adopted, there may be others imported into the contract from its context. These implications may be derived from custom or they may rest upon statute or they may be inferred by the judges to reinforce the language of the parties and realize their manifest intention". FURNSTON, M.P. (1986), *Low of contract*, eleventh edition, Butterworth & Co (publishers) Ltd.: Londres, pág. 126.

BIBLIOGRAFÍA

Códigos

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Estatuto Mercantil Colombiano.

Documentos electrónicos

Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 CHAPTER 31. Recuperado el 25 de junio de 2009 de http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990031_en_1

Marketplace Realities and Risk Management Solutions 2004 (2004). Publicado en http://www.willis.com/Documents/publications/General_Publications/Willis_Marketplace_Realities_2005_v2.pdf

Jurisprudencia

Ainsworth vs. General Reinsurance Corp de 1985 y *China Union Lines Ltd; vs. American Marine Underwriters* de 1985.

Edens vs. United Benefit Life Ins. Co Texas. 2001.

Foremost Life Ins. Co. vs. Department of Insurance, Corte de apelación de Indiana. 1979.

Keightley vs. Republic Ins. Co. Corte de Apelación de Texas. 1997.

The High Court of Justice Queens Bench Division - Commercial Court - Caso No. 2001-983 - Peter Malcolm Brotherton y otros vs. Aseguradora Colseguros y otro, por el honorable Sr. Justice Morison, en MORTIMER, G. (2002, marzo) *Reinsurance*, boletín de la firma Reynolds Porter. Chamberlain.

Venetsanos vs. Zucker, Farcher & Zucker Supreme Court of New Jersey, 1994.

Legislación

Legislación nacional

Ley 45 de 1990. Colombia.

Ley 509 de 1999. Colombia.

Legislación internacional

AGB- Gesetz de 1977.

Ley portuguesa 220 de 31 de enero de 1995.

Ley española de 1998. Ley de Condiciones Generales de Contratación.

Fronting disclosure and regulation model act de 1992. United States of America
Marine Insurance Act de 1906. England.

Libros

- ACOLDESE. (2004), *Laudos arbitrales en materia de seguros*. Acolde-se-Cámara de Comercio de Bogotá, tomo II. Bogotá, Colombia.
- AIDA. Reinsurance Working Party, Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro. (2008), *Cuestiones sobre la cláusula cut through: Transferencia y Reconstrucción*. Editores Fundación MAPFRE: Madrid, España.
- Barlow L. & Gilbert. *Reinsurance Practice and the law team*: London, LLP.
- BARRECA, M.C. y ROSES, MA.C. (2001, noviembre), "Vinculaciones jurídicas directas entre asegurado y reasegurador", *VII Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, Editorial Juris: Rosario Argentina.
- BOTH, G. y DOWDING T. (1999), *Alternative Risk Transfer*, Financial Times Business Ltd.: London, United Kingdom.
- BUTLER, J. y MERKIN, R. (1997), *Reinsurance Law*, vols. I y II, Kluwer publishing: Surrey.
- CARTER, R.L. (1995), "Reinsurance", third edition, *Mercantile & General*, Reactions Publishing Group: London, United Kingdom.
- DÍEZ PICAZO, L. (1988), *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos: Madrid, 6ª edición.
- FURNSTON, M.P. (1986), *Low of contract*, eleventh edition, Butterworth & Co (publishers) Ltd.: Londres
- HEIFETZ, L.T. (1995), *The role of the intermediary, Reinsurance: Fundamentals and new challenges*, third edition, edited by Ruth Gastel, Insurance Information Institute, printed in United States of America.
- ISAZA POSSE, M.C.; VIVAS DÍEZ, G.; CAMACHO, J.R.; GARCÍA, R. (2001, abril), *El reaseguro desde el punto de vista técnico, jurídico y económico-financiero*. Tesis para optar al título de Maestros en Derecho de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, Colombia.
- JARAMILLO JARAMILLO, C.I. (1999), *Distorsión del reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: Colombia.
- LARROUMET, CH. (1999), *Teoría general del contrato*, vol. I, Editorial Temis S.A.: Bogotá, Colombia.
- LÓPEZ SAAVEDRA, D. y PERUCCHI, H. (1999), *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*, La Ley S.A.: Buenos Aires, Argentina.
- LORENZETTI, R.L. (2004), Publicado en: *Tratado de los contratos - Parte General*, Rubinzal Culzoni Editores: Santa Fe.
- MUÑOZ LÓPEZ, A. (1997), "Desnaturalización del contrato de reaseguro", publicado en *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, MUSINI y AIDA-Sección Española, Madrid.
- VIGO, R.L. (2006), *Interpretación jurídica. -Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas-* Rubinzal Culzoni Editores: Santa Fe.

WOLLAN, E. (2003), *The Handbook of Reinsurance Law*. Chapter 2. Aspen Publishers.

Revistas

ACHURRA LARRAIN, J. y CONTRERAS STRAUCH, O. (1998, noviembre), *Las cláusulas de cooperación y de control en los contratos de reaseguro*, publicado en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, No. 12: Bogotá, Colombia.