

Las consecuencias de la cláusula *cut through* y su rol en la liquidación del asegurador

Agustina Daniela Saco

I. La cláusula *cut through* y su validez en el Derecho Argentino [\[arriba\]](#)

Resulta evidente que la dinámica económica impacta en un sinnúmero de estructuras del derecho privado, y el ámbito del seguro no es su excepción. Las grandes inversiones y la consecuente asunción de riesgos llevan a las partes a buscar distintas alternativas que les permitan “perder lo menos posible”.

El contrato de reaseguro es, por esencia, el instrumento idóneo de técnica asegurativa que le permite al asegurador asumir determinados riesgos que por su dimensión, excederían su propia capacidad económica, facilitándole de esta manera, la posibilidad de desarrollar su actividad prácticamente sin limitaciones[1].

Muchas veces en la práctica, el potencial asegurado centra su atención en un reasegurador de confianza y lo sugiere (o impone) a la aseguradora con quien posiblemente no ha tenido experiencia comercial anterior alguna.

En este contexto y desde el punto de vista del asegurado, lo que se pretende es obtener mejor y mayor cobertura asegurativa.

Surge por consiguiente en el mercado (internacional primero, y replicado luego en el local) un variado abanico de posibilidades desde el *fronting* y el pago simultáneo hasta la denominada cláusula *cut through* mediante la cual se reconoce al asegurado la facultad de exigirle al reasegurador el pago directo de un siniestro amparado por la póliza.

Es decir, implica lisa y llanamente que el asegurado rompe la barrera de reclamo a su asegurador para exigir directamente a quien considera más solvente y confiable, el reasegurador.

Lo que a priori resulta sencillo de explicar, originó en doctrina tantas opiniones como teorías de validez; y esto así porque lo que permitiría esta cláusula es justamente “cortar el camino” que el asegurado tiene al conferírsele una acción directa contra el reasegurador.

Adelanto al respecto mi postura por la afirmativa a tenor de los siguientes argumentos.

Si bien es cierto que la cuestión aparenta hallarse decidida por la prohibición contenida en el artículo 160 Ley 17.418[2] (“LS”), de naturaleza indiscutiblemente imperativa, no debe perderse de vista que el contrato de reaseguros es regido eminentemente por el principio de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, la disposición del mencionado artículo podría ser perfectamente modificable mediante acuerdo de partes en la medida que esto no afectare derechos legítimos de terceros.

A lo expuesto debe agregarse que el artículo 158 del mismo cuerpo normativo prevé la derogación de normas por acuerdo de parte en tanto que por su letra o naturaleza no sean total o parcialmente inderogables.

El artículo 158 LS enumera una serie de disposiciones que no pueden ser modificadas y otras que solo pueden ser modificadas a favor del asegurado, delimitando así una suerte de “mínimo de orden público” cuyo objetivo, claro está, se encuadra en proteger los derechos de los asegurados.

Enunciación en la que no se encuentra el art. 160 LS.

Cierto sector de la doctrina entiende que el artículo 158 LS no es aplicable al reaseguro atento que en la LS éste se encuentra regulado con posterioridad a la mencionada disposición (a partir del artículo 159 LS).

No obstante ser correcta la observación formulada, esto podría darse por un lado a un error legislativo (el artículo no distingue entre secciones o apartados de la LS a los que sería aplicable) y por otro a que al momento de sancionarse la LS el mercado asegurador argentino se encontraba cautivo en materia de reaseguros, primero del IMAR y luego del INDER por lo que resultaba inimaginable un mercado que compitiera libremente y que permitiera acuerdos entre ellos.

O bien, como lo sostienen autores como Lopez Saavedra, que esto es porque no hay disposiciones inmodificables o parcialmente inmodificables en el contrato de reaseguros como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Sea que la cláusula favorece al asegurado como consumidor (y su protección está consagrada por una norma de mayor jerarquía como es la Constitución Nacional[3]) o sea porque se está brindando una garantía con relación al seguro[4] lo cierto es que la doctrina mayoritaria admite en el derecho argentino la posibilidad de introducir la cláusula cut through en el contrato de reaseguros en la medida que todas las partes presten su conformidad y esto no afecte al orden público ni legítimos derechos de terceros.

II. Privilegios en Concursos y Quiebras y su interacción con la cláusula *cut through* [\[arriba\]](#)

La cláusula cut through encuentra para muchos autores su límite en lo que, en gran medida, motiva la inclusión de la misma: la liquidación de la aseguradora.

Es decir, evitar que la aseguradora nacional en liquidación afecte el cobro del asegurado respecto de su crédito, recurriendo a un reasegurador con mayor solvencia.

Quiero recalcar que si bien las aseguradoras no son susceptibles de ser declaradas en concurso preventivo por expresa disposición de la Ley, su liquidación forzosa o voluntaria está regulada en gran parte por la LCQ, con algunas ligeras modificaciones introducidas por la Ley 20.091 y la Resolución General SSN 38.708.

Al respecto, interesa el apartado 9.1 del Anexo al artículo 2.1.1 de la Resolución General SSN 38.708, en virtud del cual los contratos de Reaseguro deberán incluir una cláusula para el supuesto que la Aseguradora cedente entre en liquidación -forzosa o voluntaria -que

establezca la obligación de la Reaseguradora de pagar directamente al liquidador los saldos que eventualmente resulte adeudar, con independencia que dicha Aseguradora cedente haya cumplido o no sus obligaciones con el Asegurado o del estado de liquidación en que se encuentra.

Lo que implica entonces que, frente a la liquidación del asegurador, la reaseguradora debe abonar a la masa -a través de la SSN -los montos que corresponderían a la proporción del riesgo asumido.

¿Qué sucede entonces si el reasegurador abona al asegurado sin concurrir a la liquidación?

En ese caso entonces, la regulación es clara: los contratos de reaseguros no serán oponibles a la SSN a efectos de acreditar el cumplimiento de normas legales o reglamentarias, ni se tendrán en cuenta para las relaciones técnicas de las entidades cedentes[5].

Por consiguiente, podría perseguirse el monto percibido para que el mismo entre en la masa de acreedores.

¿Es entonces a estos efectos, la clausula cut through un privilegio?

No resulta ocioso recordar que rige en los privilegios el principio de la legalidad, según el cual éstos nacen solamente de la ley y no pueden crearse por la autonomía de la voluntad, ni tampoco reconocerse privilegios por analogía[6]. De esta manera, gozan de privilegio especial únicamente los créditos indicados en los artículos 118 y 160 de la LS.

La parte final entonces del art. 160 LS establece que el conjunto de asegurados gozará del privilegio especial sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador.

En realidad, esta norma resultaría únicamente aplicable a los contratos de reaseguros automáticos más no a los facultativos -que serían en los que podría pactarse expresamente la clausula cut through.

Es decir que entonces no podría extenderse por analogía a los contratos de reaseguros facultativos.

III. Corolario [\[arriba\]](#)

¿Es justo que los contratos de reaseguros facultativos queden fuera del privilegio consagrado en el artículo 241 LCQ?

Concuerdo con autores como Lopez Saavedra en cuanto que solo en cuatro apretados artículos se legisla una figura tan compleja, multifacética y a la vez tan importante como el contrato de reaseguros dejando sin regulación expresa temas trascendentes.

Tenga su razón de ser en que se intentó dar un lugar especial a la autonomía de la voluntad y la aplicación supletoria de las normas del contrato de seguro; o por la -en ese entonces -

actuación del INDER, lo cierto es que la ley de seguros -sancionada en 1967 - exige una actualización a los tiempos que corren.

Por lo pronto no habría mucha duda en que la cláusula cut through resulta válida, pero ¿tiene esto alguna implicancia práctica al momento de la liquidación? ¿Tiene algún fundamento que los contratos facultativos deban ser distinguidos de los contratos automáticos? ¿Son entonces estos asegurados acreedores quirografarios?

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Conf. Lopez Saavedra, Domingo M, “Ley de Seguros Comentada y Anotada”, LA LEY, 2007, pág. 740.000

[2] Artículo 160 Ley 17.418: El asegurado carece de acción contra el reasegurador (...)

[3] Conf. Stiglitz, Rubén S, “La distorsión del contrato de reaseguro. El fronting”, Cita Online: 0003/012215

[4] Conf. Sobrino, Waldo A. R, “La Cláusula ‘Cut Through’ y su validez legal según la legislación vigente”, ponencia X Jornada Nacional de Derecho de Seguros III Jornada Latinoamericana de Derecho de Seguros VIII Conferencia Internacional, 12/09/2002.

[5] Conf. apartado 9.6 Anexo 2.1.1 de la Resolución General SSN 38.708

[6] Conf. Roullion, Adolfo, “Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522”, Textos Legales Astrea, pág.383.