

Algunas consideraciones prácticas sobre la problemática del *fronting*

SOLEDAD GRAMAJO*

RESUMEN

Fecha de recepción: 21 de marzo de 2006

El presente trabajo analiza al *fronting* como operatoria habitual del mercado de reaseguros desde la perspectiva práctica como jurídica. El *fronting* presenta ventajas para las partes que participan de él, permitiendo impulsar determinados negocios que de otra manera tal vez no podrían desarrollarse; pero al mismo tiempo, puede acarrear una serie de complicaciones tanto para sus participantes (especialmente para la cedente y para el asegurado original) como para los organismos de contralor ante el incumplimiento de las obligaciones de la cedente o el reasegurador. En este último sentido, se analizarán las dificultades que enfrentan los organismos de control para regular y controlar este tipo de operaciones. Finalmente, el *fronting* presenta características muy particulares que hacen que muchos principios, que habitualmente se aplican a otros contratos de reaseguro, tengan una aplicación relativa en los casos de estas operatorias. Por

* La autora es doctora en ciencias jurídicas de la Universidad Católica Argentina, LL.M *in* International Commercial Law de la Universidad de Nottingham (Reino Unido) y abogada. Actualmente se desempeña como jefe de Legales de Noble S.A. Aseguradora de Responsabilidad Profesional y es miembro de AIDA - Rama Argentina y del Instituto de Derecho de Seguros «Isaac Halperin» - Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

ejemplo, el reasegurador, al controlar la liquidación del siniestro, no podría, en principio, alegar que la cedente fue negligente en el manejo del mismo.

Palabras clave: *fronting*, reaseguro.

ABSTRACT

This article analyses fronting from both the practical and the legal perspective, as a frequent business practice in the reinsurance market. Fronting represents advantages for the parties involved, allowing them to develop certain business which they perhaps would not otherwise be able to accomplish. At the same time, however, fronting can cause a series of complications, not only for its participants (especially for the Cedant and Original Insured) but also for the controlling authorities, who act when the Cedant or Reassured fail to fulfill their obligations. In this last sense, the difficulties that the authorities confront in order to regulate and control this type of operation will also be analyzed. Finally, fronting presents very special characteristics that cause many principles usually applied to other reinsurance contracts to have a relative application in cases of fronting operations. For example, the Reinsure could not, in principle, while controlling the liquidation of the claims, allege that the Cedant was negligent in managing said liquidation.

Key words: *fronting, reinsurance*

SUMARIO

Introducción

1. El concepto de *fronting*: las problemáticas de su definición
2. El *fronting* y su rol en el mercado de seguros y reaseguros
 - a. Falta de autorización para operar
 - b. Falta de capacidad técnica y/o financiera
 - c. Reaseguros a través de *pools*
3. Enfoque jurídico del *fronting*
 - a. ¿Es válido el *fronting* ?
 - b. ¿Se rige el *fronting* por las mismas premisas que los demás contratos de reaseguro?
4. Conflictos relativos al *fronting*

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El *fronting* es una operación a través de la cual un asegurador primario (también puede ser un reasegurador en el caso de las retrocesiones) cede todo o virtualmente todo el riesgo a un reasegurador que controla no sólo la suscripción sino también el proceso de liquidación de siniestros ya sea de manera directa o a través un agente, v. gr., un corredor de reaseguros, el que generalmente tiene facultades de suscripción (que en el mercado se las conoce por su terminología: *binding authorities*)¹.

Formalmente habrá dos contratos superpuestos, uno de seguro y otro de reaseguro. El (re)asegurador primario se presenta en apariencia como asegurador frente al tomador, pero, en los hechos, el verdadero asegurador será el reasegurador a quien se le cedió la totalidad del riesgo.

Esta operatoria, como se analizará a lo largo del presente artículo, representa beneficios, ya que permite impulsar determinados negocios que de otra manera tal vez no podrían desarrollarse; pero al mismo tiempo, puede acarrear una serie de complicaciones tanto para sus participantes (especialmente la cedente y el asegurado original) como para los organismos de contralor. Estos últimos enfrentan en este tipo de operatoria principalmente dos problemas: el primero, la imposibilidad de controlar a los reaseguradores que están atrás del negocio y, el segundo, los problemas de insolvencia de la cedente o el reasegurador.

Se ha criticado esta operatoria porque distorsiona, en cierta medida, la naturaleza del contrato de reaseguro, puesto que el (re)asegurador primario actuará como un mero intermediario sin perjuicio que, jurídicamente, sea directamente responsable frente al

1 HALL R., "Fronting: Business Considerations, Regulatory Concerns, Legislative Reactions and Related Cases" (2001) *XII Mealey's Reinsurance Report*, n° 14, pág. 22 y sigs.

tomador, por las obligaciones que surgen del contrato de seguro². Esta distorsión técnica o funcional, conjuntamente con la introducción de determinadas cláusulas, ha llevado a parte de la doctrina cuestionar la licitud de esta operatoria³. Ello ha llevado a intentar regular o, hasta inclusive, prohibir esta operatoria, como ha sucedido en algunos estados de los Estados Unidos. Sin embargo, nada de esto ha impedido que operaciones de *fronting* se celebren diariamente en todas partes del mundo.

El propósito de este artículo es analizar el *fronting* desde la perspectiva de la industria aseguradora y reaseguradora, particularmente cuáles son sus ventajas así como también sus dificultades, y examinar cómo se podría enfocar la problemática del *fronting* desde un punto de vista práctico. De este modo, la primera sección analizará las dificultades de la definición del *fronting*; la segunda evaluará la operatoria del *fronting* dentro del mercado de seguros y reaseguros; la tercera estudiará al *fronting* desde una perspectiva jurídica. La cuarta y última sección examinará los problemas más habituales del *fronting* y tratará de brindarle una solución práctica.

I. EL CONCEPTO DE FRONTING: LAS PROBLEMÁTICAS DE SU DEFINICIÓN

La palabra *fronting* proviene del inglés y tiene su origen el término *front* que significa fachada, ya que el asegurador directo hace de fachada del reasegurador frente a terceros.

Uno de los mayores problemas que se han enfrentado los legisladores cuando han intentado legislar sobre *fronting* es la definición de este concepto, llegando inclusive a regularlo sin definirlo, haciendo casi imposible el cumplimiento de las disposiciones que regulan⁴.

En otras ocasiones, se ha definido al *fronting* caracterizándolo como aquél en que existe una transferencia sustancial del riesgo entre el asegurador directo y el reasegurador⁵.

2 JARAMILLO, C.I., *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, pág. 228 y sigs.; STIGLITZ, R., "La distorsión del contrato de reaseguro. El *fronting*. Situación en Argentina", en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 23, octubre, 2003, 173-181, págs. 174 y 175.

3 Ibídem. Además, SOBRINO W., "*Fronting*: un gran peligro para la mayoría de las empresas aseguradas latinoamericanas", en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 23, octubre, 2003, 183-200, pág. 185 y sigs.

4 Esta ha sido posición adoptada por Massachussets § 175: 193U y New York Circular Letters 1958-1 1958-2, así como también por New York Office General Counsel Opinions Nos. 83-9, 92-84, etc.

5 Existen disposiciones en este sentido en las leyes del estado de Maryland § 13-116, Virginia § 38.2-2600 Missouri § 83-57-49, Nevada § 690A.260, Carolina del Norte § 58-1-35 y Oklahoma § 36 6627. En este mismo sentido, han definido al *fronting*, JARAMILLO, C.I., *op. cit.*, *supra* n° 3, págs. 214 y 215; STIGLITZ, R., *loc. cit.*, *supra* n° 3, págs. 174 y 175.

Sin embargo, la mayoría de estas definiciones pecan de ser lo suficientemente amplias como para incluir casi cualquier clase de contrato de reaseguro.

Sin embargo, el *fronting* se caracteriza no sólo por una cesión sustancial o total del riesgo, sino porque el reasegurador retiene el total control de la operación a través del manejo de la suscripción y el control del manejo y liquidación de los eventuales siniestros. En otras palabras, en el *fronting* el asegurador tiene un papel absolutamente pasivo y quien actúa como asegurador en todos los aspectos técnicos del seguro es el reasegurador. Sus actuaciones incluyen desde la cotización del riesgo, las condiciones de su suscripción hasta la liquidación y pago del siniestro. Como se analizará más adelante, el reasegurador en la mayoría de los casos controla estos aspectos a través de diferentes tipos de cláusulas, que se insertan tanto en el contrato de seguro como en el de reaseguro.

El asegurador directo en esta operatoria obtiene sus ganancias del cobro de una comisión (generalmente un porcentaje sobre la prima), y no de una adecuada política de suscripción, gerenciamiento del riesgo y/o correcta liquidación del siniestro, como ocurre habitualmente en los contratos de seguro y reaseguro. El asegurador directo no tiene ningún interés en asumir el riesgo; tampoco le interesa si el negocio es rentable desde el punto de vista asegurativo, ya que el riesgo lo asume el reasegurador.

Por estas razones, entendemos que el *fronting* se puede definir como una operación de naturaleza reasegurativa a través de la cual una cedente transfiere sustancial o totalmente un determinado riesgo a un reasegurador quien controla, de manera directa o a través un agente, todos los aspectos esenciales del negocio, incluyendo especialmente la suscripción y el proceso de liquidación de siniestros.

2. EL *FRONTING* Y SU ROL EN EL MERCADO DE SEGUROS Y REASEGUROS

En el *fronting*, el reaseguro es utilizado para estructurar una relación de seguro de manera tal que el "verdadero" interesado en actuar como asegurador de un determinado riesgo logre la asunción del riesgo buscado, a través de la utilización de una cedente, cuya participación está limitada principalmente a conducirse como fachada del negocio.

Este tipo de operatoria tiene lugar por una serie de motivos, algunos de los cuales analizaremos a continuación⁶.

6 SCHIFFER, L., "Up Front about Reinsurance" www.llgm.com/news/publications (diciembre 2003).

a. Falta de autorización para operar

El *fronting* es frecuentemente utilizado para permitirle a un (re)asegurador suscribir negocios en un determinado mercado, sin necesidad de estar autorizado por el contralor para operar en el mismo.

Esta es la razón más habitual por la que se realizan operaciones de *fronting*.

En general se trata de negocios colocados de atrás para adelante, esto es, el reasegurador y el asegurado acuerdan los términos de un determinado contrato de seguro. Luego, salen a buscar quien les preste la fachada que les permita cumplir con los requisitos establecidos por la legislación del mercado en el que cual va a hacerse operativo el contrato.

Esto es muy común, en el caso de (re)aseguradores internacionales que tienen programas de seguros a nivel mundial con una determinada compañía y necesitan de aseguradoras cedentes locales para cumplir con la legislación interna del mercado, donde el riesgo está físicamente localizado.

El *fronting* también es utilizado en el caso de asegurados que poseen compañías cautivas *off-shore* que necesitan de una aseguradora local para hacer operativos formalmente sus programas de seguros cautivos en el mercado en el que operan.

b. Falta de capacidad técnica y/o financiera

También es utilizado el *fronting* cuando un determinado asegurador desea suscribir un riesgo, pero no tiene la capacidad financiera para hacerlo o no cumple con los requisitos técnicos o de solvencia requeridos por el asegurado. En este caso, se recurre al *fronting* como medio para la cedente le brinde el soporte técnico y financiero que requiere para suscribir dicho riesgo.

Así es común que un determinado programa o un asegurado original requieran que su asegurador tenga una calificación financiera de A o mayor. El (re)asegurador que no tenga tal calificación, o el asegurador que participaba de tal programa o contrataba con tal asegurado pero que sufrió una baja en su calificación y que quisiese renovar el contrato, puede recurrir al *fronting*. Se hace que la contratación primaria se realice a través de un asegurador que tenga tal calificación financiera, que luego cederá todo o casi todo el riesgo al (re)asegurador interesado en el negocio.

Este tipo de *fronting* tiene lugar cuando un reasegurador tiene una larga tradición en un determinado mercado o tiene una estrecha relación comercial con la cedente. También es común que ocurra en mercados donde la capacidad de reaseguro local es muy limitada, como sucede en la mayoría de los mercados latinoamericanos. El *fronting* se presenta como una alternativa válida para superar tales limitaciones.

Otra situación en la que se utiliza el *fronting* se da cuando el asegurado coloca habitualmente el riesgo a través de un *broker* de (rea)seguros. Este *broker* de (rea)seguros tiene su propio reasegurador para la asunción de tal riesgo; pero este reasegurador no tiene la calificación requerida por el asegurado, por lo que se recurre a un *fronting*, como modo de cumplir con los requisitos establecidos por el asegurado.

c. Reaseguros a través de *pools*

Otra de las razones por las que se utiliza el *fronting* es para asegurar riesgos que son en realidad asumidos por *pools* de aseguradores o reaseguradores. Generalmente, el encargado de manejar el *pool* designa a un (re)asegurador para que emita la póliza, que luego es reasegurada a través de contratos de reaseguros con los otros miembros del *pool*. En este tipo de operaciones es común que el contrato de reaseguro sea de cuota parte, y que la compañía que presta su fachada retenga un porcentaje del riesgo.

También puede suceder que una aseguradora cedente que no forme parte del *pool* asegure el riesgo y lo ceda total o sustancialmente a través de un *fronting* a un *pool* de reaseguradores.

En cada una de estas situaciones, el asegurado directo entra en la operatoria a través de la emisión de un contrato de seguro, donde la cedente asume formalmente el carácter de asegurador, por una comisión. Por tanto, más allá de la relación de *fronting*, este asegurador directo será jurídicamente responsable frente al asegurado original, y si el reasegurador no cumpliera con sus obligaciones, especialmente la de pago de los siniestros, el asegurador primario no tendrá ninguna excusa para no cumplir con sus obligaciones frente al asegurado. Por ello, es esencial para el asegurador primario, antes de entrar en el *fronting*, realizar un análisis detallado del reasegurador, no sólo desde el punto de vista de su solvencia financiera, sino también desde el aspecto comercial, ya que lamentablemente ha habido casos donde los reaseguradores se han refugiado en formalismos o tecnicismos al momento de cumplir con sus obligaciones y pagar los siniestros.

3. ENFOQUE JURÍDICO DEL *FRONTING*

Las características de la operatoria del *fronting*, especialmente el hecho que la cedente sea quien es, es la última responsable por las consecuencias de esta operatoria frente a los asegurados y los organismos de control, plantean una serie de cuestionamientos, algunos de los cuales analizaremos a continuación.

a. ¿Es válido el *fronting*?

Recordemos que la crisis del mercado de seguro y reaseguros ocurrida durante la década de 1970 tuvo, en gran parte, su origen en los *frontings*. Muchas compañías de seguros

entraron en liquidación debido a la imposibilidad de hacer frente a los siniestros de grandes riesgos (incluyendo los riesgos de cola larga) reasegurados a través de *frontings* con reaseguradores con poca solvencia financiera.

Como consecuencia de ello, los organismos de control y también, en algunos lugares, normas dictadas por el poder legislativo, han intentado impedir el *fronting* requiriendo que la cedente retenga al menos 10% del riesgo a ser cedido. Sin embargo, estas normas demostraron ser inefectivas. La habitualidad que tiene la práctica del *fronting* en el mercado reasegurador mundial; la falta de capacidad técnica y/o financiera de reaseguro que dificultan la colocación de determinados riesgos en mercados chicos como los latinoamericanos; y la imposibilidad de definir de manera apropiada esta operatoria, tal como se ha señalado con anterioridad, son algunas de las razones que han minado la efectividad de las normas dictadas para controlar y/o limitar esta operatoria.

La doctrina también ha atacado al *fronting*, alegando que desnaturaliza el contrato de reaseguro⁷. También se ha dicho que el *fronting* constituye un fraude fiscal ya que, por ejemplo, al ceder total o casi totalmente las primas, no se pagaría ganancias sobre las mismas; y, además, en países como Estados Unidos donde las reservas son gravadas, la utilización del *fronting* permite a los (re)aseguradores constituir reservas a través de cautivas en paraísos fiscales.

Sin embargo, coincidimos con JARAMILLO en que, desde la perspectiva estrictamente jurídica, y en la medida que la legislación interna del mercado donde se localiza la cedente no impida este tipo de operatoria de manera directa, prohibiendo el *fronting*⁸ o la limite, exigiendo que un porcentaje del riesgo sea retenido por la cedente, no existen fundamentos suficientes para considerarlo inválido y anular su eficacia contractual. En este sentido, nótese que, por un lado, la cedente y el reasegurador acordaron libremente los términos y condiciones en las que el reaseguro operará⁹; y, por el otro, el seguro ha sido celebrado válidamente y cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley aplicable.

Por último, nótese que en definitiva el *fronting*, desde la perspectiva de la cedente, no es más que una trama de estipulaciones a favor de terceros, por las cuales las obligaciones asumidas por ella no se establecen a favor de las contrapartes, sino de terceros (reasegurado y reasegurador). Como señala BORDA, las estipulaciones a favor de

7 STIGLITZ R., *loc. cit.*, *supra* n° 3, pág. 174 y sigs.

8 Nótese que las legislaciones que han intentado prohibir el *fronting*, por ejemplo, los Estatutos de Kentucky 806 KAR 5:020, no han tenido mucho éxito; por un lado, por la imposibilidad de definir al *fronting*, y por el otro, por la habitualidad de este tipo de operatorias.

9 Nótese que en el reaseguro no existe una parte débil en la relación contractual ya que ambas partes son profesionales —y se supone que con experiencia— en el mercado en el que operan.

terceros tiene una justificación propia: su utilidad en la vida de los negocios. Además, este tipo de estipulaciones se fundan en la voluntad común de los contratantes; por tanto, no existe ningún motivo para negarle fuerza obligatoria¹⁰. En este sentido, el art. 504 del Código Civil argentino establece que si en la obligación se hubiese estipulado una obligación a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de su revocación.

b. ¿Se rige el *fronting* por las mismas premisas que los demás contratos de reaseguro?

Las características del *fronting* hacen que muchos de los principios que habitualmente rigen los contratos de reaseguro tengan una aplicación relativa respecto al *fronting*.

Así el principio de máxima buena fe (*utmost good faith*) que exige que el asegurador informe y releve al reasegurador todo lo que sabe del riesgo a ser reasegurado, tiene una aplicación limitada en el *fronting*. El reasegurador es quien, al controlar la suscripción, deberá tomar todos los recaudos para seleccionar, conocer y evaluar el riesgo a ser asumido. Además, y en este mismo sentido, el reasegurador difícilmente pueda alegar negligencia de la cedente en la suscripción del riesgo, así como tampoco cuestiones relacionadas con la reticencia, especialmente si la suscripción se hizo directamente entre asegurado original y reasegurador.

El control de los siniestros generalmente el reasegurador lo realiza a través de las llamadas cláusulas de control de siniestros, que le otorgan a éste el manejo total de la liquidación del mismo. Por tanto, una vez recibida la notificación del siniestro por parte de la cedente, ésta debe tomar un *rol* pasivo, permitiéndole al reasegurador conducir la liquidación del mismo. El reasegurador toma todas las decisiones en este aspecto, desde la elección de los liquidadores y profesionales que llevarán adelante la defensa del caso, hasta la aceptación o rechazo del siniestro, incluyendo sin limitación la potestad a aprobar o no acuerdos, y de realizar los pagos. Todos los gastos de la participación del reasegurador son atribuibles al siniestro¹¹. Sin embargo, consideramos que la cedente válidamente puede intervenir en la liquidación del siniestro cuando:

- a. el reasegurador actúa de manera negligente en la liquidación del siniestro, por ejemplo, acepta el siniestro cuando hay motivos para rechazarlo, etc.; o
- b. el reasegurador incumple por cualquier motivo con lo previsto en esta cláusula, respecto a un siniestro cubierto por el *fronting*.

10 BORDA G., *Manual de contratos*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 118.

11 LÓPEZ SAAVEDRA, D.; PERUCCHI, H., *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, Buenos Aires, 1999, págs. 104 y 105.

En ambos casos, el reasegurador no podrá alegar el incumplimiento de esta cláusula por la cedente para evitar responder por el siniestro bajo el contrato de reaseguro. El fundamento de la intervención de la cedente es obvio: la cedente es la única responsable por lo actuado por el reasegurador, ya que al reasegurado le son inoponibles las disposiciones relativas a la cláusula de control de siniestros, porque hacen a la relación interna entre aseguradora cedente y reasegurador.

Otra de las cláusulas típicas de estos contratos que merece un análisis particular es la cláusula de acción directa (también conocida por su terminología en inglés: *cut-through*). Esta cláusula legitima al asegurado a reclamarle tanto a la aseguradora cedente o de manera directa al reasegurador el cumplimiento de la prestación a cargo de éstas. De este modo, el asegurado que no es parte del contrato de reaseguro, y el reasegurador que no es parte del contrato de seguro, tienen una relación directa. Mucho se ha discutido en doctrina y en jurisprudencia sobre la validez de esta cláusula, así también acerca de los límites de su aplicabilidad, especialmente en los casos de liquidación de la compañía cedente¹². Entendemos que la naturaleza de esta cláusula revestiría el carácter de una garantía de tipo personal del reasegurador (fianza) ya que el reasegurador (fiador) se obliga accesoriamente al cumplimiento de las prestaciones a cargo de la cedente (tercero/deudor) y el reasegurado (acreedor) de la cedente acepta su obligación accesoría. Por tanto, la liquidación de la cedente no impediría que operara esta cláusula, ya que la misma no estaría creando un privilegio especial sino simplemente se estaría válidamente dando lugar al cumplimiento de un contrato de fianza. Nótese que la falencia del deudor es precisamente la eventualidad contra la cual protege la fianza (art. 1986 y concordantes del Código Civil argentino).

En el *fronting* es muy importante que la cobertura del seguro y del reaseguro sean *back-to-back*, a fin de evitar conflictos originados por diferencias en los términos y condiciones (*wording*) de estos contratos. Además, como señalan LÓPEZ SAAVEDRA y PERUCCHI, el principio de seguir la fortuna (*follow the fortunes*) del asegurado se torna imprescindible en estos contratos¹³. Asimismo, esta cláusula adquiere una dimensión muy particular, debido a que el asegurador cedente, a diferencia de lo que sucede en los demás contratos de reaseguro, pierde —o tiene una muy limitada— su participación en la gestión del negocio. Por tanto, el reasegurador debe seguir la suerte del reasegurado con relación a las pérdidas, e inclusive con respecto a los gastos conexos del siniestro, aun cuando éstos excedan los términos de los contratos de seguro y reaseguro.

En adición, como se ha señalado con anterioridad, la operativa del *fronting* hace que se incluyan determinadas cláusulas en los contratos de seguros y reaseguros involucrados

12 Ibídem, págs. 65-67. En sentido contrario, véanse CARVALLO, J. y SAHURIE, E., "Recommended Elements of Funds Provision and Cut-Through Clauses" www.internationallawoffice.com (25/10/2005).

13 LÓPEZ SAAVEDRA, D. y PERUCCHI H., *op. cit.*, *supra* n. 12, págs. 116 -117.

en el mismo. Como bien analiza SOBRINO, además de las disposiciones arriba mencionadas, las principales cláusulas son: la de pago previo o simultáneo, que le garantiza a la cedente que no deba pagar al asegurado si no ha recibido previamente los pagos del reasegurador; la cláusula de preeminencia de condiciones del reaseguro sobre el seguro; la cláusula de dación en pago o de cesión de derechos, la cual protege a la aseguradora cedente, dándole la posibilidad de cederle al asegurado original todas las acciones y derechos que la cedente tiene contra los reaseguradores y liberándose de sus obligaciones frente al asegurado¹⁴.

4. CONFLICTOS RELATIVOS AL *FRONTING*

Los mayores conflictos con relación al *fronting* se originan en las liquidaciones de las cedentes o las reaseguradoras.

En el evento que se liquide la reaseguradora, la cedente se verá en la difícil situación de tener que enfrentar, con su patrimonio, las pérdidas por siniestros originadas por los negocios del *fronting*, sin haber tener retenido el dinero de las primas para constituir las reservas. Sin embargo, la cedente sabe que el *fronting* no es una operación libre de riesgo y por ese riesgo cobra una comisión; e inclusive hasta se la podría llegar a considerar como una operación asegurativa en sí misma: la cedente estaría asegurando por una comisión (prima) el riesgo que el reasegurador no cumpla. En cualquier caso, es esencial que la cedente que forma parte del *fronting* analice la solvencia financiera y técnica del reasegurador por el cual se va obligar frente al asegurado original.

En los eventos que se liquide la cedente, el asegurado original no tendrá acción contra el reasegurador puesto que no existe ningún contrato que los una, aun cuando en realidad sea el verdadero asegurador del riesgo en cuestión.

Uno de los mayores problemas que enfrentan los reaseguradores es el dilema del asegurado original, particularmente si este es un cliente habitual o un buen cliente. Los reaseguradores saben que la falta de pago de siniestros puede afectar su relación comercial. Sin embargo, si pagan, especialmente si el siniestro ha sido denunciado a la compañía cedente, corren el riesgo que ese pago no le sea oponible al liquidador de la cedente y tengan que pagar dos veces por el mismo siniestro.

Una de las posibilidades para sortear esta dificultad es la inclusión de una cláusula de acción directa que tendría el carácter de fianza comercial, lo cual no implicaría el otorgamiento de ningún privilegio contractual a favor del asegurado sobre otros acreedores, como se ha sostenido, aunque como se ha señalado con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica con respecto a la validez de estas cláusulas para estos supuestos.

14 SOBRINO, W, *loc. cit.*, *supra* n. 4, pág. 202 y sigs.

Otro aspecto interesante es la posición que recientemente han tomado algunos tribunales de los Estados Unidos con respecto al *fronting*. Estos fallos parten de la base que, si bien no existiría una relación contractual entre asegurado y reasegurador, por lo que el primero no tendría acción contra el segundo, el hecho que el reasegurador asuma totalmente el riesgo y retenga la gestión del negocio (incluyendo la liquidación del siniestro), tareas típicas de la cedente, permitiría que se planteen de manera directa acciones entre el (re)asegurado original y el reasegurador. Un claro antecedente de esto ya se planteó en el caso *O´Hare v. Pursell* en donde el reasegurador asumió 100% del riesgo, se hizo cargo de los libros y demás documentación del negocio de la cedente, gerenció el negocio y liquidó los siniestros de manera directa con el asegurado original. Con base a estas circunstancias, el tribunal entendió que el reasegurador era directamente responsable frente a los reasegurados, ya que al tomar y gerenciar el riesgo asumido por la cedente, se colocó en la posición de contraparte del asegurado¹⁵.

Otra decisión relevante en este sentido ha sido la tomada por la Corte Suprema de New Jersey en el caso *Venetsanos v. Zucker, Farcher & Zucker* (638 A2d 1333) donde como parte de un *fronting* un reasegurador asumió el 100% de un riesgo colocado en una cedente. El reasegurador, a través de sus empleados, gestionó la colocación del riesgo y lo suscribió, y también se encargó de la liquidación y pago de los siniestros, actuando como si realmente fuese el asegurado. Cuando la cedente entró en liquidación, el asegurado original inició una acción contra el reasegurador, no por el recupero de las pérdidas de siniestros, sino por la negligencia del reasegurador en:

- a. negociar los acuerdos transaccionales de los siniestros de pólizas originales; y
- b. asesorar al asegurado original de la existencia de riesgos en exceso de los límites de la póliza.

El tribunal, si bien reconoció que no existe acción directa entre el reasegurado y el reasegurador, y que el pago de los siniestros debía ser realizado al liquidador de la cedente, encontró al reasegurador responsable frente al reasegurado, fundamentándose en la naturaleza de la operativa del *fronting* y en el hecho que no era justo ni razonable permitir que los asegurados del estado de Nueva Jersey o sus terceros damnificados quedaran en una situación de incertidumbre frente a una cedente insolvente¹⁶.

En definitiva, todas estas decisiones se fundamentan básicamente o bien por disposiciones contractuales o, simplemente, por una conducta inequívoca, las partes del negocio crean una relación directa con el reasegurado, haciendo a los reaseguradores responsables frente a los reasegurados por el cumplimiento de las obligaciones de la

15 329 S.W.2d d 614 a 622. Una decisión similar, la tomó la Corte de Apelaciones de Indiana en *Foremost Life Ins. Co. v. Department of Insurance*, 395 N.E.2d 418.

16 638 A.2d 1333 A 1339. En términos similares también se decidió *Keightley v. Republic Ins. Co.*, 946 S.W.2d 124 (Corte de Apelaciones de Texas, 1997); y más recientemente, *Edens v. United Bedit Life ins. Co.*, 2001 WL 11431140 (N.D.Tex).

cedente que actúa como fachada. Nótese que estas sentencias no hacen más que materializar la verdadera intención de las partes al entrar en esta operatoria. El reasegurado, al entrar en el *fronting*, está realmente comprando el seguro del reasegurador, por lo que sería injusto que si la cedente fuese liquidada, se utilizara el dinero de las indemnizaciones de siniestros cubiertos bajo esa facilidad para cubrir gastos administrativos de la liquidación de la cedente, como generalmente sucede. Eventualmente, si hubiese algún resto, éste fuese a una masa común para ser distribuido entre todos los acreedores, cuando en realidad lo que se intentó fue que dicho dinero fuese directamente para el reasegurado.

CONCLUSIÓN

El *fronting* existe porque representa beneficios significativos para las partes que entran esta operatoria, principalmente porque le permite a los reaseguradores entrar en programas de seguros en un determinado mercado, sin estar habilitados para operar en el mismo por la autoridad de control; y le otorga a la cedente la oportunidad de obtener ganancias, sin incurrir en un riesgo significativo. Sin embargo, el *fronting* no es una operación libre de riesgo. El riesgo reside en la posibilidad que la operatoria estructurada a través del *fronting* no funcione, v. gr., que el reasegurador no cumpla con sus obligaciones, que la cedente entre en liquidación. Por tanto, es esencial que cada una de las partes que forma parte del *fronting* analice las ventajas, desventajas y, especialmente, los riesgos de entrar en este tipo de operatoria.

El *fronting* representa para los organismos de control una sombra a la que ven pero no pueden alcanzar. Los intentos de las autoridades de control y los legisladores por regular estas operatorias han sido infructuosos, debido principalmente a la diversidad de formas que adquiere esta operatoria. Reaseguradores sin las licencias adecuadas y fuera del alcance del control de estas autoridades, actúan en el mercado de seguros validando mecanismos legales (algunos de los cuales han sido cuestionados, como la cláusula de pago simultáneo) para materializar su operatoria. Las autoridades de control son concientes del serio riesgo que implica para las cedentes y reasegurados los incumplimientos de las obligaciones asumidas en estas operatorias, especialmente las consecuencias financieras de dichos incumplimientos.

El *fronting* es una operatoria habitual del mercado que tiene sus propias peculiaridades, las que lo torna una realidad que ni debemos ni podemos ocultar. Ignorar la especial naturaleza del *fronting*, aplicándole rígidamente principios de otros contratos de reaseguro, sin tener en cuenta las características de esta operatoria, no hace más que desvirtuarlo, afectando los intereses de las partes que los componen, especialmente los del asegurado. Ante ello, la única posibilidad, especialmente para aquellos que tienen que juzgarlo como jueces y/o las autoridades de control, es entenderlo y tratar de respetar la voluntad de las partes y hacer cumplir con las obligaciones asumidas por cada una de éstas en la medida que esto no implique una expresa violación de normas de carácter imperativo o de orden público.

Sin duda, el *fronting* es, y seguirá siendo, uno de los temas centrales del derecho de reaseguros cuya problemática continuará evolucionando, a medida que este tipo de operaciones se desarrollen y se hagan más habituales en un mercado de seguros cada vez más securitizado.

BIBLIOGRAFÍA

- BORDA, G., *Manual de contratos*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- CARVALLO, J.; SAHURIE, E., "Recommended Elements of Funds Provision and Cut-Through Clauses", www.internationallawoffice.com (25/10/05).
- JARAMILLO, C.I., *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.
- HALL, R., "Fronting: Business Considerations, Regulatory Concerns, Legislative Reactions and Related Cases", *XII Mealey's Reinsurance Report*, n° 14, 2001, págs. 22 a 29.
- LÓPEZ SAAVEDRA, D.; PERUCCHI, H., *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- SCHIFFER L., "Up Front about Reinsurance" www.llgm.com/news/publications (diciembre 2003).
- SOBRINO, W., "Fronting: un gran peligro para la mayoría de las empresas aseguradas latinoamericanas", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 23, octubre 2003, 183-200.
- STIGLITZ, R., "La distorsión del contrato de reaseguro. El *fronting*. Situación en Argentina", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 23, octubre, 2003, 173-181.