

Legislación

Doctrina

Civil

1 Las cláusulas de “atajo” y de “pago al cobro” en las pólizas de seguro y reaseguro y su admisión en el derecho español

“Cut-through” and “simultaneous payment” clauses in insurance and reinsurance policies and their admission to spanish law

EDUARDO SÁNCHEZ-RAMADE CARRASCOSA

Abogado y profesor asociado de derecho mercantil de la Univ. de Sevilla

ALBERTO J. WITZL DAZA

Jurista

ISSN 1889-4380

Revista Aranzadi Doctrinal 3

Sumario:

- I. Introducción: El reaseguro
 - 1. Planteamiento de la cuestión
- II. Validez de las cláusulas de “atajo” y de “pago al cobro”
- III. El “fronting” y las cláusulas de “atajo” y de “pago al cobro”
- IV. Conclusiones

RESUMEN:

Se analizan las cláusulas de “atajo” o “cut-through”, así como las cláusulas “simultaneous payment” o de “pago al cobro” y su validez en derecho español, con alusión a su uso en pólizas con entidades “fronting” y en contratos de seguros por grandes riesgos.

ABSTRACT:

The “cut-through” and “simultaneous payment” clauses are analyzed along with its validity in Spanish Law, with mention to its use by “fronting” entities within big risk insurance contracts.

PALABRAS CLAVE: Ley de Contrato de Seguro - Reaseguro - Acción directa - Cláusula de “atajo” - Cláusula de “pago simultáneo” - Cláusula “de pago al cobro” - Fronting - Seguro de grandes riesgos

KEYWORDS: Insurance contract Law - Reinsurance - Direct action - “Cut-through” clause - “Simultaneous payment” clause - “Pay as paid” clause - Fronting - Big risk insurance

Fecha recepción original: 27 de Enero de 2020

Fecha aceptación: 30 de Enero de 2020

I. INTRODUCCIÓN: EL REASEGURO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

De conformidad con los [artículos 77^{1\)}](#) y [78^{2\)}](#) de la [Ley 50/1980, de 8 de octubre](#), de Contrato de Seguro, el asegurado no podrá exigir directamente del reasegurador indemnización ni prestación alguna. Por el contrario, el asegurado tendrá que reclamar la totalidad de la indemnización al asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que al asegurador corresponda frente al reasegurador.

Se trata, en definitiva, de dos relaciones jurídicas independientes: por un lado, la relación que une al asegurado con el asegurador y, por otro lado, la que une al asegurador con el reasegurador.

No obstante lo anterior, nos encontramos en la práctica con cláusulas (normalmente en el seno de pólizas de grandes riesgos³⁾) que sí permiten al asegurado reclamar el pago de la indemnización directamente al reasegurador, ya sea de forma directa o indirecta. Son dos tipos de cláusulas que suelen usarse conjuntamente y que tienen la virtualidad de convertir al reasegurador en el asegurador real o material, es decir, el que realmente paga la indemnización al asegurado o beneficiario. Al mismo tiempo, convierten al asegurador en una figura puramente formal, una pantalla o “fronting”, en cuanto que no asume, más que formalmente, la obligación de pago al asegurado.

Nos referimos, por un lado, a las cláusulas denominadas “*cut-through*” (también llamadas “de acción directa” o “de atajo”) y, por otro lado, a las cláusulas denominadas “*simultaneous payment*” (también llamadas “*pay as paid*” o “de pago simultáneo” o “pago al cobro”).

Las primeras (cláusulas “de atajo”) son aquellas que permiten a los asegurados de las pólizas dirigirse directamente al reasegurador, para exigir el pago de la suma reasegurada⁴⁾.

Estas cláusulas eluden la aplicación del [artículo 78](#) de la Ley de Contrato de Seguro.

Por su parte, las cláusulas denominadas “de pago al cobro” son aquellas en cuya virtud la compañía aseguradora no estaría obligada a pagar la indemnización al asegurado hasta que no reciba los fondos del reasegurador⁵⁾. Además, normalmente incluyen una previsión en cuya virtud el asegurador sólo pagará al asegurado el importe que el primero cobre del reasegurador (aunque el importe no cubra la totalidad de la indemnización reclamada)⁶⁾.

Mediante las cláusulas de “pago al cobro” se elude la aplicación del párrafo segundo del [artículo 77](#) de la Ley del Contrato de Seguro (y, en cierta forma, también del [artículo 18](#) de la misma Ley⁷⁾), ya que permiten al asegurador negar el pago de la indemnización al asegurado en tanto en cuanto el asegurador no reciba antes el pago del reasegurador. Recordamos que el párrafo segundo del [artículo 77](#) obliga al asegurador a pagar la indemnización, “*sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno*”.

En definitiva, ambos tipos de cláusulas (“de atajo” y de “pago al cobro”) tornan al asegurador en

una figura puramente formal y al reasegurador en el asegurador material o real, pues, como hemos dicho, es éste el que realmente se hará cargo del pago de la indemnización al asegurado o beneficiario.

II. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE “ATAJO” Y DE “PAGO AL COBRO”

No obstante la aparente contradicción entre las cláusulas “de atajo” y de “pago al cobro” con los [artículos 18](#), [77](#) y [78](#) de la Ley del Contrato de Seguro, consideramos que existen supuestos en los que las mismas son válidas y admisibles en nuestro Derecho, los cuales analizamos a continuación.

En primer lugar, nótese que el [artículo 77](#) de la Ley del Contrato de Seguro se refiere al pacto de “reaseguro interno”. Por reaseguro interno hemos de entender el pacto de reaseguro en el que no participa el asegurado, es decir, cuando el contrato que firma el asegurador con el reasegurador es diferente del contrato firmado por el asegurador con el asegurado.

Por ello, cabe colegir que si en el contrato de seguro también interviene el reasegurador, obligándose directamente con el asegurado, no estaríamos en presencia de un pacto de reaseguro interno, sino ante un reaseguro externo⁸⁾, al que no sería aplicable la limitación que prevé el [artículo 78](#) para que el asegurado reclame directamente al reasegurador⁹⁾.

Así pues, si en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, el reasegurador asume una obligación directamente frente al asegurador y asegurado, que, además, puede beneficiar a éste (en tanto que le da más garantías de cobro), no vemos razón para que dicho pacto no sea válido.

La [Sentencia n.º 82/2005, de 22 de febrero](#) (JUR 2005, 183542) dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, reconoce la validez de las cláusulas de atajo siempre que hayan sido expresamente pactadas por las partes:

“Como reflejo de la autonomía que el legislador quiere mantener entre ambos contratos, el [artículo 78](#) LCS establece que el asegurado no podrá exigir directamente al reasegurador indemnización o prestación de ningún tipo, porque, en definitiva, el riesgo del seguro directo y el del reaseguro es diversa y el asegurado no debe verse afectado por el contrato que su aseguradora haya podido suscribir con una tercera entidad que, en virtud de este contrato, asume una parte del riesgo. Ahora bien, este principio general, admite excepciones en aquellos casos en que, por vía convencional (cut-through clauses), se ha previsto la posibilidad de que, con carácter general o sólo en determinados supuestos, el asegurado pueda reclamar la indemnización o prestación directamente a aquella aseguradora que, en virtud de los pactos suscritos, haya asumido la cobertura de este riesgo. En el caso que se examina, no se observa en los contratos aportados una cláusula en este sentido. El demandante, al recurrir la sentencia, ni siquiera invoca su existencia.”

Ahora bien, una cosa es que el reasegurador sí pueda responder directamente frente al asegurado y otra cosa distinta es que el asegurado no pueda reclamar al asegurador. En este segundo caso, la situación no es más beneficiosa para el asegurado, sino que, por el contrario, podría ser perjudicial si consideramos situaciones (habituales en la práctica) en las que la compañía aseguradora (la que no asume la responsabilidad real de pago) es una compañía nacional y la reaseguradora (la que se obliga al pago) es una entidad extranjera, sin delegación, ni representante, ni activos en España. En este caso, el asegurado no se estaría sobre-garantizando, sino que estaría sustituyendo un asegurador conocido por otro, de peor calidad (normalmente extranjero y de menor solvencia).

Por ello, consideramos que sí puede ser válido (con los requisitos expuestos) el pacto por el que el reasegurador se obliga directamente frente al asegurado (cláusula “de atajo”), pero no consideramos válidas las cláusulas que eximan de responsabilidad a la aseguradora, como sucede por ejemplo con las cláusulas de “pago al cobro” (con la excepción que después veremos). En este segundo caso, por las razones indicadas, se estarían limitando los derechos del asegurado (contrato en el que los preceptos sí son imperativos, a diferencia de en el reaseguro¹⁰⁾).

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, [Sentencia n.º 205/2010, de 8 de abril](#) (RJ 2010, 3527), que confirma la [Sentencia n.º 2342/2005](#) (JUR 2006, 66548) de la Ilma.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 15 de noviembre, que considera ilícita la cláusula de “pago al cobro”:

“Y conforme a los preceptos que regulan la inclusión de cláusulas limitativas y su aceptación por el asegurado, entendemos que la mencionada cláusula de pago simultáneo, al incidir directamente sobre el contrato de seguro directo, es ilícita, y además ni siquiera fue en este caso aceptada por la tomadora”.

La situación cambia si nos adentramos en el seguro de grandes riesgos, respecto de los cuáles el [artículo 44](#) de la Ley de Contrato declara los preceptos de la ley como no imperativos. Por dicho motivo, no vemos inconveniente en que, si las partes afectadas lo han pactado libremente, introduzcan una cláusula de “pago al cobro” en cuya virtud el asegurado sólo cobre del asegurador una vez que éste haya cobrado del reasegurador y sólo la cantidad que haya cobrado del reasegurador.

La [Sentencia n.º 291/2013 de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña, de 22 de julio](#) (JUR 2013, 296105), da validez a una cláusula de “pago al cobro” en una póliza de grandes riesgos:

“Opera, en consecuencia, la cláusula de pago simultáneo (f 143) de las condiciones particulares, de manera tal que a MAPFRE no se le puede exigir la parte de indemnización correspondiente al riesgo cedido en reaseguro a NAVIGATORS, en tanto no se reciba de sus reaseguradores el importe correspondiente a tal cesión.”

III. EL “FRONTING” Y LAS CLÁUSULAS DE “ATAJO” Y DE “PAGO AL COBRO”

Dados los estrictos requisitos exigidos por la Ley española para el acceso a la actividad aseguradora y reaseguradora en España¹¹, surge la figura denominada comúnmente como “fronting”, en cuya virtud una compañía aseguradora que quiere cubrir un riesgo en España, si no tiene licencia para operar, utiliza como cobertura a una sociedad “pantalla” o “fronting”, que actúa formalmente como aseguradora, aunque en virtud de acuerdos internos entre la aseguradora formal y la aseguradora material, quien realmente asume el riesgo es la segunda.

La [Sentencia del Tribunal Supremo n.º 706/2014, de 3 de diciembre de 2014](#) (RJ 2014, 6500), ha definido el “fronting” de la siguiente manera:

“Se llama fronting a la contratación de un seguro cuando el verdadero asegurador es el reasegurador. En tal caso, quien aparece como asegurador retiene un porcentaje ínfimo del riesgo (o ninguno) cediendo el resto al reasegurador”.

La figura del “fronting” se da en los países en los que existe la obligación legal de que las pólizas deban ser emitidas por una aseguradora local o nacional, o en aquéllos en los que la normativa establezca una serie de requisitos muy estrictos para operar como entidad aseguradora, como ocurre en España.

En el marco de las entidades “pantalla” surge la necesidad de proteger a la aseguradora “fronting”, que no tiene voluntad de asumir riesgo alguno. Su única voluntad es prestar cobertura legal a la reaseguradora (o aseguradora real) y cobrar una comisión por ello. Por tanto, es común en este contexto incorporar a las pólizas las cláusulas de “atajo” y de “pago al cobro”, como mecanismos naturales para defender a la aseguradora formal del riesgo y dirigir al asegurado frente a la reaseguradora o aseguradora real.

De este modo, la cláusula de “pago al cobro” tendrá la virtualidad de proteger a la entidad “fronting” en cuanto que, en caso de siniestro, estará liberada de asumir ningún pago, hasta tanto cobre de la reaseguradora (siempre que estemos en un seguro de grandes riesgos y la cláusula haya sido suscrita por todas las partes afectadas, como hemos dicho en el apartado anterior).

Por su parte, la cláusula de “atajo” propiciará que, en caso de siniestro, el asegurado se dirija directamente frente al reasegurador. Esta cláusula, además de proteger nuevamente a la entidad “fronting”, protege también al asegurado, en situaciones tales como la insolvencia o negativa al pago de la aseguradora formal o cuando habiéndose incluido una cláusula de “pago al cobro”, el reasegurador rechace el pago de la indemnización.

Nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe expresamente los “frontings”. Ahora bien, sí hay que atender a sus relaciones contractuales a fin de supervisar que en sus contratos y pólizas no se contravenga la normativa española, ni los derechos de los asegurados. Por ello, para que en el contexto del “fronting” las cláusulas anteriores sean válidas habrán de cumplir los mismos requisitos expuestos en el apartado anterior.

IV. CONCLUSIONES

Aunque a priori la cláusula de “atajo” es incompatible con el [artículo 78](#) de la Ley de Contrato de Seguro, entendemos que sí es válida en el caso de un reaseguro externo, es decir, cuando el reasegurador se obliga con el asegurado y con el asegurador. Y ello por dos razones fundamentales: tanto por no ser imperativo el precepto indicado, como por ser más beneficioso para el asegurado, en cuanto que éste puede dirigirse contra dos entidades para exigir el pago de la indemnización, lo que a priori le da más garantías que si sólo se puede dirigir contra una.

Mayores problemas vemos a las cláusulas de “pago al cobro”, por cuanto en ellas sí se ven mermados los derechos del asegurado, en la medida en que éste pierde *de facto* la garantía del asegurador, pese a que legalmente es el responsable de pagar la indemnización. Así, en virtud de este tipo de cláusulas el asegurador sólo será responsable en cuanto que previamente cobre del reasegurador y sólo por el importe que cobre del reasegurador. Por ello, el asegurado pasará a depender de que pague la compañía reaseguradora, compañía que, en ocasiones, ni tiene autorización para operar en España como entidad aseguradora o reaseguradora, ni tiene en nuestro país delegación, representante ni activos. Todo ello dificulta en la práctica el cobro por el asegurado cuando el pago no se produce de forma voluntaria.

Por tanto, en cuanto que los preceptos de la [Ley de Contrato de Seguro](#) sí son imperativos en lo que concierne al contrato de seguro, consideramos que la cláusula de “pago al cobro” sí vulnera los artículos [18](#) y [77](#) de la referida Ley (con la excepción de los contratos de seguro de grandes riesgos) y, por tanto, no son válidas, aunque la suscriban voluntariamente el asegurado y demás partes afectadas.

En el caso de los contratos de seguro de grandes riesgos, en los que se excepciona la norma de la imperatividad de los preceptos de la [Ley de Contrato de Seguro](#), sí vemos factibles las cláusulas de “pago al cobro”, siempre que todas las partes afectadas la suscriban voluntariamente.

Por último, la actividad de “fronting” (entendida como la cobertura que prestan entidades que tienen autorización para operar como entidad aseguradora en España, a entidades que no la tienen), supone el escenario propicio para el florecimiento de las cláusulas objeto de análisis. En tal escenario, consideramos válidas dichas cláusulas siempre y cuando cumplan los requisitos antes mencionados.

FOOTNOTES

1

[Artículo 77](#) [Ley 50/1980](#), segundo párrafo: “*El pacto de reaseguro interno efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno*”.

2

🟡 [Artículo 78](#) Ley 50/1980, primer párrafo: “El asegurado no podrá exigir directamente del reasegurador indemnización ni prestación alguna. En caso de liquidación voluntaria o forzosa de su asegurador, gozarán de privilegio especial sobre el saldo acreedor que arroja la cuenta del asegurador con el reasegurador”.

3

Los grandes riesgos vienen definidos en el 🟡 [artículo 11](#) de la 🟡 [Ley 20/2015, de 14 de julio](#), de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. De acuerdo con dicho precepto, se entenderá por seguro de grandes riesgos los siguientes:

“a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

b) Los de crédito y de caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: Activo total del balance: 6.200.000 euros; Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.; Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.

Si el tomador del seguro formara parte de un grupo de sociedades cuyas cuentas consolidadas se establezcan con arreglo a lo dispuesto en los 🟡 [artículos 42](#) a 🟡 [49](#) del 🟡 [Código de Comercio](#), los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base de las cuentas consolidadas”.

4

A continuación exponemos un ejemplo real de cláusula de “atajo”:

“Las reaseguradoras acuerdan por el presente (a petición y con el consentimiento del reasegurado) que en el supuesto de una reclamación válida que surja en el presente documento, las reaseguradoras, en lugar del pago al reasegurado, pagarán a los beneficiarios (con sujeción a la prueba de la pérdida), entendiéndose y acordando que ese pago eximirá y liberará a la reaseguradora de cualquier otra responsabilidad relacionada con ese pago.

El pago se efectuará con arreglo a este reaseguro a pesar de (i) quiebra, insolvencia, liquidación o disolución del reasegurado, y/o (ii) que el reasegurado no haya efectuado ningún pago de conformidad con las pólizas de seguro originales”.

5

Vid. VASSALLO, C. M., “El seguro aeronáutico. El reaseguro. La cobertura de responsabilidad civil en aeropuertos. Análisis de la póliza o cláusula tipo ARIEL”. 2012, Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial.

A continuación, exponemos un ejemplo real de cláusula de “pago al cobro”:

“Los importes relativos a las reclamaciones y a los gastos de las reclamaciones no se pagarán al asegurado hasta que la aseguradora haya recibido los respectivos importes, de conformidad con los acuerdos de reaseguro. Si los importes recibidos de la reaseguradora con respecto a una reclamación específica son inferiores al importe reclamado por el asegurado, el importe máximo pagadero por la aseguradora se limitará al importe recibido de la reaseguradora. Las reaseguradoras reconocen que realizarán los pagos de las reclamaciones antes del pago al asegurado”.

 [Artículo 18](#) Ley 50/1980: *“El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.*

Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado”.

La doctrina encuentra semejanzas entre el reaseguro externo y el coaseguro, regulado en el  [artículo 33](#) de la Ley del Contrato de Seguros.

Los preceptos relativos al reaseguro no tienen carácter imperativo (artículos  [2](#) y  [79](#) de la Ley de Contrato de Seguro).

Artículos  [2](#) y  [79](#) de la Ley de Contrato de Seguro.

La  [Ley 20/2015, de 14 de julio](#), de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras regula en los artículos  [20](#) a  [50](#) los requisitos para el acceso a la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras españolas. En los artículos  [51](#) a  [60](#) se regulan los requisitos que deben adoptar las aseguradoras y reasegurados de otros Estados de la Unión Europea para acceder a la actividad en España. En los artículos  [61](#) a  [64](#) se regulan los requisitos de las aseguradoras y

reaseguradoras de terceros países.