

**DOTTORATO DI RICERCA  
IN SCIENZE GIURIDICHE - PHD IN LEGAL STUDIES**

XXXIII Ciclo

Settore Disciplinare: IUS/10

Settore Concorsuale: 12/D1

**LA RIASSICURAZIONE MARITTIMA:  
particolare riferimento al sistema giuridico spagnolo e italiano**

Presentata da Gabriel Ballesta Luque

**Coordinatore Dottorato**

Prof. Renzo Orlandi

**Supervisore**

Prof. Marco Dugato

**Co-supervisore**

Prof.ssa Anna Masutti

**Esame finale anno 2021**



**LA RIASSICURAZIONE MARITTIMA:  
particolare riferimento al sistema giuridico spagnolo e italiano**

Gabriel Ballesta Luque



**EL REASEGURO MARÍTIMO:**  
**especial referencia al sistema jurídico español e italiano**

Gabriel Ballesta Luque



*A mis padres y a mi hermano.*

*A Valparaíso, el puerto donde encontré a  
Elizabeth Guadalupe.*







*Tres libri cum glossa, ACCVRSII.*

Miniatura di scuola bolognese. La scena di ambiente marittimo introduce C. 11, 2 (1)

*De naviculariis seu naucleris publicas species transportantibus.*

MS 282, sec. XIVin., membr., fol. 217v.

*Biblioteca Reale Collegio di Spagna.*



## SINTESI

Lo studio della riassicurazione può essere affrontato da molteplici punti di vista (attuariale, finanziario, giuridico...) per risolvere le varie questioni e i problemi che ne derivano. In questa tesi di ricerca viene esaminata la configurazione giuridica del contratto di riassicurazione come tecnica di trasferimento dei rischi e, in modo particolare, l'esame si concentra sui rischi della navigazione marittima.

La rilevanza della riassicurazione marittima si spiega con la sua utilità soprattutto nel settore del commercio internazionale, poiché senza questo contratto nessuna attività di trasporto nè assicurativa potrebbe essere svolta. La particolarità e pericolosità dei rischi legati alla navigazione e l'entità dei sinistri marittimi impediscono che le grandi spese siano sostenute dalla impresa di navigazione o che gli elevati indennizzi siano pagati esclusivamente da un'unica impresa di assicurazione.

La tesi affronta, con particolare attenzione, aspetti essenziali della struttura di questa istituzione commerciale come il rapporto con l'assicurazione marittima di cui porta causa, rischi e interessi, funzioni e principi, tra molti altri.

In tutto il testo viene offerta un'analisi di diritto comparato utilizzando la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza della Spagna e dell'Italia ma, tenendo conto della natura eminentemente internazionale del contratto e con l'obiettivo di fornire un trattamento sistematicamente completo della materia, sono stati inclusi anche riferimenti ad altri sistemi giuridici. Il trattamento della riassicurazione, dal punto di vista giuridico, rende inoltre necessario tenere conto delle clausole contrattuali come espressione della pratica professionale e della realtà del diritto della assicurazioni private.



## ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	19
INTRODUZIONE .....	26

### **PRIMERA PARTE CONSIDERACIONES GENERALES**

<b>1. Definición.....</b>	<b>35</b>
1.1 Definición legal .....	35
1.2 Definición judicial .....	37
1.3 Definición doctrinal.....	38
<b>2. Caracteres .....</b>	<b>40</b>
2.1 Consensualidad.....	40
2.2 Bilateralidad .....	43
2.3 Onerosidad.....	44
2.4 Aleatoriedad .....	45
2.5 Máxima buena fe .....	48
2.6 Durabilidad: ejecución continuada .....	51
2.7 Principalidad.....	52
2.8 Tipicidad.....	53
2.9 Resarcibilidad indemnizatoria .....	54
2.10 No adhesividad .....	55
2.11 Privacidad .....	58
2.12 Internacionalidad .....	61
2.13 Mercantilidad.....	64
<b>3. Naturaleza jurídica.....</b>	<b>69</b>
3.1 Distinciones respecto a figuras similares .....	69
3.1.1 Instituciones no asegurativas .....	70
a) Contrato de sociedad .....	70
b) Mandato.....	71
c) Contrato de cesión .....	72
d) Fianza .....	74
3.1.2 Instituciones asegurativas .....	76
a) Seguro subsidiario .....	76
b) Coaseguro.....	77

c) Retrocesión .....	80
d) Seguro de responsabilidad civil.....	82
3.2 La naturaleza jurídica del reaseguro .....	84
3.3 La naturaleza jurídica especial del reaseguro marítimo .....	91
3.4 La «desnaturalización» jurídica del contrato de reaseguro .....	95
<b>4. Principios informadores.....</b>	<b>102</b>
4.1 Principio de homogeneidad del riesgo .....	103
4.2 Principio de división y de libertad de transferencia del riesgo.....	104
4.3 Principio de libertad o autonomía contractual.....	105
4.4 Principio de máxima buena fe contractual .....	106
4.5 Principio « <i>contra stipulatorem</i> ».....	109
4.6 Principio « <i>favor debitoris</i> ».....	109
4.7 Usos interpretativos del comercio .....	109
4.8 Principio de conservación parcial del riesgo .....	110
4.9 Principio de autonomía o independencia contractual.....	112
4.10 Principio de contigüidad.....	116
4.11 Principio de indemnización y subrogación .....	118
4.12 Principio de comunidad de suerte .....	120
4.13 Principio de resolución extrajudicial de conflictos .....	123

## SEGUNDA PARTE FUNDAMENTOS Y TIPOLOGÍAS DE ACTUACIÓN

<b>1. Funciones principales del reaseguro .....</b>	<b>129</b>
1.1 Función garante .....	130
1.2 Función económica.....	131
1.3 Función técnica.....	134
1.4 Función financiera.....	135
1.5 Función resarcitoria.....	136
<b>2. Modalidades principales de reaseguro .....</b>	<b>137</b>
2.1 Desde la perspectiva cuantitativa del riesgo reasegurado .....	139
2.1.1 Reaseguro total .....	139
2.1.2 Reaseguro parcial.....	139
2.2 Desde la perspectiva de la voluntariedad u obligatoriedad del reaseguro .....	139
2.2.1 Reaseguro facultativo .....	139
2.2.2 Reaseguro obligatorio .....	140

2.3 Desde la perspectiva de la unicidad o pluralidad de relaciones de cobertura .	141
2.3.1 Reaseguro simple, singular o facultativo .....	141
2.3.2 Reaseguro general, de abono o por tratado .....	142
a) Reaseguro por tratado de cuota compartida o de participación.....	144
b) Reaseguro por tratado de excedente .....	144
c) Reaseguro por tratado mixto.....	145
d) Reaseguro por tratado de exceso de línea y cobertura abierta .....	146
e) Reaseguro por tratado de vida .....	146
f) Reaseguro de cobertura abierta .....	147
g) Reaseguro por tratado obligatorio para el asegurador-reasegurado .....	147
h) Reaseguro por tratado obligatorio para ambas partes .....	148
2.4 Desde la perspectiva del riesgo asumido.....	148
2.4.1 Reaseguro proporcional o reaseguro de riesgos .....	149
a) Reaseguro de cuota parte .....	149
b) Reaseguro de excedente .....	151
2.4.2 Reaseguro no proporcional o reaseguro de siniestros.....	152
a) Reaseguro por exceso de pérdida o excedente de siniestros .....	152
b) Reaseguro por exceso de siniestralidad o excedentes de pérdidas .....	153

### **TERCERA PARTE**

#### **CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO**

<b>1. Disciplina legal</b> .....	157
1.1 España .....	159
1.2 Italia .....	164
<b>2. Disciplina contractual</b> .....	166
2.1 Obligaciones y deberes del asegurador-reasegurado.....	175
2.1.1 Describir el riesgo .....	175
2.1.2 Comunicar la parte de riesgo no transferida .....	180
2.1.3 Comunicar cualquier cambio o modificación.....	181
2.1.4 Abonar la prima .....	184
2.1.5 Comunicar los siniestros .....	188
2.1.6 Gestionar y liquidar el siniestro .....	192
2.1.7 Exhibir los documentos .....	195
2.2 Obligaciones y deberes del reasegurador .....	196
2.2.1 Prestar la garantía .....	196

2.2.2 Abonar los gastos, las comisiones y las participaciones en beneficios ...	197
2.2.3 Abonar la indemnización .....	199

**CUARTA PARTE  
ELEMENTOS ESENCIALES**

<b>1. Empresa</b> .....	207
1.1 Empresa aseguradora.....	210
1.2 Empresa reaseguradora.....	211
<b>2. Prima</b> .....	216
<b>3. Suma reasegurada</b> .....	221
3.1 Suma reasegurada y valor del interés reasegurado.....	221
3.2 Supuestos especiales.....	224
3.2.1 Reaseguro total o pleno .....	224
3.2.2 Reaseguro parcial o infrareaseguro.....	224
3.2.3 Sobrereaseguro .....	225
3.2.4 Reaseguro múltiple o acumulativo .....	226
3.2.5 Correaseguro.....	227
<b>4. Riesgo</b> .....	228
4.1 La causa del contrato: el riesgo .....	229
4.1.1 Riesgo asegurado .....	235
4.1.2 Riesgo reasegurado .....	240
4.2 Los requisitos del riesgo.....	246
4.2.1 Requisitos jurídicos .....	249
4.2.2 Requisitos técnicos .....	250
<b>5. Interés</b> .....	251
5.1 El objeto del contrato: el interés.....	255
5.1.1 Interés asegurado .....	258
5.1.2 Interés reasegurado .....	261
5.2 Los requisitos del interés .....	268
<b>6. Indemnización</b> .....	272
CONCLUSIONES.....	281
CONCLUSIONI.....	297
ANEXOS.....	315
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	337







## INTRODUCCIÓN

El desarrollo del comercio exterior impulsó la creación de la contratación internacional como una categoría especial, comprensiva de figuras contractuales propias. En general, el contrato internacional propulsa la economía y permite la circulación eficiente de los recursos productivos, de los riesgos y de la riqueza por lo que no solo se configura como una herramienta del comercio sino también como un vehículo entre los operadores jurídicos y económicos en el contexto de una economía de libre mercado.

La interconexión entre los distintos mercados regionales o nacionales se posibilita a través del transporte. En una economía de cambio, el transporte es una operación que tiene una extraordinaria importancia por su función económica y social hasta el punto de convertirse en una parte imprescindible de aquella. Sin la actividad del transporte, no podrían llevarse a cabo los intercambios de bienes y se impediría el acceso de las materias primas, mercancías y personas a los centros de producción, de trabajo o de prestación de servicios. Cualquier daño originado durante el transporte por efecto de un accidente inevitable es de cuenta y riesgo de la persona encargada de trasladar el cargamento siempre que no haya un pacto en contrario.

La situación descrita se encuentra marcada siempre por el riesgo, el interés y el tráfico como denominadores comunes y criterios integradores del Derecho de la navegación. Las estadísticas elaboradas por distintas organizaciones internacionales coinciden en señalar que más del ochenta por ciento del comercio mundial de mercancías es transportado a través del mar. Los análisis llevados a cabo por organismos nacionales españoles e italianos sobre las exportaciones e importaciones de mercancías concluyen generalmente la elección de la vía marítima como prioritaria frente a otras vías de comunicación como la terrestre, la aérea o la ferroviaria. Junto a los datos anteriores, existen también otros indicadores como, por ejemplo, el elevado volumen comercial registrado en los puertos marítimos de España e Italia o el tránsito en alza de los contenedores en dichas terminales marítimas durante los últimos años, que permiten afirmar que los puertos españoles e italianos se han convertido en referentes logísticos del sur de Europa. Adicionalmente, la ubicación geográfica de estos puertos de la península ibérica y apenas los consolida como centros estratégicos e integrales de comercio y distribución entre Asia e Hispanoamérica. La reunión de multitud de factores (históricos, culturales, geográficos, empresariales...etcétera) coincidentes en España y en Italia les otorgaron un protagonismo incuestionable en el comercio marítimo mundial y, aunque se ha visto mermado en la actualidad, continúan convirtiendo a ambas naciones en actores clave de la realidad económica y también jurídica.

La navegación sentó las bases de nuestra forma de vida actual y prosigue haciéndolo en múltiples ámbitos. En la esfera jurídica, el nacimiento del Derecho marítimo privado evolucionó con el paso del tiempo y derivó en el Derecho de la navegación (marítima, fluvial y aérea) como rama que comprende todas las relaciones referidas a dicho fenómeno técnico. Una de las características de este Derecho es su vocación internacional. Vivimos en un mundo unido por el comercio y amenazado por el riesgo

(incluso llega a hablarse del «riesgo globalizado»). Al igual que sucede en la vida humana, la vida económica -y, en particular, el comercio marítimo internacional- también se encuentra conminada por una clase específica de peligros (el principio de «universalidad del riesgo» implica la inclusión de todos los riesgos derivados de la navegación marítima). Los riesgos, los daños y los accidentes del comercio marítimo unidos a la incertidumbre y a la adversidad de la navegación marítima no han supuesto razones suficientes para mermar ni su repercusión ni los intercambios comerciales. La presencia constante de los riesgos -entendidos como las posibilidades de que se produzcan eventos de consecuencias desfavorables- aconsejan el desplazamiento del mismo hacia terceras personas como medio de prevención patrimonial. El seguro privado protege los patrimonios y, entre ellos, también los de las empresas. En las descripciones precedentes se encuentra la esencia económica del seguro pero no se agota ahí. Si llega a producirse el siniestro o evento dañoso, cualquier contrato de seguro tendrá como objetivo económico la satisfacción de la necesidad pecuniaria originada a consecuencia de aquel y cumplirá siempre una función reparatoria. Casi toda actividad empresarial entraña un riesgo y el seguro tiene aquí uno de sus ámbitos naturales de actuación pero cabe plantear si el propósito fundamental del contrato de seguro es resarcir los daños causados por un siniestro o prevenirlos.

Los seguros de daños o contra daños son una categoría general en la que se engloban aquellos contratos que tienen como finalidad la reparación del perjuicio sufrido en el patrimonio del asegurado a causa del siniestro. Dentro de ella y atendiendo al objeto de la cobertura, se distinguen los seguros de daños en cosas concretas y los seguros patrimoniales. En atención a la naturaleza del objeto asegurado, el seguro marítimo se ubica bajo la modalidad de seguro de daños o de indemnización dado que la función económica predominante del contrato de seguro en general es obtener una cobertura para un riesgo eventual que, de llegar producirse, genera un gran daño de índole patrimonial al asegurado. En los seguros de daños, sin daño no hay indemnización. En el ramo marítimo, el valor económico de los bienes expuestos a la navegación (*v.gr.* buques o mercancías) es generalmente elevado y, consecuentemente, el coste de reparación de los daños causados por el siniestro resulta igualmente de gran cuantía. Los aseguradores obtienen la protección que precisan a través del reaseguro y, sin éste contrato, no resultaría posible el desarrollo de la actividad de seguro marítimo ya que no podrían asumir unos compromisos de indemnización tan altos como los propios del mercado náutico.

La traslación del riesgo y la indemnización del daño son las principales dimensiones que caracterizan el negocio jurídico del seguro. La transferencia del riesgo se hace a cambio de una contraprestación económica (prima) y siempre hacia un empresario especializado, quien reúne también los riesgos de una comunidad de sujetos intimidados por unas contingencias. Las peculiares características del reaseguro son las que le dotan, además de una complejidad agravada, de un significado propio y un valor singular. La naturaleza jurídica del reaseguro no siempre ha sido pacífica y se han vertido argumentos muy dispares, en favor y en contra de su configuración como contrato de seguro, que serán debidamente analizados.

Así mismo se realizará cuidadosamente una distinción respecto de otras figuras que pudieran resultar similares al reaseguro. El contrato de reaseguro marítimo tiene su punto de partida en un seguro para la navegación marítima y persigue como objetivo trasladar, en todo o en parte, el riesgo asumido para brindar una protección al asegurador-reasegurado contra las eventuales consecuencias económicas que pudiesen derivarse del pago de la indemnización al asegurado original. Siendo un seguro, particularizamos que el reaseguro marítimo también es un contrato de estricta indemnización o de daños porque garantiza el reemplazo de la pérdida sufrida o proporciona una compensación económica equivalente a la pérdida ocasionada. El propósito último del reaseguro es garantizar el patrimonio del asegurador-reasegurado contra el eventual daño económico. En materia de reaseguro, el legislador español e italiano ha optado por la concesión a las partes contratantes de libertad para completar e integrar la ley con acuerdos particulares entre las mismas. La insuficiencia de normas nacionales que regulen completamente el reaseguro y el carácter dispositivo de las mismas, concede a las partes contractuales un amplio margen de autonomía privada y una gran libertad para alcanzar los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes para sí mismas. Ante la ausencia de una previsión contractual específica y la necesidad de integrar las lagunas jurídicas, es posible plantear si, siendo el reaseguro una expresión de la categoría del seguro contra daños, le resultarían aplicables al mismo las vigentes disposiciones generales de los contratos de seguros de daños.

En atención a la corriente historiográfica comúnmente más aceptada, el origen del seguro moderno se sitúa en el seguro marítimo. El auge del comercio en el mar Mediterráneo durante finales del siglo XIV y principios del siglo XV propició el nacimiento del contrato de seguro en el ámbito marítimo. La relevancia de éste contrato vino determinada por su contribución posterior al desarrollo de la actividad mercantil y de la navegación marítima. Las pruebas documentales atestiguan que el contrato de seguro marítimo más antiguo es de procedencia italiana y que la primera regulación legal de los mismos se situó en territorio español. Al igual que el seguro, el reaseguro también surgió posteriormente en dicho ámbito comercial y marítimo. La conservación de uno de los primeros contratos de reaseguros marítimos también implica a puertos españoles e italianos en la prestación de la cobertura. La elección de los dos ordenamientos jurídicos en los que se basa este estudio no obedece a razones arbitrarias sino que es consecuencia de una reflexión atenta y detenida de los vínculos históricos y comerciales que han unido -y hoy continúan haciéndolo- a España y a Italia como herederos de la tradición jurídica mercantil. La elección del método de derecho comparado ha perseguido, en todo momento, analizar con detalle y sistematizar la experiencia suscitada principalmente en dos ordenamientos con una consolidada trayectoria en el Derecho marítimo y confrontar las singulares divergencias y similitudes entre la normativa, la doctrina y la jurisprudencia española e italiana sobre la institución del reaseguro en este ámbito.

Ante el interrogante de cuáles son las actuales compatibilidades y diferencias del reaseguro entre ambas concepciones, la contestación no resuelve la batería de preguntas que puedan plantearse en torno al reaseguro debido a que la propia materia plantea continuamente numerosos y enmarañados problemas o cuestiones dudosas que hacen

interesante su examen y animan a un recorrido del mismo a través de las páginas siguientes. No tratamos, en modo alguno, de dar respuestas exentas de objeción o discusión sino sugerir nuevas ideas que contribuyan al avance de la cuestión y puedan aportar elementos para solucionar las dudas, dificultades o problemas que puedan llegar a plantearse.

En la actualidad, el seguro marítimo no representa una reminiscencia anacrónica sino que continúa revelándose como uno de los clásicos contratos en este ámbito porque posibilita el desarrollo de las actividades de quienes intervienen en el tráfico económico internacional al contrarrestar las eventuales consecuencias derivadas de la pérdida o deterioro de los derechos y de los bienes empleados en la navegación marítima.

Sin perjuicio del cumplimiento de otras funciones, el seguro marítimo ofrece una garantía de seguridad en el transporte y en el comercio internacional porque sin la cobertura que ofrece no se generaría la confianza necesaria para asumir el riesgo y emprender o continuar una actividad económica de ámbito nacional o internacional. El mercado permite asumir y gestionar los riesgos de la navegación marítima bajo un sistema empresarial y de una forma organizada merced al contrato de seguro sin tener que afrontarlos de manera individual ya que ello, en la mayoría de las ocasiones, resultaría inviable por las desorbitadas cantidades que pueden llegar a registrarse y por la insuficiente capacidad técnica. El empleo de los recursos técnicos (*v.gr.* cálculos estadísticos) se ve necesariamente complementado por el recurso jurídico-contractual (seguro) para la consecución del objetivo marcado con anterioridad. El mercado de seguros tiene una entidad notoria para todas las economías de los Estados miembros de la Unión Europea y es tal la trascendencia del seguro marítimo que ha llevado a acumular la mitad de las primas mundiales de dicho seguro en Europa.

Sin el seguro marítimo, no podría existir la empresa naviera dedicada al transporte y a la explotación del buque. Y sin el reaseguro, ninguna empresa aseguradora podría ejercer su actividad por muy grande que fuera su potencial económico. Una característica específica que queremos reseñar desde el inicio es que estos dos contratos mercantiles son actos integrantes y necesarios de la actividad profesional del empresario asegurador. La relevante función técnica y económica que desarrolla el reaseguro lo convierten en el instrumento jurídico al que acuden las entidades aseguradoras para dividir y repartir la parte del riesgo que no pueden o no desean asumir. En particular, se trata de un contrato celebrado entre dos empresarios (asegurador y reasegurador) que se encuentran en un plano de igualdad negocial, sin desequilibrios contractuales entre ambos. En este trabajo de investigación sobre el reaseguro se hacen continuas referencias al contrato de seguro del que trae origen puesto que lo contrario llevaría abordar de una manera fragmentaria e incompleta la temática seleccionada y su problemática jurídica. El examen continuo del seguro marítimo resulta imperioso al constituir la causa y el objeto del contrato de reaseguro. No puede negarse la conexión del seguro y del reaseguro marítimo con el ejercicio de la actividad económica ejercida en forma de empresa pero cabe cuestionarse si, en esa relación, el reaseguro es un contrato accesorio al seguro o si el vínculo entre el seguro y el reaseguro puede destruir la autonomía contractual de alguno de ellos.

La temática que nos ocupa se caracteriza por la especialidad y la gravedad de los riesgos a los que se somete la actividad navegatoria y por los intereses económicos significativos que quedan afectados como consecuencia de los sucesos extraordinarios que acaecen con ocasión de la misma. Las legislaciones modernas emplean el término «grandes riesgos» para hacer referencia, entre otros, a los riesgos de la navegación marítima y con el que tratan de expresar la ausencia de una protección coercitiva respecto del asegurado y el sometimiento del contrato a la autonomía privada de las partes. La peculiaridad de los riesgos, la del medio en el que tiene lugar la navegación y la de la contratación (equilibrio en la capacidad negocial, incidencia superior de la autonomía de la voluntad, dimensión internacional...etcétera) en la que se lleva a cabo, hacen que el seguro marítimo presente una singularidad que lo sustrae del régimen general o común de los contratos de seguros y justifica un tratamiento legal diferenciado. La disciplina del seguro marítimo es científicamente autónoma sin que ello implique una desconexión total. El seguro marítimo cubre los riesgos de la navegación marítima, es decir, los riesgos que, con carácter principal, nacen o se desarrollan en el mar y también los que se producen antes o después de la aventura marítima. Y, en el reaseguro marítimo, se hace necesario cuestionar si quedan cubiertos los mismos riesgos que el seguro para la navegación marítima. El riesgo es el presupuesto y eje fundamental de cualquier contrato de seguro, incluido el reaseguro.

El seguro y el reaseguro no son el resultado de las exigencias del moderno Derecho de la contratación mercantil sino que vienen siendo celebrados desde antiguo y regulados (explícita o implícitamente) entre las disposiciones relativas a las obligaciones y a los contratos de las legislaciones especiales y de los Códigos mercantiles. La experiencia pretérita ha ido perfeccionando el contrato de seguro y lo ha acreditado junto al reaseguro como un mecanismo o sistema sólido debido, en gran parte, a la explotación del mismo por empresas profesionales, especializadas y organizadas. Lo contrario impediría la viabilidad del proyecto empresarial y situaría a la empresa aseguradora en peligro de insolvencia económica. Además de ser negocios jurídicos también son actividades económicas organizadas. La planificación y ordenación, el análisis de la siniestralidad, los estudios actuariales, los métodos estadísticos...etcétera son solo algunos de los elementos de las bases técnicas que tanto el empresario asegurador como el reasegurador emplean en las múltiples y continuas operaciones que llevan a cabo en el ejercicio de su industria. La celebración de operaciones de seguro aisladas no permitirían la formación de un conjunto de riesgos suficientemente amplio y homogéneo que permitiesen aplicar un cálculo de probabilidades y, con él, hacer viable y racional la actividad aseguradora y reaseguradora. Es necesario que la cartera de riesgos cumpla determinados requisitos y, entre ellos, se precisa que reúnan unas características similares (homogeneidad cualitativa), una cuantía parecida (homogeneidad cuantitativa), un número elevado y una frecuencia en volumen y expansión. Sin embargo, no siempre se consiguen carteras integradas por riesgos de cuantía equilibrada y acordes con la capacidad financiera de la entidad aseguradora. Ante dicha situación, dos son los recursos típicos a los que se puede recurrir para lograr la homogeneidad pretendida: el coaseguro y el reaseguro. A

través del reaseguro se alcanza un equilibrio de los riesgos que componen la cartera del asegurador-reasegurado al reducir sus eventuales consecuencias económicas.

Sobre unos presupuestos muy parecidos se ha desarrollado una práctica mantenida durante mucho tiempo consistente en que los riesgos marítimos fuesen asegurados exclusivamente por una estructura mutualista: mutuas en sentido propio o sociedades mutuas de navieros con cuotas variables. La traslación del riesgo a una pluralidad de titulares de riesgos análogos permite atender solidaria o mutuamente las eventuales deudas económicas. En esta concepción de mutualidad descansa la esencia del seguro y del reaseguro marítimo.

El seguro y el reaseguro son contratos aleatorios porque están unidos necesariamente a una o varias eventualidades. El aleas es un elemento intrínseco del negocio y se predica respecto de ambas partes. Una vez concluido el contrato, las partes esperan un hecho incierto y la oportunidad que determinará que cada una de ellas ocupe la posición de perjudicada o beneficiaria. La dinámica estructural de los contratos de juego y azar se encuentran en el seguro y el reaseguro pero deberá aclararse si son contratos de apuestas o promesas de pago si se cumplen determinadas condiciones, o ninguna de ellas.

Asistimos a dos de los contratos de empresa más importantes. La esencia contractual y privada de ambos se ve también seguida por la mercantilidad como nota definitoria y característica de los mismos. El seguro y el reaseguro marítimo se configuran como los principales instrumentos jurídicos de la contratación mercantil internacional que posibilitan un crecimiento y desarrollo económico y -aunque muy indirectamente- también social. El nivel de progreso alcanzado hasta nuestros días se explica en gran medida con la institución del seguro marítimo pero también con la del reaseguro. Uno de ellos dos sin el otro, impediría la celebración de los grandes negocios y el desarrollo del comercio internacional. Detrás de cada empresa de seguro y de cada uno de los ejercicios finales, hay un reaseguro. El contrato de reaseguro marítimo es el enlace y complemento jurídico del seguro marítimo y éste, a su vez, es el vínculo de la mayoría de las instituciones de Derecho marítimo.

A lo largo de las páginas que siguen, nos ocuparemos de la relación entre éstos dos contratos mercantiles guiados por el criterio de la función económica de los mismos sin dejar de priorizar el análisis sobre el reaseguro. Desde una perspectiva jurídica y privada, nuestra inquietud es hacer visible un contrato imprescindible en la práctica aseguradora para acercar al lector a una realidad infrecuentemente estudiada y no siempre conocida. Así se dará respuesta a interrogantes como ¿qué es, realmente, el reaseguro marítimo? ¿cómo es en el plano económico y jurídico? ¿por qué es? ¿para qué es? y tantos otros. Sin olvidar las referencias legales, las respuestas se verán auxiliadas por las influyentes contribuciones de la doctrina jurídica y los escasos pronunciamientos judiciales emitidos en la materia a fin de acometer, con espíritu crítico, un trabajo completo y útil acerca de esta particular institución analizada para así superar -sin reservas- un nivel de aceptación.

En el ámbito profesional, económico y jurídico cabe señalar la hegemonía de la *Marine Insurance Act* y de la posición consolidada del Instituto de Aseguradores de Londres y de *Lloyd's* como actuales centros aseguradores y reaseguradores mundiales.



Tal es la influencia en los países marítimos de todo el mundo que a los legisladores no les ha quedado más remedio que abordar el tratamiento legal de los seguros marítimos teniendo en cuenta las prácticas contractuales vigentes que se canalizan principalmente mediante modelos de pólizas y cláusulas de origen anglosajón. También la estructura mutualista de los Clubs de Protección e Indemnización ha contribuido a la expansión de ese fenómeno. El predominio inglés ha impedido que podamos desatenderlo y ha convertido en obligada la mención al mismo. En los pies de las páginas sucesivas se recogen notas que abordan cuestiones esenciales de la estructura jurídica del reaseguro siguiendo la legislación, los autores y las resoluciones judiciales más importantes del sistema del «*common law*». No permanecemos indiferentes ni desapegados frente a esa verdad presente también en el mundo de los negocios pero, sin querer llevar a equívoco, advertimos desde ahora que esas alusiones no son el resultado de una investigación jurídica seria y completa al exceder sobradamente los términos con los que se concibió inicialmente esta investigación. Pese a lo anterior, han querido ser incluidas con la intención de que puedan descubrirse y estimarse las diferencias y/o semejanzas con la configuración jurídica española e italiana. Es necesario remitir a los interesados en el sistema jurídico anglosajón a los estudios señalados durante todo el texto y emplazarlos a un trabajo independiente y riguroso que, por su entidad, se verá necesariamente expuesto en un tiempo ulterior.

## INTRODUZIONE

Lo sviluppo del commercio estero ha portato alla creazione della contrattazione internazionale come categoria speciale, composta da proprie figure contrattuali. In generale, il contratto internazionale spinge l'economia e permette la circolazione efficiente delle risorse produttive, dei rischi e della ricchezza, motivi per cui si configura non solo come strumento del commercio ma anche come veicolo tra operatori giuridici ed economici nel contesto di una libera economia di mercato.

L'interconnessione tra i diversi mercati regionali o nazionali è resa possibile attraverso il trasporto. In un'economia del cambiamento, il trasporto è un'operazione di straordinaria importanza per la sua funzione economica e sociale al punto da diventare una parte essenziale dell'economia. Senza l'attività di trasporto, non potrebbero aver luogo scambi di beni e sarebbe impedito l'accesso di materie prime, merci e persone ai centri di produzione, lavoro o prestazione di servizi. Qualsiasi danno causato durante il trasporto a seguito di un accidente inevitabile è a rischio e a carico della persona responsabile dello spostamento del carico, purché non vi sia accordo contrario.

La situazione descritta è sempre caratterizzata da rischio, interesse e traffico come denominatori comuni e criteri di integrazione del Diritto della navigazione. Le statistiche prodotte da diverse organizzazioni internazionali concordano sul fatto che più dell'ottanta per cento del commercio mondiale di merci è trasportato via mare. Le analisi svolte dagli enti spagnoli e italiani sulle esportazioni e importazioni di merci concludono anche la scelta della via marittima come prioritaria rispetto ad altre vie di comunicazione come la terra, l'aria o la ferrovia. In aggiunta a questi dati, ci sono anche altri indicatori come, ad esempio, l'elevato volume commerciale registrato nei porti marittimi di Spagna e Italia o il crescente transito di container in questi porti marittimi negli ultimi anni, che ci permettono di affermare che i porti spagnoli e italiani sono diventati riferimenti logistici nell'Europa meridionale. Inoltre, la posizione geografica di questi porti nella penisola iberica e appenninica li consolida come centri strategici e integrali di commercio e distribuzione tra Asia e America Latina. L'incontro di molti fattori (storici, culturali, geografici, commerciali...ecc.) coincidenti in Spagna e in Italia ha dato loro un indiscutibile protagonismo nel commercio marittimo mondiale e, sebbene oggi sia diminuito, continuano a convertire entrambi le nazioni in attori chiave della realtà economica e anche giuridica.

La navigazione ha gettato le basi per il nostro modo di vita di oggi e continua a farlo in molti settori. In ambito giuridico, la nascita del Diritto marittimo privato si è evoluta nel tempo e ha portato alla nascita del diritto della navigazione (marittima, fluviale e aerea) come ramo che comprende tutti i rapporti relativi a questo fenomeno tecnico della navigazione. Una delle caratteristiche di questo Diritto è la sua vocazione internazionale. Viviamo in un mondo unito dal commercio e minacciato dal rischio (si arriva persino a parlare di «rischio globalizzato»). Come nella vita umana, anche la vita economica -in particolare, il commercio marittimo internazionale- è minacciata da un tipo specifico di pericolo (il principio di «universalità del rischio» implica l'inclusione di tutti i rischi derivanti dalla navigazione marittima). I rischi, i danni e gli incidenti nel commercio marittimo, combinati con l'incertezza e le avversità della navigazione, non

hanno fornito motivi sufficienti per diminuire nè il loro impatto nè gli scambi commerciali. La presenza costante dei rischi -intesi come possibilità di eventi con conseguenze sfavorevoli- rende consigliabile il loro trasferimento a terzi come mezzo di prevenzione patrimoniale. Le assicurazioni private proteggono i beni e, tra questi, i patrimoni dell'impresa. Nelle descrizioni precedenti si trova l'essenza economica dell'assicurazione ma non si ferma lì. Se il sinistro o l'evento dannoso si verifica, qualsiasi contratto di assicurazione avrà come obiettivo economico la soddisfazione del bisogno pecuniario che ne deriva e svolgerà sempre una funzione riparatrice. Quasi ogni attività commerciale comporta un rischio e l'assicurazione ha qui uno dei suoi campi di attività naturali, ma vale la pena considerare se lo scopo fondamentale del contratto di assicurazione è quello di risarcire o prevenire i danni causati da un sinistro.

L'assicurazione contro i danni è una categoria generale che comprende quei contratti il cui scopo è quello di riparare i danni subiti dai beni dell'assicurato a causa del sinistro. Al suo interno e secondo l'oggetto della copertura, si distingue tra l'assicurazione di danni a cose specifiche e l'assicurazione patrimoniali. In considerazione della natura dell'oggetto assicurato, l'assicurazione marittima è classificata sotto la modalità di assicurazione contro i danni in quanto la funzione economica predominante del contratto assicurativo in generale è quella di ottenere la copertura per un possibile rischio che, se si verifica, genera un grande danno di natura patrimoniale all'assicurato. Nell'assicurazione contro i danni, senza danni non vi è alcuna compensazione. Nel ramo marittimo, il valore economico delle navi o delle merci è generalmente quantioso e, di conseguenza, anche il costo della riparazione dei danni causati dal sinistro è elevato. Gli assicuratori ottengono la protezione di cui hanno bisogno attraverso la riassicurazione e, senza questo contratto, lo sviluppo dell'attività assicurativa marittima non sarebbe possibile perché non potrebbero assumere un impegno di indennizzo così elevato come quello del mercato marittimo.

Il trasferimento del rischio e il risarcimento del danno sono le dimensioni principali che caratterizzano il negozio giuridico dell'assicurazione. Il trasferimento del rischio viene effettuato in cambio di un corrispettivo economico (premio) e sempre verso un imprenditore specializzato, che raccoglie anche i rischi di una comunità di individui intimiditi da alcune contingenze. Le caratteristiche peculiari della riassicurazione le conferiscono una complessità aggiuntiva, un significato proprio e un valore unico. La natura giuridica della riassicurazione non è sempre stata pacifica e vi sono stati argomentazioni molto diverse a favore e contro la sua configurazione come contratto assicurativo che saranno debitamente analizzate.

Allo stesso modo verrà operata un'attenta distinzione rispetto ad altri tipi contrattuali che potrebbero essere assimilabili alla riassicurazione. La riassicurazione marittima ha il suo punto di partenza nell'assicurazione marittima e il suo obiettivo è trasferire, in tutto od in parte, il rischio assunto al fine di proteggere l'assicuratore-riassicurato contro le eventuali conseguenze economiche che potrebbero derivare dal pagamento di un indennizzo all'assicurato originario. Trattandosi di un'assicurazione, si precisa che la riassicurazione marittima è anche un contratto di assicurazione di danni perché garantisce la riparazione del danno subito o fornisce una compensazione economica equivalente al danno causato. Lo scopo ultimo della riassicurazione è quello di garantire

il patrimonio dell'assicuratore-riassicurato contro eventuali danni economici. In materia di riassicurazione, il legislatore spagnolo e italiano hanno scelto di concedere alle parti contraenti la libertà di completare e integrare la legge con accordi privati tra loro. L'insufficienza delle normative nazionali che disciplinano in modo approfondito la riassicurazione e la loro natura dispositiva, concede alle parti contrattuali un ampio margine di autonomia privata e una grande libertà di raggiungere i patti, le clausole e le condizioni che esse ritengono appropriati per se stesse. In assenza di una specifica disposizione contrattuale e tenendo conto la necessità di integrare le scappatoie legali, è possibile valutare se, essendo la riassicurazione un'espressione della categoria dell'assicurazione contro i danni, le disposizioni generali esistenti in materia di contratti di assicurazione contro i danni sarebbero applicabili.

Secondo la tendenza storiografica più comunemente accettata, l'origine dell'assicurazione moderna si trova nell'assicurazione marittima. L'aumento degli scambi commerciali nel Mediterraneo tra la fine del XIV e l'inizio del XV secolo ebbe portato alla nascita del contratto di assicurazione nel campo marittimo. La rilevanza di questo contratto è stata determinata dal suo successivo contributo allo sviluppo dell'attività commerciale e della navigazione marittima. Le prove documentali attestano che il più antico contratto di assicurazione marittima è di origine italiana e che la prima regolamentazione giuridica dello stesso fu in territorio spagnolo. Come l'assicurazione, anche la riassicurazione è emersa in seguito in questo settore commerciale e marittimo. La conservazione di uno dei primi contratti di riassicurazione marittima coinvolge anche i porti spagnoli e italiani nel fornire la copertura. La scelta dei due sistemi giuridici su cui si basa questo studio non è dovuta a ragioni arbitrarie, ma è il risultato di un'attenta riflessione sui legami storici e commerciali che hanno unito -e continuano a farlo ancora oggi- Spagna e Italia come eredi della tradizione giuridica commerciale. La scelta del metodo del diritto comparato ha sempre cercato di analizzare in dettaglio e sistematizzare l'esperienza che è sorta principalmente in due sistemi giuridici con una traiettoria consolidata nel Diritto marittimo e di confrontare le singolari divergenze e le somiglianze tra le normative, la dottrina e la giurisprudenza spagnola e italiana per quanto riguarda l'istituto della riassicurazione in questo campo.

In materia di riassicurazione, la questione di quali siano le attuali compatibilità e le differenze tra le due concezioni non si risolve con la risposta alla batteria di domande che possono sorgere in merito alla riassicurazione, dato che l'argomento stesso solleva continuamente numerosi e complicati problemi o domande dubbie che rendono interessante l'esame e incoraggiano un tour dell'argomento stesso attraverso le pagine seguenti. Non cerchiamo di dare risposte libere da obiezioni o discussioni, ma piuttosto di suggerire nuove idee che contribuiscano all'avanzamento della questione e possano fornire elementi per risolvere i dubbi, le difficoltà o i problemi che possono sorgere.

Oggi l'assicurazione marittima non rappresenta una reminiscenza anacronistica ma continua ad rivelarsi uno dei classici contratti in questo campo perché permette a chi opera nel traffico economico internazionale di svolgere la propria attività contrastando le eventuali conseguenze derivate dalla perdita o del deterioramento dei diritti e dei beni utilizzati nella navigazione marittima.

Fermo restando l'adempimento di altre funzioni, l'assicurazione marittima offre una garanzia di sicurezza nei trasporti e nel commercio internazionale perché senza le coperture che fornisce, non si genererebbe la fiducia necessaria per assumere il rischio e per intraprendere o continuare un'attività economica a livello nazionale o internazionale. Il mercato permette di assumere e gestire i rischi della navigazione marittima in un sistema aziendale e in modo organizzato grazie al contratto di assicurazione senza doverli affrontare individualmente poiché ciò, nella maggior parte dei casi, sarebbe impraticabile a causa degli importi esorbitanti che possono essere registrati e per insufficiente capacità tecnica. L'utilizzo di risorse tecniche (ad esempio calcoli statistici) è necessariamente integrato dalla risorse giuridiche-contrattuali (assicurazione) per raggiungere l'obiettivo sopra indicato. Il mercato assicurativo ha un impatto significativo su tutte le economie degli Stati membri dell'Unione Europea e l'importanza dell'assicurazione marittima è tale da aver portato all'accumulo della metà dei premi assicurativi marittimi mondiali in Europa.

Senza l'assicurazione marittima, l'impresa di navigazione non potrebbe esistere. Senza la riassicurazione, nessuna impresa di assicurazioni potrebbe svolgere la sua attività indipendentemente dal suo potenziale economico. Una caratteristica specifica da sottolineare fin dall'inizio è che questi due contratti commerciali sono parte integrante e necessaria dell'attività professionale dell'imprenditore di assicurazione. La rilevante funzione tecnica ed economica che la riassicurazione svolge ne fa lo strumento giuridico che le imprese di assicurazione utilizzano per dividere e ripartire la parte di rischio che non possono o non vogliono assumere. In particolare, si tratta di un contratto che deve essere stipulato tra due imprenditori (assicuratore e riassicuratore) che si trovano su un piano di uguaglianza negoziale, senza squilibri contrattuali tra i due. In questo lavoro di ricerca sulla riassicurazione si fa continuo riferimento al contratto di assicurazione da cui proviene, poiché altrimenti porterebbe ad affrontare in modo frammentato e incompleto l'argomento prescelto e le sue problematiche legali. L'esame continuo dell'assicurazione marittima è imperativo in quanto è la causa e l'oggetto del contratto di riassicurazione. Il collegamento dell'assicurazione e della riassicurazione marittima con l'esercizio di un'attività economica sotto forma di impresa è innegabile, ma è discutibile se, in tale relazione, la riassicurazione è un contratto accessorio all'assicurazione oppure il legame tra assicurazione e riassicurazione può distruggere l'autonomia contrattuale dell'una o dell'altra.

L'argomento in esame è caratterizzato dalla particolarità e dalla gravità dei rischi a cui è sottoposta l'attività nautica e dagli interessi economici rilevanti che ne risentono in conseguenza degli eventi straordinari che si verificano durante la navigazione. Le legislazioni moderne utilizzano il termine «grandi rischi» per riferirsi, tra gli altri, ai rischi della navigazione marittima e con cui cerca di esprimere l'assenza di tutela coercitiva nei confronti dell'assicurato e la sottomissione del contratto all'autonomia privata delle parti. La peculiarità dei rischi, quella dell'ambiente in cui si svolge la navigazione e quella della modalità di contrattazione (equilibrio nella capacità negoziale, maggiore impatto sull'autonomia di volontà, dimensione internazionale, ecc.), fanno dell'assicurazione marittima una assicurazione speciale che la allontana dal regime generale o comune dei contratti di assicurazione e giustifica un trattamento

giuridico differenziato. La disciplina dell'assicurazione marittima è scientificamente autonoma senza essere totalmente scollegata. L'assicurazione marittima copre i rischi della navigazione marittima, ossia i rischi che si presentano o si sviluppano principalmente nel mare e anche quelli che si verificano prima o dopo l'avventura marittima. E, nella riassicurazione marittima, bisogna chiedersi se gli stessi rischi sono coperti come nell'assicurazione marittima. Il rischio è il presupposto e l'asse fondamentale di qualsiasi contratto assicurativo, compresa la riassicurazione.

L'assicurazione e la riassicurazione non sono il risultato delle esigenze del moderno diritto contrattuale commerciale, ma sono state stipulate da molto tempo e regolate (esplicitamente o implicitamente) tra le disposizioni in materia di obbligazioni e contratti in leggi speciali e Codici commerciali. L'esperienza passata ha progressivamente perfezionato il contratto di assicurazione e lo ha accreditato, insieme alla riassicurazione, come un solido meccanismo (sistema) dovuto, in gran parte, alla sua operatività da parte di società professionali, specializzate e organizzate. Il contrario impedirebbe la redditività del progetto imprenditoriale e metterebbe la impresa di assicurazione in rischio di insolvenza. Oltre ad essere negozi giuridici, sono anche attività economiche organizzate. Pianificazione e organizzazione, analisi dei sinistri, studi attuariali, metodi statistici... ecc. sono solo alcuni degli elementi delle basi tecniche che sia la impresa di assicurazione che la impresa di riassicurazione utilizzano nelle molteplici e continue operazioni che svolgono nell'esercizio del proprio settore. La conclusione di operazioni di assicurazioni isolate non consentirebbe la formazione di un insieme di rischi sufficientemente ampio e omogeneo da consentire l'applicazione di un calcolo probabilistico e, con esso, renderebbe praticabile e razionale l'attività assicurativa e riassicurativa. È necessario che il portafoglio di rischi soddisfi determinati requisiti e, tra questi, è necessario che soddisfino caratteristiche simili (omogeneità qualitativa), un importo simile (omogeneità quantitativa), un numero e una frequenza elevati di volumi ed espansione. Tuttavia, non sempre vengono realizzati portafogli composti da rischi di importo equilibrato e coerenti con la capacità finanziaria della impresa di assicurazione. In questa situazione, ci sono due risorse tipiche che possono essere utilizzate per raggiungere l'omogeneità desiderata: la coassicurazione e la riassicurazione. Attraverso la riassicurazione, si ottiene un equilibrio tra i rischi che costituiscono il portafoglio dell'assicuratore-riassicurato riducendo le loro possibili conseguenze economiche.

Su presupposti molto simili, si è sviluppata una prassi consolidata in base alla quale i rischi marittimi erano esclusivamente assicurati da una struttura mutualistica: mutue in senso proprio o mutue di armatori con contributi variabili. Il trasferimento del rischio ad una pluralità di titolari di rischi simili consente di sostenere congiuntamente o reciprocamente eventuali debiti. L'essenza dell'assicurazione e, in particolare, della riassicurazione marittima risiede su questa concezione di mutualità.

L'assicurazione e la riassicurazione sono contratti aleatori perché sono necessariamente legati ad una o più eventualità. L'alea è un elemento intrinseco agli affari e viene predicato ad entrambe le parti. Concluso il contratto, le parti aspettano un evento incerto e l'opportunità che determinerà che ciascuna di esse occupi la posizione di danneggiata o beneficiaria. Le dinamiche strutturali dei contratti di gioco e d'azzardo

si trovano nell'assicurazione e nella riassicurazione, ma bisogna chiarire se si tratta di contratti di scommesse o di promesse di pagamento se vengono soddisfatte determinate condizioni, o di nessuna delle due.

Il lavoro si occupa di due delle più importanti contratti di impresa. L'essenza contrattuale e privata di entrambi è seguita anche dalla commercializzazione come nota che li definisce e caratteristica. L'assicurazione e la riassicurazione marittima sono i principali strumenti giuridici della contrattazione internazionale che permettono la crescita e lo sviluppo economico e, seppur molto indirettamente, anche lo sviluppo sociale. Il livello di progresso finora raggiunto si spiega in gran parte con l'istituzione dell'assicurazione marittima ma anche con quella della riassicurazione. Uno dei due senza l'altro impedirebbe la celebrazione dei grandi affari e lo sviluppo del commercio internazionale. Dietro ogni impresa di assicurazione e ciascuno degli esercizi finali, c'è una riassicurazione. Il contratto di riassicurazione marittima è il collegamento e il complemento legale all'assicurazione marittima e questo, a sua volta, è il collegamento per la maggior parte delle istituzioni di Diritto marittimo.

Nelle pagine seguenti si analizzerà il rapporto tra questi due contratti commerciali, guidati dal criterio della loro funzione economica, privilegiando l'analisi rispetto alla riassicurazione. Da un punto di vista legale e privato, la nostra preoccupazione è quella di rendere visibile un contratto essenziale nella pratica assicurativa per avvicinare il lettore a una realtà poco studiata e non sempre conosciuta. Verranno data risposta alle domande come, ad esempio, che cos'è veramente la riassicurazione marittima? com'è economicamente e giuridicamente? perchè è? cosa serve? e tanti altri. Senza dimenticare i riferimenti legali, le risposte saranno coadiuvate dagli contributi autorevoli della dottrina giuridica e dalle scarse sentenze emesse in materia per intraprendere, con spirito critico, un lavoro completo e utile su questa particolare istituzione analizzata al fine di superare, senza riserve, un livello di accettazione.

In ambito professionale, economico e giuridico, vale la pena di sottolineare l'egemonia del *Marine Insurance Act* e la posizione consolidata dell'*Institute of Insurers of London* e dei *Lloyd's* come attuali centri mondiali di assicurazione e riassicurazione. L'influenza sui paesi marittimi di tutto il mondo è tale che i legislatori non hanno avuto altra scelta se non quella di affrontare il trattamento legale dell'assicurazione marittima alla luce delle attuali pratiche contrattuali che sono canalizzate principalmente attraverso modelli di polizze e clausole di origine anglosassone. Anche la struttura mutualistica dei *Club Protection and Indemnity* ha contribuito all'espansione di questo fenomeno. Il predominio inglese ci ha impedito di trascurarlo e ne ha reso obbligatorio menzionarlo. Le note a piè di pagina delle pagine seguenti trattano questioni essenziali della struttura giuridica della riassicurazione secondo la legislazione, gli autori e le sentenze più importanti del sistema «*common law*». Non restiamo indifferenti o distaccati di fronte a questa verità presente anche nel mondo degli affari, ma, senza voler trarre in inganno, avvertiamo fin d'ora che questi allusioni non sono il risultato di una seria e completa indagine giuridica, in quanto superano di gran lunga i termini con cui questa indagine è stata inizialmente concepita. Nonostante quanto sopra, hanno voluto essere inclusi con l'intenzione di scoprire ed evidenziare differenze e/o similitudini con la configurazione giuridica spagnola e italiana. È necessario indirizzare

gli interessati al sistema giuridico anglosassone alle opere indicate in tutto il testo e chiamarli ad un lavoro indipendente e rigoroso che, per la sua entità, sarà necessariamente esposto in un secondo momento.



**PRIMERA PARTE**  
**CONSIDERACIONES GENERALES**



## 1. Definición

La primera cuestión que se debe plantear y a la que se debe hacer frente cuando una materia es objeto de un estudio es la referida a la identificación y definición de su concepto para, a partir de ahí, desarrollar su medición<sup>1</sup>. Por tanto, interesa ahora dar un concepto de reaseguro marítimo para estudiar posteriormente dicho contrato. No obstante, sólo se pretende, en este momento, señalar la configuración que hacen las leyes españolas e italianas, la doctrina y la jurisprudencia de ambos países a este respecto pero sin ofrecer una definición propia. Partiendo de la etimología de la propia palabra, reaseguro significa «asegurar de nuevo»<sup>2</sup> en la gran mayoría de lenguas europeas (re-aseguro, ri-assicurazione, *re-insurance*, *rück-versicherung*, *ré-assurance*, *her-verzekering*, *res-seguro*, *reise-versicherung*, *gen-forsikring* etcétera...).

El contenido contractual del reaseguro suele tener mayoritariamente una extensión muy limitada y un carácter moderado en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Lo anterior unido al hecho de que la autonomía de la voluntad se vea enaltecida como principio rector en la configuración del contrato, justifica la relevancia de la noción de reaseguro y la trascendencia del mismo en el presente trabajo.

### 1.1 Definición legal

En el ordenamiento jurídico español e italiano no existe una definición legal referida al reaseguro marítimo en particular. No obstante, recogemos a continuación las disposiciones legales que presentan los rasgos definitorios del reaseguro en España y en Italia con la finalidad de contextualizar el contrato en cada uno de los marcos jurídicos nacionales y permitir una aproximación inicial que se verá desarrollada y caracterizada ulteriormente.

En España, la noción legal de reaseguro se encuentra contenida con un carácter general en el Artículo 77 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). El citado precepto conceptualiza el reaseguro como el contrato por el cual «el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro»<sup>3</sup>. La normativa

---

<sup>1</sup> HEDGES R. A., «Insurance and measurement of risk», *Studi sulle assicurazioni*, Edizione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni e Depositario Dott. A. Giuffrè, Roma - Milano, 1963, p. 452.

<sup>2</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1926, pp. 15-16; FOLCINI L., *Elementos prácticos de reaseguros*, traducción de CHARLAN R., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 12.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ CALERO F., «Artículos 77 a 79», *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, XIV, 2º, Madrid, 1985, pp. 676 y ss. critica el empleo de la expresión «reparar la deuda» y considera más apropiada el empleo de la utilizada por el legislador con anterioridad en el Artículo 73 LCS para los seguros de responsabilidad civil, a saber: «cubrir el riesgo del nacimiento (...) de la obligación de indemnizar». SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 85 argumenta que las deudas no se reparan sino que únicamente pueden ser pagadas pero justifica la elección del legislador en el doble objetivo de «evitar el equívoco de hacer creer que el reasegurador había de satisfacer precisamente la deuda que surge del contrato de seguro antecedente y cuyo acreedor es un tercero» y en el de hacer más patente la finalidad práctica de la prestación fundamental.

Sin embargo, la vigente definición encuentra también su reproducción en otras proyectadas; es el caso de la contenida en el Artículo 68 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, en virtud del cual «por el

española referida a la ordenación y supervisión de la actividad aseguradora y reaseguradora contempla el reaseguro, más que como contrato, como una operación o como una técnica de gestión de riesgos. En particular, el Artículo 6.7 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en lo sucesivo, LOSSEAR) define el reaseguro como «la actividad consistente en la aceptación de riesgos cedidos por una entidad aseguradora o por otra entidad reaseguradora» y el apartado octavo del mentado precepto contempla y define también el reaseguro limitado<sup>4</sup>. La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM) regula específicamente el seguro marítimo sin contener ninguna referencia al reaseguro.

En Italia, el Regio Decreto 16 marzo 1942, numero 262, approvazione del testo del Codice Civile (Codice Civile) no ofrece un concepto del contrato de reaseguro en su articulado. El diseño para la revisión del Codice Civile presentado al Senado de la República Italiana prevé acometer una reforma en materia contractual sin atender al reaseguro. Tal y como ocurría con la normativa sectorial española, el Artículo 1 d) del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, numero 209, Codice delle Assicurazioni Private (Codice Assicurazioni) contempla una definición de actividad reaseguradora y entiende por ella «l'assunzione e la gestione dei rischi ceduti da un'impresa di assicurazione, anche di uno Stato terzo o retrocessi da un'impresa di riassicurazione» e igualmente hace una distinción a través de la definición del reaseguro «*finite*»<sup>5</sup>. El Artículo 1.1, apartado cc), Codice Assicurazioni vuelve a definir la actividad reaseguradora señalando que es una actividad reservada a empresas reaseguradoras y que consiste en la aceptación de los riesgos cedidos por una empresa aseguradora o por otra empresa de reaseguros. La disciplina jurídica del seguro marítimo se contiene en el Regio Decreto 30 marzo 1942, numero 327, approvazione del testo definitivo del Codice della Navigazione (Codice Navigazione) sin que el mismo contenga ninguna alusión al reaseguro. Desde la aprobación de esta fuente principal para el Derecho de la

---

contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a indemnizar, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, el daño que sufra el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación nacida a su cargo como asegurador en un contrato de seguro o como reasegurador en uno de reaseguro» o, más recientemente, en el Artículo 582-52 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español, en virtud del cual «por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en este Título y en el contrato, a reparar la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro».

<sup>4</sup> El Artículo 6.8 LOSSEAR describe el reaseguro limitado como el «reaseguro en el que el potencial máximo de pérdida explícito, expresado en términos de riesgo económico máximo transferido, derivado tanto de un riesgo de suscripción significativo como de la transferencia de un riesgo temporal, supera la prima durante la totalidad del período de vigencia del contrato por una cuantía limitada pero significativa, junto con, al menos, una de las siguientes características: a) Consideración explícita y material del valor temporal del dinero, b) Disposiciones contractuales que moderen el equilibrio de la experiencia económica entre las partes en el tiempo, con el fin de lograr la transferencia de riesgo prevista».

Una definición idéntica de reaseguro a la expresada arriba se contenía en el apartado i) del Artículo 1.3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

<sup>5</sup> El Artículo 66-*septies* Codice Assicurazioni define el reaseguro «*finite*» y reproduce en lengua italiana los mismos términos en los que se expresa el Artículo 6. 8 LOSSEAR. El origen de esta coincidencia se situó en la normativa comunitaria y, en concreto, en la Directiva 2005/68/CE. Dejamos hecha la advertencia de que la denominación «*finite*» suele emplearse para hacer referencia al mercado financiero de reaseguros.

Navegación se han producido algunas modificaciones en su contenido pero en ninguna de esas ocasiones se ha introducido disposiciones específicas sobre el reaseguro ni tampoco ha sido una preocupación en los procedimientos de reflexión, revisión y reforma total que se han planteado sobre el mismo (el último «schema di disegno di delega legislativa recante delega al Governo per emanare un nuovo Codice della Navigazione», presentado el 2 de julio de 1986, no incluyó al reaseguro entre las materias objeto de estudio y de nueva propuesta).

Desde una perspectiva europea, afirmamos que la atención del legislador comunitario no ha estado centrada en la regulación de los aspectos privados del reaseguro sino en la ordenación de aquellos de carácter público de la actividad reaseguradora, principalmente las condiciones de acceso y ejercicio a la misma y las disposiciones sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de los servicios.

La Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) ofreció, en el apartado 7 de su Artículo 13, una doble definición del reaseguro al describirlo como «la actividad consistente en la aceptación de riesgos cedidos por una empresa de seguros o una empresa de seguros de un tercer país o por otra empresa de reaseguros o una empresa de reaseguros de un tercer país» o, tratándose de una asociación de suscriptores (*Lloyd's*), como «la actividad consistente en la aceptación, por una empresa de seguros o de reaseguros distinta de dicha asociación, de riesgos cedidos por cualquier miembro de *Lloyd's*»<sup>6</sup>.

## 1.2 Definición judicial

En general, el contrato de reaseguro ha permanecido sustraído del auxilio de la judicatura y «hasta hace sólo unos años ha sido objeto de una gran variedad de opiniones judiciales, básicamente, en países de derecho común. Sin embargo, este fenómeno no se ha dado en países de derecho escrito, por lo que en estos países es aún una "bella durmiente"»<sup>7</sup> y dicho fenómeno ha llegado a calificarse como «retraso manifiesto de la práctica jurisprudencial»<sup>8</sup>. En la jurisprudencia reciente existe un número significativo de resoluciones referidas al reaseguro y dictadas por los Tribunales españoles e italianos pero se encuentran referidas a conflictos de tipo tributario y fiscal derivados de la normativa europea.

---

<sup>6</sup> La derogada Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2005 también ofrecía, en su Artículo 2.1.a), una definición economicista del reaseguro y se pronunciaba en términos idénticos a los reproducidos. También el texto de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reaseguros, de 21 de abril de 2004, definía los reaseguros como «la transferencia estructurada del riesgo entre una empresa de seguros y una empresa de reaseguros» y señalaba que proporcionaba a las compañías aseguradoras las funciones: de reducción de los riesgos técnicos, de transferencia permanente de riesgos técnicos a la reaseguradora, de aportación de una mayor homogeneidad a la cartera de seguros, de generación de una menor volatilidad de los resultados técnicos, de constitución como alternativa al capital o los fondos propios y de suministro de fondos para financiación y prestación de servicios.

<sup>7</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato de reaseguro y la jurisprudencia», *Revista Española de Seguros*, Numero 96, 1998, p. 623.

<sup>8</sup> NAVAS J., «Naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, T. XXV, 1941, p. 487. GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 443 se refiere igualmente a la «insuficiencia» de la autoridad judicial.

En España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 declaró que el contrato de reaseguro era un contrato «entre asegurador y reasegurador, por el cual éste, mediante la cesión de parte de las primas que percibe que el asegurador, se hace cargo de determinada porción de riesgos que él habría de cubrir».

En Italia, tanto la concepción doctrinal que destacaba la unión del seguro con el reaseguro como la posición de aquellos autores que ponían todo el énfasis en la autonomía de cada uno de los contratos, tuvieron reflejo en los pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema. La Sentenza Corte di Cassazione, 7 marzo 1933, recogió la noción tradicional del reaseguro como «contratto con il quale l'assicuratore stipula con il proprio riassicuratore che se e per quanto si verifici il sinistro, contro il quale esso ha assicurato cose determinate, sichè debba dare il convenuto indennizzo od altro minore, al titolare di quelle (assicurato), egli abbia diritto, a sua volta, di pretendere dal primo tutto o parte dell'indennizzo stesso». En cambio, la Sentenza Corte di Cassazione, 8 octubre 1925, definió el reaseguro, atendiendo únicamente al fin y contenido económico del contrato, como «una assicurazione che l'assicuratore contrae per proprio conto per coprirsi contro la eventualità di dover far fronte al rischio assicurato pagando la indennità stabilita».

En atención a la relevancia que obtuvo y a su consideración como uno de los primeros pronunciamientos judiciales acerca del contrato de reaseguro tal y como lo conocemos en nuestros días, Lord Mansfield describió, en la Sentencia *Delver v. Barnes* (1807), el reaseguro como «*a new assurance, effected by a new policy, on the same risk which was before insured, in order to indemnify the underwriters from their previous subscription and both policies are in existence at the same time*»<sup>9</sup>.

### 1.3 Definición doctrinal

En primer lugar queremos recoger la definición de EMERIGON, quien es considerado uno de los primeros tratadistas que se ocupó del estudio del reaseguro marítimo y quien lo describió como un «*contrat par lequel, moyennant une certaine prime, l'assureur se décharge sur autrui des risques maritimes dont il s'était rendu responsable; mais dont il continue cependant d'être tenu vis-à-vis de l'assuré primitif*»<sup>10</sup>. A nuestro juicio, gran parte de la esencia -si no toda- del reaseguro marítimo reside en las palabras del autor galo citadas con anterioridad.

En España, han sido muchas las formulaciones que han fijado ampliamente el significado y la naturaleza del contrato de reaseguro<sup>11</sup>; sin embargo, las definiciones de

---

<sup>9</sup> PYLE TAUNTON W., *Reports of cases argued and determined in the Court of Common Pleas, and other Courts*, Volume I, Printed and published by J. Riley, New York, 1810, p. 50.

<sup>10</sup> EMERIGON B-M, *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, Tome Premier, Jean Mossy, Marseille, 1783, Chapitre VIII, Section XIV, p. 247 asevera «contrato por medio del cual, mediante una cierta prima, el asegurador se descarga sobre otro los riesgos marítimos de los cuales se hizo responsable, aunque no deje de serlo frente a su asegurado primitivo» (traducción propia).

<sup>11</sup> De entre ellas, recogemos la expuesta por BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación y técnica de los seguros privados*, Tomo I, Imprenta Elzeviriana y Librería Camí S. A., Barcelona, 1930, p. 91 quien describe el reaseguro como «una convención en virtud de la cual el asegurador asegura en otro asegurador parte de los riesgos que ha tomado a su cargo» y «por el que el asegurador primitivo se convierte en asegurado, en cuanto a una parte de los valores anteriormente garantidos»; NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 487 considera que el reaseguro es «el contrato mediante el cual el asegurador se descarga en

reaseguro referidas a un específico riesgo de la navegación han sido muy escasas. De entre las anteriores, reproducimos la del Profesor GARCÍA-PITA, quien propuso la siguiente definición de reaseguro marítimo: «contrato de seguro que cubre el interés patrimonial de un asegurador directo de riesgos marítimos, por el cual el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de su propia obligación indemnizatoria»<sup>12</sup>.

Entre la doctrina italiana, DONATI y VOLPE señalan -desde una perspectiva general- que el contrato de reaseguro comporta la «cesión» de los riesgos asumidos por un asegurador (reasegurado) a otro (reasegurador)<sup>13</sup>. En el mismo sentido se pronunció ANGELI, quien definió el reaseguro como «un contratto in forza del quale un contraente (chiamato il riassicuratore) si obbliga, verso pagamento di un determinato compenso e a determinate condizioni, a indennizzare l'altro contraente (chiamato riassicurato o cedente) di una parte convenuta della somma che quest'ultimo dovesse pagare a un avente diritto in esecuzione di un contratto di assicurazione»<sup>14</sup>.

La doctrina científica ha prestado algo más de atención que los Legisladores a la formulación y configuración del contrato de reaseguro y de las operaciones derivadas

---

otro asegurador, generalmente organizado como reasegurador específico, de una parte de los riesgos que asumía, quedando subsistentes los vínculos contractuales primitivos entre los asegurados y el asegurador directo que se reasegura, y no dando lugar el nuevo contrato más que a obligaciones y derechos entre las dos nuevas partes contratantes» e incide en que, si bien el contrato de seguro no juega un papel en el contrato de reaseguro, aquel si hace notar «en cierto sentido» su repercusión en este; BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado de seguros*, Volumen III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 321 expresa que el reaseguro es «un contrato por el que el asegurador asegura con otro asegurador parte de los riesgos que ha tomado a su cargo mediante la transferencia de una parte de la prima proporcional al importe de los capitales cedidos»; BROSETA PONT M., *El contrato de reaseguro*, Ed. Aguilar, 1961, p. 18 afirma que el reaseguro es «un contrato mediante el cual el asegurador se asegura (reasegura) en otro asegurador (reasegurador) por el riesgo de que en su patrimonio nazca una deuda frente al asegurado originario que técnicamente no puede soportar»; GARRIGUES J., *Contrato de seguro terrestre*, Segunda edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, conceptualiza el reaseguro como el «seguro de la responsabilidad basada en un seguro»; SÁNCHEZ CALERO F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 587 define el reaseguro como «la modalidad de seguro contra el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior estipulado por él». Este último autor también en «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 86.

<sup>12</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el «Common Law»*. Una visión armonizadora, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 251. El autor también formula una segunda definición de reaseguro marítimo («contrato influido -sea de forma directa o refleja- por las fuentes propias del régimen seguro marítimo, por el cual el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro que tenga por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima») pero nos sentimos más próximos a la indicada más arriba.

<sup>13</sup> DONATI A. y VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 237.

<sup>14</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 1, «es un contrato en virtud del cual un contratante (llamado reasegurador) se obliga, a cambio del pago de una determinada retribución y bajo ciertas condiciones, a indemnizar al otro contratante (denominado reasegurado o cedente) de una parte convenida por la suma que este último debió pagar al beneficiario de un contrato de seguro» (traducción propia).

del mismo. Pese a las enormes dificultades y a las voces escépticas de algunos autores<sup>15</sup>, el estudio académico de la definición del reaseguro se ha centrado en elaborar u ofrecer un concepto intercambiable o universal que pueda dar cabida a cualquiera de las modalidades (v.gr. terrestre, marítima o aérea) de reaseguro.

En los países pertenecientes al sistema del «*common law*» tampoco son muy abundantes las definiciones doctrinales acerca del reaseguro que precisen el carácter marítimo del mismo aunque si se ha de reconocer una mayor dedicación al estudio del reaseguro en general y una casuística judicial referida al mismo. De entre esas definiciones, destacamos la aportada por los autores ingleses BROWN y REED quienes configuran el reaseguro marítimo como: «*is one where an insurer, having accepted a risk directly from a cargo owner, ship-owner or other person having an insurable interest in a marine adventure cedes (i.e. gives away) part or the whole of his liability in the original policy to another underwriter who becomes the reinsurer*»<sup>16</sup>.

De la totalidad de las definiciones (legales, judiciales y doctrinales) expuestas con anterioridad pueden extraerse varios caracteres que deberán ser presentados y analizados con gran detalle seguidamente. La afirmación precedente no impide anunciar que, de la reunión de nociones anteriores, el denominador común en la concepción del reaseguro se encuentra en la imposibilidad de que el mismo pueda tener lugar y actuar por sí mismo como un verdadero y auténtico contrato sin la necesaria y previa celebración de un contrato de seguro marítimo.

## 2. Caracteres

En este epígrafe procederemos a la enunciación y desarrollo de los principales caracteres jurídicos que se encuentran presentes en el contrato de reaseguro marítimo. Tales caracteres también tienen una reproducción -con mayor o menor intensidad- en los contratos de seguro marítimo porque, como tendremos ocasión de profundizar más adelante, el reaseguro marítimo -sin dejar de ser un contrato totalmente distinto e independiente del seguro para la navegación marítima- es un verdadero contrato de seguro con el que comparte caracteres y participa de la naturaleza de éste.

### 2.1 Consensualidad

En España, no se impone un requisito de forma *ad solemnitatem* o una forma determinada con carácter esencial para que el reaseguro pueda llegar a existir y sea

---

<sup>15</sup> PICARD M. et BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1940, p. 336 expresan sus dudas acerca de que la pluralidad de modalidades de reaseguro puedan tener encaje bajo un concepto unitario del mismo.

<sup>16</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981, p. 4 «aquel en el que un asegurador, quien ha aceptado un riesgo directamente del propietario de la carga, el armador u otra persona que tenga un interés asegurable en una aventura marítima cede (es decir, se deshace) parte o toda su responsabilidad de la póliza original a otro asegurador que se convierte en reasegurador» (traducción propia).

Anteriormente STEPHENS H. J., *New commentaries on the laws of England (partly founded on blackstone)*, Vol. II, Henry Butterworths-Law Bookseller, London, 1842, p. 175 definió el reaseguro marítimo como «*a contract that the first insurer enters into, in order to relieve himself from a risk which he may have incautiously undertaken, by throwing it upon some other underwriter*» e insistió en diferenciarlo del seguro doble.



válido sino que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador. El Artículo 51 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en lo sucesivo, Código de Comercio) ampara, con carácter general, el principio espiritualista para todos los contratos mercantiles -y el reaseguro marítimo lo es-. El Artículo 1278 Código Civil también da vigencia al principio general del consensualismo en los negocios jurídicos. No existe ninguna norma legal española que sujete la validez del reaseguro a una determinada forma documental. La ausencia imperativa de solemnidades con la que se concierta este contrato ha llevado a afirmar la presencia de un «principio de informalidad»<sup>17</sup> como regla general en el contrato de reaseguro y a declararlo como una consecuencia directa del principio de buena fe<sup>18</sup>.

A diferencia del ordenamiento jurídico español, el Derecho positivo italiano si establece un requisito de forma escrita *ad probationem tantum* para los reaseguros por tratados (Artículo 1928 Codice Civile) y exige que sean probados mediante constancia documental o escrita (Artículo 2725 Codice Civile) mientras que las restantes modalidades de contratos de reaseguro puede probarse de conformidad con las reglas generales (Artículos 2721 y siguientes Codice Civile). La doctrina italiana entiende que no solo cualquier acto de ejecución del tratado sino también otros actos como la aceptación del riesgo, la presentación de informes periódicos, el cumplimiento de las obligaciones de información... etcétera también se pueden probar de acuerdo con las normas generales<sup>19</sup>.

La doctrina<sup>20</sup> española e italiana (a excepción de la salvedad indicada para los reaseguros por tratados en Italia) coincide en afirmar el carácter consensual del contrato de reaseguro y la libertad de forma negocial del mismo. El reaseguro se perfecciona siempre por el consentimiento, es decir, por la reunión de la oferta y la aceptación entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador sobre el objeto y la causa del contrato (Artículos 1261 y 1262 Código Civil y Artículos 1325 y 1326 Codice Civile).

Además en materia de forma, el reaseguro debe someterse al mismo régimen que el establecido para el contrato de seguro y, en especial, a lo señalado para el seguro marítimo. Al igual que sucede con el reaseguro, el contrato de seguro marítimo se

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 233 amparan tal principio en la igualdad negocial de las partes. En la legislación inglesa rige también el principio de libertad de forma pero la Sección 22 *Marine Insurance Act* exige que el seguro marítimo conste en un documento escrito y, en base a ello, CARTER R. L., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 1979, pp. 170-171 defiende la necesidad de una póliza escrita en el ramo de los reaseguros marítimos como excepción a dicho principio general de libertad de forma.

<sup>18</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones preliminares sobre el reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, pp. 40-41.

<sup>19</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 40.

<sup>20</sup> BUTTARO L., «Riassicurazione», *Enciclopedia Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 384 afirma que la disposición contenida en el Artículo 1887 Codice Civile sobre la necesidad de una propuesta escrita y sobre la irrevocabilidad de la misma no es aplicable al reaseguro ya que éste queda perfeccionado con el acuerdo de las partes sobre las condiciones principales y, en particular, con la exacta individualización del riesgo a cubrir; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 212; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 584; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 413.

configura como contrato consensual<sup>21</sup>. Por lo que a LNM se refiere, el Artículo 407 de la citada Ley establece el carácter dispositivo del seguro marítimo al no exigir una forma determinada para la válida celebración del mismo. Únicamente existe una obligación de entrega de la póliza o documento provisional de cobertura al tomador (Artículo 421 LNM) que reviste un carácter fundamentalmente legitimador y probatorio; de hecho se admite la prueba del contrato por cualquier medio y, con ella, la posibilidad de que se configure libremente. Tampoco el Codice Navigazione impone expresamente la forma escrita para el seguro marítimo. En Italia, el contrato de seguro marítimo tiene una naturaleza consensual y la forma escrita tan solo es exigida como medio de prueba y no como requisito determinante de la existencia y validez del seguro (Artículo 1888 Codice Civile). Ambos ordenamientos sí coinciden en convertir en imperativa la entrega, por parte del asegurador al asegurado, de una póliza, un certificado<sup>22</sup> u otros documentos acreditativos de la cobertura y de la conclusión del contrato de seguro pero no siempre de su contenido.

El reaseguro marítimo es un seguro marítimo y, por tanto, siempre se deja constancia escrita del mismo en la misma clase especial de documento<sup>23</sup> en el que se documentan todos los seguros: la póliza de reaseguro. La póliza es el documento escrito y necesario en el cual se deja constancia de los elementos esenciales del contrato, de la voluntad de las partes en cláusulas o condiciones que regirán el reaseguro marítimo en la etapa de consumación del mismo y del consentimiento de ambas. No cabe confundirlo con el tratado de reaseguro puesto que es una convención y no un contrato al reunir un conjunto de posibles operaciones futuras<sup>24</sup>. De esta manera la póliza protagoniza un papel relevante no solo en éste sino en los restantes contratos de seguros, en la medida

---

<sup>21</sup> VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, Volumen II, Editore Libraio della Real Casa, Milano, 1890, p. 11 señala específicamente que el seguro marítimo se perfecciona con el simple consentimiento y advierte que, debido a la (antigua) costumbre y por cautela, se deja constancia por escrito; PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 111 expresa que, aun exigiéndose -como lo hacía el Codice di Commercio 1882- un documento provisional o definitivo, el reaseguro no era un contrato formal sino consensual; DONATI A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volumen Secondo, Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 292 afirma, invocando a la constante doctrina y jurisprudencia, que el seguro «si forma con il solo reciproco scambio del consenso»; FERRARINI S. *Le assicurazioni marittime*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 261; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Comares, Granada, 2003, p. 207; ARROYO MARTÍNEZ I. y MORRAL SOLDEVILLA R., «Del contrato de seguro marítimo», ARROYO MARTÍNEZ I. y RUEDA MARTÍNEZ J. A., *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1275.

<sup>22</sup> SCALFI G., *Manuale delle assicurazioni private*, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 85, expresa que, en el ámbito asegurador y marítimo italiano, se emplea el «certificato di sicurtà».

<sup>23</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 85. En contraposición, URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78. Tipología del seguro», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 642 y GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 583 quienes defienden la documentación de cualquier modalidad de contrato de reaseguro en un instrumento denominado «convenio» o «tratado».

<sup>24</sup> LASHERAS-SANZ A., «Acerca de la naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLVII, 1963, p. 1066. A nuestro juicio, son términos completamente diferentes. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 104 pone de relieve que el término póliza (del griego «apodeixis», prueba) ha sido utilizado a lo largo de los años en el ámbito de los seguros para «definir el documento en que los contratantes (en muchos contratos) pactaban el contenido contractual y que era suscrito por ambos» y entendemos que su empleo para referirse al contrato de reaseguro no sería incorrecto.

en que «todas las dudas y cuestiones que surjan entre los contratantes se resolverán en base a la póliza que una vez redactada, o completada si se prefiere, individualiza el contrato y diferencia uno de otro»<sup>25</sup> cumpliendo una función determinadora del contenido contractual. En la actualidad, no es obligatoria una aprobación administrativa de las pólizas de reaseguro y no está fijado el contenido mínimo de las mismas en ninguna norma. Los presupuestos anteriores sirven también de apoyo para afirmar el carácter consensual y no formal del reaseguro al no precisarse para su perfección que el consentimiento de las partes se consigne por escrito. Un ejemplo de lo anterior sería el reaseguro de cuota pura «hablado»<sup>26</sup>.

En conformidad con la vigente legislación española e italiana, no se exige la forma escrita para la válida celebración del contrato. Pese a ello, advertimos que la práctica totalidad de reaseguros marítimos se documentan a través de pólizas en donde se hacen constar -por duplicado- todos los extremos importantes<sup>27</sup> de la relación comercial debido a la seguridad jurídica y probatoria que conlleva el carácter internacional del contrato y la complejidad de su contenido.

## 2.2 Bilateralidad

Al igual que la totalidad de los contratos de seguros, el reaseguro es un contrato bilateral o sinalagmático entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador del que se derivan prestaciones recíprocas para ambas partes. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 confirmó esta nota característica al señalar que el contrato de reaseguro es «un contrato bilateral entre asegurador y reasegurador, por el cual éste, mediante la cesión de parte de las primas que percibe el asegurador, se hace cargo de determinada porción de los riesgos que él habría de cubrir».

La estructura del contrato no difiere de la recogida en la configuración típica de todo contrato bilateral. Generalmente se tratan de obligaciones en las que cada una de las partes ocupa, simultánea y correlativamente, la posición de acreedor y deudor, es decir, ambas quedan obligadas la una con respecto a la otra en relación sinalagmática. El asegurado directo u originario no interviene, en ningún momento ni de ninguna forma, en el contrato de reaseguro porque el contrato de seguro preexistente es jurídicamente autónomo en relación con el reaseguro. El elemento personal en el contenido

---

<sup>25</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>26</sup> FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 41. El autor reconoce que suele recurrirse excepcionalmente a él en la retrocesión y explica que esta forma de contrato se basa en el simple envío al retrocesionario de los boletines detallados.

<sup>27</sup> *V.gr.* identificación de las partes y, en su caso, la intervención de los intermediarios; objeto del contrato; modalidad de contrato; riesgos cubiertos y excluidos; derechos y obligaciones; duración temporal de la cobertura; lugar geográfico de procedencia de los riesgos; porcentaje de retención neta del asegurador-reasegurado y porcentaje de participación de la reaseguradora en los riesgos; límite de responsabilidad de la reaseguradora; modalidad de cuentas y envío de las mismas; revisión de documentos; forma y plazo de comunicación de los siniestros o peritaciones; modalidad y liquidación del siniestro; garantías de la reaseguradora para responder de sus obligaciones; fijación de la prima; descuentos por gastos y comisiones; causas de rescisión del reaseguro; condiciones de denuncia; cláusula de resolución amistosa del conflicto y, en su defecto, sumisión a una jurisdicción determinada... etcétera. Pueden incluirse otros aspectos accesorios en el contrato de reaseguro a través de cláusulas o mediante anexos que recojan, por ejemplo, la tabla de plenos de retención de la aseguradora.

obligacional del reaseguro marítimo recae exclusivamente sobre el asegurador-reasegurado y el reasegurador.

Con independencia de la modalidad que revista el reaseguro, las obligaciones fundamentales revisten siempre un carácter específico o determinado por la individualidad sobre la que recae la prestación. Tanto el contrato de seguro como el de reaseguro suponen el cambio de una prestación presente y cierta (prima) por otra futura y desconocida (indemnización) cualquiera que sea la forma del contrato.

La obligación pura del asegurador-reasegurado es exigible desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato de reaseguro. Por el contrario, la prestación del reasegurador surge únicamente en el momento en que se produce el siniestro porque está sometida a una *condicio iuris*<sup>28</sup> y no a una condición cierta, determinada y propia que depende de la voluntad de las partes el establecerla o no como ocurre con la prestación del asegurador-reasegurado.

### 2.3 Onerosidad

La gran mayoría de los contratos bilaterales son onerosos<sup>29</sup>. Cada parte interviniente en el reaseguro pretende obtener un interés o una ventaja patrimonial, de ahí la afirmación de esta característica. Sin una retribución por la asunción del riesgo, no se concibe el contrato de seguro ni el de reaseguro en el ámbito marítimo ni en ningún otro.

El asegurador-reasegurado persigue la cobertura de un riesgo (con posibilidad de que se materialice en una indemnización si finalmente se realiza el siniestro) y el reasegurador busca la obtención de un ingreso económico (prima). La obligación de indemnización, ampliamente concebida, coincide con la contraprestación de la reaseguradora a la obligación de pago de la prima porque de no ocurrir así se rompería «el necesario equilibrio de las prestaciones, que fue determinante del pacto»<sup>30</sup>. En esta onerosidad de las prestaciones descansa una parte de la esencia mercantil del contrato de reaseguro que abordaremos más adelante.

No existe ningún contrato de seguro o de reaseguro en el que la prima no represente una consideración por la asunción de un riesgo o donde al menos una parte de la misma

---

<sup>28</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 87-88 señala como consecuencia que el reasegurador podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus* al asegurador-reasegurado junto con la condición resolutoria tácita del Artículo 1124 Código Civil siempre que el asegurador-reasegurado no le haya pagado la prima porque así lo exige la relación sinalagmática. PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 52 reconoce la autonomía del reaseguro pero sin que la misma permita calificarlo como independiente porque encuentra en el seguro una «quasi condicio juris della sua esistenza». DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Milano, 1951, p. 190 defienden que el reaseguro no genera vínculos jurídicos entre el reasegurador y el asegurado y proclaman la independencia jurídica del reaseguro frente al seguro.

<sup>29</sup> ESTASÉN P., *Instituciones de Derecho mercantil*, Segunda Edición revisada y puesta al día por GAY DE MONTELLÁ R., Tomo VII, Ed. Reus, Madrid, 1928, p. 59 aduce que es signo característico de todos los actos y contratos mercantiles el que siempre sean onerosos ya que esta nota «les imprime el elemento subjetivo del comercio, la especulación».

<sup>30</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 65.

no sea destinada a tal fin<sup>31</sup>. El asegurador-reasegurado está obligado al pago de la prima independientemente de que se verifique o no el siniestro y de la indemnización correspondiente.

## 2.4 Aleatoriedad

Los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios. Si las ventajas que obtienen las partes fuesen conocidas y ciertas en el momento de celebrar el reaseguro, situaríamos la naturaleza de este contrato como conmutativo pero la ventaja económica de la contraprestación depende de un hecho incierto voluntariamente asumido por los interesados que lleva a calificarlo como contrato aleatorio<sup>32</sup>. Es la suerte la que decide cual de los dos contratantes tendrá un daño o un beneficio porque, en el momento de estipular el contrato, el reasegurador desconoce si ganará la prima o si deberá pagar el resarcimiento<sup>33</sup>. En definitiva, «las partes ignoran las consecuencias económicas de la verificación siniestro, incluso si éste acaecerá o si acaeciendo el daño es o no indemnizable»<sup>34</sup>.

El reaseguro comparte la naturaleza aleatoria del contrato de seguro puesto que siempre existirá incertidumbre sobre si el siniestro se producirá o no o sobre el momento en el que se producirá (*incertus an, incertus quando*), tal y como afirman las Sentencias del Tribunal Supremo 27 de noviembre de 1991, 26 de febrero de 1997 y de 30 julio de 2007. También se ignora la cuantía exacta de la prestación del reasegurador en tanto que es necesario que se produzca el daño para valorarlo y repararlo. La aleatoriedad fue el motivo que llevó a los comerciantes y aseguradores a celebrar un contrato de reaseguro tras concluirse previamente un seguro marítimo por lo que es una nota característica de ambos contratos desde sus orígenes y convierte en disponible<sup>35</sup> el

---

<sup>31</sup> MARTÍ DE EIXALÁ R., *Instituciones del Derecho mercantil de España*, VII Edición notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por DURÁN Y BAS M., Imprenta de C. Verdaguer y C.<sup>a</sup>, 1875, p. 400 precisa que faltando esa retribución nos situaríamos ante un convenio puramente lucrativo de parte del asegurado y, en consecuencia, no podría considerarse acto mercantil; BRUNETTI A., «La teoria giuridica del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, pp. 413; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 52 exige el pago de la prima por parte del asegurador-reasegurado porque, de lo contrario, el contrato carecería de causa ya que se presume la prestación de un servicio por el reasegurador y es precisamente dicha prestación la que «justifica y apoya "sub specie causae" la reclamación de la indemnización».

<sup>32</sup> BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000, p. 80 define, con base en la jurisprudencia italiana citada en la nota 63, el contrato aleatorio como aquel en el que el alea predomina la totalidad del acuerdo «de modo que desde el momento inicial es radicalmente incierto e imprevisible, para una o ambas partes, la ventaja económica o el sacrificio que para las mismas puede resultar del contrato» (traducción propia). El Codice Civile no contiene ninguna definición de contrato aleatorio mientras que en el ordenamiento jurídico español si podemos encontrar una definición legal del mismo en el Artículo 1790 Código Civil.

<sup>33</sup> VIVANTE C., *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>34</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 74. En el mismo sentido, BENSÀ P. E., *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano: introduzione e parte generale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1897, p. 136 afirma «al momento della stipulazione del contratto i contraenti dovessero ignorare se e quanto ciascuno di essi avrebbe guadagnato o perduto per effetto del contratto» y COPPA-ZUCCARI P., *L'alea nel contratto di assicurazione*, Tipografica Partenopea F. Amoroso, 1899, p. 20 expresa «è aleatorio il contratto quando il rapporto tra le obbligazioni delle parti contraenti è incerto al momento della sua stipulazione».

<sup>35</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 217.

régimen jurídico del contrato de reaseguro. El Profesor URÍA señaló que el alea se encuentra, en todo momento y sin excepción, en la relación entre la entidad aseguradora y el asegurado y que siempre es «la suerte la que decide que una u otra parte resulte económicamente perjudicada o beneficiada»<sup>36</sup>. Además, PERSICO puntualizó que el asegurador renuncia, total o parcialmente, con el reaseguro a la eventual ganancia de la prima y al alea favorable o desfavorable del riesgo<sup>37</sup> porque, sin mutar la naturaleza dañosa, el efecto perseguido se concreta en la posposición de las consecuencias de un sujeto a otro. Cualquier modalidad de seguro y reaseguro es un contrato aleatorio no por la voluntad de las partes sino por su propia naturaleza<sup>38</sup>. Sin embargo, al igual que el seguro marítimo, el reaseguro es un contrato que presenta una aleatoriedad agravada en relación con otros contratos de seguros dado que «es poco menos que imposible llegar a un cálculo exacto de los riesgos; las valoraciones de los intereses asegurados son sumamente difíciles y la variedad de las pérdidas es infinita»<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> URÍA R., *El Seguro Marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940, p. 11. Igualmente, MARTÍ DE EIXALÁ R., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 402 apunta que si no interviniesen personas con capacidad para contratar y obligarse ni corriesen alguno o algunos de los riesgos de la navegación, el contrato de seguro se desnaturalizaría y se convertiría en un verdadero juego de azar; SOTGIA S., *Diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 1946, p. 64 afirma «è la sorte che decide chi dal contratto avrà un vantaggio o un danno futuro»; RIPERT, G., *Droit maritime*, Tome Troisième, Éditions Rousseau et Cie, Paris, 1953, pp. 348-349 reconoció que pese a la búsqueda de la información, a las verificaciones, al desarrollo de los conocimientos técnicos... etcétera, la aleatoriedad sigue estando muy marcada en el ámbito marítimo y asegurador porque está unida necesariamente a una o varias eventualidades; STIGLITZ R. S., *El siniestro*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 69 señala que el seguro, lejos de mostrar una incompatibilidad con el cálculo de probabilidades, está basado en éste mismo porque constituye una herramienta que le permite establecer con precisión la extensión del riesgo asumido, entre otras; y, MUÑOZ PAREDES J. M., *El coaseguro*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 33 confirma la vigencia del carácter aleatorio del contrato de seguro.

<sup>37</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>38</sup> En referencia al seguro, BOSELLI A., «La eccessiva onerosità nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima, pp. 346-352 quien además concibe el contrato aleatorio como una categoría distinta y separada de la categoría de contratos conmutativos ciertos no solo por la peculiaridad de su propio equilibrio sino también por la estructura de las obligaciones que derivan del mismo y por la naturaleza de las prestaciones que constituyen el objeto y finalmente por la identidad y peculiaridad de la función (la causa equivale a un intercambio de riesgos); PERETTI GRIVA D. R., «A proposito di dichiarazioni inesatte e reticenze in tema di assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima, p. 267 y SCALFI G., «Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?», *Assicurazioni*, 1995, Anno LXII, Parte Prima, p. 147 también se muestran en favor del carácter aleatorio del contrato de seguro.

En referencia al reaseguro, DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 189 apunta que el alea tiene un carácter económico que es transferido parcialmente al reasegurador; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 90 justifica que el reaseguro es aleatorio porque «la obligación de indemnizar que soporta el reasegurador se subordina a que el asegurador-reasegurado indemnice a su asegurado, por lo que cuando se reaseguren seguros de riesgos *incertus an*, el alea del contrato de reaseguro será la incertidumbre de si se tendrá que indemnizar o no, mientras que cuando se reaseguren seguros cuyo siniestro sea de segura realización pero *incertus quando* el alea del reaseguro consistirá en el momento que efectivamente se tendrá que indemnizar y, por tanto, del alea dependerá la proporción en que se pagarán las prestaciones de las partes»; SCALFI G., *Manuale...*, *op. cit.*, p. 235 afirma que cada subtipo de reaseguro es aleatorio porque la del reasegurador es incierta, al menos, en el *quantum* de la cuantía; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 154 reconocen con evidencia la aleatoriedad del contrato de reaseguro porque «la prestazione del riassicuratore è quantitativamente determinata in relazione al verificarsi di un avvenimento futuro ed incerto, dedotto in condizione».

<sup>39</sup> URÍA R., *El Seguro...*, *op. cit.*, p. 11.

En el reaseguro, el aleas es un elemento esencial y constitutivo del mismo (no un elemento accesorio) que se predica respecto de ambas partes. Además, se inserta en el momento de celebración del acuerdo como elemento de incertidumbre de la correspondencia de atribuciones patrimoniales y de la división del riesgo. El contrato se convierte, por tanto, en aleatorio y ello con independencia de las técnicas actuariales.

Hay autores italianos que identifican claramente el alea con el riesgo y consideran a aquel como presupuesto de la relación, el cual está dirigido a eliminarlo en sus consecuencias prácticas<sup>40</sup>. En el contrato de seguro, el riesgo preexiste e incumbe a una de las partes mientras que la otra se obliga a eliminar total o parcialmente las consecuencias de orden económico que se producirían si se llegase a verificar un siniestro a través de la transferencia del riesgo a un sujeto idóneo en razón de sus mayores medios económicos y de la organización constituida para ese fin<sup>41</sup>.

No se trata de una aleatoriedad simple sino de una aleatoriedad gestionada porque si no el contrato se convertiría en un juego de azar o en una apuesta<sup>42</sup>. El riesgo es el elemento común en los contratos aleatorios de juego y apuesta y de seguro por lo que el elemento diferenciador entre ambos se encuentra en la función económica ya que el asegurado tiende a eliminar las consecuencias de un riesgo que está «*in rerum natura*» mientras que la persona que efectúa el contrato de juego y apuesta tiende a provocarlo o a crearlo para alcanzar la función de lucro perseguida<sup>43</sup>. En Italia, la Corte di Cassazione sostuvo que el pago de la prima nunca es *sine causa* porque va en sinalagma con la transferencia del riesgo y no con el pago de la indemnización puesto que si, al vencimiento del contrato, el riesgo no se hubiera producido, la prima aún se adeudaría; si fuese suficiente pagar la prima para acumular una indemnización se debería entonces admitir que el contrato no es un seguro sino una apuesta en la que pagando una suma cierta (prima), el apostador podría tener una remuneración muy superior al daño sufrido<sup>44</sup>. La Ordinanza Interlocutoria della Corte Cassazione, 22 giugno 2017, numero

---

<sup>40</sup> VOLLI E., «Riflessioni sulla natura giuridica dell'istituto della assistenza e salvataggio», *Dir. mar.*, 2003, p. 832.

<sup>41</sup> CARNELUTTI F., «Assicurazione di rischio favorevole», *Rivista Diritto Commerciale*, 1941, II, p. 416.

<sup>42</sup> DONATI A., «L'organizzazione ad impresa dell'assicuratore e il concetto del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima, p. 281 advera que «il contratto di assicurazione in genere si distingue dal gioco e dalla scommessa perchè adempie ad una funzione di previdenza per l'assicurato, mentre questi ultimi rispondono ad una funzione di lucro puramente dipendente dalla sorte»; ILLESCAS R., «Principios Fundamentales del Contrato de Seguro», *Revista Española de Seguros*, Número 157, Enero-Marzo, 2014, p. 11 emplea la expresión «aleatoriedad gestionada» con el fin de resaltar «el carácter irrestrictamente azaroso del acaecimiento del riesgo transferido, pasando a convertirse en un riesgo cuyas probabilidades y calendario de acaecimiento son calculadas y recalculadas por el asegurador que soportaría el siniestro». GIAMPAOLINO, «Le assicurazioni. L'impresa. I contratti», COSTI (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Sezione III, Vol. 3, Torino, 2013, p. 339 y VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 59 defienden que el alea preexiste en el seguro y que jamás es creado artificialmente por las partes.

<sup>43</sup> BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, p. 428, el alea expresa un concepto económico en los seguros de daños; DONATI A., «La causa del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima, p. 249; CARRESI F., «Osservazioni sulla causa dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima, p. 121.

<sup>44</sup> VOLPE PUTZOLU G., «Osservazioni in tema di *compensatio lucri cum damno* nei contratti di assicurazione contro i danni (a proposito dell'ordinanza della Corte di Cassazione 22 giugno 2017, n.15534)», *Assicurazioni*, 2017, Parte I, núm. 2-3, p. 201 considera que el seguro no puede ser nunca

15535, también señaló que, si fuera suficiente pagar la prima para acumular la indemnización y/o la posibilidad de que la indemnización genere un interés positivo, se produciría un cambio en el núcleo causal que convertiría el contrato de seguro en uno de apuesta al eliminarse «el requisito del riesgo estructural y funcional (el Artículo 1895 Código Civil italiano exige su configuración como la posibilidad del cumplimiento de un evento futuro, incierto, dañino y no deseado), y el requisito fundamental de un interés del asegurado contra la ocurrencia del siniestro, que puede deducirse del Artículo 1904 Código Civil» (italiano). Los criterios anteriores fueron recogidos por la Sentenza Cassazione, 21 luglio 2017, numero 14993. La Ordinanza Interlocutoria della Corte Cassazione, 19 gennaio 2018, numero 1465, confirma que mientras el riesgo existe realmente en el seguro, en la apuesta el riesgo es creado «artificialmente» por las partes. En su consideración de contrato aleatorio, no podrán ser susceptibles de rescisión (tal y como indica el párrafo cuarto del Artículo 1448 Codice Civile), de resolución (Artículo 1467 en relación con el Artículo 1469 Codice Civile), ni de reducción de la prestación o modificación en la modalidad de ejecución (Artículo 1468 en correspondencia con el Artículo 1469 Codice Civile).

## 2.5 Máxima buena fe

El reaseguro es un contrato basado en la máxima buena fe o *uberrimae bonae fidei* y su observancia viene dada por su doble estructura contractual, es decir, por su configuración como contrato mercantil y por su consideración como contrato de seguro. La proclamación de este carácter no trata de contraponerlo a un hipotética categoría de contratos de mala fe.

El Artículo 57 del Código de Comercio reclama una ejecución y un cumplimiento en base a la buena fe, al igual que los Artículos 7.1 y 1258 Código Civil. Por otra parte, el Artículo 1337 y 1375 Codice Civile exigen a las partes un comportamiento acorde con la buena fe en los tratos preliminares, en la formación del contrato y en la ejecución del mismo. En el Derecho contractual italiano, la buena fe se alza como criterio de interpretación objetiva (Artículo 1366 Codice Civile) y como requisito de conducta en la ejecución del contrato (Artículo 1375 Codice Civile). Sin embargo, ninguno de los dos ordenamientos jurídicos citados exigen específicamente la sujeción de los contratantes a un *standard* agravado de la norma básica de la buena fe sino que su exigencia viene impuesta por la práctica del sector reasegurador<sup>45</sup>. La autonomía privada no impide que se exijan reglas de comportamiento más rigurosas que las contenidas en la Ley.

La buena fe es una «*rigurosa exigencia en los contratos de seguros*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998) que debe estar presente con anterioridad al momento de celebración del contrato y durante toda su vigencia. En los contratos de seguro marítimo, la máxima buena fe también es una nota esencial exigida por las

---

considerado como una apuesta porque en ella hay un interés para el cumplimiento del hecho objeto del alea mientras en el contrato de seguro no hay un interés en el que el riesgo se verifique.

<sup>45</sup> Entre otros instrumentos de *soft law* o derecho blando, señalamos que los denominados Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales han establecido un conjunto de reglas que reclaman la buena fe en las relaciones internacionales mientras que los Principios del Derecho del Contrato del Reaseguro reclaman específicamente un deber de ubérrima buena fe.



Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2005 y de 12 de marzo de 2013. Es también un principio rector del seguro porque produce un «debito contrattuale»<sup>46</sup>, es decir, un comportamiento conductual colaborativo entre las partes que no sucede, o al menos no se produce con tanta entidad e intensidad, en otro tipo de relaciones jurídicas<sup>47</sup>. La Corte di Cassazione ha reiterado que la buena fe, en materia contractual, actúa como «*un impegno ed obbligo di solidarietà*» (un compromiso y obligación de solidaridad) recíproco entre las partes cuyo límite se encuentra en el interés del propio sujeto<sup>48</sup>. Para CAPOTOSTI, que el reaseguro sea un contrato de máxima buena fe significa -además de existir una solidaridad y justicia entre los sujetos- un reclamo a la función integradora de los usos (nacionales e internacionales) y de la equidad que permitan evaluar con particular rigor la conducta del asegurador-reasegurado para tutelar mejor al reasegurador (desprovisto de medios de defensa)<sup>49</sup>.

En virtud del principio fundamental del Derecho de seguros de que el asegurado no debe dejar al asegurador «en indecisión respecto a puntos de referencia importantes para la consideración de su riesgo»<sup>50</sup>, el asegurador-reasegurado está igualmente obligado a hacer una verdadera representación en relación con un contrato de reaseguro que está proponiendo al reasegurador<sup>51</sup> y se le exige una conducta análoga a la declaración

---

<sup>46</sup> FELIX MORANDI J. C., «Il principio della buona fede nell'assicurazione e nella riassicurazione», *Assicurazioni*, 1987, p. 415 expresa que el negocio jurídico solo puede tener lugar si los dos contratantes (asegurador-reasegurado y reasegurador) observan los principios de lealtad, confianza y honestidad recíproca. Por otra parte, MAINARDI R., *La riassicurazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1923, p. 271 señala que la plena aplicación del principio jurídico de la buena fe se encuentra en el reaseguro. PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 78 entiende que la máxima buena fe debe entenderse como aplicación de los principios generales de la buena fe por la naturaleza especial del reaseguro. THOMAS S. W., «Utmost good faith in reinsurance: a tradition in need of adjustment», *Duke Law Journal*, Vol. 41, Number 6, June, 1992, pp. 1555-1557 sitúa el origen en el seguro marítimo y atestigua que es un principio fundamental del reaseguro en el ámbito internacional cuya aplicación en otras líneas de reaseguro resultaría irrelevante.

<sup>47</sup> MANGHETTI G., «Etica e assicurazione: quali comportamenti», *Assicurazione*, 2002, p. 3 y VEIGA COPO A. B., *Condiciones en el contrato de seguro*, Ed. Comares, Granada, 2008, p. 422. HILL PRADOS M. C., *El reaseguro, op. cit.*, p. 52 considera que esta particular buena fe es un «requisito *sine qua non* del contrato de reaseguro. Sin ella no es posible el buen éxito del reaseguro en general»

<sup>48</sup> La Sentenza Corte di Cassazione, 9 marzo 1991, numero 2503, detalla que la buena fe impone a cada una de las partes un comportamiento apropiado para preservar los intereses de la otra parte con independencia de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual *neminem laedere*. En el mismo sentido, la Sentenza Corte di Cassazione, 15 marzo 1999, numero 2284 y la Sentenza Corte di Cassazione, 16 ottobre 2002, numero 14726. Acerca de la actuación del principio como criterio de reciprocidad pueden consultarse la Sentenza Corte di Cassazione, 5 novembre 1992, numero 12310; la Sentenza Corte di Cassazione, 11 febbraio 2005, numero 2855; y la Sentenza Corte di Cassazione, 18 settembre 2009, numero 20106. En relación con la solidaridad, el Artículo 1175 Codice Civile también exige un comportamiento del deudor y del acreedor con arreglo a las reglas de la equidad.

<sup>49</sup> CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: il contratto e l'impresa*, UTET, Torino, 1991, pp. 82 y 141.

<sup>50</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, traducción, nota preliminar y prólogo por NAVAS MÜLLER J. M., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 107.

<sup>51</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 23. A partir de 1889 con el caso *Marten v. Nippon Sea & Land*, se consideró que el reasegurador conoce los términos habituales de un reaseguro original. Igualmente ANGELI G., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 15 considera que la máxima buena fe en el reaseguro comporta el reflejo fiel del seguro original, la gestión rigurosa de las condiciones convenidas y la participación en la suerte del asegurador-reasegurado.

La póliza utilizada como contrato de seguro es el formulario-póliza de *Lloyd's S. G.* y, además, es la base de la mayoría de contratos de seguros marítimos celebrados en todo el mundo. Han sido muchas las innovaciones introducidas por los operadores en la práctica moderna de los negocios pero la citada póliza,

precontractual del asegurado en el seguro directo basada en la lealtad esencial como expresión del carácter de máxima buena fe<sup>52</sup> y consistente en la obligación de manifestar con exactitud todas las circunstancias relevantes (objetivas y subjetivas) que tengan o puedan tener incidencia en el contrato y sean necesarias para que el reasegurador pueda valorar el riesgo y decidir si asumirlo o no. El reasegurador marítimo se encuentra en una situación desventajosa por partida doble porque no solamente se halla a oscuras sobre los riesgos cubiertos en el seguro marítimo directo sino porque también se encuentra obligado a aceptar lo que el reasegurado le manifiesta<sup>53</sup>. El reaseguro es un contrato en el que la confianza recíproca es una necesidad del reasegurador y, por lo tanto, el asegurador-reasegurado será acusado de fraude incluso en aquellas prácticas comerciales que, en otro tipo de contratos, constituirían el «*dolus bonus*»<sup>54</sup>.

La máxima buena fe no sólo se hace presente en la fase precontractual y en el momento de celebración del contrato sino también durante toda la vida del mismo. Así, DÍEZ-PICAZO señala que la nota de buena fe implica un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de las relaciones jurídicas y durante el desenvolvimiento de las mismas una vez constituidas<sup>55</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1982 expreso que «la buena fe obliga a un comportamiento honrado y leal en el ejercicio de los derechos» y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1979 señaló que «la buena fe viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales». El asegurador-reasegurado tiene que desplegar la diligencia -propia de un ordenado asegurador- en el ejercicio de su labor mientras que al reasegurador se le reconoce un Derecho de acceso a la contabilidad y documentación del asegurador-reasegurado, un Derecho de examen sobre los datos precisos a cerca de los contratos de seguro y un Derecho de información sobre los cambios en las condiciones del seguro directo<sup>56</sup>. La regulación de las obligaciones y deberes de las

---

incluida en la propia *Marine Insurance Act* de 1906, sirve de estándar o de referencia para encontrar el contenido mínimo sobre el que construir los contratos.

<sup>52</sup> BRUNETTI A., «Le dichiarazioni dell'assicurato particolarmente nell'assicurazione marittima», *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima, p. 587.

<sup>53</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, pp. 19-20. GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 268.

<sup>54</sup> BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 573 emplean la locución «squisita buona fede». CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 241 y FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 62 equiparan la buena fe de las partes contratantes del reaseguro con la confianza recíproca. BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 22 señalan que lo asegurado en relación con la aventura es una representación y debe ser verdadero o, al menos, sustancialmente verdadero (la diferencia entre la verdad y un hecho debe no ser material).

<sup>55</sup> WIEACKER F., *El principio general de la buena fe*, traducción por CARRO J. L. y prólogo de DÍEZ-PICAZO L., Cuadernos Civitas, Madrid, 1977, p. 12. CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 128 traduce la noción de máxima buena fe en el reclamo a los valores de la «*lex mercatoria*» y, por tanto, a la función integradora de los usos y de la equidad a la luz del Artículo 1347 Codice Civile. PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 208 califican la «*uberrima fides*» como una regla social «del grupo» o «regla de uso» en el sector reasegurador y reconocen que es un compromiso de las partes a comportarse con particular diligencia y lealtad que sin derivar de la Ley es una obligación cuyo origen se encuentra en el uso.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, pp. 150-151.

partes se sujetan a la disciplina convencional pero la importancia del deber de comunicación y de la exigencia «reforzada» del principio de buena fe y de diligencia en el asegurador-reasegurado han llevado al Legislador español a reflejar mínimamente en la disciplina legal, como tutela del reasegurador, la necesidad de que las modificaciones que tengan lugar en el seguro directo puedan ser tenidas en cuenta para su valoración en el reaseguro<sup>57</sup>.

El asegurador-reasegurado, en virtud del principio de buena fe, responderá del daño causado al reasegurador por dolo, culpa o negligencia en la liquidación del siniestro; culpa o negligencia en la que pueda incurrir en la investigación de las causas del siniestro, en el procedimiento para establecer el alcance del daño y en el pago de la indemnización a su debido tiempo<sup>58</sup>.

## 2.6 Durabilidad: ejecución continuada

El reaseguro marítimo es un contrato cuyos efectos no se agotan de una sola vez o de forma aislada sino que su consumación se dilata en el tiempo a través de prestaciones sucesivas. Desde su nacimiento, el reaseguro se estipula con vocación de continuidad y con el objetivo de superar cualquier déficit en el equilibrio económico de los compromisos contraídos por las partes<sup>59</sup>. La ejecución del contrato de reaseguro se produce de forma escalonada y dicha continuidad en el tiempo es una característica esencial<sup>60</sup> del instituto reasegurador. Así lo señaló específicamente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de julio de 1993, al afirmar que el reaseguro es «un contrato de tracto sucesivo y de recíprocas y continuadas prestaciones económicas entre las partes».

Al igual que en el contrato de seguro, donde se satisface la necesidad de seguridad<sup>61</sup> del asegurado durante toda la vigencia del contrato, el reaseguro también es un contrato de duración. El riesgo es cubierto en todos los momentos de la duración del contrato a través del abono de la prima. El reaseguro es, por tanto, un contrato de tracto sucesivo porque tanto su causa como la prestación del reasegurador participan de las mismas características señaladas para el contrato de seguro general, del que el reaseguro es un tipo más<sup>62</sup>. El reasegurador se obliga a asumir los riesgos del asegurador-reasegurado por un tiempo determinado y conocido por éste último, quien tendrá la seguridad (jurídica y económica) de que, producido el siniestro y ocasionado el daño en ese espacio temporal, existirá una entidad reaseguradora que responderá patrimonialmente siempre que haya abonado la prima.

---

<sup>57</sup> EHRENBURG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>58</sup> FELIX MORANDI J. C., «El principio...», *op. cit.*, p. 418.

<sup>59</sup> LANDINI S., «La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale», *Diritto del commercio internazionale*, Octubre-Diciembre 2015, fas. 4, p. 1019. La autora adiciona que «la complejidad de la estructura de gestión aplicadas en la división de los riesgos tiene un coste para ambas que resultaría injustificado e insostenible en caso de relaciones de duración breve» (traducción propia).

<sup>60</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 109. PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 65 igualmente defendió que el reaseguro es un contrato de ejecución continuada porque consiste en la prestación irretroactiva de seguridad (crédito) y de solvencia contra un daño eventual.

<sup>61</sup> DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 44.

<sup>62</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 91.

## 2.7 Principialidad

Dado que no es un contrato que rija una futura relación negocial entre las partes (contrato normativo), ni sirve como medio para la celebración de otros acuerdos de diversa naturaleza (contrato preparatorio<sup>63</sup>), ni se añade a otro y sufre sus mismas vicisitudes (contrato accesorio) sino que es un negocio jurídico que cumple, por sí mismo, una finalidad económica propia (con expresión de la causa: cobertura patrimonial ante los efectos desfavorables que el riesgo puede provocar), cabe definirlo como un contrato principal y causal único.

Las consecuencias económicas del riesgo serán asumidas por el reasegurador en virtud de un acuerdo propio y anterior a la realización del siniestro. Esta concepción teórica se mantiene en la regulación legal en la que el contrato de reaseguro se presenta como un contrato autónomo y diferenciado del contrato de seguro marítimo. Así se ha defendido también por parte de la mayoría de la doctrina<sup>64</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 expresó que «en si es un contrato nuevo y distinto el de reaseguro del de seguro» y la Sentenza Corte di Cassazione, 8 ottobre 1925, expresó igualmente que el reaseguro es un contrato distinto del seguro porque se desenvuelve entre sujetos diferentes, tiene sus propias modalidades y no viene influenciado por las estipulaciones contractuales del seguro originario. Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1977 reconoció también la separación y autonomía respecto del seguro directo (originario) al afirmar que la verdadera esencia del reaseguro es que «no se trata de un contrato accesorio del de seguro, aunque éste sea el presupuesto indispensable de aquél, funcionando ambos de modo autónomo y separado de tal modo que el asegurado no tiene acción alguna contra el reasegurador, ni éste contra aquél» para rechazar más adelante el recurso «habida cuenta la autonomía de ambos contratos».

El hecho de que el reasegurador rompa la posición de igualdad con el asegurado-reasegurado situándose en otro plano al que el asegurado originario no puede llegar es lo que convierte al contrato de reaseguro en independiente del contrato de seguro

---

<sup>63</sup> MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 199 y ss. define el contrato preliminar afirmando que es aquel acuerdo dirigido a la conclusión de otro contrato futuro entre las mismas partes y señala que es requisito esencial del mismo su destino a que de él surja un nuevo contrato (distinto).

<sup>64</sup> CARENA A. A., *Il rischio e teoria della riassicurazione*, Silva Editore, Milano, 1967, p. 252 alude a un carácter autónomo del contrato que excluye toda interferencia de cualquier naturaleza entre el asegurado y el reasegurador porque son dos relaciones independientes. CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: ricerca e individuazione del tipo*, Cedam, Padova, 1970, p. 177 y ss. concluye la autonomía tipológica del reaseguro frente al seguro. FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 60 el reaseguro da lugar a un «rapporto separato e distinto» de la del seguro, en relación a la cual viene estipulado. PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 171-172 «il contratto di riassicurazione è autonomo rispetto ai contratti di assicurazione stipulati dal cedente: il rapporto di riassicurazione ha una sua propria fonte rigorosamente distinta dal contratto di assicurazione, da individuarsi nel contratto di riassicurazione, a sua volta concluso da soggetti diversi da quelli che hanno stipulato il contratto di assicurazione». URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 640 expresan que «a pesar de la íntima relación que cada operación concreta de reaseguro mantiene siempre con otra operación de seguro directo, no puede decirse que sea un contrato accesorio de éste». GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 243. tras señalar que «el seguro genera una relación personal que tiene el carácter de principal, y no accesorio, aunque garantice el interés del acreedor en el cobro de su crédito», termina indicando que el reaseguro es un contrato principal y no accesorio.

marítimo. Una de las consecuencias de esa independencia del contrato de seguro frente al de reaseguro es la imposibilidad de que el asegurado pueda ejercer una acción directa contra el reasegurador, tanto el ordenamiento jurídico español como el italiano deniegan expresamente tal facultad en sus correspondientes textos legales<sup>65</sup>. Se trata de una prohibición bidireccional y en ningún caso unidireccional aunque legalmente solo se encuentre recogida en la relación del asegurado frente al reasegurador puesto que la independencia se proclama absolutamente respecto de ambas. La celebración del contrato de reaseguro no afecta a las relaciones asegurador-reasegurado con su asegurado, pues éstas se rigen por el contrato de seguro y para ellos el contrato de reaseguro es *res inter alios acta*, de forma que da origen a una relación jurídica que solo afecta a los que intervienen en ella<sup>66</sup>.

En último lugar, dejamos indicada la posibilidad de que el seguro originario no exista y pueda celebrarse el contrato de reaseguro con una referencia al seguro marítimo bajo la condición de que el mismo se perfeccionará en el futuro y de que hasta entonces el reaseguro no será válido.

## 2.8 Tipicidad

El reaseguro no carece de *nomen iuris* sino que cuenta con una denominación propia reconocida y confirmada por las leyes. Al ser objeto de una regulación legal mínima y específica (Artículos 77 a 79 LCS y Artículos 1928 a 1931 Codice Civile), cabe reivindicar su inclusión dentro de los contratos nominados típicos. El Legislador español e italiano al disciplinar el reaseguro en sus respectivos ordenamientos legales, tipifican este contrato.

No es necesario incluir una definición del contrato en el Derecho positivo, basta con denominarlo y regularlo como ocurre en Italia. La Sentenza Corte di Cassazione, 8 octubre 1925, afirmó que el reaseguro es «un contratto di assicurazione, ma di natura tipica, perrochè presuppone essenzialmente il primo ed anzi in questo esso ritrova quasi

---

<sup>65</sup> En el Derecho inglés, el apartado segundo de la Sección 9 de la *Marine Insurance Act* también señala «*unless the policy otherwise provides, the original assured has no right or interest in respect of such re-insurance*». Es un denominador común sobre el que la Ley se pronuncia expresamente con independencia del ordenamiento jurídico.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos 45 a 79», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Tomo XXIV, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 696 y SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 107. En el mismo sentido, CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 91 y MUÑOZ LÓPEZ A., «Desnaturalización del contrato de reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, pp. 178-179 quien afirma que «se trata de relaciones jurídicas distintas e incommunicables, establecidas, de una parte, entre el asegurador y el asegurado (seguro directo) y, de otra, entre el asegurador y el reasegurador (reaseguro)» y reconoce el principio de independencia entre ambos contratos.

Afirman también que el reaseguro es *res inter alios acta* respecto del seguro principal MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 231; EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 37; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 40; RUIZ SOROA J. M., ARRANZ DE DIEGO A. y ZABALETA SARASUA S., *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Ed. Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas y Escuela de Administración Marítima, Vitoria-Gasteiz, 1993, p. 34.

la *condicio iuris* della sua esistenza». La creación del reaseguro como contrato típico también es deudora de factores económicos-financieros<sup>67</sup>.

La regulación reducida también es característica de otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo el italiano que, reconociendo directa e indirectamente el reaseguro, prefieren dejar espacio y libertad a las partes para que sean ellas quienes disciplinen su acuerdo conforme a la experiencia y a los usos comerciales consolidados en la práctica. Sin embargo, el carácter mínimo de dichas disposiciones no impide el reconocimiento del reaseguro como contrato nominado y diferenciado del contrato de seguro.

Algo más de incertidumbre conlleva proclamar la tipicidad de la modalidad marítima del reaseguro debido a que no encontramos ninguna disposición legal que haga referencia al mismo. No obstante, no se trata de un contrato desconocido por la realidad práctica comercial sino todo lo contrario.

## 2.9 Resarcibilidad indemnizatoria

Casi toda actividad empresarial entraña un riesgo o peligro especial y el seguro tiene aquí uno de sus ámbitos naturales de actuación<sup>68</sup>. Uno de los propósitos fundamentales del contrato de seguro es resarcir los daños causados por un siniestro, no prevenirlos<sup>69</sup>. Igualmente el reaseguro marítimo es un contrato de estricta indemnización<sup>70</sup> o de daños porque garantiza el reemplazo de la pérdida sufrida o proporciona una compensación económica equivalente a la pérdida ocasionada. Desde su origen, el seguro y el reaseguro son contratos de indemnización y no de enriquecimiento porque tienen como objetivo proporcionar una indemnización a quien ha sido perjudicado por un siniestro

---

<sup>67</sup> BOGLIONE A., *La riassicurazione*, op. cit., pp. 68-69.

<sup>68</sup> REGLERO CAMPOS L. y BUSTO LAGO J. M. (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Quinta Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, p. 1372.

<sup>69</sup> VOLPE PUTZOLU G., «Prestazione di servizi nell'evoluzione dal rapporto assicurativo», *Assicurazioni*, 2000, Anno LXVII, Parte Prima, pp. 13-14. La prevención, sin embargo, no solo es incompatible con la causa del contrato sino que es funcional para un correcto desenvolvimiento de la relación del seguro y de la actividad aseguradora en su conjunto. Y afirma que la finalidad de prevención de los riesgos no puede ser un pretexto para proporcionar servicios no relacionados con el seguro.

La Ordenanza Interlocutoria della Corte Cassazione, 22 giugno 2017, numero 15535, afirmó que, en los seguros de daños, la indemnización es de naturaleza contractual porque la ley tipifica «el contrato según el "daño sufrido por el asegurado a consecuencia del accidente" (principio de indemnización), límite co-esencial de la función misma del contrato de seguro, y eliminado éste degeneraría en una apuesta» (traducción propia). En idénticos términos se pronunció la Ordenanza Interlocutoria della Corte Cassazione, 22 giugno 2017, numero 15534.

<sup>70</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, op. cit., p. 29. Los autores citan el caso *British Dominions Ins. Co. Ltd. v. Duder* en el cual se sentenció que todos los seguros marítimos son contratos de indemnización y que los reaseguros marítimos no son una excepción. GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 265 indica que la anterior resolución judicial tuvo una reproducción en la jurisprudencia y aporta como ejemplo la Sentencia UKHL de 20 de mayo de 1998, caso *Baker c. Black Sea & Baltic General Insurance Co. Ltd.*

En referencia al reaseguro en general, PERSICO C., *La riassicurazione*, op. cit., p. 93 y p. 161 expresa que tanto el reaseguro como el seguro tienen esencialmente una naturaleza indemnizatoria y que tal carácter comporta que el reasegurador no está obligado a pagar una suma superior a la que, en última instancia, el asegurador-reasegurado deberá pagar a la persona asegurada (el daño es la consecuencia necesaria e inevitable del siniestro y el presupuesto del contrato de reaseguro); HOFFMAN W., «On the use and abuse of custom and usage in reinsurance contracts», *Torts&Insurance Law Journal*, Vol. 33, Núm. 1, 1997, p. 64; CARENA A. A., *Il rischio...*, op. cit., p. 246 señala que se trata de un contrato de «indennità».

sin que el resarcimiento pueda exceder el daño porque, de lo contrario, se convertiría en una apuesta e incitaría a la realización dolosa de los siniestros<sup>71</sup>.

En el supuesto de que se produzca el siniestro y surja la obligación de indemnizar, la cuantía de la prestación está limitada por el daño realmente sufrido por el asegurador-reasegurado (esta limitación máxima es manifestación del principio indemnizatorio) y, en todo caso, habrá de realizarse frente al asegurador-reasegurado y no frente al asegurado. El asegurador-reasegurado no podrá adquirir de modo alguno un provecho sino solo la reparación, en sus justos términos, del daño producido.

## 2.10 No adhesividad

Atendiendo a la modulación que experimenta la libertad de contratar y contractual no se evidencia un carácter de adhesión en este contrato. El Derecho de contratos es un todo que -a modo de red de permanencia, de reglas y de valores- otorga estabilidad a las creaciones de la autonomía contractual<sup>72</sup>. Y es precisamente la autonomía privada la que reviste un rol destacado en la reglamentación de los contratos del comercio internacional porque las necesidades fundamentales que justifican la relevancia de la misma son la uniformidad y la flexibilidad de la disciplina en las relaciones contractuales internacionales<sup>73</sup>.

El seguro para la navegación marítima y el reaseguro marítimo son contratos que no permite la imposición de una única voluntad individual sino todo lo contrario, se hace necesaria la cooperación y la negociación entre los contratantes para la construcción del contrato. La importancia de la póliza y de su contenido como fuente reguladora impide que pueda afirmarse que el seguro marítimo sea un contrato de adhesión porque en él, el tomador no requiere de una especial tutela y el principio de autonomía de la voluntad se revitaliza<sup>74</sup>. El Profesor BROSETA señala que el reaseguro tampoco es un contrato de adhesión porque el asegurador-reasegurado y el reasegurador «actúan en pie de igualdad y discuten las condiciones que deben regular el contenido del contrato (...) Las discusiones precontractuales entre las partes fijan con entera libertad las condiciones

---

<sup>71</sup> STRACCA B., *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis atque proxeneticis*, Coloniae Allobrogum: Apud Frates de Tourmes, 1751, glossa xx, sentó la máxima «*assecuratus enim non quaerit lucrum sed agit ne in damno sit*». Por su parte, VIVANTE C., *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 5 afirma que el seguro contra los daños de la navegación es esencialmente un contrato de indemnización y también atribuye un carácter específico al mismo por el riesgo que forma el objeto del mismo.

<sup>72</sup> LA CHINA S., «Le disposizioni processuali del codice della navigazione», *Dir. mar.*, 1992, pp. 326-327.

<sup>73</sup> LOPEZ DE GONZALO M., «L'esercizio della giurisdizione civile in materia di trasporto marittimo e intermodale», *Dir. mar.*, 2001, p. 1015.

<sup>74</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 145. EHRENZWEIG A. A., «Adhesion contracts in the conflicts of laws», *Columbia Law Review*, Vol. 53, Number 8, December 1953, pp. 1076-1077 cita al seguro marítimo como ejemplo de contrato en el que la igualdad de las partes es la base de la autonomía y, con referencia a la *Sentence Boole v. Union Marine Ins. Co.*, explica con base en las mismas que el contrato no puede ser tratado como análogo a uno de adhesión. También HERNÁNDEZ MARTÍ J., «La Ley del Contrato de Seguro y los seguros marítimos», VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Volumen I, Ed. CUNEF, Madrid, 1982, p. 257 pone de relieve que el seguro marítimo es un contrato que suele estipularse entre empresarios en el que existe un mayor equilibrio de intereses que en otras modalidades de seguro.

bajo las que una y otra quieren entrar en relación contractual»<sup>75</sup>. Igualmente lo mantiene el Profesor PÉREZ-SERRABONA al afirmar que «al ser dos los aseguradores que intervienen en el mismo, no existiría el plano de desigualdad, a la hora de contratar, que existe en los contratos de adhesión (y en el de seguro en concreto), ni sería necesaria la protección de la parte más débil, que no existiría, en su sentido más clásico, porque no habría adhesión»<sup>76</sup>. Una gran parte de la doctrina coincide en señalar que el control del Estado respecto del asegurado podría llegar a ser «no sólo superfluo, sino injusto»<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 87. En igual sentido, BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, *op. cit.*, p. 569 reconocen una discusión entre las partes; EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 25 señala que «en el reaseguro no estamos ya ante un contrato "de adhesión"» y eleva esa circunstancia a la categoría de nota diferencial con el seguro corriente; D'AMELIO G., «L'ambito di applicabilità degli Art. 1341 e 1342 Codice Civile - I contratti tipo e la polizza italiana assicurazione marittima merci», *Assicurazioni*, 1957, Anno XXIV, Parte Prima, p. 258 hace referencia a la Sentenza di Casazione 14 julio 1954 numero 2467 en la que se señaló que el contrato de adhesión es aquel en el que las cláusulas son predisuestas por uno solo de los futuros contratantes de tal modo que el otro no pueda modificarla sino solo aceptarlas o refutarlas; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 205 defienden que el reaseguro «si differenzia da quello di assicurazione perchè non è un contratto "di massa", ma è un contratto singolo»; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 2001, p. 4.

<sup>76</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>77</sup> URÍA R., *El Seguro...*, *op. cit.*, p. 23. En el mismo sentido, BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 86 afirma que la tutela es innecesaria porque «en el contrato de reaseguro se enfrentan los intereses de dos partes en pie de igualdad y, además, en un régimen de competencia»; HERNANDO DE LARRAMENDI I., «Clases de reaseguros», *Boletín Oficial de Seguros y Ahorro*, Madrid, sin fecha, p. 4; DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho español de seguros*, Tomo I, Imprenta Sáez Hierbabuena, Madrid, 1983, p. 231 señala «en el reaseguro contratan dos empresas con análoga capacidad económica y medios técnicos; por ello, esa razón no parece que justifique el control estatal»; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 725 van más allá y afirman que, dado el carácter profesional de las partes, el asegurador-reasegurado no debe recibir una especial tutela como contratante más débil «aun cuando de hecho lo sea económicamente» porque la LCS hace distinción a la hora de tutelar al asegurado teniendo en cuenta la situación en que se encuentra los contratantes a la hora de conocer la normativa contractual y su alcance en materia de seguro, no su potencia económica; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 469 concluye que «por tratarse de hombres de negocios experimentados y expertos en sus propios negocios, las partes en un contrato de reaseguro no necesitan dicha protección legal» por estar «suficientemente capacitados para defender sus propios intereses (financieros)»; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 36; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 125 reconoce que el hecho de que el asegurador-reasegurado y el reasegurador sean dos compañías aseguradoras no comporta una «necesidad de protección del asegurado como contratante débil»; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 174 expresa que «resulta innecesario establecer un régimen jurídico tuitivo, ya se refiera al aspecto organizativo-institucional (estatuto de la empresa reaseguradora) o al aspecto contractual»; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 70-71 expresa que, en el ámbito reasegurador, las partes son consideradas «titulares de poderes contractuales sustancialmente paritarios» y enfatiza que el asegurador-reasegurado no podrá ser considerado, en ningún caso, la parte contractual más débil; MARTÍN OSANTE J. M., «Régimen jurídico español de la navegación marítima de recreo y deportiva», TURCO BULGHERINI E. (Dir.), *Quaderni della rivista del diritto della navigazione*, Vol. III, Ed. Aracne, Ariccia, 2014, p. 93 señala las normas reguladoras del seguro marítimo tienen carácter dispositivo por ser un contrato celebrado entre empresarios (entre iguales).

También las Exposiciones de Motivos de la derogada Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados, señalaba que «la actividad tendente a la formalización y seguimiento de los contratos de reaseguro celebrados entre entidades aseguradoras y reaseguradoras no requiere especial protección» y de la derogada Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, expresaba «se establecen para los corredores de reaseguros iguales requisitos a los previstos para los corredores de seguros (...) por tratarse de mediadores que asesoran a entidades aseguradoras, que no requieren una especial protección».



El Legislador español e italiano entiende que el asegurado «marítimo» no requiere tampoco de una singular protección pues presume una posición de equilibrio contractual entre las partes contratantes, de ahí la opción legislativa de respeto máximo al citado principio de autonomía de la voluntad y el reconocimiento a las partes de la potencialidad normativa creadora para reglamentar, conforme a sus intereses particulares, la relación jurídica contractual con los límites generales de la autonomía privada (Artículos 1255 Código Civil y Artículo 50 Código de Comercio, Artículo 1322 Codice Civile). La única excepción se encuentra en los seguros obligatorios de embarcaciones dedicadas al deporte o al recreo al entender que éste asegurado, por su debilidad, sí requiere necesariamente ser tutelado ante el poder de estipulación del asegurador y la perpetua desigualdad de fuerza y posición económica entre ambas partes.

En el ámbito marítimo, el asegurador-reasegurado suele ser tan económicamente poderoso como el reasegurador por lo que los Tribunales han declarado que «no cabe predicar de una parte contratante una posición negocial inferior o más débil de la que pueda abusar o aprovecharse el otro contratante»<sup>78</sup> al tratarse de empresarios plenamente capaces de velar por sus propios intereses y acostumbrados a intervenir en el tráfico jurídico y comercial internacional. Es la potencialidad económica de las partes la que permite la discusión del clausulado y rehúye de la imposición de unas condiciones predispuestas. En particular, la Sentenza Corte di Cassazione 16 gennaio 1986, numero 230, rechazó que el reaseguro por tratado pudiese ser calificado como contrato de adhesión y consecuentemente le fuese aplicado el Artículo 1341 Codice Civile (regulador de las condiciones generales del contrato impuestas por uno solo de los contratantes) porque «non basta che uno dei contraenti formuli l'intero contenuto del contratto in modo che l'altro contraente debba accettarlo o ricusarlo in blocco senza concorrere alla sua formazione, ma occorre che lo schema sia predisposto e le condizioni generali siano fissate per servire ad una serie indefinita di contratti» y, en el reaseguro, «era destinato a regolare esclusivamente un singolo e determinato rapporto fra le stesse».

En algunas ocasiones, la intermediación entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador puede ser dirigida profesionalmente por un *broker* sin que ello merme este carácter del contrato en atención a su condición de tercero y mediador. El reaseguro marítimo es el acuerdo resultante de la discusión entre dos empresarios que defienden pretensiones opuestas pero que convergen en una voluntad común que necesariamente documentan en consideración a la complejidad y tecnicidad de los términos y condiciones consentidas de común acuerdo. En consecuencia, no resulta posible hablar de adhesión ni de desigualdad porque ambas partes contratantes se encuentran implicadas en la negociación efectiva del contenido normativo del contrato y, por ende, cuentan con el pleno conocimiento de las cláusulas del mismo.

---

<sup>78</sup> Así lo expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de julio de 2007. Con idéntico tenor el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2011, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de octubre de 2011 y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2014.

## 2.11 Privacidad

A diferencia de los seguros sociales que se derivan de la Ley, los seguros privados nacen de los contratos<sup>79</sup>; el predominio de la autonomía privada y la concurrencia de dos intervinientes particulares son los criterios del Derecho privado de seguros.

Aunque la intención de tutelar ampliamente a los asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros así como la de proteger el interés general implique una legislación formada por normas de Derecho privado y público<sup>80</sup>, el régimen jurídico del reaseguro marítimo queda circunscrito exclusivamente al Derecho privado. Desde su origen, el reaseguro es un contrato celebrado entre dos sujetos privados<sup>81</sup> y aun hoy permanece inmutada dicha relación en la práctica totalidad de esos contratos. Además, la primacía de la voluntad de los contratantes es la nota característica en los contratos de seguro y de reaseguro marítimo<sup>82</sup>.

En el mercado europeo de seguros, el objetivo imperativo de protección a la persona económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que la otra parte contratante se refuerza mediante restricciones a la autonomía de la voluntad (considerando 19 del Reglamento Núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 y Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea de 12 mayo 2005, Asunto C-112/03) pero en las relaciones entre el asegurador-reasegurado y su reasegurador no resulta justificada ninguna protección de carácter especial dado que ninguna de ellas se encuentran en una situación de debilidad frente a la otra sino que ambas suelen tener una capacidad económica similar y revisten un perfil profesional<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *Seguro público y privado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, p. 38 señala que el seguro público exige la presencia del Estado empresario para el seguro social al estimar que se trata de un servicio público como objetivo el bienestar del pueblo y la seguridad social. LINDE PANIAGUA E., *Derecho público del seguro*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, p. 295 entiende que el criterio determinante para la calificación de los seguros públicos no es solo el control de actividades por parte del Estado en la esfera privada sino la gestión directa o indirecta por parte del mismo.

<sup>80</sup> GARRIGUES J., «Conferencia de clausura», VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, p. 1132 expresa que el seguro es un contrato *sui generis* por estar sometido a un doble género de normas (públicas y privadas). MATILLA ALEGRE R., *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Ed. Universidad de Deusto - Departamento de Publicaciones, Bilbao, 1999, p. 39 también llama la atención sobre el carácter mixto de las instituciones de Derecho marítimo al entender que la navegación es una actividad que afecta a intereses públicos e intereses sociales, de ahí que la misma estuviese sujeta a un intervencionismo público.

<sup>81</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>82</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 146. EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 84 señala que el carácter jurídico privado del reaseguro procede del seguro principal del que trae causa. El Artículo 3.1.1º del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (RLOSSP) sujeta el reaseguro a la regulación de los seguros privados.

<sup>83</sup> Entre otras, también afirman la exclusión del régimen protector europeo de los contratos de seguros en las relaciones jurídicas entre profesionales y, por ende, con capacidades económicas similares la Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea de 27 febrero 2020, Asunto C-803/18; Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 enero 2018, Asunto C-106/17; Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 enero 2016, Asunto C-521/14; la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 septiembre 2009, Asunto C-347/08 y la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 mayo 2005, Asunto C-77/04. La protección comunitaria se dispensa para aquellas partes contratantes del seguro que ocupan una posición económica más débil y que se ven obligadas a adherirse a las cláusulas contractuales sin discusión ni negociación alguna.

en el sector de los seguros (Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea de 13 julio 2000, Asunto C-412/98). No rige el principio tuitivo o de protección del asegurado porque se presume un equilibrio de fuerzas entre los contratantes que desvirtúa la debilidad negocial de una de las partes, tal y como hemos expuesto anteriormente. La imperatividad de las disposiciones legales radica en un interés público de protección privada<sup>84</sup> que no encuentra justificación en el reaseguro.

Tanto el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales firmado en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) como el Reglamento (CE) Número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), permiten que las partes puedan elegir la norma legal a la que quedará sometido el contrato de seguro de grandes riesgos<sup>85</sup>. Sin embargo, la anterior facultad ha sido expresamente denegada a los contratos de reaseguro por el Artículo 7.1 del citado Reglamento<sup>86</sup>.

---

El requisito de la profesionalidad de las personas que desarrollan el ejercicio de la actividad reaseguradora es una condición necesaria exigida en el Artículo 22.8 LOSSEAR así como en el Artículo 63.2 Codice Assicurazioni.

<sup>84</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., «Régimen de liquidación de las cuentas de siniestros y provisiones técnicas al término del reaseguro. Trascendencia en los seguros de responsabilidad civil», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994, p. 536 considera innecesario una «especial tutela del legislador» y fundamenta su posición en el carácter profesional de ambas; FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho aplicable...», *op. cit.*, p. 215. BROSETA PONT M., *El contrato...», op. cit.*, p. 191 afirma el predominio de la autonomía de la voluntad ante el espíritu proteccionista de las distintas normas nacionales hacia la parte más débil del contrato de seguro. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 166 y 313 señala que el reaseguro es un contrato que se celebra entre «profesionales del seguro» y sobre ella fundamenta la derogación de la imperatividad de las normas de la LCS respecto al reaseguro.

<sup>85</sup> La idea de protección del consumidor en el Derecho europeo tiene su inicio en la Carta Europea de los consumidores aprobada por la Resolución 543 de 1973 del Consejo de Europa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1986 (Asunto 205/84) admitió que el sector del seguro constituía un campo particularmente sensible desde el punto de vista de la protección del consumidor pero reconoció la exclusión de determinados seguros mercantiles de la aplicación de normas imperativas por razón del carácter del riesgo asegurado y del tomador del seguro. En particular, el Tribunal justificó su exclusión porque son seguros «concertados por grandes empresas o grupos de empresas que están en condiciones de valorar y de negociar las pólizas de seguro» y diferenció el ámbito de los grandes riesgos y el ámbito de los riesgos en masa.

MUÑOZ A., «El reaseguro de los grandes riesgos», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994, pp. 501-502 y GUTIERREZ GILSANZ J., *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 44 sitúan el origen del concepto normativo de seguros de «grandes riesgos» en la citada resolución judicial europea. El Artículo 5 de la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 incorporó el concepto de «grandes riesgos» e incluyó a través de una disposición complementaria una serie de criterios conforme a los cuales el contrato de seguro merecería tal calificación en la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio. También el apartado 27 del Artículo 13 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), pormenoriza los riesgos incluidos bajo dicha denominación. Y, entre otros, cita los siguientes: los riesgos referidos a los vehículos marítimos, lacustres y fluviales; los riesgos asociados a las mercancías transportadas; y el riesgo de responsabilidad civil resultante del empleo de vehículos fluviales, lacustres y marítimos (comprendida la responsabilidad del transportista). La definición de contratos de seguro de «grandes riesgos» también se encuentra en los Derechos nacionales; en concreto, en el Artículo 11 LOSSEAR y en el Artículo 1. r) Codice Assicurazione. Dichas normas excluyen al reaseguro de su calificación como

En contraste con los contratos celebrados por contratantes de la misma nacionalidad, se reconoce un espacio mayor de libertad y autonomía privada en los contratos en los que intervienen operadores internacionales. La autonomía privada se articula como el instrumento que permite y garantiza a los contratantes la consecución de sus propios fines conforme a sus propias circunstancias y a las problemáticas específicas de la realidad en la que se lleva a cabo este concreto negocio jurídico. No se limita el libre juego de las iniciativas privadas y el poder negocial de los particulares. Con excepción de las normas de Derecho necesario, el reaseguro marítimo se rige, fundamentalmente, por la *lex privata*, es decir, por el respeto a la autonomía de la voluntad, al gozar las partes de plena libertad para definir contractualmente la configuración del reaseguro. En España, la posibilidad de que las partes puedan establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que deseen siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público, se encuentra recogida en el Artículo 1255 Código Civil. En Italia, la habilitación legal a las partes contratantes para que puedan determinar libremente el contenido de cualquier contrato se encuentra recogido en el Artículo 1322 Codice Civile. En materia de seguros y reaseguros marítimos, entendemos que la autonomía negocial encuentra además los siguientes límites: la exigencia de que exista un riesgo real y la configuración necesaria del siniestro como un evento incierto, posible, dañable e indeseado.

El carácter dispositivo de las normas reguladoras del reaseguro cede en favor de la disciplina convencional, conformada por un conjunto de condiciones y cláusulas contractuales de origen internacional que, en ocasiones, pueden proceder de una experiencia y pueden compartir una redacción común en varios contratos de reaseguro. Tal es el caso de las cláusulas generales y condiciones generales uniformes, elaboradas por la *International Union of Marine Insurance* o por la *Bureau International des Producteurs d'assurances et de réassurances*, que no han tenido una aceptación amplia ni una presencia acusada en el tráfico internacional debido a la dificultad y rigidez que presentan los formularios para cubrir las necesidades de los aseguradores<sup>87</sup>. Lo mismo ocurre en los contratos de seguro marítimo (v.gr. cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres).

---

seguro de «grandes riesgos». VAQUERO LÓPEZ M. C., «La cuestión de la determinación del Derecho aplicable al contrato de reaseguro en el ordenamiento jurídico español», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, pp. 265-266 aprecia también una distinción entre seguro de grandes riesgos y reaseguro.

<sup>86</sup> SCHLOSSER P., «Report on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice», *Official Journal of the European Communities*, Number C 59, Volume 22, 1979, p. 117 afirma «*reinsurance contracts cannot be equated with insurance contracts*» y, en consecuencia, entiende apropiada la exclusión a los reaseguros del régimen jurídico señalado.

GIULIANO M. and LAGARDE P., «Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations», *Official Journal of the European Communities*, Number C 282, Volume 23, 31 October 1980, p. 13 también justificaron un tratamiento jurídico diferenciado de los reaseguros con respecto a los seguros, los cuales sí precisan de una protección necesaria de los asegurados.

<sup>87</sup> SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, pp. 167-168 y GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 515.

Ni en España ni en Italia existen referencias al reaseguro marítimo incluidas en una normativa especial marítima. La decisión de los Legisladores nacionales de permitir que las partes tengan libertad para elaborar por sí mismas la disciplina del contrato en su totalidad responde al hecho de que no se presentan situaciones problemáticas referidas a una debilidad contractual en una de las partes y, en consecuencia, no existe una necesidad de tutela pero también a la circunstancia de que el reaseguro es un contrato complejo que se rige por los usos y las prácticas comerciales de carácter internacional como herramientas útiles que responden en mejor medida a las exigencias técnicas y económicas de los operadores<sup>88</sup> de un mercado profesionalizado y sofisticado. El principio de autonomía de la voluntad privada se sitúa consecuentemente en un lugar preferente y dota al mercado reasegurador de una libertad de contratación casi absoluta.

## 2.12 Internacionalidad

Las actividades aseguradoras siempre han tenido un marcado carácter internacional como consecuencia de que los fundamentos (técnicos, económicos y comerciales) de la institución del seguro son difícilmente acotables en los modelos nacionales y de la extraterritorialidad de los riesgos; la actividad reaseguradora no es ajena a tales hechos sino que se ve afectada incluso de una forma más intensa y aguda<sup>89</sup> que la propia aseguradora.

Por contrato internacional entendemos aquel acuerdo cuyos elementos muestran una conexión con más de un ordenamiento jurídico. Es extraño encontrar un contrato de reaseguro en el que la dos partes tengan la misma nacionalidad porque la función del reaseguro es la división y dispersión geográfica del riesgo. La internacionalidad es una nota esencial del reaseguro reconocida universalmente.

La técnica aseguradora y reaseguradora extienden su ámbito de actuación más allá de los mercados nacionales de procedencia y establecen sucursales en otros Estados nacionales con el fin de evitar concentrar el peligro en un ámbito territorial reducido. A

---

<sup>88</sup> HORS Y BAUS P., *Tratado de los seguros de transportes marítimos, terrestres, de valores y aéreos*, Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1945, p. 50 expresó que las divergencias resultantes de la interpretación de las cláusulas del contrato deberá llevarse a cabo «con espíritu conciliador» y sometiéndose a los «usos y costumbres del país de origen de los negocios o, si se trata de negocios internacionales, a los usos generalmente adoptados para tales negocios» en caso de que no hayan pactado expresamente esa derogación. ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones...», *op. cit.*, p. 37 señala que las condiciones generales y particulares del acuerdo responden a la experiencia suscitada en el ámbito internacional e incluso llega a afirmar la conversión de las mismas en «cláusulas de estilo». El autor también indica que los usos de comercio suelen ser los propios de algún mercado de reaseguros concreto - nosotros creemos que, en el ámbito marítimo, podría ser el de «Lloyd»- que tienen una finalidad interpretativa y un carácter internacional. SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 78 expresa que la disciplina convencional del reaseguro mediante una póliza general o tratado de reaseguro forma una normativa detallada «inspirada en prácticas internacionales que se completan con los usos» interpretativos (pudiendo también considerarse una finalidad normativa de los mismos) recogidos en las condiciones generales y que constituyen la manifestación del Derecho profesional autónomo creado por empresarios en el ámbito contractual internacional que podría recibir la denominación de nueva *lex mercatoria*, pues «la tipificación de los usos y las cláusulas de reaseguro y la difusión de las cláusulas de sometimiento a arbitraje hayan facilitado la aparición de esa disciplina internacional, usual y convencional», del contrato de reaseguro. MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 232. PECCENINI F., «Dell'assicurazione. Art. 1882-1932», en GALGANO F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, p. 275.

<sup>89</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 218-219.

lo anterior se une la incapacidad de algunos mercados nacionales de absorber la totalidad de los riesgos por lo que la intencionalidad de repartir los riesgos asegurados internacionalmente no sólo responde a una pretensión empresarial sino también al deseo de los Legisladores de orquestar un sistema que facilite esa consecución<sup>90</sup>. La función internacional del reaseguro debe desarrollarse en el ejercicio de una libertad absoluta. En consecuencia, se forma un binomio necesario sin el cual el reaseguro no podría desarrollarse. Un hecho que resulta de lo anteriormente señalado se encuentra en la mínima regulación referida al reaseguro en los distintos ordenamientos jurídicos o en la intención de los Legisladores de no sujetar el contrato a disposiciones nacionales de carácter imperativo. Sin embargo, también encontramos otras manifestaciones del carácter eminentemente internacional del reaseguro como pueden ser: i) el equilibrio propio de la contratación internacional en las relaciones de las partes; ii) los usos y las prácticas uniformes que consagran una serie de cláusulas (*v.gr.* arbitraje privado internacional) y términos (*v.gr.* las siglas G.N.W.P.I. o T.L.O.<sup>91</sup>) homogéneos en la mayoría de pólizas de reaseguro que facilitan la contratación; iii) el hecho de que «los reaseguradores extranjeros actúan asumiendo en reaseguro (reasegurando) riesgos nacionales, operando dentro del propio mercado nacional, y, además, que riesgos extranjeros pueden asumirse en reaseguro por nuestros aseguradores directos y

---

<sup>90</sup> En 1959 el Comité Europeo de Seguros declaró que la libertad en la prestación del reaseguro venía justificada por el «carácter eminentemente internacional» del mismo. En este punto cabe destacar la Directiva 64/225/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, relativa a la supresión, en materia de reaseguro y de retrocesión, de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. La anterior norma obligó a distintos Estados miembros de la Unión Europea pero, en particular, a la República Italiana a eliminar la facultad concedida al Ministro de Industria y Comercio de prohibir la cesión de riesgos en reaseguro o en retrocesión y así permitir que la prestación del servicio de reaseguro fuese libre contribuyendo a acentuar el carácter internacional del contrato sin trabas legales en los ordenamientos nacionales. Entre las disposiciones vigentes en el derecho español e italiano que dan buena muestra de la afirmación arriba sentada, destacamos las siguientes.

El ordenamiento jurídico español contempla un régimen de autorización para que las entidades reaseguradoras de nacionalidad española puedan operar, en régimen de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, en cualquier mercado de los Estados miembros de la Unión Europea (Artículo 20.4 y 21.1 LOSSEAR). También se permite que las entidades reaseguradoras domiciliadas en otros Estados miembros puedan ejercer, en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios, la actividad reaseguradora en España siempre que hayan obtenido la autorización correspondiente en el país de origen (Artículo 51.3 LOSSEAR). Igualmente se permite que una sucursal de una entidad reaseguradora de un tercer país pueda desarrollar su actividad en España previa autorización administrativa (Artículo 63 LOSSEAR).

El ordenamiento jurídico italiano permite el ejercicio del reaseguro, en régimen de derecho de establecimiento, en el territorio de la República Italiana por entidades reaseguradoras que tenga su sede social en otro Estado miembro o en un tercer Estado siempre que el Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni lo autorice (Artículo 60 Codice Assicurazione). Las entidades reaseguradoras que cuenten con sede en la República Italiana necesitan autorización para llevar a cabo la actividad reaseguradora en el territorio de la República. Esta autorización administrativa les permitirá también ejercer dicha actividad en los demás Estados miembros de la Unión Europea (Artículo 58 Codice Assicurazione). El acceso y el ejercicio de la actividad de reaseguro, en régimen de libre prestación de servicios, en el territorio de la República Italiana por parte de empresas que tengan su domicilio social en otro Estado miembro o en un tercer Estado no requiere, en cambio, de autorización alguna (Artículo 61 Codice Assicurazione).

<sup>91</sup> El acrónimo escrito en las pólizas es el resultado de la expresión *Gross Net Written Premium Income* con la que los reaseguradores identifican la base a la que se aplica la tasa de primas de reaseguro teniendo en cuenta las cancelaciones, los reembolsos y las primas pagadas por la cobertura de reaseguro. Por otra parte, las siglas T.L.O es la abreviatura de la expresión *Total Loss Only* con la que se hace referencia al pago íntegro de la suma asegurada en la póliza cuando el objeto asegurado se viese afectado por una pérdida real o una pérdida total constructiva.

reaseguradores»<sup>92</sup>; iv) el hecho de que el condicionado esté redactado mayoritariamente en «inglés o en algunos de los idiomas más importantes del mundo»<sup>93</sup> o, en último lugar, v) el hecho de que la compensación de los riesgos se produzca entre países diferentes.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha reconocido con total claridad el carácter internacional del contrato de reaseguro<sup>94</sup>. La gran parte de la doctrina científica igualmente ha afirmado y destacado expresamente el carácter internacional del reaseguro como una nota inherente<sup>95</sup> a la propia esencia del contrato e incluso hay quienes van más allá y califican al reaseguro, más que como un contrato de seguro, como una industria<sup>96</sup> de carácter distintivamente internacional sobre la que justificar la iniciativa de los Estados de regular el negocio jurídico como materia unificada. Algunos autores también han apreciado una tendencia a la unificación internacional merecedora de la calificación de «nueva *lex mercatoria*»<sup>97</sup> a través de una

---

<sup>92</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>93</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 626.

<sup>94</sup> Así se expresa en el Anexo A de las «Recomendaciones aprobadas por la III Comisión de la Conferencia sobre el comercio y desarrollo», disponible en *El trimestre económico*, Vol. 31, Núm. 124, octubre-diciembre 1964, p. 674.

<sup>95</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 266; PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 24 indica que «la riassicurazione, ancora più della assicurazione, è pertanto uno scambio internazionale di servizi tra le diverse compagnie» y califica al reaseguro como fenómeno mundial; CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, *op. cit.*, p. 18; PERSICO C., «L'assicurazione marittima e la gerarchia delle fonti», *Diritto marittimo*, 1946, p. 320 describe como los impulsos a la unificación internacional del seguro marítimo proceden del reaseguro, «che è per sua natura tecnica di estensione internazionale»; ROCA GUILLÉN J., «Estudio del reaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 19, 1949, p. 40 expresó que «el reaseguro no cumpliría plenamente su función si se limitara al espacio de un país, ya que, debido a su misma índole, el reaseguro no puede reconocer fronteras y sería vana presunción quererle reducir su campo de actividad»; BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, p. 327 indicó que el carácter esencialmente internacional del reaseguro es debido a las retrocesiones que hace el reasegurador no solo a nivel nacional sino practicándose «sin distinción de nacionalidades, única forma de que pueda tener realidad la ley de los grandes números, base de toda la institución del seguro»; EHRENZWEIG A. A., «Per un diritto comparato delle assicurazioni», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima, p. 115; ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 79; CARENA A. A., *Il rischio...*, *op. cit.*, p. 238 predica el carácter esencialmente internacional del contrato de reaseguro y del mercado reasegurador; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 678; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 78 señaló que la internacionalidad es una nota esencial del reaseguro; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 14 une al carácter internacional del contrato una «práctica contractual internacional»; VAQUERO LÓPEZ M. C., «La cuestión...», *op. cit.*, p. 249 también afirmó el carácter intrínsecamente internacional del reaseguro; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 86 defendió que «la internacionalidad del reaseguro es el secreto de su éxito y, al mismo tiempo, condición de su consolidación y quizás de su supervivencia».

<sup>96</sup> D'AMELIO M., «Per l'unificazione internazionale del diritto delle assicurazioni private», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, p. 2. BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 5 también señalan que, en momentos precedentes a nuestros días, el reaseguro marítimo constituyó una actividad subsidiaria respecto del seguro directo pero en la época reciente se ha convertido en una industria por derecho propio.

<sup>97</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Sevilla, 1996, p. 20; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 726 también consideran que los usos de carácter internacional en materia de reaseguro (recogidos en cláusulas uniformes sin un grado de aceptación completo) forman un «aspecto de derecho trasnacional» que trata de escapar de los derechos nacionales concretos; FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho...», *op. cit.*, p. 212.

disciplina usual y convencional de carácter internacional recogida en las cláusulas y condiciones uniformes de un gran número de contratos de reaseguro que son una manifestación más del la internacionalidad de este contrato.

No cabe duda de que la amplitud y diversidad de los mercados nacionales contribuye a convertir el sistema del reaseguro en una estructura internacional y con mayores garantías. La división del riesgo tiene como finalidad la extensión del mismo entre varias economías nacionales distintas para que, en el caso de que se verifique el siniestro, la reparación del daño sea llevada a cabo mediante un esfuerzo común. La repartición evita que el impacto económico sea soportado exclusivamente por la industria reaseguradora de un único mercado nacional y merme sus capacidades financieras y operativas. El reaseguro no es solo un contrato internacional sino un fenómeno internacional comprensivo de una regulación, una práctica, unos usos, una costumbre... etcétera.

### 2.13 Mercantilidad

El seguro marítimo constituyó una creación de los mercaderes mediterráneos del siglo XIV e igualmente lo fue el reaseguro marítimo, tal y como tendremos ocasión de exponer ulteriormente con mayor detalle. Posteriormente correspondió a los aseguradores desarrollar y perfeccionar dicho contrato a través de una configuración próxima a su actividad para satisfacer sus propias necesidades hasta la aparición de compañías dedicadas, de una manera profesional y en exclusiva, a la actividad reaseguradora. La ubicación del contrato de seguro y de reaseguro dentro del ámbito mercantil es un elemento configurador en su origen que aun hoy perdura en su propia naturaleza<sup>98</sup>.

La doctrina viene considerando desde antaño que «toda actividad marítima que no persiga fines comerciales será pura y simplemente civil y, por tanto, excluida del derecho marítimo»<sup>99</sup>. Sin obviar la eventual presencia de los consumidores, en el

---

<sup>98</sup> VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, Volumen II, Editore Libraio della Real Casa, Milano, 1890, p. 6 presume siempre el carácter comercial del contrato de seguro respecto de los dos contratantes; URÍA R., *El Seguro...*, *op. cit.*, p. 10 reconoce que el seguro marítimo merece la calificación de contrato «de empresa»; DONATI A., *Trattato...*, Volume Primo, *op. cit.*, p. 15 señala que el carácter comercial y las motivaciones de orden económico fueron los pilares del nacimiento y del desarrollo del reaseguro como instrumento esencial de la industria de seguros internacional; VOLPE PUTZOLU G., «L'influenza della normativa comunitaria sul contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1991, Anno LVIII, Parte Prima, pp. 116-120 defiende que el contrato de seguro es el contrato mercantil por excelencia; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., «Nuevas fuentes (nuevos sujetos) y nuevos contratos en la Ley de Navegación Marítima española», *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número 7, 2015, p. 53 advera, en relación con el seguro marítimo, que es un contrato de naturaleza mercantil.

<sup>99</sup> VIVANTE C., *Trattato di Diritto Commerciale*, Volume I, Quinta Edizione, Casa Editrice Dottor F. Vallardi, Milano, 1922, p. 111, precisa que «todas las operaciones vinculadas a la navegación en mar y en tierra son de índole mercantil (...) La nave debe ser considerada como una cosa que le imprime el carácter mercantil a todas las obligaciones relacionadas con su ejercicio» (traducción propia); ESTASÉN P., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 66 distinguía cinco categorías de actos de comercio (actos referidos a cosas, al crédito, al trabajo, al riesgo y actos propios del comercio marítimo) y aunque reconocía que algunos (v.gr. seguro de mar) podrían tener encuadre en varios de ellos los reconducía al último apartado reivindicando que todos los actos y contratos que se referían al comercio del mar y a la navegación eran mercantiles debido a la consideración del negocio marítimo como capítulo autónomo y especial de la vida del comercio; ROCCO A., «Principios de Derecho mercantil», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1931, p. 191 considera comercial la actividad inherente a la navegación por razones históricas y prácticas;



negocio marítimo las relaciones se producen recíprocamente entre empresarios entre sí<sup>100</sup> y, por tanto, no existe ninguna protección de los contratantes por su profesionalidad, grado de preparación, posibilidad de discutir el contenido contractual y de fijarlo<sup>101</sup>.

A lo largo de la historia tanto el contrato de seguro marítimo como el de reaseguro fueron reputados mercantiles por los textos codificados y por la legislación especial<sup>102</sup>. El hecho de que el seguro y el reaseguro marítimo contaran, hasta la entrada en vigor

---

GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA F., *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Tomo I, Ed. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Bilbao, 1943, p. 12; GARRIGUES J., «Verso un nuovo Diritto commerciale della Spagna», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Volume XLI, Parte prima, 1943, p. 84 señalaba que las relaciones derivadas del ejercicio de la navegación marítima tienen siempre un carácter comercial en sentido absoluto.

<sup>100</sup> ILLESCAS R., «La responsabilidad del porteador marítimo en el Anteproyecto de Ley de contratos de utilización del buque», DE EIZAGUIRRE J. M. (Coord.), *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Ed. Librería Carmelo, San Sebastián, 1996, p. 77.

<sup>101</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 209 y señala, entre otros ejemplos, que el asegurador-reasegurado no ocupa la posición «auténtica» de consumidor.

<sup>102</sup> Sin poder describir la totalidad de ordenanzas que se referían al seguro y al reaseguro marítimo e iban dirigidas hacia los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional, recogemos a continuación solo los antecedentes legales más importantes de la historia jurídica española e italiana.

En España, las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao (aprobadas y confirmadas el 2 de diciembre de 1737) ya contenían una regulación sobre el reaseguro. El Código de Comercio español de 1829 (decretado, sancionado y promulgado el 30 de mayo de 1829) contaba con cinco libros y dedicaba el tercero de ellos al comercio marítimo. El mentado Libro se componía de cinco Títulos de los cuales centramos nuestro estudio en el tercero de ellos («De los contratos especiales del comercio marítimo»), dividido éste, a su vez, en tres secciones. En la última de ellas y unida a la regulación del seguro marítimo, el Artículo 852 señalaba que «el asegurador puede hacer reasegurar por otros los efectos que él hubiere asegurado por mas ó menos premio que el que hubiere pactado, y el asegurado puede también hacer asegurar el costo del seguro y el riesgo que pueda haber en la cobranza de los primeros aseguradores».

El Código de Comercio italiano de 1865 también expresaba, en su Artículo 456, que «l'assicuratore può far riassicurare da altri le cose che ha già assicurate» y precisaba que «l'assicurato può far assicurare il costo dell'assicurazione. Il premio della riassicurazione può essere minore o maggiore di quella dell'assicurazione».

En la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 se aludía al reaseguro como contrato «perfectamente moral y lícito». Dentro de la Sección Tercera («De los seguros marítimos») del Título III («De los contratos especiales del comercio marítimo») del Libro III («Del comercio marítimo») del Código de Comercio de 1885, el Artículo 749 se limitaba a afirmar que el asegurador podría reasegurar por otros los efectos por él asegurado. El Artículo 400 del citado texto legal se refería al reaseguro terrestre. Fuera del texto codificado, la regulación jurídica del reaseguro privado comienza con la Ley de 1908 y el Reglamento de 1912. En concreto fue el Artículo 3.2 del Reglamento de 2 de febrero de 1912 el que desarrolló la Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 y definió, en su Artículo 3, al reaseguro como «el contrato mediante el cual un asegurador toma a su cargo, en totalidad o en parte, un riesgo ya cubierto por otro asegurador» y precisó más adelante que «el reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado». Y junto al anterior citamos el Decreto de 13 de marzo de 1942 sobre seguro y reaseguro de cascos de buques abanderados en España y el Decreto de 29 de septiembre de 1944 que reguló los aspectos administrativos y contractuales de todas las operaciones de reaseguro de carácter mercantil y reconoció que el reaseguro es «la pieza más fundamental en la trayectoria técnica aseguradora».

En el ordenamiento jurídico italiano, encontramos referencias al reaseguro en la Terminazione veneciana de 1771 y en el Codice della la Veneta Mercantile Marina de 1786. El Codice di Commercio de 1882 contenía igualmente una regulación general del seguro y una regulación especial de los seguros contra los riesgos de la navegación pero la codificación de 1942 separó el Derecho de seguros entre el Codice Civile italiano y el Codice Navigazione. El Codice di Commercio de 1882 tan solo se limitaba a reconocer la admisibilidad del reaseguro en su Artículo 422 («l'assicuratore può far assicurare da altri le cose che ha assicurate»).

del Codice Civile y del Codice Navigazione así como de la LCS y de la LNM, con una regulación dentro del Codice Commerciale italiano y del Código de Comercio español avala el carácter comercial de estos contratos particulares durante toda la etapa anterior al nuevo régimen. La derogación de los citados textos codificados conllevó una supresión formal o aparente de ese carácter pero no material<sup>103</sup>. Aunque el alcance de esta calificación pueda tener una significación algo menor en Italia, la mercantilidad subyace en el contrato de seguro y de reaseguro por encima de reconocimientos legales o reglamentarios. En España, el reaseguro no se encuentra disciplinado en el vigente Código de Comercio español junto con los contratos especiales del comercio pero el Artículo 2 de dicho Código declara sujeto al mismo todos los actos de comercio comprendidos en él y «cualesquiera otros de naturaleza análoga» que no hayan sido especificados entre sus disposiciones. El Profesor MENENDEZ defiende una analogía económica y no una analogía en sentido técnico como cláusula que dé cabida a todos aquellos que, no siendo previstos, se manifiesten por impulso y en el ámbito de la autonomía privada<sup>104</sup>. En el reaseguro, la autonomía privada se articula además como el instrumento idóneo que permite y garantiza a los contratantes la consecución de sus propios fines conforme a sus propias circunstancias y a las problemáticas específicas de la sofisticada realidad en la que se lleva a cabo el negocio jurídico.

El reaseguro procede de otro acto y contrato comercial referido al riesgo (el seguro marítimo) y ambos contratos mercantiles son actos integrantes de la actividad profesional del empresario asegurador y constituyen instrumentos jurídicos necesarios en el conjunto de operaciones y relaciones que llevan a cabo estos empresarios especializados. Ni el seguro ni el reaseguro se encuentran actualmente concebidos como operaciones aisladas o esporádicas sino todo lo contrario. El desplazamiento sucesivo y continuo del riesgo forma parte del necesario tráfico comercial que caracteriza a esta explotación industrial y el contrato de reaseguro es uno de los actos integrantes del ejercicio profesional de la actividad económica del empresario reasegurador. Sin el reaseguro, la empresa de reaseguro no tendría razón de ser. El contrato de seguro destaca por ser un contrato mercantil típico de empresa y dicha particularidad destaca mucho más en el reaseguro porque nos situamos ante un acto de empresa no sólo para una de las partes sino para las dos<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> PERSICO C., «L'assicurazione...», *op. cit.*, p. 300 afirma que «l'assicurazione fa parte del diritto commerciale» pese a la aborción en el Codice Civile de la materia del Derecho mercantil y a la abolición del sistema autónomo legislativo de normas mercantiles ya que permanecen siempre razones intrínsecas de autonomía científica y didáctica.

<sup>104</sup> MENÉNDEZ MENDÉNDEZ A., «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española», *Centenario del Código de Comercio*, Volumen Primero, Ed. Ministerio de Justicia - Centro de publicaciones, Madrid, 1986, p. 79.

<sup>105</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 30, n. 75. En el mismo sentido, SOTGIA S., «L'assicurazione della responsabilità civile nel codice e nelle polizze», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima, p. 387; RIPERT, G., *Droit...*, *op. cit.*, p. 571 señala que el reaseguro constituye el objeto de una industria especializada dado que existen compañías dedicadas exclusivamente a la actividad del reaseguro; FELIX MORANDI J. C., «Il principio...», *op. cit.*, p. 418 defiende que el reaseguro es un «típico contrato de empresa» para las dos partes contratantes porque es concluido entre profesionales del seguro que se encuentran en un plano de igualdad para regular el contrato y la práctica comercial conexas al mismo; CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 28 «la riassicurazione viene considerata come attività di impresa e quindi come oggetto sociale della persona giuridica che tale impresa esercita».

En el seguro, el asegurador «no solo actúa profesionalmente sino que, además lo hace como empresario con una adecuada organización impuesta por las peculiaridades del contrato y por la intervención del Estado»<sup>106</sup>. En el reaseguro, la operación es concertada entre dos sujetos que intervienen como partes en un contrato de seguro reuniendo en sí mismos una condición idéntica y es esa índole la que también determina el carácter mercantil de este contrato<sup>107</sup>. Tanto el asegurador<sup>108</sup>-reasegurado como el reasegurador<sup>109</sup> son aseguradores y empresarios. Y no son un tipo o clase de empresarios genéricos sino empresarios profesionales con una capacidad técnica, económica y jurídica agravada (cualificada) respecto a los empresarios con carácter general al ser ambos contratantes entidades aseguradoras por imperativo legal<sup>110</sup> en

---

Este último autor añade (p. 34) que el reaseguro asume las características típicas del contrato de empresa y que ello significa «assenza nella disciplina del rapporto di misure di tutela del "consumatore", tendenza per tale disciplina ad emanciparsi dalle legislazioni privatistiche nazionali in favore di una superiore "lex mercatoria" a livello superstatuale»; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro, op. cit.*, p. 233 califica al reaseguro como contrato mercantil; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro..., op. cit.*, pp. 41 y 204.

<sup>106</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato..., op. cit.*, p. 209.

<sup>107</sup> VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, Hoepli, Milano, 1885, p. 76, fue el primer expositor de la doctrina en virtud de la cual declaró que el seguro lo practican exclusivamente grandes empresas, sociedades e instituciones comerciales organizadas sólidamente («il commercio di assicurazione viene oggidi essercitato, esclusivamente e sistematicamente da grandi imprese commerciali, con una serie continua di affari omogenei»).

<sup>108</sup> BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, pp. 414-417 señala que el hecho de que los contratos de seguros se puedan estipular con compañías aseguradoras autorizadas para el ejercicio de esa actividad en concreto presupone, desde un punto de vista técnico, que el asegurador es un empresario especializado y autorizado. También afirma que la empresa autorizada es una *condicio juris* para el ejercicio sistemático de la industria y, por tanto, un presupuesto del contrato de seguro en su figura tradicional. En nuestra opinión, el asegurador-reasegurado ocupa la posición de asegurado pero no actúa como el «asegurado» de un contrato de seguro por lo que, en adelante, siempre nos referiremos como asegurador-reasegurado al considerar que es el término que mejor expresa su significado. En el mismo sentido, CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione..., op. cit.*, pp. 20, 29, 59 y 68, 151 reitera que «la riassicurazione è un contratto che si conclude esclusivamente tra imprese (...) che si devono presumere di pari forza contrattuale, per cui nei suoi riguardi non trova applicazione la normativa assicurativa a favore del contraente più debole» y concluye (pp. 70 y 126) que el reaseguro es un instrumento de cooperación entre empresas.

<sup>109</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 257 señala que, especialmente en el ámbito marítimo, el reasegurador es un asegurador de profesión con capacidad suficiente para valorar adecuadamente el riesgo.

<sup>110</sup> En España, el régimen estatutario común para cualquier actividad reaseguradora se encuentra en la citada LOSSEAR y en el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR). De manera abreviada, los principales requisitos son: autorización administrativa del Ministerio de Economía y Competitividad; adopción de una forma jurídica específica (sociedad anónima o sociedad anónima europea) e inscripción en el Registro Mercantil y administrativo; limitación del objeto social a la actividad reaseguradora y operaciones conexas; expresión del término «reaseguro» en su denominación social; presentación y sometimiento a programas de actividades; capital social mínimo y fondos propios; reunión de los requisitos de honorabilidad y de las condiciones de cualificación y experiencia profesionales en quienes ejercen la dirección o desempeñen función; y establecimiento en territorio español. Tanto la sociedad anónima como la sociedad anónima europea se encuentran reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC). El Artículo 2 TRLSC señala que las sociedades de capital tienen carácter mercantil y el Artículo 1 del Código de Comercio señala que son comerciantes «las compañías mercantiles o industriales» constituidas conforme a él.

En Italia, el acceso a la actividad reaseguradora y el ejercicio de la misma viene supeditada al otorgamiento por el Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo de una autorización administrativa. El Artículo 59 Codice Assicurazione y los Artículos 62 a 67 del Decreto

orden a la actividad que desarrollan. La contratación en el ámbito del reaseguro se produce siempre entre dos partes (empresarios) que ostentan una igualdad<sup>111</sup> de

---

Legislativo 7 settembre 2005, numero 209, establecieron los principales requisitos necesarios para obtener la autorización y desarrollar la actividad reaseguradora. De manera resumida, los requisitos son: adopción de una forma jurídica determinada (sociedad por acciones o sociedad anónima europea); el establecimiento de la dirección (general y administrativa) en territorio italiano; desembolso íntegro de un capital social mínimo; presentación de los estatutos, del programa de actividad y estructura (de organización y de gestión) y de un informe actuarial; reunión de los requisitos de honorabilidad, profesionalidad e independencia; existencia de garantías de gestión sólida y prudente; e inscripción en el registro. El Artículo 42 Codice Assicurazione establece que las actividades que cubran las reservas técnicas en los ramos de daños y que se encuentren registradas, están reservadas exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa con los contratos a los que se refieren esas reservas ya que constituyen un patrimonio separado respecto a la restante actividad llevada a cabo por la empresa. A mayor abundamiento, dejamos indicado que las reservas o provisiones técnicas son medios financieros inmovilizados que sirven de garantía a las obligaciones asumidas por los aseguradores o reaseguradores. El Artículo 2249 Codice Civile expresa que las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad comercial deben constituirse con arreglo a uno de los tipos sociales regulados en el Capítulo III del Título V del Libro V del Codice Civile (entre esos tipos, se encuentra la sociedad por acciones). El escaso desarrollo legislativo de la sociedad anónima europea en Italia no impide predicar la conclusión anterior porque el Artículo 10 señala que esta sociedad recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la sociedad europea tenga su domicilio social.

Otro ejemplo que da buena prueba de la capacitación exigida es el Reglamento (CE) número 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de julio de 2002 relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, según el cual el balance consolidado de las empresas de reaseguro vendrá redactado con base en las normas internacionales de contabilidad que comprenderá las *International Accounting Systems*, *International Financial Reporting* y las interpretaciones del *Standing Interpretations Committee* y del *International Financial Reporting Issues Committee*.

En lo que se refiere a la posición del asegurador-reasegurado, ésta recaerá sobre la empresa de seguros que deberá reunir en España e Italia alguna de las siguientes formas: sociedad anónima, sociedad cooperativa, mutua de seguros, sociedad anónima europea o sociedad cooperativa europea. Además, España contempla que las mutualidades de previsión social puedan ser entidades aseguradoras (apartado del Artículo 27.1 LOSSEAR).

El Artículo 81.1 d) Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil impone a las cooperativas de seguros su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil y con ella la aplicación de las normas mercantiles. El Artículo 2200 Codice Civile señala a las cooperativas entre los sujetos obligados a la inscripción en el registro de empresas. ASCARELLI T., *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962, p. 162 observa que la cooperativa, en su consideración de empresa auxiliar, tiene presumiblemente un carácter mercantil.

Respecto de las mutuas de seguros, el Artículo 41.1 LOSSEAR afirma que «las mutuas de seguros son sociedades mercantiles».

<sup>111</sup> DONATI A., *Trattato...*, Volumen III, *op. cit.*, pp. 454-455 afirma que el reaseguro es una relación «tra imprenditori assicuratori, cioè tra parti su piede di pari forza»; PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro: función económica*, Ed. ICE, Madrid, 1973, p. 122 indica que, en la práctica, los convenios de reaseguro se concluyen tras «laboriosas discusiones» entre grupos igualados en cuanto a su poder de negociación; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 514 comparte que los reaseguros «se negocian entre partes iguales y ninguna de ellas supera a la otra. Cualquier estipulación que favorezca a una parte espararía en contra del principio de igualdad»; DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 635 cuando afirma que en el reaseguro «las partes se consideran como comerciantes en situación de igualdad» y revela que no se reproduce esa misma situación con respecto al contrato de seguro; URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 641 hablan del reaseguro como un contrato celebrado siempre entre dos empresarios «especializados»; NEBEL R., «The case for liberal reinsurance regulation», *The Geneva papers on risk and insurance. Issues and practice*, Vol. 27, N. 1, 2002, p. 117 confirma «reinsurance is traded between industry specialists (business-to-business)»; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 584; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 581 profundiza en la afirmación: empresarios «de un poder económico parejo».

condición y en la que la intervención del asegurado está ubicada dentro del ámbito propio de su actividad comercial. El desempeño de esa actividad por parte de dos contratantes que asumen un rol empresarial es otro de los elementos principales que también permiten afirmar la mercantilidad del reaseguro. Al planteamiento anterior unimos la existencia de una planificación y organización (económica y profesional) encaminada a satisfacer las necesidades del mercado del riesgo y de una afinidad en los actos dentro de la relación contractual que caracteriza cuanto menos este contrato enmarcándolo, consecuentemente, en un ámbito especial o particular y profesional<sup>112</sup>.

Otro criterio para la determinación de la mercantilidad del contrato se encuentra en el Artículo 86 ter, apartado 2 letra c, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de las pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo, es decir, aquellas que regulan las relaciones jurídico-privadas que derivan del comercio marítimo y de la navegación marítima en general.

En conclusión y a modo de resumen, afirmamos que el seguro y el reaseguro marítimo comparten los mismos caracteres. Ambos son contratos en los que se encuentran presentes las notas de consensualidad, bilateralidad, onerosidad, aleatoriedad, máxima buena fe, durabilidad (ejecución continuada), principalidad, tipicidad, resarcibilidad indemnizatoria, no adhesividad, privacidad, internacionalidad y mercantilidad (contrato de empresa).

Todos los caracteres del reaseguro enunciados con anterioridad y las implicaciones que los mismos conllevan deberán estar presentes en todo momento y tener reflejo tanto en la conducta de las partes contratantes como en la interpretación (judicial o arbitral) que se haga de la póliza o contrato de reaseguro.

### **3. Naturaleza jurídica**

#### **3.1 Distinciones respecto a figuras similares**

El asegurador puede recurrir a diversos métodos (*v.gr.* coaseguro, franquicia, reaseguro, seguro cumulativo...etcétera) para alcanzar la homogeneidad de los riesgos que exige la técnica aseguradora y, de esta manera, alcanzar una óptima circulación y distribución de los riesgos en el mercado. La gran mayoría de esos métodos presentan similitudes entre ellos y, en algunas ocasiones, son utilizados de forma simultánea dada su compatibilidad y sus similitudes prácticas y económicas.

---

<sup>112</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 2833 señala que el Derecho mercantil es, o ha llegado a reconocerse, como Derecho privado especial de los empresarios y que debe de configurarse al Derecho mercantil como un Derecho profesional. PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, pp. 70-71 defiende que el moderno Derecho de seguros que no puede prescindir de una organización dirigida a garantizar la compensación de los riesgos y, en relación con ello, considera esencial la actuación de la empresa para la estipulación del contrato de seguro

Sin perjuicio de que el reaseguro sea utilizado con frecuencia para la distribución de los riesgos, en el presente estudio se hace necesaria una delimitación del mismo respecto a las figuras jurídicas más próximas al mismo que comparten con él una misma finalidad pero que difieren en su estructura y funcionamiento.

A continuación estudiaremos las principales figuras jurídicas que presentan una analogía con el reaseguro; los siguientes institutos pueden agruparse, en función de su naturaleza jurídica, bajo dos grandes categorías: instituciones no asegurativas e instituciones asegurativas.

### **3.1.1 Instituciones no asegurativas**

#### **a) Contrato de sociedad**

Una asociación es la unión de personas que, de manera voluntaria y con carácter duradero, ponen en común una serie de recursos para la consecución de un fin a través de una actividad organizada. Si el objetivo que se persigue es económico, la noción anterior serviría igualmente para definir a la sociedad. Siendo la asociación un fenómeno y la sociedad una especie de ella, una parte de la doctrina ha identificado el reaseguro con el contrato de sociedad.

También hay quienes han establecido una similitud entre el derecho a examinar la administración y a consultar los documentos contables (Artículo 133 Código de Comercio y Artículo 2261 Codice Civile) con la facultad de revisión e inspección documental del seguro originario reconocida contractualmente al reasegurador.

No puede negarse que el reaseguro crea un vínculo contractual de carácter estable entre dos sujetos de Derecho para el desenvolvimiento de un negocio cuyo lucro depende del alea pero ello no es bastante para afirmar que la estructura jurídica del reaseguro tenga encaje en el contrato de sociedad. Al regular el contrato de compañía mercantil, el Artículo 116 Código de Comercio expresa que, en virtud de dicho negocio jurídico, dos o más personas se obligan a «poner en fondo común bienes, industria o algunas de estas cosas para obtener un lucro». De conformidad con el Artículo 1665 Código Civil, en el contrato de sociedad civil dos o más personas también se obligan a «poner en común dinero, bienes o industria» con el ánimo de dividir las ganancias entre sí. El Artículo 2247 Codice Civile, al definir el contrato de sociedad, pone el acento en el hecho de que dos o más personas confieren bienes o servicios «per l'esercizio in comune di una attività economica» con el fin de repartir las ganancias. Todos los intervinientes han de hacer alguna aportación: «la que se estime suficiente en el momento fundacional para la consecución del objeto final»<sup>113</sup>. Las comisiones y las primas son las aportaciones económicas que tienen lugar en el reaseguro pero éstas tampoco se efectúan con el objetivo de formar un patrimonio propio. En el reaseguro

---

<sup>113</sup> GARRIGUES J., *Curso de Derecho mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 333. En el mismo sentido, NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. IV., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920, p. 217 afirma que «la base del contratto di società è dunque una comunione; ogni socio deve contribuire alla formazione di un patrimonio comune (patrimonio sociale)» y GERATHEWOHL K., *Reaseguro....*, Vol. I, *op. cit.*, p. 439 considera que el reaseguro une al asegurador y al reasegurador para formar una comunidad de intereses económicos pero sin constituir una sociedad ni una «quasi sociedad».

falta, por tanto, la formación de un patrimonio común e independiente así como el ánimo de conseguir un lucro y dividirlo.

Indistintamente del ordenamiento jurídico desde el que nos situemos, la formación de un patrimonio social es una nota característica del contrato de sociedad y, junto a ella, la personalidad jurídica. El párrafo segundo del Artículo 116 Código de Comercio señala que, una vez constituida la compañía mercantil, «tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos» y el Artículo 2331 Codice Civile reconoce también personalidad jurídica a la sociedad cuando ésta se inscriba en el Registro. Sin embargo, tampoco en el contrato de reaseguro se da lugar a la creación de una persona jurídica nueva sino que dos personas jurídicas se obligan de acuerdo con la capacidad de cada una de ellas.

En conclusión, ni el fin social, ni la presencia de un patrimonio autónomo, ni la personalidad jurídica pueden encontrarse en el contrato de reaseguro por lo que del mismo no puede derivarse un vínculo societario. Así lo comparte la mayoría de la doctrina cuando se afirma que, en el reaseguro, no se reúnen los elementos esenciales del contrato de sociedad pero sobretodo no hay una intención precisa, manifiesta e inequívoca de crear un vínculo societario porque no existe una *affectio societatis*<sup>114</sup>.

#### **b) Mandato**

De un lado, el mandato encuentra su regulación en el Derecho positivo español en los Artículos 1709 y siguientes del Código Civil y en los Artículos 244 y siguientes del Código de Comercio. De otro, en el ordenamiento jurídico italiano se encargan de regularlo en los Artículos 1703 y siguientes del Codice Civile.

La configuración del reaseguro con el mandato tiene por objeto identificar al asegurador-reasegurado con el mandatario y al reasegurador con el mandante. Sin embargo, a nuestro juicio dicha aproximación es ilógica y no puede tomarse en seria consideración por los siguientes argumentos.

Esta teoría descansa en la idea principal de que el mandato lleva consigo la representación directa y de que el asegurador-reasegurado (actuando como supuesto mandatario) obliga directamente al reasegurador (mandante). No obstante, el asegurador-reasegurado no actúa, en ningún momento, por cuenta del reasegurador sino en su beneficio propio y su actuación deriva exclusivamente del contrato de seguro entre ambos. El reasegurador reviste la condición de tercero en la relación entre el asegurado y el asegurador-reasegurado. La obligación de gestión del riesgo que soporta el asegurador-reasegurado no nace de un contrato de mandato entre él y el reasegurador sino que nace como obligación *ex lege* o *ex contractu* del seguro principal pactado<sup>115</sup>. Sin un vínculo jurídico entre el asegurado originario y el reasegurador, decae cualquier intento de aproximar el mandato al reaseguro sobre la base de la representación.

Los citados sistemas jurídicos reconocen tanto la representación directa [Artículo 1709 Código Civil expresa «por el contrato de mandato se obliga una persona (...) por cuenta o encargo de otra» y Artículo 245 Código de Comercio señala «El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre (...) de su comitente»]; Artículo

---

<sup>114</sup> CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, op. cit., p. 64; NAVAS J., «Naturaleza...», op. cit., p. 493; DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, op. cit., p. 471.

<sup>115</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., p. 53.

1703 Codice Civile «il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga (...) per conto dell'altra»] como la representación indirecta [Artículo 1717 Código Civil «cuando el mandatario obra en su propio nombre (...)» y el Artículo 245 Código de Comercio «el comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio (...)»; Artículo 1705 Codice Civile «il mandatario che agisce in proprio nome (...)»] y ello conduce a que, no existiendo una distinción entre mandato y comisión sobre la que apoyar la representación, la comisión «no es sino mandato mercantil. El comisionista puede ser o no apoderado de su comitente»<sup>116</sup> pero el contrato de comisión siempre es un «contrato de gestión de los intereses de otro»<sup>117</sup>. Frente a ello, puede oponerse que en el contrato de comisión existe un Derecho de revocación que no tiene lugar en el reaseguro. El Artículo 279 Código de Comercio reconoce que «El comitente podrá revocar la comisión conferida al comisionista, en cualquier estado del negocio (...)». El Artículo 1722 Codice Civile señala igualmente «il mandato si estingue: (...) per revoca da parte del mandante» y los Artículos 1723, 1724, 1725 y 1726 del mismo texto codificado disciplinan la revocación en las diferentes modalidades de mandato. Ninguno de los dos ordenamientos contempla dicha posibilidad en la regulación jurídica que contienen del reaseguro.

En conclusión, no pueden apreciarse semejanzas de gran entidad entre el reaseguro y el mandato porque aunque podamos situarnos en presencia de una relación de colaboración -en sentido económico y no jurídico- entre dos entidades aseguradoras<sup>118</sup>, en virtud del contrato de reaseguro no se realizan actos jurídicos con trascendencia externa.

### c) Contrato de cesión

Otra figura de interés en relación con el reaseguro de la que estimamos conveniente efectuar una distinción es, dada la estrecha relación formal entre ambas<sup>119</sup>, la figura de la cesión. Y, en particular, la cesión de cartera. En virtud de ésta última, un asegurador cede, mediante una contraprestación económica, a otro asegurador todos los seguros de un determinado ramo o clase, o todas las pólizas por él suscritas. Este nuevo titular (cesionario) adquiere todos los derechos y todas las obligaciones que el cedente poseía frente a los asegurados.

---

<sup>116</sup> NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 490.

<sup>117</sup> GARRIGUES J., *Curso de Derecho mercantil*, Vol. II. Imprenta Aguirre, Madrid, 1940, p. 163. También NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. III., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920, p. 34 «il commissionario è incaricato di deliberare e concludere affari commerciali (giuridici) per conto del committente, ma in nome proprio».

<sup>118</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 175 y 228. El autor señala que señala que el contrato de reaseguro «no es, en modo alguno, una cesión o transferencia, por el asegurador directo de los riesgos, por él cubiertos, sobre los intereses objeto del seguro originario de base o seguro directo» y rechaza decididamente el empleo de cualesquiera de dichos conceptos en la definición de la misma.

<sup>119</sup> El derogado Artículo 400 del Código de Comercio español llevaba a equívoco en su calificación porque empleaba imprecisamente los términos «ceder», «cesión» y «cesionarios» en la referencia general que contenía hacia el reaseguro. Igualmente lo hacía el Decreto de 29 de septiembre de 1944 dedicado a la regulación del reaseguro y algunas Sentencias del Tribunal Supremo. También puede llevar a confusión la lectura de las cláusulas de algunos contratos de reaseguro en los que se emplea la denominación «cedente» para hacer alusión al asegurador-reasegurado.



En primer lugar, la matización más notable que nos vemos obligados a reclamar está referida a la verdadera naturaleza jurídica de la cesión con el fin de evidenciar la ausencia de similitudes. Pese al reconocimiento de ambas figuras como negocios jurídicos, GARCÍA-PITA señala que el reaseguro es un contrato con una causa típica (la asunción retribuida de riesgos en forma mutualista) mientras que la cesión de cartera obedece a un contrato con una causa variable y adición que, aunque los elementos reales del reaseguro pueden incluir las primas pagadas por los asegurados directos, no se incluyen los recursos financieros (activos) ni humanos (relaciones de trabajo) como si ocurre en la cesión de cartera<sup>120</sup>. A lo anterior se añade que, en virtud de la cesión del contrato de seguro, se ceden también las deudas y los créditos<sup>121</sup> del asegurador de tal modo que se da lugar a un «fenomeno di successione nel rapporto contrattuale»<sup>122</sup> que no tiene lugar en el reaseguro porque en éste se crea una relación totalmente nueva y distinta.

El Profesor VIVANTE señaló que la distinción fundamental entre ambas figuras se encuentra en que la transferencia del contrato de seguro (y del riesgo que forma parte del mismo) es una cesión mientras que la concurrencia de varias empresas en el mismo riesgo es, en términos económicos, un reaseguro; las finalidades y consecuencias son completamente diversas porque en la cesión se persigue una transferencia y, con ella, la masa de riesgos se ve disminuida y, en cambio, en el reaseguro el objetivo es asumir en comunidad unos riesgos y la cartera junto con las garantías experimentan un aumento<sup>123</sup>.

Otro de los argumentos es que el derogado Artículo 347 Código de Comercio exigía una comunicación de la transferencia del crédito mientras que en el reaseguro no existe una obligación de notificación directa. El vigente Artículo 1406 Codice Civile exige, por su parte, el consentimiento del asegurado para la sustitución del asegurador en la cesión de la póliza. La técnica utilizada en el reaseguro no se identifica con la descrita en el Artículo 1406 Codice Civile porque en el reaseguro la relación original permanece inalterada y junto a ella se instaura una nueva. Además, los Artículos 1408 y 1409 Codice Civile entran en manifiesta colisión con el Artículo 1929 Codice Civile. El Profesor SALANDRA afirmó que la cesión de cartera significa sustituir a otro por uno mismo en la posición del sujeto activo de una relación obligatoria y también en la

---

<sup>120</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 200 menciona que el reaseguro crea una obligación indemnizatoria a cargo del reasegurador y que la cesión de cartera es una operación de transmisión de la empresa. PICARD M. et BESSON A., *Traité...*, op. cit., p. 129 también expresan, con respecto al seguro, que éste suponía «una mutualité techniquement organisée, une concentration de risques, une mise en commun; elle repose essentiellement sur la compensation des risques et sur la loi des grands nombres».

<sup>121</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., pp. 56-57.

<sup>122</sup> BUTTARO L., «Riassicurazione», op. cit., p. 377. Además, el autor señala que la cesión de cartera constituye «un modo di liquidazione dell'azienda o di un ramo di essa».

<sup>123</sup> VIVANTE C., «Riassicurazione e cessione di portafoglio», *Assicurazioni*, 1934, XII-XIII, Anno I, Parte Prima, p. 23. Adicionalmente señala que el contrato revestirá la naturaleza de la cesión cuando se estipule el Derecho a disponer, descartar o modificar los aspectos referidos a la póliza y que el contrato de reaseguro crea solo una relación interna entre dos empresas por lo que el asegurado permanece ajeno a la comunidad de riesgos o a la «asistencia» del reasegurador. SCALFI G., *Manuale...*, op. cit., p. 238 revela que en el contrato de reaseguro no existe nunca «la cesión de (una cuota) de contrato en sentido técnico» conforme a los Artículos 1406 a 1410 Codice Civile.

posición del sujeto pasivo por lo que para dar lugar a la cesión -incluso solo a efectos internos- debería, al menos, el antiguo titular de la relación estar obligado frente al nuevo mientras el segundo estaría obligado a proporcionar el cumplimiento de las obligaciones del primero<sup>124</sup>. En el reaseguro, el asegurado originario ignora el nuevo contrato y no hay una subrogación en sentido propio porque el reasegurador no entra en contacto directo con los asegurados (frente a los cuales responde siempre el asegurado originario). A diferencia de la cesión de cartera, en el reaseguro existe una comunión de riesgos y no existe una novación en cuanto al asegurador por lo que las pólizas contratadas subsisten con toda eficacia, continuando el asegurador como único contratante y responsable ante el asegurado<sup>125</sup>. El reaseguro no produce, en ningún caso, una verdadera mutación subjetiva o sustitución personal en la relación negocial.

En conclusión, el reaseguro no es una cesión del contrato de seguro porque ni su estructura ni sus efectos son los propios de ella.

#### **d) Fianza**

También pueden apreciarse nimias aproximaciones (*v.gr.* intervención de tres sujetos o función de garantía) entre el reaseguro y la fianza pero sin que las mismas puedan llevar a una confusión pues la diferenciación entre una y otra figura es clara.

En España, la fianza encuentra su regulación jurídica general en los Artículos 1822 y siguientes del Código Civil y su ordenación jurídica particular en los Artículos 439 y siguientes del Código de Comercio. En Italia, la disciplina jurídica referida a dicho contrato se ubica en los Artículos 1936 y siguientes del Codice Civile. Ambos ordenamientos jurídicos coinciden en configurar la fianza de manera muy próxima, es decir, como garantía del cumplimiento de una obligación ajena.

El reaseguro y la fianza son dos contratos que pueden cumplir una función de garantía económica o de reforzamiento<sup>126</sup> ante una deuda pero presentan elementos que no son coincidentes entre sí. En virtud del contrato de fianza, una de las partes contratantes (fiador) se obliga a pagar o cumplir por un tercero (deudor) frente al acreedor (o a la pluralidad de ellos) en caso de que el obligado principal no lo haga. La relación negocial se entabla entre fiador y acreedor mientras que, en el reaseguro, el deudor recae sobre una de las partes contratantes (asegurador-reasegurado) sin que los asegurados originarios incidan en la relación jurídica ya que el reaseguro es un contrato de carácter bilateral y recíproco. Las relaciones que se generan entre las partes intervinientes en el contrato de fianza no se corresponden con las relaciones derivadas entre los sujetos contratantes del reaseguro y no es posible apreciar una relación entre

---

<sup>124</sup> SALANDRA V., «I caratteri giuridici del contratto di riassicurazione e la giurisprudenza della Cassazione», *Assicurazioni*, 1934, XII-XIII, Anno I, Parte Prima, pp. 316-317. En igual sentido, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA C., «El contrato de reaseguro y la tarifa II de utilidades», *Revista Derecho Mercantil*, Número 23, 1949, p. 255 quien defiende que la cesión de cartera es la sustitución del asegurador y la diferencia del reaseguro sobre la base de que el asegurador queda obligado exclusivamente con el asegurado y de que los reaseguradores -si bien están obligados frente a los aseguradores a abonar la indemnización- carecen de acción directa contra el asegurado.

<sup>125</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, p. 390.

<sup>126</sup> HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 60. La autora precisa que ese reforzamiento es indirecto (también lo califica de extraño para el asegurado) y que en el mismo se sitúa el elemento común a ambas figuras.

reaseguro y fianza porque estamos en presencia de un «rapporto trilatero» que el Artículo 1929 Codice Civile y el Artículo 78 LCS impiden y, consecuentemente, no puede darse lugar a la solidaridad pasiva (auténtica característica de la fianza)<sup>127</sup>. En ese sentido, el contrato de fianza otorga al acreedor una acción contra el fiador en el supuesto de que el deudor no abone su deuda (Artículo 1834 y 1837 Código Civil; Artículos 1944 y siguientes Codice Civile) y el contrato de reaseguro no concede -salvo pacto en contrario<sup>128</sup>- al asegurado originario ninguna acción directa contra el reasegurador en el caso de que el asegurador-reasegurado no satisfaga la indemnización (Artículo 78 LCS y Artículo 1929 Codice Civile). Como bien indica el Profesor BROSETA, en el reaseguro no es posible ejercitar la acción de regreso que establece el Artículo 1838 del Código Civil en favor del fiador porque el reasegurador que pagase directamente al asegurado no podría dirigirse contra el asegurador-reasegurado, puesto que tal indemnización se pagaría no a título de fiador, sino de reasegurador-deudor por título propio, de forma que una vez satisfecha la deuda no le facultaría para repetir contra el asegurador-reasegurado como sería normal si se tratase de una fianza<sup>129</sup>.

Tampoco el objeto de la fianza se sitúa en correlación con el del reaseguro. La particular naturaleza indemnizatoria<sup>130</sup> de la obligación asumida por el reasegurador no es igual a la de la fianza y cualquier intento de aproximación entre ambas obligaciones conllevaría a afirmar -contrariamente a la verdad- que el reasegurador se obliga a abonar una deuda ajena en caso de que el deudor no pague<sup>131</sup>. El reasegurador únicamente satisfará económicamente al asegurador-reasegurado cuando éste haya indemnizado al asegurado directo con ocasión de un siniestro y, a consecuencia de ello, haya padecido un perjuicio económico en su patrimonio. A diferencia del fiador, el reasegurador no asume ninguna deuda ajena y, por lo tanto, no es responsable frente al asegurado.

El Artículo 439 Código de Comercio reputa el afianzamiento como accesorio de un contrato mercantil e igualmente el Artículo 1936 Codice Civile alude a «l'adempimento di un'obbligazione altrui». Las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990 y 16 de junio de 1999 exigen las notas de accesoriedad y subsidiariedad en el contrato de fianza. Recientemente la Sentenza Corte di Cassazione 21 gennaio 2020, numero

---

<sup>127</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, pp. 174-175. También MAINARDI R., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 231 rechaza cualquier similitud de la fianza con el reaseguro porque el reasegurador no se constituye en garante frente al asegurado del cumplimiento de las obligaciones del asegurador-reasegurado porque no se crea ningún vínculo jurídico entre el reasegurador y el asegurado. El Artículo 1944 Codice Civile expresa «il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito» y admite que las partes pueden acordar que el fiador no se encuentre obligado a pagar sino hasta el momento anterior a la ejecución del deudor principal. En cambio, el Artículo 1822 Código Civil parece contener una regla general y, en su párrafo segundo, una excepción al expresar que si el fiador se obligase solidariamente con el deudor principal se observarían unas reglas determinadas.

<sup>128</sup> La cláusula «cut-through» concede, en caso de siniestro, al asegurado originario una acción para reclamar directamente al reasegurador el importe de la indemnización debida por el asegurador-reasegurado. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 15 señala que, aun estipulándose la citada cláusula, la obligación será principal y propia (derivada de una estipulación a favor de un tercero).

<sup>129</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>130</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>131</sup> NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 487 y HILL PRADOS M. C., *El reaseguro, op. cit.*, p. 60.

1186, ha reiterado el «principio di accessorietà» que caracteriza el contrato de fianza. Y, como antecedentes a la resolución judicial anterior que venían recogiendo dicha caracterización, citamos -entre otras- también la Sentenza Corte di Cassazione 18 febbraio 2010, numero 3947, la Sentenza Corte di Cassazione 5 aprile 2012, numero 5526 o la Sentenza Corte di Cassazione 31 luglio 2015, numero 16213. La fianza tiene un carácter ineludiblemente accesorio respecto de un negocio jurídico original mientras que el reaseguro no es celebrado con un carácter secundario sino principal.

La fianza y el reaseguro comparten el hecho de que ambas pueden ser bases financieras para un buen desarrollo de la industria aseguradora pero «es afianzamiento económico, más no afianzamiento jurídico»<sup>132</sup>. Finalizamos este apartado concluyendo que la estructura, los elementos personales y el objeto del contrato de reaseguro y del de fianza difieren entre ellos.

### 3.1.2 Instituciones asegurativas

#### a) Seguro subsidiario

A través de un contrato de seguro subsidiario, una entidad aseguradora toma a su cargo el riesgo de la falta de pago de la indemnización que otra entidad aseguradora diferente viene obligada a abonar a un asegurado en virtud de un contrato de seguro celebrado con anterioridad<sup>133</sup>.

Entre las semejanzas que comparten el seguro subsidiario y el reaseguro se encuentran las siguientes: ambos son contratos que se estipulan con posterioridad a la celebración de un seguro y en ellos el asegurado es un elemento personal coincidente. Sin embargo, existen distinciones en el contenido obligacional de uno y otro. En el seguro subsidiario, la obligación de indemnizar por parte del segundo asegurador solo tiene lugar cuando el asegurador originario no efectúa el pago indemnizatorio a su asegurado al que queda sujeto tras la realización del siniestro previsto en el contrato. Por el contrario, en el reaseguro, la obligación de indemnizar del segundo asegurador (reasegurador) se hace exigible sólo en el supuesto y desde el momento en que el asegurador originario (asegurador-reasegurado) contrae la obligación de indemnizar a su asegurado. Además, a diferencia del reaseguro en donde el riesgo lo constituye la posibilidad de indemnizar al asegurador-reasegurado por la deuda originada en su patrimonio, el riesgo en el seguro subsidiario está constituido por la posibilidad de que, convertida en exigible la obligación de pago, el asegurador sea insolvente o no cumpla<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 490.

<sup>133</sup> El derogado Artículo 3 del Reglamento de 1912 definía explícitamente el seguro subsidiario. La dicción literal del precepto legal puede consultarse en LANGLE Y RUBIO E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1959, p. 545 en el que se indica que, con base en el mentado Reglamento, nos situamos ante un seguro directo. El seguro subsidiario también se encontraba regulado en el Artículo 399 del Código de Comercio y el Artículo 749 del Código de Comercio se refería al mismo en alusión a los riesgos marítimos.

<sup>134</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 46 y GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 199-200. Ambos autores convienen en que el seguro subsidiario es un seguro directo.

La mayoría de la doctrina coincide en asimilar el seguro subsidiario con el seguro de crédito<sup>135</sup> o de caución (en cuanto a la diferenciación entre estos dos últimos, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994) pero el reaseguro tampoco puede identificarse con ninguno de ellos. De un lado, en el seguro de crédito, el asegurador se obliga a resarcir al acreedor (asegurado) los daños y perjuicios derivados de la insolvencia de su deudor en los términos establecidos en el contrato mientras que en el reaseguro la obligación de indemnización al asegurado (asegurador-reasegurado) trae causa exclusivamente en el nacimiento de una deuda en su patrimonio por el acaecimiento de un siniestro y no en su negativa o imposibilidad de hacer frente al pago. De otro lado, en el seguro de caución, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiera producido (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1995 y de 12 de marzo de 2003) pero el reasegurador no podrá nunca abonar la indemnización al asegurado original. La estructura del seguro de caución no obedece a la configuración típica de los contratos de seguros y, aunque pueda aproximarse más a los contratos de fianza o garantía ante un incumplimiento, los Tribunales han reconocido que se trata de una «figura polémica» (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2000) y han rechazado una equiparación entre ellos (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1992 y 26 de enero de 1995).

#### **b) Coaseguro**

El coaseguro es «la combinación por la que varias compañías, con absoluta independencia económica entre ellas y sin mancomunidad ni solidaridad alguna entre sí, suscriben directamente con el asegurado en una misma póliza, o en pólizas separadas, una parte del capital que constituya la totalidad de un riesgo determinado»<sup>136</sup>. Ulteriormente tendremos ocasión de analizar con detalle la naturaleza contractual del reaseguro a diferencia del coaseguro que es una «forma superior de colaboración aseguradora»<sup>137</sup> o una técnica de cobertura que adquiere una amplia difusión cuando se

---

<sup>135</sup> BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación...*, *op. cit.*, p. 94 coincide en señalar que el seguro subsidiario es una «forma del moderno seguro de crédito» y centra la atención en la solvencia de un tercero (entidad aseguradora del riesgo originario) como objeto de la garantía. A juicio del autor, solo resulta aplicable al caso en que siendo procedente la indemnización del siniestro y líquido el importe de éste, la entidad aseguradora aseguradora se niegue al pago debido «sin razón de Derecho ni motivos de justicia»; LANGLE Y RUBIO E., *Manual...*, *op. cit.*, p. 545 reconoce que, en atención al sistema intervencionista, no existe el riesgo de impago por insolvencia sino que el verdadero riesgo estriba en la resistencia infundada a pagar o en la pretensión de abonar una indemnización ínfima; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>136</sup> HORS Y BAUS P., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 58 y puntualiza que todas las subscripciones en el coaseguro se harán «a iguales primas y condiciones» y que tan solo es obligatorio la indicación de la totalidad del riesgo (no la distribución del mismo entre coaseguradores), denominando a la abridora de la póliza «apértrice». Para GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 189 existe coaseguro cuando, de forma deliberada y convenida, dos o más entidades aseguradoras acuerdan (a través de la celebración de uno o más contratos de seguro) prestar cobertura a un mismo interés y frente a unos mismos riesgos en un mismo periodo de tiempo. El autor incide en ambas como notas características pues considera que la celebración de un doble acuerdo entre el tomador y varios aseguradores permite afirmar propiamente la existencia del coaseguro.

<sup>137</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., «Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 74, 1959, p. 239. MARTÍNEZ SANZ F., «Sección 10. Reaseguro», BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU J., OLAVARRÍA IGLESIA J. (Coord.),

refiere a los riesgos de la navegación marítima<sup>138</sup>. La regulación jurídica del coaseguro se encuentra en el Artículo 33 LCS y en el Artículo 1911 Codice Civile.

El coaseguro y el reaseguro son operaciones asegurativas de carácter internacional que permiten la minoración de los riesgos aceptados por los aseguradores a través de la división y distribución de riesgos (nuevos o de especial gravedad) o intereses de una cuantía económica elevada para que un único asegurador no se vea obligado a soportar riesgos tan cuantiosos que pongan en peligro la propia estabilidad financiera de su empresa<sup>139</sup>. La función económica es el único elemento común de ambas figuras<sup>140</sup>. En palabras de MANES, el coaseguro es el recurso primario mientras que el reaseguro es el secundario<sup>141</sup>. Ambos contratos persiguen el cumplimiento de una misma función económica y comparten rasgos comunes pero existen divergencias en la estructura y en el funcionamiento de cada uno de ellos que convierten al coaseguro en una «técnica de distribución de riesgo alternativa»<sup>142</sup> frente al reaseguro.

En contraposición al contrato de reaseguro que obedece a un método de extensión vertical en sentido ascendente, el coaseguro responde a un método de extensión vertical del seguro en sentido descendente. La citada extensión vertical del seguro en sentido descendente consiste en la concurrencia de una pluralidad de los elementos personales (sujeto asegurador o sujeto asegurado) y reales (riesgo, interés, objeto asegurado) para una determinada relación de cobertura. Sin embargo, el reaseguro no consiste en una concurrencia simultánea de seguros sobre el mismo interés sino que éste es distinto. El reasegurador no cubre el mismo interés que cubre el asegurador-reasegurado sino el interés del propio asegurador-reasegurado en su propio patrimonio<sup>143</sup>. En relación con el riesgo también se presentan distinciones porque, en el coaseguro, hay una distribución simultánea del riesgo entre los aseguradores mientras que, en el reaseguro, el asegurador descarga el riesgo asumido sobre otro asegurador<sup>144</sup> y ello ha llevado también a una

---

*Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 946 califica al coaseguro como una «"modalidad" de asegurar».

<sup>138</sup> FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 53; RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «La cláusula de coaseguro y la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en el seguro marítimo», *Anuario de Derecho Marítimo*, Número 10, 1993, p. 173 especifica que el recurso al coaseguro es una práctica habitual en las pólizas españolas de seguro marítimo de cascos y de facultades a través de una cláusula mecanografiada entre las condiciones particulares del contrato.

<sup>139</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 44-45 y señala que aunque la función técnica (división o atomización de los riesgos) entre ambos es la misma, en el reaseguro «no es el asegurado quien reparte su riesgo entre varios aseguradores, sino que él descarga todo su riesgo sobre un asegurador, y es precisamente este asegurador que ha asumido todo el riesgo del asegurado y que quiere protegerse contra un riesgo excesivamente gravoso quien en calidad de asegurado se dirige a un reasegurador para buscar cobertura al riesgo que el seguro primero ha creado en su patrimonio».

<sup>140</sup> MUNOZ PAREDES J. M., *El coaseguro*, *op. cit.*, p. 54 y BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>141</sup> MANES A., *Tratado de seguros. Teoría general del seguro*, traducción por SOTO F., Ed. Logos, Madrid, 1930, p. 272.

<sup>142</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «La cláusula...», *op. cit.*, p. 181.

<sup>143</sup> MUNOZ PAREDES J. M., *El coaseguro*, *op. cit.*, p. 54. BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 103-104 también defiende que el elemento diferenciador entre el reaseguro y el coaseguro es el mismo: la diversidad del interés asegurable que anima al asegurado y a su asegurador y que en el reaseguro le permite protegerse contra la exposición asumida, como asegurador, contra el asegurado original.

<sup>144</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., «Seguro...», *op. cit.*, p. 239. En igual sentido, BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, pp. 441-443 señala que en el coaseguro «se reparte la

clasificación distinta que lleva a diferenciar una distribución horizontal del riesgo en el coaseguro que viene repartido entre aseguradores por cuotas determinadas y una distribución vertical del riesgo en el reaseguro que comporta además un reforzamiento directo del beneficiario de la garantía<sup>145</sup>.

Otra diferencia la encontramos específicamente en los elementos personales de ambos contratos. El coaseguro reclama necesariamente la presencia de dos o más aseguradores para la celebración del mismo mientras que el reaseguro se concierta con una sola entidad. Si bien es cierto que el asegurado directo tiene también la posibilidad de contactar con un único asegurador para que éste distribuya entre diversos aseguradores las cuotas del riesgo, cabe precisar que el asegurado tiene, desde el inicio, conocimiento de la identidad de cada uno de los aseguradores que intervienen en la operación con la firma del contrato de coaseguro; lo que no sucede en el reaseguro. El vínculo jurídico creado entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador permanece en un plano de privacidad entre ellos sin que, en ningún momento, trascienda al asegurado o tomador del seguro directo o éste pueda tener noticia del nuevo seguro (reaseguro) ni pueda ejercer cualquier tipo de acción frente al reasegurador. En consecuencia, el reaseguro es «*res inter alios acta*» para el asegurado directo. Una distinción importante radica en ese carácter porque el reaseguro es esencialmente interno a diferencia del coaseguro respecto del cual se predica un carácter externo<sup>146</sup>.

En cuanto a sus efectos, la doctrina<sup>147</sup> coinciden en señalar que, salvo pacto en contrario, cada coasegurador responde individualmente y no solidariamente de su seguro. En el coaseguro, el asegurado es quien realiza directamente la división y distribución del riesgo y, si se llega a verificar el siniestro, le corresponderá a él mismo dirigirse personalmente a cada uno de los aseguradores responsables que han asumido, en pólizas separadas e independientes, el riesgo por parte alícuotas. Por el contrario, el asegurado directo no podrá ejercitar ninguna acción contra el reasegurador aun cuando hubiese tenido conocimiento de la existencia del reaseguro.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1993 y de 8 de abril de 2010 expresaron que el coaseguro se diferencia del reaseguro por la existencia de un acuerdo previo o preliminar en los que los aseguradores fijan un reparto de cuotas determinadas para la cobertura del riesgo de que se trata por lo que, a partir de un solo contrato de seguro, «nacen varias obligaciones pues cada uno de los aseguradores concurrentes asume una obligación porcentual, parciaria o "a prorrata"». En igual sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre 2004 y, además, precisó

---

responsabilidad del riesgo entre varios aseguradores directos por asignación y distribución hecha por el mismo asegurado, que no ha querido encomendar a un solo asegurador la gestión y responsabilidad de la totalidad del riesgo, designando el asegurado la porción de riesgo que corre a cargo de cada asegurador, formalizándose en contratos o pólizas distintas y separadas»; diferencia que el coaseguro garantiza el riesgo mismo mientras que el reaseguro garantiza únicamente el riesgo de indemnización a cargo del asegurador directo, con relación al riesgo suscrito por éste, pero nunca el riesgo en sí.

<sup>145</sup> PECCENINI F., «Dell'assicurazione...», en GALGANO F., *Commentario...*, op. cit., p. 275.

<sup>146</sup> MARTÍNEZ SANZ F., «Sección 10...», BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU J., OLAVARRÍA IGLESIA J. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pp. 946-947.

<sup>147</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen II, op. cit., pp. 506-507 señala que en el coaseguro no hay solidaridad ni crea un vínculo entre los aseguradores. MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., «Seguro...», op. cit., p. 241.

que el coaseguro se caracteriza por ser «un acuerdo previo de asunción parcial – mancomunada– de riesgos entre los aseguradores» que se diferencia respecto del reaseguro por la «vinculación de los aseguradores con el mismo tomador». En ese deslinde entre coaseguro y reaseguro, la Sentenza Cassazione, 26 gennaio 1988, numero 661, dilucidó que existe un contrato de coaseguro cuando «el mismo riesgo es asumido de la misma manera y por el mismo período de tiempo por varios aseguradores que comparten la parte de los riesgos y la indemnización correspondiente, sin ninguna otra responsabilidad conjunta y solidaria». De igual modo, la Sentenza Corte di Cassazione 22 maggio 1963, numero 1321. También afirma la independencia de las obligaciones en la relación del asegurador con el asegurado y en las relaciones entre aseguradores la Sentenza Cassazione, 21 novembre 1978, número 5425, y la Sentenza Cassazione, 28 giugno 1976, numero 2459.

El coaseguro cuenta, además, con inconvenientes (*v.gr.* gestiones complejas, costes mayores o diversos créditos entre los aseguradores sin el beneficio de la solidaridad de deudores) que el reaseguro elimina y aporta la ventaja de que el asegurador asuma riesgos que cuantitativamente superan sus posibilidades económicas o que por su naturaleza quedan fuera de los suscritos con normalidad. La distribución del riesgo mediante el coaseguro no es suficiente para llevar a cabo un fraccionamiento del mismo y justifica el recurso al reaseguro como elemento indispensable para la cobertura de los riesgos sobre los buques<sup>148</sup>. La mayoría de aseguradores marítimos que conciertan seguros directos llevan una cuenta de reaseguro mediante la cual actúan en el marco del principio de división del riesgo<sup>149</sup>.

En último lugar señalamos que tanto en el reaseguro como en el coaseguro se utilizan técnicas muy similares como pueden ser la ciencia matemática (principalmente con la «Ley de los grandes números»), la ciencia estadística, la ciencia actuarial... pero, a pesar de sus semejanzas, ambos contratos presentan acusadas diferencias que impiden una equiparación entre sus estructuras. El coaseguro se identifica más con una modalidad aseguradora y el reaseguro con un contrato.

### c) Retrocesión

La retrocesión es un fenómeno muy próximo al reaseguro. Pese a no contar con una regulación positiva ni en España ni en Italia, la doctrina coincide en señalar que la retrocesión es una fase más de las tres posibles (seguro, reaseguro, retrocesión) sobre un riesgo<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> FERRARINI S., *Le assicurazione...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>149</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>150</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 69. En el mismo sentido, MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 236 afirma que la retrocesión se traduce en una «vera e propria catena» de reaseguradores; FANELLI G., «Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori», *Saggi di Diritto delle assicurazioni*, Giuffrè Editore, 1971, p. 481 quien alude a las retrocesiones como «le ultime ed ultime fasi dal processo di omogeneizzazione (...) dei rischi originariamente assunti»; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 103, de forma más ejemplificativa, describe que el seguro, el reaseguro y la retrocesión se unen «como anillos de una misma cadena» si bien cada uno de ellos permanece independiente los unos de los otros; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 87 cuando afirma «assicurazione, riassicurazione e retrocessione non sono che successivi aspetti di un unico fenomeno assicurativo».



En virtud del contrato de retrocesión, el reasegurador (retrocedente) transfiere, a cambio de una contraprestación económica, a un nuevo reasegurador (retrocesionario) la totalidad o una parte del riesgo reasegurado que ha asumido de un asegurador directo sin crearse vínculos jurídicos con los contratos de los que trae causa el riesgo y permaneciendo todos ellos independientes entre sí.

La decisión que lleva a un reasegurador a transferir el riesgo reasegurado que ha asumido obedece a la necesidad de los reaseguradores de descargarse de una parte de los riesgos asumidos y los motivos que sustentan dicha elección son muy diversos pero los más frecuentes en la práctica responden a que las sumas reaseguradas exceden del pleno y sobrepasarlo supondría poner en peligro la empresa o a que, sin sobrepasar su pleno, han aceptado riesgos muy concentrados y, en el caso de producirse el siniestro, no podrían indemnizar su parte correspondiente en el daño. La retrocesión debe ser operada teóricamente sobre la base de los plenos de conservación<sup>151</sup> del reasegurador para que pueda cumplir eficazmente su doble función técnica. La celebración del contrato de retrocesión persigue la consecución de los siguientes objetivos principales<sup>152</sup>: i) que nadie soporte un riesgo mayor del que tolera su propia tabla de plenos y ii) la perfecta división y atomización del riesgo. Ésta última finalidad es la que ha permitido señalar que la retrocesión «es la verdadera base científica del reaseguro y la razón de la existencia de la comunión aseguradora internacional»<sup>153</sup>. De lo anterior puede concluirse que la retrocesión cumple una finalidad coincidente con la del reaseguro: convertir los riesgos en homogéneos y fraccionarlos en múltiples cuotas y niveles, corrigiendo cualquier desequilibrio existente en la participación de una entidad reaseguradora sobre los mismos.

En general se ha incidido en destacar que la retrocesión es un verdadero contrato de reaseguro<sup>154</sup> con determinadas particularidades, pudiéndose afirmar que la retrocesión es el reaseguro del reasegurador. No debe olvidarse que el reaseguro es un contrato de seguro y, en consecuencia, que la retrocesión es una nueva fase sucesiva en el desplazamiento del riesgo. La Sentenza Corte di Cassazione, 29 aprile 1967, numero 799, señaló que la retrocesión es un seguro ulterior con el cual el reasegurador se cubre, a su vez, en todo o en parte, frente a otro sujeto, del riesgo asumido en virtud del reaseguro y no es más que un aspecto sucesivo de un único fenómeno asegurativo<sup>155</sup>. La retrocesión es, por tanto, un nuevo contrato seguro celebrado entre entidades

---

<sup>151</sup> CARENA A. A., *Il rischio...*, *op. cit.*, p. 254.

<sup>152</sup> ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 33. BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 17 aduce que la retrocesión «coadyuva al lado del reaseguro al proceso de atomización o división de los riesgos». También BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho de seguros*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2017, p. 461 afirman que la retrocesión constituye «la manifestación máxima del principio de la atomización del riesgo».

<sup>153</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, p. 400.

<sup>154</sup> ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 33 lo reconoce y expresa que es la reaseguradora cedente quien actúa aquí como si fuera el asegurador directo y la reaseguradora que acepta el riesgo es la que realiza verdaderamente funciones de tal; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 59 y GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 649 también afirma que la retrocesión es el «reaseguro del reasegurador».

<sup>155</sup> MARIOTTI P. y LOSCO G., *I contratti assicurativi. Normativa comunitaria, leggi, circolari Isvap e giurisprudenza commentate*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 228. BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 121.

reaseguradoras que tiene como presupuesto un contrato de reaseguro celebrado con anterioridad. Todos los contratos posteriores que celebre el reasegurador recibirán la denominación de retrocesión y éstos lo serán de tercer grado, cuarto grado, quinto grado... y sucesivos sin que exista ninguna limitación en la estipulación de los mismos.

Las diferencias entre el reaseguro y la retrocesión se encuentran en la administración técnica de cada uno de ellos y en la condición de las partes contratantes. En el reaseguro concurre una entidad aseguradora y otra reaseguradora mientras que en el reaseguro son dos las entidades reaseguradoras intervinientes pero, en la práctica contractual, no existirá una delimitación tan formal y muchos reaseguradores e incluso aseguradores aceptarán riesgos procedentes de una retrocesión.

#### **d) Seguro de responsabilidad civil**

El reaseguro presenta vínculos estrechos con el seguro de responsabilidad civil pero, aunque una parte de la doctrina<sup>156</sup> ha inscrito aquel en este, no pueden identificarse ambos<sup>157</sup>. Algunos autores niegan que se pretenda proteger la responsabilidad civil del asegurador-reasegurado por el riesgo de los daños causados a terceros, ni su insolvencia o incapacidad de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y destacan que su función es diseminar su exposición en el negocio del seguro, fraccionando el soporte de los débitos indemnizatorios que de él nacen<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Entre los autores que si consideran que el reaseguro se trata de un seguro de responsabilidad civil, GARRIGUES J., *Curso...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 836 agrupó el reaseguro marítimo junto con el seguro de responsabilidad civil dado que el interés del reasegurado (entendido como objeto del contrato) afecta a la totalidad de su patrimonio y no a una cosa determinada. LORDI L., «Il contratto d'assicurazione nei progetti 1940 del codice di commercio e del codice della navigazione», *Assicurazioni*, 1940, XVIII-XIX, Anno VII, Parte Prima, p. 547. EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 47 concebía el reaseguro como un seguro de responsabilidad ya que el «reasegurado se ha asegurado contra las consecuencias de la obligación de indemnización que ha asumido como asegurador», es decir, el asegurado tiene un interés patrimonial indirecto (la pérdida de los objetos arriesgados supone una sobrecarga con una obligación, no un empobrecimiento) en la conservación del objeto suficiente para constituir un interés asegurable; más adelante (p. 103) señala que la realidad es que no se asegura contra tales riesgos sino el interés del reasegurado, es decir, su responsabilidad. GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Undicesima edizione, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 277 para quien el reaseguro es un seguro de la responsabilidad civil del asegurador que contrató con sus clientes.

<sup>157</sup> Entre otros muchos autores que defienden y justifican una separación entre el reaseguro y el seguro de responsabilidad civil, MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 230 rechaza que el reaseguro pueda identificarse con el seguro de responsabilidad. DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 189 reconoce que el reaseguro se sitúa próximamente al seguro de responsabilidad civil en cuanto que ambos tienden a garantizar la conservación de un patrimonio ante la eventualidad del nacimiento de una deuda pero no lo considera como tal. ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones...», *op. cit.*, p. 55; MARTÍNEZ SANZ F., «Sección 10...», BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU J., OLAVARRÍA IGLESIA J. (Coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 943 señala que la «fuente del daño patrimonial» es distinta en el reaseguro y en el seguro de responsabilidad civil pese a las similitudes; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., «Derecho público y privado del seguro», *Foro galego: revista xurídica*, Núm. 198, 2008, p. 18; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 232, el autor también arguye, más adelante, el Artículo 79 LCS para precisar que se trata de un seguro de deudas o de patrimonio no encuadrable en el seguro de responsabilidad civil porque el reaseguro si cubre el riesgo de nacimiento de una deuda en el patrimonio del reasegurado por la previa celebración de un seguro y la realización efectiva de un siniestro cubierto y no por el incumplimiento contractual o daño a un tercero y cita la Sentencia EWHC en el caso *WASA International Insurance Company Limited c. Lexington Insurance Company*. CONTRERAS STRAUCH O., *Derecho de seguros*, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, pp. 537-538.

<sup>158</sup> BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 467.

Tanto el reaseguro como el seguro de responsabilidad civil son modalidades distintas de seguros aunque ambas pertenecen a la misma categoría: el seguro contra el nacimiento de deudas. Así lo reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 junio de 1993 al señalar que el reaseguro y el seguro de responsabilidad civil son contratos de seguros que cubren el riesgo de que nazca una deuda en el patrimonio del asegurado. También la Sentenza Corte di Cassazione, 14 giugno 1976, numero 2201, aseveró que el riesgo en la responsabilidad civil consiste en la posibilidad de que el asegurado deba responder de las consecuencias dañosas producidas por el evento considerado en el contrato, al estar encontrado con este último en una relación tal que -al verificarse el siniestro- deriva una incidencia negativa sobre su patrimonio. El reaseguro y el seguro de responsabilidad civil tienden a proteger la integridad del patrimonio del asegurado contra las deudas que pueden nacer sobre él si llega a producirse el siniestro pero sin que pueda hacerse una identificación más profusa entre ambas. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009 reconoció la posibilidad de que existiese un seguro de responsabilidad civil referido a los riesgos de la navegación marítima con base en la normativa legal (el pronunciamiento hacía referencia a la normativa precedente a la que se encuentra hoy en vigor en España) y en el imperio de la autonomía privada como característica de esta tipología de contratos marítimos. La citada resolución judicial admitió, antes de que nuestro Legislador contemplase la posibilidad legal en la LNM, que los patrimonios pudiesen quedar sometidos a los riesgos marítimos y, consecuentemente, la eventual afección de los mismos al nacimiento de deudas originadas con ocasión de la navegación marítima.

Sin embargo, la distinción más relevante entre el seguro de responsabilidad civil y el reaseguro se centra doctrinalmente en la naturaleza de la deuda<sup>159</sup>. Mientras en el seguro

---

<sup>159</sup> GRAZIANI A., «Assicurazione della responsabilità civile e fallimento», *Assicurazioni*, 1935, Parte Prima, p. 301 afirma que «l'origine dell'obbligo di risarcimento differenzia poi i due istituti; trattandosi nella riassicurazione di obbligazione contrattuale e nella assicurazione contro la responsabilità civile di obbligazione extra contrattuale»; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, op. cit., p. 572 rechazan que el reaseguro pueda identificarse con el seguro de responsabilidad y puntualizan que mientras el resarcimiento del daño derivado de la responsabilidad descende de la comisión de una culpa, en el reaseguro la obligación de resarcimiento deriva de una voluntaria asunción contractual; además, señalan que la responsabilidad contractual tiene por base una culpa contractual y que es la sanción por el incumplimiento mientras que en el reaseguro constituye el cumplimiento del contrato; DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, op. cit., p. 189; BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., pp. 75-78 señala como principal criterio de distinción que «el reaseguro presta cobertura al reasegurado frente al riesgo de que nazca una deuda en su patrimonio, y que el seguro de responsabilidad civil la presta frente a la posible responsabilidad que el asegurado contraiga por su conducta frente a terceros» pero apunta otros criterios como la forma de contratación, la gestión del riesgo, la liquidación del siniestro o el hecho de que el riesgo en el reaseguro tiene un origen contractual mientras que el del seguro de responsabilidad civil es casi siempre de origen contractual; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, op. cit., p. 683; DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», op. cit., p. 68; BUTTARO L., «Riassicurazione», op. cit., p. 384 expresa que el seguro de responsabilidad civil y el reaseguro se diferencian por la diversa naturaleza del evento asegurado y por la imposibilidad de aplicar algunas reglas y principios propios de la responsabilidad civil; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», op. cit., p. 86 resalta que de la distinción derivan, entre otras importantes diferencias, el que el acreedor de la deuda que nace en el patrimonio del asegurado (o reasegurado) tenga una acción directa contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil y se niegue tal acción contra el reasegurador en la LCS; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, op. cit., pp. 148-151 añade, además, que el reaseguro no está presidido por un «espíritu tuitivo de los intereses del reasegurado» por lo que la aplicación dispositiva de

de responsabilidad civil el asegurador ha de mantener indemne al asegurado liberándole de una deuda de resarcimiento (deuda de responsabilidad) que deriva de un hecho ilícito (contractual o extracontractual), en el caso del reaseguro la deuda que grava el patrimonio del asegurador-reasegurado deriva necesaria y directamente del cumplimiento de un contrato (obligación contractual). Es, por tanto, una deuda que tiende al cumplimiento de un contrato de seguro que la crea, no una deuda que pretenda resarcir las consecuencias de un incumplimiento<sup>160</sup>. En este punto conviene recordar que no existe responsabilidad sin culpa (Artículo 1902 Código Civil y Artículo 2043 Codice Civile). Además, el reaseguro recae sobre una deuda que puede originarse o no pero que, en cualquiera de los dos casos, se trata de un crédito predeterminado y conocido por las partes desde el inicio de la relación contractual mientras que la deuda del seguro de responsabilidad civil será incierta -pudiendo existir un límite máximo o ser ilimitada- y dependerá de la acción indemnizatoria ejercitada por el tercero y de la entidad del daño.

Adicionalmente, otra diferencia entre ambos institutos recae sobre el reconocimiento legal de la acción directa contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil (Artículo 76 LCS y apartado segundo del Artículo 1917 Codice Civile) y la negativa a conceder dicha posibilidad en el contrato de reaseguro (Artículo 77.2 y 78 LCS y Artículo 1929 Codice Civile). Tanto en España como en Italia, el tercero perjudicado tiene reconocida la posibilidad de dirigir y solicitar el cumplimiento de la obligación de indemnización al asegurador y éste podrá abonarle directamente la cantidad correspondiente siempre que exista un contrato de seguro de responsabilidad civil. La acción directa se convierte en un elemento característico del seguro de responsabilidad civil. En cambio, la posibilidad anterior no está reconocida contra el reasegurador pues éste sólo responderá económicamente frente al asegurador-reasegurado y solo, en casos muy excepcionales y previo acuerdo, frente a un tercero (asegurado directo).

Además, el reasegurador no podrá alegar las excepciones que le correspondan contra el asegurado original para liberarse de la prestación que ha de satisfacer al asegurador-reasegurado mientras que el asegurador de un seguro de responsabilidad civil podrá oponer las excepciones personales que tenga contra el perjudicado.

### **3.2 La naturaleza jurídica del reaseguro**

Tal y como acabamos de analizar, la naturaleza jurídica del reaseguro ha sido muy discutida por la doctrina entorno a múltiples figuras contractuales (*v.gr.* mandato, cesión del contrato, fideicomiso, cuentas en participación, fianza...etcétera) pero es el contenido real del contrato, formado por la intención de los contratantes y las

---

los preceptos de la LCS se predica respecto del reaseguro y no tiene lugar en los seguros de responsabilidad civil; BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho...*, op. cit., p. 466.

<sup>160</sup> SÁNCHEZ CALERO F., «Sección 10.ª Reaseguro», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1383.

declaraciones de voluntades que la integran, el que determina la auténtica naturaleza del negocio jurídico<sup>161</sup>.

Al contenido específico del contrato de reaseguro dedicaremos una parte específica del presente estudio mientras que, en éste momento, afirmaremos que cualquier asegurador-reasegurado concluye un contrato de reaseguro con la pretensión de que el reasegurador le proporcione, a cambio de una contraprestación económica (prima), una cobertura o garantía para un riesgo que ha asumido con anterioridad en el caso de que se produzca un siniestro y nazca en su patrimonio una deuda de un valor máximo. Aunque el reaseguro presupone siempre la existencia de un contrato de seguro anterior (al que nos referiremos como seguro marítimo, originario, directo o principal) ello no sería bastante para apoyar la naturaleza asegurativa del reaseguro en virtud del principio de independencia entre el seguro y el reaseguro. Sin perjuicio de que más adelante concretemos los extremos de la descripción anterior, ponemos de manifiesto que el reaseguro comparte los mismos caracteres, elementos esenciales (prima, suma asegurada, riesgo e interés), elementos personales (asegurado y asegurador) y la misma causa (traslación de un eventual daño a cambio de una remuneración) del contrato de seguro. Además, su mecanismo de funcionamiento interno es exactamente idéntico al del seguro y ambos comparten el núcleo del contenido obligacional del negocio jurídico a excepción de las singularidades que le son propias. La calificación de la operación de reaseguro como contrato de seguro resulta determinante pues de ella se derivan implicaciones muy importantes referidas al régimen jurídico aplicable al reaseguro así como la extensión de los principios jurídicos generales del seguro que permitirán dar respuesta a los conflictos suscitados por la compleja estructura técnica del contrato en sus múltiples modalidades.

En España, la mayor parte de la doctrina<sup>162</sup> señala que la verdadera naturaleza jurídica del reaseguro se identifica con una de las tipologías o modalidades de los

---

<sup>161</sup> Así lo señalan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2003, 19 de septiembre de 2008 y 11 de julio de 2011. También DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, Instituto de Estudio Jurídicos, Madrid, 1969. En este punto, CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 107 y ss. concibe de una manera particular el reaseguro al considerarlo como un contrato de formación sucesiva o cumulativo en el que sólo hay un asegurado: el primero o el original.

<sup>162</sup> BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación...*, *op. cit.*, p. 91 quien describe el reaseguro como «un verdadero seguro por el que el asegurado primitivo se convierte en asegurado, en cuanto a una parte de los valores anteriormente garantidos»; GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA F., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 70; HORS Y BAUS P., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 34 concibió, desde una perspectiva jurídica, el reaseguro como «un contrato de seguro entre reaseguradores»; ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 22 concluye que «el reaseguro no es más que un verdadero contrato de seguro caracterizado por concertarse únicamente entre aseguradores basándose en otro u otros seguros preexistentes o posteriores y completamente distinto a ellos»; BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 330-331 expresó que el reaseguro es «un contrato independiente en absoluto, por su base y contenido, del primer seguro, por lo que no es sino un verdadero contrato de seguro»; LANGLE Y RUBIO E., *Manual...*, *op. cit.*, p. 631 se refiere al reaseguro como «un auténtico y verdadero contrato de seguro»; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 66-68 expresa que el reaseguro es «un verdadero contrato de seguro» porque comparte los elementos y caracteres jurídicos del seguro y, especialmente, porque soporta un riesgo y posee un interés asegurado; SÁNCHEZ CALERO F., *Curso de Derecho del seguro privado*, Ed. Nauta, Bilbao, 1961, p. 84 «el reaseguro no es sino una modalidad de seguro»; LASHERAS-SANZ A., «Acerca...», *op. cit.*, pp. 1068-1069; DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho español de seguros*, Imprenta Góngora S. L., Madrid, 1971, p. 824; CORTÉS L. J., *Póliza flotante y seguro en abono*, Ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1984, p. 188; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...»,

contratos de naturaleza asegurativa. En la actualidad, los principales argumentos citados en apoyo de la citada naturaleza son: la concurrencia de los caracteres y elementos típicos del seguro (el riesgo, el interés, la prima, la obligación de indemnización en caso de siniestro, la suma asegurada, el tomador y el asegurado)<sup>163</sup>, la identidad de la causa contractual (transferir el riesgo y eliminar las eventuales consecuencias patrimoniales originadas por la obligación de indemnización asumida en un contrato a cambio de una prima), la inclusión del reaseguro en una Ley referida específicamente al contrato de seguro en su intitulación, la calificación del reaseguro como contrato en la propia definición que oferta el Artículo 77 LCS en su primer apartado y la ubicación del mismo bajo el Título II («Seguros contra daños») de la LCS y, finalmente, las referencias simultáneas al seguro y al reaseguro contenidas en la legislación específica. El hecho de que el reaseguro encuentre su única regulación legal en la citada LCS deja pocas opciones para sostener, al menos desde un punto de vista sistemático, que el reaseguro no es un contrato de seguro o alguna modalidad de él. El hecho de que la regulación y supervisión de la actividad aseguradora y reaseguradora privada se encuentre contenida en una misma norma legal sirve también para acreditar la proximidad entre el seguro y el reaseguro. La jurisprudencia<sup>164</sup> española confirma la naturaleza asegurativa del reaseguro.

En Italia, la doctrina viene igualmente sosteniendo casi de manera unánime que el reaseguro, si bien no entra en la definición de contrato de seguro del Artículo 1882 Codice Civile, viene calificado en sentido asegurativo<sup>165</sup>. La afirmación anterior viene

---

MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 681; DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, p. 68; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones...», *op. cit.*, p. 22 considera que, en España y bajo la LCS, es pacífica la calificación del reaseguro como «auténtico seguro» y, concretamente, de daños independientemente de las distintas modalidades que revista el reaseguro; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 33; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 121-122; SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato de reaseguro. Manual técnico jurídico*, Ed. Española de Seguros S. L., Madrid, 2002, p. 47 se une a la mayoría de la doctrina y defiende que el reaseguro es «un verdadero y ordinario contrato de seguro»; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 139 se refiere al reaseguro como un «tipo especial de seguro».

<sup>163</sup> ALONSO SOTO R., «Artículos 1791 a 1797», PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO L., BERCOVITZ R., SALVADOR P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1735. VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 580 coincide en incardinar el reaseguro dentro del seguro de daños.

<sup>164</sup> Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1933 y de 25 de junio de 1977 y las Sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 1989 y 23 de junio de 2005.

<sup>165</sup> VIVANTE C., *Il contratto...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 496; NAVARRINI U., *Trattato...*, Vol. III., *op. cit.*, p. 310 precisa que el reaseguro es un seguro porque «vi è un rischio e vi è un premio»; PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 105 defiende que, en cualquier caso, el reaseguro es un seguro contra daños; SALANDRA V., «Imprese di riassicurazione e privilegio degli assicurati sulla cauzione», *Assicurazione*, 1935, Parte Seconda, p. 212; GRANZIANI A., «Alcuni rilievi sulla teoria generale dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1936, XIV-XV, Anno III, Parte Prima, p. 366 señala que el reaseguro es, desde un punto de vista económico, un seguro («una vera e propria assicurazione»); LORDI L., *Le obbligazioni commerciali*, Parte Seconda, Società Editrice Libreria, Milano, 1936, pp. 819 y ss.; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, *op. cit.*, pp. 570-571 admiten sin duda alguna que el reaseguro es un «vero e proprio contratto di assicurazione» contra daños porque tiende a tutelar el patrimonio del asegurador-reasegurado y pese a su interdependencia con el contrato de seguro original afirman categóricamente la separación entre ambos; FANELLI G., «Le questioni fondamentali del Diritto delle assicurazioni private nella giurisprudenza italiana», *Assicurazioni*, 1940, XVIII-XIX, Anno VII, Parte Prima, p. 387; FERRARINI S., «Sulla descrizione del rischio nella riassicurazione facoltativa», *Assicurazioni*, 1959, Parte Seconda, p. 317 expresa que el reaseguro es «un

también reforzada por la decisión del Legislador italiano de ubicar el régimen jurídico del reaseguro (Artículos 1928 a 1931, Sezione IV «Della riassicurazione») dentro de la disciplina del contrato de seguro en general (Artículos 1882 a 1932, Capo XX «Dell'assicurazione») del Título III («Dei singoli contratti») del Libro IV («Delle obbligazioni») del Codice Civile. Con anterioridad a la publicación del Codice Civile se sucedieron otros hitos<sup>166</sup> que contribuyeron a revelar la proximidad entre seguro y reaseguro fueron los siguientes. En la actualidad, el Codice Assicurazioni contiene, manteniendo una unicidad del fenómeno, la disciplina jurídica de la actividad aseguradora y reaseguradora.

Los Tribunales italianos también han aceptado y mantenido ese enfoque doctrinal por ser el único que mejor responde a la realidad jurídica y no han tenido dificultad en reconocerle al reaseguro todos los caracteres fundamentales de «una vera e propria assicurazione». Incluso con anterioridad al vigente Codice Civile, las Sentencias de la Corte di Cassazione de 8 ottobre 1925 y de 15 luglio 1935 defendieron que el reaseguro es un contrato de seguro y, en particular, la Sentenza Corte di Cassazione de 7 marzo 1933 declaró que «la riassicurazione non è che una assicurazione che l'assicuratore contrae per proprio conto per coprirsi contro l'eventualità di dover fare fronte al rischio assicurato pagando l'indennità stabilita». Otras resoluciones judiciales posteriores que mantienen la tesis asegurativa del reaseguro fueron la Sentencia Corte di Cassazione de 29 aprile 1967; la Sentencia Corte di Cassazione, 11 de settembre 1993, que señaló que el reaseguro «è pur sempre un contratto di assicurazione»; o, más recientemente, la Sentenza Tribunale Provinciale di Milano, 31 gennaio 2017, numero 886, que proclamó que la transferencia al reasegurador de todos los riesgos permite calificar el contrato de reaseguro como contrato de seguro, independientemente de la naturaleza de las pólizas.

Las posiciones predominantes de la doctrina y de la jurisprudencia en España y en Italia no se apartan de las posturas defendidas por los autores y los Tribunales<sup>167</sup> de

---

contratto di assicurazioni a sè stante» y considera absolutamente pacífica la aplicación al reaseguro de las disposiciones particulares del seguro (Artículos 1892 y 1893 Codice Civile); PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 19 configura al reaseguro como «assicurazione di secondo grado» o como «l'assicurazione dell'assicuratore originario»; SCALFI G., *Manuale...*, *op. cit.*, p. 239 afirma que «la estructura de los distintos modelos de reaseguro confirma su pertenencia al "genus" del seguro y a la función general de cada seguro que es aquella de garantía ante un riesgo»; PECCENINI F., «Dell'assicurazione...», en GALGANO F., *Commentario...*, *op. cit.*, p. 276; LANDINI S., «La riassicurazione...», *op. cit.*, p. 1009 reconduce, desde un punto de vista tipológico, el reaseguro hacia el contrato de seguro.

En cambio, CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, pp. 125-126 prefiere señalar la existencia de un necesario «collegamento negoziale» entre seguro y reaseguro sin reconocer la inclusión de este último en el ámbito contractual de los seguros debido principalmente a la divergencia entre el interés del asegurado (lograr un resarcimiento del daño) y el interés del asegurador-reasegurado (conseguir un «servicio» técnico-financiero) y entre la causa negocial del seguro y la del reaseguro.

<sup>166</sup> La relevancia del reaseguro en la economía italiana llevó a extender parcialmente el régimen de las entidades aseguradoras a las entidades reaseguradoras a través del Regio Decreto Legislativo 29 aprile 1923, numero 966, concernente l'esercizio delle assicurazioni private, convertido en Legge 17 aprile 1925, numero 473. También el Regio Decreto 4 gennaio 1925, numero 63, declaró aplicable al reaseguro las reglas dictadas para el acceso a la actividad aseguradora.

<sup>167</sup> BRUCK E. R., *Reichsgesetz über den versicherungsvertrag: ebst dem zugehörigen einführungsgesetz*, Walter De Gruyter & Co., Berlin, 1929, p. 517 incluye tanto al seguro de responsabilidad civil como al reaseguro dentro de la categoría de seguros contra daños; EHRENBERG V., *El reaseguro, op. cit.*, p. 79 afirma que «el reaseguro no es sociedad, sino seguro, y tan solo como tal es idóneo para llenar las

otros países sino que se encuentra en clara sintonía con las mismas. Sin perjuicio de que la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro haya experimentado una evolución a lo largo de los años y en los distintos sistemas jurídicos nacionales, hoy comparte mayoritariamente una identidad con la del instituto del seguro.

Frente a la postura defendida por algunos autores, en virtud de la cual el reaseguro pertenece al mismo tipo, ramo o clase que el seguro que se reasegura, tradicionalmente se ha negado que exista una tipología de reaseguro para cada modalidad de seguro en virtud del principio de independencia entre ambos contratos y de la diversidad del riesgo asegurado con el riesgo reasegurado. En general, los seguros de daños tienen por objeto reparar las pérdidas materiales ocasionadas en el patrimonio del asegurado a consecuencia de un determinado acontecimiento y la mayoría de la doctrina ha defendido la pertenencia del reaseguro a la modalidad de seguro contra daños<sup>168</sup> por la

---

necesidades comerciales» y señalaba la importancia de separar el fin económico de la configuración jurídica del contrato para no concluir erróneamente la naturaleza jurídica del mismo; RIPERT G., *Droit...*, op. cit., pp. 571-576 señala que no existe ninguna duda de que se trata de un verdadero contrato de seguro (sujeto a las mismas condiciones de forma y de fondo que los seguros) sin que constituya un contrato accesorio del primer seguro concluido y sin que exista una relación condicional entre los dos contratos pero necesariamente se debe tener un alimento en el segundo contrato; MÖLLER H., «Considerazioni sul concetto di interesse», *Assicurazioni*, 1955, Anno XXII, Parte Prima, p. 143 asevera que el reaseguro es el seguro contra las deudas contractuales; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, op. cit., p. 434 confirma que el reaseguro es «un contrato de seguros en el verdadero sentido de la palabra»; ACHURRA J. y CONTRERAS O., «Las cláusulas cooperación y de control en los contratos de reaseguro», *V Congreso Iberoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997, pp. 198-199 concibe al reaseguro como «un contrato de seguro regular y verdadero» de naturaleza jurídica patrimonial; LE CORFF P., «Derecho aplicable al contrato de reaseguro. Aproximación en Derecho internacional privado francés», *V Congreso Iberoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997, p. 119 cita las Sentencias de la *Cour de Cassation Civile* de 5 de diciembre de 1950 y 17 de marzo de 1952 como ejemplos de decisiones judiciales que reconocen la misma naturaleza jurídica entre el seguro y el reaseguro; JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 63, p. 95 y p. 112 (n. 56); GÜRSSES Ö., «The construction of terms of facultative reinsurance contracts: is Wasa v Lexington the exception or the rule?», *The modern law review*, Vol. 73, Number 1, January, 2010, p. 119 señala que el «reinsurance is insurance taken out by insurers»; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., pp. 230-231 recoge que, en Suiza, la Sentencia de la *Ile Cour civile du 10 juin 1981 dans la cause Les assurances nationales iard» contre «The Northern Assurance Company Ltd.* señaló que la naturaleza del contrato de reaseguro se identifica con la de un seguro.

<sup>168</sup> NAVARRINI U., *Trattato...*, Vol. III., op. cit., p. 311, precisa que el reaseguro es «assicurazione contro i danni, qualunque sia l'indole del primo contratto (...) la riassicurazione tende, infatti, a rilevare l'assicuratore dal danno derivante da un pagamento che non ha voluto assumere, o ha voluto assumere soltanto in parte»; LUZZATI A., «La prescrizione in materia di riassicurazione», *Il Diritto commerciale*, 1924, II, p. 272 señala que el reaseguro es «un contrato de tipo único de seguro contra daños»; SALANDRA V., «I caratteri...», op. cit., p. 318 afirma que el reaseguro (con independencia de la modalidad que revista) es un contrato de seguro de daños; LORDI L., *Le obbligazioni...*, op. cit., p. 53; MOSSA L., *Compendio del Diritto di assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 96 incluye al reaseguro entre los seguros de daños; DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, op. cit., p. 189 señala que el reaseguro es un subtipo del seguro de daños; FERRARINI S., «Sulla descrizione...», op. cit., p. 317 configura el reaseguro como seguro contra el daño constituido por la disminución patrimonial que el asegurador-reasegurado puede sufrir por efecto del contrato de seguro por él concluido; RUIZ SOROA J. M., ARRANZ DE DIEGO A. y ZABALETA SARASUA S., *Manual...*, op. cit., p. 34 afirman la naturaleza asegurativa del reaseguro y su calificación como seguro contra daños por su ubicación en la LCS; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, op. cit., p. 144 llegar a afirmar la categoría de seguro de daños en los reaseguros pertenecientes al ramo de riesgos personales (vida, accidentes...); GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 79 afirma que el reaseguro se configura, por tanto, como un seguro de daños -y, en concreto, de deudas o patrimonio- ya que cubre el riesgo de nacimiento



propia función que desarrolla el contrato como operación económica y por la vigencia del principio indemnizatorio. Y, en particular, el reaseguro es un seguro contra el eventual daño económico en el patrimonio<sup>169</sup> del asegurador-reasegurado. Los Profesores DONATI y GARRIGUES afirmaron y defendieron que, dado que el evento siempre es dañoso, todos los contratos de seguros tienen la función de proteger el patrimonio<sup>170</sup>. Por su parte, FERRARINI describe con la expresión «seguro de patrimonio» a todos los contratos de seguros que «hanno come scopo diretto ed immediato (causa del contratto) la protezione del patrimonio dell'assicurato, come tutto unico»<sup>171</sup> o «*universitas iuris*» e incluye al reaseguro entre ellos. La afirmación anterior

---

de una deuda en el patrimonio del asegurado-reasegurador derivada de la existencia de un previo seguro directo y del acaecimiento del siniestro objeto de cobertura.

En contra, SALANDRA V., «I caratteri...», *op. cit.*, p. 325 sostuvo la tesis de que el reaseguro no era un medio para reintegrar al asegurador las pérdidas sino un medio para repartir los riesgos asegurados entre un mayor número de empresas, que de este modo quedan cubiertas por el seguro y el reaseguro; TIRADO SUÁREZ F. J., «Aproximación al régimen jurídico del corredor de reaseguros en el derecho español», *Estudios de Derecho mercantil: homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. II, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, p. 1354 critica la ubicación del reaseguro en la LCS como «hipótesis de seguro de daños».

<sup>169</sup> DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 189 consideran que el propósito del reaseguro es garantizar al asegurador-reasegurado el resarcimiento del daño económico derivado de la verificación del siniestro en el seguro; DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, pp. 8 y 476; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 72 lo considera evidente porque «por el reaseguro el asegurador tiende a protegerse buscando una cobertura contra el riesgo que en su patrimonio crea la posibilidad de verse obligado a pagar a su asegurado la indemnización prevista en un seguro de daños o la suma pactada»; DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, p. 68 reivindica que por el reaseguro «no se reaseguran los efectos ya asegurados sino el patrimonio del reasegurador»; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 383 considera que frente al reaseguro nos situamos ante «un'assicurazione contro il sorgere di un debito, di un'assicurazione di patrimoni» con el que se pretende tutelar al asegurador-reasegurado de la pérdida que sufrirá cuando tenga que pagar una indemnización por los daños causado por el siniestro y, deslindándolo de la responsabilidad civil, concluye que el reaseguro «rientra nell'ampio *genus* delle assicurazioni di patrimoni»; FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 61 señala la pertenencia del reaseguro a la categoría general de seguros de patrimonio; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 184 señalan que el reaseguro protege de un daño y reconocen que presenta una estrecha analogía con el seguro de patrimonio; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 90; HILL PRADOS M. C., «Reaseguro y coaseguro», BATALLER GRAU J. y VEIGA COPO A. B. (Dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Ed. Civitas, Madrid, 2014, p. 1278; VEIGA COPO A. B., *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Ed. Civitas, Navarra, 2018, p. 580.

En contra, BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, p. 424 quien precisa que el reaseguro no debe ser considerado una rama de los seguros patrimoniales sino un ramo autónomo por derecho propio que puede extenderse a cualquier forma de seguro porque comprende el riesgo del mismo asegurador y va referido a su responsabilidad. Para él, el reaseguro es el cuarto ramo del que consta su organización técnica del contrato (seguro de intereses patrimoniales, seguro de personas, seguro contra las desgracias accidentales y reaseguro). No obstante, el autor italiano admite que la técnica conoce y aplica tres grandes categorías: seguros de personas, seguros de cosas y seguros de patrimonio y, en ésta última, se aloja el reaseguro. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 145 concibe el reaseguro, desde una perspectiva del riesgo reasegurado, como un seguro de responsabilidad (sin tratarse de una subespecie del seguro de responsabilidad civil) porque el pago del asegurador-reasegurado resulta de la posibilidad que le origina a éste el contrato de seguro directo; si bien admite que, desde el punto de vista del interés reasegurado, el reaseguro es un seguro de patrimonio puesto que el objeto sobre el que recae ese interés es el patrimonio del asegurador-reasegurado.

<sup>170</sup> DONATI A., «L'interesse nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima, p. 327.

<sup>171</sup> FERRARINI S., «L'interesse di assicurazione», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, p. 629. El autor clasifica los seguros de patrimonio en tres modalidades: i) seguros contra el riesgo de la responsabilidad contractual del asegurado, ii) seguros contra el riesgo de la responsabilidad

se realiza sobre la tesis de que, si se produce el siniestro determinado en un seguro, surge una obligación de indemnizar (asumida contractualmente por el asegurador-reasegurado) al asegurado que ocasiona un daño económico (deuda) en el patrimonio de aquel que el reaseguro tiende precisamente a reparar. En el reaseguro, el daño se identifica con la «lesión del interés que el asegurador-reasegurado tiene en la conservación del objeto concreto que forma parte del patrimonio del asegurado en el contrato de seguro que se ha reasegurado»<sup>172</sup> y ello ha llevado a reconocer un interés asegurable indirecto. Además, el reasegurador no asume un riesgo asumido anteriormente por el asegurador-reasegurado porque si no se alteraría la relación contractual entre el asegurador y asegurado original y, en virtud del principio de independencia entre el seguro y el reaseguro, el asegurador-reasegurado transfiere su propio riesgo y ello origina la superposición de dos contratos de seguros (reaseguro).

En los seguros de daños, el patrimonio del asegurado puede resultar afectado en virtud de una obligación de indemnizar el daño de un tercero. Suelen verse implicados tres sujetos: el asegurador, el asegurado y la víctima. Además suelen contemplarse dos grandes modalidades: los seguros de cosas y de responsabilidad. Mientras los seguros de cosas tienen por objeto indemnizar al asegurado las pérdidas materiales que padezca el patrimonio de aquel, el seguro de responsabilidad tiene por objeto garantizar al asegurado de las acciones que contra él ejercite un tercero por el perjuicio que le haya podido causar en virtud de los hechos de los que deba responder. Los seguros de responsabilidad están destinados específicamente a reparar el daño que sufra el patrimonio del asegurado al ser gravado por una deuda derivada de responsabilidad. En el reaseguro, el siniestro se identifica con el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado y ello es clave para continuar precisando la calificación jurídica del contrato. Aunque el siniestro en el seguro (accidente marítimo) origine un siniestro en el reaseguro ello no significa que ambos sean idénticos puesto que tan solo existe una unión funcional y no material. Independientemente de la naturaleza del seguro principal, la del reaseguro siempre se corresponderá con la del seguro contra el nacimiento de una deuda<sup>173</sup> porque -como expresamos con anterioridad- la pretensión

---

extracontractual del asegurado (seguros de responsabilidad civil), iii) seguros contra el riesgo de la obligación eventual del asegurado de tener que proporcionar una prestación contractual condicionada (reaseguro). Igualmente BROSETA PONT M., *Manual de Derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 464 distingue, dentro de los principales seguros contra daños o de estricta indemnización, los i) seguros de intereses sobre cosas, ii) seguros de intereses sobre derechos y iii) seguros de intereses sobre el íntegro patrimonio. En ésta última categoría incluye al reaseguro.

<sup>172</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 125-126.

<sup>173</sup> Así lo mantiene la mayoría de la doctrina, BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 20; DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 824; VÁSQUEZ PALMA M. F. y AGRAMUNT ORREGO E., «Artículo 585», RÍOS OSSA R. (Dir.) y SCHIELE MANZOR C. (Editor), *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 738-739 expresan que, cualquiera que sea la naturaleza del seguro principal, la del reaseguro siempre será la misma: seguro contra el nacimiento de una deuda; BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 461 señalan que, desde un punto de vista estructural y jurídico así como desde un entorno comercial y operativo, «el reaseguro es una especie de seguro, por el que un asegurador transfiere a un reasegurador su débito indemnizatorio respecto de uno o más riesgos que toma sobre sí en virtud de un contrato de seguro, a cambio del pago de una prima»; VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 583 afirma sin duda que el reaseguro participa de la «naturaleza jurídica del seguro contra el nacimiento de una deuda».

del reaseguro es buscar una garantía (jurídica y económica) que proteja el patrimonio del asegurador-reasegurado del daño que implica el nacimiento de una deuda como consecuencia de la indemnización de los siniestros que puedan producirse.

A modo de síntesis, el Profesor BROSETA señalaba que desde un punto de vista sistemático, el reaseguro es un seguro contra daños; desde el punto de vista del interés asegurado, el reaseguro es un seguro de patrimonio; y, desde un punto de vista del riesgo, el reaseguro es un seguro de nacimiento de deuda.

En último lugar, no dejamos de señalar la presencia de otras teorías cuya aceptación no se encuentra tan generalizada como aquella que exprime que el asegurador-reasegurado no se cubre contra un daño porque «busca más bien el apoyo para poder asumir por sí mismo (a efectos de terceros) la totalidad de una obligación, cuya consecuencia (el pago) es de antemano previsible»<sup>174</sup>.

### 3.3 La naturaleza jurídica especial del reaseguro marítimo

El Tribunal Supremo ha declarado, en su Sentencia de 16 diciembre 2011, que el seguro merecerá la calificación de marítimo cuando el riesgo a cubrir sea propio de la navegación marítima. El Profesor GARCÍA-PITA expresa -igualmente lo entendemos nosotros- que «si el asegurador directo cubre riesgos marítimos, es imposible que el riesgo marítimo que cubre no termine integrando el riesgo cubierto por el reasegurador, con lo que el patrimonio del asegurador marítimo directo, sobre el que versa el interés reasegurado, acaba siendo un objeto sometido a los riesgos marítimos»<sup>175</sup>. En la medida en que el reaseguro marítimo es un contrato de seguro y comporta la traslación de una parte del riesgo marítimo, entendemos que merece la calificación de contrato marítimo y queda sometido también a la LNM.

La controversia científica versa sobre la existencia o no del reaseguro marítimo y, en caso de afirmarse su presencia con tal carácter, sobre si éste se trata de un negocio jurídico con substantividad propia o una modalidad de seguro marítimo. Frente a los autores que defienden que el reaseguro no es marítimo porque apunta al daño del asegurador-reasegurado y no al riesgo marítimo<sup>176</sup>, hay quienes si distinguen el reaseguro marítimo como una categoría propia o submodalidad del reaseguro en general y señalan que, a consecuencia del fin económico específico del reaseguro, precisa de

---

<sup>174</sup> NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 494.

<sup>175</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>176</sup> Entre otros, PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 107-109 «si è tanto parlato di riassicurazione marittime, e se qualche legislazione ne conserva la menzione nelle norme relative alle assicurazione marittime, ciò si deve al fatto che per molto tempo le più frequenti riassicurazione, furono contratte dagli assicuratori marittimi. Ma non vi è ragione che oggi giustifichi questa sottospecie» y no encuentra justificada la separación y aplicación de las normas del seguro marítimo al mismo porque el riesgo reasegurado no es marítimo y porque el sistema italiano (en el momento en que se pronunció, el Codice di Commercio 1882) ordena y regula jurídicamente el reaseguro entre las normas relativas a los seguros en general y consecuentemente le son de aplicación las normas de los seguros contra daños y no las particulares que se refieren a los seguros marítimos; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, *op. cit.*, p. 574; RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros marítimos y aéreos», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dir.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 118-119.

una configuración jurídica especial<sup>177</sup>. Entre estos últimos autores, GARCÍA-PITA recuerda que «el riesgo cubierto por el reaseguro incorpora, como elemento condicional propio, el acaecimiento de un siniestro referido a otro riesgo diferente: el que cubre el seguro directo de base u original» y, sobre la base de la maritimidad de los riesgos y la relación indirecta del contrato de reaseguro con los riesgos de la navegación marítima, afirma que el reaseguro es marítimo porque versa indirectamente sobre riesgos que son marítimos<sup>178</sup>.

A priori podría concluirse que el reaseguro cubre un riesgo que, en sí mismo, no es marítimo o no pertenece formalmente a la categoría de los de la navegación marítima. En apoyo de lo anterior, también podría argumentarse que el seguro y el reaseguro son contratos totalmente independientes y autónomos entre sí. Sin embargo, el reaseguro sí puede revestir una connotación marítima porque va referido necesariamente a un seguro marítimo y presenta vinculaciones con el ámbito de la navegación marítima. La realidad del reaseguro marítimo va unida a la previa existencia de un seguro de la navegación marítima. La obligación de que éste último contrato exista y sea válido es un «antefatto giuridico» o presupuesto causal<sup>179</sup> indispensable. Siguiendo la afirmación tradicional de

---

<sup>177</sup> SALANDRA V., «I caratteri...», *op. cit.*, p. 331 entiende el reaseguro entra, según los casos, en la categoría a la que pertenece el contrato de seguro en consideración del cual se ha concluido y en ningún caso en la categoría de los seguros de daños; EHRENBERG V., *El reaseguro, op. cit.*, p.79; RITTER C., *Das Recht der Seeversicherung*, Cram - De Gruyter & Co., Hamburg, 1967, p. 143 aserta «denn die seeversicherungs-regeln eignen sich im allgemeinen auch für die see-rückversicherung» y sostiene la aplicación reaseguro marítimo de las normas reguladoras del seguro marítimo. Ritter sostiene, además, que resultarán de aplicación, por el siguiente orden, las reglas generales del seguro marítimo (*Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen*, cuando el riesgo asegurado sea originalmente marítimo) y, en defecto de las anteriores, las normas relativas al seguro contra la responsabilidad. Y todo ello porque el reaseguro se menciona entre las normas del seguro marítimo; CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 28 reconoce, pese a no existir una regulación positiva específica, el reaseguro marítimo por la «caratterizzazioni notevoli sul piano della prassi commerciale»; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 462-465 distingue sin dubitación alguna entre el reaseguro marítimo y todas las demás clases de reaseguro; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 344 también reconoce la existencia del reaseguro marítimo en la práctica.

<sup>178</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>179</sup> En la doctrina, PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 57 afirma que el reaseguro tiene como «presupposto essenziale» el contrato de seguro sin que ello implique una unión entre los dos contratos; EHRENBERG V., *El reaseguro, op. cit.*, p. 82 arguye que todo contrato de reaseguro requiere para su nacimiento «un contrato de seguro principal previo, ya que sobre éste descansa para el reasegurado su interés asegurable, y sin él, el reaseguro contratado no tendría objeto, siendo un seguro ilícito de apuesta»; DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, *op. cit.*, p. 482 manifiesta que «il contratto di assicurazione, come fonte del rischio del riassicurato, è presupposto causale del contratto di riassicurazione»; ANGELI G., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 1 señala como particularidad del reaseguro el hecho de que no pueda configurarse por sí mismo y precise una relación de seguro previa; OLIVENCIA RUIZ M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)» en VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros y Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, p. 911; CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 81 declara que «tra assicurazione e riassicurazione, come contratti nominati, la connessione risulta dalla legge (Articolo 1928 Codice Civile) e dalla funzione; si tratta quindi di un collegamento necessario»; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 383 considera que la existencia del contrato de seguro constituye un presupuesto o condición para la validez y eficacia del reaseguro; MUÑOZ LÓPEZ A., «Desnaturalización...», *op. cit.*, p. 180; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 97; FELIX MORANDI J. C., «Il principio...», *op. cit.*, p. 415 indica que «l'assicurazione originaria è il presupposto della riassicurazione ed esiste un rapporto di dipendenza economica e tecnica fra la riassicurazione e la assicurazione diretta»; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 205 entiende que «un contrato de reaseguro no es una modificación del contrato -original- de seguro directo, sino que se

que el Derecho marítimo es el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar<sup>180</sup>, el reaseguro marítimo puede configurarse como un contrato de Derecho marítimo. Sin perjuicio de que el alcance de estas afirmaciones se vean reforzadas más adelante con otras adiciones, el reaseguro es la continuación necesaria del contrato de seguro sin el que no podría existir y, siendo el seguro marítimo un seguro especial, el reaseguro participará también de esa misma especialidad en la naturaleza del contrato. En concreto, se unen circunstancias muy particulares que no pueden abordarse bajo un axioma general sino que requiere de las oportuna matizaciones y precisiones por lo que frente a las Leyes generales les serán de aplicación las disposiciones de carácter especial (marítimas) contenidas en el ordenamiento jurídico español e italiano.

El riesgo expuesto a la navegación marítima es primeramente objeto de contratación por el seguro marítimo y secundaria e indirectamente por el reaseguro marítimo. Recordamos además que la particularidad del riesgo viene dada por su condición como riesgo de la navegación marítima y de gran riesgo.

Junto al amparo teórico del carácter marítimo del reaseguro unimos la presencia del mismo en la realidad de los negocios como prueba de su existencia objetiva y verdadera. Aunque pueden existir reaseguros obligatorios, el reaseguro siempre es el resultado de la autonomía privada de las partes y de su libre capacidad para contratar y estipular las condiciones que estimen convenientes. Las cláusulas del seguro marítimo son válidas para el reaseguro y ello con independencia de que se haya pactado expresamente o no<sup>181</sup>. El reaseguro tiene -como se indicó con anterioridad- un carácter general privado como consecuencia del que tiene el seguro principal sobre el que se constituyó y estará sometido a «las normas privadas de Derecho objetivo válidas para la modalidad del seguro a que pertenece»<sup>182</sup>.

No cabe duda alguna de la configuración del reaseguro marítimo de una manera independiente de reaseguro y de su consideración como modalidad marítima puesto que el Artículo 409 e) LNM contempla la posibilidad de que sea objeto del seguro marítimo cualquier interés patrimonial legítimo expuesto a los riesgos de la navegación marítima.

---

trata de un contrato diferente; un negocio jurídico contractual autónomo y distinto del seguro directo, cuya existencia -la de este último- es solo un presupuesto económico de la relación de reaseguro»; BOGLIONE A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 388, expresa que «la sussistenza di un sottostante, valido contratto di assicurazione costituisce l'indefettibile presupposto (*condicio iuris*) della riassicurazione, e non viceversa».

En la jurisprudencia, la Sentenza Corte di Cassazione, 8 ottobre 1925, señala que el seguro es «condizione di vita e di realizzazione» para el contrato de reaseguro y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1977 también reconoció que el seguro es «presupuesto indispensable» del reaseguro a la vez que declara la independencia de ambos contratos. También la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 16 de junio de 1987 afirmó que «donde no hay seguro no cabe el reaseguro».

<sup>180</sup> ARROYO I., *Curso de Derecho marítimo*, Tercera Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 60. La definición formulada por el autor precede a la contenida en el Artículo 1 LNM.

<sup>181</sup> EHRENBURG V., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 95 entiende que, aun en el caso de habiéndose contratado el seguro marítimo bajo condiciones generales, el reaseguro atenderá a dichas normas contractuales y no a las prescripciones de Derecho objetivo sobre seguros marítimos.

<sup>182</sup> EHRENBURG V., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 84-85. El autor expresa que el reaseguro pertenece, por su esencia, al Derecho de seguros pero advierte de que el tratamiento del mismo en otras ramas tiene que obedecer a la existencia de normas jurídicas especiales.

En esa doble consideración -como reaseguro y como contrato marítimo- descansa el carácter particular (especial) del contrato.

En España, el reaseguro marítimo no se encuentra regulado ni entre las modalidades de seguro contempladas en la LNM ni entre los contratos previstos en la misma pero tampoco en Italia, existe una disciplina legal específica del reaseguro dentro de la normativa marítima y, por ende, se hace obligado acudir a la normativa de carácter general. Las situaciones anteriormente descritas no implican desatender por completo la LNM o el Codice Navigazione pues ambos textos legales se convertirán, como tendremos ocasión de analizar, en piezas claves que permitirán integrar conjuntamente toda la regulación positiva. La inexistencia de una norma vigente reguladora de la categoría marítima del reaseguro no obsta a su reconocimiento pues su validez ha venido admitiéndose legalmente hasta hace relativamente poco tiempo y la derogación tan solo ha conllevado la supresión de un aspecto formal y no material.

El espíritu mercantil del reaseguro viene determinado también con el propio origen marítimo del contrato y, en esta configuración que llevamos a cabo, no puede caer en el olvido el elemento histórico. Existe constancia documental y unanimidad doctrinal<sup>183</sup> en que el contrato de reaseguro marítimo fechado en julio de 1370 es el primer reaseguro - en sentido propio- del que se tiene constancia. En virtud del citado documento, un comerciante aseguró la carga que debía ser transportada por mar desde Génova (Italia) a Sluys (provincia de Zelanda, Países Bajos). No obstante, se decidió reasegurar la última parte de la travesía marítima que se efectuó desde Cádiz (España) hasta Sluys en atención al riesgo especial que conllevaba esa parte de la ruta. Fue la primera ocasión, hasta hoy conocida, en que se transfirió el riesgo a un segundo asegurador y el asegurado no tenía relación contractual con el mismo. El reaseguro surge por primera vez en el ámbito marítimo y, aunque se ha afirmado que aparece casi contemporáneamente con el seguro marítimo, su nacimiento se produjo en un momento cronológico posterior ya que funcionalmente el seguro directo constituye un presupuesto de aquel y fue necesaria la celebración previa de un seguro marítimo para que de él derivase el contrato de reaseguro. La esencia del reaseguro hay que

---

<sup>183</sup> BENZA, *Il contratto di assicurazione nel Medio Evo*, Genova, 1884, p. 76; GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del Diritto commerciale*, Prima traduzione a cura di POUCHAIN V. e SCIALOJA A., Unione Tipografico - Editrice Torines, Torino, 1913, p. 284; CRUZIGER G., *Die praxis der rueckversicherung*, Munich, 1926; NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 486; HORS Y BAUS P., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 34; ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 15; BRUNETTI A., *Derecho marítimo privado italiano*, versión española anotada por GAY DE MONTELLÁ R., Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950, p. 211; DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, *op. cit.*, pp. 450-451; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, p. 321; FARIÑA F., *Derecho comercial marítimo*, Tomo IV - Seguro marítimo, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 339; ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 5; BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, pp. 2-3; CORTÉS L. J., *Póliza flotante y seguro en abono*, Ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1984, p. 183; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 677 coincide con todos los autores anteriores y describe la reunión de las características esenciales de un contrato de reaseguro: descarga de una parte del riesgo, transferencia y asunción del riesgo, relación contractual entre reasegurador y asegurador-reasegurado e independencia contractual frente al asegurado; SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 405-408; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 1-22; ROMERO MATUTE B., «Orígenes históricos del contrato de reaseguro», *Anuario de Derecho Marítimo*, Número 30, 2013, pp. 311-316.

encontrarla en el ámbito marítimo y, más concretamente, en el seno del seguro marítimo.

La evolución experimentada por el reaseguro marítimo permitió un auge de las operaciones del mismo bajo una nueva modalidad denominada «reaseguro general u obligatorio» que ha llegado hasta nuestros días y frente a la primera categoría de «reaseguro especial o facultativo». En la ciudad alemana de Colonia surgió *Kölnische Rückversicherungs-Gesellschaft* como primer<sup>184</sup> reasegurador mundial dedicado profesionalmente a tal negocio en 1846 y marcando al reaseguro como ramo independiente<sup>185</sup>. Sin embargo, hay antecedentes de otro reasegurador, denominado *Wesseler Rückversicherungs-Verein* y fundado en la ciudad alemana de Wesel en 1843 por parte de la aseguradora marítima *Niederrheinische Güter-Assekuranz-Gesellschaft*<sup>186</sup>, que probablemente trazó una organización inicial y sentó las bases para la aparición definitiva de las compañías reaseguradoras venideras. De nuevo, el elemento marítimo interviene en la configuración histórica del reaseguro.

No solo existe una relación necesaria entre el seguro y el reaseguro sino también una dependencia de éste frente a aquel.

En conclusión, la naturaleza asegurativa del reaseguro se desprende del Derecho positivo vigente en España e Italia y defendemos -junto a la jurisprudencia y doctrina mayoritaria de ambos países- que la posición que más se ajusta a la realidad y que mejor expresa la idea fundamental del contrato y de sus caracteres es aquella que identifica al reaseguro marítimo con un auténtico seguro contra daños y, en particular, con un seguro marítimo; respecto del cual comparten los elementos definitorios (riesgo e interés).

### 3.4 La «desnaturalización» jurídica del contrato de reaseguro

La actual práctica aseguradora y reaseguradora ha evidenciado un cambio disruptivo con la concepción clásica y la función tradicional del contrato de reaseguro. El análisis y la reflexión de esta situación ha tenido como consecuencia el nacimiento de un fenómeno que hace referencia a la «distorsión»<sup>187</sup> o «desnaturalización» jurídica del

---

<sup>184</sup> FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 10 y ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 11;

<sup>185</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>186</sup> GOLDING C. E., *A history of reinsurance with sidelights on insurance*, Sterling Offices Limited, London, 1931, o. 96; NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 487; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 704 y 710. HIERRO ANIBARRO S. y CASTILLO PLAZA C. A., *Las sociedades cautivas de reaseguro*, Ed. Fundación Mapfre, Madrid, 2011, p. 12 comparten también las afirmaciones de los autores anteriores.

Otros hechos que dan buena muestra de la íntima conexión entre el reaseguro privado y el ámbito marítimo son los siguientes. En Italia, la primera empresa dedicada al ejercicio exclusivo del reaseguro en todos los ramos fue La Riassicuratrice en 1917 y desde las ciudades de Roma y Milán proyectó su actividad reaseguradora en el ámbito internacional aunque un año antes ya operaba en Génova la Società Italiana di Riassicurazioni Marittime. También destacamos la Legge, numero 102 del 23 febbraio 1952, *assicurazione e riassicurazione dei rischi relativi ai trasporti marittimi ed aerei*. En España, el Decreto de 13 de marzo de 1942 reguló el reaseguro de cascos de buques abanderados en España y el Decreto de 5 de julio de 1945 cambió la denominación del Comité Oficial de Seguros Marítimos por la de Comité Oficial de Reaseguros.

<sup>187</sup> JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, *op. cit.*, pp. 139-140 considera más apropiado emplear el término «distorsión» para hacer referencia al quebranto de la «teleología arquetípica asignada al reaseguro tradicional» y de los «arraigados y medulares principios» por la progresiva falta de confianza manifestada por los reaseguradores; a su juicio, la naturaleza originaria, «no empece la severidad de la problemática que lo aqueja» y queda latente.

contrato de reaseguro, a través de la cual una corriente doctrinal<sup>188</sup> trata de dirigir la atención hacia la crisis que viene atravesando la institución desde hace ya algunas décadas.

Entre las circunstancias que han motivado dicha alteración suelen citarse: la gran amplitud del mercado de suscripción y la facilidad de acceso al mismo; la extraordinaria competitividad; el sometimiento del mercado a una importante situación de incertidumbre e inestabilidad<sup>189</sup>; o la quiebra de la confianza entre las partes y de la vigencia del principio de comunidad de suerte y de buena fe. El carácter dispositivo de las distintas normas jurídicas nacionales sobre el contrato de reaseguro y el predominio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en toda la relación contractual también ha provocado que, en ocasiones, la función del reaseguro pueda verse deformada tanto con el recurso a las condiciones y cláusulas contractuales como con la proliferación de distintas operaciones y modalidades<sup>190</sup> de reaseguro que implican una separación del contenido convencional de los supuestos técnicos que justifican su existencia. En el respeto al principio de autonomía contractual, as modernas legislaciones suelen no sujetar el reaseguro a la aplicación de las normas dictadas para regir las relaciones que nacen del contrato de seguro y la libertad de pacto entre las partes ha dado lugar a una gran variedad de estipulaciones contractuales que acatan aparentemente todos los límites legales impuestos por los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, se ha sostenido que, si no se quiere desnaturalizar el reaseguro, las disposiciones de carácter dispositivo referidas a los elementos esenciales del seguro y al principio indemnizatorio no podrán ser derogadas por voluntad de las partes<sup>191</sup>. Por su parte, HILL sostiene que las disposiciones referidas al reaseguro tienen

---

<sup>188</sup> Entre otros que, en cambio, entienden que se tratan de cláusulas o estipulaciones que responden a la evolución e innovación del mercado y que no suponen merma alguna de la naturaleza del reaseguro sino una mejora de la eficiencia económica del contrato, podemos citar a FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho...», *op. cit.*, pp. 220-221; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, *op. cit.*, pp. 215-219; URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 643-644; PORTELLANO DíEZ P., *El reaseguro: nuevos pactos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 21 y 80-81.

<sup>189</sup> MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 509-510.

<sup>190</sup> Entre otras operaciones y actuaciones que conllevan una distorsión del contrato de reaseguro pueden citarse el *fronting*, la constitución de sociedades cautivas o los sistemas de transferencia alternativos del riesgo (*v.gr. special purpose vehicle* o *asset risk*).

La proliferación en la práctica de múltiples modalidades de reaseguro que implican una separación del contenido del tratado de los supuestos técnicos que justifican su existencia han llevado a afirmar que los tratados de reaseguros «desnaturalizan» la función técnica originaria del seguro, es decir, distorsionan la cesión del excedente del pleno, así se pronuncian BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 16. En referencia al reaseguro total, hay autores que defienden que el asegurador-reasegurado pasaría a convertirse en un intermediario y el contrato de reaseguro no desarrollaría completamente sus funciones, así lo han manifestado BUTTARO L., «Riassicurazione», *Enciclopedia...*, *op. cit.*, p. 377 defiende que la estipulación de reaseguros totales constituye una posibilidad pero termina afirmando que no son «vere e proprie riassicurazioni» y CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 246 señala que el reaseguro total, que es fuente de desviaciones del intento común perseguido por el negocio típico y del desinterés del reasegurado, consiente prácticas de «*fronting*», favoreciendo intervenciones de sociedades captivas y que pueden estar fuera de la fisiología del reaseguro, puede presentarse como negocio indirecto, tendiendo a lograr objetivos distintos de aquellos que son típicos del negocio reasegurativo.

<sup>191</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 724; ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización...*, *op. cit.*, p. 58 y



necesariamente un carácter imperativo porque, de lo contrario, sería absurda su inclusión en la Ley si se permitiese su inaplicación<sup>192</sup>.

La independencia y autonomía del reaseguro se ha visto alterada no sólo en los contratos de reaseguro sino desde los propios contratos de seguros que constituyen el presupuesto de aquel y que, en ocasiones, inciden en su verdadera esencia. El Profesor STIGLITZ sostiene que la desnaturalización de la relación obligacional opera a través de distintas tipologías de cláusulas predispuestas como las que amplían los derechos del predisponente<sup>193</sup>. En la actualidad, dichas estipulaciones conforman la auténtica realidad comercial y la vigencia de las mismas origina distorsiones con la teoría y con las tesis clásicas acerca del reaseguro en su aplicación.

Entre las cláusulas que desvirtúan el concepto tradicional del reaseguro se encuentra la cláusula de control (*claims control clause*) que habilita al reasegurador para controlar o dirigir una actuación incisiva en la conducta del asegurador-reasegurado (coartando su libertad de gestión del riesgo) y reducir el principio de máxima buena fe a su mínima expresión y desarrollo. En atención a las inmensas proporciones que puede revestir la indemnización en un seguro perteneciente a la categoría de «grandes riesgos» -como ocurre en el ámbito marítimo-, estas cláusulas de control suelen insertarse con relación a la liquidación de los siniestros y conllevan la concesión al reasegurador de facultades reservadas generalmente al asegurador-reasegurado como, por ejemplo, las estipulaciones que llevan a reconocer al reasegurador la potestad de aceptación o rechazo del siniestro amparado por la póliza original, la de aprobación de las cuentas liquidadoras, la de la autorización de pago o la de designación de peritos y demás técnicos<sup>194</sup>. La doctrina coincide en señalar que la desnaturalización del contrato se produce porque el reasegurador ocupa «*de facto*» el lugar del asegurador-reasegurado y asume las facultades que le son propias según la propia naturaleza del reaseguro hasta convertir a éste último en un delegado que no puede actuar «*ultra vires*» sin la previa autorización de aquel<sup>195</sup>. Además de denotar la decadencia del ambiente de confianza

---

SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *Estudios...*, *op. cit.*, 1997, p. 120 señalan, entre otros motivos de la desnaturalización, «la frecuente ruptura del principio de autonomía del contrato de reaseguro respecto al contrato de seguro primitivo» y el consecuente alejamiento del concepto tradicional de reaseguro.

<sup>192</sup> HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, pp. 147-148.

<sup>193</sup> STIGLITZ R., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 73.

<sup>194</sup> JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, *op. cit.*, pp. 132-133 recoge como estipulación presente en los contratos de reaseguro del mercado español la redactada en los siguientes términos «El reasegurado, nada más tener conocimiento de una reclamación o suceso que pudiera dar lugar a una reclamación, informará, inmediately, al reasegurador de dicha reclamación que se produzca en relación con la póliza original. Ninguna reclamación o admisión de responsabilidad, deberá ser hecha por el reasegurado sin la previa aprobación del reasegurador».

<sup>195</sup> MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, p. 520. El autor llama la atención sobre las consecuencias que conllevaría la defensa jurídica del asegurador-reasegurado ante cualquier reclamación del asegurado pues queda a las expensas de la posición y actuación del reasegurador. Además señala que, en aquellos casos en los que el reasegurador no está autorizado para actuar en un determinado país, se produciría una violación de las normas de control administrativo porque se convertiría en un asegurador directo.

En el mismo sentido, PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 237 quienes optan por emplear el término «atípico» para referirse a todos aquellos contratos de reaseguros que contienen cláusulas que reconocen al reasegurador poderes especiales de control sobre el asegurador-

que tradicionalmente ha existido en la contratación de los reaseguros -en donde los intereses del reasegurador y asegurador-reasegurado parecían conformar una comunidad<sup>196</sup>-, la autonomía (independencia) y la gestión del riesgo en el seguro originario se verían igualmente conculcadas por estas cláusulas y, en consecuencia, el contrato de reaseguro se convertiría en un verdadero contrato de seguro directo. El alcance práctico de los efectos originados por esta cláusula de control van más allá y afectan al asegurado directo y a la solvencia y posición de la empresa asegurada<sup>197</sup>, contrariando los fines que persigue la legislación.

Junto a esas cláusulas de control suele insertarse frecuentemente en el contrato una cláusula de cooperación (*cooperation clause*) que tiene por objeto notificar al reasegurador el acaecimiento del siniestro «e incluso solicitar de este su consentimiento para cualquier transacción o pago»<sup>198</sup>. Si la estipulación contractual excede de los parámetros generales impuestos por la costumbre internacional de información al reasegurador, la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro se vería desvirtuada en beneficio exclusivo de uno solo de los contratos y de una sola de las partes contratantes.

Otra tipología de cláusulas son aquellas que reconocen una acción del asegurado directo contra el reasegurador para el reclamo de la indemnización. La controversia se centra en la evidente contradicción de las mismas con el Artículo 78 LCS o con el Artículo 1929 Codice Civile. En virtud de los citados Artículos, el contrato de reaseguro no crea vínculos jurídicos entre el asegurado directo y el reasegurador, salvo el privilegio de aquel en el supuesto de insolvencia del asegurador-reasegurado. También se infringirían las disposiciones administrativas contenidas en el Artículo 21.2 LOSSEAR y en el Artículo 57.2 RLOSSP, ambas coinciden en señalar expresamente que el ejercicio de la actividad reaseguradora se realizará con «total separación de los tomadores de seguro y de los asegurados». El reconocimiento de una estipulación contraria a las disposiciones anteriores supone, además de la infracción legal, un alejamiento del concepto tradicional del reaseguro y, en consecuencia, una

---

reasegurado; BATALLER GRAU J., *La liquidación del siniestro en los seguros de daños*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 116-117 manifiesta su opinión de que esas y otras cláusulas similares desnaturalizan el contrato de reaseguro hasta el punto de plantearse «si efectivamente estamos todavía ante un reaseguro o si, por el contrario, nos encontramos ante otra modalidad contractual»; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Perfiles del reaseguro y su régimen a fines del siglo XX», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 2722; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 217, apuesta por calificar al reaseguro como un «contrato pantalla» aunque, como hemos advertido antes, si contempla la admisibilidad de la cláusula de control en determinados supuestos (*v.gr.* cuando el asegurado le imponga al asegurador-reasegurado un reasegurador determinado); CARRO DEL CASTILLO J. A., «Prácticas desnaturalizadoras del contrato de reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 45 advierte también de la violación de las normas de control administrativo cuando el reasegurador no está autorizado para operar en el país del riesgo puesto que «adquiere de hecho la condición de asegurador directo, arrogándose unas facultades que no le corresponden».

<sup>196</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 529.

<sup>197</sup> GILSANZ A. L., «Cláusulas de control», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 52 recuerda varios casos españoles referidos tanto a la interpretación de la póliza de seguros como a la liquidación de grandes siniestros.

<sup>198</sup> SOMACARRERA M., «El derecho de asistencia y las cláusulas de cooperación en los contratos y aceptaciones facultativas del reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 47. La autora diferencia esa estipulación contractual de la cláusula de asistencia, según la cual «el reasegurador, asume la facultad de asesorar, a partir de una determinada cuantía, y de forma interna en el ajuste del siniestro».

desnaturalización del contrato. El ejercicio de esta acción puede revestir distintas redacciones en atención a una pluralidad de situaciones, siendo la más frecuente aquellas que atienden a un supuesto de insolvencia (*insolvency clauses*) y reconocen al asegurado la posibilidad de que pueda dirigirse directamente contra el reasegurador en el supuesto de que el asegurador-reasegurado no sea capaz de dar cumplimiento a las obligaciones que le son exigibles. La ruptura del principio de independencia entre ambos contratos es patente, sin embargo parece no ser suficiente para afirmar que la estipulación contractual desnaturalizaría la verdadera esencia del reaseguro y la discusión se centra sobre su consideración como privilegio y el reconocimiento de una acción directa o no<sup>199</sup>.

También existen cláusulas que reconocen el consentimiento del reasegurador en la liquidación o en la transacción efectuada de buena fe por el asegurador-reasegurado con sus propios asegurados y en las que el reasegurador deja de ser un tercero en la relación jurídica que vincula al asegurado directo con el asegurador-reasegurador. En virtud de las cláusulas *follow the settlements*, el reasegurador se obliga a indemnizar -sin discutir la responsabilidad ni la cuantía- al asegurador-reasegurado que haya indemnizado el daño siempre que pueda probarse que el siniestro tenía cabida en el ámbito del reaseguro y el asegurador-reasegurado hubiese tomado honestamente todas las medidas apropiadas en la tramitación de la reclamación. Algunos autores aseveran que, en la práctica reaseguradora reciente, se están introduciendo cláusulas (v.gr. cláusula de control o cooperación) cuyo tenor incide en el propósito y en el resultado de la cláusula *follow the settlements* o legitiman diversos grados de intervención del reasegurador en los siniestros directos<sup>200</sup>.

La relación entre asegurado y reasegurador puede articularse también a través de una cláusula expresa (*cut-through clause*) que permite el abono inmediato al asegurado de la indemnización correspondiente a la parte proporcional de la responsabilidad que haya asumido el reasegurador mediante el reconocimiento de una acción directa al asegurado directo. Se trata de un derecho de opción que, en caso de ser ejercitado, comportaría la transformación de la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro y su conversión en un coaseguro<sup>201</sup>. Esta tipología de pactos en particular ha sido objeto de una intensa discusión doctrinal. Frente a la postura de LANGLE que únicamente concibe el pago de la indemnización al asegurador-reasegurado (único contratante y sujeto que experimenta el daño de reparar el siniestro)<sup>202</sup>, BROSETA admitió, bajo la consideración de estipulación a favor de tercero, estas cláusulas en los reaseguros de conformidad con el Artículo 1257 Código Civil pero sin que pudiese desplegar sus plenos efectos hasta que

---

<sup>199</sup> MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, op. cit., p. 519 entiende que es una acción directa. GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 692 advierte de que los Tribunales de justicia, en cambio, sí han acabado por identificar las «*insolvency clauses*» con una verdadera acción directa contra el reasegurador.

<sup>200</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 670 y FENTON A., «The nature and extent of a reinsurer's liability and the effect of "follow settlements" clause», *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, fasc. 4, 2013, pp. 542-543.

<sup>201</sup> ARGÜELLES J., «Cláusulas "cut-through put" y "simultaneous payment clause"», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 56.

<sup>202</sup> LANGLE Y RUBIO E., *Manual...*, op. cit., p. 638.

el pacto no fuese aceptado por el asegurado<sup>203</sup>. FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ entienden que no desnaturalizan «en sí mismo» al reaseguro<sup>204</sup>. En cambio, para MUÑOZ, las cláusulas conllevan un claro efecto desnaturalizador del contrato porque, bajo un fraude de ley, el reaseguro se convertiría en un seguro directo con una causa ilícita que podría determinar la nulidad del mismo<sup>205</sup>. No cabe duda de que el asegurador-reasegurado es quien está obligado de manera principal con el asegurado y quien tradicionalmente habrá de pagar la indemnización si se produce el siniestro. La posibilidad convencional de que el asegurado pueda dirigirse frente al reasegurador debe ser excepcional y, en todo caso, debe ir referida a supuestos concretos (v.gr. insolvencia del asegurador-reasegurado) a través de cláusulas pactadas expresamente para dicha finalidad.

Otra modalidad de cláusulas contempla que, en los supuestos en los que se ha realizado el siniestro, el asegurador-reasegurado efectúe el pago al que queda obligado sólo cuando haya recibido la parte proporcional de la responsabilidad que asumió el reasegurador (*simultaneous payment clauses*)<sup>206</sup>. Estas estipulaciones contractuales desnaturalizan también el contrato de reaseguro porque sujeta a una condición suspensiva<sup>207</sup> el contrato de seguro directo y altera las relaciones jurídicas entre el asegurado, el asegurador-reasegurado y el reasegurador. Sin lograr impedir el funcionamiento normal o tradicional del contrato de reaseguro, sí se producen cambios importantes en la gestión del riesgo y en la función de resarcimiento del daño,

---

<sup>203</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 21 y 38.

<sup>204</sup> FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho...», *op. cit.*, pp. 220-221. Los autores distinguen las «*cut-through clauses*» puras, en las que reasegurador se compromete frente al asegurador-reasegurado a pagar directamente al asegurado sin cristalizarlo hasta que el asegurado no acepta su pago (en caso de la negativa de éste puede reclamarlo a su asegurador) y sin que tenga un derecho o acción para la reclamación; y las «*cut-through clauses*» impuras que vienen impuestas por el asegurado al asegurador y que pueden implicar un fraude al permitir encubrir un auténtico seguro directo bajo el reaseguro.

<sup>205</sup> MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, p. 524.

<sup>206</sup> GOÑI GARRIDO C., «Contrato de reaseguro y sus cláusulas principales», *Anuario de Derecho comercial y marítimo*, Núm. 2/2010, pp. 70-71 prefiere emplear la denominación «cláusula de provisión de fondos» para hacer referencia a la estipulación en virtud de la cual las entidades aseguradoras «no están obligadas a indemnizar al asegurado original hasta tanto no reciban de sus reaseguradores los montos correspondientes al riesgo cedido».

JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, *op. cit.*, p. 163 quien, además de considerarla una estipulación distorsionadora del reaseguro, aporta el siguiente ejemplo, frecuente en el mercado español, de cláusula de pago simultáneo: «Queda expresamente convenido y así se acepta por el asegurado que el asegurador, por la parte del riesgo colocado en el mercado de reaseguros (...) no indemnizará al asegurado en caso de siniestro cubierto bajo esta póliza, mientras no reciba los importes correspondientes a tales colocaciones. Una vez recibidos dichos importes, incluso los que tenga la consideración de pagos parciales a cuenta del total, serán inmediatamente abonados al asegurado».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de noviembre de 2005 también reproduce la siguiente cláusula de pago simultáneo: el tomador acepta que la aseguradora «sólo estará obligada a hacer frente a las obligaciones contraídas por la presente póliza en caso de siniestro amparado por la misma, una vez recibidos de los reaseguradores los importes correspondientes a la parte de riesgo colocada en el mercado de reaseguro».

<sup>207</sup> Sobre este particular traemos a colación la disposición contenida en el Artículo 1115 Código Civil, en virtud de la cual se declara nula la obligación condicional que se haga depender exclusivamente de la voluntad del deudor, así como el tenor del Artículo 1256 Código Civil que señala que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». El planteamiento anterior tiene una coincidencia en el Artículo 1355 Codice Civile al declarar que es «nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente da quella del debitore».

produciendo una disonancia en el reaseguro al impedir la ejecución normal e independiente del contrato de seguro y del de reaseguro y mermar el sentido original de una y otra institución. Las resoluciones judiciales que contienen pronunciamientos acerca de la validez de estos acuerdos no son muy frecuentes pero, en este momento, es posible hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2010 que declaró ineficaz la cláusula de pago simultáneo y motivó su fallo en la ilicitud del acuerdo por falta de aceptación expresa del tomador del seguro.

En referencia a las modalidades que pueden llegar a suponer una desorientación del reaseguro propiamente dicho también se ha aludido al «pacto de reaseguro interno» contenido en el párrafo segundo del Artículo 77 LCS. El origen de esta confusión se encuentra en un avatar parlamentario que provocó la supresión y el traslado de una previsión hecha inicialmente al coaseguro desde el Artículo 33 del Proyecto de Ley al Artículo 77 LCS vigente. Lo anterior produjo que la referencia al coaseguro interno viniese hecha a partir de entonces al reaseguro interno. El precepto en cuestión permite al asegurado exigir la totalidad de la indemnización al asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición frente a los reaseguradores en virtud del pacto interno entre ambos. La alusión al «pacto de reaseguro interno» no permite dar cabida a la existencia de un «pacto de reaseguro externo» porque éste es un reaseguro desnaturalizado<sup>208</sup> ya que si se permitiese y estipulase la posibilidad de la acción directa entre asegurado y asegurador nos situaríamos ante un auténtico coaseguro al que le sería de aplicación el Artículo 33 LCS.

En las últimas décadas, las sociedades cautivas<sup>209</sup> han venido ocupando un lugar importante en el sector asegurador y reasegurador internacional. A través de dichas sociedades se lleva a cabo un sistema de transferencia alternativa de riesgos mediante el reaseguro cautivo. Este último puede definirse como un «mecanismo sofisticado de retención de riesgos por una empresa no financiera, que en vez de transferirlo a un tercero, constituye una aseguradora o reaseguradora propia que los suscribe»<sup>210</sup>. Las sociedades cautivas pertenecen exclusivamente a los asegurados y aunque constituyen un instrumento para la gerencia y financiación de los riesgos, desnaturalizan la función propia del reaseguro<sup>211</sup>. La alteración del reaseguro se produce por la ausencia de una verdadera división y transferencia del riesgo en sentido material. Esta práctica plantea, entre otros, importantes conflictos de intereses entre el reasegurador y el asegurador-reasegurado puesto que en la posición de éste último se situará el asegurado y permitirá calificarla de forma muy próxima al autoseguro.

No resulta posible negar la evidencia de que, con el transcurso de los años, se produce una evolución del tráfico económico que da lugar a nuevas realidades,

---

<sup>208</sup> MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, p. 515. Niega también la referencia a otra modalidad contractual o acto jurídico diverso, SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 682.

<sup>209</sup> ARGÜELLES J., «Cláusulas...», *op. cit.*, p. 58 define a la entidad cautiva como «entidad corporativa creada y controlada ya sea por una sociedad madre, una asociación profesional o un grupo de empresas, cuyo único propósito es proveer cobertura sobre los riesgos de dicha sociedad madre, la asociación o del grupo, como una alternativa a la adquisición de seguros en el mercado tradicional».

<sup>210</sup> HIERRO ANIBARRO S. y CASTILLO PLAZA C. A., «El reaseguro...», GIRGADO PERANDONES P. (Dir.), *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>211</sup> MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, p. 526.

estructuras, funciones... etcétera. El ámbito contractual del reaseguro no permanece ajeno y la autonomía contractual permite la aparición de cláusulas inéditas cuyas disposiciones han alejado el propio contrato del concepto y de los principios que tradicionalmente han venido rigiendo la trayectoria histórica del reaseguro. La validez de estas cláusulas sigue siendo una cuestión muy discutida (con mayor intensidad por la doctrina que por los Tribunales) y, si con ellas no se reconoce definitivamente una distorsión de la naturaleza jurídica del reaseguro y de los efectos que ello conlleva, no cabe duda de que no podría situarse el contrato entre el tipo normal de reaseguro sino entre los que representan una modalidad «atípica» y más amplia de reaseguro que concede al reasegurador, entre otros muchos, unos «derechos de co-dirección, de co-decisión y de control en los negocios del asegurador por encima de lo normal»<sup>212</sup>.

La utilidad y la necesidad del reaseguro radica, según VEIGA, en la capacidad de adaptación y modulación de las nuevas necesidades que el seguro, los riesgos y la internacionalización han ido exigiendo<sup>213</sup> pero no creemos que ello deba tener lugar a costa de la desnaturalización del contrato.

Sin olvidar la esencia del reaseguro, la correcta delimitación del principio de autonomía de la voluntad reconocida a las partes en los contratos de seguro y reaseguro marítimo en consonancia con las funciones a cada una de ellas, se alzan como únicos elementos que permiten la correcta explotación del negocio. No negamos que el contenido tradicional del contrato viene determinado en muchas ocasiones por el contexto histórico en el que se ha desenvuelto pero, mostrándonos escépticos con la idoneidad de las innovaciones dentro de este particular marco contractual y económico, no puede abordarse la problemática jurídica desde un único punto de vista. No es comprensible la admisibilidad de las estipulaciones contractuales enunciadas con anterioridad si se tiene en cuenta ampliamente la función técnica y económica del contrato de reaseguro. En ocasiones, se justifica la introducción de cláusula en defensa del reasegurador pero, al mismo tiempo, deja de tenerse en cuenta la intervención de otros sujetos (*v.gr.* retrocesionario) que responden conjuntamente. La desconfianza del reasegurador frente al asegurador-reasegurado no puede ser tal siempre que éste último asuma una parte de responsabilidad en el riesgo. La cobertura del riesgo, bajo esos nuevos pactos, convertirían al reaseguro en un contrato totalmente diferente en su contenido, en sus funciones y en sus fines.

#### **4. Principios informadores**

El reaseguro es un instrumento jurídico que ofrece cobertura a cualquier riesgo cubierto por un contrato de seguro con independencia del ramo, de la naturaleza, de la categoría, de la forma, del tipo o de la modalidad a la que pertenezca. Cualquier asegurador puede recurrir a la técnica reasegurativa para asegurar el riesgo de cualquier tipo de seguro principal que haya concluido con anterioridad y las entidades reaseguradoras asumen participaciones tanto en los riesgos nacionales como en los extranjeros. Los ámbitos más frecuentes del mercado asegurador donde tiene lugar el

---

<sup>212</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 426.

<sup>213</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 581.

reaseguro son aquellos que van referidos a la obligatoriedad de los seguros y a los ramos del transporte (terrestre, aéreo<sup>214</sup> y marítimo). Y no sólo queda circunscrito al ámbito estricto del Derecho privado de seguros sino que también existen ejemplos de contratos de reaseguros celebrados por entidades de Derecho público<sup>215</sup>.

Del estudio de la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro se derivan unos principios informadores o generales que rigen la vida del mismo. Adicionalmente, la proximidad con la naturaleza del contrato de seguro y la cobertura de situaciones análogas permiten que el reaseguro comparta los principios técnicos y científicos del seguro<sup>216</sup>. Estos principios forman la base jurídica de la estructura del contrato y se encuentran presentes en la mayoría de los acuerdos negociales a través de sus cláusulas, lo que ha llevado a algunos autores a calificar como «cláusulas de uso»<sup>217</sup> a las reglas de comportamiento a las que las partes contratantes se sujetan *ab immemorabili* como normas del contrato y que, aunque no se encuentren expresamente incluidas en el reaseguro, forman parte de los instrumentos inexcusables del negocio.

Los principios generales (informadores) que definen la función del reaseguro, inspiran la construcción del contrato, inciden en su caracterización y perviven hasta después de la extinción del mismo, son los siguientes:

#### 4.1 Principio de homogeneidad del riesgo

Los aseguradores están sometidos a un mismo riesgo y acuden a las entidades reaseguradoras para prevenirse frente a ese riesgo y conseguir que, el daño que puedan sufrir, sea soportado por otro patrimonio a cambio de una contraprestación económica.

---

<sup>214</sup> Sobre la figura del reaseguro en el sector aéreo, *vid.* GUERRERO LEBRON M. J., *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, Ed. CEDIT y Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 99 y ss.

<sup>215</sup> En la actualidad, se llega a hablar de «*government-sponsored reinsurance*». El Artículo 11 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) admite que el ejercicio del reaseguro sea llevado a cabo por el Gobierno de un Estado miembro de la Unión Europea y excluye de su ámbito de aplicación dicho supuesto; entre los requisitos necesarios la normativa precisa que esté fundamentado en motivos de interés público importantes y en una situación del mercado que impida una cobertura adecuada. El reaseguro público suele tener lugar principalmente en el ámbito de la agricultura. En Italia, a través de un fondo para el reaseguro de riesgos agrícolas se ha perseguido y alcanzado la colaboración entre el sector público y el privado. En España, el Legislador admite la posibilidad de que las entidades de Derecho público (Artículo 27.3 LOSSEAR) y, en especial, el Estado ejerza el reaseguro por motivos de interés público y excluye la aplicación de la LOSSEAR a dicha actividad, en virtud del Artículo 4.2 b) de la citada Ley.

En el pasado también se han sucedido ejemplos en los que los motivos de orden público han conseguido que tanto el Gobierno español como el italiano reasegurasen los riesgos de guerra de los buques. Entre otros muchos ejemplos, podemos citar el reaseguro de accidentes de trabajo en el servicio nacional de reaseguros de accidentes de trabajo que constituyó un servicio ministerial directo del Gobierno Español, hoy extinguido. PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 318 también señala «ma anche l'Uniorias ha connotati pubblicistici, perchè essa gestisce "per conto dello Stato" la riassicurazione in materia di rischio mine, trasporti marittimi ed aeri, per le quote che non trovano copertura sul mercato, nazionale ed estero (...). La gestione di questi rischi è affidata ad uno speciale Comitato del quale fanno parte anche rappresentanti dell'amministrazione pubblica».

<sup>216</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, p. 400.

<sup>217</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 228 prefieren utilizar dicha expresión en lugar de recurrir a la de «principios».

La técnica aseguradora se basa en el principio de homogeneidad de riesgos, es decir, que la determinación del riesgo en cada póliza sea igual a la determinación del riesgo en las restantes pólizas del mismo ramo. Todos los contratantes que estén sometidos a un mismo riesgo, en iguales o similares circunstancias, deberán tener derecho a idénticas prestaciones para lo que las entidades aseguradoras redactan pólizas generales y a ella quedan sometidos todos cuantos quieran celebrar el contrato de seguro<sup>218</sup>. Sin embargo, la técnica reaseguradora se basa en otro tipo de contratación consistente en la discusión del contenido de la póliza con cada uno de los futuros aseguradores-reasegurados.

El principio de homogeneidad de riesgos implica no solo que el evento previsto en los contratos individuales deba ser sustancialmente el mismo sino también que los valores asegurados sean prácticamente equivalentes ya que solo de ésta manera le será absolutamente indiferente al asegurador que el siniestro afecte a uno o a los otros elementos expuestos<sup>219</sup>. El valor máximo dentro del cual el asegurador proporciona la cobertura aseguradora sin dañar el principio de homogeneidad de los riesgos constituye el denominado «pleno» que representa en un valor numérico o en un porcentaje (en éste último caso llegará a ser una proporción del valor máximo del riesgo en el contrato) que se calcula con base en la conveniencia del riesgo, en la adecuación de la prima, en las reservas disponibles para hacer frente a eventuales siniestros y en el programa propio de gestión.

#### **4.2. Principio de división y de libertad de transferencia del riesgo**

El contrato de seguro es un contrato a través del cual una persona transfiere unos riesgos y los eventuales efectos económicos que pueden ocasionar aquellos. Tales riesgos serán soportados por una persona dedicada profesionalmente a dicha actividad.

Los medios a los que puede recurrir el asegurador para que las operaciones que desempeña en el ejercicio de su actividad no supongan una pérdida significativa son principalmente la selección y la división de los riesgos que asume. El fundamento del principio de división se encuentra en la seguridad que conlleva adecuar la cuota del riesgo asumida por el asegurador en proporción a su capacidad financiera mediante el fraccionamiento del riesgo para evitar desencadenar una responsabilidad a la que materialmente no pueda hacer frente. La determinación de esa cuota se alcanza mediante el «pleno», es decir, «la suma máxima que cada entidad, de acuerdo con sus estatutos o por decisión de la administración, cubre un mismo riesgo, constituido, constituido por el conjunto de objetos que por razón de su comunidad, de su contigüidad o de su proximidad, pueden ser destruidos por un solo y mismo siniestro»<sup>220</sup>.

Sin perjuicio de las eventuales autorizaciones administrativas, el principio de libertad de transferencia del riesgo es consecuencia directa de la ausencia generalizada de límites y condiciones para reasegurar los riesgos en el territorio nacional o extranjero. La transferencia se lleva a cabo entre dos empresas y, en el ámbito internacional, la libre transferencia del riesgo se encuentra acompañada de una libertad monetaria<sup>221</sup> porque,

---

<sup>218</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>219</sup> BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 379.

<sup>220</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 822.

<sup>221</sup> FANELLI G., «Pluralità...», *op. cit.*, p. 489.



de lo contrario, se convertiría en una libertad ilusoria. En el ámbito comunitario, la transferencia del riesgo también es libre entre los distintos mercados aseguradores nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. La principal manifestación del principio de libertad de transferencia del riesgo está constituida por la inexistencia de condiciones y de límites para reasegurar riesgos en el exterior o través de empresas extranjeras. El Artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) estableció que las restricciones sobre los movimientos de capitales desaparecerían poco a poco y se eliminarían todas las restricciones mientras que el Artículo 71 del mismo Tratado reflejó el compromiso de los Estados miembros de no imponer nuevas restricciones al movimiento de capitales. También destacamos la Directiva 64/225/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, relativa a la supresión, en materia de reaseguro y de retrocesión, de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que tuvo como objetivo eliminar cualquier discriminación dentro de los Estados miembros.

El ejercicio simultáneo de la actividad aseguradora en régimen de libre prestación de servicios y de libertad de establecimiento contribuyen junto a la libertad de movimiento de capitales a la consecución de una realidad supranacional en la que la libertad de transferencia del riesgo no representa un postulado teórico sino práctico hasta convertirse en un principio general del mercado.

A la pretensión del Legislador europeo de conceder una libertad de servicios en materia de seguros privados se han unido las políticas de flexibilización administrativas de los Legisladores nacionales con el fin de dotar al mercado asegurador de una mayor libertad de contratación y situar así al principio de la autonomía de la voluntad en un lugar preferente en materia de Derecho contractual de seguros de grandes riesgos.

#### **4.3 Principio de libertad o autonomía contractual**

El Derecho de la navegación tiene un origen consuetudinario y la autonomía privada de dicha disciplina inunda las operaciones comerciales marítimas. La traducción de la afirmación anterior puede verse concretada en el carácter dispositivo de los seguros para la navegación y corroborada por el hecho de que los Legisladores nacionales no dispensen una tutela respecto de las partes contratantes en atención a la condición de profesionalidad y cualificación de ambas tanto en el contrato de seguro marítimo como en el de reaseguro. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad es también una consecuencia específica del principio de libertad de forma con el que se configuran ambos contratos.

Una de las notas esenciales del seguro marítimo (y, a la vez, una de las grandes dificultades de armonización del sistema de ordenación jerárquica de las normas reguladoras del mismo) es la «potencialidad normativa de los contratantes»<sup>222</sup>, es decir, la capacidad de las partes para regular su relación jurídica contractual y para integrar las lagunas que se puedan derivar del contrato. Y el reaseguro participa también de esa autonomía o libertad contractual de ambas partes para disciplinar la relación contractual

---

<sup>222</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2009, de 12 de marzo de 2013 y de 12 de junio de 2013.

conforme a sus intereses particulares. Sin embargo, dicha libertad no es, en ningún caso, absoluta en ambos contratos sino que debe respetar los límites impuestos por la Ley. En el ordenamiento jurídico español, el principio de libertad contractual o autonomía de la voluntad se encontraba regulado en el Artículo 385 del Código de Comercio<sup>223</sup> y, en la actualidad, se encuentra recogido en el Artículo 1255 del Código Civil y los límites generales a la misma son la ley, la moral y el orden público. El fundamento del Artículo 79 LCS se encuentra en la intención del Legislador de consentir un cauce amplio de libertad a las partes contratantes para configurar el contrato de reaseguro. En el ordenamiento jurídico italiano, la autonomía contractual es reconocida expresamente por el Artículo 1322 Codice Civile y los límites para reglamentar la relación jurídica contractual vienen dadas por las normas imperativas, por el orden público y por la buena costumbre (Artículo 1342 Codice Civile).

El amplio margen de actuación concedido en este concreto campo contractual es reconocido a las dos partes en la motivación de que únicamente son ellas quienes conocen, componen y valoran los intereses en juego en función de sus conveniencias propias. La autonomía privada se articula como el instrumento idóneo que, comportando un elemento implícito de libertad, permite y garantiza a los contratantes la consecución de sus propios fines conforme a sus propias circunstancias y a las problemáticas específicas de la realidad en la que se lleva a cabo el negocio jurídico. No se limita el libre juego de las iniciativas privadas y el poder negocial de los particulares sino que se sujeta el mismo al respeto de determinados valores con el objetivo de que las partes contratantes puedan individualizar y concretar el acuerdo a su libre arbitrio.

Tal y como se desprende de la mayoría de definiciones del reaseguro, éste exige un seguro previo pero ello no implica necesariamente una dependencia contractual entre estos dos contratos. El contrato de reaseguro se «superpone» al contrato de seguro original<sup>224</sup> pero ambos son jurídicamente autónomos. Si bien cualquier modificación en el riesgo asegurado tendrá repercusión en el riesgo reasegurado ello no destruye en ningún momento la autonomía jurídica de las relaciones contractuales entabladas de forma independiente.

#### **4.4 Principio de máxima buena fe contractual**

El contrato de seguro se rige por el principio de máxima buena fe y en el reaseguro la vigencia de este principio no constituye una excepción. Los precedentes judiciales sobre la buena fe en torno al contrato de seguro y al de reaseguro son muy numerosos. Entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1925, de 10 de octubre de 2005 y de 12 de marzo de 2013 señalaron que la máxima buena fe es una nota esencial exigida en los contratos de seguros marítimos. Igualmente lo hicieron la Sentenza Corte di Cassazione, 24 aprile 1961, numero 919 o la Sentenza Corte di Cassazione, 18 settembre 1961, numero 2033 y las resoluciones judiciales procedentes

---

<sup>223</sup> El citado precepto fue derogado por la LCS y expresaba que el contrato de seguro se regía por los pactos lícitos, consignados en cada póliza o documento, y, en su defecto, por las reglas contenidas en el Título VIII (De los contratos de seguro) del Código de Comercio.

<sup>224</sup> GARRIGUES J., «Estudio sobre contrato de seguro», *Revista Derecho Mercantil*, 1969, Numero 114, p. 500, n.100.

del *common law* como, por ejemplo, el caso *Lambert v. co-operative insurance society Ltd.*, 1975, en el que se concluyó que, con respecto al principio de buena fe, no había diferencia entre un contrato de seguro directo y un contrato de reaseguro<sup>225</sup> y la Sentencia *U. S. Dstrct. Ct. for the southern dstrct. of New York*, 1998, que señaló que un asegurador-reasegurado está obligado frente a su reasegurador por un deber de «*uberrimae bonae fidei*»<sup>226</sup>. Este principio es conocido precisamente con el término «*marine rule*» en el Derecho anglosajón.

Asistimos a un principio que se hace presente en la relación precontractual de las partes y que también ilumina todas las relaciones y el cumplimiento íntegro de las obligaciones (principales y accesorias) que surgen del reaseguro<sup>227</sup>. En caso de conflicto, la apreciación de la máxima buena fe se utilizará como recurso para interpretar no sólo las condiciones y cláusulas que las partes han acordado en el contrato sino también como pauta para la valoración de la conducta de las partes: «el principio de buena fe hay que coordinarlo con la común intención de los contratantes»<sup>228</sup>. La dificultad reside en la concreción del contenido exacto del principio de máxima buena fe que debe presidir el contrato de reaseguro. En apoyo de esa búsqueda, las resoluciones judiciales pueden ayudar a perfilar no una definición del alcance que debe tener pero si una idea aproximada de las conductas que, en ningún caso, deben considerarse acordes a la máxima buena fe. En 1991, el caso *Glasgow Ass. Co. v. Simondson* estableció que no era necesario que se revelara el nombre de la aseguradora original; sin embargo, debe recordarse que la respuesta a cualquier pregunta formulada por el asegurador en la negociación que conduzca a la conclusión del contrato es material y, si el asegurado o el *broker* no responden la pregunta, se consideraría una quiebra del principio de buena fe aunque deberá revelarse el nombre del asegurador original si así lo pregunta el reasegurador<sup>229</sup>.

Para el Profesor PÉREZ-SERRABONA, el principio de la buena fe en la contratación mercantil implica la prohibición de tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido corriente y normal de las palabras escritas en el contrato y la de tratar de restringir sus efectos derivativos de su ordinario cauce<sup>230</sup>. Si no ha sido posible establecer de modo inequívoco la intencionalidad de las partes, se deduce que han querido reconocer el sentido de los usos, costumbres y prácticas del seguro ya que tienen que cumplir sus relaciones siguiendo las del propio grupo social, profesional y específico al que pertenecen y en el que desarrollan sus operaciones<sup>231</sup>. Para JARAMILLO, la máxima buena fe se concreta en la exigencia ininterrumpida de corrección, rectitud, honestidad, lealtad y probidad por parte del asegurador-reasegurado

---

<sup>225</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>226</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 203.

<sup>227</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, 1961, p. 29 y precisa que la selección de los riesgos o la liquidación del siniestro por el asegurador-reasegurado son prueba de la confianza que el reasegurador tiene hacia él.

<sup>228</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>229</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 23

<sup>230</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>231</sup> FELIX MORANDI J. C., «Il principio...», *op. cit.*, p. 416 y expresa que su comportamiento debe ajustarse al de un asegurador medio, diligente, honrado, celoso del cumplimiento de sus deberes jurídicos y que piensa con conocimiento de causa y actúa con espíritu de justicia y de equidad.

en la fase pre-contractual y contractual del negocio jurídico pero también en un comportamiento igualmente preciso por parte del reasegurador en la redacción de las condiciones y en la evaluación de su responsabilidad *ex contractu*<sup>232</sup> y para ROMERO, sería contrario a la buena fe no informar al reasegurador que el negocio que se le ofrece no es un reaseguro sobre un seguro directo sino una retrocesión, en tanto que la identidad del asegurador directo, que es quien gestiona el riesgo asegurado y liquida el siniestro asegurado, puede constituir un elemento esencial en la valoración del riesgo que efectúa el retrocesionario<sup>233</sup>.

Una aproximación a la explicación de la buena fe puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1969 cuando expresa que «las palabras buena fe como norma interpretativa significan confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refieren sobre todo al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra fe, fidelidad, que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando en que ésta no le engañará, observación perfectamente exacta que se funda en que el hombre cree y confía en una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha surtido en casos iguales; y esta fe, esta confianza en las partes no deben ser frustradas por un fallo judicial que atribuya otros efectos, por lo que los fallos judiciales deberán establecer la prestación de lo normal y ordinario, la prestación usual, conforme a los dispuestos en el Artículo 1258 Código Civil, que recoge el principio romano: *est enim, quæ sunt moriset consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (Digesto, par. 20, Ley 31, Tit. I, Libro XXI)». En los mismos términos se pronunciaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1996 y 22 de octubre de 1996. En el reaseguro, esa confianza puede apreciarse a lo largo de toda la relación contractual y a través de distintas actuaciones. Piénsese, por ejemplo, en la selección y gestión de los riesgos, en el deber de declaración completa y exacta del riesgo, en las actuaciones encaminadas a evitar o aminorar los daños al objeto asegurado o, en caso de originarse el siniestro, disminuir sus consecuencias, en la liquidación autónoma del siniestro por el asegurador-reasegurado...etcétera.

La extraordinaria buena fe presenta una vinculación muy estrecha con la confianza mutua entre los contratantes en la declaración del asegurador-reasegurado sobre la aceptación de los riesgos, sobre las declaraciones de los siniestros, arreglos y pagos de los mismos<sup>234</sup>. El límite a esa confianza se encuentra en la imposibilidad de que el asegurador-reasegurado pueda hacer pesar sobre el reasegurador una responsabilidad superior a la que conserve por su cuenta<sup>235</sup>. Este principio trata, a modo de garantía, de dotar al reasegurador de una información que represente, refleje o describa el riesgo. En definitiva, la máxima buena fe no responde propiamente a un deber contractual, en sí

---

<sup>232</sup> JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, *op. cit.*, pp. 59-62.

<sup>233</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 224.

<sup>234</sup> ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 36 afirma este principio también pese al reconocimiento al reasegurador de un derecho de inspección de la contabilidad y documentos originales que obran en poder de la entidad aseguradora porque entiende que es un «derecho teórico» que, de llegar a hacerse efectivo, afectaría a la viabilidad del contrato.

<sup>235</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, p. 329.

mismo, sino a un principio o forma de ser de la observancia de las obligaciones precontractuales y contractuales nacidas o asociadas al contrato de reaseguro<sup>236</sup>.

#### **4.5 Principio «*contra stipulatorem*»**

En caso de duda, el contrato se interpretará en contra del estipulante y en favor del que hubiera contraído la obligación. El Artículo 1288 Código Civil y el Artículo 1370 Codice Civile recogieron esta vieja tradición romanista pero también ha sido contemplada y desarrollada, entre otras normas posteriores, por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. La contratación entre dos empresas o profesionales no evita que puedan existir situaciones de desequilibrio o abuso de posición.

El presupuesto es la ambigüedad u oscuridad manifiesta en la redacción de algunas de las cláusulas del contrato y su imputación exclusiva a una de las partes contratantes. Este principio, al igual que el de buena fe, se dirige a proteger la igualdad y a indagar la intención común de las partes. Es una situación muy frecuente en el gran tráfico mercantil<sup>237</sup> porque normalmente el condicionado de los contratos no reflejan las motivaciones, expectativas o resultados económicos perseguidos por las partes sino que todo ello permanece parcialmente en la sombra y representa un peligro en los vínculos comerciales a largo plazo; en muchas ocasiones, aquello que las partes deciden no incorporar al lenguaje del contrato de reaseguro puede ser igualmente importante, sino más, que lo que hacen constar por escrito<sup>238</sup>.

#### **4.6 Principio «*favor debitoris*»**

La justificación de este principio descansa sobre la idea central de respeto a la equidad<sup>239</sup>. El condicionado de un contrato de reaseguro suele ser «muy lógico en su estructura, todavía desequilibrado entre las partes, carente de precauciones, garantías, promesas y prohibiciones, es decir, insuficiente en términos legales»<sup>240</sup>.

En España, este principio se encuentra recogido en el Artículo 59 Código de Comercio y en el Artículo 1289 Código Civil. En Italia, se ubica en el Artículo 1371 Codice Civile.

#### **4.7 Usos interpretativos del comercio**

En ocasiones, los términos en los que se expresa la voluntad de las partes en el contrato son ambiguos o incompletos y un último recurso que puede resultar de utilidad en esa labor interpretativa se identifica con los usos y las costumbres propias de un ámbito especial.

DETLEF LÜHRSEN admite que las costumbres y los usos no son uniformes en toda la industria del reaseguro ni en el ámbito internacional y propone tres exámenes para

---

<sup>236</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 644.

<sup>237</sup> MOTOS GUIRAO M., «La interpretación del contrato mercantil y el Artículo 59 del Código de Comercio», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1953, p. 47, nota 34.

<sup>238</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», op. cit., p. 625.

<sup>239</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, op. cit., p. 315.

<sup>240</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», op. cit., p. 627.

calificar las prácticas de reaseguro como costumbres y usos razonables<sup>241</sup>. En concreto, se debe demostrar: i) el uso adecuado a los fines del reaseguro o transferencia del riesgo, ii) el uso adecuado para establecer, mantener y reforzar los deberes de las partes transgresoras y iii) el uso no es contrario a la Ley o a la política pública. Sin embargo, NAVAS se opone a que los problemas que surjan con ocasión del reaseguro sean resueltos con los «usos del comercio» y reclama otras fuentes de referencia como los Códigos o leyes especiales para solucionarlos<sup>242</sup>.

#### 4.8 Principio de conservación parcial del riesgo

Según las tradicionales exigencias técnicas del seguro, el asegurador debe desprenderse a través del reaseguro bien de la cuantía del riesgo (responsabilidad) que exceda de la cifra o del valor de los riesgos que puede retener o bien de los que por su naturaleza no son habitualmente contratados por él<sup>243</sup>. El propio término «pleno de conservación» y sus funciones convierten al reaseguro en un contrato en el que el asegurador-reasegurado debe retener una parte del riesgo y descargarse sobre el reasegurador de la parte que no pueda asumir por exceder del pleno.

Sin embargo, la práctica negocial ha dado prueba de que algunos aseguradores reaseguran la totalidad del riesgo asegurado y quedan completamente liberados<sup>244</sup> ante la ausencia de cualquier impedimento legal. Ante esta situación, la doctrina se muestra dividida entre quienes defienden una postura negativa<sup>245</sup> en el recurso al reaseguro para

---

<sup>241</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 635 y considera principios básicos del reaseguro la continuidad en la transferencia del riesgo, las prácticas sanas del mercado y la prestación de un servicio imperturbable a la economía.

<sup>242</sup> NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 489.

<sup>243</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...», op. cit.*, p. 33.

<sup>244</sup> Hoy el Artículo 11.1 j) ROSSEAR permite dicha posibilidad porque señala «las entidades aseguradoras y reaseguradoras establecerán sus planes de reaseguro de tal modo que guarden relación con su capacidad económica para el adecuado equilibrio técnico-financiero de la entidad» sin prohibir -como lo hacía el Artículo 38.2 Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado- el reaseguro total.

<sup>245</sup> Entre otros muchos autores que defienden la retención parcial del riesgo por parte del asegurador-reasegurado, citamos a MAINARDI R., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 230; PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 120; EHRENBERG V., *El reaseguro, op. cit.*, p. 54 «el reasegurado está obligado a conservar por propia cuenta una cuota del riesgo»; HORS Y BAUS P., *Tratado...», op. cit.*, p. 35 defiende que el asegurador asegura en otro asegurador «parte de los riesgos que ha tomado a su cargo»; ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 37 alude al principio general de «comunidad de destino» y defiende que el mismo comporta que la entidad aseguradora directa «debe llevar por su cuenta, y sobre sí únicamente, sin poderla ceder a nadie, una participación mínima de cada riesgo (...) esto engendra una comunidad de destinos entre asegurador y reasegurador que ayuda, indiscutiblemente, al sostenimiento de la confianza entre ambos»; FOLCINI L., *Elementos...», op. cit.*, p. 10 defendía que el reaseguro nació para permitir a los aseguradores asegurar «lo que excediese de su propia capacidad financiera»; ANGELI G., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 81 defiende la conservación de una cuota por parte del reasegurador en la retrocesión; CARENA A. A., *Il rischio...», op. cit.*, p. 250 entiende que el asegurado-reasegurador tiene un límite de conservación del riesgo («massimale di conservazione in proprio»); BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, pp. 376-377 señala que, por regla general, el reaseguro cubre parcialmente los riesgos asumidos y que la estipulación del reaseguro total es infrecuente; CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: il contratto e l'impresa*, UTET, Torino, 1991, p. 14 sentencia «il fulcro del contratto di riassicurazione consiste nel mantenimento di una quota di conservazione del rischio a carico dell'assicuratore cedente» y considera que la ausencia de la conservación es anormal porque impide la función de reparto del riesgo; GERATHEWOHL K., *Reaseguro...», Vol. I, op. cit.*, pp. 531-533 considera que la obligación del asegurador a soportar una retención es una «necesidad fundamental inherente» a la propia naturaleza del reaseguro puesto que la

transferir la totalidad del riesgo asumido por los aseguradores-reasegurados y quienes dan una solución afirmativa<sup>246</sup> ante dicha posibilidad contractual. Si se afirmara la existencia de un uso que impusiera al asegurador-reasegurado la retención de una parte de la responsabilidad del riesgo reasegurado, la discusión se centraría en la determinación de la fracción que le correspondería soportar.

Sin perjuicio de que pueda ser intención expresa de ambos contratantes y de que la contratación del reaseguro esté presidida por la autonomía o libertad contractual, la retención por parte del asegurador-reasegurado de una porción del riesgo constituye la esencia del reaseguro y justifica que, entre ambas partes, haya una motivación en que el siniestro no se produzca. Solo de esta manera se garantizaría una participación real y fiel en los riesgos, es decir, en las causas de los contratos. Además, la conservación parcial del riesgo asegurado por el asegurador-reasegurado conllevaría una implicación activa y diligente del mismo en el cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que forman parte de la disciplina usual y convencional del contrato (*v.gr.* comunicación y descripción del seguro originario, comunicación de las alteraciones o modificaciones en el riesgo asegurado, evitación de la agravación del riesgo, gestión del riesgo o liquidación del siniestro).

Las pólizas de reaseguro suelen contener cláusulas que atribuyen al asegurador-reasegurado el deber de comunicar la parte de riesgo retenida por él y la transferida al reasegurador con el objetivo de que éste último tenga conocimiento exacto y verdadero de los riesgos que asume y de la dimensión de los mismos. Esta revelación posibilita además que el reasegurador pueda diseñar su propia estrategia técnica y comercial tras examinar si el pleno de retención es sobrepasado y, en caso de que así sea, descargar una parte del riesgo reasegurado por medio de la retrocesión.

La manifestación de la transferencia total del riesgo y el consentimiento expreso del reasegurador para celebrar el acuerdo en tales condiciones serían los dos presupuestos

---

función (técnica y comercial) del negocio es distribuir y no desprenderse del riesgo e incluso llega a definirla como «costumbre generalmente aceptada» en Europa continental; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 246 concluyen la existencia de un uso negocial en virtud del cual es necesario que el asegurador-reasegurado conserve una cuota de riesgo y defendiendo que la cantidad excedente constituye el presupuesto para el correcto cálculo del riesgo y de la prima; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, pp. 113 y 168; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 97 entiende que la participación de asegurador-reasegurado en los riesgos transferidos es una «*conditio sine qua non*» porque si no perdería su condición de asegurador y porque no obtendría un beneficio sobre el negocio retenido; SÁNCHEZ VILLABELLA J., «Los usos como fuente principal del contrato de reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 16 defiende la «incuestionable conveniencia» de que el asegurador-reasegurado retenga una parte y lo fundamenta en la obligación de diligencia que conlleva su participación en los riesgos y en la honesta liquidación de los siniestros en beneficio suyo y del reasegurador.

<sup>246</sup> VIVANTE C., *Il contratto...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 124 admite la posibilidad de que el asegurador-reasegurado transfiera la totalidad del riesgo al reasegurador e impone a éste último la carga de controlar si el asegurador-reasegurador retiene una parte del mismo para sí y, de esta manera, evitar una «mala elección de riesgos»; MORAGLIA G. B., «Sulla natura giuridica della riassicurazione», *Rivista Diritto Commerciale*, 1925, Fascicolo 11-12, Parte Seconda, p. 654; DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 488, n.104 admite el reaseguro total; CAPOTOSTI R. A., «La riassicurazione marittima nei rapporti fra le parti» (Nota a Sentenza Tribunale Trieste 5 febbraio 1959, *Il Foro Italiano*, Volumen 82, Número 6, 1959, p. 1057 admite que el asegurador-reasegurado pueda transmitir «*in toto*» la cuota asumida en el reaseguro facultativo. BROSETA PONT M., *El contratto...*, *op. cit.*, p. 35 consideraba que «puede admitirse la licitud del reaseguro total», si bien lo distinguía del reaseguro total global.

necesarios para que puntualmente el reaseguro pudiese comprender por entero el riesgo asegurado. No obstante, para que el reaseguro cumpla su función original es necesario que el asegurador-reasegurado retenga la parte del riesgo acorde con su capacidad financiera porque, de lo contrario, no cumpliría función alguna y nos podríamos encontrar ante una operación especulativa o un segundo seguro directo sin que se pudiese articular un sistema de reparto y equilibrio entre los recursos económicos de distintos sujetos sino una operación de traslación uniforme del riesgo.

La mayoría de aseguradores marítimos directos operan en el mercado de reaseguro aceptando riesgos marítimos de volumen considerable con el solo objetivo de retener una parte mínima del mismo y extender en el mercado esa cuota restante del riesgo mediante su transmisión a otros suscriptores. Se consigue una propagación del riesgo con la que garantizar el crecimiento y la rentabilidad de los mercados de seguros y reaseguros en todo el mundo<sup>247</sup> que tiene como última finalidad permitir que, una vez acaecido el siniestro, los daños sean soportados por un número amplio de responsables contractuales.

La participación del asegurador-reasegurado en los riesgos transferidos es un principio fundamental para el Derecho del reaseguro porque este contrato sirve para la distribución del riesgo, no para la descarga del mismo<sup>248</sup>. La retención será completamente distinta en cada contrato y, con base en unos parámetros (volumen de la cartera, número de riesgos expuestos, posible cuantía del siniestro, recargo para fluctuaciones, resultados económicos negativos, siniestralidad anterior, activos disponibles...etcétera), la dirección ejecutiva fijará la misma.

En síntesis, el reaseguro debe estipularse con el objetivo de distribuir el riesgo y no como instrumento jurídico para la descarga total de los riesgos asumidos por los aseguradores ya que se desnaturalizaría la técnica y finalidad del propio contrato al privar al reasegurador de la participación y garantía del asegurador-reasegurado en el negocio. Este último dejaría de cumplir la función de asegurador para convertirse en un mero intermediario lo que contrariaría la naturaleza del reaseguro. La unidad contractual de una pluralidad de intervinientes internacionales es la verdadera base para resarcir común y efectivamente las pérdidas causadas por los siniestros en las economías nacionales a través del reaseguro.

#### **4.9 Principio de autonomía o independencia contractual**

Desde un primer momento, EMERIGON afirmó que *«le premier contrat subsiste tel qu'il a été conçu, sans novation ni altération. La réassurance est absolument étrangère à l'assuré primitif, avec lequel le réassureur ne contracte aucune sorte*

---

<sup>247</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>248</sup> PESTALOZZA F., «La reticenza verso il riassicuratore», *Rivista Diritto commerciale*, II, 1928, pp. 283-284; CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 70 afirma que «la causa giuridica, l'elemento essenziale di questo contratto, quale emerge dalla elaborazione ricevuta in una secolare pratica mercantile, quale soddisfa alle esigenze della tecnica, è unicamente la ripartizione dei rischi. L'obbligo del riassicurato di conservare una parte del rischio non è, dunque, nè accidentale nè normale, ma addirittura essenziale al negozio: priva di questo requisito, la riassicurazione non è più tale, poichè assume funzioni e natura diverse»; EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, pp. 53 y 54; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 34.



*d'obligation. Les risques que l'assureur avait pris forment entre lui et le réassureur la matière de la réassurance, laquelle est un contrat nouveau, totalement distinct du premier, qui n'en subsiste pas moins dans toute sa force*<sup>249</sup>. La doctrina actual señala igualmente que, pese a la estrecha relación entre el seguro originario y el reaseguro, ambos son contratos jurídicamente autónomos o independientes entre sí por su nacimiento y por sus elementos esenciales<sup>250</sup>. La existencia de un contrato de reaseguro no supone modificación ni novación del seguro original. Sin embargo, esa relación de autonomía o independencia puede no parecer tal si atendemos a la subordinación del reaseguro al seguro principal o a la posible relación de dependencia entre ellos. Esto último nos obliga a responder si, ¿el seguro originario es una premisa necesaria para la existencia del reaseguro? La opinión mayoritaria coincide en afirmar que la obligatoriedad del seguro es una condición previa e imprescindible para el reaseguro porque en otro caso no existiría para el asegurador principal interés reasegurable<sup>251</sup>.

El principio de independencia se manifiesta en la mayoría de las legislaciones nacionales y tiene reflejo a través de distintas disposiciones legales<sup>252</sup>. El apartado

---

<sup>249</sup> EMERIGON B-M, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 247-248 «El primer contrato subsiste tal y como fue concertado sin novación ni alteración. El reaseguro es absolutamente extraño al asegurado primitivo, con el cual el reasegurador no contrae ninguna especie de obligación. Los riesgos asumidos por el asegurador forman entre él y su reasegurador el objeto del reaseguro, el cual es un contrato nuevo, totalmente distinto del primero, que sin embargo sigue subsistiendo con toda su fuerza» (traducción propia).

<sup>250</sup> NAVARRINI U., *Trattato...*, Vol. III., *op. cit.*, p. 311; BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación...*, *op. cit.*, pp. 91-92 señala que el reaseguro no puede afectar «desde ningún punto de vista ni bajo concepto alguno a los asegurados» y termina calificándolo como «operación de régimen interior y administrativo de la empresa aseguradora»; ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 21 apoya su afirmación también con una cita a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1892; DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 190 proclaman el principio de independencia jurídica del reaseguro respecto al seguro con base en el Artículo 1929 Codice Civile; FARIÑA F., *Derecho comercial marítimo*, Tomo IV - Seguro marítimo, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 337 explicita que «el contrato de reaseguro es totalmente distinto e independiente del seguro original»; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 19 precisa que el cálculo de las primas es distinto al igual que lo son el interés asegurado y el riesgo del seguro y del reaseguro; DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 822 destaca que el vínculo jurídico entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador es totalmente independiente de del asegurado y asegurador; RUIZ SOROA J. M., ARRANZ DE DIEGO A. y ZABALETA SARASUA S., *Manual...*, *op. cit.*, p. 34; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 21 consideran que el tratado de reaseguro es válido e independiente de la validez de los contratos individuales de seguros estipulados por el asegurador-reasegurado; sin embargo, afirman que, en el reaseguro individual, la invalidez del seguro originario se refleja necesariamente sobre la validez del contrato de reaseguro pero no en el reaseguro por tratado; MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 501-502; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 62 concluye, sin dudas, la independencia del contrato de reaseguro «de su análogo y presupuesto necesario: el contrato de seguro» pero considera más apropiado emplear el término «autonomía»; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *Estudios...*, *op. cit.*, p. 105; JARAMILLO JARAMILLO C. I., «Valoración y primordiales alcances de la dependencia del contrato de reaseguro respecto del seguro originario -génesis, generalidades, implicaciones y análisis en torno a su pretendida accesoriadad-», *Revista de Derecho privado y comunitario*, II, mayo, 1999; GOÑI GARRIDO C., «Contrato...», *op. cit.*, p. 74 defiende la independencia total existente entre ambos; GÜRSES Ö., «The construction...», *op. cit.*, p. 120 se trata de un principio indubitado; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 105 también defiende este principio de autonomía contractual entre el seguro y el reaseguro.

<sup>251</sup> EHRENBURG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 98; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 84.

<sup>252</sup> Al estudio de la legislación española e italiana explicada en el texto, unimos una referencia a la regulación inglesa en esta materia. En el derecho comparado, la *Marine Insurance Act* reconoce la independencia entre el reaseguro y el seguro al declarar que, salvo pacto en contrario, «*the original*

primero del Artículo 78 LCS consagra rotundamente la independencia de la que venimos hablando al expresar que «el asegurado no podrá exigir directamente del reasegurador indemnización ni prestación alguna»<sup>253</sup>. Sin embargo, los restantes preceptos dedicados a regular el contrato de reaseguro también sustentan la disposición anterior con la dicción de su texto y su ubicación, al margen de la regulación del seguro, en la LCS. Otro ejemplo es el apartado segundo del Artículo 77 («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») que tuvo su origen en el Artículo 3.2 del derogado Reglamento de 2 de febrero de 1912 que desarrolló la Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 y afirmaba que «el reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado». La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 expresó que «en si es un contrato nuevo y distinto el de reaseguro del de seguro» y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1977 declaraba al reaseguro como un contrato «autónomo, separado e independiente» del seguro. En la línea anterior y más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014 también concluyó que «de acuerdo con los Artículos 77 y 78 de la LCS el contrato de seguro y el de reaseguro son autónomos, de forma que el asegurado no podrá reclamar contra el reasegurador "strictu sensu", dado que solo ostenta acciones contra el asegurador». La doctrina española también sustenta la tesis autonomista o de la independencia entre ambos contratos sobre las citadas resoluciones judiciales y sobre el Artículo 78 LCS. Al precepto inmediato anterior cabría unir también el contenido del Artículo 21.2 LOSSEAR y en el Artículo 57.2 RLOSSP sobre la declaración de que la actividad reaseguradora se realice con total separación de los tomadores de seguro y de los asegurados. En el Derecho italiano, una de las manifestaciones del reconocimiento de la autonomía del reaseguro se encuentra, con carácter general, en la Sección IV («Della riassicurazione») dentro de la disciplina del contrato de seguro del Capo XX, en el Título III del Libro IV del Codice Civile dedicado a regular el reaseguro y, de manera particular, en el Artículo 1929 Codice Civile. El citado precepto señala que el contrato de reaseguro no crea relaciones jurídicas entre el asegurado original y el reasegurador (el asegurado desconocerá, en la mayoría de las ocasiones, la existencia del reaseguro pero el reasegurador siempre conocerá al asegurado) y evita cualquier tipo de injerencia del reasegurador en el contrato de seguro marítimo precedente. El alto Tribunal italiano no admite cuestionamiento alguno al respecto y, entre otras, la Sentenza Corte di

---

*assured has no right or interest in respect of such re-insurance»* (Sección novena) y también «*where an insurer has re-insured his risk, no notice of abandonment need be given by him»* (Sección 62).

<sup>253</sup> El asegurado sólo podrá dirigirse contra él cuando se proceda a la liquidación de la entidad aseguradora, en cuyo caso el asegurado gozará de un crédito privilegiado sobre el saldo acreedor que presente la cuenta del asegurador-reasegurado con sus reaseguradores. SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos 45 a 79», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 709 puntualizan que no se trata de ningún privilegio individual de cada asegurado sino de un privilegio colectivo y especial de los asegurados frente al crédito que tenga el asegurador-reasegurado con el reasegurador y no sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Además, los autores admiten la posibilidad de que se acuerde la acción directa del asegurado frente al reasegurador en los tratados de reaseguro.

Cassazione 5 luglio 1947, número 1060, afirma «non c'è dubbio (...) che il contratto di riassicurazione sia indipendente da quello di assicurazione». No solo son contratos distintos sino que -como tendremos ocasión de profundizar- el riesgo no es el mismo en ninguno de los dos.

La independencia de las relaciones jurídicas conlleva necesariamente una separación de los efectos negociales. Los preceptos legales citados con anterioridad encuentran su fundamentación en el principio de la relatividad subjetiva de los contratos consagrado en el Artículo 1257 Código Civil y en el Artículo 1372 Codice Civile. En virtud de los anteriores, el contrato no produce efectos en las relaciones con los terceros sino solo entre las partes que lo suscriben. En caso de siniestro, el asegurado tendrá como único deudor al asegurador porque ignorará por completo la relación reaseguradora subyacente y no podrá dirigir ninguna acción hacia el reasegurador con la pretensión de hacer efectiva su indemnización salvo las disposiciones especiales sobre el privilegio de la masa de los asegurados en caso de insolvencia. Sin perjuicio de que existan algunas excepciones, el Legislador español e italiano coinciden en pronunciarse y en destacar la consecuencia inmediata del principio de autonomía o independencia del reaseguro: el asegurado no está legitimado para reclamar al reasegurador la entrega de la indemnización porque ostenta la condición de tercero en la relación contractual entablada entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador. Tampoco el reasegurador podrá dirigirse frente al asegurado para reclamarle el abono de las primas porque tan solo está obligado con el asegurador-reasegurado.

Habiendo confirmando que el seguro marítimo constituye un presupuesto causal indispensable para que el reaseguro marítimo pueda celebrarse y, ante el planteamiento del interrogante sobre si ¿son contratos independientes o autónomos entre sí?, podemos argüir que, sin perjuicio de que el seguro marítimo constituya la base contractual necesaria sobre la que se construirá el nuevo vínculo jurídico, las relaciones establecidas entre ambos contratos son totalmente diferentes pese a las similitudes que los mismos puedan comportar. Desde su configuración jurídico-doctrinal inicial y hasta la actualidad, el seguro originario se ha situado en un plano separado e independiente del reaseguro y éste último tiene la consideración de *res inter alios acta*<sup>254</sup> para el asegurado. GERATHEWOHL describe la independencia del reaseguro al describir que el asegurador-reasegurado «transfiere un riesgo al reasegurador solamente en términos económicos, mientras que legalmente aún continúa ligado al contrato de seguro que ha efectuado y en consecuencia, a pesar de su contrato de reaseguro, es plenamente responsable ante el tenedor de la póliza por el riesgo asumido» y, a la vez, reconoce que se incluye un elemento de dependencia<sup>255</sup>. El reaseguro es un contrato nuevo que no sustituye ni nova al contrato de seguro (directo) previo, de ahí que las vicisitudes (*v.gr.* nulidad, anulabilidad o resolución) que puedan originarse en el contrato de reaseguro no afecten al de seguro<sup>256</sup>. En cambio, el reaseguro si puede verse afectado por las

---

<sup>254</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 21. Igualmente DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 190 hablan de la independencia jurídica entre el reaseguro y el seguro.

<sup>255</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 518.

<sup>256</sup> BROSETA PONT M., «Presupuestos técnicos y concepto del contrato de reaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 75, 1960, p. 27.

deficiencias que aquejen al propio seguro en atención a su consideración como presupuesto contractual. La relación de independencia no es, por tanto, recíproca ni absoluta.

El seguro marítimo y el reaseguro son compartimentos completamente estancos porque operan en planos diversos pero necesariamente consecutivos. En definitiva, existe un principio especial de independencia entre el seguro originario y el reaseguro pero va referida a la autonomía funcional y en un solo sentido porque ambos comparten caracteres y elementos esenciales.

#### 4.10 Principio de contigüidad

Es preciso señalar que pese a la independencia o autonomía del contrato de reaseguro y de seguro, el régimen del reaseguro se ve influido por el del seguro directo<sup>257</sup> porque la propia estructura del reaseguro es una extensión de la del seguro. Existe, por lo tanto, una relación de contigüidad o adyacencia entre el seguro marítimo y el reaseguro que no destruye su autonomía<sup>258</sup> y que trata de revelar la proximidad entre ambos contratos.

El seguro originario siempre es un «presupuesto técnico necesario»<sup>259</sup> para el nacimiento de cualquier modalidad de reaseguro ya que, sin aquel, no podría subsistir éste pero ello no conlleva dejar de afirmar que ambos contratos son autónomos e independientes entre sí: el asegurado originario no podrá dirigirse contra el reasegurador ni éste último contra aquel. La preexistencia del seguro marítimo es necesaria porque sin él no podría nacer una deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado a consecuencia de la obligación de indemnización que surge de la realización de un siniestro previsto en dicho contrato de seguro y, por ende, el contrato de reaseguro no podría tener una causa ni cumplir una función. Más adelante tendremos la oportunidad de detallar cómo y porqué el siniestro del seguro marítimo no resulta coincidente con el siniestro del reaseguro.

La consecuencia más evidente de esta relación que estamos comentando puede observarse en que la nulidad o extinción por cualquier causa del contrato de seguro comporta sin excepción la del reaseguro; el riesgo reasegurado se encuentra subordinado a la previa existencia de un contrato de seguro válido. Extinguida la posibilidad de que pueda nacer una deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado,

---

<sup>257</sup> Entre otros muchos autores que así lo reconocen, recogemos a CARENA A. A., *Il rischio...*, op. cit., p. 246 expresa que el reaseguro tiene su «origen y alimento» en el seguro; ROMERO MATUTE B., «El reaseguro protección del asegurado directo y obligación principal del reasegurador», *Cuadernos de derecho y comercio*, número 23, septiembre, 1997, p. 41 quien señala que «el contrato de seguro delimita el reaseguro»; y GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 250.

<sup>258</sup> VIVANTE C., «Degli obblighi del riassicuratore nel caso di fallimento e di successivo concordato dell'assicuratore», *Il Foro Italiano*, Vol. 50, Parte Prima, 1925, p. 311 enuncia que «il collegamento tra i due contratti sussiste bensì nel senso che essi hanno ambedue per oggetto il medesimo rischio, l'uno mediatamente, l'altro immediatamente, ma questo collegamento non distrugge la loro autonomia. Sono due contratti distinti». En continuación, URÍA R., «Reaseguro, quiebra y compensación (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente)», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 30, 1950, p. 19 al afirmar que la relación entre seguro y reaseguro no destruye su autonomía.

<sup>259</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., p. 22; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, op. cit., p. 689; BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho...*, op. cit., p. 484.

desaparece la responsabilidad del reasegurador. De esta manera, el reaseguro depende del seguro no sólo por su contenido sino también por su responsabilidad<sup>260</sup>. La doctrina suele considerar que la problemática planteada no tiene lugar con relativa frecuencia en la práctica y señala que, en el supuesto de que se produzca la inexistencia o la falta de eficacia de alguno de los contratos de seguro comprendidos dentro del tratado, «se producirá una cesación parcial del riesgo reasegurado que afectará exclusivamente a una determinada relación aseguradora que nace del tratado de reaseguro, pero éste conservará su eficacia respecto a las demás relaciones»<sup>261</sup>. También la atribución al asegurador-reasegurado de la gestión del riesgo asegurado y de la determinación del siniestro del reaseguro son hechos que resultan no solo de la confianza entre las partes sino también de la relación de dependencia entre los dos contratos. La dependencia del reaseguro frente al seguro marítimo no se ve limitada únicamente a los supuestos anteriores sino que cualquier circunstancia que afecte al seguro marítimo o a alguno de sus elementos (principalmente sobre el riesgo asegurado o la suma asegurada) acabará incidiendo en el reaseguro y en los elementos de éste.

Existen otras manifestaciones del principio de contigüidad en el reaseguro y, en la práctica negocial, dicha relación de adyacencia o proximidad puede verse concretada en la cláusula en virtud de la cual «el reaseguro se contrata según las condiciones y cláusulas del contrato de seguro» o *«being a reinsurance subject to the same clauses and conditions as the original policy»*. En virtud de esta cláusula, «todas las alteraciones del seguro originario que afecten o bien al riesgo asegurado -uno de los presupuestos del riesgo asegurado-, o bien al contrato de seguro -el segundo presupuesto de aquel-, repercutirán en el reaseguro de forma directa»<sup>262</sup> y todos los términos usuales de la póliza de seguro marítimo quedarán incorporados en la póliza de reaseguro siempre que sean compatibles con ella. En el mismo sentido se pronuncia el párrafo segundo del Artículo 78 LCS al expresar que «las alteraciones y modificaciones de la suma asegurada, del valor del interés, y, en general, de las condiciones del seguro directo deberán comunicarse al reasegurador en la forma y en los plazos establecidos en el contrato». La antedicha cláusula suele reproducirse generalmente en los tratados de reaseguros al permitir agrupar un gran número de pólizas de un mismo ramo sin necesidad de que el reasegurador tenga un conocimiento pormenorizado de las mismas y con la que se busca no sólo «facilitar la redacción del acuerdo de reaseguro -en el que no se podrían reproducir todas las cláusulas, en especial las particulares, de cada una de las pólizas que se reaseguran en un solo tratado- sino también ayudar a la interpretación

---

<sup>260</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 224.

<sup>261</sup> SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, pp. 97-98. En el mismo sentido, PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 20 y 21 y VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, pp. 584-585 al señalar que «la nulidad o la extinción de la relación jurídica de seguro primigenia provoca sin duda la de reaseguro» y aprecia una modulación de la conexión causal y de la suerte de dependencia funcional cuando el asegurador-reasegurado traslada la totalidad de los riesgos de su actividad (reaseguro por tratado) porque la finalidad será diversa. Este último autor prefiere emplear la expresión «conexividad causal» para hacer referencia a la cierta dependencia estructural y finalística entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro simple cuando la finalidad esencial del mismo es el reparto del riesgo asegurado.

<sup>262</sup> GIERKE J. V., *Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung*, II, F. Enke, Stuttgart, 1937, p. 378.

del mismo, partiendo de la premisa de que las partes quieren que la cobertura prestada por el reasegurador a su reasegurado se corresponda con aquélla otra que presta éste a su asegurado»<sup>263</sup>.

Tanto el Legislador español como el italiano reconocen también una conexión entre el contrato de seguro y el de reaseguro que se manifiesta en el reconocimiento al asegurado de un privilegio especial en caso de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador-reasegurado (Artículo 78 LCS y Artículo 1929 Codice Civile) sin que ello suponga la atribución al mismo de una acción directa contra el reasegurador.

El reaseguro no se superpone al de seguro sino que se yuxtapone, es decir, se une directamente a él y lo hace de tal forma que no altera el contenido del seguro sino que queda subordinado al mismo de tal manera que las modificaciones de éste tienen una trascendencia inmediata en el contenido del reaseguro<sup>264</sup>.

#### 4.11 Principio de indemnización y subrogación

El contrato de seguro marítimo es un seguro de daños por lo que cumple, entre otras, una función indemnizatoria. El contrato de seguro no puede convertirse nunca en un instrumento de lucro y mejora patrimonial para el asegurado con respecto a la situación en la que éste se encontrase con anterioridad al acaecimiento del siniestro<sup>265</sup>. La indemnización trata de reemplazar la estricta pérdida económica acaecida en el patrimonio del afectado y de ello se deriva el principio indemnizatorio (íntimamente asociado al concepto de interés asegurable<sup>266</sup>). El Profesor GARRIGUES señala que el fundamento del principio indemnizatorio es doble: por un lado, el temor de que el asegurado provoque voluntariamente el siniestro con la esperanza de obtener un beneficio y, por otro lado, el deseo de evitar que el seguro se transforme en apuesta y de lugar a especulaciones inmorales<sup>267</sup>. Frente al planteamiento, en virtud del cual se excluye la aleatoriedad del seguro por tratarse de un contrato indemnizatorio, cabe afirmar que ambos caracteres no son contrarios porque la indemnización solo procederá si se produce un evento dañoso y de lo que se trata es de que el asegurado quede garantizado contra el azar o, al menos, de suprimir éste<sup>268</sup>. Y no solo es un principio característico del seguro sino también del reaseguro<sup>269</sup> dada la naturaleza asegurativa

<sup>263</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 246-247.

<sup>264</sup> ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA C., «El contrato...», *op. cit.*, p. 255.

<sup>265</sup> MARTÍ DE EIXALÁ R., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 399 señala que «el contrato de seguro está admitido, no para garantizar beneficios ó utilidades que se esperan, sino para tranquilizar al comerciante respecto de las pérdidas; no para ganar, y si solo para no perder por causa de accidentes marítimos». Igualmente, GALÁN CORONA E., «Notas sobre el seguro marítimo de mercancías concertado "FAP salvo..."», *Anuario de Derecho Marítimo*, Número 3, 1984, p. 257 y ss.

<sup>266</sup> ILLESCAS R., «Principios...», *op. cit.*, pp. 19-20 expone que, conforme a dicho interés asegurable, no se trata de subjetivizar la suma asegurada y su determinación contractual sino de objetivizarla conforme a la naturaleza de la relación existente entre tomador e interés así como el valor del mismo; a diferencia de los seguros de vida, en los que existe una disociación plena entre el principio indemnizatorio y el interés asegurado.

<sup>267</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee sull'interesse nell'assicurazione contro i danni», *Assicurazioni*, 1970, Anno XXXVII, Parte Prima, p. 332.

<sup>268</sup> PÉREZ-SERRABONA J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>269</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 161; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, *op. cit.*, 1939, pp. 572-573 indican que el principio indemnizatorio en el reaseguro va mas allá porque cubre también la entidad del siniestro del asegurador-

del mismo. El reasegurador asume una posición acreedora con respecto al asegurador-reasegurado que encuentra como límites la cuantía máxima del daño realmente producido y el principio de máxima buena fe que debe mediar en dicha relación. En particular, el reasegurador será responsable de reembolsar al asegurador-reasegurado todas las cantidades abonadas por éste último en concepto de indemnización y avería general u otras que estuviese obligado por Ley a pagar en la liquidación del siniestro marítimo aunque algunos autores incluyen también a los pagos *ex gratia* entre las consecuencias que debe asumir el reasegurador<sup>270</sup>.

Tanto el sistema jurídico español como el italiano están orientados a evitar que el contrato de seguro pueda ser utilizado como medio para la obtención de un beneficio. En España, el principio indemnizatorio se encuentra recogido expresamente en el Artículo 26 LCS y en el Artículo 413 LNM pero es posible encontrar también distintas manifestaciones del mismo a lo largo de la legislación (*vid.* Artículo 429 LNM o Artículo 31 LCS). En Italia, en cambio, dicho principio no está formulado explícitamente pero su vigencia puede encontrarse también a lo largo de distintas disposiciones del Codice Civile como, por ejemplo, en la obligación de indemnizar los daños sufridos (Artículo 1905 Codice Civile), la prohibición de la *soprassicurazione* (Artículo 1908 y 1909), la reducción proporcional en la *sottoassicurazione* (Artículo 1907 Codice Civile), la prohibición de que el asegurador pague una indemnización superior a los daños efectivamente producidos al asegurado (Artículo 1905 Codice Civile) y la subrogación del asegurador (Artículo 1916 Codice Civile).

De la lectura de los preceptos anteriores puede concluirse que el principio indemnizatorio (edificado sobre el interés y el valor del interés asegurado) opera en favor de los aseguradores y reaseguradores con el objetivo de impedir que, la reversión del asegurado y del asegurador-reasegurado a la situación en la que se encontraba previamente a la materialización del riesgo, suponga una oportunidad para posicionarlo patrimonialmente en una situación mejor. Sin embargo, a título propio defendemos que también evita el enriquecimiento del reasegurador porque estará obligado a pagar por entero la indemnización pactada y debida en el supuesto de que el asegurador-reasegurado se encuentre en liquidación (en especial, Artículo 1930 Codice Civile).

Otro principio general de los seguros de indemnización es el principio de subrogación. En virtud del principio de subrogación, la entidad aseguradora -una vez pagada la indemnización- puede subrogarse en los derechos y en las acciones del asegurado frente a las posibles personas responsables (terceros) del siniestro y de los daños ocasionados. La justificación de este principio ha estado tradicionalmente basada en el ánimo de impedir que el tercero responsable se vea libre de su obligación de resarcir el daño y en la voluntad de evitar que el asegurado pueda enriquecerse

---

reasegurado. BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 29 afirma «*a marine reinsurance contract is one of indemnity*» y señala a la Sentencia *British Dominions Ins. Co. Ltd. v. Duder*, 1915 como el origen jurisprudencial en la que se quedó asentado que «*all marine insurance contracts are contracts of indemnity and that a marine reinsurance contract is no exception*».

<sup>270</sup> Entre otros, ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones...», *Estudios...*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 43. Esta misma cuestión será retomada específicamente en el estudio de los derechos y obligaciones de las partes contratantes del reaseguro

indebidamente ejercitando un derecho de crédito contra el asegurador y contra el causante del daño. Sin embargo, el Profesor SÁNCHEZ añade, a la doble motivación anterior, una tercera razón centrada en el hecho de que el asegurador pueda obtener - mediante la subrogación- unos recursos suplementarios que le permitan una mejor explotación del negocio del seguro<sup>271</sup>.

La facultad de subrogarse no siempre se reconoce (*v.gr.* seguro de personas) pero dicho principio tiene plena vigencia en España e Italia tanto para el seguro marítimo como para el reaseguro marítimo<sup>272</sup>. En el Derecho español aparece formulado, con carácter general, en el Artículo 43 LCS y, con carácter específico, en los Artículos 401 y 407 LNM para el ámbito marítimo. En el Derecho italiano, el principio de subrogación se encuentra reconocido en el Artículo 1916 Codice Civile y en el Artículo 536 Codice Navigazione.

La independencia entre el contrato de seguro y de reaseguro podría inducir a mantener que, cualquier intento de subrogación en un contrato ajeno, sería contrario a la lógica e imposible desde un punto de vista legal. Empero, procede admitir la facultad de subrogación del reasegurador siempre que se cumplan los mismos presupuestos que implicaría en cualquier otro contrato de seguro, es decir, que el asegurador-reasegurado haya sufrido un daño y que el reasegurador le haya abonado oportunamente la indemnización correspondiente en virtud del contrato de reaseguro. El siniestro en el seguro desencadena el siniestro en el reaseguro e inversamente el reasegurador puede utilizar dicha vía hasta situarse en la posición del asegurado marítimo. Este principio de subrogación permite al reasegurador hacerse cargo de los derechos que le corresponden al asegurado original contra los terceros causantes del daño (o la agravación del siniestro o de las consecuencias de éste, según la LNM) y así conseguir recuperar la cantidad que ha pagado previamente al asegurador-reasegurado en concepto de indemnización. La relevancia de dicha subrogación habilita la eficacia del principio indemnizatorio porque evita que el perjudicado pueda conseguir una reparación del daño a través de dos vías (del causante del daño y del asegurador) y, de esta manera, conseguir un enriquecimiento contrario a la propia naturaleza del contrato y a la legislación.

#### **4.12 Principio de comunidad de suerte**

El reaseguro, practicado con un espíritu de equidad y corrección de métodos, es una emanación del principio fundamental que inspira la institución del seguro: la solidaridad entre los miembros de una comunidad (ramificación, a su vez, del principio de

---

<sup>271</sup> SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Tercera Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 765.

<sup>272</sup> En el sistema del «*common law*» y para el ámbito del seguro marítimo, la Sección 79 de la *Marine Insurance Act* se refiere al derecho de subrogación del asegurador marítimo. BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 41 lo reconoce igualmente en el ámbito del reaseguro marítimo. GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp 728 y ss. también cita la Sentencia *U. S. 2nd. Circ., Ct. App.* de 24 de mayo de 1993, en el caso *Mentor Insurance Company (U.K.) Ltd. y Mentor Insurance Limited c. Norges Brannkasse*.



fraternidad humana)<sup>273</sup>. El negocio reasegurador es una extensión complementaria del negocio del seguro directo y suele recurrirse a la expresión «comunidad de suerte», «comunidad de intereses» o «comunidad del alea»<sup>274</sup> entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador. En virtud de dichos términos, el reaseguro se entiende celebrado bajo la observación de todas las cláusulas o condiciones originales del contrato de seguro y, por ende, la responsabilidad del primero comienza automáticamente en un momento idéntico a la del segundo.

En la práctica, la frecuencia de las estipulaciones que recogen la manifestación de dicho principio<sup>275</sup> ha llevado a afirmar su consideración como «cláusula universal»<sup>276</sup> y es tal su arraigo que se entiende siempre implícito en todo contrato de reaseguro aun cuando no se haya incluido entre las cláusulas contractuales, siendo necesario un pacto expreso para que no tenga efecto. ANGELI habla del «principio de que el comportamiento de una masa de acontecimientos de determinadas categorías sigue las reglas que pueden ser determinadas de antemano»<sup>277</sup> pero pueden denominarse o identificarse fácilmente en los contratos de reaseguro con expresiones como «el reasegurador sigue la fortuna del asegurador cedente», «seguir la responsabilidad», «seguire la fortuna della compagnia assicuratrice», «*follow the fortune principle*», «*identité de fortune ou partage de sort*», «*dem schicksal der zedentin folgen*»... etcétera. De manera similar a las anteriores fórmulas contractuales y utilizada específicamente para significar la obligación del reasegurador de pagar «según lo haya hecho su reasegurado en el contrato de seguro original», también es posible encontrar la cláusula «*to paid as may be paid thereon*» que hace referencia al principio de comunidad de suerte. En cualquiera de las fórmulas precedentes, se evidencia la dependencia funcional entre el contrato de seguro y el de reaseguro que viene a significar que el reaseguro sigue siempre la «suerte» del seguro principal, es decir, que el reasegurador padece las

---

<sup>273</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, op. cit., p. 136. Tal ha sido la intensidad de esta característica en el pasado que ha creado relaciones humanas entre los directivos de las empresas de reaseguro convirtiendo a las relaciones comerciales en vínculos más fuertes, más efectivos y más satisfactorios.

<sup>274</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., p. 25 expresa que «económicamente puede afirmarse, y así se ha hecho por la doctrina, que el asegurador cede parte de su riesgo al reasegurador, afirmación que jurídicamente ofrece reparos, pero que nos sirve para comprender que exista la comunidad del alea entre asegurador y reasegurador».

<sup>275</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, op. cit., p. 116 recoge la siguientes «El riesgo del reasegurador comienza en el mismo momento en que comienza el del reasegurado, siendo esto válido tanto en casos de feliz término como en los de siniestro anterior al recibo del documento de cesión aplicada». También BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, op. cit., pp. 209-210 y VEIGA COPO A. B., *El interés...*, op. cit., pp. 589-590 aportan el mismo ejemplo de cláusula en donde se recoge el principio de comunidad de suerte: «La responsabilidad del reasegurador surgirá simultáneamente con la de la compañía reaseguradora y todas las cesiones al reasegurador a virtud de este convenio estarán sujetas en todo respecto a los mismos riesgos, términos, condiciones, interpretaciones, apreciaciones, exclusiones, modificaciones y alteraciones que el respectivo contrato de seguro emitido por la compañía a quien tales cesiones correspondan, siendo la verdadera intención de éste convenio que el reasegurador, en cada caso al que este de acuerdo se apliquen las proporciones especificadas, siga la suerte de la compañía respecto a los riesgos que la compañía haya aceptado bajo pólizas de seguro o reaseguro».

<sup>276</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, op. cit., p. 116. Igualmente, ACHURRA J. y CONTRERAS O., «Las cláusulas...», op. cit., p. 101; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, op. cit., pp. 209-210; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, op. cit., p. 624 también considera que, en ausencia de mención expresa, la cláusula tiene virtualidad y constituye uno de los usos consolidados internacionalmente en la práctica de la industria reaseguradora.

<sup>277</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, op. cit., p. 2.

vicisitudes del riesgo asegurado (v.gr. la nulidad del seguro original compromete al reaseguro o la responsabilidad del reasegurador que surge en tanto el asegurador-reasegurado lo sea con respecto a su asegurado) y que se beneficia de los acuerdos ventajosos sobre la cuantificación del siniestro que el asegurador-reasegurado pueda alcanzar con sus asegurados<sup>278</sup> en el ejercicio de su actividad. En todos los contratos de reaseguro existe, por tanto, un principio de suerte común que es expresión de la dependencia entre asegurador-reasegurado y reasegurador o, en otras palabras, de la comunidad de intereses entre ambos. El fundamento se encuentra principalmente en esa comunidad de intereses<sup>279</sup> del asegurador-reasegurado y con ella se pretende, como apuntamos antes, «conseguir que la relación o proporción establecida en el momento de estipularse el contrato de reaseguro entre la responsabilidad del asegurador y la del reasegurador perdure durante toda la vida del mismo»<sup>280</sup>.

La doctrina moderna distingue entre el principio de «seguir la suerte del asegurador-reasegurado» y el principio de «seguir las actuaciones del reasegurado». La diferenciación radica en que, en virtud del principio de «seguir la suerte del asegurador-reasegurado», cubre «todo lo que dentro de una relación aseguradora se desenvuelve automáticamente fuera del riesgo original sin ninguna acción por parte del asegurador directo»<sup>281</sup> (suerte comercial) mientras que el principio de «seguir las actuaciones del reasegurado» hace referencia al hecho de que el reasegurador se encuentra sujeto a las decisiones que adopte el asegurador-reasegurado, las cuales pueden -en algunas ocasiones- dar lugar a incumplimientos contractuales, infracciones legales... La suerte comercial no es en ningún momento soportada por el reasegurador.

El asegurador-reasegurado tiene derecho a la dirección, gestión y liquidación de sus negocios y el reasegurador sigue la misma suerte que su asegurador-reasegurado porque todo acontecimiento que recaiga sobre el contrato de seguro originario tendrá una repercusión directa e inmediata en el contrato de reaseguro. El límite a la libertad del asegurador-reasegurado y al principio comunidad de suerte se encuentra en la relación honorable y de confianza entre las partes y en la preservación de los intereses de ambas.

---

<sup>278</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización...*, *op. cit.*, p. 38. Igualmente, CARENA A. A., *Il rischio...*, *op. cit.*, p. 252 afirma que el reasegurador sigue la suerte del asegurador-reasegurado y PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>279</sup> FANELLI G., «Pluralità...», *op. cit.*, p. 491 convierte a dicha comunión de intereses en un principio fundamental de los seguros privados; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 376 reclama la presencia de seguros homogéneos (contratos con idéntico tipo de evento destinado a provocar el siniestro y análogos importes de las eventuales indemnizaciones) para que pueda tener lugar el principio de comunidad de intereses; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *Estudios op. cit.*, p. 171.

<sup>280</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 252. La autora señala que la virtualidad de esta estipulación se manifiesta en los supuestos de agravación o reducción del riesgo asegurado, de aumento o disminución de la suma asegurada, de prórroga o anulaciones de pólizas reaseguradas etcétera...

<sup>281</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 718. También, GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, *op. cit.*, p. 520 quien llega a la misma conclusión tras distinguir el riesgo técnico (riesgo que yace en el seguro de un interés asegurable) y riesgo del contrato (riesgo que supone celebrar un contrato de seguro) como partes integrantes del riesgo original; CASTRO J. L., «Límites de deber de seguir en los siniestros *ex-gratia*», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 39.

De todo lo anterior, se desprende que el significado del término «comunidad» en el contrato de reaseguro denota no sólo una asociación de intereses sino también una participación en los resultados o consecuencias connaturales a la asunción del riesgo<sup>282</sup>.

#### 4.13 Principio de resolución extrajudicial de conflictos

Históricamente las disputas que traen causa de los contratos de reaseguro se han resuelto de manera amigable o, al menos, en un foro menos adverso que el juicio (*v.gr.* arbitraje)<sup>283</sup>.

El tratamiento de las divergencias, desde un aspecto práctico del negocio, precisa del empleo de criterios de equidad en lugar de la aplicación estricta de criterios jurídicos<sup>284</sup> o del sentido literal del contrato<sup>285</sup>. Lo anterior puede justificar, con carácter principal, el recurso al arbitraje para coadyuvar a la búsqueda de una solución pero también pueden citarse otros motivos como i) la creación de un Derecho profesional y autónomo, ii) el carácter técnico de las controversias, iii) la confidencialidad (los problemas suelen derivar de informaciones y datos reservados de las partes), iv) la celeridad y v) el menor costo del procedimiento<sup>286</sup> en comparación con el sometimiento de la cuestión a los Tribunales ordinarios.

Los escasos pronunciamientos judiciales acerca de los seguros y reaseguros marítimos, en comparación con la litigiosidad que presentan otras modalidades de contratos en la actualidad, encuentra parte de su explicación en el hecho de que la mayoría de contratos marítimos y de reaseguro suelen contener cláusulas de arbitraje para la resolución de los conflictos que puedan surgir entre las partes. La inclusión de este tipo de cláusulas en el contrato es necesaria para acudir al procedimiento arbitral y adecuada a los intereses de ambas partes. Sin perjuicio de que las cláusulas de sumisión a arbitraje sean las más habituales, también dejamos señalada la posibilidad de que las partes pacten cláusulas que comprendan un sistema de resolución alternativa de disputas<sup>287</sup> derivadas del contrato de reaseguro.

La frecuencia de dichos acuerdos para la resolución de conflictos a través de procedimientos amistosos y arbitrales en los contratos de reaseguro ha llegado a

---

<sup>282</sup> JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>283</sup> BAKER D., «The effect of evidence of industry custom and practice and the parties course of dealing on the application of "follow the fortunes" in reinsurance contracts», *Tort&Insurance Law Journal*, Vol. 31, Number 4, Summer 1996, p. 948; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, señala en la introducción a la obra que la resolución de las controversias suele resolverse generalmente entre las partes y reconoce que «solo in casi eccezionali affidata alla composizione arbitrali»; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>284</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 44 y ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>285</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 630.

<sup>286</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 728-729 expresan, además, que una de las cláusulas usuales en todos los reaseguros (nacionales o internacionales) es el sometimiento a procedimientos arbitrales. También, SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 170.

<sup>287</sup> FIGUEROL I., «Jurisprudencia y resolución de conflictos», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, pp. 28-30. El autor recoge la siguiente cláusula ADR de un contrato de reaseguro: «si surgiera algún conflicto en el presente contrato, las partes se comprometen a someterlo a mediación dentro del plazo de 28 días siguientes a la comunicación por escrito de una parte a la otra, manifestando la existencia de tal conflicto y la intención de acudir a la mediación en primer lugar para su resolución».

calificarse como «práctica universal»<sup>288</sup>. El recurso al procedimiento arbitral suele ser muy usual y ello con el fin de someter cualquier discrepancia originada a partir de una cláusula contractual o de la liquidación de un siniestro.

La resolución de conflictos derivados de aquellos contratos se efectúa a través de una tribunal o corte arbitral compuesta por expertos aseguradores y/o reaseguradores, y se basa en la equidad, en las prácticas y en las costumbres observadas en el ámbito comercial y en el mercado al que pertenecen. En particular, el tribunal arbitral está conformado generalmente por dos miembros pertenecientes a una empresa aseguradora o reaseguradora (designados cada uno de ellos por el reasegurador y el reasegurado) y por un tercer árbitro designado de común acuerdo por los anteriores.

En la promoción del arbitraje en el ámbito del Derecho de los negocios han contribuido activamente organismos nacionales e internacionales. Entre otros, el Centro Francés de Arbitraje en Reaseguros y Seguros (CEFAREA), la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Tribunal Comercial de Inglaterra y Gales (*Commercial Court*) o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) han redactado cláusulas para resolver en un procedimiento arbitral cualquier disputa derivada de un contrato.

Pese a la generalidad de las cláusulas de arbitraje en los contratos de reaseguro no existe una uniformidad internacional acerca de aspectos como el número de árbitros, la terminología... etcétera. En general, suele existir una coincidencia en la forma pero no en el fondo y, en sistemas como el anglosajón, las diferencias se ven acrecentadas con respecto a otros sistemas jurídicos como el continental. En las condiciones generales de los contratos de reaseguro celebrados por AXA Seguros Generales. S.A. de Seguros y Reaseguros para las modalidades de reaseguro proporcional y no proporcional se utiliza, por ejemplo, la cláusula de arbitraje elaborada por la UNCITRAL mientras que en la retrocesión se sigue la redacción empleada por CEFAREA. Lo anterior no obsta a que las partes puedan acordar que, en lugar de acudir a una institución arbitral, puedan resolver sus discrepancias a través de un arbitraje *ad hoc*.

Una mención especial merecen las Reglas de Arbitraje *A.I.D.A. Reinsurance and Insurance Arbitration Society* (conocidas como ARIAS). Estas reglas fueron adoptadas por primera vez en 1994 gracias al consenso de entidades aseguradoras y reaseguradoras y estuvieron encaminadas a dirimir cualquier disputa que pudiese surgir entre ellas. En 2014 se publicó la tercera edición de las mismas y están diseñadas para ser las reglas de procedimiento para arbitrajes de seguros no solo en Inglaterra sino donde sea que se encuentre la sede del arbitraje. La Sociedad también ofrece a la industria un modelo de cláusula arbitral (aprobada por *Lloyd's, International Underwriting Association of London* y *British Insurance Brokers Association*). En 2013, ARIAS (Reino Unido)

---

<sup>288</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 283 confiesa la inserción en todos los reaseguros de la «cláusula compromisoria», es decir, del sometimiento de las controversias entre las partes sobre la interpretación y ejecución del contrato a la decisión de un colegio arbitral con el fin de sustraer la cuestión del «formalismo y de la lentitud de la justicia ordinaria»; DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, p. 69; URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 641 señalan que los usos establecidos por la práctica internacional han dado lugar, entre otros, al principio básico del arbitraje para la resolución de conflictos entre las partes.

publicó unas nuevas Reglas de arbitraje ARIAS *Fast Track* (denominadas como AFTAR) con el objetivo de que las disputas arbitrales se resuelvan más rápidamente y a un costo menor. Igualmente se ha redactado un modelo de cláusula arbitral ARIAS *Fast Track* para que pueda ser incluido en los contratos de seguros y reaseguros.

En desarrollo de los estándares legales en materia de Derecho privado y de soluciones uniformes en el ámbito jurídico, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó los Principios del Derecho Contractual del Reaseguro en 2019. No solamente corresponde destacar este valiosísimo trabajo de investigación sino también hacer notar el gran alcance de la significación e importancia de estos principios en la industria reaseguradora. Sin referirse al ámbito marítimo, se trata de uno de los proyectos de unificación más recientes y relevantes en el que convergen las costumbres y los usos internacionales en esta materia. Estos principios jurídicos no son un Tratado ni una Ley modelo sino un instrumento de *soft law* y excelencia técnica. La metodología empleada en la elaboración de los mismos ha culminado en un equilibrio entre los representantes de los principales países en los que se concentra la actividad reaseguradora (Estados Unidos, China, Reino Unido, Japón, Francia, Singapur, Sudáfrica, Brasil o Bélgica, entre otros), del ámbito académico (Universidades de Zúrich, Frankfurt y Viena), del ámbito profesional (*brokers*, entidades aseguradoras y reaseguradoras), del ámbito institucional (UNIDROIT) y otros especialistas (expertos en *Alternative Dispute Resolution*, Derecho Internacional Privado, etcétera). En particular, ofrecen normas muy claras en materia de interpretación; una formulación, explicación y ejemplificación de los elementos esenciales del reaseguro; unas reglas sobre gestión y coordinación de siniestros, etcétera. Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales funcionan como normativa residual aplicable a aquellas materias no resultas por las normas contenidas en los Principios del Derecho Contractual del Reaseguro. El triunfo generalizado, alcanzado hace varias décadas, de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales avalan la labor de esta prestigiosa institución internacional en el ámbito de la unificación del Derecho Privado y constituyen una manifestación más de la nueva y moderna «*lex mercatoria*». Sin que sea una normativa de aplicación vinculante, en los próximos años competirá al mercado valorar la eficacia de este instrumento y determinar el interés en su aplicación.



**SEGUNDA PARTE**  
**FUNDAMENTOS Y TIPOLOGÍAS DE ACTUACIÓN**





## 1. Funciones principales del contrato

La esencia del reaseguro consiste en el fraccionamiento y en la distribución del riesgo. El reaseguro es un «firme puntal»<sup>1</sup> o *conditio sine qua non* del seguro porque sin él, la actividad aseguradora no podría llevarse a cabo pues, aun en riesgos cuya peligrosidad no sea inminente, se hace siempre necesaria la cobertura del asegurador. El reaseguro nace como respuesta a la necesidad de los aseguradores de protegerse de las operaciones de sus negocios ya que sin tal contrato no sería posible dispensar una protección a las entidades aseguradoras y permitir el desarrollo del negocio en un mercado que exige una cobertura adecuada.

La explotación racional del seguro conlleva como presupuesto indispensable un volumen de riesgos suficientemente amplio y homogéneo que permita la aplicación del cálculo de probabilidades. Los cálculos estadísticos podrán llevar a cabo su finalidad operacional siempre que la cartera de riesgos cumpla determinados requisitos y, entre ellos, se precisa que reúnan unas características similares (homogeneidad cualitativa), una cuantía parecida (homogeneidad cuantitativa) y un número elevado. Sin embargo, casi nunca se consiguen carteras integradas por riesgos de cuantía equilibrada y acordes con la capacidad financiera de la entidad aseguradora. Ante dicha situación, son dos los recursos típicos a los que puede recurrirse para distribuir el riesgo y lograr la homogeneidad pretendida: el coaseguro y el reaseguro. A través del coaseguro se consigue dispersar o reducir el riesgo mediante su reparto en otras entidades aseguradoras mientras que con el reaseguro se alcanza un equilibrio de los riesgos que componen la cartera del asegurador-reasegurado al reducir sus eventuales consecuencias económicas<sup>2</sup>. El coaseguro y el reaseguro constituyen los principales recursos pero ello no obsta a que las entidades aseguradoras se vean constreñidas al empleo exclusivo de uno u otro sino que pueden combinar ambos (*v.gr.* correaseguro o recoaseguro) o acudir a otros distintos. Además, las diversas funciones económicas-sociales del seguro se desarrollan a través de un proceso de extensión del seguro que puede tener lugar tanto en sentido horizontal como en sentido vertical<sup>3</sup>. La institución del reaseguro responde a una extensión vertical en sentido ascendente o a una extensión del seguro hacia arriba, es decir, la conversión en riesgos asegurables de los propios compromisos de cobertura de los aseguradores directos que asumen un riesgo de nacimiento de obligaciones indemnizatorias (susceptibles de ser cubiertas por otro asegurador situado en un plano superior)<sup>4</sup>. En cambio, la extensión vertical en sentido descendente o extensión del seguro hacia abajo se lleva a cabo con el fraccionamiento de algunos elementos del contrato. En particular, la extensión vertical del seguro se produce cuando concurre una

---

<sup>1</sup> NAVAS J., «Naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, T. XXV, 1941, p. 486 y apoya sus palabras sobre el hecho de que las primeras compañías independientes de reaseguros fueron filiales directas de compañías de seguros.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros marítimos y aéreos», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dir.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 110.

<sup>3</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el «Common Law»*. Una visión armonizadora, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 184.

<sup>4</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., «Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 74, 1959, p. 218. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 185.

pluralidad de aseguradores en lugar de uno sólo y se da lugar a múltiples relaciones y figuras (v.gr. coaseguro) en la relación de cobertura.

El mercado del reaseguro ha experimentado una profunda evolución desde su origen hasta nuestros días. A lo largo de todas las fases sucedidas en el tiempo, han sido numerosos los cambios que han incidido en el desarrollo de la institución del reaseguro y, por consiguiente, en su función y estructura. En la actualidad, el reaseguro no solo es un medio coadyuvador e imprescindible en los contratos de seguros sino que ha tenido una influencia directa en la propia evolución de la industria porque ha servido para ampliar la actuación de los aseguradores que pudieron pasar así de edificar su negocio sobre la *scommessa* o apuesta hacia una verdadera actividad apoyada sobre bases técnicas<sup>5</sup>. Adicionalmente, la entidad económica del seguro marítimo y su propia existencia vienen determinadas por la posibilidad contractual del reaseguramiento. Tal ha sido su incidencia que el Profesor GARRIGUES expresó, atendiendo al alto valor económico de los buques en el tráfico naviero, que «el seguro marítimo funciona sobre la base del reaseguro»<sup>6</sup>. También la elevada cuantía económica de las mercancías transportadas o de las pérdidas dinerarias derivadas de un siniestro acaecido en el mar revelan parcialmente la importancia del seguro y del reaseguro marítimo como instrumentos para el fraccionamiento y la distribución de los riesgos marítimos. Otro dato que apoya la afirmación anterior consiste en que aproximadamente la mitad de las operaciones realizadas por *Lloyd's* van referidas al reaseguro y una gran parte de las mismas están directamente relacionadas con el ámbito marítimo.

A continuación describiremos las finalidades principales del reaseguro y, junto con ellas, las funciones que persigue y las contribuciones del mismo que explican el desarrollo del seguro:

### 1.1 Función garante

Un objetivo del reaseguro es proporcionar protección al asegurador-reasegurado y garantizar la continuidad de su negocio de manera sólida aunque, a veces, pueda encontrarse un reaseguro que no cumple este propósito (v.gr. cuando un asegurador directo reasegura la totalidad de su línea a la tarifa de la prima neta original)<sup>7</sup>. El contrato de reaseguro permite a las entidades aseguradoras protegerse, con seguridad y de forma adecuada, de una posible pérdida máxima y conocida, y garantizarles un desarrollo en sus primeros ejercicios porque sin dicho contrato les resultaría muy

---

<sup>5</sup> VIVANTE C., «Una nuova teoria dei contratti d'assicurazione», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, volume XI, fascículo II, 1891, p. 5 y BROSETA PONT M., *El contrato de reaseguro*, Ed. Aguilar, 1961, p. 11.

<sup>6</sup> GARRIGUES J., *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen III, Impr. S. Aguirre, Madrid, 1936, p. 836. En referencia al seguro general, BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado de seguros*, Volumen III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 319 señala que el seguro precisa de la institución del reaseguro como componente obligado y la finalidad de esta es diluir y atomizar el riesgo entre el concierto internacional asegurador.

<sup>7</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981, p. 4 señalan que, aunque a primera vista, pareciera no tener sentido que el asegurador directo suscriba el contrato en primer lugar hasta que uno se de cuenta de que no está asumiendo ningún riesgo y está obteniendo una ganancia de la comisión del reaseguro que recibe, el último está destinado a cubrir sus costos de adquisición pero en realidad proporciona un ingreso sustancial.

gravoso conseguir un aumento de su volumen y de su crecimiento ya que «cuanto más nueva sea una empresa de seguros y menos fondo nivelado de contratos tenga, más obligada se verá a acudir al reaseguro, si no quiere exponerse a una rápida catástrofe»<sup>8</sup>. El desarrollo del negocio se ve favorecido porque el reaseguro provee de capitales adicionales que permiten ampliar su cartera de riesgos asumidos sin que sea necesario aumentar su patrimonio o reservas.

Sin embargo, también se aprecia una función de garantía respecto a terceros. El asegurado originario no interviene jurídicamente en el contrato de reaseguro pero, a pesar de permanecer ajeno al mismo, ve indirectamente reforzada la certeza y la seguridad de su indemnización porque, aun cuando las reservas económicas del asegurador-reasegurado no fueran bastantes, el reasegurador garantizaría la solvencia de su crédito en la proporción en que se haya obligado. Con el reaseguro la garantía del seguro se convierte en una de mayor solidez. La reparación del daño robustece la garantía del cumplimiento del asegurador-reasegurado en su asegurado<sup>9</sup>. Pese al principio de independencia jurídica entre el reaseguro y el seguro, el Derecho español (Artículo 78 LCS) e italiano (Artículo 1930 Codice Civile) refuerzan la garantía del riesgo asegurado con el privilegio especial a favor de la masa de los asegurados sobre las sumas debidas por el reasegurador al asegurador-reasegurado<sup>10</sup>. Otro tercero que también resulta beneficiado por la celebración del contrato es el Estado<sup>11</sup> porque ve reforzado el interés público en la buena marcha de las empresas de seguros y porque puede cubrir sus propios riesgos de gran cuantía económica (*v.gr.* armada naval).

En último lugar, defendemos que el reaseguro cumple una función de garantía o protección general del mercado asegurador nacional puesto que evita que el daño quede sin repararse económicamente al existir una pluralidad de empresas vinculadas jurídicamente. Las autoridades estatales serán quienes velarán por el cumplimiento de los requisitos legales establecidos por la Ley para garantizar la solvencia de las entidades y, por ende, del buen funcionamiento del sistema y finalmente de la economía<sup>12</sup>.

## 1.2 Función económica

Inicialmente las entidades aseguradoras solo suscribían los seguros hasta el límite de la capacidad de su cobertura. Si los riesgos presentados a un asegurador directo excedían o sobrepasaban la cuantía fijada por el pleno de conservación, se veía forzado a rechazar la asunción del riesgo pero la aparición del reaseguro como sistema técnico,

---

<sup>8</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 16, 1986, p. 68.

<sup>9</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Ed. Civitas, Navarra, 2018, p. 587.

<sup>10</sup> DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1951, p. 190; PECCENINI F., «Dell'assicurazione. Art. 1882-1932», en GALGANO F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, p. 282 expresa que mediante el reparto se consigue un refuerzo más intenso de la garantía de los asegurados.

<sup>11</sup> DONATI A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Terzo, Giuffrè Editore, Milano, 1952, p. 457 y BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>12</sup> BRAESS P., «Le funzioni dell'assicurazione nell'economia nazionale», *Assicurazioni*, 1961, Anno XXVIII, Parte Prima, p. 196; PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro: función económica*, Ed. ICE, Madrid, 1973, pp. 50-51.

hizo posible «agrandar hasta lo insospechado»<sup>13</sup> los límites y posibilidades del seguro, «sin atentar contra las bases técnicas de su diligente administración y contra las garantías técnico-administrativas que en protección de terceros está obligado a observar todo asegurador»<sup>14</sup>. La función económica del reaseguro se identifica con la disminución del riesgo mediante el fraccionamiento y la distribución del mismo<sup>15</sup> permitiendo a las entidades aseguradoras hacer frente a una masa de riesgos sin poner en grave peligro su solvencia y viabilidad.

La perfecta división por cuotas o excedentes del riesgo y el ulterior reparto del mismo sólo se logra a través de dos etapas denominadas comúnmente por la doctrina científica «pulverización» y «atomización». Ambas son consecutivas y de vital importancia para el negocio asegurador porque sin el reaseguro no se realizaría la división del riesgo ni podría llevarse a cabo el desplazamiento del mismo y, en

---

<sup>13</sup> ROCA GUILLÉN J., «Estudio del reaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 19, 1949, p. 13. En referencia al seguro, BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo jurídico*, Imp. Viuda Galo Sáez, Madrid, 1961, p. 23 afirma que «el riesgo es diluido y pulverizado de tal suerte que los golpes adversos son conjurados. Las consecuencias del azar son puestas en común y fraccionadas, hasta el punto de que la carga es prácticamente insignificante para cada uno en comparación con la importancia del riesgo. Pero para ello es necesario que estos riesgos agrupados sean homogéneos, parecidos, y que reúnan características similares, de tal suerte que se sabe de antemano que solamente una pequeña proporción de ellos sufrirá el siniestro, que son las reglas que constituyen la dispersión y diseminación de los riesgos»; BRAESS P., «Le funzioni...», *op. cit.*, p. 192-193; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 10 También afirma la finalidad de atomización o división de los riesgos como característica del reaseguro; ANDREOTTI G., «Sport e assicurazione», *Assicurazioni*, 1969, Anno XXXVI, Parte Prima, p. 85 destaca que el mecanismo del reaseguro permite la distribución y pulverización del más gigantesco de los riesgos; DíEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Primera Edición, Ed. Civitas, Pamplona, 2011 quien se refiere a las entidades aseguradoras como «vehículos de distribución».

<sup>14</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>15</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1923, p. 247 coincide en señalar que el reaseguro nace de la necesidad de fraccionar el riesgo para su reparto entre un número mayor de garantes; BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación y técnica de los seguros privados*, Tomo I, Imprenta Elzeviriana y Librería Camí S. A., Barcelona, 1930, p. 91 precisa que el reaseguro tiene una importancia capital porque «la garantía principal que proporciona el asegurador se divide y subdivide en términos que permite dar mucha extensión a las iniciativas, sin exponerse a las graves contingencias de pérdidas enormes, y manteniendo intactas las garantías que aquél ofrece al público»; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 568; EHRENBERG V., *El reaseguro*, traducción, nota preliminar y prólogo por NAVAS MÜLLER J. M., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pp. 50-51 señala, apoyándose en una Sentencia del *Reichsgericht* de 15 de junio de 1881, que el fin normal del reaseguro no es «descargar» aquella parte de la obligación que el asegurador-reasegurado no debe conservar según una política óptima de administración del riesgo y unos principios racionales del seguro sino «distribuir» el riesgo mediante su división; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA C., «El contrato de reaseguro y la tarifa II de utilidades», *Revista Derecho Mercantil*, Número 23, 1949, p. 254 pone de relieve la necesidad de atomizar, nivelar y homogeneizar los riesgos para una adecuada distribución de los mismos a través del reaseguro; CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: il contratto e l'impresa*, UTET, Torino, 1991, pp. 68 quien prefiere hablar de «ripartizione» en vez de «distribuzione»; GERATHEWOHL K., *Reaseguro. Teoría y práctica*, traducción de la obra realizada por DíEZ ARIAS T., Vol. I, Ed. Reaseguros Gil y Carvajal, Madrid, 1993, p. 532; MUÑOZ A., «El reaseguro de los grandes riesgos», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994, p. 501; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones preliminares sobre el reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 23; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 184; VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 581 puntualiza que con el reaseguro se consigue una «distribución y en cierto sentido descarga del riesgo del patrimonio de una aseguradora a otra».

consecuencia, las entidades aseguradoras no podrían realizar su cometido. En concreto, la operatividad y seguridad del sistema persigue la reunión del mayor número posible de entidades aseguradoras y reaseguradoras para hacer recaer sobre cada una de ellas una parte infinitesimal y muy precisa de los eventuales daños que pudiesen llegar a producirse con el objetivo de que ninguna de esas entidades deba soportar pérdidas económicas muy graves. Esta manifestación no podría llevarse a cabo adecuadamente sin la progresiva extensión geográfica de los riesgos de tal manera que sean diversas las entidades y economías nacionales que soporten el quebranto que puede llegar a producir el siniestro<sup>16</sup>. En la actualidad, la división y distribución del riesgo entre los aseguradores es uno de los presupuestos técnicos sobre los que se construye el seguro. En particular, el reaseguro es «la máquina pulverizadora del seguro»<sup>17</sup> y, «especialmente en el seguro marítimo, han de ser atomizados los riesgos para hacer posible una explotación cuidada y concienzuda del negocio del seguro»<sup>18</sup>.

El reaseguro es principalmente un mecanismo técnico de división y distribución del riesgo que se caracteriza por su flexibilidad al permitir que los reaseguradores no se vean limitados a aceptar solamente aquellos riesgos a los que pueden hacer frente con sus propios recursos sino a aceptarlos (incluso con anterioridad a la celebración del seguro y a la asunción del riesgo<sup>19</sup>) para transferir posteriormente a otra entidad la parte de riesgo que no pueda retener. El verdadero propósito del tráfico que las entidades hacen en este mercado es, por tanto, transferir y redistribuir<sup>20</sup> los riesgos que cada entidad ha aceptado en su suscripción directa al público con el fin de repartir el alea entre distintos aseguradores individuales y, de esta manera, garantizar el pago del daño con una pluralidad de patrimonios. De esta manera, el asegurador-reasegurado no se ve compelido a rechazar ciertos riesgos que por su cuantía o diversidad exceden los límites de su tamaño, capacidad económica o política de empresa sino que el reaseguro permite asumir ágilmente la totalidad de riesgos que les sean solicitados con independencia de la naturaleza de los mismos.

---

<sup>16</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op.cit.*, p. 68.

<sup>17</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 327 además afirma «por esta institución, los riesgos, salvando las fronteras y los mares, hacen de la humanidad una sola familia que asiste con su esfuerzo y concurre con sus medios económicos a reparar los siniestros que se producen en la vida y en la propiedad de los hombres».

<sup>18</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 52. BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 2001, p. 25 ejemplifica la dispersión del riesgo a través del reaseguro y la retrocesión en el buque de pasajeros italiano «Andrea Doria». Tras su naufragio en 1956 y la liquidación del siniestro se comprobó que la póliza original (suscrita por 16 compañías de seguros italianas) fue distribuida entre aproximadamente 300 compañías de todo el mundo. El mercado asegurador italiano conservó el 10% de la indemnización mientras que un 60% recayó sobre el mercado británico y un 30% en el mercado estadounidense. El autor apunta también el dato de que algunos reaseguradores se encontraban participando a través de 25 compañías de seguros procedentes de 5 países distintos. La mejor dispersión de los grandes riesgos sólo puede llevarse a cabo con la distribución internacional de los mismos y, principalmente, con el contrato de reaseguro.

<sup>19</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>20</sup> BORCH K., «Equilibrium in a reinsurance market», *Económica*, Volumen 30, Número 3, Julio, 1962, p. 424-444 y GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 434 coinciden en señalar que los contratos de reaseguro tienen como fin exclusivo la transferencia de riesgos.

### 1.3 Función técnica

La complejidad del fenómeno asegurador deviene de la implicación de aspectos jurídicos, económicos y también técnicos. La función técnica del reaseguro consiste en la nivelación y en la homogeneidad del riesgo.

Una de las principales características funcionales del reaseguro consiste en el mantenimiento de un equilibrio mínimo como salvaguardia más eficaz<sup>21</sup>. El reaseguro le permite al asegurador-reasegurado procurar la nivelación de la masa de los riesgos por él aceptados, fijando un límite a la suma que por cada riesgo puede aguardar por su propia cuenta, lo que alcanza a través del reaseguro pero también proporciona -dentro de ciertos límites- a la entidad aseguradora un equilibrio cuantitativo en los resultados de su cartera<sup>22</sup>, es decir, una estabilidad de la relación proporcional entre las cantidades correspondientes a las indemnizaciones pagadas (pérdidas, *output*) y las cuantías correspondientes a los ingresos por primas (ganancias, *input*). Ello evita el peligro de las fluctuaciones y contribuye a suscribir el mayor número posible de negocios con los que poder hacer frente a la gestión y al pago de los siniestros con los recursos suficientes.

Por otro lado, la homogeneidad significa la posibilidad de que la frecuencia y periodicidad del riesgo pueda determinarse a través de la estadística. La realidad presenta riesgos de la misma naturaleza pero no del mismo volumen, entidad y valor. La Ley estadístico-probabilística o también denominada «Ley de los grandes números» (BERNOULLI) permite determinar las primas que los asegurados deben pagar para formar un fondo común de garantía suficiente para indemnizar los siniestros que se produzcan pero es imprescindible que exista una homogeneidad cuantitativa y cualitativa de los riesgos asegurados<sup>23</sup>. La doctrina coincide en destacar que el reaseguro es el instrumento jurídico-contractual cuya función técnica es proporcionar homogeneidad a los riesgos asumidos al asegurador-reasegurado<sup>24</sup>, mantener a su

---

<sup>21</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1926, p. 22 y NAVAS J., «Naturaleza...», *op. cit.*, 1941, p. 486

<sup>22</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 323-325; PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 52 indica que el origen del desequilibrio puede encontrarse en la insuficiencia de las primas cobradas por la entidad aseguradora para la cobertura del riesgo.

<sup>23</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 5-6; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 77 el reaseguro «es el medio para operar el reparto de los riesgos, y muy especialmente para buscar su homogeneidad, tanto cualitativa como cuantitativamente».

<sup>24</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 260; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, *op. cit.*, p. 568; ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 32 indica que las entidades aseguradoras logran la homogeneización de los riesgos y la atomización de los mismos mediante el recurso a las distintas modalidades del contrato de reaseguro; DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 188 añaden los autores las siguientes funciones del reaseguro: expandir la masa de riesgos asumidos y potenciar la actividad a través de la limitación del alea económica transferida en parte al reasegurador; FANELLI G., «Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima, p. 387 afirma que el coaseguro y el reaseguro son los instrumentos fundamentales para conseguir una homogeneidad pero califica al reaseguro como la «strada maestra» en dicha consecución; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 15; CARENA A. A., *Il rischio e teoria della riassicurazione*, Silva Editore, Milano, 1967, p. 249; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos 45 a 79», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Tomo XXIV, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 677 señalan que el reaseguro es el medio «para operar el reparto de los riesgos, y muy especialmente para buscar su homogeneidad, tanto cualitativa como cuantitativamente»; SCALFI G., *Manuale delle assicurazioni private*, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi

clientela sin dividirla al aceptar (ágil, segura y directa) los riesgos que se le exhiben y aumentar su propia capacidad de obtención de negocios. El asegurador-reasegurado podría conseguir la homogeneidad cuantitativa mediante el coaseguro pero a través de dicho método no se satisfaría la simplicidad y agilidad deseables en una relación mercantil por lo que ANGELI defiende que, en la práctica, el asegurador procura la homogeneidad cualitativa y el reasegurador la homogeneidad cuantitativa<sup>25</sup>. Además, el liderazgo del reaseguro en el negocio asegurador comporta unos menores costes de administración y tramitación<sup>26</sup> ya que permite al asegurador-reasegurado mantener un solo interlocutor y canalizar las responsabilidades solo a través de una única identidad así como mantener la unidad de responsabilidad contractual del reasegurador.

Todo lo anterior ha permitido convertir al reaseguro en un «elemento técnico primordial»<sup>27</sup> para la actividad aseguradora porque sin reaseguro prácticamente no podría ejercerse la actividad aseguradora.

#### 1.4 Función financiera

El reaseguro también desempeña una importante función al actuar como «base financiera»<sup>28</sup> para el seguro porque sin él «no podría funcionar ninguna entidad aseguradora, por grande que fuese su potencial económico»<sup>29</sup>.

La Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2005 sobre el reaseguro reconoció, en su considerando cuarto, no solo la función financiera del reaseguro sino también su gran relevancia porque «al facilitar una distribución más amplia de riesgos en el ámbito mundial, permite que las empresas de seguro directo tengan una mayor capacidad de suscripción para comprometerse en el

---

e Giuffrè Editore, Milano, 1994, pp. 240-241 expresa que «la práctica del reaseguro favorece un mayor equilibrio en la homogeneidad de los riesgos de la cartera del asegurador»; PECCENINI F., «Dell'assicurazione...», en GALGANO F., *Commentario...*, *op. cit.*, pp. 275-276 señala que el reaseguro tiene como objetivo aportar una homogeneidad cuantitativa a los riesgos asumidos por el asegurador-reasegurado; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 85 recalca que el objetivo típico del reaseguro es lograr la homogeneidad cuantitativa de los riesgos.

<sup>25</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 3. En el mismo sentido, FERRARINI S., *Le assicurazioni marittime*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 60 considera que el coaseguro no es suficiente para lograr la división del riesgo y conseguir un sistema asegurador «sano».

<sup>26</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 325 cita, entre los indudables beneficios y ventajas del reaseguro, la rapidez y la confianza y concreta que el gran alivio en la administración del asegurador-reasegurado se encuentra en la capacidad de éste de mantener vivo un negocio de gran volumen evitando el entorpecimiento financiero y las cargas de administración inherentes a la constitución de las reservas que traslada al reasegurador; PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 46 justifica su afirmación situando la causa del ahorro en «aspecto de "detail" caracterizante de unas modalidades (excedentes) respecto del de "en conjunto" de otras (*excess-loss*, *stop-loss*, etc.)»; BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho de seguros*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2017, pp. 462-463.

<sup>27</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, pp. 67-68 señala que existe una gran especialización de las entidades de reaseguro a consecuencia de la complejidad de la actividad y llama la atención sobre el hecho de que la «necesidad del reaseguro» unida al principio de autonomía de la voluntad ha dado lugar a una tipología diversa de reaseguros con la que las entidades pueden alcanzar la estabilidad deseada.

<sup>28</sup> CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, pp. 109-117 y PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 97.

<sup>29</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78. Tipología del seguro», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 640.

negocio de seguros y otorgar una mayor cobertura de seguro, además de reducir sus costes de capital; por otra parte, al asociar a grandes intermediarios financieros e inversores institucionales, el reaseguro desempeña un papel fundamental para la estabilidad financiera, pues se trata de un elemento esencial para garantizar la solidez financiera, así como la estabilidad de los mercados del seguro directo y del sistema financiero en general».

El reaseguro constituye un instrumento jurídico que aporta un servicio de estabilidad financiera a la empresa aseguradora a través de una solvencia estática y dinámica durante los ejercicios económicos en los que lleve a cabo su actividad, tal y como se reconoció en la Exposición de Motivos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El capital social de las entidades aseguradoras cumple una función de garantía y éstas entidades podrán asumir grandes masas de riesgos con un capital inferior al que técnicamente necesitarían porque, a través del reaseguro y a un costo aceptable, se desprenderán de la porción de aquellos que no puedan quedar garantizados con sus reservas. De lo contrario, el negocio se convertiría en «impracticable»<sup>30</sup> porque ello obligaría a guardar reservas muy grandes destinadas a hacer frente a futuras reclamaciones. El contrato de reaseguro cumple, de esta manera, una importante función instrumental de carácter financiero o crediticio porque sustituye, en parte, el capital de garantía del asegurador-reasegurado. Desde este punto de vista financiero se justifica el símil que identifica al reasegurador con un «banquero» para el asegurador-reasegurado<sup>31</sup>. A través del reaseguro se le posibilita al asegurador-reasegurado la reclamación al reasegurador del importe de la indemnización, con independencia del pago al asegurado original y permitiéndole gestionar los recursos financieros propios sin alterar las provisiones técnicas.

### 1.5 Función resarcitoria

Los seguros de daños es una categoría general en la que se engloban aquellos contratos que tienen como finalidad la reparación del perjuicio sufrido en el patrimonio del asegurado a causa del siniestro. El daño se configura como eje del contrato y sin la presencia de éste no hay lugar a la indemnización. Si llega a producirse el siniestro o evento dañoso, cualquier contrato de seguro tendrá como objetivo económico fundamental la satisfacción de la necesidad pecuniaria originada a consecuencia de aquel y cumplirá siempre una función reparatoria. La descripción de la relación anterior resulta perfectamente coincidente con la que tiene lugar tanto en el seguro como en el reaseguro marítimo y, en atención también a la naturaleza de los objetos asegurados, ambos contratos se ubican bajo la modalidad de seguro de daños o de indemnización.

Como anteriormente se expuso, el elevado valor económico de los bienes expuestos a la navegación marítima y de los costes de reparación de los mismos obliga a los

---

<sup>30</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 6 añaden que el asegurador marítimo confía en su instinto y experiencia para determinar su línea máxima para cada riesgo y no basa dicho cálculo en estudios actuariales.

<sup>31</sup> DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, 1952, p. 241; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 11; DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, p. 68. En contra, GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 711 señala que el reaseguro no es un contrato de crédito ni de financiación al asegurador-reasegurado.



aseguradores a obtener la protección que precisan a través del reaseguro. El recurso al reaseguro nace en el ánimo de una entidad aseguradora para atenuar la eventual responsabilidad que pueda nacer con ocasión de los siniestros mediante un reparto del riesgo entre varias entidades profesionales y especializadas. Sin éste contrato, no resultaría posible el desarrollo de la actividad de seguro marítimo ya que los aseguradores no podrían asumir obligaciones indemnizatorias tan altas. La finalidad del asegurador-reasegurado en celebrar un contrato de reaseguro se encuentra en la cobertura jurídica y económica que le dispensará el reasegurador si llega a verificarse el siniestro. En virtud de este contrato se reparará, económicamente y en la proporción estipulada, los daños producidos por las deudas de indemnización que surgen en el patrimonio del asegurador-reasegurado como consecuencia del acaecimiento del siniestro objeto de cobertura en el seguro marítimo. El reaseguro cumple, de esta manera, una función resarcitoria del patrimonio del asegurador-reasegurado al evitar una merma de sus recursos que impida el futuro desarrollo de su actividad en el mercado.

## **2. Modalidades principales de reaseguro**

En el presente epígrafe desarrollaremos el estudio de las diferentes modalidades que puede revestir el contrato de reaseguro, es decir, la pluralidad de formas en las que se conjugan jurídicamente los intereses de los aseguradores-reasegurados y los de los reaseguradores para dar cumplimiento a las finalidades contractuales perseguidas por las partes y, de esta manera, satisfacer determinadas necesidades comerciales. En atención al principio de autonomía de la libertad, las partes contratantes pueden concertar su acuerdo sujetándolo en su totalidad a la estructura de cualquiera de las modalidades siguientes o, por el contrario, construyendo un contrato mediante el recurso a varias de esas modalidades en atención a sus carencias y recursos. En el negocio marítimo, no existe un modelo de reaseguro óptimo o estandarizado sino que la decisión de elegir una modalidad u otra dependerá, con carácter principal, de la composición y del origen de la cartera del asegurador-reasegurado.

Las distinciones que se verán inmediatamente expuestas no responden a una clasificación única o cerrada sino que, por el contrario, son muchas las que pueden hacerse en atención a múltiples factores. La «polivalente heterogeneidad»<sup>32</sup> del reaseguro lleva a la doctrina a atender a diferentes criterios (*v.gr.* el carácter obligatorio o no del contrato, la condición de los aseguradores contratantes, el modo en que se calcula la indemnización, la perspectiva del riesgo...) para sistematizar una clasificación de los sistemas de explotación de los contratos de reaseguro. La naturaleza jurídica, la causa, la finalidad técnica y el contenido mínimo de las obligaciones principales del reaseguro serán idénticas con independencia de la modalidad que revista el contrato.

Sin olvidar que el reaseguro marítimo responde a una categoría de reaseguro por razón del objeto (los riesgos de la navegación marítima), a continuación se enunciarán las modalidades de reaseguro más recurrentes desde un punto de vista general y se

---

<sup>32</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 591 apunta dicha nota como una de las que más sobresalen en este particular contrato lo que se traduce también en «una particular fisonomía pero también flexibilidad».

precisará aquellas en las que tienen encaje o en las que se reproducen más asiduamente los riesgos de la navegación marítima sin perjuicio de que puedan atenderse a otros criterios<sup>33</sup> que den lugar a una ordenación alternativa de las tipologías de reaseguro.

---

<sup>33</sup> THORIN P., *La réassurance contre l'incendie. Son organisation technique et économique*, Imprimerie Orléanaise, Orléans, 1929, p. 31 y ss siguió otro modelo de clasificación basado en cinco categorías: i) reaseguro de cantidades, ii) reaseguros de daños o pérdidas, iii) reaseguro de una porción de riesgo, iv) contrato de «pool» y v) reaseguro de crédito. A su juicio, el reaseguro de cantidades era la modalidad más importante y, a su vez, se subdividía en el reaseguro especial o facultativo y reaseguro general u obligatorio (pudiendo ser de cuota-parte, de excedente, de cuota-parte y excedente o de cuota-parte con prioridad). BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación...*, *op. cit.*, p. 92 lleva a cabo una clasificación distinta concibiendo el reaseguro i) facultativo, ii) obligatorio y iii) obligatorio con facultad de libre aplicación. También HORS Y BAUS P., *Tratado de los seguros de transportes marítimos, terrestres, de valores y aéreos*, Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1945, p. 35 propuso una clasificación alternativa al distinguir las siguientes clases de reaseguro: i) contrato de participación en negocios determinados y concretos (de alimentos o para zonas de viajes indicados a priori); ii) contrato de excedente; iii) contrato mixto de excedente y de sobreexcedente; iv) contrato de sobreexcedente; v) contrato de cuota-parte o de participación fija; vi) contratos de «pool»; vii) facultativo sobre operaciones esporádicas; y, viii) contrato de exceso de siniestralidad («*excess of cover*») o de porcentaje de siniestro. HERNANDO DE LARRAMENDI I., «Clases de reaseguros», *Riesgo y seguro*, Madrid, 1950, p. 155 y ss. propone un sistema de clasificación basado en i) el método de contratación; ii) el contenido de las cesiones; iii) la composición de las cesiones; iv) la amplitud; v) la finalidad; vi) el carácter de los reaseguradores; vii) el carácter de las operaciones; viii) el origen del negocio; ix) el grado de las cesiones; y x) el ramo a que se refieren. Dentro de esta última modalidad incluye, entre otros, al reaseguro marítimo y diferencia en él, además del reaseguro facultativo, las siguientes submodalidades: reaseguros en términos distintos de los originales (de determinada clase de pérdidas y de determinadas causas de siniestro) y reaseguros de objetos amenazados de siniestros o siniestrados. DELANEY W., «El reaseguro en los Estados Unidos», *Riesgo y Seguro*, Madrid, IV trimestre, 1952, p. 498 señala que, en Estados Unidos, el negocio marítimo recurre a las siguientes modalidades de reaseguro: i) reaseguro de parte a prorrata (el reasegurador paga una parte proporcional de toda la pérdida); ii) reaseguro de excedente a pérdida (el negocio se concentra sobre un pool y luego se vuelve a distribuir más tarde sobre la base del prorrato); iii) reaseguro específico (existe una gran cantidad de este reaseguro en el terreno del seguro marítimo entre las compañías). BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 335-337 y ss. lleva a cabo una clasificación simplista al señalar el reaseguro facultativo y el reaseguro obligatorio y expresa la frecuencia de los reaseguros facultativos en el ramo de los seguros marítimos por las elevadas sumas que se presentan y por su naturaleza variable. Aunque el reaseguro facultativo, determinado o especial presente algunos inconvenientes permite al asegurador establecer su pleno según las circunstancias y la naturaleza de cada riesgo, y al reasegurador examinar el riesgo ofrecido con todas sus circunstancias y sus características. El asegurador directo no está obligado a ceder los excedentes de su pleno a un determinado reasegurador y el reasegurador tiene la facultad de rehusar la propuesta de reaseguro, de aceptarla o de aceptar solo una parte si estima que el riesgo es excesivo. MUÑOZ LÓPEZ A., «Desnaturalización del contrato de reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 185 y ss. distingue entre reaseguro interno (o, propiamente, coaseguro interno) y reaseguro externo en función de si el asegurado no tiene o si certidumbre y conocimiento de la existencia de un contrato de reaseguro perfeccionado y válido entre el reasegurador y el reasegurado. Mientras que la primera figura responde a la naturaleza jurídica de un verdadero reaseguro, la segunda está reservada para seguros de «grandes riesgos» y es, en opinión del autor, un reaseguro desnaturalizado. GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 334-337 señala hasta once modalidades objetivo-causales de reaseguro marítimos: i) mercancías, facultades o cargamentos, ii) cascos y maquinarias, iii) responsabilidad civil, iv) riesgos de guerra, v) riesgos de construcción, vi) riesgos durante la estancia en puerto, vii) seguros de objetos específicos, viii) seguros de pozos de petróleo, ix) seguro de yates, x) seguro de almacenes portuarios y xi) seguro de riesgos no marítimos incidentales.

## **2.1 Desde la perspectiva cuantitativa del riesgo reasegurado**

### **2.1.1 Reaseguro total**

En virtud del reaseguro total, el asegurador transfiere la integridad del riesgo asegurado por él mismo sin retener ningún porcentaje del riesgo en su cartera. En la apreciación de esta distinción se atiende un criterio cualitativo del riesgo y temporal. A cerca de la posibilidad (legal y convencional) de efectuar la transferencia total del riesgo y de que el asegurador-reasegurado actúe como un mero intermediario, remitimos a lo expuesto más arriba sobre este particular.

### **2.1.2 Reaseguro parcial**

En el reaseguro parcial, el asegurador transfiere al reasegurador sólo una parte del riesgo asegurado y retiene para sí la parte restante del riesgo contraído en el seguro originario. En la gran mayoría de contratos de reaseguro, el asegurador-reasegurado retiene -por mínimo que sea- un porcentaje del riesgo aceptado.

## **2.2 Desde la perspectiva de la voluntariedad u obligatoriedad del reaseguro**

### **2.2.1 Reaseguro facultativo**

El reaseguro facultativo es una categoría con la que se hace mención a la contratación voluntaria entre las partes, es decir, ni el asegurador-reasegurado está obligado a transferir ningún riesgo asegurado por él, ni el reasegurador tiene la obligación de aceptar la solicitud de reaseguro que se le presente. La ausencia de respuesta a una oferta de reaseguro facultativo nunca podrá entenderse como una aceptación tácita; es necesario un periodo de tiempo para valorar el riesgo y comunicar expresamente la decisión afirmativa de formar parte del convenio de reaseguro facultativo y que necesariamente irá seguida de un intercambio de información y documentos. Se trata, además, de un contrato celebrado de forma aislada y responde a una contratación esporádica que suele ir referida a un riesgo determinado en el que el asegurador-reasegurado tiene la obligación de poner a disposición -generalmente, cada tres meses- del reasegurador borderós y cuentas independientes para cada riesgo reasegurado facultativamente. Las características principales de este reaseguro son, por tanto, la libertad de ofrecer y aceptar el riesgo, y el carácter aislado y detallado de éste último. Esta modalidad de reaseguro se utiliza principalmente para dar cobertura a riesgos inusuales o grandes riesgos (*v.gr.* marítimos o aéreos) y suele distinguirse entre reaseguro facultativo proporcional y no proporcional. Sin perjuicio de que pueda cumplir la totalidad de las funciones elementales del contrato de reaseguro, la aplicación principal del reaseguro facultativo es la de proveer capacidad adicional para mejorar la situación del asegurador-reasegurado y ampliar la capacidad de asunción de riesgos<sup>34</sup>.

Una figura intermedia entre el reaseguro facultativo y el reaseguro obligatorio es la nota de cobertura (también denominado «*reinsurance cover*»)<sup>35</sup>, es decir, «la promesa

<sup>34</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 7.

<sup>35</sup> Así lo reconoce MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 258 al hablar de un reaseguro intermedio entre el facultativo y el obligatorio. En contra, PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 35

del reasegurador de reasegurar todos los riesgos de un determinado género que el asegurador directo le exigirá, bajo las condiciones indicadas»<sup>36</sup>. Puede no considerarse estrictamente una modalidad de reaseguro porque, en realidad, se trata de un propuesta de contrato de reaseguro aunque su frecuente utilización en el ámbito marítimo reasegurador de Inglaterra la configura de una manera muy próxima a un sistema de contratación.

### 2.2.2 Reaseguro obligatorio

A diferencia de la anterior, en esta segunda categoría si existe una obligación de celebrar el contrato de reaseguro. En concreto, el asegurador tiene un compromiso de presentar y transferir, total o parcialmente, los riesgos asumidos o parte de su excedente y el reasegurador está obligado a aceptarlos y asegurarlos. En general, éstos reaseguros son obligatorios para las dos partes. Esta modalidad no suele ir referida a seguros individuales aislados sino a suscripciones pertenecientes a un ramo de seguros (*v.gr.* marítimo) o a una particular categoría de negocios<sup>37</sup> (*v.gr.* seguro de cascos) de tal modo que la vinculación entre el asegurador-reasegurador y el reasegurador tiene un carácter permanente o, en todo caso, más estable que la de los reaseguros facultativos.

Se basa en un contrato previo (denominado, convenio o tratado) al del seguro originario en el que ambas partes acuerdan y consienten todos los extremos (*v.gr.* naturaleza de los riesgos o clases de seguros, las primas, las condiciones en las que se llevará a término...) del contrato de reaseguro. El asegurador-reasegurado presenta al reasegurador todas las «cesiones» que asuma durante la vigencia del contrato de reaseguro y generalmente suele producirse con una periodicidad trimestral aunque las partes pueden pactar libremente cualquier otro plazo para presentar las cuentas con las primas y los reclamos adeudados. La información transmitida y el detalle acerca de los riesgos y de los siniestros varía en función del acuerdo suscrito por las partes pero suele incluirse los datos referentes a las primas cedidas, a las comisiones cobradas, a los siniestros reclamados y en liquidación, los montos indemnizados y los eventos que se espera deriven en reclamos de cobertura. Además, el reasegurador puede reservarse el derecho a auditar los registros y documentos del asegurador-reasegurado.

En esta modalidad de reaseguro se crea una cuenta corriente para la liquidación de la operación. El asegurador-reasegurado ingresa, una vez descontado el porcentaje fijado en concepto de comisiones y gastos, en dicha cuenta corriente los importes procedentes de las primas correspondientes al reasegurador. El reasegurador tendrá que ingresar en esa misma cuenta corriente la cuantía correspondiente a la indemnización debida por los siniestros. El saldo resultante de la liquidación resulta en favor del asegurador-reasegurado o del reasegurador y la regularidad con la que se lleva a cabo dicha

---

considera que la «cobertura di riassicurazione» o «*reinsurance cover*» no es una forma intermedia entre la facultativa y la obligatoria sino un reaseguro obligatorio que se diferencia de las otras modalidades por el periodo más breve de su duración (inferior al año). Un ejemplo del mismo puede verse en CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: ricerca e individuazione del tipo*, Cedam, Padova, 1970, p. 105.

<sup>36</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 86.

<sup>37</sup> FOLCINI L., *Elementos prácticos de reaseguros*, traducción de CHARLAN R., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 29. MAINARDI R., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 255.

liquidación es fijada de común acuerdo por las partes. El ahorro en la gestión es una de las circunstancias que justifican su amplia difusión en la práctica.

Dada la imperfección del contrato, la práctica comercial refleja en el reaseguro obligatorio una pauta de comportamiento que compatibiliza las actuaciones individualizadas con unas «prácticas sanas y profesionales del mercado» cuyas diferencias de interpretación se resuelven aplicando principios de la práctica de reaseguro así como de los usos y la costumbre que suelen conducir a la resolución del conflicto<sup>38</sup>.

## 2.3 Desde la perspectiva de la unicidad o pluralidad de relaciones de cobertura

### 2.3.1 Reaseguro simple, singular o facultativo

A juicio de la mayoría de autores<sup>39</sup>, las primeras manifestaciones del reaseguro marítimo revistieron esta modalidad especial y la misma ha permitido una prestación rápida y eficiente del servicio de reaseguro. En una época más reciente, esta modalidad ha sido reconocida como una técnica reaseguradora frecuente en el ámbito marítimo y, en particular, en el mercado reasegurador inglés<sup>40</sup>.

En general, este contrato suele llevar aparejado un mayor coste que los reaseguros obligatorios dada la gestión que se lleva a cabo para que el riesgo (de especial peligrosidad<sup>41</sup> en la mayoría de las ocasiones) encuentre cobertura y protección por parte de algunos de los distintos reaseguradores nacionales. La contratación es voluntaria, ni el asegurador tiene obligación de transferir los riesgos asumidos durante su negocio ni el reasegurador tiene obligación de aceptarlos; de ahí su denominación como «facultativo». No existe una naturaleza obligatoria y esa es su principal característica. Otra particularidad sobre el reaseguro simple versa sobre la necesidad de

---

<sup>38</sup> BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, *op. cit.*, pp. 54-55. Entre las disposiciones contractuales básicas del reaseguro obligatorio el autor señala las siguientes: i) descripción del mecanismo de transferencia de riesgos, ii) descripción del objeto, iii) exclusiones, iv) ámbito geográfico de cobertura, v) retención del riesgo, vi) precio de cobertura, vii) forma y plazo de aviso de los siniestros, viii) sistema de contabilidad (primas, siniestros y depósitos de reserva), xix) procedimiento de resolución de conflictos, x) comienzo y terminación del contrato, xi) liquidación del siniestro... etcétera.

<sup>39</sup> Entre otros muchos, BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo...*, *op. cit.*, p. 569; ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 14; ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 14; URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 641.

<sup>40</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 256; EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 55 distingue 3 modalidades de reaseguro, siendo la tercera de ellas la referente al reaseguro contra riesgos aislados entre la que incluye a los seguros marítimos; HORS Y BAUS P., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 41 lo califica como una «válvula de escape para la subdivisión de determinados riesgos y un medio de intercambio entre compañías amigas» del ramo marítimo; FERRARINI S., *La assicurazione...*, *op. cit.*, p. 49; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 70; ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Sevilla, 1996, p. 15 señala que el reaseguro singular (diferenciándolo del reaseguro por tratado) está referido al riesgo dimanante de, entre otros contratos, el marítimo.

<sup>41</sup> FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 29. El autor apunta que, generalmente, se recurre al reaseguro facultativo cuando el importe total aceptado sobre un riesgo supera la capacidad consentida por el reaseguro obligatorio sin perjuicio de que existan otros motivos por los que se acude al mismo. Además, precisa la colocación de un riesgo en forma facultativa en el ramo marítimo presenta dificultades por la saturación del mercado reasegurador o porque se haya iniciado el riesgo.

que recaiga sobre un seguro válidamente celebrado con anterioridad, es decir, sobre un riesgo preexistente<sup>42</sup>.

Esta primera modalidad de reaseguro se rige principalmente por los usos y la costumbre del mercado reasegurador y se utiliza para cubrir la voluntad puntual del asegurador-reasegurado de obtener la cobertura de un seguro marítimo determinado en un momento anterior a la celebración del reaseguro pero, siguiendo al Profesor BROSETA, también pueden señalarse otras necesidades o exigencias técnicas que motivan la celebración de este reaseguro en particular: i) reasegurar un riesgo del asegurador original producido por un seguro que rompe la homogeneidad cualitativa o cuantitativa de sus riesgos, ii) en aquellos supuestos en los que el riesgo excede de los límites y contenido de un tratado anteriormente estipulado, o iii) en los casos en que se produzca un «cúmulo de riesgos» de gran peligrosidad para el asegurador.

Además, es una contratación que se lleva a cabo «caso por caso, de forma singular»<sup>43</sup>. A diferencia de otras modalidades, no existe un tratado que anteceda al seguro originario. En este reaseguro, la mecánica consiste en una oferta a un reasegurador de parte del asegurador que ha aceptado el riesgo original para que aquel participe en una cantidad determinada. Esta oferta viene generalmente hecha mediante un boletín o cuestionario («nota de cobertura» o «nota de oferta y aceptación») en donde se indica los detalles del riesgo y la parte del mismo conservada por el asegurador-reasegurado. Ante ello, el reasegurador tiene la posibilidad, dentro de las cuarenta y ocho horas (según el uso italiano<sup>44</sup>), de evaluar y aceptar la oferta mediante el re- envío de la copia con su firma y aceptación o, por el contrario, de declinarla. El asegurador-reasegurado busca lucrarse con la diferencia existente entre la cuantía de la prima del seguro y la cuantía de la prima del reaseguro.

### **2.3.2 Reaseguro general, de abono o por tratado**

En virtud del reaseguro general, de abono o por tratado (puede hacerse referencia a él indistintamente con esas tres denominaciones aunque también puede recibir puntualmente el calificativo de obligatorio), el reasegurador celebra un contrato por medio del cual se compromete a reasegurar en bloque, bajo ciertas condiciones y por un tiempo determinado, los excedentes de los plenos resultantes de la suscripción por el asegurador-reasegurado de los seguros de un ramo contratados por él en el desarrollo de su actividad. También pueden reasegurarse los riesgos de otras reaseguradoras transferidos en forma de porcentajes de participación o cuota parte en riesgo y beneficio<sup>45</sup>. El Artículo 1928 Codice Civile acoge la distinción entre reaseguros simples y reaseguros por tratados presumiendo el carácter definitivo de éstos últimos. También el Artículo 1928 Codice Civile se refiere a los tratados como contratos generales

---

<sup>42</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 129; RUIZ SOROA J. M., ARRANZ DE DIEGO A. y ZABALETA SARASUA S., *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Ed. Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas y Escuela de Administración Marítima, Vitoria-Gasteiz, 1993. p. 34; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 422.

<sup>43</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 421.

<sup>44</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 13. El reaseguro facultativo no se encuentra disciplinado por ninguna ley italiana sino que queda sujeta solamente a los usos y a la costumbre del mercado.

<sup>45</sup> BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 479.

«relativos a una serie de relaciones de seguros» y, en efecto, asistimos a acuerdos en los que confluyen múltiples supuestos y variaciones que dificultan el desarrollo y reflejo documental del reaseguro.

El contrato suele recibir el nombre de tratado o convenio general de reaseguro y la función del tratado es garantizar, dentro de determinados límites, una cobertura para todos los riesgos pertenecientes a un determinado ramo o a una categoría definida. En cuanto a la naturaleza jurídica del tratado de reaseguro o reaseguro general, el Profesor BROSETA señala que «es una forma especial del contrato de reaseguro por el que se reaseguran por un tiempo determinado la totalidad o una parte del valor de diversos intereses reasegurados, producidos por una pluralidad de seguros determinados en sus características generales e indeterminados en las particulares, según van naciendo en el patrimonio del asegurador-reasegurado»<sup>46</sup>. El uso, en el ramo marítimo, impone reaseguros por tratados separados como, por ejemplo, los reaseguros por tratados de mercancías que son distintos de los reaseguros por tratados de cascos dado que los primeros cubren también los viajes de los buques pero excluyendo los seguros «a tiempo» de los buques mismos<sup>47</sup>.

RIPERT señala que los tratados de reaseguros son concluidos porque permite a una empresa i) asegurar sin límites reasegurando los riesgos que exceden de su monto total, ii) asumir riesgos considerables compartiéndolos con una reaseguradora y iii) cesar en su actividad mediante el paso de sus contratos a una reaseguradora<sup>48</sup>. La relevancia de esta modalidad deviene en que el tratado introdujo, en la práctica del reaseguro, la renuncia del reasegurador a la selección de los riesgos y, por tanto, al inicio simultáneo y automático de la responsabilidad del reasegurador con la del asegurador-reasegurado<sup>49</sup>. Con esta modalidad se evita que el asegurador-reasegurado quede expuesto al riesgo o al descubierto durante el tiempo que transcurre entre la contratación del seguro directo y la del reaseguro. La importancia de que se precise con exactitud y de manera expresa el ramo y la categoría de riesgos cedidos es debida a que el asegurador-reasegurado está obligado a ceder todos los riesgos de la categoría designada y ni él ni el reasegurador tiene la posibilidad de excluir alguno de ellos. La gestión del tratado corresponde al asegurador-reasegurado.

---

<sup>46</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 131 y precisa que el tratado de reaseguro es una aplicación de la forma especial llamada «póliza general o flotante», que se utiliza en el reaseguro como en el seguro directo cuando se quieren estipular un gran número de seguros sin concluir un contrato para cada uno de ellos. CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 275 identifica el tratado de reaseguro con las denominadas «convenzioni per il servizio cumulativo del trasporto» (accordi preventive fra le imprese, diretti ad obbligare reciprocamente i vettori all'assunzione dei trasporti secondo determinate condizioni). También SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 678 coinciden en considerar que el tratado de reaseguro es una forma especial del contrato de reaseguro. En idénticos términos, RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros...», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dirs.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado...*, *op. cit.*, p. 125. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 518 y ss. afirma el carácter unitario y definitivo de los tratados de reaseguro y señala, a excepción de los tratados *stop loss*, la coincidencia de éstos con los seguros en abono tanto en su función económica como en su estructura jurídica.

<sup>47</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 259.

<sup>48</sup> RIPERT, G., *Droit maritime*, Tome Troisième, Éditions Rousseau et Cie, Paris, 1953, pp. 582-583.

<sup>49</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 15.

El reaseguro por tratado es, desde un punto de vista técnico, el más complejo; y, desde el punto de vista económico, el más avanzado porque respondió a las exigencias modernas y eliminó los inconvenientes presentes en otras modalidades. La vocación amplia del mismo -en comparación con el reaseguro simple- junto a las razones anteriores han contribuido a que la doctrina reconozca sin discusión la amplia presencia de esta modalidad en la realidad de los negocios.

Los tratados de reaseguro marítimo se agrupan, generalmente, en las siguientes categorías:

#### **a) Reaseguro por tratado de cuota compartida o de participación**

A través del tratado de cuota compartida o de participación, el asegurador-reasegurado se obliga a hacer partícipe al reasegurador por un porcentaje o una cuota determinada, pre-establecida y fija en todos los riesgos de la navegación marítima que asuma y, en caso de producirse el siniestro, el reasegurador se obliga a indemnizar en esa misma proporción al asegurador-reasegurado. La participación de los reaseguradores suele ser uniforme y el acento se pone en esa limitación con un *maximum* para cada riesgo.

Generalmente comporta para el asegurador-reasegurado la desventaja de hacer frente al abono de una cantidad económica considerable con la consiguiente reducción de los ingresos que percibe pero pese a ello el método de cuota compartida es la forma más común de reaseguro por tratado en la práctica marítima porque brinda al asegurador directo la ágil protección que necesita para aumentar su capacidad, lo que le permite atraer negocios al suscribir grandes líneas y, al mismo tiempo, garantizar que su responsabilidad no sea mayor que su retención bajo el tratado<sup>50</sup>.

#### **b) Reaseguro por tratado de excedente**

En el reaseguro por tratado de excedente se parte de una clasificación previa de los riesgos según la naturaleza y gravedad de los mismos y se efectúa con una línea de retención acordada para todos esos riesgos, es decir, el asegurador-reasegurado fija la suma máxima de responsabilidad (puede recibir varias denominaciones «máximo»<sup>51</sup>,

---

<sup>50</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 46. Los autores señalan también que el tratado de reaseguro, en su modalidad de cuota compartida, es particularmente valioso en aquellos países desarrollados donde la legislación reclama que todos los seguros marítimos de carga se negocien dentro de sus respectivos ámbitos domésticos y no en mercados distintos de los nacionales. En los casos anteriores, las empresas nacionales rara vez tienen una capacidad de disposición para asumir fácilmente la responsabilidad correspondiente pero pueden reasegurar su negocio sobre la base de un tratado de cuota repartida hasta que puedan hacer frente al aumento de la demanda de sus recursos. Su relevancia en la actualidad también deriva de la frecuencia con la que las grandes compañías internacionales recurren a esta modalidad para proteger a sus filiales extranjeras, la empresa matriz acuerda reasegurar una gran parte de los negocios de la empresa filial como un tratado de cuota compartida. Esto le permite a la empresa filial desarrollarse su propia cuenta sin temor a que sus escasas reservas se vean absorbidas por grandes pérdidas o por un mal año de suscripción y garantizar una solvencia en sus primeros años acostada de reducir el crecimiento del capital las reservas.

<sup>51</sup> HORS Y BAUS P., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 23 y ss. expresa que la capacidad económica y la buena técnica de las entidades aseguradoras les impiden aceptar la totalidad de los riesgos asumidos y denomina «máximos» a la mayor cuantía o responsabilidad que la entidad aseguradora acepta o retiene a su propio cargo sobre un riesgo determinado. Este mismo autor también señala que los máximos o plenos de



«pleno»<sup>52</sup> o «prioridad») que está dispuesto a asumir o conservar en función de su capacidad económica. En virtud del reaseguro por tratado de excedente, el reasegurador asume (en todo o en parte) la cuantía que sobrepasa la suma límite que ha sido establecida con anterioridad y transferida por el asegurador-reasegurado. En el supuesto de que el reasegurador participe parcialmente en el excedente, la parte restante podrá ser asumida por otros reaseguradores. En los casos en que el reasegurador haya asumido riesgos superiores a su propia capacidad, también podrá recurrir a la retrocesión.

El reaseguro por tratado de excedente permite al asegurador-reasegurado transferir solo aquellos riesgos que no desea retener por su propia cuenta y conservar la totalidad de la prima (y, junto a ella, la responsabilidad) perteneciente a los negocios, respecto de los cuales, no tiene intención de deshacerse. Además, también posibilita conseguir de modo pleno la finalidad peculiar del reaseguro: proporcionar el equilibrio de riesgos y la homogeneidad cuantitativa en las sumas de responsabilidad soportadas por cada asegurador directo<sup>53</sup>.

BENÍTEZ distingue, a su vez, i) el reaseguro de excedencia de cuota, en virtud del cual el asegurador-reasegurado hace participar al reasegurador por una cuota sobre todos los riesgos que va a asumir; y ii) el reaseguro de excedencia de daño, en virtud del cual el asegurador-reasegurado señala una cuota de indemnización determinada que correrá a su cargo en relación a contratos determinados o en relación a todos aquellos seguros que haya suscrito dentro de un espacio temporal fijado.

### **c) Reaseguro por tratado mixto**

En virtud de esta modalidad, el asegurador-reasegurado estipula un tratado de reaseguro cualesquiera que sean su cuantía y sus plenos de conservación porque, después del nacimiento en su patrimonio de una cuota-parte del excedente, lo asumirá el reasegurador. En concreto, el reasegurador participará de todos los riesgos contemplados en el tratado con independencia del monto de cada uno de ellos. En función de si esta cantidad no excede o supera un máximo predeterminado, el

---

retención en el sector marítimo comprende los alimentos de cascos y máquinas de los buques y de las mercancías que estos porteen.

<sup>52</sup> La determinación exacta del pleno tiene una gran incidencia operativa en esta sub-modalidad. EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 108 define el pleno como «la cuantía de la cuota a conservar» regulada expresamente en forma de «cuantía mínima». ROCA GUILLÉN J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 11 distingue entre el «pleno de retención o de propia conservación» y el «pleno de aceptación o suscripción» para designar, en la primera, la cantidad que la entidad aseguradora toma totalmente a su único y exclusivo cargo o, en la segunda, la suma que la entidad aseguradora acepta o suscribe en un determinado riesgo para ceder la cantidad que exceda del pleno de retención al reasegurador. La determinación del «pleno de retención o de propia conservación» corresponderá a cada compañía en función de su potencialidad financiera y a la calidad, categoría o peligrosidad del riesgo mientras que la fijación del «pleno de aceptación o suscripción» depende de los anteriores y del número de reaseguradores y de su potencialidad de absorción. FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 17 define el pleno de conservación o prioridad como «la parte alícuota de riesgo que la cedente conserva por propia cuenta» y señala que puede ser expresado en cifras absolutas (pleno fijo; a su juicio, frecuente en el ramo de transporte) o en un porcentaje (pleno variable). BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 6. define el pleno de conservación como «la suma o cifra máxima del valor de los riesgos que podrán asumir y retener los aseguradores» y señala que es una de las bases técnicas y la razón de ser del reaseguro.

<sup>53</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 642. ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 39.

reasegurador participará, en el primer caso, por un porcentaje dado sobre la suma total y, en el segundo caso, lo hará primero por un porcentaje a la porción de riesgo que no exceda el máximo y luego nuevamente por un porcentaje distinto al primero o incluso del total, a la porción de riesgo que exceda el máximo. En definitiva, los tratados de reaseguro mixtos son el resultado de la combinación del tratado de reaseguro de cuota y el tratado de reaseguro de excedentes.

#### **d) Reaseguro por tratado de exceso de línea y cobertura abierta**

Una alternativa a los tratados de cuota compartida son los seguros de cobertura abierta de carga con «exceso de línea» porque, conservando la totalidad de la declaración, permite al reasegurado ceder únicamente el exceso de la retención acordada cuando una declaración es más grande que el asegurador original; por lo tanto, la retención se basa en un límite con respecto a los bienes transportados por cualquier embarcación, transporte o ubicación<sup>54</sup>. Este método es particularmente valioso para los aseguradores de carga que suscriben líneas en varias coberturas y, en consecuencia, pueden llegar a estar obligados a aceptar una acumulación de riesgos en cualquier medio de transporte o ubicación; estos aseguradores-reasegurados deben ceder el exceso de su línea retenida a los reaseguradores y estos están obligados a aceptar dicha cesión hasta un límite acordado<sup>55</sup>.

#### **e) Reaseguro por tratado de vida**

Los reaseguros suelen celebrarse al comienzo y con efectos desde primero de año y el asegurador-reasegurado suscribe pólizas a lo largo de todo el ejercicio. En ese periodo anual puede producirse la salida del reasegurador y la entrada de uno nuevo y, en el ramo marítimo, suele establecerse un sistema por el que el nuevo reasegurador asume la responsabilidad de los seguros celebrados o renovados con fecha posterior al 1 de enero y el reasegurador original mantiene la responsabilidad referida a los riesgos aceptados con anterioridad. El método anterior evita que los periodos de responsabilidad no sean coincidentes y se conoce con el nombre de «sin entrada en cartera». Lo más habitual es el sistema «entrada en cartera», en virtud del cual el nuevo reasegurador participa en todos los riesgos preexistentes y aceptados con anterioridad a su entrada.

El reaseguro por tratado de vida (también denominado, «*life of a treaty*») está diseñado para proporcionar protección de reaseguro a largo plazo al asegurador-reasegurado. Un tratado marítimo se celebra, normalmente, por un periodo de doce meses y, generalmente, la cobertura no cesa porque los «*brokers*» se encargan de negociar un nuevo tratado y de renovarlo con los reaseguradores; en la práctica, los tratados suelen reiterarse anualmente en los mismos términos y condiciones pero con la participación de reaseguradores diferentes<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>55</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>56</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 48.

#### **f) Reaseguro de cobertura abierta**

Es habitual que se realicen reaseguros para proporcionar una protección automática a los riesgos de un asegurador individual cuando éstos reúnan las características señaladas en el tratado o acuerdo. El contrato recibe la denominación de tratado de reaseguro de cobertura abierta u «*open cover reinsurance*» cuando la cobertura es obligatoria para el reasegurador y facultativa (abierta) para el asegurador-reasegurado.

Responde a una contratación particular que inicia el asegurador-reasegurado cuando decide, por sí mismo y con libertad, presentar unos riesgos específicos ante el reasegurador que se comprometió previamente a aceptarlos hasta un límite cuya cuantía se ha pactado previamente. El reasegurador, por su parte, no puede oponerse a la transferencia una vez que el asegurador la solicita y la cobertura se convierte en automática.

La doctrina discute si forma parte de los tratados obligatorios o si es una modalidad propia del reaseguro obligatorio. La doctrina inglesa<sup>57</sup> no los considera como tratados auténticos y sistematizan a estos reaseguros «*open cover*» entre los reaseguros simples, si bien destacan la particularidad de los mismos. El tratado de reaseguro de cobertura abierta suele ser recurrente en el ámbito marítimo para cubrir los riesgos concretos de una determinada línea de navegación<sup>58</sup>. Sobre esta última precisión suele recaer la distinción del «*open cover reinsurance*» respecto del tratado como modalidad propia.

El derecho legal de un *broker* a alcanzar un seguro en su propio nombre sin revelar el nombre del asegurador original fue establecido en 1911 en el caso «*Glasgow Ass. Co. v. Simondson*»<sup>59</sup>. Un ejemplo del mismo podría ser uno que cubriese únicamente los reaseguros de pérdida total para una categoría específica de buques. La cobertura del reaseguro a pérdida total (conocida con las siglas «TLO») es habitual para proteger a los aseguradores especializados en seguros de cascos y suele contratarse siguiendo las cláusulas estándar del Instituto de Aseguradores de Londres. Este reaseguro de pérdida total es una submodalidad muy efectiva para cubrir solamente una cartera de cascos contra grandes siniestros<sup>60</sup>.

#### **g) Reaseguro por tratado obligatorio para el asegurador-reasegurado**

A diferencia de la modalidad anterior, son contratos de reaseguro en los que la declaración de abono o la transferencia de los riesgos (coincidentes con los descritos en el tratado) por parte del asegurador-reasegurado tiene siempre un carácter obligado mientras que la aceptación que corresponde al reasegurador es opcional. Esta modalidad de reaseguro obligatorio-facultativo no se encuentran muy extendidos en la práctica y suelen celebrarse entre partes dependientes o en negocios cautivos (*v.gr.* las empresas

---

<sup>57</sup> CARTER R. L., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 1979, p. 343 y ss. BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 122 y ss.

<sup>58</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 36; CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 295; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 150-151 añade el reaseguro de cúmulos como modalidad recurrente para proteger a los aseguradores contra las pérdidas derivadas de los seguros marítimos; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, p. 437.

<sup>59</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>60</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 408.

filiales y la empresa matriz) dado el carácter desfavorable que conlleva para el asegurador-reasegurado.

#### **h) Reaseguro por tratado obligatorio para ambas partes**

Existen también tratados de reaseguros en los que tanto la transferencia de riesgos como la aceptación de los mismos resulta obligado para el reasegurador-asegurado y el reasegurador. Asistimos a una modalidad en la que, una vez alcanzado el acuerdo y reunidos los requisitos del mismo, no queda margen para que las partes seleccionen riesgos o tomen decisiones libremente pero comporta otras ventajas (*v.gr.* concurso en la cobertura de riesgos difíciles, certeza en el flujo de negocios o reducción de los costes). La característica principal es la aplicación automática de la cobertura ya que asegurador-reasegurado se obliga a hacer partícipe inmediatamente al reasegurador de todos los contratos de seguros (de la tipología y en la medida que ambos hayan acordado) celebrados en un espacio de tiempo concreto, y el reasegurador se obliga a aceptar automáticamente dichos contratos de seguro en las condiciones fijadas de común acuerdo. Este reaseguro por tratado obligatorio para ambas partes tiene el objetivo de facilitar la asunción en comunión de contratos de seguros singulares y, siguiendo a la doctrina<sup>61</sup>, no es considerado como un contrato de reaseguro verdadero y definitivo sino como un contrato o acuerdo normativo.

#### **2.4 Desde la perspectiva del riesgo asumido**

A pesar de la amplitud y de la diversidad de los criterios de clasificación, otros autores distinguen dos grandes tipologías perfectamente diferenciadas dentro del ramo especial de reaseguro y singularizan el reaseguro proporcional respecto del reaseguro no proporcional. El Profesor ANGELI señala la dicotomía indicando que mientras en el reaseguro proporcional los derechos y obligaciones derivados del seguro directo vienen divididos entre asegurador-reasegurado y reasegurador en proporción a su participación a la suma asegurada, el reaseguro no proporcional prescinde enteramente de esa noción y se basa exclusivamente sobre el criterio del daño<sup>62</sup>. En cambio, para PROSPRETTI y APICELLA el reaseguro proporcional se caracteriza por la posición del reasegurador que sigue la misma suerte del asegurador-reasegurado al participar proporcionalmente en los beneficios y en las pérdidas del mismo mientras que el reaseguro no proporcional viene protagonizado por la «función asegurativa», en sentido estricto, del reasegurador al cubrir el daño del asegurador-reasegurado<sup>63</sup>. En esa diferenciación, CAPOTOSTI pone el acento en el reparto de daños que realizan los tratados no proporcionales frente al reparto de riesgos<sup>64</sup>. En cambio, BROWN y REED centran la diferencia de categorías en la participación de los reaseguradores en el contrato; para ellos, la implicación del reasegurador en el acuerdo es más acusada en el reaseguro proporcional a diferencia del reaseguro no proporcional en el que el reasegurador sigue al asegurador original con

---

<sup>61</sup> DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, p. 459, n. 24; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 148; CORTÉS L. J., *Póliza flotante y seguro en abono*, Ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1984, p. 193; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 436.

<sup>62</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>63</sup> PROSPRETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>64</sup> CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 110.

respecto a ciertas reclamaciones vinculadas a los riesgos reasegurados<sup>65</sup>. En último lugar, RODRÍGUEZ considera que uno de los principales criterios diferenciadores entre las dos modalidades se sitúa en que, mientras la participación del reasegurador se fija en un tiempo posterior al acaecimiento de los siniestros en el reaseguro no proporcional, la participación del reasegurador en el reaseguro proporcional tiene lugar en un momento anterior<sup>66</sup>. Desde otro punto de vista, se defiende que los reaseguros proporcionales se utilizan cuando se quieren equilibrar las bases, y los no proporcionales cuando lo que se pretende estabilizar son los resultados<sup>67</sup>. Todos los autores anteriores y la mayoría de la doctrina especializada en este ámbito coinciden en señalar que, atendiendo a la práctica más extendida, los contratos de reaseguro generalmente se ajustan a una de estas dos modalidades descritas.

#### **2.4.1 Reaseguro proporcional o reaseguro de riesgos**

Las modalidades proporcionales se caracterizan por la participación del asegurador-reasegurado y reasegurador a prorrata en las primas y en las indemnizaciones, sin tener en cuenta la cuantía de éstas. Existe una igualdad en la participación de ambos en el riesgo y en la participación en las prestaciones. El reaseguro proporcional no tiene por objeto «singoli rapporti di assicurazione» sino una globalidad, eventualmente por ramos<sup>68</sup>. DEL CAÑO suele referirse al reaseguro proporcional o «reaseguros de riesgos»<sup>69</sup>. La principal ventaja es la posibilidad de establecer un equilibrio en la cartera de riesgos que el asegurador-reasegurado retiene por su cuenta ya que minimiza la probabilidad de desviación en la siniestralidad retenida. También la sencillez del proceso de tarificación de los reaseguros proporcionales constituye otra de su virtud pues la prima que satisface el asegurador-reasegurado resulta de la aplicación de un porcentaje (idéntico al que se utiliza para determinar la obligación del reasegurador) a la prima del seguro directo<sup>70</sup>. El denominador común de las distintas modalidades de reaseguro proporcional se concreta en que la distribución de los riesgos se realiza en función de las sumas aseguradas en las pólizas, pudiéndose distinguir las siguientes submodalidades:

##### **a) Reaseguro de cuota parte**

En el reaseguro de cuota parte (también denominados reaseguro en participación<sup>71</sup>, «*quota share reinsurance*»), el reasegurador se obliga, mediante una contraprestación

<sup>65</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros...», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dirs.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado...*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>67</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 460.

<sup>68</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>69</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, p. 68.

<sup>70</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 446.

<sup>71</sup> HORS Y BAUS P., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 39 también los denomina reaseguros «de participación fija» y consisten en que, partiendo de «los plenos de retención de la compañía cedente y se forman tantas cuotas como compañías reaseguradoras integran el cuadro de reaseguro, procurando ceder un pleno entero a cada reasegurador o combinar las fracciones de pleno, para que, en junto, resulten cedidos plenos completos (...) como su nombre indica, el contrato de "cuota" da derecho a los reaseguradores a una parte alícuota sobre cada seguro suscrito por la cedente, aun cuando la suscripción o cúmulo de seguros que formen riesgo común no alcancen al pleno de propia conservación. De ahí se infiere que con este sistema los

económica, a indemnizar al asegurador-reasegurado en una cuota o porcentaje concreto la deuda que le generen los siniestros que se produzcan en todos los riesgos de un determinado ramo asumidos por el asegurador-reasegurado e incluidos en el contrato de reaseguro.

El reasegurador asume la obligación a cambio del valor económico de una parte de las primas recibidas por el asegurador-reasegurado y, generalmente, suele estipularse un límite máximo en la participación del reasegurador de tal modo que se obligará hasta un porcentaje en cada póliza y hasta un límite en el negocio total. La prima del reaseguro guarda la proporción o cuota respecto a la prima total que signifique la participación del reaseguro en el riesgo total<sup>72</sup> y sirve para determinar, entre otros extremos del contrato, la participación del reasegurador en la indemnización que corresponda.

Es una modalidad que suele favorecer al asegurador-reasegurado «joven» o de modesta dimensión porque no precisa una organización administrativa ni una técnica muy compleja ya que permite al reasegurador participar *pro quota* en todos los negocios del asegurador-reasegurado<sup>73</sup> sin necesidad de controlar cada uno de los riesgos. Otras ventajas son la facilidad que implica la determinación de la prima del reaseguro y la práctica de la reciprocidad mientras que los inconvenientes se circunscriben a la dificultad para reducir las fluctuaciones en los resultados, a la cesión del asegurador directo de la cuota correspondiente de todos los riesgos de cartera y la privación de una suma importante de primas, los gastos de tramitación, una adaptabilidad difícil para el aseguramiento de nuevos riesgos y la responsabilidad potencialmente peligrosa que oculta, y, en último lugar, la tarificación básica insuficiente en los riesgos dinámicos<sup>74</sup>.

En el ramo marítimo, además de incluir un porcentaje de retención en el contrato de reaseguro, los reaseguradores suelen incluir cláusulas que condicionan o limitan la suscripción de los riesgos marítimos de tal forma que no se impide al asegurador-reasegurado la suscripción de los mismos por encima de los límites acordados sino tan solo su inclusión en el contrato de reaseguro de cuota parte<sup>75</sup>.

La cuota parte conlleva una reducción de la magnitud de los riesgos asumidos por el asegurador-reasegurado, con lo que se consigue el objetivo de la «atomización» o dispersión de los riesgos, pero no su homogeneización, en tanto que la participación del reasegurador en los riesgos es siempre la misma, con independencia del volumen del

---

reaseguradores "interesan" en todas las subscripciones, por pequeñas que sean, con lo cual el conjunto resulta mucho más interesante y más equilibrado para las compañías cesionarias, mientras que la cedente ve mermado, de mucho, el importe de sus subscripciones, si bien el riesgo queda mucho más repartido». PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, op. cit., p. 77 los denomina reaseguros «en participación» y lo caracterizan por la circunstancia de que la cobertura reaseguradora opera sobre un porcentaje de riesgos de una determinada categoría generalmente prevista en una tabla de límites sin posibilidad para el asegurador-reasegurado de seleccionar y reasegurar los peores riesgos. El beneficio del reasegurador viene calculado proporcionalmente sobre las primas del asegurador-reasegurado.

<sup>72</sup> PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, op. cit., pp. 90-91. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 se ha pronunciado sobre el reaseguro a cuota parte declarando que «la participación por la sociedad reaseguradora en la cubrición de los riesgos que económicamente tenía que remediar la sociedad aseguradora, por la participación de una parte alícuota en el importe de las primas que las aseguradora habría de percibir».

<sup>73</sup> ANGELI G., *La riassicurazione...*, op. cit., p. 38; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, op. cit., p. 76.

<sup>74</sup> PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, op. cit., pp. 91-92.

<sup>75</sup> BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, op. cit., p. 71.

riesgo o del alcance del siniestro, salvo los límites establecidos<sup>76</sup>. La función estabilizadora del reaseguro en los resultados no siempre tiene lugar en esta submodalidad como, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la siniestralidad sea superior a la inicialmente calculada pero sirve para establecer una vinculación de los intereses del asegurador-reasegurado y los del reasegurador a través del acuerdo de transferir y aceptar una participación en los riesgos asegurados por el asegurador-reasegurado porque articula una relación entre la siniestralidad total y los recursos para hacer frente a ella. Generalmente limitan su actuación a intereses nacionales. El inconveniente que presenta radica en que el asegurador-reasegurado no podrá llevar a cabo la selección o alteración de su retención para los riesgos que impliquen una peligrosidad más acentuada porque habrá de retener un porcentaje fijo sobre ellos.

### **b) Reaseguro de excedente**

Gracias a los reaseguros de excedentes, «una vez cubierta por una subscripción de seguro directo o cúmulo de éstos formando un mismo riesgo, una posición determinada de la "tabla de plenos de retención", cuando excede de aquella, queda automáticamente transferido al cuadro de reaseguradores obligatorios por partes iguales en proporción a la cuota contractual que se han obligado a aceptar, sirviendo siempre de tope el máximo señalado a la posición correspondiente de la tabla de plenos de retención de la compañía cedente, en forma de que ninguna de las reaseguradoras puedan resultar interesadas en una suma mayor a la conservada por la reasegurada, siempre que el reaseguro verse sobre un pleno completo, y en proporción a éste si tal reaseguro se contrae a una parte de él (1/2 de pleno, 1/4 de pleno, 1/8 de pleno, etc.)»<sup>77</sup>. En el ramo marítimo, la tabla de plenos se establecerá teniendo presente la clase de los buques, su clasificación en los registros navales, el material de construcción, su antigüedad, el tonelaje, el radio de navegación<sup>78</sup> etcétera....

La diferencia del reaseguro de excedente («*surplus reinsurance*») de riesgos o plenos con la submodalidad anterior se sitúa en que la cuota de retención del asegurador-reasegurado varía de un riesgo a otro. La proporcionalidad de la participación es determinada porcentualmente a una suma de valor absoluto del riesgo asegurado o estimación de pérdida máxima, más allá de la cual opera la cobertura del reaseguro (excedente)<sup>79</sup>. Esta modalidad conlleva un coste de administración más elevado respecto a otras modalidades de reaseguro debido al mayor número de operaciones (aplicación del pleno de retención a cada riesgo, contabilización y control de las eventuales variaciones experimentadas por los riesgos reasegurados...etcétera) que conlleva y a la complejidad de las mismas.

Comparte las ventajas e inconvenientes del reaseguro cuota de parte pero éstas últimas se ven incrementadas por la dificultad en la aplicación a operaciones que puedan dar lugar a responsabilidades de cuantías ilimitadas o elevadas y por la

---

<sup>76</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 448.

<sup>77</sup> HORS Y BAUS P., *Tratado...*, p. 36. Además, el autor estima que se trata de la modalidad más «conveniente» para el asegurado-reasegurador.

<sup>78</sup> FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>79</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 79.

exigencia de que el asegurador-reasegurado abra una cuenta individual para cada riesgo cedido en reaseguro. Los contratos de reaseguro de excedentes generalmente están pensados para cubrir solo un pequeño número de pólizas después de que las cesiones a un contrato cuota parte se hayan efectuado, puesto que en tales casos es más fácil reconocer una responsabilidad por unidad de riesgo y formar el excedente de conformidad<sup>80</sup>.

#### **2.4.2 Reaseguro no proporcional o reaseguro de siniestros**

Las modalidades no proporcionales son aquellas en las que hay una participación en las indemnizaciones sobre una base fijada por la cuantía de la reclamación y sin tomar como referencia su participación en la prima. Sus objetivos están referidos a la reducción de la carga administrativa y a la disminución del riesgo de acumulación de siniestros. En el caso de los reaseguros no proporcionales, la determinación del beneficio del reasegurado se efectúa con base en una evaluación probabilística hecha por el mismo reasegurador que toma en consideración los datos resultantes de los presupuestos del asegurador-reasegurado; en esta hipótesis, el riesgo es del reasegurador y se encuentra vinculado a la evolución de la gestión del asegurador-reasegurado<sup>81</sup>.

La estructura de los tratados de reaseguros no proporcionales es la de un contrato de reaseguro singular porque todos los elementos esenciales -y, en particular, los riesgos- son inmediatamente determinados. Tal y como indicábamos anteriormente, DEL CAÑO también emplea la denominación «reaseguros de siniestros»<sup>82</sup> para referirse al reaseguro no proporcional. El mercado de reaseguros está caracterizado por la celebración, cada vez más asidua, de las siguientes submodalidades de reaseguro no proporcional:

##### **a) Reaseguro por exceso de pérdida o excedente de siniestros**

En virtud del reaseguro por exceso de pérdida (también llamados «contratos XL» o, siguiendo la denominación inglesa, «*excess of loss*»<sup>83</sup>) o excedente de siniestros, el reasegurador se obliga a indemnizar al asegurador-reasegurado sólo el exceso de la cuantía de un determinado siniestro o aquella parte de los siniestros ocurridos en un ejercicio que superen una suma fija convenida de común acuerdo por las partes con relación a seguros individuales o grupos de seguros (individualizados por ramos, áreas geográficas...). En caso de que la cuantía del siniestro sea inferior a la suma estipulada, la indemnización corre a cargo exclusivo del asegurador-reasegurado. El reasegurador solo está obligado a indemnizar el daño que supera un determinado nivel al que se denomina pérdida neta final («*ultimate net loss*»). Las reclamaciones que superan las cifras de retención son muy raras porque no suelen ser muy frecuentes y ello convierte a esta submodalidad en un reaseguro de fácil administración pero no muy frecuente en el negocio marítimo por la dificultades para determinar la prima de riesgo. Además, el

---

<sup>80</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 399.

<sup>81</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>82</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *op. cit.*, p. 68.

<sup>83</sup> PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 34 aduce que, para el reaseguro de «*excess-loss*», el reasegurador «participa en los siniestros que sobrepasan la cuantía M de propia retención del asegurador directo; esto es, si la cuantía del siniestro fuera  $\gamma < M$ , el reaseguro contribuye con  $\gamma - M$ . Cuando fuera  $\gamma < M$ , el total importe del siniestro es soportado por el asegurador directo».



cálculo colectivo de la prima del reaseguro proporciona una mayor estabilidad al asegurador-reasegurado porque elimina los efectos de las variaciones en la siniestralidad global<sup>84</sup>.

Un contrato de reaseguro por exceso de pérdida no funciona de la misma manera que un tratado de reaseguro. Es un acuerdo a largo plazo pero tiene una duración de solo un año y no tiene un procedimiento de larga cola por el cual las primas y las reclamaciones continúan siendo declaradas durante varios años después de que expire el año del contrato. Además, la determinación del precio de cobertura suele revestir gran dificultad debido a que las referencias para ello se encuentran limitadas al historial de la siniestralidad que haya tenido la cartera.

Las entidades aseguradoras marítimas recurren a los reaseguros por exceso de pérdidas cuando se exponen a un gran riesgo de catástrofe en un área en particular o simplemente para proteger la cuenta de suscripción general del año<sup>85</sup>.

La función económica de esta modalidad no pasa por el equilibrio sino por la financiación en tanto que es el asegurador-reasegurado el que «paga al reasegurador por el préstamo que le ha facilitado durante el periodo de tarificación» a cambio de una solvencia que evita un menoscabo en su patrimonio<sup>86</sup>.

#### **b) Reaseguro por exceso siniestralidad o excedentes de pérdidas**

En el reaseguro por exceso de siniestralidad o excedentes de pérdidas (en la terminología inglesa, «*stop loss*»), el reasegurador se obliga, a cambio del cobro de una prima, a indemnizar al asegurador-reasegurado la siniestralidad que supere una determinada prioridad o cantidad de primas durante un ejercicio cuando vayan referidas a un ramo de la actividad del asegurador-reasegurado o referidas a la gestión de la entidad aseguradora. En general, la responsabilidad del reasegurador suele tener lugar en supuestos en los que se experimenta una variación extraordinariamente alta en la siniestralidad a lo largo de un ejercicio. No solo será responsable del exceso sino que lo será en los límites fijados.

Esta modalidad no distingue entre grandes riesgos y riesgos ordinarios sino que atiende a la cuota que queda a cargo del asegurador (determinada con referencia a la relación entre prima cobradas e indemnizaciones pagadas<sup>87</sup>) y se basa en el índice de pérdida experimentado por el asegurador.

La reclamación es el importe total de las indemnizaciones correspondientes al total de los siniestros acaecidos en un cierto periodo para el conjunto de los riesgos objeto de la relación de reaseguro<sup>88</sup>.

Esta modalidad de tratado se utiliza frecuentemente como complemento de los tratados de cuota-parte y de exceso de pérdida así como en aquellos ramos en los que se experimenta una variación considerable en el número y en la cuantía de reclamaciones

---

<sup>84</sup> PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>85</sup> BROWN R. H. y REED P. B., *Marine...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>86</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 466.

<sup>87</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 84. Para ellos es la modalidad de reaseguro más extendida en la práctica.

<sup>88</sup> PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 95

entre ejercicios como, por ejemplo, los seguros marítimos, aéreos, responsabilidad civil...etcétera<sup>89</sup>.

En último lugar, cabe señalar que la colación del riesgo en el mercado reasegurador inglés conlleva que el contrato de reaseguro marítimo sea concluido gracias a la intermediación de un *broker* entre el asegurador original (reasegurado) y el reasegurador, a diferencia de lo que sucede -con carácter general- en otros mercados que alcanzan directamente acuerdos para reasegurar los riesgos marítimos entre el asegurador original y el reasegurador.

A nivel mundial, el suscriptor especializado de reaseguros recae sobre *Lloyd's*. No se trata de una típica compañía de seguros sino de un «mercado de aseguradores» o asociación de reaseguradores con personalidad. La concertación de operaciones de seguros y reaseguros no es directamente gestionada por *Lloyd's* sino por *brokers* autorizados que presentan las operaciones a un representante de la entidad (asegurador individual o *underwriter*). Se trata de una estructura particular, también en su régimen jurídico ya que la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, permitió a los miembros de *Lloyd's* establecerse libremente (sin necesidad de autorización individual); sustituyó la obligación de comunicar el balance y las cuentas de pérdidas y ganancias por la de cuentas anuales y otros documentos; un cálculo especial de resultados, primas... Dentro de ella y en el marco del reaseguro, existe la *Lloyd's Policy Signing Office* que tiene por objetivo proporcionar servicios técnicos-materiales para facilitar la suscripción de los reaseguros siendo sus principales funciones la de: i) verificar los requisitos y transacciones; ii) suscribir las pólizas y endosos; iii) proveer de un sistema central de contabilidad para la liquidación por compensación de las operaciones; iv) extraer y registrar la información contable y estadística de cada póliza; y, v) proveer de archivos estadísticos. El sistema *Lloyd's* también proporciona cobertura reaseguradora de responsabilidad civil marítima a los clubs de protección e indemnización y es la *Lloyd's Underwriters' Claims & Recoveries Office* la encargada de gestionar las reclamaciones derivadas del seguro directo y del reaseguro mediante tres secciones de reclamaciones: una para el reaseguro, otra para cascos y la última para cargas, mercancías o facultades<sup>90</sup>.

La interrelación entre el sector bancario y el sector de seguros originaron nuevas fórmulas de reaseguro en el mercado inglés que se han extendido y perfeccionado en las últimas décadas. Así, se ha dado lugar al reaseguro financiero con el objetivo de financiar un siniestro por periodos plurianuales. La evolución de esta concepción ha provocado que, bajo dicha denominación genérica, vayan surgiendo nuevas generaciones del mismo como el reaseguro «*spread loss*» o el reaseguro «*finite risk*».

---

<sup>89</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 123 y ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 478.

<sup>90</sup> GARCÍA-PITA J. L., *El Reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 381-384. CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, pp. 173-174 afirma también la presencia de entidades de reaseguros especializadas en el ámbito marítimo dentro del mercado de Londres y cita a *Lloyd's*.

**TERCERA PARTE**  
**CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO**



## 1. Disciplina legal

El objeto de este epígrafe no es un estudio sobre la aplicación de una concreta Ley de Derecho extranjero al contrato sino el análisis de las normas legales vigentes en España y en Italia acerca del reaseguro marítimo o, en su caso, del reaseguro en general y el alcance de las mismas en cada uno de los ordenamientos jurídicos señalados. La finalidad que perseguimos es, en primer lugar, conformar el escenario normativo en el que el reaseguro puede tener un encaje legal para poder, en segundo lugar, ocuparnos - en el epígrafe subsiguiente- del contenido obligacional del contrato que las partes pactan de común acuerdo teniendo como referencia los límites y exigencias inexcusables que marcan las Leyes.

En materia de reaseguro, el Legislador español e italiano ha optado por la concesión a las partes contratantes de libertad para completar e integrar la Ley con acuerdos particulares entre las mismas. El origen consuetudinario y el carácter internacional de la disciplina contractual del fenómeno reasegurativo actúan como frenos al desarrollo de las disciplinas legales en cada una de las naciones.

El Derecho de los seguros pertenece a la esfera privada pero en él también están presentes dos aspectos predominantes: lo público y lo social<sup>1</sup>. Ambos países coinciden en regular separadamente la regulación jurídico-privada del contrato de reaseguro de la ordenación jurídico-pública de la actividad reaseguradora. La inmisión y el intervencionismo estatal tienen como objetivo el control financiero y económico de las entidades aseguradoras y reaseguradoras privadas para garantizar el interés general de los asegurados. Los principales aspectos de Derecho privado del reaseguro serán objeto preferente de nuestro estudio en las próximas líneas sin desatender otros aspectos referidos a la ordenación administrativa de este contrato en la vida económica.

Antes de iniciar el desarrollo de la normativa legal española e italiana resulta obligado hacer una mínima referencia a la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. La citada norma comunitaria es conocida comúnmente como Directiva Solvencia II y constituye el marco legal común del reaseguro para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Una gran parte de las normas nacionales vigentes y de las modificaciones operadas en los últimos años traen causa de dicha norma europea y de los principios que en ella se recogen. En España, la transposición ha operado principalmente a través de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Por su parte

---

<sup>1</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 54. URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 76. El contrato de seguro y la actividad aseguradora», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 566 definen el Derecho del seguro como el «conjunto de normas que regulan las operaciones de seguro y la actividad aseguradora en todos sus aspectos y manifestaciones» e incluyen en el mismo el Derecho público del seguro (comprensivo de «las normas relativas a la ordenación y el control administrativo de la actividad aseguradora») y el Derecho privado del seguro (el cual abarcará «las normas que regulan el contrato de seguro»).

Italia ha traspuesto la citada Directiva europea integrándola en el Codice Assicurazioni a través del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, numero 74. Entre las aspiraciones del Legislador europeo siempre se ha encontrado una mayor convergencia de las normas de vigilancia del sector financiero en los Estados miembros frente a la resistencia de los Legisladores nacionales. La finalidad de la Directiva Solvencia II es, según el considerando segundo de la misma, «eliminar las diferencias más importantes entre las legislaciones de los Estados miembros en lo que respecta a la regulación de las empresas de seguros y de reaseguros» para lo cual se establece un marco legal en todo el mercado interior sin rediseñar completamente el sistema financiero. El mercado del reaseguro se caracteriza por su amplitud, apertura, competitividad, incertidumbre e inestabilidad<sup>2</sup> y las operaciones de reaseguro quedan sujetas a los límites y a las ventajas derivadas del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios (recogidas en el Capítulo Segundo y Tercero del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En razón de lo anterior, se señala que otro de los objetivos generales es garantizar el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de las empresas constituidas con sede legal en la Unión Europea. El derecho de establecimiento hace referencia a la posibilidad legal y a la libertad de una agencia o sucursal para establecerse en el territorio de un Estado miembro distinto del de origen. En virtud de la libre prestación de servicios, se entiende el ejercicio de una entidad aseguradora o reaseguradora en un Estado miembro distinto del de origen sin la constitución de una estructura organizativa estable. En atención a evitar una eventual obstaculización del libre mercado del reaseguro en el mercado interior, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que el respeto al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios exige que i) no sea discriminatoria, ii) esté fundada en razones imperiosas de interés general, iii) sean adecuadas y proporcionales al objetivo o finalidad perseguida y iv) no impliquen una doble regulación. En la actualidad, pueden aceptar operaciones de reaseguro aquellas entidades extranjeras que operen en su propio país y no tengan sucursal en España o Italia o, en el caso de que cuenten con sucursales, pueden aceptarlas desde donde se encuentre ubicado su domicilio social siempre a través de una sucursal establecida en algún Estado miembro de la UE. El sistema de vigilancia de la Directiva Solvencia II se basa sobre tres pilares: i) requisitos cuantitativos u organizativos, ii) requisitos cualitativos o patrimoniales y iii) exigencias informativas de transparencia sobre el riesgo y la forma de gestión del mismo.

En último lugar recordamos que el Artículo 7.1 Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) excluye del ámbito de aplicación del mismo al contrato de reaseguro por lo que no se sujetará al régimen general del citado Reglamento. En concreto, las normas para determinar la Ley aplicable a los contratos de reaseguro será: i) la Ley elegida por las partes, ii) la Ley del país de residencia habitual del reasegurador, iii) la Ley del país con el que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos o iv) la Ley del país con el que el contrato presente vínculos estrechos. También el Artículo 3 del Convenio 80/934/CEE

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 219.

sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (Convenio de Roma) permite afirmar que, en el ámbito del reaseguro y del seguro marítimo, existe libertad de elección de la Ley aplicable independientemente de la localización del riesgo.

### **1.1 España**

La escasez de normas referidas al reaseguro en el ordenamiento jurídico español y el carácter dispositivo de las mismas concede a las partes contractuales un amplio margen de autonomía privada y una gran libertad para alcanzar los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes para sí mismas. El contrato o póliza de reaseguro se convierte de esta manera no solo en un documento de gran importancia sino en una fuente convencional de primer orden por la «fuerza de ley» que tiene entre las partes contratantes, en virtud de lo señalado por el Artículo 1091 Código Civil (también en el ordenamiento jurídico italiano, Artículo 1372 Codice Civile). No obstante, corresponde en este momento identificar y señalar las disposiciones vigentes en el Derecho español referidas al reaseguro marítimo.

Al inicio se justificó la mercantilidad del reaseguro y, con base en ese carácter, señalamos que el Artículo 2 del Código de Comercio expresa que los actos de comercio se registrarán por las normas del propio Código, en su defecto, por los «usos del comercio observados generalmente en cada plaza» y, a falta de ambas, por las normas de Derecho Común. Además, el Artículo 50 del Código de Comercio español dispone que los contratos mercantiles se rigen, «en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes», por lo establecido en el propio Código de Comercio o en las leyes especiales y, en su defecto, por lo dispuesto por las reglas generales de Derecho común.

El reaseguro estaba expresamente regulado en el Artículo 400 del Código de Comercio (precepto ubicado dentro del Título dedicado a los contratos de seguros) y en el Artículo 749 del Código de Comercio (precepto incluido en el Título relativo a los contratos especiales del comercio marítimo). Sin embargo, ambos preceptos se encuentran derogados en la actualidad. La entrada en vigor de la LCS supuso la derogación, mediante la Disposición final de la misma, de los Artículos 380 a 438 del Código de Comercio. El régimen jurídico referido al contrato de seguro contenido en el Código de Comercio quedó sustituido por el aprobado en la LCS.

El Legislador español acometió una amplia e importante reforma del Derecho marítimo nacional y, con ella, puso fin a la vigencia del Libro III («Del comercio marítimo») del Código de Comercio de 1885 y de otras Leyes especiales a través de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en lo sucesivo, LNM). La labor de actualización emprendida por la LNM no ha concluido sino todo lo contrario puesto que se prevé la creación de un futuro Código de la Navegación Marítima (Disposición final novena LNM). El objeto de la LNM es la regulación de «las situaciones y relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima», en virtud del Artículo 1 de la citada Ley. El Capítulo II («De las disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo») del Título VIII («Del contrato de seguro marítimo») de la LNM contiene un «*corpus*»

mínimo del Derecho de seguros en el ámbito jurídico-privado marítimo que informarán las disposiciones particulares que alcancen las partes o servirán para interpretar el sentido de las mismas. Sin embargo, el articulado de la LNM no contiene ninguna alusión ni al reaseguro ni a los eventuales conflictos que pudiesen derivarse de la cobertura reaseguradora en dicho ámbito marítimo. La derogación del Artículo 749 del Código de Comercio por la LNM supuso la desaparición de la única referencia legal específica relativa al reaseguro marítimo. La LNM no es la única norma jurídico-marítima española pero tampoco el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, contiene referencia alguna al reaseguro. No existen en el ordenamiento jurídico español ninguna norma «marítima» que pueda regular paralelamente el reaseguro o aluda al mismo -al menos- de forma tangencial y, en consecuencia, no existe ninguna disposición que pudiese considerarse «*lex specialis*» sobre el reaseguro marítimo con las que destacar mínimamente los elementos más relevantes del mismo.

El reaseguro marítimo viene regulado esencialmente por la *lex privata*, es decir, por los pactos o las cláusulas negociales que alcancen las partes como resultado de su autonomía de la voluntad siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público (Artículo 1255 Código Civil). Sin perjuicio del recurso a la vía analógica, los usos y la costumbre son llamadas fuentes del Derecho por el Artículo 2 Código de Comercio y Artículo 1 Código Civil. Si nada dispone el contrato, los usos de carácter internacional integrarán la norma reguladora de la relación contractual.

Habiendo acudido a las fuentes legales señaladas y no habiendo encontrado una regulación concreta para el reaseguro marítimo, tan solo queda asistir a la «*lex generalis*» conformada por la LCS. El propio título de la LCS no hace referencia a una modalidad concreta de seguro y, en virtud de su Artículo segundo, las distintas tipologías de contratos de seguro se regirán por las disposiciones en ellas contenidas en defecto de Ley aplicable. A la fundamentación anterior se añade la propia estructura de la LCS, la cual dedica más de cincuenta Artículos -de sus ciento dieciocho preceptos vigentes- a la regulación directa de disposiciones de carácter general. Las únicas referencias al contrato de reaseguro en el ordenamiento jurídico español las encontramos en la «Sección décima» de la LCS, sin perjuicio de que la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR) y el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR) pormenorice la actividad aseguradora y reaseguradora privada así como el algunos Artículos del RLOSSP.

Siguiendo al Profesor OLIVENCIA<sup>3</sup>, el contenido jurídico-privado de la LCS acerca del reaseguro puede resumirse en los siguientes puntos: el concepto de reaseguro

---

<sup>3</sup> OLIVENCIA RUIZ M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)» en VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros y Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pp. 909-910. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 79 resume fundamentalmente el



(primer apartado del Artículo 77), declaración de independencia entre el seguro y el reaseguro (segundo apartado del Artículo 77 y primer apartado del Artículo 78), concesión al asegurado directo de un privilegio<sup>4</sup> especial sobre el crédito (primer apartado del Artículo 78), deber de comunicación del reasegurado (Artículo 78) y, en último lugar, carácter dispositivo<sup>5</sup> de las normas para el reaseguro (Artículo 79). Este

---

contenido de la LCS en tres puntos: delimitación del contrato de reaseguro (Artículo 77), eliminación de la eficacia imperativa de la LCS (Artículo 79) y ausencia de acción directa del reasegurado frente al asegurador (Artículo 77.2 y 78.1).

<sup>4</sup> El Artículo 78 LCS se refiere al principio de autonomía y al carácter interno de la relación entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador. El precepto niega la acción directa del asegurado originario contra el reasegurador pero introduce una excepción al disponer que, en caso de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador, el asegurado gozará de un «privilegio especial sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador». El origen de este precepto se sitúa precisamente en el Artículo 1929 Codice Civile. ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Sevilla, 1996, p. 26 señala que este privilegio recae sobre el crédito del asegurador-reasegurado frente al reasegurador formando una única masa y que ha de hacerse valer por los asegurados ante los liquidadores de la aseguradora y no ante el reasegurador. En contraposición, DEL CAÑO ESCUDERO F., «Liquidación de entidades aseguradoras», *Revista Derecho Mercantil*, Número 38, 1952 pp. 223 y ss. y SÁNCHEZ CALERO F., «Artículos 77 a 79», *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, XIV, 2º, Madrid, 1985, p. 712 quienes defienden que deben hacerse «tantas masas de asegurados como cuentas existieran». GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro marítimo, entre el derecho español y el «Common Law». Una visión armonizadora*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 695 afirma que no es un derecho de crédito sino de garantía y llega a cuestionarse si «verdaderamente estamos ante un derecho real de garantía, o bien ante una simple preferencia de crédito».

<sup>5</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones preliminares sobre el reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 36 advierte que la remisión del Artículo 79 LCS al Artículo 2 de esa misma norma legal debe hacerse con precaución pues el segundo precepto contiene tres mandatos al indicar que: i) las distintas modalidades de seguro se registrarán por la LCS en defecto de Ley que le sea propia, ii) los Artículos de la LCS tendrán un carácter imperativo, salvo para el reaseguro y iii) serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, a excepción del reaseguro. En el análisis del Artículo 79 LCS, SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 76 apunta, con relación al reaseguro, que la LCS no tiene una eficacia imperativa. Atendido el carácter dispositivo de las normas de la LCS, su aplicación es supletoria con relación a lo acordado por las partes. El citado autor también expresó (p. 159) que «una norma dispositiva no podía entenderse pura y simplemente como no obligatoria, ya que lo era al menos en el sentido de que su eficacia se concretaba en el juego preferente del pacto negocial o convencional y además que el derecho dispositivo tiene una función ordenadora de los intereses en juego en supuestos que podemos calificar como normales, cuya exclusión ha de someterse a los límites generales previstos en el Artículo 6.2 Código Civil, en tutela del "interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Finalmente, señala (p. 162) que «con el fin de que no se desnaturalice este contrato no podrán ser derogados por voluntad de las partes algunos preceptos de la LCS, como pueden ser la necesidad de los elementos esenciales del contrato (c.fr. el carácter oneroso del contrato, Artículo 1, el riesgo, Artículo 4, el interés, Artículo 25, etc), o el respeto al principio indemnizatorio». Y señala que debe tenerse muy en cuenta la naturaleza del contrato de seguro que actúa como presupuesto. Manifestamos nuestra conformidad con el planteamiento anterior porque si la LCS tiene una aplicación supletoria en el seguro marítimo, también debe informar en el reaseguro con las salvedades que se apreciarán ulteriormente. A nuestro juicio, la LCS sirve a la ordenación del seguro, con independencia de sus modalidades. Esa es la utilidad con la que se concibió y con la que creemos que el ordenamiento jurídicos español cuenta. Sin embargo, las normas de la LCS tienen una incidencia mínima en el seguro marítimo porque es de grandes riesgos. SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos 45 a 79», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Tomo XXIV, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 722-724 expresan que «una norma dispositiva no podía entenderse pura y simplemente como no obligatoria, ya que lo era al menos en el sentido de que su eficacia se concretaba en el juego preferente del pacto negocial o convencional (...) el Artículo 79 establece, de una forma genérica, que para el contrato de reaseguro los preceptos de la LCS no tienen un carácter imperativo» y concluyen que, a los efectos del contrato de reaseguro, las normas de la Ley no

último aspecto evita que pueda sancionarse con la invalidez o la nulidad el pacto que resulte contradictorio a esas normas. En ninguno de los preceptos anteriores se contiene un reenvío normativo.

Las Leyes consienten la posibilidad de derogar sus disposiciones generales en cuanto sea necesario para que el reaseguro cumpla su función con base en los siguientes fundamentos: i) el carácter profesional del reasegurado; ii) las características especiales del contrato; y iii) «el respeto a la autonomía de la voluntad impuesta por la internacionalidad del reaseguro que ha dado lugar a una disciplina usual y convencional que no puede identificarse con la normativa de un concreto país»<sup>6</sup>. Sin embargo, hay preceptos de la LCS que, en opinión de la doctrina<sup>7</sup>, no podrán ser derogados por voluntad de las partes (v.gr. los que se refieren al riesgo o al interés) porque el Artículo 79 LCS excluye al reaseguro de la aplicación imperativa de todos aquellos preceptos de la citada Ley referidos solamente a la defensa y protección del interés de los asegurados como parte débil del contrato. La autonomía de la voluntad y la impronta internacional del reaseguro no significa una relajación absoluta respecto de los elementos esenciales y vertebradores del propio contrato de seguro<sup>8</sup>. Para SÁNCHEZ y TIRADO, el Artículo 79 LCS no solo trata de respetar la autonomía de la voluntad sino que va más allá y busca sustraer el reaseguro de la normativa general del seguro<sup>9</sup>.

El contenido limitado de los Artículos 77 a 79 LCS puede no ser suficiente y, para aquellos casos en los que la interpretación del contrato requiera ser completada con otras disposiciones, entendemos que los Artículos de la LNM que se refieren al seguro marítimo constituyen las normas vigentes de Derecho español idóneas para ese cometido. Pero, ¿resultaría posible acudir a la LNM sin agotar antes la LCS?. A nuestro entender, la respuesta a la anterior pregunta sería en sentido afirmativo. Una vez que la regulación de la LCS acerca del reaseguro se agota, debemos de identificar la *lex specialis* y, en esa búsqueda, la LCS se volvería a situar en el «casillero». En contraste con el seguro directo, el reaseguro siempre ha sido objeto de un tratamiento especial y el reaseguro marítimo se rige por unos principios, reglas y fuentes parcialmente diferentes

---

tienen carácter imperativo. Así lo entiende la mayoría de la doctrina, OLIVENCIA RUIZ M., «Seguros...» en VERDERA TUELLS E., *Comentarios...*, op. cit., p. 909; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Perfiles del reaseguro y su régimen a fines del siglo XX», IGLESIAS PRADA J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 2705, GARRIGUES J., *Contrato de seguro terrestre*, Segunda edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 471 y ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, pp. 304-305. Esta última autora revela como el Artículo 75 del Proyecto de LCS establecía que «no será aplicable al contrato de reaseguro el mandato contenido en el primer párrafo del Artículo 2 de la Ley» y explica como la alusión del Artículo 79 al primer párrafo del Artículo 2 se suprimió cuando ambos párrafos de este precepto se refundieron en uno solo.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», op. cit., pp. 162-164.

<sup>7</sup> Entre otros, SÁNCHEZ CALERO F., «Artículos 77...», *Ley de Contrato...*, op. cit., pp. 724-725. ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones...», op. cit., pp. 36-37 justifica la imposibilidad de esa derogación en la presunción de igualdad profesional de las partes, en la nota de internacional del contrato y en la prevalencia de la autonomía de la voluntad.

<sup>8</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Ed. Civitas, Navarra, 2018, p. 580.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, op. cit., p. 722.

de los que regulan el seguro directo<sup>10</sup>. De hecho, la LCS dedica al reaseguro una Sección especial para su regulación dentro del Título II dedicado a los seguros de daños lo que evidencia, a nuestro parecer, un tratamiento diferenciado. Sin duda, la distinción podría haberse acentuado con la dedicación de un Título propio al reaseguro dentro de la LCS pero ello no desmerece la diferenciación. En el reaseguro marítimo, las disposiciones generales del seguro marítimo contenidas en la LNM deben regir necesariamente con preferencia sobre las disposiciones generales de los seguros contra daños formuladas por la LCS. Ese criterio de primacía viene justificado por el principio de especialidad normativa y por la aplicación supletoria que la LNM contiene, en su Artículo 406, respecto a la propia LCS. La remisión de la LNM a la LCS no resulta extraña porque la sujeción del seguro marítimo a la LCS vino confirmada por la Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2009, la de 20 de abril de 2009 y la de 9 de julio de 2013. Sea cual fuere el riesgo (*v.gr.* aéreo, marítimo...etcétera) cubierto por la operación de reaseguro, el Tribunal Supremo español ha confirmado la aplicabilidad de la LCS a los riesgos de la navegación por lo que no debiera ser un obstáculo para el reaseguro marítimo. Además, esa aplicación vendría motivada también por el hecho de que en el ámbito marítimo y desde un punto de vista doctrinal, el reaseguro marítimo queda delimitado como «contrato influido -sea de forma directa o refleja- por las fuentes propias del régimen seguro marítimo»<sup>11</sup>. El Profesor GARCÍA-PITA expresa -igualmente lo entendemos nosotros- que «si el asegurador directo cubre riesgos marítimos, es imposible que el riesgo marítimo que cubre no termine integrando el riesgo cubierto por el reasegurador, con lo que el patrimonio del asegurador marítimo directo, sobre el que versa el interés reasegurado, acaba siendo un objeto sometido a los riesgos marítimos»<sup>12</sup>. La regulación del seguro marítimo se encuentra en el Título VIII (Artículos 406 a 467) de la LNM y se sujetan a dicha Ley todos los contratos de seguro que tienen por objeto «indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima». En el Capítulo II (Artículo 408 a 438) del citado Título VIII de la LNM se ubican las disposiciones comunes a las diferentes modalidades de seguro marítimo y, en distintas secciones, se regulan: los intereses asegurados, el valor asegurado, los riesgos marítimos asegurados, la conclusión del contrato, los deberes y obligaciones de los contratantes, la indemnización y la prescripción. En la medida en que el reaseguro marítimo es un contrato de seguro y comporta la traslación de una parte del riesgo marítimo, entendemos que merece la calificación de contrato marítimo y queda sometido a la LNM. En concreto, serán los Artículos 408 a 438 LNM quienes tendrán una incidencia sobre el régimen jurídico-contractual del reaseguro marítimo. Puede concluirse que la aplicación de las disposiciones comunes a los distintos tipos de seguros marítimo contenidas en la LNM no solamente resulta apropiada por la designación al carácter especial de la Ley (Artículo 50 Código de Comercio) y útil por la impronta marítima que conllevan dichos preceptos sino también lógica porque el

---

<sup>10</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>11</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 251-252 afirma que «el reaseguro se ve "influido por" el sistema de fuentes aplicable al seguro marítimo, en lugar de decir que se ve "sometido a" este sistema de fuentes, porque más que, propiamente sumisión o sometimiento, lo que hay es una afectación indirecta, pero indiscutible y trascendental, del reaseguro marítimo, por esas fuentes» .

<sup>12</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 260.

reaseguro tiene precisamente como presupuesto histórico y causal al propio seguro marítimo.

## 1.2 Italia

Italia contiene la regulación de la navegación (marítima, aérea e interna) en el Codice Navigazione, sin que encontremos ningún precepto que haga referencia al reaseguro. Tampoco el Regolamento per l'esecuzione del Codice della Navigazione dedicado específicamente a la navegación marítima alberga referencia alguna al reaseguro.

La codificación de las normas en materia de seguros privados fue realizada por el Codice delle Assicurazioni Private, a excepción de las contenidas en el Codice Civile. En virtud del Artículo 165 Codice Assicurazioni, los contratos de seguro, coaseguro y reaseguro se registrarán con carácter preferente por lo dispuesto para los mismos en el Codice Civile y son muy pocas las excepciones importantes que encontramos en la Ley especial frente a la general. En la actualidad, ambos textos codificados constituyen los instrumentos jurídicos básicos para el sector de los seguros y de los reaseguros que se verán complementados con las distintas disposiciones de carácter especial.

El Codice Civile está dividido en seis Libros y el cuarto de ellos está dedicado a la regulación de las obligaciones y de los contratos. Entre esos contratos contemplados se encuentra el seguro y el Capítulo XX del Codice Civile va referido concretamente a reglar el reaseguro. El antecedente de esta regulación se encontraba ubicado en el Artículo 417 del Codice di Commercio de 1882, fuera del Libro Segundo (dedicado a la navegación marítima) del citado texto codificado, pero fue derogado por la entrada en vigor del Codice Civile y del Codice Navigazione.

La disciplina de los distintos ramos individuales del seguro no ha sido recogida en el Codice Civile a excepción de algunas normas sobre el seguro de responsabilidad civil y el reaseguro que sí encuentran referencias mínimas -sin poder hablar propiamente de contenido- en el citado texto codificado. El mentado Capítulo XX consta de una Sección I (referida a las disposiciones generales), una Sección II (seguro contra los daños), una Sección III (seguro sobre la vida), una Sección IV (relativa al reaseguro) y una Sección V (referida a las disposiciones finales). El Codice Civile no ofrece un concepto del contrato de reaseguro en sentido estricto y tan solo se limita a distinguir los tratados y los contratos de reaseguro para riesgos individuales, y a establecer el régimen probatorio de dichas tipologías (Artículo 1928), a precisar que el reaseguro no crea relaciones entre el asegurado y el reasegurador (Artículo 1929), a señalar que el reasegurador está obligado a pagar la indemnización<sup>13</sup> que corresponda al asegurador-reasegurado aun cuando éste se encuentre en una situación de liquidación administrativa obligatoria, y a declarar la compensación<sup>14</sup> de deudas y créditos entre reasegurador y asegurador-reasegurado (Artículo 1930 y 1931). En la relación de preceptos anteriores no se contiene una remisión a otras normas susceptibles de aplicación al reaseguro y

---

<sup>13</sup> SALANDRA V., «La connessione tra i contratti di assicurazione di una medesima impresa», *Assicurazione*, 1935, Parte Prima, p. 300 señala «le somme dovute dai riassicuratori vengono a costituire anche esse una massa unica sulla quale compete un diritto pro quota».

<sup>14</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 54 la compensación comprende también las deudas y los créditos resultantes de las aplicaciones de los riesgos a los tratados sin que quepa una interpretación restrictiva.

fuera de dicha Sección tan solo encontramos dos referencias adicionales al mismo. El mismo texto codificado extiende también a la acción del asegurador-reasegurado contra el reasegurador para el pago de la indemnización, la suspensión del plazo de prescripción tras la solicitud de pago o el ejercicio de la acción hasta que el crédito del reasegurado no se haya hecho líquida y exigible o su derecho, convertido en líquido y exigible, haya prescrito, en conformidad con lo señalado en el párrafo quinto del Artículo 1952 Codice Civile. Los derechos derivados del contrato de reaseguro prescriben en el plazo de dos años a partir del día en que se produjo el hecho en que se basa la reclamación, en virtud del párrafo segundo del Artículo 2952 Codice Civile. La regulación del reaseguro contenida en el Codice Civile es tributaria de las reglas difundidas a nivel internacional sobre dicho contrato<sup>15</sup> y, de nuevo, el reasegurador tiene la condición de tercero en la relación entre el asegurado y el asegurador-reasegurado en el Derecho italiano. El principio general de que el contrato de reaseguro no crea ninguna relación entre el reasegurador y el asegurado encuentra una única excepción o atenuación: el privilegio de la masa en favor de los asegurados. El reasegurador debe resarcir el daño mediante el pago de la cuantía económica en que se hubiese visto mermado el patrimonio del asegurado-reasegurador y, en ningún caso, deberá indemnizar la parte del riesgo que no se reaseguró.

En relación con la segunda fuente instrumental del Derecho italiano para regular el contrato de reaseguro, cabe señalar que las disposiciones del Codice Assicurazioni van referidas principalmente al acceso, a la vigilancia, al ejercicio, a la distribución y a la gestión de la actividad reaseguradora sin que existan normas específicas acerca del reaseguro marítimo. La finalidad principal de la vigilancia es la adecuada protección de quienes tienen derecho a las prestaciones del seguro y del reaseguro mediante el control de la sana y prudente gestión de las empresas aseguradoras y reaseguradoras así como de su transparencia y corrección con la clientela (Artículo 3 Codice Assicurazioni).

Partiendo de la calificación doctrinal y legal del reaseguro como contrato de seguro de daños, estaría permitida la aplicación de las disposiciones generales sobre el seguro (Sección I del Capítulo XX del Codice Civile; Artículos 1882 a 1903) y de las normas sobre el contrato de seguro de daños (Sección II del Capo XX del Codice Civile; Artículos 1904 a 1918). Sin embargo, la doctrina italiana rechaza la aplicación (directa e inmediata) al reaseguro de los preceptos del Codice Civile relativos al contrato de seguro, a excepción de la aplicación analógica de los mismos en lo referente a todo aquello que no haya sido expresamente pactado o no contemplado por los usos. A nuestro juicio, no resulta una postura errada porque, como se justificó en el apartado anterior, el reaseguro marítimo lleva consigo una transferencia del riesgo de la navegación marítima desde el contrato de seguro que da pie a aquel y, en este sentido, el Artículo 1885 Codice Civile expresa que los seguros contra los riesgos de la navegación (marítima, aérea e interna) se rigen, en primer lugar, por el Codice Navigazione y, en defecto del mismo, por el Capítulo XX del Codice Civile. Todo lo anterior se encuentra en sintonía con las fuentes del Derecho de la navegación (recogidas en el Artículo 1 del Codice Navigazione) puesto que el seguro de la navegación queda sujeto al siguiente

---

<sup>15</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, op. cit., p. 25.

orden correlativo: el Codice Navigazione; las leyes, los reglamentos y los usos de la navegación<sup>16</sup>; las disposiciones que guarden analogía con el mismo, y, en último lugar, el Derecho Civil.

En definitiva, el reaseguro marítimo quedará sujeto a las normas del Codice Civile y sólo cuando éstas se agoten entrará en juego los preceptos del seguro para la navegación marítima contenidos en el Codice Navigazione. En concreto, serán los Artículos 514 a 547 situados en el Título quinto («Delle assicurazione») del Libro tercero («Delle obbligazioni relative all'esercizio della navigazione») del Codice Navigazione los que, sin distinguir entre disposiciones generales y comunes, atiendan al reaseguro marítimo. Solo en el caso de que se hayan utilizado las disposiciones señaladas de ambos textos y las mismas hayan resultado insuficientes, podrá acudir a las disposiciones generales del contrato de seguro recogidas en la Sección I del Codice Civile.

El Legislador italiano también ha optado por otorgar libertad a las partes para que sean ellas quienes determinen el contenido del reaseguro con base en la autonomía contractual (Artículo 1322 Codice Civile). Las cláusulas negociales acordadas por las partes tienen un carácter preponderante y los conflictos que puedan derivarse del contrato serán autoría de las partes. Las lagunas que no puedan salvarse se resolverán, en defecto de normas legales específicas, con base en los usos y en la costumbre (Artículo 1 de las disposiciones generales sobre la Ley del Codice Civile). Salvo que las partes dispongan lo contrario, las «clausole d'uso» se considerarán incluidas en el contrato en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1340 Codice Civile. Lo anterior no impide la aplicación analógica de alguno de los preceptos del contrato de seguro. La problemática radica en la dificultad de acudir y probar los usos.

## 2. Disciplina contractual

En distintos apartados de las páginas anteriores se ha venido exponiendo las omisiones o menciones mínimas que los Legisladores nacionales disponen, en sus respectivos ordenamientos, para el reaseguro. La libertad de pacto y el carácter dispositivo de las normas nacionales, la autonomía de la voluntad y la propia condición profesional de las entidades contratantes «perimetran el alcance y contenido esencial del contrato»<sup>17</sup> de reaseguro («*lex privata*» o «*lex contractus reasecurationis*»), sin perjuicio de las disposiciones legales referidas a la supervisión y ordenación del contrato.

Al margen del Derecho codificado, el contenido jurídico de la institución del seguro marítimo y del reaseguro ha venido desarrollándose, ampliamente y desde hace mucho tiempo, en las pólizas y, en particular, a través de cláusulas y condiciones uniformes que han reflejado el entendimiento y acuerdo mutuo entre las partes contratantes. Han sido varios los organismos y las asociaciones nacionales e internacionales que han elaborado y publicado (con distinto grado de aceptación) glosarios, formularios y reglas en materia

---

<sup>16</sup> FERRARINI S., *Le assicurazioni marittime*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 11 expresa, en línea con la postura predominante en la doctrina, que los usos de la navegación pueden ser *contra legem generalem*, es decir, pueden derogar normas generales de Derecho civil. PERSICO C., «L'assicurazione marittima e la gerarchia delle fonti», *Diritto marittimo*, 1946, p. 312 recuerda que «i termini uso e consuetudine sono equivalenti».

<sup>17</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 580.

de seguro<sup>18</sup> y reaseguro. En el ámbito marítimo hacemos mención a las *General Terms and Conditions of Facultative Reinsurance* redactadas por la *International Union of Marine Insurance*. No en todos los casos esta labor ha satisfecho las necesidades de los empresarios aseguradores o reaseguradores y, en consecuencia, han sido ellos mismos quienes han ido conformando la relación jurídica común y el conjunto de disposiciones a las que han querido comprometerse obligatoriamente con base en la autonomía de la libertad de cada una de ellas (Artículo 1255 Código Civil y Artículo 1322 Codice Civile). La disciplina contractual de cualquier modalidad de reaseguro se encuentra principalmente en las cláusulas de las pólizas de reaseguro mientras que algunas expresiones mínimas acerca de su estructura (*v.gr.* independencia entre el seguro y el reaseguro) son recogidas en las Leyes nacionales.

En España, las disposiciones referidas al reaseguro se encuentran incluidas en la Ley que regula el contrato de seguro pero aquellas aparecen sustraídas de dicha normativa general para respetar la libertad y autonomía de la voluntad de las partes. El reaseguro es una modalidad del seguro contra daños a la que le resulta de aplicación las normas de la LCS pero, en virtud del Artículo 79 de la citada Ley, sus normas pierden el carácter imperativo al que se refiere el Artículo 2 y, con ellas, la que considera válida la cláusula más favorable para el asegurado. La justificación de esa finalidad se encuentra en el carácter profesional del asegurador-reasegurado. Al igual que sucede en el Artículo 79 LCS en referencia al contrato de reaseguro, el apartado segundo del Artículo 44 LCS declara que, en relación a los contratos de seguros de grandes riesgos -entre ellos, el seguro marítimo-, no resultará de aplicación el mandato contenido en el Artículo 2 LCS. Entre las normas inderogables citadas por el Artículo 1932 Codice Civile no se encuentra ninguno de los preceptos referidos al reaseguro pero sí a los seguros de daños que deberán ser tenidos en cuenta en la aplicación analógica de los mismos. ¿Cuál es el motivo que impide que las partes deroguen las disposiciones contenidas en los preceptos legales? ¿qué intereses pretende proteger el Legislador italiano? ¿resultan operativos en el reaseguro? Tal y como señala el propio Artículo 1932 Codice Civile, la derogación debe efectuarse en el sentido más favorable al asegurado, de lo que se deduce una protección por la debilidad contractual que presenta el mismo en la contratación en masa de los seguros; lo que no ocurre en el reaseguro. No hay ninguna incompatibilidad pues se tratan de estructuras distintas.

---

<sup>18</sup> La Administración española aprobó dos modelos de pólizas en el año 1934: la póliza española de seguro de buques y la póliza española de seguro de mercancías y otros intereses del cargador. Ambos modelos de pólizas constituyen las condiciones generales españolas del seguro de buques y del seguro de mercancías, respectivamente. La redacción de estas pólizas en torno al régimen jurídico del seguro marítimo previsto en el Código de Comercio ha hecho desaparecer el empleo de las mismas.

La incidencia práctica de las pólizas inglesas es incuestionable no sólo por su técnica en la redacción sino también por la influencia que ejercen en las versiones de las mismas. La forma de póliza marítima MAR 91 del mercado de Londres es la más utilizada. También las *Institute Time Clauses-Hulls* de 1983 suelen utilizarse frecuentemente por los operadores marítimos.

Con el fin de recoger las soluciones jurisprudenciales italianas e integrarlas con las cláusulas inglesas, en 1986 y 1988 se redactó y actualizó la denominada póliza «Camogli». A lo largo de sus trece artículos, la póliza italiana de cascos regula aspectos referidos a la elección de la Ley o de la jurisdicción, el procedimiento de abandono, cuestiones referidas al abandono... etcétera.

El carácter internacional del reaseguro que desarrollamos al principio y el uso frecuente de determinadas condiciones generales en el tráfico internacional sirve también como justificación al hecho de que se sobrepongan las normas convencionales pactadas entre las partes a las normativas nacionales. Lo anterior ha llevado a promocionar una armonización en esta materia sin arrojar hasta el momento ningún resultado concreto de unificación legislativa en el ámbito reasegurador marítimo.

Al tratarse de un negocio jurídico bilateral, corresponde estudiar en este epígrafe las distintas prestaciones exigibles a las que quedan vinculadas cada una de las partes en virtud del contrato de reaseguro. Estas estipulaciones privadas, originadas con ocasión de la relación entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador, tienen fuerza de ley entre ambas (Artículo 1091 Código Civil y Artículo 1372 Codice Civile).

La complejidad del reaseguro y la propia peculiaridad del contrato aconsejan el reflejo por escrito de la voluntad de las partes y de su contenido jurídico al que quedan vinculadas en un soporte denominado póliza. La exigencia de que el contrato se documente venía ya recogida en las Ordenanzas de Barcelona de 1435 precisamente sobre los seguros marítimos. Sin embargo, el Legislador español e italiano se apartan de la anterior técnica mantenida, respectivamente, en el Artículo 841 del Código de Comercio de 1829 y del Artículo 738 del Código de Comercio de 1885, y en el Artículo 605 Codice di Commercio de enumerar las circunstancias que deben figurar necesariamente en la póliza. En la actualidad, han desaparecido prácticamente las disposiciones en ese sentido entre los articulados vigentes<sup>19</sup> y queda instaurado el carácter dispositivo y consensual tanto del seguro como del reaseguro marítimo. Aunque no exista una exigencia legal, en la práctica se revela la conveniencia de constatar en un soporte (físico o electrónico) el contenido obligacional del reaseguro marítimo. La póliza constituye para las dos partes contratantes el documento más importante porque es un medio de prueba de la existencia del contrato y de su contenido, una garantía y punto de referencia en relación con los derechos y obligaciones de ambas partes y, además, el culmen documental del proceso de negociación, perfección, formalización escrita y entregamiento del contrato<sup>20</sup>.

A través de la póliza de reaseguro las partes conocerán, exactamente y en todo momento, a que se comprometen y a que no se comprometen cada una de ellas. En la

---

<sup>19</sup> En el ordenamiento jurídico español, el último apartado del vigente Artículo 107 Código de Comercio señala que la póliza expresará: el número, la fecha, los nombres del asegurador y del asegurado, el objeto, el valor asegurado, la prima convenida y el lugar de carga y descarga, y precisa y exacta designación del buque o del medio en que haya de efectuarse el transporte.

Desde una perspectiva general, el Artículo 8 LCS también contiene las menciones mínimas que debe recoger una póliza de seguros: la identificación de las partes, el concepto en el cual se asegura, la naturaleza del riesgo cubierto, la designación de la situación y de los objetos asegurados, la suma asegurada o el alcance de la cobertura, el importe de la prima junto con la forma de su pago, la duración del contrato y, si intervienen agentes, los nombres de éstos.

En el ordenamiento jurídico italiano y dentro del transporte marítimo (no del seguro marítimo), el Artículo 460 Codice Navigazione enumera el contenido mínimo exigible que debe hacerse constar en las pólizas recibidas para el embarque: el nombre y el domicilio de las partes, el lugar o domicilio de destino, la naturaleza, cantidad y calidad de las mercancías, el estado aparente de las cosas transportadas, el lugar y la fecha de entrega, los datos (número, nombre, nacionalidad y registro) del buque y, finalmente, el lugar y la fecha de la carga.

<sup>20</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Comares, Granada, 2003, p. 213.



medida en que dicho documento contiene el régimen jurídico al que las partes habrán de ceñirse, el contrato se convierte en la fuente autónoma y formal del Derecho del reaseguro<sup>21</sup>. Sin perjuicio de que el documento en el que se encuentra redactado el contrato de reaseguro adolezca de las deficiencias propias de cualquier póliza de seguros (*v.gr.* falta de información, cláusulas o términos oscuros, opacos, ambigüos, ilegibles, incomprensibles, indeterminados, imprecisos, pocos transparentes...etcétera), no se exige respecto de ninguna de las entidades una tutela porque ambas son profesionales del sector de los seguros -en sentido amplio- y como tales conocedoras del lenguaje técnico y también jurídico propio de esa contratación. Asistíamos a una quiebra del principio de necesidad de protección de una de las partes contratantes debido a la propia organización de los titulares de la actividad económica y a la situación de superioridad intelectual y económica en la que se encuentran con respecto a los consumidores y usuarios de un producto de aseguramiento pero ello no quiere decir -como señala con gran acierto el Profesor PÉREZ-SERRABONA- en modo alguno que no deba existir un control de las condiciones generales utilizadas en esta contratación entre empresarios<sup>22</sup> sino todo lo contrario. Pueden existir cláusulas que resulten lesivas para los derechos de los asegurados-reaseguradores o de los reaseguradores como, por ejemplo, aquellas que atacan el principio de buena fe pero cuyo control tiene lugar *ex post*. En la actualidad, ninguna administración pública (española o italiana) ha de aprobar, autorizar o revisar las cláusulas contractuales o las condiciones insertas en las pólizas de seguro o reaseguro del ramo marítimo porque se trata de una contratación profesional y empresarial y por el principio fundamental europeo del Artículo 21 de la Directiva Solvencia II que impide a los Estados miembros exigir una aprobación previa o alguna comunicación sistemática de las condiciones de las pólizas. No hay lugar al control, a la vigilancia o a la censura porque «no es necesaria, pues, ni posible la actuación administrativa interpretando o calificando si alguna es lesiva, (ilegal o ambigua)»<sup>23</sup> o inadecuada a los intereses económicos y/o sociales de las partes o del contrato.

En la práctica existen formularios impresos que codifican condiciones o cláusulas estándar pero cuya redacción necesitará, en todo caso, de una adaptación que permita su individualización en lo referente a los riesgos, al ámbito temporal de cobertura, al valor del objeto u objetos reasegurados... etcétera. La uniformidad internacional alcanzada por el contenido del contrato de reaseguro ha dado lugar a la aparición de una disciplina convencional sobre el mismo cuya principal fuente normativa son «las condiciones generales y particulares de los contratos pactados entre las partes, con un clausulado fruto de experiencias internacionales que lo hacen repetirse de unos a otros contratos, hasta que alguna de sus cláusulas llegan en ocasiones a convertirse en cláusulas de estilo»<sup>24</sup>. Las condiciones generales nacen para regular determinadas formas contractuales que no se encuentran recogidas en los textos legales o que lo están

---

<sup>21</sup> SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato de reaseguro. Manual técnico jurídico*, Ed. Española de Seguros S. L., Madrid, 2002, p. 54.

<sup>22</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 209-210.

<sup>23</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>24</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., «Perfiles...», IGLESIAS PRADA J. L. (Coord.), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 2705.

insuficientemente, en cuyo caso actuarán como integradoras de lagunas legales, función que le atribuyen algunos autores<sup>25</sup> o bien para desarrollar o matizar normas de Derecho positivo<sup>26</sup>. En este sentido, «parece difícil negar que las condiciones generales-tipo de contenido obligatorio sean fuente de Derecho»<sup>27</sup>. Junto a esa tipología de cláusulas también podremos encontrar condiciones particulares o cláusulas negociadas individualmente. Ambas tipologías conformarán, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de una negociación meditada, el contenido negocial de la póliza y regirán la relación jurídica. El asegurador-reasegurado no podrá alegar una adhesión a los términos y cláusulas del contrato porque participará en la redacción y construcción del acuerdo negocial en su totalidad.

La redacción adecuada y precisa tanto de las cláusulas como de los términos del contrato resultará determinante para evitar en el futuro los eventuales conflictos derivados del negocio jurídico. En este sentido, el Artículo 1281 Código Civil expresa que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas» («*in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet*»). El Artículo 1362 Codice Civile también recoge la máxima justiniana al disponer que «nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole». En los supuestos de divergencia o contradicción con las cláusulas y condiciones de la póliza original, las cláusulas contenidas en la póliza de reaseguro marítimo prevalecerán sobre las acordadas e incorporadas en la póliza de seguro marítimo<sup>28</sup> y el asegurador-reasegurado no podrá invocar un desconocimiento o una excesiva complejidad de los términos en los que suscribió el contrato porque no se sitúa en la relación jurídica desde una posición de incultura aseguradora sino todo lo contrario. Sin embargo, a través de cláusula de estilo como la de que «el reaseguro se contrata según las condiciones y cláusulas del contrato de seguro» quedan incorporadas por referencia al contrato de reaseguro todas aquellas cláusulas, condiciones y términos de la póliza de seguro marítimo. Esta práctica ha sido muy discutida y ROMERO defiende que sólo son susceptibles de incorporación aquellos términos de la póliza original que no resulten incompatibles con los propios términos del contrato de

---

<sup>25</sup> Entre otros, GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, pp. 7-8; MESSINEO F., *Teoría general del contrato*, II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pp. 13-14 y DOSSETTO M., *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1952, p. 13 entienden que las condiciones generales tienen la naturaleza de auténtico conjunto de normas reglamentarias «in quanto destinate a disciplinare in modo uniforme lo svolgimento di un numero indefinito di rapporti contrattuali».

<sup>26</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 33. La naturaleza jurídica ha sido muy discutida pero el autor señala la conveniencia de precisar que no se trata sólo de un problema terminológico porque «si se consideran normas, le serán de aplicación los principios de interpretación de las leyes; mientras que si son cláusulas y así se consideran, hay que aplicar, para su interpretación, las normas generales de interpretación de los contratos».

<sup>27</sup> MOTOS GUIRAO M., *La protección de usuarios y consumidores en el Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (módulo en el Marco Audiencia-Universidad, Granada, 11 Mayo 1983).

<sup>28</sup> FARIÑA F., *Derecho comercial marítimo*, Tomo IV - Seguro marítimo, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 345 y GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 651.

reaseguro, que sean apropiados al contexto en el que éste último acuerdo se desarrolla y que presumiblemente pueda deducirse la intención de incorporarlos<sup>29</sup>.

No hay lugar a dudas de que la póliza protagoniza un papel relevante no solo en éste sino en cualquier contrato de seguro en la medida en que todas las dudas y cuestiones que surjan entre los contratantes se resolverán con base en la póliza de reaseguro ya que ésta individualiza el contrato y diferencia uno de otro; la póliza cumple una función probatoria (tanto de la ejecución como de la conclusión del contrato), una función procesal en contra del reasegurado (la primera y principal obligación de éste último es pagar la prima en las condiciones estipuladas en ella) y una función normativa y delimitadora del contenido contractual (todas y cada una de las menciones de la póliza firmadas por las partes constituyen las expresas obligaciones a las que quedan sometidas)<sup>30</sup>.

No cabe confundir la póliza con el documento comúnmente denominado «*slip*» pues éste último solo responde a un resumen de los términos y condiciones contractuales, a las características de la cobertura pretendida, a una mención de las características generales del contrato o a la expresión de las líneas generales sobre las que proceder a la negociación. Este documento es redactado generalmente por el corredor de reaseguros y es el instrumento que sirve de base en la elaboración del contrato o póliza de reaseguro definitivo. Se trata de un documento generalizado en el mercado londinense de reaseguros, en donde se analiza por un reasegurador «*leader*» y cuya valoración será seguida por otros reaseguradores hasta completar el cien por cien de la cobertura requerida en el «*slip*»<sup>31</sup>. Posteriormente se formalizará y consentirá por escrito el contrato de reaseguro entre las partes.

En el auxilio de la interpretación que se tenga que hacer de los contratos de reaseguro o de las cláusulas contractuales incluidos en ellos, también es posible acudir a la costumbre y a los usos mercantiles. La mayoría de estas cláusulas del contrato de reaseguro recogen usos de la práctica internacional que, si bien podría tener la consideración de usos normativos (nacidos para suplir las lagunas de la Ley), la doctrina<sup>32</sup> considera que responden a usos interpretativos en la medida en que

---

<sup>29</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, pp. 247-248. Vid. la exposición y explicación que la autora realiza de la interesantísima decisión adoptada por la *Supreme Court of Missouri en el caso Homan v. Employers Reinsurance Corporation* (1907). ACHURRA J. y CONTRERAS O., «Las cláusulas cooperación y de control en los contratos de reaseguro», *V Congreso Iberoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997, pp. 217-218 recogen la solución suscitada en el caso *Forsikring Aktieselskabet Vesta v. Butcher* (1989) por los Tribunales británicos sobre una póliza de reaseguro que no señalaba la ley aplicable y establecía que el reaseguro seguía los mismos términos y condiciones que el contrato de seguro original. De ésta cláusula se infirió que, en ausencia de una provisión contractual expresa, la intención de las partes había sido que todo efecto legal del reaseguro se rigiera por las mismas reglas de la póliza de seguro original y, en consecuencia, terminó aplicándose la ley del país en el que celebró el contrato de seguro directo.

<sup>30</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, pp. 121-127. También, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 113 recoge que la póliza es, «según la vieja sentencia de 22 de diciembre de 1894, la ley que se ha de guardar y cumplir, incluso con preferencia al propio Código de Comercio».

<sup>31</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 195. Además, la autora califica el «*slip*» como «una invitación para negociar» un contrato de reaseguro.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 727 incide en que, desde un óptica nacional, los usos que han sido creados en

representan el contenido típico del contrato y son prácticas profesionales que dominan tácitamente la formación de estos negocios jurídicos y que se sobrentienden en todos ellos para interpretar cláusulas, fórmulas y expresiones de la contratación mercantil o para completar la declaración de voluntad de las partes (función supletoria de la voluntad no declarada)<sup>33</sup>. Además, los usos desarrollan una función integradora del contenido del contrato de reaseguro porque añade términos que no parecen recogidos de manera explícita en los clausulados y «devienen, así, en términos contractuales implícitos, aplicables siempre ante el silencio de las partes, quienes para excluir su aplicación han de establecerlo expresamente»<sup>34</sup>. Los usos, cuando cumplen una función de integración contractual, son Derecho consuetudinario<sup>35</sup>.

En el sector reasegurador, los usos y la costumbre se imponen en la contratación como «fuente primaria y sustancialmente exhaustiva»<sup>36</sup> que disciplinan gran parte del contenido del contrato de reaseguro y desarrollan un papel especialmente relevante en la interpretación y complemento del contrato de reaseguro. Es cierto que la presencia de los usos puede llevar a una estandarización del contrato de reaseguro pero no puede asimilarse al fenómeno presente en el contrato de seguro ni a la funcionalidad de las condiciones generales en el mismo. En cualquier caso, no nacen de la intervención de

---

el ámbito del reaseguro están dirigidos a integrar la normativa contractual bajo el Artículo 1287 Código Civil y que constituyen una manifestación del «Derecho profesional autónomo» creado por los empresarios. En contraposición, PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, 1994, p. 227 defienden que se tratan de «usi negoziali» porque no hay un reclamo a los mismos por parte de la Ley con el objetivo de integrar el ordenamiento formal y porque se tratan de reglas características de un grupo y no de formación unilateral.

<sup>33</sup> GARRIGUES J., «Los usos en el comercio (Significación del uso para el Derecho mercantil)», *Revista de Derecho Privado*, número 332, 1944, pp. 827-829. Además, el autor revela que el «Derecho mercantil no nace legislativamente, sino por la fuerza del uso» y destaca su importante función desde los orígenes del comercio en tanto que es «más apto que la ley para plegarse a las cambiantes exigencias del tráfico mercantil y a la expansión universal de sus normas genuinas».

Para una definición de uso interpretativo puede atenderse a la Exposición de Motivos del vigente Código de Comercio, en donde se explicita: «los usos de comercio se admiten por el Proyecto no como derecho consuetudinario sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurran, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras obscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya, finalmente, para dar al acto o contrato el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes».

<sup>34</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 318. Además, se cita la Sentencia *Universe Insurance Co. v. Merchants Marine Insurance Co.* (1897) en la que se observa la existencia de un uso que suple un término implícito de un contrato de reaseguro. En concreto, el reasegurador demandó y reclamó del asegurador-reasegurado la prima devengada en un reaseguro celebrado en el mercado londinense pero no prosperó ante la imposibilidad para el demandante de negar la existencia de una costumbre muy conocida de cuya observancia no podía sustraerse. Esta costumbre fue definida del siguiente modo: «*the custom, which has been proved in court so often that the courts take notice of it, is that the underwriter does not look for to the assured for payment of the premium, but to the broker who effected the policy between the two (...). It is the universal understanding in the business of marine insurance in this country that is the manner in which the contract is to be carried out*». En igual sentido, SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 58-60.

<sup>35</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL J., «Los usos de comercio y el Derecho consuetudinario», Almacén de Derecho, Octubre, 2020 <https://almacenederecho.org/los-usos-de-comercio-y-el-derecho-consuetudinario>

<sup>36</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 226. También describen la aplicación y relevancia de los usos en el reaseguro; EHRENBERG V., *El reaseguro*, traducción, nota preliminar y prólogo por NAVAS MÜLLER J. M., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 26; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Perfiles...», IGLESIAS PRADA J. L. (Coord.), *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 2705-2706; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 316-324.

los Legisladores sino que se tratan de reglas observadas por los operadores del mercado de forma constante y regular en la contratación del reaseguro. Todo ello ha ido conformando una disciplina usual y convencional del reaseguro de alcance internacional. En muchas ocasiones, la práctica profesional provoca que se omitan cláusulas que las partes (pertenecientes a un mismo sector del tráfico) sobrentienden o que, sin aportar un contenido relevante, constituyen una práctica consolidada en el mercado reasegurador.

El mercado de reaseguro se desarrolla a nivel internacional y las costumbres y los usos más relevantes de dicho mercado se han convertido en una *lex mercatoria* internacional que tendrá aplicación salvo que las partes hayan acordado expresamente lo contrario puesto que la propia naturaleza del negocio conlleva la aceptación y el sometimiento a los mismos aunque no se hayan recogido en cláusulas específicas del contrato. Entre esos usos citamos, el deber de retención del asegurador-reasegurado, la cláusula de arbitraje, el principio de comunidad de suerte, la obligación del reasegurador de seguir las gestiones o acciones del asegurador-reasegurado, el derecho a corrección en caso de errores y omisiones, el derecho de gestión del asegurador-reasegurado, el derecho de información e inspección del reasegurado<sup>37</sup>... etcétera cuyo significado, alcance y efectos únicamente vienen determinados por la costumbre. Dejamos también señalado que «toda costumbre es uso, pero no todo uso es costumbre»<sup>38</sup>.

El nacimiento del uso se encuentra en la contratación y, siguiendo al Profesor GARRIGUES<sup>39</sup>, experimenta una evolución desde la repetición continuada en el tiempo de una cláusula en contratos o pólizas celebrados por grandes empresas hasta que deja de resultar necesaria su inclusión en el contenido contractual por sobreentenderse y por ajustarse a las notas de brevedad, concisión y agilidad exigidas por la contratación mercantil; es, entonces, cuando el contenido de la cláusula se destaca de la voluntad de las partes y se aísla para convertirse en norma objetiva del Derecho, salvo pacto en contrario por las partes. En virtud del Artículo 2 del Código de Comercio, los actos de comercio se regirán, en defecto de las disposiciones contenidas en dicho Código, por los usos del comercio. Igualmente los Artículos 1 y 1258 del Código Civil y el Artículo 1340 Codice Civile señalan al uso como fuente del Derecho (uso normativo o legal). No es su única función puesto que, como hemos visto con anterioridad, el Artículo 59 del Código de Comercio también configura al uso como medio de interpretación (uso interpretativo o convencional). Además, los usos también pueden constituir una auténtica declaración de voluntad de las partes con el fin de «excluir el supuesto de su aplicación, representando el uso una tácita declaración de voluntad de los contratantes,

---

<sup>37</sup> NEBEL R., «La Ley aplicable al contrato de reaseguro internacional - Derecho suizo», *V Congreso Iberoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997, p. 101. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 319-320. SÁNCHEZ VILLABELLA J., «Los usos como fuente principal del contrato de reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 14.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros marítimos y aéreos», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dirs.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 47 y observa que la doctrina del Tribunal Supremo exige que los actos necesarios para crear costumbre sean repetidos (Sentencias de 18 de abril de 1951 y de 21 de enero de 1955) y uniformes (Sentencias de 22 de enero de 1953 y 30 de abril de 1957).

<sup>39</sup> GARRIGUES J., «Los usos...», *op. cit.*, pp. 824-825.

que es la que se antepone a la ley dispositiva»<sup>40</sup>. En el reaseguro, el origen histórico, la insuficiencia normativa de las legislaciones nacionales, la especialidad de la materia y el carácter internacional del reaseguro son algunas de las razones que han convertido a los usos comerciales en la principal fuente de regulación del mismo. La problemática se centra en señalar y probar los usos observados internacionalmente en el mercado reasegurador por quienes los aleguen.

En otro lugar dejamos indicado que, en España, no se contiene ninguna referencia legal que haga mención a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de reaseguro. A falta de un pacto de las partes en referencia al mismo, aplicaríamos por analogía el plazo bienal contenido en la disciplina subsidiaria. El Artículo 438 LNM establece que los derechos derivados del seguro marítimo prescriben en el plazo de dos años a partir del momento en que aquellos pudieron ejercitarse. Este espacio temporal señalado coincide con el dispuesto en el Artículo 23 LCS para las que procedan de los seguros de daños. En Italia, a diferencia del Artículo 547 Codice Navigazione que establece un plazo de un año para el ejercicio de los derechos derivados del seguro marítimo, el Artículo 2952 Codice Civile disciplina conjuntamente la prescripción derivada del contrato de seguro y de reaseguro, y señala un plazo de dos años para el ejercicio de los derechos derivados de ambos (*v.gr.* derechos referidos a la resolución de uno u otro contrato o referidos a cuestiones relativas a la ejecución). En cuanto al inicio del cómputo de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de reaseguro, la jurisprudencia italiana ha venido reiterando (incluso con anterioridad<sup>41</sup> al vigente Codice Civile) que el término no tiene lugar desde el día del siniestro sino desde aquel en el que se produce la liquidación de la indemnización debida por el asegurador-reasegurado. La interrupción del plazo de prescripción puede llevarse a cabo por los principios generales contenidos en el Artículo 2943 y 2944 Codice Civile.

Al inicio del presente estudio quedó asentada la participación del reaseguro en la naturaleza jurídica del seguro y, en consecuencia, el contenido de las obligaciones y de los deberes o cargas de las partes en uno y otro contrato es prácticamente idéntico. El seguro marítimo es el presupuesto causal del reaseguro y guía funcional del mismo. A lo largo de las siguientes páginas se verá expuesto un estudio conjunto del régimen jurídico obligacional que forma el contenido mínimo del contrato de reaseguro procedente de la disciplina legal y convencional, en atención al sentido y a la finalidad económica y comercial del contrato. El elenco de deberes y obligaciones que sigue responde al contenido básico o principal que se encuentra presente en la totalidad de relaciones contractuales de reaseguro, con independencia de la modalidad que revistan y sin perjuicio de que dejemos señalada la existencia de una pluralidad de cláusulas especiales de la más variada índole que responden a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

---

<sup>40</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 317.

<sup>41</sup> FANELLI G., «Le questioni fondamentali del Diritto delle assicurazioni private nella giurisprudenza italiana», *Assicurazioni*, 1940, XVIII-XIX, Anno VII, Parte Prima, p. 388.

## 2.1 Obligaciones y deberes del asegurador-reasegurado

### 2.1.1 Describir el riesgo

En el mercado del riesgo, «la información es imperfecta, pero es también disímil en grado, en intensidad y en importancia para cada una de las partes»<sup>42</sup>. Anteriormente dejamos apuntada la relevancia de la descripción del riesgo para el reasegurador y, en este punto, conviene desarrollar este deber precontractual<sup>43</sup> de comunicación del asegurador-reasegurado con la finalidad de delimitar el riesgo reasegurado.

No es una obligación nacida del contrato porque aún no existe el mismo sino que se trata de un deber o una carga general de información impuesta por el uso o la costumbre internacional y reconocida por Ley española al tomador o asegurado en cualquier modalidad de seguro (Artículo 10 LCS y Artículo 423 LNM). Sin olvidar que cualquier contrato de seguro está presidido por la buena fe<sup>44</sup> y que ésta adquiere una especial intensidad en el ámbito marítimo y en el reasegurador, la fase previa a la conclusión del contrato es el punto crítico en el que la extraordinaria buena fe se tendrá que revelar entre las partes mediante una declaración exacta del riesgo. Ese momento y esas circunstancias permitirán al reasegurador llevar a cabo un análisis minucioso y preciso de la entidad o dimensión de los riesgos presentados ante él así como de las informaciones relevantes que conozca -o debiese conocer, en atención a su actuación habitual y profesional en este ámbito- y que puedan influir en la apreciación, delimitación y evaluación correcta del riesgo por un reasegurador prudente. El resultado final de dicho examen puede consistir en la aceptación de la declaración realizada por el asegurador-reasegurado o en el rechazo de la misma. El contenido y la entidad del riesgo o de los riesgos que se van a reasegurar vendrán, en gran medida, precedida y apoyada sobre la declaración que se contiene en el contrato de seguro marítimo del que traen causa. Nos situamos ante una segunda evaluación de los riesgos de naturaleza marítima que no confirma ninguna circunstancia sino que se configura simplemente como indicativa de la realidad de aquellos o como posible desencadenante del siniestro y que no puede servir, en ningún caso, como base para sostener que el riesgo reasegurado se identifica con un riesgo marítimo.

En el seguro y en el reaseguro, la exigencia de la máxima buena fe es un deber de lealtad recíproco entre los contratantes. El asegurador-reasegurado debe desplegar una

---

<sup>42</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 26.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros...», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dirs.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado...*, *op. cit.*, p. 117 y GIRGADO PERANDONES P., «Contrato de seguro marítimo: disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo», EMPARANZA SOBEJANO A. y MARTÍN OSANTE J. M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de navegación marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 639.

<sup>44</sup> GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, 1982, p. 50, n. 8 revela con gran magisterio como la buena fe «es un concepto metajurídico que, al ser elevado al principio informador de una norma jurídica, hace transparente el fondo ético del Derecho. La buena fe puede entenderse en sentido subjetivo, es decir, como actitud espiritual, intención de obrar rectamente; o en sentido objetivo, esto es, como regla de conducta, como adecuación a una norma legitimada por el uso común» y concluye afirmando que no basta al contratar con silenciar un hecho que sea importante para apreciar la entidad de los riesgos ya que es la buena fe objetiva «que salva de la nulidad del contrato tiene que fundarse en los usos generalmente admitidos en esta materia».

actividad conducente a la declaración con buena fe de los riesgos, esto es, comunicar de forma verdadera, completa y exacta los riesgos y las circunstancias reales y trascendentales que rodean la probabilidad de su verificación sin dar lugar al error en su valoración. El reasegurador -que casi siempre se encuentra ajeno y lejos de poder controlar las circunstancias que rodearon el negocio del que deriva el reaseguro y en el que se ve inmiscuido- debe confiar (del verbo en latín *confidēre*, con fe) en dicha declaración pues cualquier intento de control acerca de los extremos y de la sinceridad de la declaración por parte del reasegurador convertirían el *iter* negocial en un procedimiento excesivamente complicado, costoso y prolongado en el tiempo.

Para BRUNETTI, la declaración debe comenzar expresamente con la comunicación del asegurador-reasegurado de que pretende celebrar un contrato de reaseguro<sup>45</sup>. Excepto en la contratación de un reaseguro por un corredor o *broker*, aquella circunstancia vendrá manifestada indirectamente en cuanto que el asegurador-reasegurado será un asegurador de riesgos marítimos y ostentará una condición específica que impide llevar a pensar que el vínculo jurídico se está estableciendo en relación con un asegurado en un contrato de seguro marítimo. Ningún naviero, armador, propietario de un buque, consignatario... etcétera contratará un reaseguro por lo que siempre serán asegurados directos.

Aunque en la contratación del reaseguro también se recurre a los cuestionarios<sup>46</sup>, nos situamos ante un auténtico deber de declaración del riesgo y no ante un deber de contestación, tal y como sucede en los seguros directos<sup>47</sup>. No sólo se deberá describir e informar con exactitud el riesgo marítimo asumido por el asegurador-reasegurado sino también la parte que éste decide transferir al reasegurador tras evaluar sus capacidades técnicas y económicas. La omisión del uso en el mercado reasegurador de comunicar la retención de una parte de la responsabilidad del asegurador-reasegurado, constituye una

---

<sup>45</sup> BRUNETTI A., *Derecho marítimo privado italiano*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1950, p. 349. Afirman también la necesidad de declaración exacta y completa de las condiciones del riesgo en el reaseguro, VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, Vol. II, Editore-Libraio della Real Casa, Milano, 1890, p. 123; PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 112 considera que «il riassicurato deve dare al riassicuratore le indicazioni necessarie, perchè questi possa avere un concetto adeguato del rischio, della sua natura, entità e categoria alla quale appartiene» sin que las declaraciones sean ni falsas ni erróneas y, a nuestro juicio, la vulneración tiene que conllevar la aplicación de las normas previstas para el seguro marítimo; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 209-210 justifican la declaración del riesgo en el reaseguro en que «si tratta di un contratto causalmente giustificato proprio dal trasferimento che interviene su una situazione del rischio. Conseguentemente è indiscutibile che il riassicuratore abbia un interesse, quanto a conoscenza dei rischi, del tutto analogo a quello del primo assicuratore, interesse che si riflette sulla convenienza a concludere o meno il contratto ed a stabilirne le condizioni». Igualmente la jurisprudencia italiana ha señalado que «il riassicuratore, nella riassicurazione proporzionale, avrà bisogno di conoscere quali siano le condizioni delle polizze di assicurazione, e se il riassicurato abbia altre forme di copertura riassicurativa; egli, insomma, ha un interesse a conoscere gli elementi che concorrono alla determinazione del rischio che si accolla (in proposito, Cass. 29 aprile 1967)». p. 211 «in termini di bilancio e di andamento della "sinistrosità", l'effettiva situazione dell'impresa riassicurata, le base tecniche di calcolo dei premi, i rami e le aree territoriali cui si rideriscono le polizze (...) è fuori di dubbio, insomma, che le esigenze del riassicuratore sono le stesse dell'assicuratore diretto nella prima assicurazione».

<sup>46</sup> CARTER R. L., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 1979, pp. 522-526 y pp. 587-594.

<sup>47</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 84 y ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 226.



infracción del deber precontractual de declaración del riesgo<sup>48</sup> y del principio de máxima buena fe, en tanto que es un hecho relevante que influye en la valoración del riesgo reasegurado, en la gestión del negocio y en la liquidación del siniestro.

El deber de declaración del riesgo no se encuentra recogido en el Codice Navigazione pero los Artículos 1892 y 1893 Codice Civile son aplicables al contrato de seguro marítimo en virtud del Artículo 1885 Codice Civile. La Sentencia del Tribunale di Trieste 5 febbraio 1959 justificó la aplicabilidad analógica al reaseguro de las disposiciones generales dictadas para el contrato de seguro. Igualmente la doctrina<sup>49</sup> italiana admite, sin ningún género de dudas, que las normas sobre las declaraciones inexactas (la circunstancia relativa al riesgo se declara en una manera que no corresponde a la verdad) o las reticencias (la circunstancia relativa al riesgo no se declara o se declara de forma parcial o equivocada), con o sin concurrencia de dolo o culpa grave, referidas al contrato de seguro van hechas también al reaseguro. Al igual que ocurre en cualquier otro contrato, esta fase contractual puede verse también afectada por la concurrencia de uno o varios vicios del consentimiento contractual (*v.gr.* dolo o error) y ello puede llegar a afectar a la validez y eficacia del propio contrato de reaseguro. No debe olvidarse que, en la sistematización del Codice Civile, el reaseguro es una sección perteneciente al Capítulo dedicado a los seguros y que el reaseguro es un contrato autónomo que implica elementos del seguro. En el ordenamiento jurídico italiano, el Artículo 1892 Codice Civile declara la anulabilidad del contrato en los supuestos en los que la declaración inexacta o la reticencia se hubiese efectuado con dolo o culpa grave y siempre que dicha impugnación se llevase a cabo dentro de los tres meses siguientes al día en que el (re)asegurador hubiese tenido conocimiento de la inexactitud o reticencia. En cambio, si no concurrió dolo o culpa grave en la declaración inexacta o incompleta del riesgo, el Artículo 1893 Codice Civile se limita tan solo a reconocer la posibilidad de que se rescinda unilateralmente el contrato mediante una comunicación al asegurado en los tres meses siguientes al día en que el (re)asegurador tuvo noticia de la declaración inexacta o reticencia. Otros efectos previstos por el Codice Civile, en relación con los supuestos descritos anteriormente, se resumen en: i) el reconocimiento del Derecho al reasegurador sobre las primas correspondientes a aquellos periodos en curso en el momento en el que se insta la anulación del contrato y, en todo caso, a la prima anual siempre que hubiese mediado dolo o culpa grave, ii) y la reducción proporcional de la prima cuando el siniestro hubiese tenido lugar con anterioridad a la declaración efectuada sin dolo o culpa grave. En concreto, la suma adeudada responderá a la diferencia entre la prima acordada y aquella que se hubiese aplicado si se hubiera tenido un conocimiento verdadero del estado de las cosas.

---

<sup>48</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 428, para la autora puede constituir también una omisión del deber de declarar la agravación del riesgo.

<sup>49</sup> CAPOTOSTI R. A., «La riassicurazione marittima nei rapporti fra le parti» (Nota a Sentenza Tribunale Trieste 5 febbraio 1959, *Il Foro Italiano*, Volumen 82, Número 6, 1959, p. 1058; FERRARINI S., «Sulla descrizione del rischio nella riassicurazione facoltativa», *Assicurazioni*, 1959, Parte Seconda, p. 317 considera absolutamente pacífica la aplicación al reaseguro de las disposiciones particulares del seguro (Artículos 1892 y 1893 Codice Civile); MARESCA G., «La natura giuridica del contratto di assicurazione e la tutela dell'assicurato nelle assicurazioni marittime», *Assicurazioni*, 1978, Anno XLV, Parte Prima, pp. 256-259 y BUTTARO L., «Riassicurazione», *Enciclopedia Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 385.

El ordenamiento jurídico español adopta una solución similar a la expresada en el Codice Civile con anterioridad. Las consecuencias de la inexactitud o reticencia en la declaración del riesgo se recogen en el Artículo 424 LNM para el seguro marítimo y en el Artículo 10 LCS para el contrato de seguro en general. En sede de reaseguro, no está previsto expresamente este deber o carga precontractual. Los autores especializados<sup>50</sup> no tuvieron reparo en defender la aplicabilidad de los preceptos generales de la LCS al reaseguro marítimo sobre este particular cuando todavía no se había promulgado la LNM así como en recordar en todo momento el carácter no imperativo de los mismos. Ambos preceptos vienen a declarar, de forma prácticamente idéntica, el Derecho del (re)asegurador a resolver o rescindir el contrato mediante una declaración dirigida al asegurador-reasegurado pero, a diferencia de la regulación italiana, el periodo para efectuarlo se ve limitado a un mes a contar desde el día en que tuvo conocimiento de la reticencia o inexactitud de la declaración efectuada con o sin dolo o culpa grave. En España, existe un régimen basado en el criterio del dolo o de la culpa pero no se encuentra tan diferenciado y ordenado como el que existe en Italia aunque ello no impide concluir que, en todo caso, el (re)asegurador se vea liberado legalmente del pago de su prestación si medio dolo o culpa grave (cualquiera de ellas deberá ser probada por el reasegurador, en virtud del Artículo 2697 Codice Civile). El Legislador español también coincide en reconocerle el Derecho a percibir las primas relativas al periodo en curso en el momento de la resolución cuando hubiese mediado dolo o culpa grave y el Derecho a reducir proporcionalmente la prestación del reasegurador a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la entidad del riesgo cuando el siniestro hubiese sobrevenido antes de que transcurra un mes o antes de que el reasegurador hubiese tenido conocimiento de inexactitud o reticencia.

El Legislador italiano incluyó, con gran acierto, una previsión en el último apartado del Artículo 1892 Codice Civile para aquellos supuestos en los que, existiendo más de un asegurado u objeto, la inexactitud o reticencia en la declaración se hubiese producido respecto de uno solo de ellos y permaneciendo inalterado el contrato respecto de los mismos.

La declaración de los riesgos así como de las circunstancias (objetivas y subjetivas) que delimitan a los mismos tendrá lugar, con carácter principal, en el momento anterior al perfeccionamiento y al nacimiento del contrato pero no se agota ahí sino que subsiste y despliega su virtualidad con posterioridad a la conclusión del reaseguro y a lo largo de la vida del mismo. Este deber de información permanece durante toda la vigencia del contrato de reaseguro, con independencia de la modalidad que revistan<sup>51</sup>. El asegurador-reasegurado no podrá omitirle al reasegurador ningún dato del que pudiese llegar a tener

---

<sup>50</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 611. En contra, ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 226, quien considera que «las consecuencias previstas en el Artículo 12.2 LCS no se adecuan, en principio, al funcionamiento de los contratos de reaseguro, debido a que la agravación del riesgo reasegurado tiene escasa importancia en los mismos».

<sup>51</sup> A diferencia de los reaseguros no proporcionales en los que se establece un sistema de envío de borderós referido únicamente a los siniestros, en los reaseguros de excedentes (proporcional) el envío de borderós va referido a las primas y a los siniestros a fin de que el reasegurador tenga un conocimiento actualizado y preciso. En la actualidad, el objetivo es el control de los cúmulos y el envío suele producirse a través de la vía electrónica. HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 103 incluye expresamente a los tratados de reaseguros entre las modalidades sujetas a dicho deber.

conocimiento por cualquier vía acerca de la valoración inicial de los riesgos y que influya en la agravación de los mismos durante la vigencia del contrato de reaseguro y, consecuentemente, repercuta en la cobertura reaseguradora. El reasegurador tiene que ser informado sobre todo cuanto concierne al contrato de seguro marítimo dado que «sigue la suerte» del asegurador-reasegurado. Así lo demuestra específicamente el párrafo segundo del Artículo 78 LCS al expresar que el asegurador-reasegurado deberá comunicar, en la forma y en los plazos establecidos en el contrato, al reasegurador todas las circunstancias que agraven el riesgo, es decir, «*las alteraciones y modificaciones de la suma asegurada, del valor del interés, y, en general, de las condiciones del seguro*» (marítimo), sin que la Ley señale las consecuencias jurídicas que conlleva su inobservancia. Sobre esta comunicación PÉREZ-SERRABONA advierte de la necesidad de incluir en la póliza la forma y los plazos de comunicación citada<sup>52</sup>.

El objetivo que se pretende conseguir es que el reasegurador, con base en esas actualizaciones informativas, pueda adoptar las medidas oportunas o modificar el contrato de reaseguro en la medida y con la extensión que se le haya reconocido expresamente. Este deber de comunicación de las circunstancias agravantes o modificativas del riesgo durante el periodo de ejecución del contrato también se encuentra presente en el seguro marítimo y está expresamente previsto en el Derecho español (Artículo 423 LNM y Artículo 11 LCS) cuando las circunstancias del riesgo se ven modificadas. Sin embargo, la agravación del riesgo no dependiente del asegurado, no tiene relevancia para la tradición jurídica-marítima italiana. El Artículo 1898 Codice Civile se refiere a la agravación del riesgo y, para FERRARINI, el precepto contiene un régimen que no resulta de aplicación al seguro marítimo dado que no responde a las exigencias y a la realidad del seguro marítimo<sup>53</sup>. En cambio, el Artículo 522 Codice Navigazione alude a la transformación o agravación del riesgo debido al asegurado y el Artículo 523 Codice Navigazione disciplina tres hipótesis clásicas de cambio del riesgo en el seguro marítimo. Sobre esta cuestión nos volveremos a centrar más adelante en un apartado concreto. En cambio, la doctrina italiana sí entiende aplicable la disciplina sobre la agravación del riesgo contenida en el Artículo 1898 Codice Civile al contrato de reaseguro<sup>54</sup>. La prohibición de agravar el riesgo, una vez determinado por las partes, es un principio que se encuentra presente en la totalidad de contratos de seguros. Sin embargo, dicha prohibición reviste en el reaseguro una connotación especial porque mientras que el asegurado tiene una relación directa con la cosa asegurada en los seguros de daños originarios, en el reaseguro «el riesgo reasegurado depende causalmente del riesgo asegurado sobre el que la disponibilidad del reasegurado es más limitada»<sup>55</sup>. La posibilidad de agravación del riesgo también puede derivar de la

---

<sup>52</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza...*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>53</sup> FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>54</sup> DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Milano, 1951, p. 191 defienden que, en la conclusión del contrato el asegurador-reasegurado, deberá realizar una exacta declaración del riesgo al reasegurador y mantenerlo informado en caso de agravamiento del riesgo; y consideran de aplicación la disciplina legal contenida en el Codice Civile (Artículos 1892 y 1893; Artículo 1898). También BUTTARO L., «*Riassicurazione*», *op. cit.*, p. 387 señala que el asegurador-reasegurado «è tenuto, ed è questo un ulteriore onere su di lui gravante, a comunicare al riassicuratore tutte le cause di aggravamento del rischio (da lui assunto) di cui sia comunque venuto a conoscenza».

<sup>55</sup> BROSETA PONT M., *El contrato de reaseguro*, Ed. Aguilar, 1961, p. 170.

posibilidad del asegurador-reasegurado de modificar las condiciones contractuales del seguro originario. Esta obligación de evitar un incremento del riesgo vendrá dada en la medida de las posibilidades del asegurador-reasegurado.

### **2.1.2 Comunicar la parte de riesgo no transferida**

Las comunicaciones o descripciones veraces y completas garantizan una adecuada información que permiten al reasegurador un seguimiento de la evolución del negocio. En la mayoría de las ocasiones, la declaración de todas las condiciones y cláusulas del contrato de seguro no podrán ser reveladas por el asegurador-reasegurado sino solo las más importantes y, entre ellas, la comunicación de la parte de riesgo no cedida será también determinante.

En virtud del principio de libertad de transferencia del riesgo, el asegurador-reasegurado es libre para reasegurar la totalidad o una parte de los ramos de seguros que ha asumido y gestiona pero sin que ello suponga normalmente la revelación de los motivos que le llevan a acudir a dicho mercado. Una parte de la doctrina coincide en señalar que el asegurador-reasegurado tiene el deber de comunicar, en tiempo hábil, la parte de riesgo retenida por él<sup>56</sup> así como la transferida al reasegurador.

El primer fundamento de este deber de comunicación se encuentra en el principio de conservación parcial del riesgo. En el reaseguro, la retención por parte del asegurador-reasegurado de una porción del riesgo constituye la esencia del propio negocio jurídico. Además, con esta retención se justifica no sólo una motivación en que el siniestro no se produzca sino también una implicación activa y diligente del propio asegurador-reasegurado en el cumplimiento de los restantes deberes y obligaciones. Tal y como quedó expresado al inicio, para que el reaseguro cumpla su función original es necesario que el asegurador-reasegurado retenga la parte del riesgo acorde con su capacidad financiera porque, de lo contrario, nos situaríamos ante una operación especulativa o

---

<sup>56</sup> PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 118 y 121 señala que, junto a la declaración del riesgo, puede comunicarse el pleno. PERSICO C., «La reticenza nel contratto di riassicurazione», *Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Volumen II, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1931, p. 72 precisa que, a falta de pacto en contrario y salvo las peculiaridades de casos individuales, el contrato de reaseguro singular debe presumirse estipulado con la obligación del asegurado-reasegurador de conservar por cuenta propia una parte del riesgo. CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 254 y pp. 261-262 reclama la denuncia por parte de los aseguradores-reasegurados de los reaseguros parciales precedentes cuando éstos conserven una parte del riesgo y declara la anulabilidad del contrato cuando el reasegurador demuestre que la reticencia influyó sobre la opinión del riesgo; el asegurador-reasegurado no comete reticencia culpable alguna cuando el reasegurador encubra su participación en el reaseguro total. FERRARINI S., «Sulla descrizione...», *op. cit.*, p. 320 señala que, según una correcta técnica, se deberá comunicar al reasegurador además de los datos relativos a la cosa asegurada y a las condiciones del seguro, también el premio, el valor total asegurado, la suma suscrita por el asegurador-reasegurado y la cuota de retiene éste último después de efectuar el reaseguro. Y advierte que la descripción de la cosa asegurada es incompleta por la remisión a «las condiciones originales del seguro» que se estipula en la cláusula. LASHERAS-SANZ A., «Acerca de la naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLVII, 1963, p. 1064 emplea la expresión «prevenir a su reasegurador» y coincide en que el asegurador-reasegurado informe definitivamente sobre la ultimación y perfección del contrato de seguro y de la transferencia concreta del riesgo. DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato de reaseguro y la jurisprudencia», *Revista Española de Seguros*, Numero 96, 1998, p. 625 revela que, en la práctica, el asegurador-reasegurado tan solo declara el «monto deseado de la retención».

mediadora que desnaturalizaría el reaseguro y evitaría que desplegase sus funciones. El reaseguro es una pieza más de un sistema de distribución y propagación del riesgo que tiene que actuar conjuntamente con el seguro y con la retrocesión y nunca como recurso aislado.

El segundo fundamento de esta comunicación se encuentra en la revelación de la circunstancia anterior, es decir, en la necesidad de que el reasegurador tenga conocimiento exacto y completo de los riesgos que asume para el diseño de su propia estrategia técnica y comercial. En particular, el contacto le permitirá al reasegurador examinar si su pleno es rebasado y, en caso de que así sea, descargar una parte del riesgo por medio de la retrocesión. Este deber será trasladado conjuntamente con el de declaración exacta del riesgo y su naturaleza sobre el que recae con el fin de componer una imagen íntegra al reasegurador que le permita decidir si asumir el riesgo o no y, de hacerlo, en qué medida y condiciones. Pese a la afirmación mantenida de que el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado son absolutamente diferentes, el reasegurador debe de tener un conocimiento de todos aquellos aspectos particulares sobre el riesgo asegurado que incidan directa o indirectamente en el contrato de reaseguro.

El cumplimiento exacto y puntual del deber de declaración del riesgo asegurado no transferido implica también consecuencias en la retrocesión. El reasegurador tiene también el deber de declarar la situación, la procedencia y la condición en la que se sitúa con respecto al riesgo reasegurado. Este deber forma parte igualmente del contenido contractual al que queda sujeto el reasegurador en la retrocesión y evitará que, si en el negocio interviene una entidad que opera tanto en el ramo del seguro como en el del reaseguro, en el contrato se silencie que se trata de una retrocesión.

### **2.1.3 Comunicar cualquier cambio o modificación**

En virtud del principio de máxima buena fe y del principio de comunidad de suerte o de destino del reaseguro, el asegurador-reasegurado deberá comunicar a la otra parte contratante cualquier acontecimiento que, recayendo sobre el contrato de seguro originario, tenga repercusión directa e inmediata en el contrato de reaseguro o suponga cualquier tipo de modificación en los riesgos asumidos por el asegurador-reasegurado. Entre los cambios o modificaciones podemos citar, a título de ejemplo, las agravaciones y las disminuciones del riesgo, las eventuales anulaciones que puedan tener lugar, las alteraciones y modificaciones de la suma asegurada o del valor del interés, y la enajenación de la cosa asegurada.

La exigibilidad de este deber de comunicación deriva del acuerdo que alcanzan las partes sobre él y que la inclusión del mismo en la gran mayoría de contratos lo convierten en parte del contenido propio del reaseguro. Cuando las cláusulas que establecen un deber de información referente a las modificaciones relativas al seguro originario tengan un origen convencional tendrán que perseguir la cooperación y, en ningún caso, la cesión de asuntos personalísimos o inherentes a su misión asegurativa<sup>57</sup> porque desnaturalizaría o distorsionaría el sentido del reaseguro.

---

<sup>57</sup> JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 113. En igual sentido, ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización...*, *op. cit.*, p. 58.

La mayoría de la doctrina<sup>58</sup> española e italiana coincide en señalar que, en aras a la transparencia negocial y dada la proximidad a los riesgos originarios y a las reclamaciones directas, el asegurador-reasegurado debe observar una conducta de máxima buena fe y confianza recíproca en sus relaciones y negociaciones con el reasegurador una vez que el contrato de reaseguro ha sido perfeccionado y durante toda la vigencia del mismo. A las motivaciones anteriores, el Profesor MOSA añade la función de equilibrio y de justicia entre ambos contratos así como la buena dirección de la empresa<sup>59</sup>.

En España, la discusión acerca de este deber es mínima en tanto que aparece enunciado expresamente entre las disposiciones dedicadas al reaseguro y configurado, por tanto, como deber legal. En concreto, el párrafo segundo del Artículo 78 LCS dispone que el asegurador-reasegurado tiene que comunicar al reasegurador «las alteraciones y modificaciones de la suma asegurada, del valor del interés, y, en general, de las condiciones del seguro» (marítimo, en nuestro caso). La LCS emplea una fórmula abierta al referirse a cualesquiera modificaciones en las condiciones del seguro con el objetivo de hacer transparentes aquellos cambios respecto de los cuales el reasegurador permanece en situación de ignorancia si no son revelados a través de una mera «mera puesta en conocimiento posterior a la realización»<sup>60</sup> por parte del asegurador-reasegurado. Esta puesta en conocimiento trae causa del deber legal que el apartado segundo del Artículo 423 LNM impone al tomador del seguro marítimo o asegurado de comunicar «todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por (el asegurador) en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas». La modificación que pueda producirse en el riesgo conllevará una alteración en la cuantía de la prestación principal correspondiente al reasegurador (prima<sup>61</sup>), en la organización del asegurador-reasegurado y en las condiciones del contrato de seguro y de reaseguro marítimo. La comunicación deberá efectuarse en tiempo hábil, es decir, dentro de los plazos pero también en los términos y en las condiciones señaladas de común acuerdo entre las partes contratantes. Sin enunciar una verdadera obligación ni prever el alcance o las consecuencias del incumplimiento de este deber, el Legislador español se ha

---

<sup>58</sup> BENITEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado de Seguros*, Volumen III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 397; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 385 enfatiza además que el asegurador-reasegurado «abbia l'onere di rendere edotto il riassicuratore su tutte le circostanze idonee ad influire sulla probabilità del verificarsi dell'evento a lui comunicare dal proprio assicurato o comunque a sua conoscenza»; FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 62 señala que, en el reaseguro, es necesario un intercambio de comunicaciones basado en la confianza recíproca entre asegurador-reasegurado y reasegurador; SÁNCHEZ CALERO F., «Sección 10ª. Reaseguro», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 1419-1423. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 567-573; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 637 en el mismo sentido y cita la interposición de acciones por incumplimiento del deber contractual de máxima buena fe en el Derecho angloamericano.

<sup>59</sup> MOSSA L., «Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni», *Assicurazioni*, 1953, Anno XX, Parte Prima, p. 158.

<sup>60</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>61</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 176 justificó que las modificaciones del riesgo pueden modificar el aumento o disminución de la prima del reaseguro en el hecho de que «uno de los elementos que la determinan es precisamente el grado de posibilidad, cuantía y duración del riesgo reasegurado».

limitado a reclamar la presencia necesaria de esta comunicación en el reaseguro dejando libertad al asegurador-reasegurado y al reasegurador para que acuerden cuantos aspectos resulten de interés para que pueda operar en el contrato. La liberación de la responsabilidad del reasegurador se hace depender de los límites generales que se establecen al principio de «seguir la suerte del reasegurado» que cesa en aquellos supuestos en los que el asegurador-reasegurado actúa con mala fe<sup>62</sup>.

En Italia, las disposiciones referidas al reaseguro no contienen ninguna referencia al deber de comunicar al reasegurador cualquier tipo de modificación que pueda tener lugar. Por su parte el Codice Navigazione se refiere a los casos de transformación o agravación del riesgo en el seguro marítimo. De manera análoga al deber legal contemplado en la LNM española, el Artículo 522 Codice Navigazione exime de responsabilidad al asegurador cuando el asegurado haya producido una modificación del riesgo con una entidad suficiente que «se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non l'avrebbe dato alle medesime condizioni». El Derecho italiano de seguros sí contiene inequívocamente este deber informador una vez perfeccionado el contrato y con posterioridad al mismo. En particular, el Codice Civile disciplina los supuestos de cesación, disminución y agravación del riesgo en los Artículos 1896, 1897 y 1898 respectivamente. El supuesto de cesación del riesgo supone la disolución del vínculo jurídico que une a ambas partes y tanto el asegurador como el reasegurador conservan el derecho de percibir las primas hasta que se les comunique dicho hecho o hasta que los mismos tengan conocimiento de ellos por otros medios. Una solución distinta prevé el Legislador italiano para el caso de que los cambios que dan lugar a la disminución del riesgo -habiendo sido conocidos- hubiesen dado lugar a una prima inferior puesto que el asegurador o el reasegurador tendrán la facultad de desistir, respectivamente, el contrato de seguro o reaseguro con efectos a partir del mes siguiente a la declaración unilateral de desistimiento. El asegurado y el asegurador-reasegurado tendrán la obligación de comunicar inmediatamente aquellos cambios que supongan una agravación del riesgo de tal entidad que, si hubiesen sido conocidos en el momento de la conclusión del contrato, éste no se hubiese celebrado o se habría hecho con una prima más elevada. En virtud de cualquiera de las dos causas anteriores, el asegurador -y, en su caso, el reasegurador- tendrán un derecho de desistimiento que podrán ejercitar mediante una comunicación por escrito dentro de un mes a partir del mes siguiente a aquel día en el que se dio el aviso o se tuvo conocimiento de la agravación del riesgo. También, el Codice Civile les reconoce el derecho a retener las primas correspondientes al periodo en curso cuando realizan la declaración de desistimiento.

Las agravaciones que tengan lugar en el riesgo asegurado tienen repercusión también en el riesgo reasegurado y, en virtud de esa proyección, el reasegurador debe ser informado al respecto. Y viceversa. Si bien es cierto que la LCS sólo se refiere a aquellas circunstancias relativas al seguro directo y que este deber en el reaseguro

---

<sup>62</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 721.

marítimo incidirá con mayor frecuencia en la relación del asegurador-reasegurado hacia el reasegurador no descartamos también que la carga deba recaer también sobre cualquier hecho de relevancia que guarde relación con el reasegurador (*v.gr.* disminución de las reservas matemáticas, garantías, previsión de insolvencia...) y que se deje constancia por escrito en tal sentido.

Una modificación importante que obliga a su comunicación es también la que se refiere a los reaseguros celebrados con posterioridad. El asegurador-reasegurado tiene también el deber de comunicar al reasegurador todos los reaseguros que se concluyen con anterioridad y simultáneamente al reaseguro sobre el mismo riesgo que les une. Se trata de una información que resulta de interés para el reasegurador porque -conociendo esta circunstancia- le permitirá conocer la verdadera parte de riesgo que el asegurador-reasegurado retiene para sí. Si el asegurado comunica al asegurador-reasegurado la conclusión de seguros simultáneos o posteriores estipulados sobre el mismo riesgo e interés, dicha comunicación debe ser trasladada igualmente al reasegurador. El Profesor NAVARRINI explica detalladamente que el asegurador-reasegurado tiene, en particular, la obligación de comunicar al reasegurador «con note di applicazione dettagliate» los seguros asumidos y eleva dicha obligación a principio regulador del contrato de reaseguro<sup>63</sup>. Este deber responde a un principio de Derecho del seguro y a una disposición característica de los seguros contra daños por el que el asegurador y el reasegurador tienen que conocer en todo momento y con exactitud el riesgo que ha asumido. La misma justificación por la que esta comunicación tiene lugar en el seguro se reproduce en el reaseguro.

#### **2.1.4 Abonar la prima**

En virtud del carácter bilateral, sinalagmático y oneroso del contrato de reaseguro, el asegurador-reasegurado tiene la obligación principal de pagar la prima al reasegurador como contraprestación por la asunción del riesgo y la cobertura que éste último presta. Es, por tanto, una deuda de dinero y una prestación indivisible<sup>64</sup> presente en cualquier contrato de seguro y de reaseguro.

La legislación española e italiana dedicada al reaseguro no hacen alusión alguna a esta obligación contractual fundamental y dejan la disciplina de la misma al arbitrio de las partes contratantes. El asegurador-reasegurado y el reasegurador tienen plena libertad para determinar de común acuerdo la cuantía de la prima o el método de cálculo para la fijación de la misma. En la mayoría de contratos de reaseguro marítimo, la prima suele calcularse sobre la suma reasegurada y sobre la cuantía económica correspondiente a la prima neta (importe total con descuento o bonificación de los gastos por conceptos de gestión, comisión u otros) del seguro marítimo. La justificación del cálculo de la prima del reaseguro sobre la cantidad que representa la prima neta de

---

<sup>63</sup> NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. III., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920, p. 311.

<sup>64</sup> GARRIGUES J., *Curso de Derecho mercantil*, Volumen II, Imprenta S. Aguirre, Madrid, 1940, p. 392. El autor fija el significado del carácter indivisible y aclara que el mismo no comporta el pago de la prima en una sola vez sino que, desde que comienza el riesgo para el asegurador o reasegurador, la prima es pagadera por entero sin que la misma disminuya si disminuye el riesgo y sin que se dispense si desaparece el riesgo.



ese seguro originario radica en que «ésta se establece fundamentalmente sobre el riesgo asegurado, y como es éste un presupuesto causal del riesgo reasegurado, la dependencia o relación entre ellos justifica la dependencia o relación entre las primas»<sup>65</sup>. No obstante, el pago de la prima no es requisito indispensable para que surta efecto el contrato de reaseguro, a menos que la vigencia del mismo se supedite a la previa satisfacción del precio del reaseguro<sup>66</sup>.

La naturaleza técnica y jurídica del reaseguro como contrato de seguro también puede manifestarse -sin carácter exclusivo y obligatorio- en la dependencia y correspondencia económica entre las primas de ambos contratos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 expresó que el reasegurador «mediante la cesión de parte de las primas que percibe el asegurador, se hace cargo de determinada porción de los riesgos que él habría de cubrir». En algunas ocasiones, los reaseguradores suelen determinar y proponer directamente tarifas de primas más ventajosas que permiten al asegurador-reasegurado obtener un beneficio por la diferencia entre las primas cobradas y las que tiene que pagar<sup>67</sup>. En los mencionados supuestos anteriores, el asegurador-reasegurado cede al reasegurador solo una proporción de la prima original cuando la protección del reasegurador se dirige a una parte de los riesgos suscritos; esa disminución de la prima que se entrega al reasegurador se traduce en una comisión o «costo de adquisición» y se justifica en la compensación al asegurador-reasegurado para hacer frente a la serie de gastos necesarios para la obtención de los negocios<sup>68</sup>. La prima reasegurada está integrada por dos partidas y una retención<sup>69</sup>:

i) La primera porción representa la compensación del riesgo que asume el asegurador y la duración del contrato de seguro.

ii) La segunda porción se identifica con la compensación de los gastos de organización o gestión del asegurador y sus ganancias.

iii) El asegurador-reasegurado retendrá un importe sobre la prima calculada para pagar los gastos de gestión del riesgo reasegurado por él soportado íntegramente y para compensar los riesgos reasegurados sin intervención del reasegurador.

El pago de las primas se llevará a cabo según los términos, la forma y los medios previstos en el contrato o póliza de reaseguro. La diferencia de esta obligación con respecto al seguro radica en el modo de ejercitar su cumplimiento. Para efectuar la obligación de pago de la prima en el reaseguro suele celebrarse generalmente un

---

<sup>65</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 113. También defienden el cálculo sobre la prima neta: PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 126; HORS Y BAUS P., *Tratado de los seguros de transportes marítimos, terrestres, de valores y aéreos*, Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1945, p. 53; DONATI A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Terzo, Giuffrè Editore, Milano, 1952, p. 490 también justifica el recurso a la prima neta del seguro directo como base de cálculo de la del reaseguro «dato che l'entità del rischio del riassicurato viene a coincidere con la entità del rischio dell'assicurato»; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>66</sup> BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 387 señala que suele ser frecuente la inclusión de cláusulas en virtud de las cuales la eficacia del contrato no se subordina al pago de la prima sino que suele regularse las relaciones de crédito y débito de la cuenta corriente. Igualmente, ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 553.

<sup>67</sup> FARINA F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 343.

<sup>68</sup> SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>69</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 159.

contrato de cuenta corriente mercantil<sup>70</sup> al mismo tiempo que se perfecciona el contrato. Una prueba de la práctica generalizada de este sistema es la referencia contenida en el propio Artículo 78 LCS. La cuenta corriente puede ir incluida en el contrato o separada del mismo pero casi siempre se articula como soporte jurídico, contable y liquidatorio para el abono y adeudo de los créditos recíprocos (primas e indemnización) derivadas del reaseguro. Dado que el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado son distintos, la falta de pago del primero no tiene que comportar la del segundo, salvo que el premio del reaseguro vaya ligado expresamente a la prima del seguro. Reiteramos la absoluta independencia de las obligaciones en uno y otro contrato. No obstante, conviene discernir distintos supuestos en el reaseguro y precisar el alcance de esta obligación:

i) En el caso de que el reaseguro sea simple, el asegurador-reasegurado se encuentra obligado a pagar la prima desde que se perfecciona el contrato y, en general, no tendrá Derecho a la indemnización si no la ha abonado con anterioridad al siniestro. El reasegurador podrá oponerse alegando el impago de las primas mediante la *exceptio non adimpleti contractus*.

En la legislación marítima española, las dos consecuencias previstas ante la falta de pago de la prima, de alguna de las fracciones de prima o de las primas periódicas del seguro marítimo son la posibilidad de que el asegurador resuelva el contrato o la de suspensión de los efectos del mismo hasta que se abonen dichos conceptos (Artículo 425.2 LNM). Los efectos anteriores también son previstos para los seguros de daños (Artículos 14 y 15 LCS) pero los recursos del asegurador no se ven limitadas a ambas opciones puesto que podrá también exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva ya que el Artículo 517.2.5º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil declara que las pólizas de los contratos mercantiles firmadas por las partes constituyen título que lleva aparejada ejecución. La resolución del seguro marítimo o la suspensión de su cobertura sólo tendrán efecto únicamente en el mes siguiente al requerimiento de pago de la prima al tomador (en principio, durante dicho periodo el contrato continua vigente y despliega sus efectos). Sin embargo, tratándose de la falta de pago de la prima única, de la primera fracción de prima o de la primera de las primas periódicas, el asegurador no responde de los siniestros acaecidos antes del pago, aunque todavía no haya mediado

---

<sup>70</sup> DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, p. 491; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 702 también hacen alusión a la previsión contractual de una cuenta corriente entre las partes contratantes del reaseguro; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Régimen de liquidación de las cuentas de siniestros y provisiones técnicas al término del reaseguro. Trascendencia en los seguros de responsabilidad civil», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994, p. 546 expresa, con cita a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1946 y 7 de marzo de 1974, que se produce una recíproca concesión de crédito entre las partes al aplazar la exigibilidad de los créditos aislados de cada una y quedar indisponibles hasta que, al cierre de la cuenta, opere la compensación entre aquellos y se fije el saldo de la cuenta que entonces pasa a ser exigible; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 106 señala que la particularidad de la forma de satisfacer la prima en el reaseguro recae sobre la cuenta corriente; ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización...*, *op. cit.*, p. 43 señala también que la liquidación de primas, comisiones, siniestros y provisiones técnicas se lleva a cabo mediante el establecimiento de un contrato de cuenta corriente, siendo tan solo exigible el saldo resultante de la compensación; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 394 lo justifica en que, en el reaseguro, «la compensazione costituisce uno strumento abituale di sistemazione dei reciproci rapporti di dare e avere».

requerimiento de pago. El régimen contemplado en la LNM tiene un carácter más directo que el recogido en la LCS. En virtud del Artículo 15 LCS, el asegurador tiene también derecho a resolver el contrato, a exigir el pago de la prima debida o a suspender la cobertura un mes después del día de su vencimiento pero, además, se prevén particularidades en la LCS como el hecho de que si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido, la exigencia solamente del pago de la prima del periodo en curso cuando el contrato esté en suspenso, la recuperación de la cobertura a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima... etc. Si, finalmente, el impago de la prima del seguro marítimo comporta la extinción del contrato, el asegurador-reasegurado tendrá derecho a recibir la extorno correspondiente a la prima por el tiempo en que el reasegurador no ha soportado el riesgo.

Recordamos que resultan de aplicación, por vía analógica, las disposiciones generales del contrato de seguro del Codice Civile y, entre ellas, el Artículo 1901 de citado texto regula el impago de la prima. En particular, el Derecho italiano contempla la resolución del contrato si no se produce el pago de la prima y prevé que la suspensión de la cobertura o la resolución automática del contrato si, dentro de los seis meses siguientes al vencimiento, el asegurador no toma las medidas para cobrar la prima o las cuotas de ella. Sin embargo, dado el carácter específico de la norma, no se considera de aplicación al reaseguro<sup>71</sup>.

En cuanto al lugar del pago de la prima y siempre que no se hubiese determinado ninguno en la póliza del reaseguro, tanto la LNM como la LCS entienden que debe realizarse en el domicilio del tomador del seguro pero, teniendo en cuenta las dudas y complicaciones que ello puede suponer en el reaseguro, defendemos que dicho criterio sirva sólo con una función interpretativa para las partes.

ii) En el caso de que el reaseguro se celebre en forma general o por tratado, el asegurador-reasegurado tendrá la obligación de abonar la prima que se efectúa por cada uno de los riesgos o de las relaciones de reaseguro que se aplican al convenio. La complejidad y peculiaridad de esta operación hace necesaria establecer una periodicidad y un sistema de registro contable que se logra a través de la creación de una cuenta de reaseguro o cuenta corriente mercantil creada al efecto en el contrato para facilitar la administración de todas las relaciones derivadas de aquel<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> BOGLIONE A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 239.

<sup>72</sup> BROSETA PONT M., *El contrato..., op. cit.*, p. 160 justifica la creación de una cuenta corriente en el reaseguro estipulado por tratado dado «el gran número de relaciones crediticias recíprocas que nacen de él al serle aplicado un gran número de seguros» y, describiendo la mecánica de la misma, expresa que las obligaciones que surgen para cada una de las partes no se abonan y adeudan en la cuenta sino que se espera al momento estipulado para liquidar el saldo por lo que las obligaciones de las partes no se entienden cumplidas por la simple anotación en la cuenta sino por el pago efectivo del saldo resultante en el momento señalado. HILL PRADOS M. C., *El reaseguro, op. cit.*, p. 106 afirma que el recurso al contrato o pacto accesorio resulta «prácticamente imprescindible». SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato..., op. cit.*, pp. 371-371 también justifica la cuenta corriente mercantil en el reaseguro por tratado como el mejor sistema contable que permite reflejar la cesión de la prima proporcional correspondiente a cada póliza, la comisión respectiva pactada con el reasegurador por el negocio transferido o la parte proporcional del reasegurador en cada siniestro. GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro..., op. cit.*, p. 636 cita, además de las anteriores, el ajuste de las reservas de primas, los intereses y los impuestos

En aquellos supuestos en los que el reaseguro revista la modalidad de tratado general de reaseguro obligatorio para ambas partes, el asegurador-reasegurado tiene generalmente la obligación conjunta de pagar la prima y remitir oportunamente al reasegurador las declaraciones de alimento o aplicación al tratado en la forma que éste establezca<sup>73</sup>. La declaración de alimentos es la comunicación del asegurador-reasegurado al reasegurador de cada uno de los contratos de seguro directo que se aplican al tratado de reaseguro cuya finalidad es individualizar cada riesgo aplicable y conocer el valor reasegurado<sup>74</sup>. La naturaleza y forma de efectuarse depende de cada tratado pero en los obligatorios se convierte en una verdadera obligación.

El Artículo 2952 Codice Civile señala el término de un año para el pago de la prima y de dos años para los restantes derechos derivados del contrato de reaseguro. El problema se plantea en los contratos de reaseguros estipulados junto a un contrato de cuenta corriente en cuanto al término de prescripción para el reconocimiento del saldo, la opinión común es que se aplica el término bienal en cuanto se trate de créditos que provengan de distintos contratos de seguros<sup>75</sup>. Según el Artículo 1952.4 Codice Civile el término empieza a computarse desde el momento del plazo individual.

### 2.1.5 Comunicar los siniestros

El asegurador-reasegurado ocupa una doble posición porque actúa como asegurador en el contrato de seguro y como asegurado en el contrato de reaseguro y es precisamente su doble condición en dichas relaciones jurídicas la que le lleva a cumplir determinadas conductas especiales. La plena colaboración es esencial de cara a la buena gestión del negocio y de la liquidación.

Entre las obligaciones o deberes que atentan directamente contra su posición se encuentra la de comunicación<sup>76</sup> del siniestro en la medida en que éste le lleva a

---

como reservas como ejemplos adicionales del cúmulo de obligaciones recíprocas de pago entre asegurador-reasegurado y reasegurador liquidadas a través de la cuenta corriente.

<sup>73</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78. Tipología del seguro», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 643.

<sup>74</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 130 puntualiza, además, que la declaración busca equilibrar los riesgos, juzgar cuando resulta conveniente retroceder el riesgo o cuando resulta pertinente retenerlo cubierto por contratos generales de retrocesión, compensar los cúmulos que vienen formándose etc... DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, p. 491; CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: ricerca e individuazione del tipo*, Cedam, Padova, 1970, p. 245; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 109; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 629 señala que «la "declaración de abono o alimento" es una noción propia del seguro en póliza flotante o de abono, ejemplo paradigmático de convenio normativo por el que el (re)asegurador se compromete a cubrir contra riesgos determinados todos los intereses (re)asegurables que, reuniendo los requisitos fijados en el documento contractual, quedan sometidos al riesgo y se le comuniquen oportunamente por el asegurado».

<sup>75</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 264

<sup>76</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1923, p. 278 señala que la comunicación del siniestro al reasegurador suele efectuarse en el plazo de ocho días contados a partir de la realización del siniestro, si bien admite que es un plazo frecuente en siniestros que sobrepasen una determinada suma y reconoce un plazo mensual o trimestral para siniestros de menor cuantía; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 397 la califica como obligación del asegurador-reasegurado y prefiere emplear la expresión «avisar del siniestro»; FARIÑA F., *Derecho...*, *op. cit.*, 1956, p. 343 afirma, por el contrario, que el asegurador-reasegurado «debe comunicar (...) las reclamaciones de indemnización que presenta el asegurado primitivo» y configurándolo de forma más próxima al deber («onera»); LANGLE Y RUBIO E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1959, p. 637 la califica como «obligación ordinaria» del asegurador-

indemnizar un daño y desencadena otro en su propio patrimonio. Es por ello por lo que el asegurador-reasegurado tiene el deber de avisar con prontitud al reasegurador de todos los siniestros que se hayan producido y de informarle con regularidad acerca de la tramitación, evolución y liquidación de los mismos. De la misma manera que el asegurado tiene que comunicar a su asegurador que el riesgo se ha materializado y ha provocado un daño, el asegurador-reasegurado tiene igualmente que poner en conocimiento de su reasegurador que el siniestro se ha verificado. A diferencia del seguro directo, no resulta usual que la comunicación se lleve a cabo de manera inmediata<sup>77</sup> tras la producción de siniestro y los tratados de reaseguro suelen incluir un término periódico para el cumplimiento de esta carga. Si el contrato no prevé específicamente las consecuencias del incumplimiento cabe señalar distintas soluciones para cada uno de los supuestos que pueden llegar a producirse.

Sin poder identificar el siniestro del seguro marítimo con el siniestro del reaseguro, dejamos señalado que la verificación del primero comportará inexorablemente el nacimiento del segundo. Al igual que sucede en el seguro marítimo (Artículo 426 LNM, Artículo 16 LCS; Artículos 1913 y 1915 Codice Civile), los Legisladores hacen recaer sobre el asegurado el deber de comunicar el acaecimiento del siniestro en cualquier contrato de seguro contra daños que no queda circunscrito a la mera comunicación del hecho sino también a toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. En cuanto a las diferencias, cabe señalar que el plazo previsto en la legislación española para la comunicación es de siete días contados a partir del momento en que se tenga conocimiento de que el siniestro asegurado se ha producido mientras que en la legislación italiana dicho término se ve reducido a los tres días siguientes a la verificación del siniestro o a la jornada en que se tuvo conocimiento del mismo. En cuanto a los efectos recogidos ante el incumplimiento del deber es posible distinguir distintas consecuencias; la configuración difiere en ambos países. El Legislador español prevé dos supuestos:

i) La omisión del deber de comunicación del siniestro o el retraso en el cumplimiento del mismo con dolo o culpa grave del asegurado o del tomador se sancionará con la pérdida del derecho a la indemnización para el asegurado (Artículo 426 LNM).

ii) La omisión o la comunicación tardía del siniestro con negligencia o culpa por parte del sujeto sobre el que recae este deber conllevará la obligación de indemnizar al asegurador la totalidad de los daños y de los perjuicios que se le hubiesen producido a consecuencia del incumplimiento de este deber (Artículo 426 LNM y Artículo 16 LCS). La previsión del Artículo 426 LNM impide expresamente que las partes acuerden

---

reasegurado; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 116 se refiere a ella como deber; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp.638-639 prefiere emplear el calificativo de carga para referirse a ella.

<sup>77</sup> HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 116; ESTEBAN J., «El reaseguro facultativo, un contrato imperfecto», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 23 señala, entre los ejemplos de cláusulas de reaseguro actualmente en uso en el mercado, una disposición contractual en la que el asegurador-reasegurado se compromete a dar aviso al reasegurador «tan pronto como sea posible» de cualquier siniestro que de lugar a la reclamación con cargo a la póliza original.

imponer una consecuencia más gravosa en caso de inobservancia del deber de comunicación por estas circunstancias específicas.

La Sentenza Corte di Cassazione de 25 ottobre 1978, numero 4836, determinó que «in tema di assicurazione contro i danni, l'inosservanza, da parte dell'assicurato, dell'obbligo di dare avviso del sinistro, non può implicare di per sé perdita della garanzia assicurativa». Los efectos que se verán inmediatamente expuestos se hacen con referencia a la normativa general de Derecho de los seguros pero resultan igualmente extensible al contrato de reaseguro por analogía, así lo considera también el Profesor BOGLIONE al indicar que el Artículo 1915 Codice Civile resulta aplicable al reaseguro pero solo a la obligación de aviso del siniestro y, en ningún caso, a la de salvamento<sup>78</sup>. El Legislador italiano lleva a cabo una distinción basada en la culpa y en el dolo y contempla igualmente dos casos:

i) El incumplimiento del deber de aviso con dolo del asegurado implica la pérdida del derecho a ser indemnizado (apartado primero del Artículo 1915 Codice Civile).

ii) El incumplimiento del deber de comunicación debido a la omisión culposa del asegurado supondrá una reducción de la indemnización en razón del daño o perjuicio causado al asegurador (apartado segundo del Artículo 1915 Codice Civile).

El asegurado tiene, en España (Artículo 427 LNM y Artículo 17 LCS), el deber de evitar o aminorar el daño y, en Italia (Artículo 534 Codice Navigazione y Artículo 1914 Codice Civile), la obligación de salvamento. En relación al salvamento, STIGLITZ reivindica la condición de carga y no de obligación de la misma y señala que la carga en examen tiene un límite de actuación (basta que se dedique a ello con la misma diligencia que hubiera puesto si no estuviera cubierto por el seguro)<sup>79</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2009 declara que la obligación de aminorar las consecuencias del siniestro «*no se debe confundir con el de prevención del mismo, que implica una conducta pasiva no constitutiva de actividad específica de evitar el riesgo*». La obligación de disminuir las consecuencias del siniestro no resulta coincidente con la de evitar el daño porque ambas tienen un sentido y contenido distinto. Las medidas adoptadas por el asegurado en beneficio del objeto asegurado una vez producido el siniestro en el seguro marítimo se tomarán también en favor del asegurador puesto que al disminuir el daño disminuye el monto de la indemnización. Tanto el tomador del seguro como el asegurado y sus dependientes deben emplear todas las medidas razonables a su alcance para salvar o recobrar los efectos asegurados y, en general, para evitar o disminuir el daño consecuencia del siniestro. La LNM comprende tanto la evitación como la disminución del siniestro a diferencia del Artículo 17 LCS que se refiere al empleo de los medios que el tomador o asegurado tengan a su alcance únicamente para aminorar las consecuencias del siniestro.

Y, en el reaseguro, ¿en que se concreta dicho deber? El asegurador-reasegurado debe colaborar con los asegurados en el salvamento de los objetos que hayan sido cubiertos

---

<sup>78</sup> BOGLIONE A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 624.

<sup>79</sup> STIGLITZ R. S., «El contrato de seguro en el MERCOSUR», ALTERINI A. A., (Dir.), *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 108. El autor entiende que, en el Derecho de seguros, la noción de carga hace referencia a las conductas o comportamientos de realización facultativas por parte del asegurado y establecidas en su propio interés.

por el seguro marítimo en la medida en que le resulte posible o bien debe abstenerse de realizar cualquier actuación que implique una agravación del riesgo o de las consecuencias perjudiciales del mismo. Al igual que el asegurador responde de los gastos realizados razonablemente por el tomador del seguro, el asegurado y sus dependientes en cumplimiento de este deber en particular y de los daños causados al objeto asegurado, el reasegurador abonará esos mismos importes al asegurador-reasegurado. El reasegurador se hará cargo de dichos conceptos en virtud de la aplicación de las cláusulas «*follow the settlements*»<sup>80</sup> que tratan de igualar la responsabilidad del asegurador-reasegurado con la del reasegurador. El pago se producirá siguiendo los términos fijados en el contrato y, con carácter general, la asunción de estos costes económicos procederá siempre que los gastos sean proporcionados y oportunos con independencia del resultado que haya originado el emprendimiento de los mismos. En otras palabras, los aseguradores-reasegurados tendrán derecho a la reclamación y abono siempre que hayan actuado honestamente y con la diligencia de ordenados empresarios sin que ello conlleve pagos *ex gratia*<sup>81</sup> como regla general. Todo lo anterior encuentra su justificación en el principio de máxima buena fe y en que la actuación se produce sobre los intereses que les son propios al tomador o asegurado y que, al mismo tiempo y de manera indirecta, lo son también del asegurador y del reasegurador.

Tal y como señalamos con anterioridad, la doctrina italiana se inclina por excluir dicho deber en el reaseguro y la aplicación de los preceptos legales referidos al salvamento no resulta pacífica por lo que será necesario reconocerlo y estipularlo en el contrato. La aplicación analógica del Artículo 17 LCS y del Artículo 1915 Codice Civile permite diferenciar dos supuestos concretos y coincidir en las sanciones:

i) El incumplimiento culposo de la obligación de salvamento o del deber de aminorar las consecuencias del siniestro permite reducir la prestación de indemnización del

---

<sup>80</sup> La cláusula «*follow the settlements*» obliga al reasegurador a asumir las consecuencias de la gestión que lleve a cabo el asegurador, incluidos -por ejemplo- los gastos en que incurra si decide defenderse judicialmente de una reclamación o las consignaciones que tuviera que efectuar por disposición judicial. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 318, n. 567, señala que la Sentencia *National American Ins. Co. v. Certain Underwriters at Lloyd's London* (26 de agosto de 1993) negó la existencia del deber del reasegurador de «*follow the settlements*» como uso.

<sup>81</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 640 con cita también a la Sentencia EWCA de 6 de abril 2004 en el caso *Assicurazioni Generali S.p.A. c. CGU. International Insurance Plc. et alii*. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 253-254 considera que, además de ajustarse a las condiciones establecidas en el contrato de reaseguro, los pagos *ex gratia* serán abonados por el reasegurador cuando el asegurador-reasegurado prueba que ha efectuado el pago por dicho concepto y que era responsable del pago del mismo. Esta última autora cita, entre otras muchas, la Sentencia *American Ins. Co. v. North American Co. for Property and Casualty Ins.*, 1982 donde se establece «*the reinsurers generally are not obliged to pay any share of ex gratia payments outside scope of the original policy*»; CASTRO J. L., «Límites de deber de seguir en los siniestros *ex-gratia*», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 37 señala que el reasegurador estará obligado a realizar el pago al asegurador-reasegurado en: i) aquellos siniestros discutibles en los que se llega a un acuerdo y se paga al asegurado siempre y cuando se haya actuado de buena fe ii) y, en aquellos casos en los que se sospeche que el asegurado original ha presentado una reclamación fraudulenta y siempre que el asegurador-reasegurado no haya actuado en connivencia con el asegurado.

En contra, CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: il contratto e l'impresa*, UTET, Torino, 1991, p. 141 sí defiende que pueden repercutirse al reasegurador.

asegurador y del reasegurador en la proporción correspondiente a la importancia de los daños sufridos por cualquiera de éstos dos últimos y al grado de culpa del asegurado.

ii) El incumplimiento doloso de la obligación de salvamento o del deber de aminorar los daños con el ánimo de perjudicar o engañar al asegurador o al reasegurador, conllevará que ambos queden liberados de la obligación de indemnizar.

Gracias a la comunicación del asegurador-reasegurado al reasegurador, éste podrá solicitar mayor información y, a su vez, dar traslado de ese hecho al retrocesionario en el caso de haberse contratado una cobertura a través de un contrato de retrocesión. Al igual que en el reaseguro, el acaecimiento de un siniestro no supondrá automáticamente el nacimiento de la obligación de indemnizar sino que será necesario atender conjuntamente a los hechos y a lo estipulado en el contrato de retrocesión para determinar si el riesgo que se ha materializado estaba cubierto y consecuentemente puede derivarse una responsabilidad.

### 2.1.6 Gestionar y liquidar el siniestro

Según la naturaleza y la esencia del reaseguro, la gestión<sup>82</sup> directa del riesgo corresponde al asegurador-reasegurado y junto con ella, la liquidación<sup>83</sup> del siniestro. La doctrina no lo pone en duda y se muestra pacífica con la atribución de esta obligación al asegurador-reasegurado, quien debe tramitarlos de manera ágil, profesional, imparcial, sin dejarse influenciar por situaciones fuera de cobertura y llevando la gestión como si no hubiese reaseguro y respetando el principio de no enriquecimiento<sup>84</sup>.

El correcto funcionamiento de la institución del reaseguro pasa por el reconocimiento de la dirección o gestión directa -sin que ello implique libertad absoluta y dejación total de los intereses del reasegurador- por parte del asegurador-reasegurado y ello obedece no sólo a razones de proximidad (fáctica u objetiva) al riesgo del seguro originario sino también al conocimiento que tiene del mismo en su condición de profesional idóneo para administrarlo y monitorearlo tras su valoración y aceptación<sup>85</sup>, y su condición

---

<sup>82</sup> BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 573 aprecian -de manera singular- que el asegurador-reasegurado se constituye en el gestor del siniestro; EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, pp. 53 a 55 atribuye al asegurador-reasegurado la gestión del riesgo; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 31; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, 1985, p. 697 señala que la gestión del riesgo corresponde siempre al asegurador-reasegurado; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 379 apoya sobre el principio de comunidad de intereses la facultad exclusiva del asegurador-reasegurado de gestionar íntegramente el contrato y afirma que la colaboración entre ambos es una característica propia de cualquier contrato de seguro; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 72 recuerdan que el asegurador-reasegurado gestiona directamente el contrato de reaseguro y tutela también el interés del reasegurador; ACHURRA J. y CONTRERAS O., «Las cláusulas...», *op. cit.*, p. 169 afirman que el derecho a la dirección de los negocios es una «costumbre del reaseguro internacional generalmente aceptada».

<sup>83</sup> VIVANTE C., *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 124 atribuye al asegurador-reasegurado la facultad de liquidar los daños y sitúa al reasegurador con «los ojos cerrados» en dicha operación; en la p. 498 expresa que la liquidación en el reaseguro está inspirada por la «confianza mutua». También NAVARRINI U., *Trattato...*, *op. cit.*, p. 312 se apoya en la confianza entre las dos entidades para justificar que la liquidación sea practicada por el asegurador-reasegurado.

<sup>84</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 629 y reconoce que la libertad de liquidar los siniestros conforme a su mejor juicio no incluye los pagos *ex gratia*.

<sup>85</sup> JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, *op. cit.*, p. 71.



única que le permite el acceso a toda la documentación e información necesaria para la determinación del *quantum* indemnizatorio. Este derecho del asegurador-reasegurado a la dirección de los negocios representa una costumbre del reaseguro internacional generalmente aceptada y se manifiesta en: i) la selección de riesgos y contratación de pólizas originales, ii) la administración del contrato de seguro y iii) en todo lo relacionado con la tramitación de los siniestros<sup>86</sup>.

En cuanto a la liquidación de los daños, ANGELI defiende que el reasegurador está obligado a seguir a la empresa que transfiere el riesgo porque sólo el asegurador-reasegurado tiene la más amplia discreción y puede, siguiendo su criterio, aceptar o rechazar el siniestro, liquidar *ex gratia* o acudir a los Tribunales<sup>87</sup>. En cambio, DONATI defiende que el sistema de liquidación de la indemnización es el de avería, es decir, el reasegurador «indenizza il danno con detrazione dei recuperi»<sup>88</sup>, independientemente del ramo y del hecho de que el seguro marítimo se haya liquidado mediante el sistema de liquidación por abandono<sup>89</sup>. Tal y como se acaba de señalar, la liquidación del reaseguro se presenta, cuanto menos, como una cuestión problemática que adquiere una dificultad mayor cuando se sitúa sobre el ámbito marítimo. La tradición ha mantenido distintos procedimientos especiales de liquidación en los textos legales vigentes y la configuración de algunos plantea no pocos conflictos con la auténtica naturaleza y esencia del contrato de reaseguro. En este apartado concreto nos referiremos de manera general a la liquidación del daño en el contrato de reaseguro y reservaremos más adelante un estudio detallado acerca de la operatividad de la institución del abandono como liquidación previa a la del contrato de reaseguro.

La actuación del asegurador-reasegurador tiene una trascendencia en el reasegurador, quien no puede -en ningún momento ni de ninguna forma- intervenir en la liquidación del siniestro asegurado puesto que es un sujeto totalmente ajeno al contrato de seguro y al siniestro previsto en el mismo. Una de las manifestaciones de esa repercusión puede apreciarse en el hecho de que los aseguradores se vean compelidos a comparecer en los procesos judiciales emprendidos por los asegurador y en los que los reaseguradores, pese a que no podrán intervenir, quedarán vinculados por la sentencia a efectos del cumplimiento de su obligación de indemnizar<sup>90</sup>. El reasegurador adeudará y abonará, en la proporción convenida, todos los daños pagados por el asegurador-reasegurado en relación con el contrato de reaseguro que les vincula y tendrá derecho a una acreditación documental de la liquidación de los daños por parte del asegurador-reasegurado. Con carácter general, a los reaseguradores se les exige «obrar de acuerdo con justos motivos y sin arbitrariedad, sin oponerse a ninguna liquidación del siniestro directo por ningún

---

<sup>86</sup> SOMACARRERA M., «El derecho de asistencia y las cláusulas de cooperación en los contratos y aceptaciones facultativas del reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 48. En igual sentido, GERATHEWOHL K., *Reaseguro. Teoría y práctica*, traducción de la obra realizada por DÍEZ ARIAS T., Vol. I, Ed. Reaseguros Gil y Carvajal, Madrid, 1993, p. 523 quien, además de reconocer su valor como costumbre internacional, precisa que dicha costumbre conlleva la selección de riesgos, la emisión y administración de la póliza original y el manejo de las reclamaciones.

<sup>87</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 23.

<sup>88</sup> DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, pp. 498-499.

<sup>89</sup> DONATI A., *Trattato...*, *op. cit.*, p. 490

<sup>90</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 644.

otro motivo que no se basase en la corrección de la liquidación misma»<sup>91</sup>. La doctrina discute y critica la intervención del reasegurador en la peritación y liquidación del siniestro marítimo mediante la asunción de un poder de gestión y decisión final sobre dichos procesos a través de una cláusula contractual.

Frente a aquellos reaseguros que reconocen al asegurador-reasegurado la competencia exclusiva para la liquidación del siniestro, la práctica conoce también otros escenarios. En virtud de las cláusulas de control de siniestros o también denominadas «*claims control clauses*», el reasegurador se reserva la facultad de intervenir tanto en la gestión como en la liquidación del siniestro asegurado a través de su aprobación o consentimiento antes de que el asegurador-reasegurado efectúe un pago por dicho concepto o llegue a un acuerdo final con el asegurado. La finalidad de éstas cláusulas de liquidación es «monitorizar y controlar la liquidación del siniestro y las propuestas de hacer efectiva la indemnización. Un control que obliga y hace que el reasegurado acate toda actuación efectiva por parte del reasegurador»<sup>92</sup>. En relación con los efectos que sobre el asegurado despliega esta cláusula y en el caso de que el asegurado discrepase de la liquidación, la impugnación de la misma debería realizarse dirigiendo la demanda contra el asegurador (legitimado pasivamente para ello)<sup>93</sup>. No obstante, si en un contrato de seguro se permitiese al reasegurador (tercero ajeno) intervenir en la liquidación del siniestro, asumiendo funciones del asegurador, la cláusula que recogiese dicha previsión podría llegar a declararse nula por contravenir las disposiciones imperativas recogidas en la legislación española (Artículo 78 LCS y Artículo 21.2 LOSSEAR) e italiana (Artículo 1929 Codice Civile).

Pese a la independencia contractual entre el seguro y el reaseguro, pueden pactarse otra tipología de cláusulas en virtud de las cuales se pretende llevar a cabo una cooperación estrecha entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador una vez acaecido el siniestro y se permite a éste último inmiscuirse en la liquidación del siniestro. El objetivo de éstas cláusulas («*claims co-operation clauses*») es, a diferencia de las anteriores, consentir conjuntamente y de forma única todas aquellas actuaciones que necesariamente se ven incluidas en el proceso de gestión y liquidación del siniestro hasta la extinción del contrato sin que conlleve la derogación del poder de gestión del asegurador-reasegurado. Pero también están motivadas en la necesidad de asistencia técnica del asegurador-reasegurado ante la especialidad e internacionalidad de los siniestros marítimos y posibilita que el reasegurador haga llegar a los especialistas para la evaluación y ajuste de los daños. La relevancia práctica de estas cláusulas tiene especial importancia en el ámbito marítimo y pueden derivar de una cláusula de cooperación a una cláusula de control<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 657 con cita a la Sentencia EWHC Q. B. (Comm.), de 30 de julio de 2001, en el caso *Gan Insurance Company Ltd c. Tai Ping Insurance Company Ltd*.

<sup>92</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 590.

<sup>93</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 588 y Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1999.

<sup>94</sup> ACHURRA J. y CONTRERAS O., «Las cláusulas...», *op. cit.*, pp. 183 y ss. definen la cláusula de cooperación de siniestros como «la que dispone que la compañía aseguradora/cedente deberá mantener permanentemente informado al reasegurador respecto de los avances y circunstancias de la liquidación y

### 2.1.7 Exhibir los documentos

En contrapartida al cumplimiento del contenido obligacional impuesto por el reaseguro singular o por el tratado de reaseguro y en atención también al principio de autonomía y libertad del asegurador-reasegurado de dirigir sus negocios, se estipula generalmente el deber del asegurador-reasegurado de poner a disposición del reasegurador, en los plazos y condiciones previstos, toda la documentación (contratos, libros, certificados de cobertura, registros de contabilidad, justificantes...etcétera) relativa a la operación del seguro originario y del reaseguro. Es una facultad de inspección o examen del reasegurador que habilita generalmente para la comprobación documental en el establecimiento principal del asegurador-reasegurado y que tiene como finalidad específica verificar el cumplimiento de las condiciones del contrato, el buen hacer en el ejercicio de su actividad o la diligencia apreciada en la gestión del riesgo reasegurado y en la liquidación del siniestro. En ningún caso debe extenderse «más allá del contenido propio del reaseguro que repercuta en el normal contenido de las obligaciones, cargas y derechos»<sup>95</sup>.

Este control de las obligaciones del asegurador-reasegurado suele recogerse a través de una cláusula en la póliza y está presente en la mayoría de contratos de reaseguro con independencia de que se haga uso de esta facultad o no en la práctica<sup>96</sup>. En particular, el recurso a esta cláusula es frecuente en los reaseguros estipulados por tratado porque posibilita el conocimiento de todos aquellos datos que el reasegurador no tendría la posibilidad de conocer de otro modo así como la revisión de que se han aplicado correctamente los seguros originarios y todos los elementos necesarios de los mismos (v.gr. declaraciones, valor de las primas, cuantías de las sumas aseguradas, aplicación en los plazos correspondientes...).

También resulta muy útil en aquellos reaseguros que se celebran siguiendo los mismos términos y condiciones en que se concertó el contrato de seguro directo. La facultad de exhibición de los documentos puede contribuir a resolver los problemas que, en supuestos como los anteriores, se originan por el desconocimiento del contenido y el alcance exacto del contrato de seguro marítimo. El principio de máxima buena fe justifica la inclusión en el contrato de una cláusula que autorice al reasegurador revisar

---

le consultará su opinión en cuanto a las gestiones que estimen pertinentes desarrollar» y a la cláusula de control de siniestro como la que «establece que la aseguradora/cedente no podrá proceder, sin la autorización del reasegurador, a dar curso a los trámites concernientes al ajuste de los reclamos de indemnización de siniestros (en algunos casos, incluso a nombrar los ajustadores independientes, peritos, inspectores y abogados), debiendo contar, en todo caso, con la aprobación previa del reasegurador para finiquitar las negociaciones, ajustes, transacciones y convenios relativos a las liquidaciones de la pérdida, quedando facultado a su turno, el reasegurador, para otorgar su autorización y convenir las pérdidas a su solo arbitrio». Además, los autores señalan que, a partir del caso *Insurance Co of Africa (ICA) v. Scor (UK) Reinsurance Co Ltd.* (1985), la redacción usual de la cláusula de cooperación y control pasó a ser más rígida hasta alcanzar una preeminencia ante la cláusula «*follow the fortune*».

<sup>95</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., p. 169.

<sup>96</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, op. cit., p. 25 indica que pese a recogerse en todos los contratos de reaseguros no se ejercita nunca; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 2001, p. 206 también destaca la moderación de los reaseguradores en el ejercicio de este derecho para proteger sus intereses y señala que tiene lugar cuando existen motivos suficientes o cuando se ha terminado la relación contractual; JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión...*, op. cit., p. 70 reconoce igualmente el uso limitado que tiene en la práctica en atención a su carácter extremo y revela el recurso a las cláusulas de cooperación y control para atender a la finalidad perseguida.

el contrato de seguro primitivo y todos los documentos referidos al mismo negocio. Sin tratarse de un límite o de una garantía, el reasegurador tiene un derecho de control de todos los documentos que obren en poder del asegurado-reasegurador para verificar el cumplimiento de la buena fe.

Muchos autores han discutido la naturaleza de obligaciones que, como ésta en particular, no tienen un carácter principal. Hay quienes han calificado esta facultad de control del reasegurador como una costumbre internacional<sup>97</sup>, un uso contractual<sup>98</sup> y quienes entienden que se trata de una obligación accesoria del asegurador-reasegurado. La mayoría de autores coinciden en señalar que no constituye una obligación propiamente dicha sino un deber, una conducta o una carga en sentido técnico-jurídico que, en razón de la costumbre y de su práctica internacional, existirá en todo contrato de reaseguro independientemente de que se haya previsto de una manera expresa y se haya reflejado documentalmente o no.

## 2.2 Obligaciones y deberes del reasegurador

### 2.2.1 Prestar garantía

Frente a la teoría de la prestación dineraria que defiende que la única obligación del asegurador o reasegurador es, en caso de siniestro, la de pagar la indemnización, situamos también la teoría de la asunción del riesgo que defiende la concurrencia de una obligación de garantía del asegurador o reasegurador a cambio de una contraprestación económica.

La finalidad con la que las partes contratantes suscriben la póliza se materializa en la prestación, durante la vigencia del contrato, de la cobertura del riesgo (no en el riesgo considerado aisladamente) ofrecida por el asegurador y aceptada por el asegurado a cambio de una prima<sup>99</sup>. De hecho, algunos autores conciben la prima como el precio del peligro<sup>100</sup> pero, en la actualidad, no puede ser considerada como expresión monetaria del valor del riesgo.

La finalidad descrita con anterioridad se reproduce igualmente en el esquema del contrato de reaseguro. La obligación de garantía o de cobertura del riesgo es la prestación característica de cualquier contrato de seguro y reaseguro, y es, además, previa a la obligación indemnizatoria y distinta de ella. El reasegurador tiene la obligación fundamental de prestar garantía al interés amenazado por el riesgo asegurado con independencia del cumplimiento o no de una condición o término. Esta obligación

---

<sup>97</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 530 defiende que, en casos excepcionales en los que no se haya estipulado expresamente en el reaseguro, se acepta como costumbre internacional del reaseguro la posibilidad de revisar todos los libros y documentos del asegurador-reasegurado; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 318, n. 567 recoge como la Sentencia *Charman c. Guardian Royal Exchange* (1992) reconoció la existencia de un uso en el mercado reasegurador de Londres por el que, pese a no establecerse nada en el contrato, se reconocía el derecho del reasegurador a inspeccionar el expediente de liquidación de un siniestro llevado a cabo por el asegurador-reasegurado.

<sup>98</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>99</sup> ARROYO MARTÍNEZ I., *Compendio de Derecho Marítimo* (Ley 14/2014, de Navegación Marítimo), Quinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 358.

<sup>100</sup> PELÁEZ M. J., *Las relaciones económicas entre Cataluña e Italia desde 1472 a 1516, a través de los contratos de seguro marítimo*, Ed. Fundación Juan March, Madrid, 1978, p. 20.

se inicia desde la celebración del reaseguro y dura hasta la extinción del contrato sin que la verificación de un siniestro condicione su propia existencia. Lo contrario, llevaría a afirmar erróneamente que el reasegurador, pese haber sido retribuido económicamente, no asume ninguna obligación ni presta ningún servicio en el contrato de reaseguro en el que no se produce el siniestro.

Es uno de los objetivos que el asegurador-reasegurado pretende conseguir a través de la contratación del reaseguro. Si se produce el siniestro y nace la deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado, la obligación deviene en otra: la indemnización del daño efectivamente causado. Desde el momento de la perfección del contrato y mientras el mismo mantenga su vigencia, el reasegurador tiene el deber de contar con los recursos técnicos y económicos necesarios para poder dar cumplimiento a su obligación principal (abono de la prestación económica) cuando tenga que afrontarse los eventuales siniestros<sup>101</sup>. No debe confundirse ambas obligaciones porque cada una de ellas tiene lugar en momentos distintos y porque mientras que existe certeza en la prestación de la obligación de garantía, la aleatoriedad determinará la prestación de la obligación indemnizatoria. A través del contrato de seguro o reaseguro, el asegurador o reasegurador satisfacen una necesidad de previsión, «lo cual tiene un valor tanto jurídico como económico. Precisamente, la función económico-social del seguro se concreta en la cobertura del riesgo, lo cual constituye la causa del contrato»<sup>102</sup>.

### **2.2.2 Abonar los gastos, las comisiones y las participaciones en beneficios**

Anteriormente quedó sentada la obligación del reasegurador de resarcir al asegurador-reasegurado todos aquellos importes económicos en que éste hubiese incurrido con el objeto de reparar al asegurado original de todos los gastos oportunos y necesarios que se hubiesen afrontado para aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro marítimo. El asegurador está obligado legalmente (Artículo 427 LNM y Artículo 17 LCS; Artículo 534 Codice Navigazione y Artículo 1914 Codice Civile) a reintegrar los importes anteriores. La razón de la obligación del reasegurador de resarcir al asegurador-reasegurado se encuentra en la causa del desembolso original ya que estos gastos se realizan, independientemente del resultado final, con el objetivo de aminorar el daño y consecuentemente la indemnización del asegurador. Habiendo formado parte de la deuda generada en el patrimonio del asegurador-reasegurado, el reasegurador deberá satisfacerlos.

Empero, el reasegurador también deberá hacer frente a todos aquellos gastos a los que se haya obligado contractualmente (*v.gr.* honorarios del corredor<sup>103</sup>) o los inherentes al siniestro<sup>104</sup> siempre que sean consecuencia del mismo y el asegurador-

---

<sup>101</sup> CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, pp. 255-258 y ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 601.

<sup>102</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 600-601.

<sup>103</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 626 expone que «constituye una prerrogativa de la potencial compañía cedente, el servirse de un corredor como su agente cargándole al reasegurador su coste».

<sup>104</sup> BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 136 reproduce una cláusula «clásica» sobre este particular que reza de la siguiente forma «Bajo siniestros habrá que cargar las indemnizaciones propiamente dichas más todos los gastos específicos causados por la peritación y liquidación de los mismos (por ejemplo costas judiciales, honorarios de peritos, etcétera). Por el contrario, no se cargarán en

reasegurado los hubiese previamente abonado con justa causa al asegurado. En particular, a través de la cláusula «*to paid as may be paid thereon*», el reasegurador abonará el importe efectuado por el asegurado-reasegurado en el contrato de seguro original. Esta estipulación suele estar presente en la práctica totalidad de reaseguros celebrados en el mercado anglosajón. Y en virtud de la cláusula «*loss settlement*», el reasegurador abonará aquellos pagos que el asegurado-reasegurado efectúe a su asegurado como consecuencia de la liquidación realizada de buena fe y con base en la póliza original

En algunos contratos de reaseguro (en su gran mayoría pertenecientes a la categoría de reaseguros proporcionales), el reasegurador asume la obligación de efectuar el pago de una comisión<sup>105</sup> al asegurador-reasegurado. En este marco contractual, la comisión representa una compensación económica y corresponde al asegurador-reasegurado en concepto de captación y aportación de los riesgos marítimos directos transferidos en reaseguro al reasegurador. La naturaleza compensatoria de la comisión impide identificarla con la indemnización, de la que seguidamente nos ocuparemos. Es una obligación destinada a retribuir los costes fijos en que ha incurrido el asegurador-reasegurado en un momento anterior y no en el resarcimiento de un daño. El importe de la comisión suele llevarse a cabo tomando como base el importe de las primas del seguro directo.

En otros contratos de reaseguro (principalmente aquellos que revisten la tipología de tratados de reaseguro), también suele pactarse la obligación contractual de abonar al asegurador-reasegurado una suma de dinero -indeterminada al inicio- en concepto de participación en los beneficios del reasegurador. Desde un punto de vista económico, nos situamos ante una prestación del reasegurador que responde a la conveniencia de compensar al asegurador-reasegurado «por el pago de las primas que pueden ser muy cuantiosas, conceder a éste un aliciente para que seleccione y aplique al tratado riesgos de calidad y darle una compensación a sus numerosos gastos de gestión»<sup>106</sup>. La participación en beneficios puede ser satisfecha mediante el sistema de «arrastre de pérdidas» o sin recurrir a dicho sistema<sup>107</sup>.

En último lugar dejamos indicado que, a menudo, los reaseguros recogen una cláusula en virtud de la cual, una parte de las primas que el asegurador-reasegurado transfiere al reasegurador pasan a formar parte de un fondo de reservas con el fin de hacer frente a las posibles indemnizaciones. La reticencia de los reaseguradores a que

---

tal concepto los sueldos de los empleados encargados de la tramitación de los siniestros, ni los gastos de organización interna de la cedente».

<sup>105</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 288 distingue las siguientes clases de comisiones de reaseguro: comisión fija calculada sobre la base de la prima bruta, comisión adicional calculada sobre la base de la prima neta, comisión de utilidades, comisión de participación en las pérdidas y escala móvil de comisiones basadas en la experiencia de la siniestralidad (cálculo sobre la base de años de suscripción, gastos del reasegurador y arrastre de los siniestros).

<sup>106</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>107</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 702.

dicho fondo quede en manos de los aseguradores-reasegurados les ha llevado a incluir cláusulas<sup>108</sup> que niegan expresamente dicha posibilidad.

### 2.2.3 Abonar la indemnización

La prestación fundamental<sup>109</sup> del reasegurador frente al asegurador-reasegurado es el pago de la indemnización por el daño sufrido y, junto con la obligación principal de pagar la prima, forman las dos obligaciones pecuniarias características de todo contrato de seguro. El resto de cargas o deberes analizadas anteriormente se configuran, en la mayoría de los casos, con un carácter secundario o accesorio porque sin ser exigidas por imperativo legal completarán el contenido jurídico-obligacional de la mayoría de contratos de reaseguro.

La obligación principal del reasegurador tiene como presupuesto necesario el nacimiento de la obligación del asegurador-reasegurado o un contrato de seguro marítimo válido y un siniestro ocasionado por un riesgo de la navegación marítima y previsto en dicho seguro para la navegación marítima. Si el daño tiene su origen en un riesgo excluido del contrato de seguro marítimo, no habrá lugar a la indemnización ni en el seguro originario ni en el reaseguro marítimo ya que si el asegurador no tiene que efectuar el pago de la indemnización no podrá reclamar cuantía económica alguna al reasegurador. Así, BROSETA, señala que «la obligación de indemnizar del reasegurador depende de la obligación de indemnizar del asegurador-reasegurado a su asegurado»<sup>110</sup>. Los aseguradores tendrán que probar que el siniestro estaba cubierto por el seguro marítimo y, en consecuencia, resulta procedente la reclamación al entrar dentro de los límites del riesgo cubierto por el contrato de reaseguro.

En lo que respecta al momento en que tiene que ejecutarse la obligación de abonar la indemnización, tan solo el ordenamiento jurídico español contempla una regla referida al mismo. El Artículo 77 LCS señala que el reasegurador «se obliga a reparar (pagar), dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda (...)» sin precisar si resulta exigible desde que se produce el siniestro en el seguro directo o desde que el asegurador-reasegurado ha hecho efectivo el pago a su asegurado. El momento en que es exigible la indemnización deberá reflejarse en el contrato de reaseguro pero, a falta de ella, el sector reasegurador entiende por siniestro «el momento en que surge para el reasegurador la obligación de reparar la deuda que nace en el patrimonio del

---

<sup>108</sup> HILL PRADOS M. C., *El reaseguro, op. cit.*, p. 130 ofrece un ejemplo de cláusula tomada de una póliza de reaseguro: «el reasegurador no constituirá en poder de la cedente, bajo ningún concepto, depósito alguno de primas ni de siniestros».

<sup>109</sup> PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 158 declara que el objeto del reaseguro es el resarcimiento del daño causado al asegurador-reasegurado por la verificación del riesgo y que esta es la obligación (principal y eventual) del reasegurador; BROSETA PONT M., *El contrato..., op. cit.*, p. 180 expresa que «la obligación principal del reasegurador se concreta en indemnizar al reasegurado los daños que en su patrimonio produce la obligación de indemnizar a su asegurado»; GARRIGUES J., *Contrato..., op. cit.*, p. 475 señala que la obligación fundamental del reasegurador es la de «realizar el pago en la forma (...) de indemnización por el daño que el reasegurado sufre por estar a su vez obligado a pagar como asegurador»; SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios..., op. cit.*, p. 682 en igual sentido que los autores anteriores.

<sup>110</sup> BROSETA PONT M., *El contrato..., op. cit.*, p. 170.

asegurador»<sup>111</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009 expresó que «ha de estarse a la fecha del accidente, porque éste es el riesgo asegurado, y lo mismo sucede en relación con el reaseguro» pero la mayoría de la doctrina coincide en señalar que la obligación de indemnización del reasegurador es exigible desde que se produce el siniestro en el reaseguro, o lo que es lo mismo, desde que en el patrimonio del asegurador-reasegurado nace una deuda frente al asegurado original<sup>112</sup>. Partiendo de que el reaseguro es un seguro de nacimiento de deuda, ésta no podrá satisfacerse hasta que no haya sido determinada y líquida porque hasta entonces el patrimonio del asegurador-reasegurado no sufrirá un daño. Una vez producida la determinación cuantitativa del importe del daño, el pago de la indemnización se producirá en el momento fijado por las partes en la póliza de reaseguro atendiendo a la libertad de los pactos de las mismas. No obstante, en algunos contratos de reaseguro es frecuente la cláusula que determina que el nacimiento de la obligación de indemnizar se produce con la justificación<sup>113</sup> de que el asegurador-reasegurado ha efectuado el ingreso de la indemnización correspondiente al asegurado original pero, en palabras de la Profesora ROMERO, la función de financiación del reaseguro se vería negada o recortada en caso de que se exija efectivamente el pago previo por parte del reasegurado como presupuesto de la exigibilidad de la indemnización de reaseguro<sup>114</sup>.

El reasegurador está obligado a indemnizar o resarcir al asegurador-reasegurado la cuantía del daño sufrido, con independencia de que se haya hecho o no el abono en la cuenta y no podrá oponerse al pago de la indemnización alegando la *exceptio non adimpleti contractus* puesto que la obligación de indemnizar del asegurador-reasegurado no tiene su origen en el contrato de reaseguro sino en el seguro original. El asegurador-reasegurado no ejerce ninguna acción de repetición contra el reasegurador sino que exige a éste el cumplimiento de un derecho propio que tiene su base en el contrato de reaseguro. El reasegurador solo está obligado a indemnizar en los términos estipulados en el contrato y hasta la proporción expresada en ella. Salvo el supuesto de concurso del asegurador-reasegurado, el reasegurador tendrá como único y principal acreedor al asegurador-reasegurado. Al igual que hace la Ley (Artículo 78 LCS y

---

<sup>111</sup> SOMACARRERA PÉREZ M., «El momento del siniestro en el reaseguro», *Revista española de seguros*, Número 123-124, 2005, p. 762. La autora opta por identificar el siniestro con el momento de la reclamación.

<sup>112</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, 1985, p. 701 señalan que el siniestro en el reaseguro se produce en el momento en que nace la deuda a cargo del asegurador-reasegurado «aun cuando haya de esperarse al momento posterior de su liquidación para que resulte exigible»; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Régimen...», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 544; ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización...*, *op. cit.*, p. 36 expresa que «la obligación de indemnizar o de "reparar" se produce cuando nace en el patrimonio del asegurador-reasegurado una deuda a causa del siniestro producido en el contrato de seguro, aun cuando todavía no sea líquida ni exigible»; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*; ARGÜELLES J., «Cláusulas "cut-trough put" y "simultaneous payment clause"», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 55.

<sup>113</sup> EMERIGON B-M, *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, Tome Premier, Jean Mossy, Marseille, 1783, Chapitre VIII, Section XIV, p. 252 recoge esa idea al expresar que «comme le réassureur n'a rien à démêler avec l'assuré primitif, on est assez en usage dans les réassurances, de stipuler qu'en cas de sinistre, le réassuré ne sera soumis qu'à montrer à son réassureur la quittance du payement de la perte».

<sup>114</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 608.



Artículo 1929 Codice Civile), remarcamos que los asegurados directos del seguro marítimo no tienen ninguna acción directa frente al reasegurador para reclamarle el abono de la indemnización correspondiente al resarcimiento del daño pues no forman parte del contrato de reaseguro.

La cuantía de la obligación del reasegurador vendrá determinada por el daño efectivamente sufrido porque nos situamos ante un contrato de estricta indemnización. También por los límites pactados en el propio contrato de reaseguro y, siendo un tratado, por la modalidad a la que pertenezca. El principio indemnizatorio se encuentra presente en el reaseguro y tiene como objetivo evitar que la reparación del daño sufrida implique un enriquecimiento para el asegurador-reasegurado. El importe del daño realmente sufrido operará como límite cuantitativo máximo de la obligación de indemnización del reasegurador. Sin embargo, es necesario atender a una diferenciación entre<sup>115</sup>:

i) En el reaseguro total, la indemnización que se efectuará al asegurador-reasegurado se identificará con una suma exactamente equivalente al importe de la suma abonada previamente al asegurado directo ya que el importe de la suma reasegurada coincidirá con el valor del interés reasegurado.

ii) En el reaseguro parcial, la obligación de indemnización del reasegurador cubre hasta una cantidad inferior al importe de la suma máxima que puede tener que abonar al asegurado directo (infra-reaseguro) lo que conlleva la aplicación de la denominada regla proporcional.

En los contratos de reaseguro es frecuente la inclusión de cláusulas que tratan de impedir que, una vez producido el siniestro, el asegurador-reasegurado abone la indemnización al asegurado sin consentimiento del reasegurador teniendo éstas cláusulas «un alcance puramente interno (en la relación asegurador-reasegurado y reasegurador) pero, como ha dicho nuestro Tribunal Supremo, no pueden tener efectos frente al asegurado, ya que tal cláusula no exime de responsabilidad al asegurador frente a él»<sup>116</sup>. Salvo pacto en contrario, no resulta necesario que el asegurador-reasegurado haya hecho efectivo el pago de la indemnización al asegurado para entender que surge en ese momento la exigibilidad de la obligación del reasegurador. El objeto del reaseguro no es lo que el asegurador-reasegurado efectivamente paga, sino lo que éste se obligó a pagar en el contrato de seguro principal<sup>117</sup> por lo que resultará indiferente que el asegurador-reasegurado no haya pagado o lo haya hecho parcialmente. Solo cuando sea líquido y exigible el crédito del asegurado contra el asegurador, será exigible

---

<sup>115</sup> GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, p. 476; BROWN R. H. y REED P. B., *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981, p. 29 y GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 697-698.

<sup>116</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, Trigésima Sexta Edición (Décima en Aranzadi), Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p. 549.

<sup>117</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 607. Así lo mantiene la autora con cita a los pronunciamientos de los tribunales ingleses. *Vid.*, al respecto, la Sentencia *Home & Overseas Co. Ltd. v. Mentor Insurance Co. (UK) Ltd.* (1989) o *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Patrick Feltrim Fagan and others* (1996).

el crédito de éste contra el reasegurador. Este criterio es el que resulta más acorde con la función del reaseguro<sup>118</sup>. La práctica reaseguradora conoce generalmente dos sistemas:

i) La liquidación del siniestro reasegurado por «cuenta corriente periódica» implica hacer efectiva la obligación indemnizatoria en un plazo generalmente trimestral contado a partir del momento en que el asegurador-reasegurado abona la indemnización del daño. El plazo temporal de noventa días suele ser el más extendido.

ii) La liquidación del siniestro reasegurado «al contado»<sup>119</sup> conlleva la obligación del reasegurador de abonar los daños en un lapso de tiempo no superior a quince días contados desde el momento en que el asegurador-reasegurado efectúa el pago a los asegurados directos marítimos. Es un sistema frecuente en los clausulados de las pólizas de reaseguro que trata de reducir el cumplimiento de la obligación pero no es el único (v.gr. *cut-through clauses*<sup>120</sup>).

En cuanto a la forma de pago de la indemnización, cabe indicar que el mismo se articula generalmente a través de una cuenta corriente mercantil u ordinaria y no bancaria<sup>121</sup>. En alusión a la diferencia anterior, BROSETA señala que «las deudas por

---

<sup>118</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., pp. 180-181 y HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, op. cit., p. 119.

<sup>119</sup> SOTGIA S., *Diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 1946, p. 195; GUARDIOLA LOZANO A., *Manual de introducción al seguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 2001, p. 168; HILL PRADOS M. C., *El reaseguro*, op. cit., p. 120 también apunta a la existencia de una cláusula de pago al contado en los reaseguros en virtud de la cual el reasegurador «contribuirá en el pago de la indemnización del seguro directo, o adelantará dinero para ello, ya sea en cualquier circunstancia, o cuando la indemnización supere una determinada cifra previamente fijada por las partes»; BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, op. cit., p. 223 recoge el siguiente modelo de cláusula: «La participación del reasegurador para liquidar cada siniestro será adeudada en la cuenta, pero si la cantidad total que ha de recuperarse por el siniestro de los reaseguradores que participan en el contrato supera..., el reasegurador pagará..., de la parte correspondiente a su participación, dentro del plazo de quince días a partir de la fecha en que ha recibido la notificación».

<sup>120</sup> GUERRERO LEBRON M. J., *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, Ed. CEDIT y Marcial Pons, Madrid, 2009, p.100 señala que, en el ámbito del reaseguro aéreo, la cláusula de acción directa o «*cut through clause*» estipula lo siguiente: «Los reaseguradores y la cedente acuerdan que, en caso de que la cedente fuese puesta bajo la administración de un síndico liquidador, cesionario o fideicomisario con el objeto de proceder a su liquidación por insolvencia, y si se comunica tal circunstancia por escrito a los reaseguradores éstos, en lugar de pagar la porción a su cargo de cualquier siniestro a la cedente, sus sucesores o cesionarios, la pagarán directamente al asegurado. Del citado pago se descontará la prima adeudada a los reaseguradores, si la hubiese. Las partes acuerdan especialmente que todo pago realizado directamente por los reaseguradores al asegurado por las causas antes mencionadas dará por cumplidas las obligaciones de éstos y los liberará totalmente de cualquier responsabilidad posterior relativa al siniestro».

Respecto del reaseguro en general, también puede consultarse el texto de esta cláusula en ARGÜELLES J., «Cláusulas...», op. cit., p. 55. PECCENINI F., «Dell'assicurazione. Art. 1882-1932», en GALGANO F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, p. 283 señala que, en la *praxis* operativa, son frecuentes las cláusulas «*cutthrough*», mediante las cuales el reasegurador se obliga con el asegurador-reasegurado a pagar directamente a los asegurados la indemnización debida cuando el asegurador no pueda pagar a causa de su insolvencia u otros eventos imprevistos.

<sup>121</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, op. cit., pp. 186-187; ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones...», op. cit., pp. 55 y ss. indica que la cuenta corriente es el sistema más utilizado en el reaseguro para dar lugar a los abonos y cargos entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador; URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, op. cit., p. 641 señalan que los usos establecidos por la práctica internacional han dado lugar al principio básico de un sistema de cuenta corriente para la liquidación de las primas y comisiones y al principio de pago simultáneo o al instante de los siniestros (tan pronto como reciba la reclamación del asegurador-reasegurado, el reasegurador está obligado a indemnizarle); GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 713.

indemnizaciones son objeto de una remesa que el reasegurador abona al reasegurado en las cuentas correspondientes, créditos que se entenderán definitivamente pagados en el momento de la liquidación del saldo. Por tanto, cuando así se ha estipulado el reasegurado no puede exigir el pago aislado de las indemnizaciones, debiendo esperar a la liquidación periódica de la cuenta corriente». En España, el contrato de cuenta corriente no tiene una definición ni una regulación<sup>122</sup> pero las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1946 y 7 de marzo de 1974 reseñaron que, en el contrato de cuenta corriente, se produce una recíproca concesión de créditos hasta que opera la compensación y se fija el saldo de la cuenta al cierre de la misma para convertirse en exigible. En Italia, el Artículo 1823 Codice Civile si ofrece un concepto de cuenta corriente y lo define como «il contratto col quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto». Este mismo precepto puntualiza que «il saldo del conto è esigibile alla scadenza stabilita» y contribuye a facilitar una distinción con el contrato de cuenta corriente bancaria regulado en el Artículo 1852 Codice Civile y caracterizado por la disponibilidad, la exigibilidad y el acceso a las sumas en cualquier momento. La cuenta corriente mercantil se caracteriza por el hecho de que las partes quedan obligadas a reflejar sus créditos y débito (en forma de partidas y gastos) y por el hecho de que su pago no es ni inmediato ni exigible sino hasta el cierre de la cuenta, fijación del saldo y compensación final y única. Tal es el influjo de esta práctica en el mercado que el Legislador español alude a ella cuando reconoce, en el primer párrafo del Artículo 78 LCS, un privilegio especial del asegurado «sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador». El asegurador-reasegurado (eventual acreedor) y el reasegurador (posible deudor) pactan, de forma separada y al mismo tiempo, el contrato de reaseguro y el contrato de cuenta corriente. Éste último cumplirá una función instrumental de auxilio a la gestión y administración del contrato de reaseguro pues se utilizará tanto para el pago de las primas del asegurador-reasegurado como para el de la indemnización del reasegurador. Sin perjuicio de que puedan existir sistemas mixtos de liquidación, en la práctica suelen emplearse dos procedimientos para la liquidación de la cuenta al término del contrato de reaseguro:

i) Un primer procedimiento consiste en que el reasegurador mantiene una cuenta corriente separada y continua ofreciendo una cobertura hasta que dejan de existir los riesgos en curso y se liquidan todos los siniestros pendientes. Esta liquidación suele denominarse: procedimiento o régimen de «*run off*». Es el sistema habitual de liquidación del negocio de reaseguro debido a que es el que más se ajusta a la equidad en las relaciones entre asegurador-reasegurado y reasegurador (ninguna de las partes

---

<sup>122</sup> Puede consultarse una noción y regulación jurídica del contrato de cuenta corriente en los Artículos 579-1 y ss. del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español. A semejanza de la ordenación y terminología italiana, el citado Anteproyecto regula (dentro de su Libro V, De los contratos mercantiles en particular) separadamente el contrato de apertura de crédito (Título VII, De los contratos financieros) del contrato de cuenta corriente (Título III, De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales).

experimentará beneficio o pérdida a causa de la rescisión o vencimiento del contrato) y el que mejor se acomoda al planteamiento de comunidad de suerte del reaseguro<sup>123</sup>.

ii) Un segundo procedimiento implica una compensaciónalzada o forfaitaria de los siniestros pendientes y de los riesgos vigentes en el contrato que pone fin a la relación contractual y a la responsabilidad del reasegurador. Suele recibir el nombre de procedimiento o régimen de «*cut off*».

El abono de la indemnización a través de una cuenta corriente es la más forma más extendida en la práctica del mercado pero no es la única técnica. Nada impide a las partes que puedan estipular un pago único, al contado y en efectivo. En el caso de que las partes acordasen el pago de la indemnización en efectivo y no hubiesen designado en la póliza un lugar para ello, la naturaleza pecuniaria de la deuda lleva a designar al domicilio del reasegurador (deudor) como lugar de pago de la obligación de conformidad con el Artículo 1171 Código Civil español. En virtud del Artículo 1190 Codice Civile, el lugar de pago será el domicilio del asegurador-reasegurado (acreedor). Si las partes contratantes no han establecido ningún término referido al abono de la indemnización, dicho momento podrá venir determinado subsidiariamente por el Artículo 429 LNM, Artículos 18 y 20 LCS y el Artículo 1183 Codice Civile. No obstante, las partes también pueden recurrir a un depósito en garantía del cumplimiento de la obligación en favor del asegurador-reasegurado con las retenciones sobre el importe de las primas que corresponden al reasegurador.

En último lugar dejamos señalado que el Artículo 2952 Codice Civile regula específicamente tanto la prescripción en materia de seguro y reaseguro. En concreto, se establece el término de dos años, contados a partir del día en que se verifica el hecho sobre el que se funda el derecho, para el ejercicio de aquellos derechos derivados del contrato de reaseguro que no se identifiquen con el pago de la prima. El transcurso del plazo de prescripción anterior se verá suspendido por el planteamiento de la acción por parte del asegurador-reasegurado contra el reasegurador encaminada al pago de la indemnización.

---

<sup>123</sup> ANGULO RODRÍGUEZ L., «Régimen...», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Estudios..., op. cit.*, p. 549.

**CUARTA PARTE**  
**ELEMENTOS ESENCIALES**



## 1. Empresa

La doctrina científica no siempre reclama la puesta en valor de la empresa pues ni la legislación vigente española ni la italiana admiten el ejercicio de la actividad aseguradora o reaseguradora por parte de personas físicas. Lo anterior no debe justificar su carácter implícito y desaconsejar su estudio porque se trata de uno de los requisitos presentes en el contrato desde el inicio. La ubicación de la empresa entre los elementos del contrato responde únicamente a una razón sistemática del trabajo que estamos llevando a cabo sin que ello suponga la atribución definitiva a la misma del carácter esencial para el nacimiento del reaseguro.

Tras el nacimiento del seguro por comerciantes individuales, la industria del seguro marítimo ha venido siendo ejercitada por empresas que asumen un gran número de negocios homogéneos con los que busca reunir un fondo de primas capaz de suministrar las reparaciones necesarias en proporción a los riesgos<sup>1</sup>. El desarrollo del seguro ha ido perfeccionándose, técnica y jurídicamente, para responder mejor a las exigencias económicas que ha ido comportando dicho contrato a lo largo de su historia pasada. Y, en ese proceso de evolución económica y jurídica, la empresa ha liderado un papel clave en el contrato de seguro hasta convertirlo en una operación ligada a la propia organización empresarial. El reaseguro es un contrato de seguro más que opera, directa o indirectamente, en el plano internacional y la propia dinámica estructural de la economía atrae hacia sí misma el concepto de empresa.

Los acontecimientos jurídicos pretéritos demuestran que la estrecha relación de reciprocidad entre el seguro y la empresa tiene su origen en el antiguo Derecho marítimo en el que «si riflette spontaneamente lo spirito dell'ardimento e del rischio di mare, quando si distacca dalle prime forme della solidarietà e della fratellanza civica, e si avvia nello stile della organizzazione»<sup>2</sup>. La navegación tradicionalmente ha sido una actividad económica y organizada y la «impresa della navigazione»<sup>3</sup> ha contribuido junto con la empresa de seguros al desarrollo del contrato. La evolución del seguro a través de compañías y de institutos de seguros así como de agentes o mediadores responden también a un tipo de organización económica y jurídica que se desarrolla a través de la empresa. La conclusión sistemática y profesional de contratos de reaseguro por personas que disponen de la necesaria organización constituye una actividad de empresa (Artículo 2082 Codice Civile).

Sin olvidar su carácter técnico, resulta conveniente señalar que el concepto de «empresa» es «il concetto di un fenomeno economico poliedrico»<sup>4</sup> y que, desde un

---

<sup>1</sup> VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, Volumen II, Editore Libraio della Real Casa, Milano, 1890, pp. 7-8.

<sup>2</sup> MOSSA L., «Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni», *Assicurazioni*, 1953, Anno XX, Parte Prima, p. 141.

<sup>3</sup> En este elemento apreciamos otra especialidad que permite configurar al seguro marítimo como un contrato original y evita que pueda asimilarse sin más a un contrato de seguro. Entre otros, CASANOVA M., «Impresa di navigazione ed impresa commerciale», *Diritto marittimo*, 1948, p. 3 señala que la «impresa di navigazione» es autónoma y distinta de la «impresa in genere o di impresa commerciale in particolare»; GAETA D., «Basta con la cosiddetta impresa di navigazione», *Diritto marittimo*, 1993, p. 624 también defiende que la «impresa di navigazione manca degli attributi essenziali del *genus* impresa».

<sup>4</sup> ASQUINI A., «Profili dell'impresa», *Rivista Diritto Commerciale*, 1943, Fascicolo 1-2, p. 1 y ss. Sin mermar la unidad del concepto de empresa, el autor presenta los siguientes perfiles: i) subjetivo, ii)

punto de vista jurídico, cuenta con más de un perfil. En este momento no resulta posible exponer con detalle un análisis sobre la definición del término «empresa» ni de las clásicas construcciones doctrinales acerca de la misma y sólo dejaremos indicado, siguiendo al Profesor PÉREZ-SERRABONA, que la noción y la realidad de la empresa tiene un carácter imprescindible que se apoya en la configuración del mismo Derecho mercantil como un «Derecho de las empresas organizadas». La dificultad de encontrar un concepto jurídico único en el Derecho positivo español<sup>5</sup> o italiano aconsejan un estudio independiente del que presentamos a continuación.

En la actualidad, se refieren al concepto de empresa los Artículos 13, 22, 25, 28, 34, 35, 36, 38, 40, 42, 44, 49, 175, 188, 189, 192, 221, 283, 285, 286 y 547 del Código de Comercio español y, pese a no contener ninguna definición de ella, resulta difícil negar que la empresa actúa como epicentro del sistema pues está muy presente a lo largo de todo el texto codificado y también en la restante legislación mercantil. Y esa incidencia va más allá y alcanza también a la realidad porque, como indica el Profesor POLO<sup>6</sup>, en torno a la empresa se estructura todo un conjunto de elementos como, por ejemplo, los titulares jurídicos de las empresas, su organización personal y real, la competencia, los contratos mercantiles, la institución concursal...etcétera. Igualmente el Codice Civile recurre frecuentemente al término empresa sin ofrecer tampoco un concepto de ella. Así podemos encontrar referencias a la misma en los Artículos 178, 182, 230 bis, 230 ter, 320, 371, 397, 425, 768 bis, 774, 1129, 1330, 1368, 1510, 1679, 1722, 1883, 1902, 1931, 2084, 2086, 2087, 2094, 2095, 2102, 2104, 2105, 2109, 2112, 2137, 2138, 2145, 2173, 2186, 2196, 2197, 2198, 2199, 2203, 2204, 2208, 2209, 2211, 2213, 2214, 2215 bis, 2216, 2217, 2238, 2239, 2380 bis, 2381, 2409 novies, 2409 octiesdecies, 2426, 2487, 2490, 2497 bis, 2508, 2527, 2539, 2545 undecies, 2549, 2550, 2552, 2554, 2555, 2556, 2564, 2597, 2598, 2621, 2622, 2710, 2751 bis y 2759 del Codice Civile. En concreto, el Artículo 1883 Codice Civile precisa una organización para la gestión del riesgo cuando precisa que el ejercicio de la actividad aseguradora corresponde a la «impresa d'assicurazione». Del elenco de preceptos legales enunciados con anterioridad no puede afirmarse que la totalidad de ellos se refieran a la empresa como una unidad económica organizada pero sí que lo hacen algunos de ellos de manera explícita o implícita.

El concepto de empresa irrumpe con fuerza y actúa como centro de la teoría y del Derecho mercantil, de parte de la legislación privada de carácter especial y de la

---

objetivo y patrimonial, iii) funcional, iv) institucional (corporativo). Los anteriores conforman la teoría jurídica de la empresa.

<sup>5</sup> A pesar de no encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico español, creemos que es muy útil aportar la siguiente construcción y propuesta doctrinal. El Artículo 131-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español define la empresa como «el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado». El texto fue elaborado por la Comisión General de Codificación y la Sección de Derecho Mercantil estuvo presidida por Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Las ponencias y los grupos de trabajo estuvieron formados por la mejor doctrina española y, sin duda, representa la definición más reciente y autorizada con independencia del resultado que tenga el Anteproyecto en el futuro.

<sup>6</sup> POLO DÍEZ A., «El nuevo Derecho de la economía», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 3, 1946, p. 373 y ss.



realidad económica española e italiana. No puede dejarse de reconocer que la empresa actúa también como núcleo del sistema de seguros y reaseguros porque -en ambas contrataciones- no es concebible la celebración de ningún acuerdo sin la presencia de, al menos, una gran empresa. El primer expositor de la «teoría dell'impresa»<sup>7</sup> en el ámbito asegurador suele reconocérsele al Profesor VIVANTE. El autor italiano desarrolla y defiende que, entre los requisitos esenciales del contrato de seguro, el asegurador se encuentre «organizzato ad impresa» u organizado empresarialmente. La ausencia del requisito convertirá al contrato de seguro en uno de juego u otro similar a él. Además, siguiendo dicha teoría, los contratos de seguro y de reaseguro no pueden ser celebrados aisladamente sino que tiene que formar parte de una actividad ejercitada por una gran empresa de forma habitual, sistemática y profesional bajo un cálculo de probabilidades (basado en estudios actuariales y estadísticos), siendo la celebración de un gran número de contratos lo que permitirá eliminar los riesgos y neutralizar el alea.

Frente a la discusión entre quienes han expresado y defendido su negativa<sup>8</sup> a considerar a la empresa como elemento esencial, otros autores<sup>9</sup> si justifican que la empresa autorizada es *condicio juris* para el contrato de seguro y de reaseguro. En concreto, éstos últimos autores apoyan principalmente su posición sobre el hecho de que la empresa -entendida como organización económica de los riesgos- es un presupuesto para el ejercicio sistemático tanto de la actividad aseguradora como de la reaseguradora y ninguna de ellas podría tener lugar y cumplir su propósito sin partir de esta premisa; en caso contrario, el riesgo pasaría de un patrimonio a otro sin ser asumido y, llegado el caso, compensado por una masa de riesgos. Otros motivos argüidos es que el equilibrio patrimonial, la gestión de una pluralidad de sujetos asegurados, una masa de riesgos

---

<sup>7</sup> VIVANTE C., *Tratatto commerciale*, Vol. IV, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1896, n. 1858-1859 y VIVANTE C., *Contratto di assicurazione*, I, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1922, p. 45.

<sup>8</sup> Entre quienes no han acogido la teoría de la empresa citamos a VITERBO C., «Il contratto d'assicurazione», *Diritto commerciale*, I, 1932, p. 40 y ss; ASCARELLI T., «La cosiddetta approvazione amministrativa delle condizioni generali di polizza nell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1936, Parte Prima, p. 1 y ss; CRISAFULLI BUSCEMI S., *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 117; SANTORO PASARELLI F., «La causa del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1963, Anno XXX, Parte Prima, pp. 454-456 defiende que «l'impresa non è presupposto, non è requisito soggettivo, non implica una comunione giuridica d'interessi, ma fa parte della causa del contratto di assicurazione» y llega a afirmar que la falta o la gestión irregular por la empresa constituye, en términos contractuales, vicios de la causa del contrato.

<sup>9</sup> Entre otros muchos, NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. III., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920, p. 156 señala que la empresa es un verdadero presupuesto contractual y, al estar ligado estrechamente el concepto de seguro, tiene la consideración de elemento esencial del negocio de seguros; LANGLE RUBIO E., *Derecho mercantil*, Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 251; VICENTE Y GELLA A., *Introducción al Derecho mercantil comparado*, Ed. Labor, Barcelona, 1930, p. 326; BRUNETTI A., «La teoria giuridica del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, p. 419 considera que la empresa es «*condicio juris* per l'esercizio sistematico dell'industria e così un presupposto del contratto di assicurazione»; SALANDRA V., «La connessione tra i contratti di assicurazione di una medesima impresa», *Assicurazione*, 1935, Parte Prima, p. 297 considera la organización empresarial como elemento esencial del contrato de seguro; MOSSA L., «Impresa...», *op. cit.*, p. 149 afirma que la presencia de la empresa es «il presupposto del contratto. Non solamente il presupposto, che è poi una *condicio juris* della organizzazione dell'assicuratore ad impresa per la valida esistenza del contratto»; además defiende que es un presupuesto para la duración y no solo para la existencia inicial del contrato; MANGHETTI G., «La valutazione del rischio di impresa nelle assicurazioni», *Assicurazioni*, 1998, Anno LXV, Parte Prima, p. 39; DE FERRA G., «Impresa assicurativa e contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 2006, Anno LXXIII, Parte Prima, p. 175 y ss.

seleccionados y cubiertos y un número muy amplio de primas económicas solo puede alcanzarse con una adecuada organización empresarial. CAPOSTOSTI señala que, además de ser un requisito legal, faltando la necesaria autorización administrativa, el negocio se convierte en inválido e ineficaz<sup>10</sup>.

Sin embargo, no sólo cabe reivindicarlo desde un punto de vista funcional (técnico) sino también desde uno jurídico porque la formación del concepto de seguro y de reaseguro implica también a la empresa como elemento constitutivo de los mismos tanto en el Derecho positivo español como en el italiano. El apartado s) del Artículo 1 Codice Assicurazioni define a la empresa -a los efectos del Codice- como «la società di assicurazione o di riassicurazione autorizzata». Y precisamos que esa necesaria organización será societaria en atención a las exigencias legales que abordaremos más adelante. En el ámbito comunitario, el considerando segundo de la Directiva 91/674/CEE denomina expresamente a las sociedades de seguros «empresas de seguros» y la Directiva 2005/68/CE las distinguió de las «empresas de reaseguro».

La realidad contractual y económica demuestra, casi sin excepción, que los seguros y reaseguros son celebrados, respectivamente, por aseguradores y reaseguradores o por grandes empresas que revisten, como mínimo, una forma jurídica específica. Además, se precisa que vaya confirmada por una autorización administrativa pero ¿la forma jurídica y la autorización revisten una entidad tal que pueden ser tenidos en cuenta como elementos objetivo-reales o esenciales del reaseguro? O, por el contrario, ¿tendrían que ser simples presupuestos del contrato? En éste último caso, ¿qué relevancia jurídica tendría el presupuesto para el reaseguro? DONATI reconoce que la organización empresarial afecta a la disciplina del contrato y que es necesaria una determinada forma jurídica junto con la autorización administrativa para la celebración del seguro de forma sistemática pero no considera que la «organizzazione ad impresa» sea un requisito esencial del seguro ya que la disciplina italiana resulta de aplicación tanto para aquellos contratos celebrados ocasionalmente como los estipulados sistemáticamente; el autor parece inclinarse a considerarlo como presupuesto para la aplicación de la ley al contrato<sup>11</sup>. No hay que dejar de tener en cuenta que la categoría económica no se corresponde con la categoría jurídica y que, en la mayoría de las ocasiones, ni si quieran pueden llegar a coincidir sino tan solo aproximarse.

### **1.1 Empresa aseguradora**

El contrato de reaseguro precisa que la condición de empresa aseguradora recaiga siempre sobre el asegurador-reasegurado.

En España, la entidad aseguradora es aquella «entidad autorizada para realizar (...) actividades de seguro directo de vida o de seguro directo distinto del seguro de vida» (Artículo 6.1 LOSSEAR). En Italia, la empresa de seguros es aquella que desarrolla, con autorización, una o más de las operaciones económicas comprendidas en los ramos

---

<sup>10</sup> CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione: il contratto e l'impresa*, UTET, Torino, 1991, p. 60.

<sup>11</sup> DONATI A., «L'organizzazione ad impresa dell'assicuratore e il concetto del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima, pp. 282-282, advertimos que el autor hace referencia a las disposiciones legales vigentes en el momento en que se redactó y publicó el texto.

enumerados en el Artículo 2 Codice Assicurazioni y la relativa al reaseguro. En ambos países, los ramos pueden ser clasificados en dos grandes categorías: i) de vida y ii) distinto del de vida. Este segundo también puede denominarse «ramo de daños» y comprende los riesgos de los vehículos marítimos, lacustres y fluviales; de las mercancías transportadas; y de la responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales, entre otros muchos. En el ramo de daños, la empresa puede garantizar riesgos comprendidos en un ramo distinto del ramo para el cual recibió autorización siempre que se traten de riesgos accesorios y complementarios.

En territorio español, el acceso a y el ejercicio de la actividad aseguradora no solo está supeditada a una autorización administrativa del Ministerio de Economía y Competitividad (Artículos 20 y 22 LOSSEAR, Artículo 4 ROSSEAR, Artículos 4 a 8 RLOSSP) sino también al cumplimiento de unos tipos sociales específicos. Además, el Artículo 1.2 del Código de Comercio califica como comerciantes a las compañías mercantiles constituidas con arreglo al propio Código. En Italia, los requisitos que deben cumplir las empresas de seguros para merecer la autorización por parte del Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo (en lo sucesivo, IVASS) y acceder al ejercicio de la actividad aseguradora se encuentran recogidos en el Artículo 14 Codice Assicurazioni. Entre ellos, también se encuentra la exigencia de que la entidad aseguradora revista una determinada forma societaria. La relación de empresarios enumerados en el Artículo 2195 Codice Civile presupone la cualidad de empresarios mercantiles y, entre otros muchos, el precepto señala a los sujetos que ejercitan una actividad aseguradora.

¿Quién son las personas jurídicas que pueden ejercer la actividad aseguradora? La empresa de seguros debe reunir un tipo societario específico o una forma jurídica determinada por la Ley y, en caso contrario, no podrá ser autorizada. En concreto, solo podrán acceder a la actividad aseguradora y ser una empresa de seguros las entidades privadas que adopten alguna de las siguientes formas: la sociedad anónima o società per azioni (apartado «a» del Artículo 27.1 LOSSEAR; Artículos 14.1 y 59.1 Codice Assicurazioni), sociedad cooperativa (apartado «d» del Artículo 27.1 LOSSEAR; Artículo 14.1 Codice Assicurazioni), mutua de seguros con participaciones representadas en acciones (apartado «c» del Artículo 27.1 LOSSEAR; Artículo 14.1 Codice Assicurazioni), sociedad anónima europea (apartado «b» del Artículo 27.1 LOSSEAR; Artículo 14.1 Codice Assicurazioni) o sociedad cooperativa europea (apartado «e» del Artículo 27.1 LOSSEAR; Artículo 14.1 Codice Assicurazioni). El último apartado del Artículo 27.1 LOSSEAR también permite que las mutualidades de previsión social puedan ser entidades aseguradoras.

## **1.2 Empresa reaseguradora**

Las empresas de reaseguros tienen reservada en exclusiva el ejercicio de la actividad reaseguradora y solamente sobre ellas podrá recaer la posición de reasegurador en el contrato de reaseguro. El objeto social de las empresas reaseguradoras está limitado exclusivamente a la actividad del reaseguro y a las operaciones conexas. En virtud del Artículo 34.1 LOSSEAR, esas operaciones conexas comprenden la realización de estudios estadísticos o actuariales, el análisis de riesgos o investigaciones, funciones de

sociedad de cartera, las actividades relacionadas con el sector financiero y cualquier otra actividad relacionada o derivada de la actividad reaseguradora. En conformidad con el Artículo 57.2 Codice Assicurazioni, recaen sobre esas operaciones instrumentales, la «funzione di impresa di partecipazione e le attività svolte nell'ambito del settore finanziario» en el sentido del Artículo 1.1 m), del Decreto Legislativo 30 maggio 2005, número 142.

A diferencia de la LCS, el Artículo 1931 Codice Civile es el único precepto que hace mención expresa a la «impresa» del asegurador-reasegurado o del reasegurador al regular -dentro del reaseguro- la compensación de créditos y deudas en caso de liquidación.

En España, el apartado cuarto del Artículo 6 LOSSEAR define a la entidad reaseguradora como «una entidad que haya recibido autorización (...) para realizar actividades de reaseguro» y el apartado séptimo del Artículo anterior precisa que el reaseguro es «la actividad consistente en la aceptación de riesgos cedidos por una entidad aseguradora o por una entidad reaseguradora, incluidas las entidades aseguradoras o reaseguradoras domiciliadas en terceros países». En Italia, el apartado cc del Artículo 1 Codice Assicurazioni define a la empresa reaseguradora como «la società autorizzata all'esercizio della sola riassicurazione, diversa da una impresa di assicurazione o da una impresa di assicurazione extracomunitaria, la cui attività principale consiste nell'accettare rischi ceduti da una impresa di assicurazione, da una impresa di assicurazione avente sede legale in uno Stato terzo, o da altre imprese di riassicurazione».

Advertimos de la diferencia entre la empresa de reaseguro y la empresa de reaseguro cautiva. Ésta última es definida, por el apartado 5 del Artículo 6 LOSSEAR como «entidad reaseguradora propiedad de una entidad no financiera, o de una entidad financiera que no sea una entidad aseguradora o reaseguradora o forme parte de un grupo de entidades aseguradoras o reaseguradoras (...) y que tiene por objeto ofrecer cobertura de reaseguro exclusivamente para los riesgos de la entidad o entidades a las que pertenece o de una o varias entidades del grupo del que forma parte» y por el apartado cc-bis del Artículo 1 Codice Assicurazioni, como una «impresa di riassicurazione controllata da un'impresa finanziaria (...) o da un gruppo di imprese di assicurazione o riassicurazione a (...) oppure controllata da un'impresa non finanziaria il cui scopo è di fornire copertura riassicurativa esclusivamente per i rischi dell'impresa o delle imprese che la controllano o di una o più imprese del gruppo di cui fa parte l'impresa di riassicurazione captive».

También hacemos referencia a la disposición especial en virtud de la cual está prohibida la constitución en territorio italiano de sociedades que tengan por objeto exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora o reaseguradora en el extranjero (Artículo 12.2 y 57.3 Codice Assicurazioni).

Al igual que ocurre en materia aseguradora, la legislación española e italiana reclaman una determinada forma jurídica y una autorización para el reconocimiento de la condición de empresa de reaseguros y el ejercicio de la actividad reaseguradora. Más adelante nos ocuparemos con mayor detenimiento de la autorización pero dejamos apuntado que los requisitos que deben cumplir las empresas de reaseguros para merecer

tal autorización y acceder a la actividad aseguradora son muy similares a los de las empresas de seguros y se encuentran recogidos en el Artículo 22 LOSSEAR y en los Artículos 58 a 59 Codice Assicurazioni. En cuanto a la forma jurídica, la empresa reaseguradora tiene que adoptar una de las siguientes formas societarias: sociedad anónima o sociedad anónima europea (Artículo 27.2 LOSSEAR y Artículo 103 RLOSSP; Artículo 59.1 Codice Assicurazioni). En España, el capital mínimo obligatorio de la sociedad anónima que ejerza exclusivamente la actividad reaseguradora será de 3.600.000 euros y el de la entidad reaseguradora cautiva no será inferior a 1.200.000 euros (Artículo 78 LOSSEAR). En lo que se refiere a Italia, el apartado 1 d) del Artículo 66 sexies Codice Assicurazioni señala que el capital social mínimo que deben reunir la empresa reaseguradora es de 3.600.000 euros y matiza que para la empresa reaseguradora cautiva el requisito mínimo patrimonial es de 1.200.000 euros.

No sólo encontramos una peculiar organización inicial en la estructura de la empresa de reaseguros sino también a lo largo de la vida de la misma. Además de la contabilidad, los libros y los registros obligatorios, las empresas de reaseguros se encuentran sujetas a normas especiales y principios internacionales de contabilidad. También existe normativa europea sobre la materia como, por ejemplo, el Reglamento (CE) número 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad y al que quedan sometidas las empresas de reaseguros. Según el contenido de dicho Reglamento, el balance consolidado vendrá redactado con base en las normas internacionales de contabilidad que comprenderá las *International Accounting Systems*, *International Financial Reporting* y las interpretaciones del *Standing Interpretations Committee* y del *International Financial Reporting Issues Committee*. En Italia, los esquemas financieros, el plan de cuentas, la modalidad de cálculo de las reservas técnicas y otras partidas del balance son establecidas reglamentariamente por el IVASS.

Dejamos señalado también que las personas que desarrollen las funciones de administración y control y desempeñen funciones fundamentales a través de empresas de reaseguros deben reunir en ellos mismos los requisitos y condiciones de profesionalidad, honorabilidad e independencia establecidos reglamentariamente. Se tratan de unas exigencias específicas que buscan dar respuesta y articular el sistema de organización especial.

Tal y como se ha venido reiterando, el acceso tanto a la actividad del seguro como a la del reaseguro se encuentra supeditado a la concesión de una autorización previa. En la Unión Europea, la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2005 inició el movimiento tendente a eliminar las restricciones y los obstáculos de las legislaciones nacionales referidas al ejercicio de la actividad del reaseguro para crear un mercado interior con normas armonizadas en ese sector. A partir de la citada Directiva, se exigió una única autorización administrativa otorgada por las autoridades competentes para poder operar en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. La Directiva Solvencia II recoge, entre sus principios fundamentales, la competencia nacional sobre la vigilancia y, con ella, la de autorización (Artículo 14 Directiva Solvencia II). En la actualidad, se permite que la autorización emitida por el

Estado miembro de origen en el que tenga su sede legal la empresa puedan desarrollar su actividad en toda la Comunidad mediante el establecimiento de sucursales o la prestación de servicios. Se establece, por tanto, un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y se da lugar a una licencia o autorización única aunque se sujeta a un régimen de comunicación nacional (Artículos 47.1 y 48.1 LOSSEAR; Artículos 59 ter y quater Codice Assicurazioni). Esta autorización de la empresa de seguro o reaseguro permite su inscripción en los registros administrativos nacionales (Artículos 20.5 y 40 LOSSEAR, Artículo 103.3 RLOSSP; Artículos 14.3 y 59.3 Codice Assicurazioni). El Artículo 22 de la Directiva Solvencia II habilita a los Estados miembros a no exigir esta autorización ni el examen de la misma siempre que lo exijan las necesidades económicas del mercado. La autorización administrativa, ¿es entonces un requisito de validez o de existencia?

En España, los contratos de seguros y «demás operaciones» sometidas a la LOSSEAR serán nulos de pleno derecho si se han celebrado con una entidad no autorizada por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (Artículo 24 LOSSEAR). Entre esas operaciones cabe incluir al reaseguro en virtud del apartado b del Artículo 3.1 LOSSEAR. En Italia, solo el contrato de seguro estipulado por una empresa no autorizada por el IVASS constituye un motivo que permite declarar también la nulidad del contrato (Artículo 167.1 Codice Assicurazioni) e implica la restitución de las primas pagadas pero no de las indemnizaciones y sumas pagadas a los asegurados o a otras personas con derecho a las prestaciones del seguro. Lo anterior ¿resultaría aplicable al contrato de reaseguro? Atendiendo a la legislación italiana, una primera conclusión impediría extender la consecuencia enunciada con base en el Artículo 165 Codice Assicurazioni, el cual señala expresamente que el contrato de reaseguro se rige por el Codice Civile si no existe ninguna disposición en el Codice Assicurazioni. El Artículo 265 Codice Assicurazioni solo prevé la liquidación de la empresa reaseguradora no autorizada. En atención a las estrictas normativas de vigilancia y control, resulta difícil que una entidad reaseguradora opere sin la obligatoria autorización pero no descartamos la posibilidad de que pueda producirse tal supuesto sino todo lo contrario. Ha sido el propio Legislador quien ha reconocido como posible dicho planteamiento y ha contemplado los efectos del mismo. Llamamos la atención de que una situación administrativa no incide, en ningún caso, en la calificación mercantil del contrato.

La reunión de la autorización y de las formas jurídicas enumeradas con anterioridad no es bastante sino que es necesario que las empresa de seguro y de reaseguro cumplan determinadas condiciones en el ejercicio de su actividad atendiendo, entre otros, a los requisitos de organización. En toda empresa debe existir una organización propia y, en el seguro y reaseguro, se ve además apoyada por la existencia de colaboradores (*v.gr. broker*) de la actividad del empresario. En particular, debe dotarse de un sistema de gobierno que garantice una «gestión sana y prudente» de la actividad y que sea proporcional a la naturaleza, al volumen y a la complejidad de las actividades y operaciones de la empresa (Artículo 65.1 LOSSEAR; Artículo 30.1 Codice Assicurazioni). El responsable del sistema de gobierno recaerá sobre el órgano de

administración de la entidad. La estructura organizativa de las empresas aseguradoras y reaseguradoras tienen que cumplir las siguientes funciones:

i) Una función de gestión de riesgos. Este sistema debe comprender la estrategia y el procedimiento para identificar, individualizar, medir, vigilar, monitorizar, gestionar y notificar continuamente los riesgos frente a los cuales la empresa podría exponerse así como sus interdependencias.

Dentro del sistema de gestión de riesgos, la empresa aseguradora o reaseguradora también realizará una evaluación interna, con carácter periódico, de los riesgos y de la solvencia. Esta evaluación conjunta será parte integrante de la estrategia operacional de la empresa quien la tendrá sistemáticamente en cuenta en sus decisiones estratégicas.

ii) Una función de verificación del cumplimiento o control interno. La empresa de seguros y de reaseguros deben dotarse de un sistema de control interno que comprenda el procedimiento administrativo, contable y de transmisión interna de la información para cada nivel de empresa así como de una función de verificación del cumplimiento. Entre la función de verificación del cumplimiento se comprenderán: el asesoramiento al órgano de administración, la dirección o la supervisión acerca del cumplimiento de las disposiciones adoptadas, la evaluación de las repercusiones de cualquier modificación del entorno legal en las operaciones de la empresa y la determinación y evaluación del riesgo de cumplimiento.

iii) Una función de auditoría o revisión interna. La empresa de seguros y de reaseguros debe instituir una función de revisión interna que garantice la objetividad, la independencia y la autonomía de la valoración respecto a las funciones operativas. Esta función abarcará la comprobación de la adecuación y eficacia del sistema de control interno y de otros elementos del sistema de gobernanza e irá destinada a la valoración y a la comunicación al órgano de administración de los resultados, de las conclusiones y de las recomendaciones en relación con la actividad realizada. En caso de que se detecten disfunciones y cuestiones críticas, el órgano de administración definirá las medidas que deben adoptarse y garantizará que las mismas se lleven a cabo.

iv) Una función actuarial. Las empresas de seguros y reaseguros deben incluir una función actuarial destinada a la coordinación, gestión y control de las reservas técnicas así como a la colaboración en la aplicación del sistema de gestión de riesgos. Esta función será ejercitada por actuarios o personas que se encuentren en posesión de conocimientos matemáticos, actuariales o financieros suficientes y cuenten con una acreditada experiencia profesional.

En el sistema de organización italiano, se establecen las siguientes especialidades en relación al reaseguro:

- Las reservas técnicas. En el reaseguro son de aplicación los Artículos 38 a 41 Codice Assicurazioni pero deben constituirse sin deducirse las retrocesiones. Los activos cubiertos por las reservas deben ser invertidos adecuadamente en relación a la naturaleza de las contribuciones y a la duración de la pasividad derivada del reaseguro y de la retrocesión. Además deben ser gestionados y organizados separadamente de la actividad del reaseguro sin posibilidad de transferencia.

- El reaseguro «finite» es definido por el apartado vv-bis del Artículo 1 Codice Assicurazioni como «una riassicurazione in base alla quale la potenziale perdita

massima esplicita, expresada en terminos de riesgo economico massimo trasferito, risultante da un significativo trasferimento sia del riesgo de sottoscrizione che del riesgo de timing, eccede, per un importo limitato ma significativo, il premio per l'intera durata del contratto, unitamente ad almeno una delle seguenti caratteristiche: 1) considerazione esplicita e materiale del valore del denaro in rapporto al tempo; 2) disposizioni contrattuali intese a limitare il risultato economico del contratto tra le parti nel tempo, al fine di raggiungere il trasferimento del riesgo previsto». La disciplina de este reaseguro se encuentra reglamentada por el IVASS.

En las líneas anteriores ha quedado expuesto como el reaseguro precisa sin excepción de dos empresas para su celebración. Se tratan de sociedades o empresas cualificadas por exigencias legales para la buena marcha del negocio que ejercen, de forma organizada y profesional, una actividad económica dirigida al mercado. El ejercicio tanto de la actividad aseguradora como de la actividad reaseguradora está basada en la planificación y organización empresarial dadas las características peculiares del mercado en el que ejerce. Sin la necesaria organización empresarial, el contrato no podría ejecutarse. El reclamo de una estructura jurídica-técnica y empresarial desde el inicio resulta determinante desde un punto de vista operativo. Sin entrar a calificar si se trata de un verdadero y válido contrato, el reaseguro que no cuenta con la requerida organización difícilmente podrá alcanzar su finalidad.

En último lugar hacemos un breve inciso para aclarar que, pese a que la Directiva Solvencia II distingue entre empresas de seguros y reaseguros con sede en un Estado miembro de la Unión Europea y empresas con sede fuera de la Unión, cabe diferenciar todavía a empresas de seguros y reaseguros españolas e italianas porque la disciplina de autorización es completamente distinta de la disciplina de actividad. No debe, por tanto, llevar a equívoco las reglas de unificación contenidas en la norma europea sobre un concreto aspecto. En el Derecho positivo puede apreciarse esta distinción cuando el texto se refiere a la «entidad aseguradora o reaseguradora española» (Artículo 116 y 133 LOSSEAR) y a la «impresa di assicurazione autorizzata in Italia» o «impresa di assicurazione italiana» (Artículo 1 Codice Assicurazioni).

## 2. Prima

En los orígenes del seguro, la contraprestación del asegurado por la asunción del riesgo se denominaba premio (*praemium*) y se abonaba anticipadamente al asegurador. El premio o prima y la cobertura se situaban en una relación sinalagmática. El mismo carácter esencial que tuvo en el pasado lo sigue manteniendo en la actualidad, «non vi è negozio di assicurazione l'a dove il premio non rappresenta il corrispettivo dell'assunzione di un rischio o dove almeno una parte di esso non sia destinata a tale scopo»<sup>12</sup>. En todo contrato de seguro el tomador satisface un importe económico

---

<sup>12</sup> BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, p. 413. En el mismo sentido, GONZÁLEZ HUEBRA P., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Imprenta del heredero de José Gorgás, Barcelona, 1859, p. 300 señala a la retribución o premio entre los requisitos comunes a los seguros mercantiles y pertenecientes a la esencia de los mismos, sin la cual no puede haber contrato de seguro; VIVANTE C., *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 132; DONATI A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Secondo, Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 355 confirma que «se la copertura assicurativa viene concessa senza che il premio venga contemplato a carico di chicchessia, non siamo di fronte a un rapporto assicurativo, ma a una donazione».



(prima) que representa la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador (Sentencia del Tribunal Supremo 16 de mayo de 1991) y constituye un elemento esencial del contrato, sin acuerdo de las partes sobre ella, no habrá contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1987 y 30 de junio de 1989)<sup>13</sup>. También la Corte di Cassazione sostiene que el pago de la prima no es nunca *sine causa* porque es en sinalagma con la transferencia del riesgo y no con el pago de la indemnización, tanto es así que si, al vencimiento del contrato, el riesgo no se hubiera producido, la prima aún se adeudaría; si fuese suficiente pagar la prima para acumular una indemnización, se debería entonces admitir que el contrato no es un seguro sino una apuesta en la que pagando una suma cierta (prima), el apostador podría tener una remuneración muy superior al daño sufrido<sup>14</sup>.

Tampoco puede existir el reaseguro sin una contraprestación por la aceptación de la garantía del riesgo porque, de lo contrario, se convertiría en una simple liberalidad<sup>15</sup>. Así lo dejamos señalado al inicio cuando expresamos que el reaseguro es un contrato oneroso en razón de la reciprocidad de las obligaciones entre las partes contratantes; ninguna de ellas actúa con ánimo de liberalidad frente a la otra sino con ánimo de obtener una ventaja patrimonial. En el reaseguro, la obligación de abonar un importe económico por la cobertura prestada por el reasegurador tiene también la consideración económica y jurídica de «prima del reaseguro» y el carácter principal con el que se configura dicha prestación convierte a la misma en un elemento necesario más del contrato. Sin prima no puede existir el contrato de reaseguro ni tampoco el de seguro, y debe remarcarse el valor de este elemento esencial porque, además de constituir un factor de costo en la prima original, representa la fuente principal de ingresos del asegurador y del reasegurador y la base de ambos negocios.

Desde un plano técnico y económico, la doctrina señala que la prima no puede continuar configurándose como el antiguo *pretium periculi* sino como «el valor de pérdida esperada»<sup>16</sup> o como «la somma che l'assicuratore ritiene necessaria e sufficiente per creare la base finanziaria per la comunione dei rischi»<sup>17</sup>. En concreto, la prima representa la suma que cualquier reasegurador considera necesaria para que la

---

<sup>13</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 77. El contrato de seguro en general», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 597.

<sup>14</sup> VOLPE PUTZOLU G., «Osservazioni in tema di compensatio lucri cum damno nei contratti di assicurazione contro i danni (a proposito dell'ordinanza della Corte di Cassazione 22 giugno 2017, n.15534)», *Assicurazioni*, 2017, Parte I, núm. 2-3, p. 201.

<sup>15</sup> FOLCINI L., *Elementos prácticos de reaseguros*, traducción de CHARLAN R., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 12; CARRESI F., «Osservazioni sulla causa dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima, p. 128 precisa que la prima se convertiría entonces en «*donum fortunae*». Igualmente en el Derecho inglés, los elementos esenciales e irrenunciables del contrato de reaseguro: son la naturaleza del riesgo, los límites de la cobertura, la duración del contrato y el premio. La falta o la incerteza (absoluta) de alguno de ellos impide el perfeccionamiento del reaseguro. La Sección 52 de la *Marine Insurance Act* señala la simultaneidad del deber de entregar la póliza con el deber de pagar la prima al revelar que, salvo pacto en contrario, «*the duty of the assured or his agent to pay the premium, and the duty of the insurer to issue the policy until payment or tender of the premium*».

<sup>16</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 22.

<sup>17</sup> PINO A., «Rischio e alea nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima, p. 246.

comunidad de riesgo reasegurado consiga compensar y neutralizar los riesgos individuales. La prima se presenta así como la compensación por la asunción del riesgo o, en otras palabras, la contraprestación por la garantía o tutela que el reasegurador ofrece al interés reasegurado y no la contraprestación de la eventual indemnización que el reasegurador puede verse obligado a satisfacer al reasegurado<sup>18</sup>.

Según NAVARRINI<sup>19</sup>, los caracteres de la prima del seguro son la anualidad, la indivisibilidad y el pago por adelantado al momento en que se inicia el riesgo. Sin embargo, la particularidad del mercado comporta que no pueda ofrecerse un precio único para la cobertura del reaseguro y el pago de las primas por anticipado<sup>20</sup> pero ello no significa que exista una contraposición entre la prima del seguro y la del reaseguro sino todo lo contrario. La prima original está compuesta por la cuantía correspondiente para hacer frente a los eventuales siniestros, más los recargos por fluctuaciones en la siniestralidad, los gastos de administración y un margen de beneficio. La prima del riesgo depende de cuantos riesgos asegurados se ven afectados por un siniestro y de la frecuencia con la que se producirá. La tarificación de los riesgos es la primera de las medidas técnicas de compensación que se ideó y tiende a garantizar el equilibrio interno de cualquier explotación de seguros<sup>21</sup>. Para poder tarificar justamente la prima del seguro marítimo, el asegurador procede al cálculo de la probabilidad media del siniestro y determina el valor económico de la obligación en el momento del contrato por lo que conoce de antemano cuantos siniestros pagará y la importancia de los mismos siempre que haya hecho una adecuada división de los riesgos<sup>22</sup>. Además, para una justa apreciación del riesgo, el asegurador necesitará conocer aquellos datos -incluso aquellos totalmente subjetivos- que le permitan apreciar la importancia y probabilidad del riesgo que va a asumir para lo cual solicitará el concurso del propio asegurado y confiará en las indicaciones prestadas por este<sup>23</sup>. La prima resultante se expresará en un porcentaje sobre el valor asegurado (prima neta) al que se le adicionará algunos gastos e impuestos repercutibles (prima bruta).

La prima del reaseguro también está integrada por dos elementos: la prima bruta y la prima neta. La prima bruta está constituida por el recargo exigido sobre la prima original con el fin de cubrir los gastos adicionales ocasionados por el reaseguro, es decir, por los gastos de administración del reasegurador, los gastos necesarios para la retrocesión y un beneficio razonable que el reasegurador calcula en concepto de administración del negocio<sup>24</sup>. La prima neta es el resultado del cálculo que aplica el

---

<sup>18</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 601.

<sup>19</sup> NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. IV., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920, pp. 266-267.

<sup>20</sup> PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro: función económica*, Ed. ICE, Madrid, 1973, p. 68.

<sup>21</sup> ROCA GUILLÉN J., «Estudio del reaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 19, 1949, p. 10. VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>22</sup> BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo jurídico*, Imp. Viuda Galo Sáez, Madrid, 1961, p. 28.

<sup>23</sup> URÍA R., *El Seguro Marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940, p. 135 y FERRARINI S. *Le assicurazioni marittime*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 343-344.

<sup>24</sup> GERATHEWOHL K., *Reaseguro. Teoría y práctica*, traducción de la obra realizada por DÍEZ ARIAS T., Vol. I, Ed. Reaseguros Gil y Carvajal, Madrid, 1993, p. 267 señala, además, que la prima original bruta del seguro está formada por la prima de riesgo necesaria para atender el valor de los siniestros, un

número de hechos similares que tiene lugar en la realidad y el número de veces que el daño se ha producido, y que se ve incrementada por unos gastos determinados (adquisición y administración del seguro, impuestos...). La fijación de la prima de reaseguro también obedece a un cálculo en proporción a la suma reasegurada y a un estudio estadístico tanto de las experiencias del pasado como de los índices probabilísticos de siniestralidad (*Lloyd's* de Londres publica anualmente una estadística sobre siniestros totales en la navegación marítima). Tal determinación se ve completada también en la mayoría de los casos con la comunicación diligente y de máxima buena fe que el asegurador-reasegurado traslada al reasegurador sobre la cuantía de la prima del seguro marítimo en cuanto que ésta se encuentra ya proporcionada a la probabilidad del riesgo y, por ende, a la probabilidad que la hace formar parte del posible daño patrimonial del asegurador-reasegurado. En consecuencia, la prima del seguro original es, en cierto sentido, proporcional al riesgo que asume el reasegurador aunque se traten de riesgos distintos y no exista siempre una correspondencia económica<sup>25</sup>.

En su consideración de elemento fundamental del contrato, el importe de la prima deberá estar determinada con exactitud en la póliza de reaseguro o, al menos, deberá reflejarse en ésta el procedimiento para su cálculo y determinación. Lo anterior justifica la obligación de regular y detallar en la póliza de reaseguro estos aspectos relacionados con la prima junto con el importe exacto de la misma o el procedimiento para su cálculo. Y, junto a los anteriores, todos cuantos aspectos vayan referidos a la prima (*v.gr.* unidad monetaria de las primas a abonar y cómputo de las mismas, vencimiento, lugar y forma de pago...). Ni la legislación española ni la italiana regulan la prima en sede de reaseguro y el pacto que alcancen las partes sobre la misma resultará determinante en la relación jurídica entre ellas. La póliza del reaseguro cumple -aquí también- una función esencial al comprender necesariamente en ella la disciplina de una de las principales obligaciones y de uno de los elementos objetivos-reales del reaseguro sobre el que las partes han consentido en un acuerdo. En dicho sentido dejamos señalado que las denominadas «*flat premium clause*» son los acuerdos negociales más extendidos en el mercado reasegurador debido a que se limitan a establecer la cuantía de la prima a abonar a determinados vencimientos y, para aquellos supuestos en los que se opta por vincularlo con la prima calculada en el seguro original, la mencionada cláusula establece también i) la cuantía del premio en depósito (con mención de si el pago es por entero o por cuotas); ii) el mínimo aplicable; iii) la definición de *premium income*; iv) el momento de vencimiento del contrato<sup>26</sup>.

De lo anterior se concluye que sobre el reaseguro repercuten dos primas distintas: la prima del seguro marítimo y la prima del reaseguro; y cualquier cambio en la primera,

---

recargo para cubrir los costos de la operación y un recargo por el beneficio exigido para producir dividendos sobre los fondos existentes y para la creación de nuevos fondos. CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, p. 275 señala también que la prima está constituida por la prima pura («*burning cost*») correspondiente al valor probabilístico del riesgo y la carga correspondiente a los costes de gestión del servicio.

<sup>25</sup> PERSICO C., *La riassicurazione*, Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1926, p. 125. DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato de reaseguro y la jurisprudencia», *Revista Española de Seguros*, Numero 96, 1998, p. 626 señala que el reasegurador tiene en contadas ocasiones la posibilidad de fijar el precio porque desconoce «el componente de riesgo catastrófico suscrito y la propia protección adquirida».

<sup>26</sup> BOGLIONE A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 394.

comporta un nuevo cálculo para la segunda. No obstante, esa incidencia y vinculación no conlleva ninguna merma en la autonomía del contrato de seguro y de reaseguro. La relación de dependencia o proximidad entre el contrato de seguro marítimo y el reaseguro también se manifiesta en este elemento objetivo-real del contrato que analizamos pero la correlación de las primas no alcanza a su pago y, en consecuencia, no rige el principio en virtud del cual el reaseguro sigue la suerte del seguro. El impago de la prima en el seguro marítimo no comporta el impago de la prima del reaseguro; el asegurador-reasegurado siempre adeuda la prima y ésta representa una «posición activa»<sup>27</sup> para el reasegurador quien tendrá derecho a percibirla en todos los casos. De esta manera, la relevancia de la prima del reaseguro no solo viene dada por su condición de prestación del asegurador-reasegurado sino también por ser «fuente fundamental de sus recursos para poder atender las obligaciones que como tal se le derivan de los compromisos que contrae por cobertura de riesgos»<sup>28</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, dejamos señalado que la prima del reaseguro puede fijarse independientemente de la prima del seguro marítimo. Así, pueden señalarse algunos supuestos especiales:

i) Algunas entidades reaseguradoras especializadas fijan primas del reaseguro que puede ser ventajosas y permitir al asegurador-reasegurado obtener un beneficio por la diferencia entre las primas cobradas y las que tiene que pagar<sup>29</sup>.

ii) La prima del reaseguro puede ser de una cuantía inferior a la prima del seguro y ello «no solo porque a veces ha transcurrido una parte del tiempo del seguro o se ha efectuado una parte del viaje»<sup>30</sup> sino por la concurrencia de otros motivos que pueden también determinar ese hecho.

iii) En los reaseguros por tratados de excedentes de daños, la relación o proporción entre la prima del seguro y la del reaseguro es de difícil cálculo porque no se reasegura una parte de la suma asegurada del seguro originario sino una parte o cuota del daño que la indemnización que nace de un seguro pueda ocasionar al asegurador-reasegurado<sup>31</sup>. En atención a lo anterior, se suelen elaborar unas tarifas de primas (sin relación alguna sobre las del seguro originario) que señalan la cantidad que abonará el asegurador-reasegurado y que se adjuntan al tratado.

iv) En otros tratados de reaseguro se contempla que el asegurador-reasegurado retenga una parte de las primas como garantía de las obligaciones del reasegurador o «como indemnización por los gastos y trabajos de la "gestión del negocio" que él solo ha de llevar»<sup>32</sup> pero también suele pactarse que sea el reasegurador quien le pague al asegurador-reasegurado una parte de la prima, en ambas situaciones estos ingresos

---

<sup>27</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 52.

<sup>28</sup> LASHERAS-SANZ A., «Acerca de la naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLVII, 1963, p. 1060.

<sup>29</sup> FARIÑA F., *Derecho comercial marítimo*, Tomo IV - Seguro marítimo, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 343 considera esta negociación lícita y legal.

<sup>30</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, traducción, nota preliminar y prólogo por NAVAS MÜLLER J. M., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 191. Además, el autor señala que los riesgos en el ramo de transportes tienen un precio de mercado y que, en los riesgos marítimos, podría ser calificado como «precio en puerto».

<sup>31</sup> BROSETA PONT M., *El contrato de reaseguro*, Ed. Aguilar, 1961, p. 159.

<sup>32</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro, op. cit.*, pp. 189-190 señala que la comisión corresponde a la esencia misma del reaseguro.

ayudan al asegurador-reasegurado a nivelar su cuenta de pérdidas y ganancias y a soportar con mayor holgura los siniestros que pueden producirse en su cartera, sin perjuicio de que vea reparada posteriormente la deuda en su patrimonio. Sobre el pago de las primas a través de la cuenta corriente en los reaseguros por tratados, recordamos que «el reasegurador estará obligado a indemnizarle aunque la prima no se la haya pagado directamente, sino tan solo abonada en la cuenta corriente»<sup>33</sup> y remitimos a lo ya señalado con anterioridad.

v) En el reaseguro proporcional, la transferencia de una parte de la prima corresponde a la fracción de riesgo traspasado por el asegurador-reasegurado mientras que, en el reaseguro no proporcional, el reasegurador recibe un cierto porcentaje de las primas cobradas por el asegurador-reasegurado a cambio de hacerse cargo de las pérdidas que superen una cierta cantidad<sup>34</sup>.

En último lugar dejamos señalado que la prima del reaseguro no debe ser confundida con la reservas de primas. Ambos términos son conceptos autónomos y desempeñan funciones distintas. Las reservas de primas son «reportes contables de aquella parte de primas de cada póliza individual que se refiere a los ejercicios futuros y corresponden a las fracciones de riesgo que todavía permanecen desde el día de cierre del ejercicio social al día de caducidad de cada póliza o de cada cuota sucesiva de prima»<sup>35</sup>. Existen varios métodos para su cálculo y van inscritas contablemente en el pasivo del estado patrimonial. Actúan en dos fases: en la aceptación del reasegurador de un tratado en curso (el asegurador-reasegurado le transfiere la reserva de primas computada a final de ejercicio) y en la salida del reasegurador de un tratado (el reasegurador pone la reserva de primas computada al final del ejercicio en el asegurador-reasegurado). Dejamos señalado que las reservas de primas convergen también en la relación reaseguradora con las reservas matemáticas y con las reservas de siniestros.

### 3. Suma reasegurada

#### 3.1 Suma reasegurada y valor del interés reasegurado

En cualquier contrato de seguro se fija, en relación con el valor objetivo del interés asegurado y con el de los posibles daños, la cuantía máxima de la indemnización que será abonada en el supuesto de que se verifique el siniestro. En los seguros de daños, tal valor viene determinado por la suma asegurada. En virtud del Artículo 27 LCS, la suma asegurada representa «el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro». El Codice Civile se refiere también en varias ocasiones a ella sin

---

<sup>33</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>34</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 126 y SÁNCHEZ VILLABELLA J., *El contrato de reaseguro...*, *op. cit.*, p. 47 p. 253. La fijación de la prima en el reaseguro no proporcional consiste en una compleja actividad técnica para cuyo conocimiento remitimos - por exceder el ámbito de nuestro estudio- a la exposición de métodos recogidos en GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el «Common Law»*. Una visión armonizadora, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 338-342.

<sup>35</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1923, p. 270. También ANGELI G., *La riassicurazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 25 define la reserva de primas de la siguiente forma «quota del premio destinata alla copertura degli impegni in vigore alla fine dell'esercizio in dipendenza di assicurazioni stipulate nel corso dell'esercizio».

ofrecer ninguna definición de la misma. Sin confundirla con el valor asegurable (valor del interés del asegurado expuesto al riesgo e independiente<sup>36</sup> de la voluntad de las partes), la suma asegurada se identifica con el valor asegurado (importe en que el interés es asegurado como máximo y cuyo valor es asignado por el tomador en el contrato de seguro para el supuesto de que llegue a producirse el siniestro).

La suma asegurada es mucho más que un término o un valor y adquiere una relevancia notoria por la función que desempeña en los contratos de seguros contra daños. Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano, la suma asegurada opera como un elemento determinante y fundamental del contrato de seguro (Artículos 413 y ss. LNM, Artículos 29 y ss. LCS; Artículos 1892 y 1893 Codice Civile). Incluso la LCS española -entre las disposiciones generales sobre los seguros de daños- llega a exigir obligatoriamente su mención en la póliza. Pero, ¿cuáles son esas funciones? En el seguro, el valor asegurado actúa -en cada siniestro- como límite máximo de «la prestación del asegurador cuando ésta consista en una indemnización o en la entrega de una suma, lo que sucede en la mayoría de los casos, sin perjuicio de las otras posibilidades que se contemplan para diferentes de seguros»<sup>37</sup>. En el seguro marítimo, la indemnización del asegurador estará integrada por el valor real de los daños sufridos y por los importes de otras coberturas complementarias hasta el límite de la suma asegurada (Artículo 430 LNM y Artículo 534 Codice Navigazione en conexión con el 1905 Codice Civile). Además, la suma asegurada se emplea también como base para el cálculo de la prima del seguro y nunca como referencia para la determinación de la indemnización. Pese a que sea un valor atribuido unilateralmente por el tomador y aceptado por el asegurador, éste no queda vinculado al mismo a los efectos del cálculo de la indemnización pues, para este caso, se precisará atender al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro (Artículo 26 LCS) o «al tempo del sinistro» (Artículo 1908 Codice Civile). Es necesario el pacto y el consentimiento expreso del asegurador para que el valor reflejado en la póliza sea tenido en cuenta en la determinación de la indemnización excepto que se trate de una póliza estimada. Las dificultades a la hora de valorar económicamente el interés y las oscilaciones de los valores en el mercado tanto en el momento anterior del seguro como durante la vigencia del mismo lleva no sólo a recurrir al concepto de suma asegurada sino también a la fijación o estimación del valor del interés asegurado en la póliza. La frecuencia en la práctica ha llevado a que los Artículos 414 LNM y 515 Codice Navigazione presuman, en los seguros de cascos, la conclusión de una póliza estimada, es decir, un contrato de seguro cuyo valor declarado en él o con posterioridad al mismo se presume como valor exacto y vinculante para ambas partes si no se dispone expresamente lo contrario. Dicha presunción legal tan solo puede destruirse en los dos

---

<sup>36</sup> ILLESCAS R., «Principios Fundamentales del Contrato de Seguro», *Revista Española de Seguros*, Número 157, Enero-Marzo, 2014, p. 19 reclama, en sede de seguro, un fenómeno de objetivización de la suma asegurada en función de la cuantificación efectuada y convenida de dicho interés «conforme a la concreta naturaleza de la relación existente entre el tomador y el interés -o la cosa en la que dicho interés radica- así como del valor mismo».

<sup>37</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Comares, Granada, 2003, p. 132.

supuestos específicamente señalados por el Legislador español: i) dolo por parte del asegurado y ii) error manifiestamente superior al valor del interés.

Los Artículos de la LCS y del Codice Civile no contienen ninguna definición o alusión a la suma reasegurada pero ésta desempeña en el reaseguro un papel idéntico y unas funciones tan destacables como la ejercitada en el seguro. En primer lugar, sirve para determinar el importe de la prima del reaseguro. Y en segundo lugar, la suma reasegurada opera igualmente como límite convencional máximo de la indemnización a pagar por el reasegurador, el cual resarcirá exactamente el daño sufrido siempre que no exceda de la cuantía o límite de la suma reasegurada. Al igual que sucede en el seguro, rige el principio indemnizatorio en el reaseguro y se hace pivotar sobre la suma reasegurada. Ésta es el límite de la responsabilidad del reasegurador. Su importe suele fijarse en los contratos de reaseguros siguiendo la suma previamente estipulada en los de seguro marítimo y cualquier cambio, alteración o modificación que tengan incidencia sobre esta suma asegurada a lo largo del periodo de vigencia de estos contratos repercutirá en la suma reasegurada<sup>38</sup> por lo que obligará a efectuar las comunicaciones oportunas al reasegurador y a realizar un nuevo cálculo. La vinculación de la suma reasegurada con la suma asegurada en el seguro marítimo conlleva que el valor del interés reasegurado coincida con el que el asegurador-reasegurado sacrificará para hacer frente a la indemnización del asegurado marítimo original. La excepción la encontramos en los reaseguros por tratados en donde la suma reasegurada en el momento de celebrarse el contrato resultará indeterminada «por faltar los seguros que se quieren reasegurar»<sup>39</sup>. Además la suma asegurada actúa como base de los contratos de reaseguro proporcionales y como punto de equilibrio entre los distintos factores que intervienen en los mismos. Frente a la opinión de aquellos autores que entienden que esta suma es una circunstancia esencial<sup>40</sup> a valorar por el reasegurador, otras opiniones consideran que la revelación de la suma asegurada por parte del asegurador-reasegurado tiene un valor puramente «indicativo» ya que desarrolla una función muy modesta al no servir ni para probar ni para presumir el valor del daño<sup>41</sup> sino solo para indicar la parte o cuantía del valor del interés reasegurado<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro, op. cit.*, p. 69 y BROSETA PONT M., *El contrato..., op. cit.*, p. 106.

<sup>39</sup> BROSETA PONT M., *El contrato..., op. cit.*, p. 107. También DONATI A., «Il contratto di assicurazione in abbonamento», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, p. 25.

<sup>40</sup> SALANDRA V., «I caratteri giuridici del contratto di riassicurazione e la giurisprudenza della Cassazione», *Assicurazioni*, 1934, XII-XIII, Anno I, Parte Prima, p. 325. FERRARINI S., «Sulla descrizione del rischio nella riassicurazione facoltativa», *Assicurazioni*, 1959, Parte Seconda, pp. 321-322 justifica su posición señalando que la suma total asegurada unida a la declaración del asegurador-reasegurado de su participación efectiva en el riesgo asegurado es la forma para valorar correctamente el riesgo reasegurado.

<sup>41</sup> CAPOTOSTI R. A., «La riassicurazione marittima nei rapporti fra le parti» (Nota a Sentenza Tribunale Trieste 5 febbraio 1959, *Il Foro Italiano*, Volumen 82, Número 6, 1959, p. 1057 especifica además que «non può esistere alcun rapporto causale tra somma assicurata e somma riassicurata, e tanto meno si può pretendere di subordinare la prestazione del riassicuratore alla misura della garanzia prestata dall'assicuratore-riassicurato. Ogni riferimento possibile è allora fatto unicamente sul pieno, essendo irrilevante per il riassicuratore conoscere se la somma assicurata copra o meno l'intero valore della nave». Para GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee sull'interesse nell'assicurazione contro i danni», *Assicurazioni*, 1970, Anno XXXVII, Parte Prima, p. 333., el respeto al principio indemnizatorio exigiría que se resarciese el daño realmente sufrido cuando su importe supere el de la suma asegurada. Y

## 3.2 Supuestos especiales

Tras haberse indicado la relación entre el valor del interés asegurado y la suma asegurada en el reaseguro, cabe señalar la posibilidad de que puedan plantearse distintos supuestos especiales:

### 3.2.1 Reaseguro total o pleno

El reaseguro total o pleno implica que el asegurador-reasegurado reasegura todo el valor del interés que éste ha asumido del asegurado original. El valor del interés reasegurado viene determinado y es coincidente con la cuantía de la suma asegurada del seguro marítimo. En virtud del reaseguro total, se reasegura la misma suma asegurada que ha asumido del asegurado en el contrato de seguro marítimo. La suma reasegurada en el contrato cubre todo el valor del interés reasegurado.

Este supuesto especial ha suscitado numerosas controversias sobre la base de que es contrario a la naturaleza originaria del reaseguro y de que no permite la consecución de los fundamentos técnicos del contrato de reaseguro. Sin alcanzar una ulterior división y reparto de los riesgos sino tan solo un traspaso «en bloque» de los mismos, remitimos a lo expuesto más arriba sobre las tradicionales exigencias técnicas del seguro y el principio de conservación parcial del riesgo por parte del asegurador-reasegurado.

### 3.2.2 Reaseguro parcial o infrareaseguro

El infrareaseguro tiene lugar cuando el asegurador-reasegurado no transfiere todo el valor del interés que le produce un seguro marítimo sino que reasegura solo una parte de él, es decir, la suma reasegurada es de una cuantía menor a la del valor del interés reasegurado en el momento de la producción del siniestro. Si el siniestro marítimo es total, el asegurador-reasegurado indemnizará a su asegurado con el importe máximo de la suma asegurada pero no podrá reclamar del reasegurador tal cuantía sino la correspondiente a la suma reasegurada en el contrato de reaseguro. En la contratación, es el supuesto normal y mayoritario. Además, el infrareaseguro permite que el contrato desarrolle su primigenia función técnica y económica sin desnaturalizarlo. No obstante, el desequilibrio entre la suma reasegurada y el valor del interés reasegurado no se presenta en aquellos casos (*v.gr.* seguro de responsabilidad civil marítima) en los que falta uno de los dos elementos o en los que no se pueden determinar los mismos.

El primer apartado del Artículo 413 LNM hace referencia a la situación de infraseguro o subseguro en el ámbito marítimo y prevé, al igual que el Artículo 30 LCS, la aplicación de la regla proporcional para aquellos supuestos en los que el daño padecido por el asegurado directo es inferior al valor del interés asegurado y a la suma asegurada. En virtud de esta regla, solo se indemnizará el daño efectivamente causado en la misma proporción en la que la suma asegurada cubre el interés asegurado. También el Artículo 1907 Codice Civile hace referencia a esta situación y contempla la

---

GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 323 admite que, en el reaseguro marítimo, es preciso fijar un suma reasegurada pero acaba reconociendo que «viene determinada o depende de la suma asegurada» señalando que ésta es solo una suma aritmética que no representa el valor del interés asegurado.

<sup>42</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 106.



misma regla. En virtud de las reglas anteriores, el asegurador-reasegurado podría reclamar al reasegurador solo la parte proporcional de la suma reasegurada según la proporción de la suma asegurada y que hubiese desembolsado. Las normas anteriores tienen un carácter dispositivo y pueden verse alterada por acuerdo (*v.gr.* la póliza estimada en el seguro de cascos excluye la regla proporcional) entre las partes en ambos ordenamientos jurídicos.

### 3.2.3 Sobrereaseguro

El sobrereaseguro se presenta cuando la suma reasegurada sea superior al valor del interés reasegurado. A diferencia del supuesto inmediato anterior, el sobrereaseguro no tiene lugar con tanta facilidad y frecuencia en la práctica comercial debido a que el valor del interés reasegurado es igual a la suma asegurada y la suma reasegurada se determina automáticamente y establece generalmente sobre la misma suma asegurada, con lo que es necesario que los dos coincidan<sup>43</sup>.

En el seguro marítimo, el sobreseguro puede tener lugar a consecuencia de una exageración (dolosamente o no) del asegurado sobre el valor de su interés y estipulando una suma asegurada muy superior al valor del interés asegurado. Ante esta situación, el apartado segundo del Artículo 413 LNM (con una redacción prácticamente idéntica al Artículo 31 LCS) soluciona aquellos supuestos en los que se haya infringido la prohibición de sobreseguro. También lo hace el Artículo 1909 Codice Civile. De la lectura de la disciplina contenida en ambas normas pueden contemplarse dos casos:

i) Cuando el sobreseguro es debido a la mala fe del tomador o del asegurado, el contrato es nulo y el asegurador de buena fe tendrá derecho a retener las primas vencidas y las del periodo en curso.

ii) Cuando el sobreseguro se ha producido sin mala fe, pueden suscitarse, a su vez, dos situaciones:

- Si la revelación del sobreseguro ha tenido lugar antes de que el siniestro se haya producido, la Ley habilita a cualquiera de las partes para exigir la reducción de la suma y de la prima. Además, la Ley marítima española reconoce al asegurado un derecho a que le sean restituidas las primas que el asegurador haya percibido.
- Si, por el contrario, el siniestro ha tenido lugar, el asegurador indemnizará el daño efectivamente causado.

Tanto el Artículo 413 LCS como el Artículo 1909 Codice Civile exigen, sin más, un exceso de la suma asegurada sobre el valor del interés asegurado pero, ¿y si se supera mínimamente? ¿existe una cifra de rebasamiento? El Artículo 31 LCS sí hace referencia a esta cuestión y exige que la suma asegurada supere «notablemente» el valor del interés asegurado sin puntualizar más. Además, el sobreseguro y el sobrereaseguro suponen la infracción del principio indemnizatorio. En último lugar, dejamos señalado la coincidencia de ambos ordenamientos jurídicos en contemplar el sobreseguro por dolo del asegurado y en excluir el del asegurador de su ámbito de aplicación, sin que quepa afirmar la imposibilidad de que tal hipótesis pueda tener lugar.

---

<sup>43</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 109. DONATI A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Terzo, Giuffrè Editore, Milano, 1952, p. 486 sostiene que el sobrereaseguro es un supuesto puramente teórico.

### 3.2.4 Reaseguro múltiple o cumulativo

Todo asegurador puede concertar más de un contrato de seguro sobre un mismo interés, contra un mismo riesgo, por el mismo valor y por el mismo tiempo con dos o más reaseguradores. Una vez producido el siniestro, el asegurador-reasegurado no podrá reclamar dos o más veces la misma indemnización porque contravendría la prohibición general que impide al asegurado y al asegurador-reasegurado enriquecerse injustamente y la naturaleza propia de todo seguro de daños al que pertenece el reaseguro. Entre los distintos modos en los que se puede incurrir en reaseguro doble, señalamos que:

i) el asegurador-reasegurado puede celebrar un segundo contrato de reaseguro sobre un riesgo e interés previamente transferido en su totalidad a un reasegurador

ii) el asegurador-reasegurado puede estipular dos contratos de reaseguros parciales sobre un mismo riesgo e interés reasegurados por una cuantía total superior al valor del interés reasegurado.

En España, el Artículo 415 LNM (también el Artículo 32 LCS) se refiere al supuesto en que varios aseguradores cubren un único riesgo e interés marítimo durante un mismo periodo de tiempo. Del mismo modo, en Italia, lo hace el Artículo 1910 Codice Civile sin referirse al interés pero la doctrina lo incluye entre los requisitos<sup>44</sup>. En ambos textos se admite el seguro múltiple pero queda condicionado por la aplicación del principio indemnizatorio: el asegurado no podrá recibir una indemnización total superior al importe real del daño porque el seguro no puede ser una fuente de lucro o ganancia. Para evitar esta situación se impone la obligación de comunicar dicha pluralidad de elementos a los aseguradores y, si por dolo se omite este aviso, los aseguradores no estarán obligados a pagar la indemnización si produce el siniestro. El asegurador que haya indemnizado tendrá acción de regreso contra los demás aseguradores para obligarles a contribuir a la cobertura del siniestro en proporción a los capitales asegurados por cada contrato. Sólo el Codice Civile prevé el supuesto de insolvencia de algún asegurador para este caso y señala que dicha cuota se repartirá y pagará entre los otros aseguradores. Y sólo la LNM autoriza a cualquiera de las partes del contrato a exigir la reducción de la suma asegurada y de la prima y obliga a restituir el exceso de las primas percibidas cuando el importe total de las sumas aseguradas superase notablemente el valor del interés; el Legislador español extiende al caso del seguro múltiple, el mismo régimen previsto para el sobreseguro. El seguro múltiple se diferencia del coaseguro en que tiene lugar a iniciativa del tomador del seguro y en que no existe un acuerdo previo entre los aseguradores para asumir el riesgo mientras que una de las características más sobresalientes del coaseguro es el acuerdo previo entre los aseguradores entre sí y el tomador del seguro<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, pp. 264-265 señala que «perchè si abbia assicurazione plurima o multipla o presso diversi assicuratori debbono presentarsi alcuni requisiti (...) lo stesso interesse o, più specificamente, la stessa cosa e per la stessa relazione su di essa» y SOTGIA S., «Pluralità di contratti e coassicurazione», *Assicurazioni*, 1974, Anno XLI, Parte Prima, p. 125 también precisa el riesgo, el interés y la duración.

<sup>45</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., «Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 74, 1959, p. 239 afirma «el coaseguro descansa, pues, en un acuerdo previo entre los aseguradores»; SOTGIA S., «Assicurazione plurima, coassicurazione, doppia assicurazione»,

### 3.2.5 Correaseguro

Un riesgo asumido por un asegurador puede reasegurarse recurriendo a diversos reaseguradores, a quienes se transfiere una parte alícuota del interés reasegurado por medio de tratos separados e independientes entre el asegurador y cada uno de los reaseguradores. Pero también es posible acudir a un solo reasegurador que actúa como representante de otros reaseguradores entre los que se reasegura en coaseguro el riesgo reasegurado. De la combinación del sistema de coaseguro y del reaseguro surge frecuentemente en la contratación de grandes riesgos el denominado correaseguro, el cual se define como «un reaseguro suscrito por varias reaseguradoras en régimen de coaseguro sin ninguna especialidad»<sup>46</sup>. En esta modalidad concreta, cada uno de los reaseguradores reciben la denominación de correaseguradores y es una contratación característica en los grandes riesgos.

La estructura de esta figura se aproxima a la del coaseguro ordinario y ambas se desarrollan de manera muy semejante. El Artículo 416 LNM -en España, también el Artículo 33 LCS- y el Artículo 1911 Codice Civile se ocupan del coaseguro. En este punto, resulta necesario hacer un deslinde entre el correaseguro y el recoaseguro (también denominado coaseguro interno). Este último consiste en «unos acuerdos o convenios de suscripción, mediante los cuales los aseguradores se distribuyen internamente los riesgos cubiertos, es decir, sin conocimiento previo ni posterior de los asegurados»<sup>47</sup>. También es frecuente, en particular en los seguros marítimos, la

---

*Assicurazioni*, 1953, Anno XX, Parte Prima, p. 29 «a differenza dell'assicurazione plurima in generale la coassicurazione (...) presuppone la presenza di un accordo»; ARROYO I., *Curso de Derecho marítimo*, Tercera Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 823 designa el previo acuerdo como elemento diferenciador del coaseguro con el seguro múltiple y el sobreseguro.

<sup>46</sup> MUÑOZ PAREDES J. M., *El coaseguro*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 56.

<sup>47</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 281. La autora reclama una diferenciación entre coaseguro interno y pactos de coaseguro interno, y entre coaseguro interno y coaseguro externo. MUÑOZ A., «El reaseguro de los grandes riesgos», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994, pp. 511-512 señala que el coaseguro interno se produce «cuando uno o varios de los aseguradores directos, sin conocimiento del asegurado, ceden parte de su responsabilidad a otro asegurador» y abogando por una distinción entre el pacto de coaseguro interno y el coaseguro interno, califica a éste último como reaseguro. En el mismo sentido, DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho español de seguros*, Tomo I, Imprenta Sáez Hierbabuena, Madrid, 1983, p. 75 y SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos 45 a 79», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Tomo XXIV, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 693 coinciden en afirmar que el coaseguro interno es el acuerdo efectuado, previa y exclusivamente, entre una pluralidad de aseguradores sin conocimiento del asegurado y lo consideran un contrato de reaseguro.

Por otra parte, URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78. Tipología del seguro», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 644 define el reaseguro interno como el contrato «en el que el asegurador directo y otros aseguradores acuerdan cederse parte de los riesgos asumidos sin que dicho pacto se muestre al exterior como un contrato de reaseguro, no afectará al asegurado, el cual podrá reclamar la totalidad de la indemnización a quien aparezca como asegurador, sin perjuicio del posterior derecho de repetición de éste» y sitúa el régimen jurídico del mismo en el segundo párrafo del Artículo 77 LCS. Sin embargo, ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 283 y MARTÍNEZ SANZ F., «Sección 10. Reaseguro», BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU J., OLAVARRÍA IGLESIA J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 948 entienden que la alusión al reaseguro interno no tiene lugar puesto que no se trata de una modalidad contractual distinta o de un acto jurídico diverso del reaseguro sino de una redundancia porque el reaseguro es, por esencia, interno (no crea acción directa entre el tomador o asegurado original contra el reasegurador).

asunción del riesgo en régimen de coaseguro, reasegurándose posteriormente por los coaseguradores una parte de su responsabilidad (recoaseguro)<sup>48</sup>. BENITEZ desarrolla que el recoaseguro tiene lugar cuando el asegurador -teniendo derecho a participar en la suscripción de un riesgo en coaseguro- no puede por distintas causas «figurar en el reparto de la póliza» y los aseguradores participantes la incluyen en el reparto mediante cesión en reaseguro de la cuota que le haya sido atribuida sin ninguna carga y al coste original<sup>49</sup>.

Tanto el correaseguro como el recoaseguro responden a dos modalidades diversas de suscribir el reaseguro. La diferencia entre ambos radica tan solo su estructuración jurídica interna porque en el correaseguro el riesgo es repartido entre varios reaseguradores mientras que en el recoaseguro la partición se produce entre aseguradores sin que en ninguno de los dos supuestos el asegurado tenga conocimiento y sin que se puedan establecer relaciones directas.

#### 4. Riesgo

La valoración del número de situaciones acaecidas en el pasado y de las circunstancias particulares en cada caso concreto arroja como resultado la mayor o menor posibilidad de que tenga lugar un determinado evento y, en consecuencia, de la existencia de un riesgo.

El riesgo junto al interés y a la gestión de acuerdo con un plan, son los fundamentos técnicos-económicos del contrato de seguro<sup>50</sup>. Los auténticos epicentros del seguro y del reaseguro son el riesgo y el interés; ambos constituyen el «nervio axial»<sup>51</sup> y unidos al

---

La discusión sobre el segundo párrafo del Artículo 77 LCS puede resolverse conociendo el origen del mismo. La enmienda número 123 al Proyecto de Ley de Contrato de Seguro propuso adicionar un segundo párrafo al Artículo 32 con el siguiente tenor «el pacto de coaseguro interno efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores no afectará al asegurado que, en todo caso, podrá exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los coaseguradores en virtud del pacto interno». La propuesta fue aceptada pero la Comisión de Justicia del Congreso acordó por unanimidad que ese último párrafo se trasladase a la sección del reaseguro. Ubicado en su posición, se sustituyeron los términos «coaseguro interno» por «reaseguro interno» y «coaseguradores» por «reaseguradores». La presentación de la enmienda número 38 en el Senado solicitaba la supresión total de dicho párrafo y lo justificaba en que «la existencia de un doble concepto de reaseguro es un hecho sin precedentes en el Derecho comparado y puede traer consigo numerosos problemas y confusiones». Sin embargo, la enmienda fue rechazada por unanimidad y el párrafo pasó a integrar el texto legal vigente.

A nuestro juicio, el Artículo 77.2 LCS hace referencia al correaseguro o simplemente reconoce la posibilidad de una retrocesión. La referencia hecha al asegurador directo no debe llevar a equívoco y debe entenderse por tal al reasegurador.

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros marítimos y aéreos», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA R. (Dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 110.

<sup>49</sup> BENITEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado de seguros*, Volumen II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 445.

<sup>50</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee...», *op. cit.*, p. 325.

<sup>51</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 18. En el mismo sentido, DONATI A. y VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 113 confirman que «il rischio è l'elemento fondamentale del contratto di assicurazione» y en la p. 143 afirman que «l'interesse è quindi un requisito essenziale delle assicurazione».

En contra, PINO A., «Rischio...», *op. cit.*, p. 250 quien no considera al riesgo un elemento esencial con base en la tesis de que el contrato de seguro se refiere al riesgo pero no está constituido por él mismo ya que el Artículo 1895 Codice Civile tan solo alude al riesgo como antecedente lógico y presupuesto de

objeto asegurado y a la suma asegurada, constituyen los principales elementos interrelacionados en los contratos de seguros de daños. Sin embargo, dicha relación entre el riesgo y el interés no pueden llevar a una confusión de los mismos e inmiscuirlos en una misma concepción sino que su deslinde obliga a un indagación pormenorizada de ambos por separado. Aunque se tratan de fundamentos de carácter extra jurídico, a continuación estudiaremos las más importantes implicaciones que tienen los mismos en el contrato de reaseguro. Y no solo nos ocuparemos del riesgo y del interés reasegurados sino que incluiremos también un estudio del riesgo y del interés asegurados previamente. La referencia al contrato de seguro marítimo viene haciéndose obligada a lo largo de toda la investigación y, en este apartado en especial, cobra una trascendencia capital porque es la fuente del riesgo cubierto por el reaseguro; sin riesgo en el seguro marítimo, no puede haber lugar al contrato de reaseguro.

#### 4.1 La causa del contrato: el riesgo

La aproximación a la temática del riesgo en el seguro lleva inevitablemente a atender el tema de la individualización de la causa en el contrato dado que -como señala DONATI- «la causa si rende sensibile attraverso l'oggetto del contratto, causa e oggetto sono inscindibili: la prima non è che la funzione del secondo e il secondo non è che l'attuazione della prima. Causa e oggetto non sono dunque che due aspetti obbiettivi del rapporto: l'aspetto funzionale e l'aspetto strumentale. Cercare di identificare il primo senza tener conto del secondo significa correre el rischio di scivolare dal terreno obiettivo della causa (che è la voluntad della legge) a quello subbiettivo del motivo (che è la volontà del soggetto), ovvero risalire a più lontane finalità, che vanno al di là della funzione di un solo tipo di negozio per rappresentare teleologicamente intere categorie di negozi»<sup>52</sup>.

La expresión «causa del contrato» es empleada aquí para hacer referencia al propósito o a la función que el contrato va a desarrollar y alcanzar. La causa de cualquier contrato de seguro está integrada por dos elementos: el riesgo y el interés. Todo contrato de seguro y de reaseguro, marítimo o no, gira en torno a ambos. El sistema jurídico español e italiano le reconocen un valor sustancial o indispensable en los negocios constitutivos de obligaciones porque no puede haber obligaciones sin causa.

Junto al consentimiento de las partes, el objeto<sup>53</sup> y la causa en el negocio jurídico son los requisitos esenciales para la existencia y validez de todo contrato (Artículo 1261

---

validez del contrato por lo que la consideración como tal presupuesto impide que se confunda con los elementos esenciales y también con base en la tesis de que, si el riesgo fuese un elemento esencial, la minoración debería comportar la nulidad del contrato y no la disolución («scioglimento», resolución) del mismo que proclama el Artículo 1896 Codice Civile. También FERRI G., «L'interesse nell'assicurazione danni», *Assicurazioni*, 1941, XIX-XX, Anno VIII, Parte Prima, p. 217 reconoce el significado y la relevancia del interés en la teoría del seguro pero no lo sitúa entre los elementos esenciales del contrato y lo reconduce a la categoría de presupuesto.

<sup>52</sup> DONATI A., «La causa del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima, p. 227.

<sup>53</sup> LANGLE Y RUBIO E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1959, p. 74 señala que el riesgo puede ser objeto de un contrato mercantil o comercial. STIGLITZ R. S., *El siniestro*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 21 indica que el riesgo está vinculado

Código Civil). El Artículo 1274 Código Civil español se refiere a la causa de los contratos onerosos, remuneratorios y gratuitos; y, situándonos en la que se refiere a los onerosos -el seguro y el reaseguro lo son-, define a la misma como «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte». El Artículo 1277 Código Civil recoge la presunción de que todo contrato posee una causa lícita y, en la sección propia que dedica a la causa, señala algunos de los efectos que conlleva la inexistencia de la causa o la existencia de una causa ilícita o falsa en los contratos. En referencia a esta, el Artículo 1275 Código Civil expresa que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral.

Por su parte, el Artículo 1325 Codice Civile reclama específicamente como requisitos del contrato la existencia de una causa unida al acuerdo de las partes, al objeto y a la forma siempre que ésta última resulte exigida legalmente. A igual que su homónimo español, el Codice Civile dedica una sección específica a la causa del contrato y señala que la causa es ilícita cuando es contraria al orden público, a la buena costumbre, a las normas imperativas o cuando el contrato sirve como medio para eludir la aplicación de éstas últimas normas. El Artículo 1448 Codice Civile puntualiza que, en los contratos aleatorios -como sucede en el seguro y en el reaseguro-, no podrá ser ejercitada la acción de rescisión por lesión. La Ley italiana subordina la validez de cualquier seguro a la existencia del riesgo en el momento de la conclusión del contrato (Artículos 1895 y 1896 Codice Civile) y los Tribunales reclaman igualmente el carácter esencial del riesgo «sia sotto l'aspetto strutturale sia sotto l'aspetto della causa, per cui, ove il rischio non sussista *ab initio* o venga successivamente a mancare il rapporto assicurativo non sorge o si estingue» (tal y como declaró la Sentenza Corte di Cassazione, 16 febbraio 1977, numero 718).

Además de existir y ser lícita, la relevancia que adquiere la causa en el plano contractual también viene dada por el papel que lidera en la perfección del contrato ya que la misma deviene del concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio jurídico (Artículo 1262 Código Civil y Artículo 1326 Codice Civile). La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1961 puso de relieve que la disciplina jurídica de la causa es «una de las cuestiones más oscuras y llena de equívocas polisemias» del Derecho de obligaciones y contratos. La ausencia de un concepto de causa en los dos grandes textos codificados que acaban de ser citados, ha dado lugar a un intenso debate que se ha concretado en la formulación de distintas teorías y de varias definiciones sobre la causa contractual. La dificultad de individualizar una causa unitaria en el reaseguro ha llevado a hablar de fenómeno reasegurador en lugar de contrato<sup>54</sup>.

---

con el objeto del contrato porque si éste no prevé ninguna eventualidad, el seguro carece de objeto. Para GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 181 «el objeto del contrato de reaseguro consiste, "in genere", en la delimitación de determinados intereses y de determinados riesgos que los afectan, con el fin de establecer una regla de conducta paccionada -"lex contractus reasecuratoris"- conforme a la cual, a cambio de la correspondiente prima, el reasegurador se comprometa a proporcionar su cobertura característica y a satisfacer las indemnizaciones correspondientes».

<sup>54</sup> LANDINI S., «La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale», *Diritto del commercio internazionale*, Ottobre-Diciembre 2015, fas. 4, p. 1006.

El Profesor BETTI concibió la causa del contrato como función económica social del negocio reconocida por el Derecho, es decir, la función que aquel objetivamente tiene y que el Derecho, como tal, sanciona y tutela<sup>55</sup>. Los Profesores DIEZ-PICAZO y GULLÓN puntualizaron que esa función económica social debe conectarse con el resultado específico perseguido con el negocio singular concreto<sup>56</sup>. En el contrato de seguro, también los Profesores DONATI y CARRESI reivindicaron específicamente que la causa reside en la utilidad económica y social del mismo<sup>57</sup>.

La jurisprudencia del alto Tribunal español ha expresado que «el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico» (así se manifestaron, entre otras, las Sentencias del Tribunal de 24 de abril de 2013; 3 de noviembre de 2015 y 24 de noviembre de 2016). La jurisprudencia de la Corte di Cassazione igualmente ha defendido que la causa del contrato se identifica con la función económico social (Sentenze 13 febbraio 2009, numero 3646; 8 gennaio 2014, numero 153; y, 22 aprile 2016, numero 8209). Sin embargo, si no existe o si no se hace presente dicha correspondencia porque, por ejemplo, el propósito que se persigue con el negocio jurídico es ilícito, el ordenamiento decae en la protección que le otorga y declara la nulidad de pleno derecho. Lo mismo sucede si, en el seguro, no existe el riesgo o el interés exigidos por las Leyes. No obstante, parece abrirse una nueva orientación en Italia que deja atrás la teoría clásica de la función económico social del contrato para centrarse en la función económica individual y virar hacia la denominada «teoría de la causa concreta» («lo scopo pratico del negozio»; Sentenza Corte di Cassazione, 8 maggio 2006, numero 10490). Entre los autores expositores de ésta línea más reciente citamos a FERRI<sup>58</sup> y, entre los pronunciamientos judiciales que confirman esta

---

<sup>55</sup> BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1955, p. 183. En igual sentido, MUNGARI V., «L'aggravamento ed altre modificazioni del rischio», *Assicurazioni*, 1986, Anno LIII, Parte Prima, p. 348 cuando expresa la causa ya no se considera como un motivo fundamental o determinante de los contratantes ni como una finalidad objetiva resultante de la relación negocial sino como una función económico-social del contrato que el ordenamiento reconoce y tutela en cuanto que está dirigido a la consecución no solo de objetivos individuales sino también de una finalidad general.

<sup>56</sup> DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 496.

<sup>57</sup> DONATI A., «L'organizzazione...», *op. cit.*, p. 280 identifica la causa del contrato con la función económica objetiva (resarcimiento del daño, satisfacción de una necesidad eventual, seguridad, fin económico de conservación o desarrollo patrimonial...) sin precisarla y enfatiza «ciò che distingue un tipo negoziale da ciascun altro è la causa del negozio, cioè la sua funzione economica riconosciuta e tutelata dal diritto obbiettivo la quale si rende sensibile attraverso l'oggetto del contratto» y también DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 5. CARRESI F., «Osservazioni...», *op. cit.*, pp. 125-126 señala que el asegurado se verá relevado de las consecuencias económicas y psicológicas del siniestro porque quien no está asegurado vive «in uno stato di permanente ansia ed è spesso indotto, al fine di scongiurare il sinistro o di limitarne gli effetti dannosi, ad attuare misure che sono antieconomiche».

<sup>58</sup> FERRI G. B., *Manuale di Diritto commerciale*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1957, p. 489; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Volume I, Giuffrè Editore, Milano, 1957, pp. 447-478; BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000, p. 74; BENVEGNÙ A. e CARIGLINO F., *Atti e pareri di Diritto civile*, Editore Key, Vicalvi, 2015, p. 60 señalan una teoría subjetivista de la causa y apuntan a la «utilità del contratto» o «raggione pratica» perseguida por las partes.

tendencia, recogemos las Sentenze Corte di Cassazione 24 luglio 2007, numero 16315; 6 marzo 2015, numero 4628; y, 31 luglio 2017, numero 18964.

Enunciada la causa del negocio jurídico desde un punto de vista general, corresponde ahora precisar dicho elemento en el estudio que estamos llevando a cabo. ¿Cuál es la causa en el seguro? ¿Y en el reaseguro?

A raíz del aspecto funcional (causa) del seguro se ha generado una amplia discusión doctrinal que se ha concretado en la formulación de distintas tesis con el objetivo de indagar y concluir la función del contrato. La teoría de la indemnización es la tesis tradicional y con ella se describe que el elemento característico del contrato de seguro está constituido por la naturaleza dañosa del evento y, consecuentemente, la misma defiende una función resarcitoria del seguro. Se trata de la naturaleza y de la función típica del contrato de seguro contra daños y el seguro marítimo también reúne a ambas.

La insuficiencia de la teoría de la indemnización originó, desde una perspectiva económica<sup>59</sup>, una nueva formulación teórica basada sobre el concepto de necesidad o «bisogno» eventual -en sustitución del concepto de daño- para tipificar la causa jurídica del contrato. En virtud de esta teoría, si el interés no se ve amenazado no surge la necesidad eventual (cuya satisfacción constituye la causa del contrato) y el daño está constituido por el desequilibrio desfavorable entre las necesidades de la persona y los medios de los que dispone para satisfacerlas. El daño puede ser no solo la sustracción de una actividad del patrimonio de una persona sino también el nacimiento de una nueva deuda o el aumento de una ya existente. La posibilidad de que se verifique un evento y de lugar a una nueva deuda hace surgir en la persona asegurada una nueva necesidad. Aunque para algunos no es suficiente ni necesaria para la causa del contrato, la teoría de la empresa -propugnada por VIVANTE<sup>60</sup>- eleva la organización de la empresa aseguradora y la conclusión continuada y sistemática de contratos a requisitos esenciales de la relación aseguradora. Otras corrientes defienden que la causa unitaria del contrato de seguro consiste en «rimuovere il rischio» y ello «non significa abolizione del rischio, ma spostamento dell'incidenza del rischio su uno o più altri soggetti, col trasferimento o con la ripartizione»<sup>61</sup>. También se ha sostenido que la causa es la razón económica jurídica del negocio y, en los contratos bilaterales, se ha identificado con el cambio de las dos prestaciones recíprocas y correspondientes: la promesa de una prestación real por parte del asegurador y la obligación de pagar la prima por parte del asegurado<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Entre los expositores de la «teoría del bisogno» citamos a DEL VECCHIO, *Teoria economica dell'assicurazione*, Annali dell'Università Bocconi, IV, Milano, 1928, MANES A., *Tratado de seguros. Teoría general del seguro*, traducción por SOTO F., Ed. Logos, Madrid, 1930, FERRARINI S., «L'interesse di assicurazione», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, pp. 620 y ss. o GOBBI U., «Osservazioni sulla relazione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1936, XIV-XV, Anno III, Parte Prima, p. 260, entre otros muchos.

<sup>60</sup> VIVANTE C., *Il contratto...*, *op. cit.*, 1890.

<sup>61</sup> SANTORO PASARELLI F., «La causa...», *op. cit.*, p. 457. También DONATI A., «La causa...», *op. cit.*, p. 244 afirma que «in tutte le assicurazioni, quindi, l'evento assicurato può provocare un danno: vi è cioè l'interesse assicurabile e il danno eventuale e in tutte il contratto svolge la funzione di trasferire il rischio o *securum facere* l'interessato».

<sup>62</sup> BRUNETTI A., «La teoría...», *op. cit.*, p. 444 y ss.; BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo...*, *op. cit.*, p. 12.



DONATI, partiendo del riesgo como posibilidad de daño (un daño eventual, una expectativa de daño), recurrió a la teoría de la indemnización y concluyó que «l'assicurazione, per tutta la durata del rapporto, anche se poi non si verifica o fino a che non si verifica il sinistro, ha svolto la sua funzione di protezione contro il danno»<sup>63</sup>.

La causa del contrato de seguro marítimo se encuentra prioritariamente en la eliminación de un daño eventual, a través de la restauración del patrimonio eventualmente dañado por el evento previsto contractualmente mediante la indemnización<sup>64</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, el contrato de seguro marítimo cumple una función de tutela que puede llegar a transformarse en reparadora bajo determinadas circunstancias. Ante la posibilidad de que pueda producirse un siniestro marítimo (peligro) y de que el mismo pueda tener una repercusión negativa (daño), el contrato otorgará - independientemente de que el riesgo se concrete o no- al asegurado una tutela contra aquellos eventos a cambio de un precio (denominado prima en este contrato) para que su patrimonio permanezca sin daño ni perjuicio alguno. Tanto el interés como el riesgo interceden en la determinación de la causa aseguradora. El seguro marítimo es celebrado por el asegurado con el interés de no asumir en exclusiva las consecuencias negativas del evento (natural o humano) de la navegación marítima y es destinado a proteger la conservación del patrimonio del asegurado frente a un riesgo.

Ambos contratos son sinalagmáticos y onerosos por lo que la causa en esta tipología de negocios se encuentra en la obligación de la contraparte. Así se expresa en las definiciones legales del seguro cuando se afirma que el asegurador «se obliga (...) a indemnizar (...) el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas» (Artículo 1 LCS) o que el asegurador «si obbliga a rivalere l'assicurato (...) del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita» (Artículo 1882 Codice Civile). En ambas definiciones, la obligación del asegurador nace cuando se llega a producir un siniestro (o «evento cuyo riesgo es objeto de cobertura») y siempre que haya mediado previamente el pago de una prima por parte del asegurado. La causa del contrato de seguro y de reaseguro (el motivo determinante para su celebración) es la eliminación de un daño eventual que soporta un interés del asegurado, a cambio del pago de una prima<sup>65</sup>. La causa se materializa en la cobertura o tutela que el asegurador o el reasegurador presta al asegurado o al asegurador-reasegurado contra un daño eventual a cambio del abono de una contraprestación económica. DE GREGORIO y FANELLI afirman contundentemente que allá donde falta un riesgo hay un contrato de seguro sin causa<sup>66</sup> pero en la jurisprudencia italiana no existe unanimidad a cerca de la pertenencia del

---

<sup>63</sup> DONATI A., «La causa...», *op. cit.*, p. 242.

<sup>64</sup> DI MARCO M., «La funzione del contratto di assicurazione marittima», *Assicurazioni*, 2004, fasc. 3, pt. 1, p. 439.

<sup>65</sup> DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 27; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 95; GARRIGUES J., *Contrato de seguro terrestre*, Segunda edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 113; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 165; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 155.

<sup>66</sup> DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1951, p. 70.

riesgo a la causa o al objeto del contrato de seguro. En igual sentido, defendemos que la causa del reaseguro se concreta en esa misma doble prestación. Para el asegurador-reasegurado, la función esencial y la causa del contrato es la transferencia al reasegurador del riesgo que amenaza el interés asegurable sobre su patrimonio de tal modo que, si el riesgo se verifica y deviene en siniestro, tiene derecho a recibir una indemnización del reasegurador<sup>67</sup>. Y, para el reasegurador, la causa final del contrato es percibir la prima que tiene derecho a cobrar a cambio de asumir el riesgo trasferido por el asegurador-reasegurado. En definitiva, «neutralizar el riesgo, diluirlo, minimizarlo, es la médula»<sup>68</sup>, función y causa, del seguro y del reaseguro.

Es necesario distinguir, además de la causa, la utilidad (consecuencia) del reaseguro y ésta se concreta en la certeza de no asumir las negativas repercusiones económicas sino en la medida acordada. Al igual que en el seguro, la causa en el contrato de reaseguro se identifica con la garantía o tutela que el reasegurador presta contra la posibilidad de que el riesgo se materialice en un daño susceptible de valoración y cuantificación económica en el patrimonio del asegurador-reasegurado tras el abono por parte de éste último al asegurado directo. Así lo señala la doctrina<sup>69</sup> y también la Ley. Sin poder ofrecer una justificación de la afirmación en el Derecho italiano por la escueta regulación legal del reaseguro en el Codice Civile, si dejamos apuntado que el Artículo 77 LCS describe la obligación legal de «reparar (...) la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro». También en el reaseguro la obligación del reasegurador se origina desde que tiene lugar el evento dañoso y el asegurador-reasegurado efectúa el desembolso efectivo de la indemnización.

La delimitación del objeto comprende la determinación y descripción del interés asegurado en el contrato pero también la del riesgo. El contrato de reaseguro presupone la existencia de un contrato de seguro y tanto el riesgo asegurado como el seguro originario son presupuestos causales del reaseguro pero resulta necesario reflejar

---

<sup>67</sup> En referencia al seguro, DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni, op. cit.*, p. 55; LASHERAS-SANZ A., «Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo», *Revista de Derecho Privado*, 1952, Tomo XXXVI, p. 2 señala que la causa lícita en el seguro es el riesgo.

En relación al reaseguro, PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 157 defienden que la causa en todos los contratos de reaseguro consiste en la asunción del riesgo del asegurador.

<sup>68</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>69</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 74-75 el autor concluye que, utilizando como criterio de clasificación el riesgo, el reaseguro es un seguro que protege a los aseguradores contra el nacimiento de una deuda y sentencia que «la causa del contrato de reaseguro será buscar cobertura para el riesgo de que surja una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un riesgo anteriormente asumido por él a través de un contrato de seguro». En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos...», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 681-682 y precisan sobre su naturaleza que es una deuda que «tiende al cumplimiento de un contrato, no una deuda que pretenda resarcir las consecuencias de su incumplimiento». Coincidimos también con los autores cuando éstos claman ante la imprecisión del Legislador que emplea el término «reparar» la deuda en lugar de «pagar» la deuda. Por su parte, VEIGA COPO A. B., *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Ed. Civitas, Navarra, 2018, p. 587 emplea el término «resarcir». Es posible que con el término «reparar», el Legislador español haya querido significar la función resarcitoria del contrato de reaseguro pero no deja de ser inexacto el verbo utilizado.

nítidamente la distinción entre riesgo asegurado y riesgo reasegurado pues no pueden identificarse a ambos unitariamente.

#### 4.1.1 Riesgo asegurado

El riesgo es un «elemento de la estructura jurídica de la obligación asumida por el asegurador»<sup>70</sup> y es definido doctrinalmente como «la posibilidad de un evento dañoso» e incierto<sup>71</sup> o como «la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial»<sup>72</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1985 se sirvió de esta última definición para ofrecer un concepto de riesgo. Por su parte, la Sentenza Corte di Cassazione 29 aprile 1967, numero 799, definió el riesgo como «la

---

<sup>70</sup> FANELLI G., «Considerazioni sul concetto giuridico di rischio nell'assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XI, 1944, Parte Prima, p. 45.

<sup>71</sup> DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 105. Otros como NAVARRINI U., *Trattato...*, Vol. III, *op. cit.*, p. 263 propuso el siguiente concepto de riesgo: «è l'evento, futuro ed incerto in se stesso o nel momento in cui può verificarsi, a cui è esposta la vita (morte prematura, longevità) o il patrimonio delle persone, contro cui l'assicurazione opera, o in conseguenza del cui verificarsi si matura il dovere dell'assicuratore di pagare la somma assicurata o di risarcire il danno»; BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, p. 426 define semejantemente al riesgo jurídico como «l'eventualità cioè del verificarsi di un evento distruttore o minoratore di un valore economico»; DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, *op. cit.*, p. 14 y p. 70 afirman que, además de dañoso, «il rischio dev'essere costituito da un evento incerto o perché si ignora se si verificherà (...) o perché si ignora quando si verificherà»; WILLET A. H., *The economic theory of risk and insurance*, Richard D. Irwin, Inc., Homewood, 1951, pp. 9-10 incide sobre el carácter incierto y afirma «*risk, in the sense in which we are to use the term is, so to speak, the objectified uncertainty as to the occurrence of an undesired event. It varies with the uncertainty and not with the degree of probability. In that sense the degree of risk in any individual case is a definite quantity*»; SOTGIA S., «Mutamento ed intensità del rischio nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1956, Parte Seconda, p. 153; PINO A., «Rischio...», *op. cit.*, pp. 240-241 niega una definición de riesgo en el contrato de seguro pero afirma que éste es la expresión con la que se hace referencia al alea o a la incerteza sobre el resultado económico («*aequalis incertitudo lucri vel damni inter contrahentes*»).

<sup>72</sup> GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, pp. 10-11. Otros conceptos son los siguientes, HORS Y BAUS P., *Tratado de los seguros de transportes marítimos, terrestres, de valores y aéreos*, Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1945, p. 157 define el riesgo como «un peligro o contingencia, de posibilidad más o menos remota, de destrucción, daño o menoscabo a que están sujetos todos los bienes, tanto los muebles como los inmuebles, y mayormente, entre los primeros, los fungibles; ya estén en sitios fijos o en movimiento de traslación de un punto a otro, por tierra, mar o aire». El autor considera que no se puede poner en duda que el peligro es mayor en función del medio de transporte en que dicha traslación se verifica y subraya la mayor sujeción al peligro de las mercancías transportadas por mar o de los buques que se encuentren navegando haciendo frente a los «embates de los elementos en tempestuoso desequilibrio en travesías marítimas» con respecto a otros sujetos al transporte por carretera o ferrocarril y concluye que tantos los buques como las mercancías transportadas «se hallan expuestos a las contingencias del azar, que las preocupaciones humanas podrán atenuar, pero no evitar» porque «nada hay seguro en el mar, en el aire ni en la tierra; el hado fatal acecha de continuo todas las cosas "en riesgo", y sólo el seguro puede prevenir y mitigar económicamente sus efectos nefastos». BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo...*, *op. cit.*, p. 17 conceptualiza el riesgo como la «posibilidad de que se verifique un acontecimiento futuro e incierto, que puede producir un evento dañoso patrimonial». El citado autor, en la misma obra y página, ofrece otra definición del riesgo como el «acontecimiento futuro e incierto que en el momento de producirse da lugar al derecho del asegurado a reclamar la indemnización prevista en la póliza, conforme a las estipulaciones de la misma» y señala como requisitos del riesgo: la contingencia (posibilidad de que un hecho, suceda o no) e incertidumbre, la previsibilidad, la futuridad y la independencia absoluta de la voluntad de las partes. PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 19 indica que pueden existir posibilidades de pérdida o de ganancia pero el término riesgo significa -en su sentido exacto y correcto- la posibilidad de sufrir una pérdida, sin ninguna seguridad de producirse porque «allí donde la pérdida es segura no hay riesgo de pérdida, sino certeza». GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 177, define el riesgo de forma muy próxima a la que lo hace el Profesor GARRIGUES y se refiere al mismo como elemento económico-jurídico del contrato de seguro.

probabilità di sinistro che minaccia il patrimonio dell'assicurato». En cualquiera de los anteriores conceptos, la configuración del riesgo pivota en torno a un denominador común: el daño. A efectos del Derecho de seguros, el daño es «il pregiudizio che il titolare dell'interesse subisca per effetto o della distruzione della cosa o di una sua perdita di valore, che si riflette sull'interesse, nel senso che esso viene leso»<sup>73</sup>. En cualquiera de los casos, el riesgo debe reunir las notas de realidad, posibilidad, legalidad e incertidumbre (objetiva o subjetiva, absoluta o relativa) y, como señala el Profesor PÉREZ-SERRABONA, el azar y la necesidad pecuniaria<sup>74</sup>.

El asegurador presta una cobertura con base en un riesgo que es soportado originalmente por el asegurado pero que, a cambio de una suma de dinero convenida, es trasladado al asegurador. En sentido estricto, el asegurador no asume el mismo riesgo del asegurado (posibilidad de que tenga lugar un evento con efectos dañosos sobre un bien) sino que el riesgo del asegurador estará representado por una obligación indemnizatoria si se verifica un siniestro determinado y contemplado en la póliza. De lo anterior se infiere que la transferencia del riesgo no podrá ser objeto del contrato porque obedece a elementos distintos.

Tal y como hemos apuntado con anterioridad, no puede existir ningún contrato de seguro o reaseguro sin la presencia de un riesgo en ellos porque el contrato carecería de causa. La esencialidad de este elemento deviene de la exigencia de la Ley al requerir su presencia en todo contrato. Las disposiciones legales referidas específicamente al seguro requieren siempre la presencia de un riesgo (causa) en todos los contratos y, por ende, los reaseguros también precisarán la concurrencia de un riesgo (causa, igualmente) en los mismos. Sin causa no puede existir el contrato; sin riesgo no puede haber seguro ni reaseguro. No solamente es necesaria la presencia del riesgo antes de celebrar el contrato sino durante toda la vigencia del mismo. La inexistencia de un riesgo -en sentido estricto y completo- acarrea la nulidad del seguro por falta de causa ya que la exposición al riesgo es lo que justifica la contratación de un seguro. «Riesgo y seguro, la parte y el todo, constituyen una relación biunívoca esencial. Ausente el primero, el contrato de seguro simplemente no es, no ha sido, ni tampoco será, con la excepción del riesgo putativo»<sup>75</sup> tan señalado en la disciplina marítima. Para CAPOTOSTI, el reaseguro presupone la validez del seguro subyacente y, por tanto, la existencia de un riesgo (incluido el riesgo putativo)<sup>76</sup>.

Los sistemas jurídicos suelen recurrir a la declaración de nulidad del contrato para sancionar la ausencia del riesgo en los seguros. Hecha la mención a las reglas generales de Derecho común español e italiano, a continuación precisaremos las disposiciones que se refieren específicamente a la nulidad del seguro. Así sucede en España, con carácter general, en el Artículo 4 LCS y, con carácter específico para los seguros de daños, en el Artículo 25 LCS. También ocurre lo mismo en las disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo recogidas en la LNM. El Artículo 408 de la citada Ley señala

---

<sup>73</sup> SCALFI G., *Manuale delle assicurazioni private*, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 143.

<sup>74</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 67.

<sup>75</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>76</sup> CAPOTOSTI R. A., *La riassicurazione...*, *op. cit.*, pp. 153.

que «la inexistencia de interés determinará la nulidad del contrato» y en ese mismo precepto se remite al Artículo 422 del mismo texto para sentar la exigencia de que el riesgo se encuentre presente y presumir conocida esta circunstancia. La íntima unión entre riesgo e interés también está representada en la Ley y sólo se exceptúa la ausencia del riesgo en dos supuestos (en el seguro marítimo sobre buenas o malas noticias y en el seguro marítimo celebrado ulteriormente al siniestro o a la cesación del riesgo) pero condicionándolos al estado subjetivo de conocimiento de las partes sobre la inexistencia del riesgo. Igualmente en Italia, el Artículo 1895 Codice Civile -entre las disposiciones generales del seguro- y el Artículo 1904 Codice Civile -entre las disposiciones particulares para los seguros de daños- declaran la nulidad del contrato si el riesgo nunca ha existido o ha dejado de existir antes de la conclusión del contrato. El Título quinto (dedicado a los seguros) del Codice Navigazione comienza reclamando, en su Artículo 514, la presencia del riesgo al señalar que, si el riesgo nunca ha existido, ha dejado de existir o si el accidente ha ocurrido antes de la conclusión del contrato, el seguro de la navegación marítima es nulo si se recibe la noticia de la inexistencia, del cese del riesgo o de la ocurrencia del accidente, antes de la conclusión del contrato. El citado Artículo 514 Codice Navigazione se refiere al riesgo putativo. Nos situamos frente a un riesgo putativo cuando «las partes ignoran si el evento dañoso o siniestro se ha verificado o no, y esta incertidumbre subjetiva es suficiente para mantener la validez del contrato con independencia de que el evento no sea futuro»<sup>77</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2007 tuvo la ocasión de referirse a ésta tipología de riesgos y declaró que «los contratos de seguros que atienden a la reclamación aseguran el pasado desconocido y si el asegurado tiene conocimiento del hecho (error profesional), y de sus consecuencias, el supuesto no puede encontrar nunca cobertura en dicho contrato, lo contrario supondría como afirma la doctrina un fraude al seguro, romper con la aleatoriedad que caracteriza a este tipo de contratos e iría en contra del Artículo 4 LCS». En definitiva, se trata de una salvedad prevista por la Ley en el sentido de que no es una causa de nulidad del contrato de seguro marítimo sino una quiebra del principio de realidad del riesgo que los Legisladores admiten y reconocen como válida «anche se le parti pattuiscono la decorrenza dell'assicurazione da un momento anteriore a quello della sua conclusione»<sup>78</sup>. También la Sentenza Corte di Cassazione de 24 aprile 1961, número 919, afirmó que la asegurabilidad del riesgo putativo es «ammessa in via eccezionale nel campo della navigazione (...) postula il presupposto (per restare alla ipotesi che interessa la specie di causa) che il sinistro si sia realizzato prima della conclusione del contratto, ma pur sempre durante il periodo, al quale, in virtù del successivo contratto, la copertura assicurativa venne convenzionalmente estesa con efficacia retroattiva. Se, al contrario (...) il sinistro ebbe a realizzarsi, non solo prima della stipula del contratto di assicurazione, ma anche prima che iniziasse a decorrere il periodo di copertura, in tal caso non sarà più da parlarsi di assicurazione di un rischio putativo, ma di nullità del contratto di assicurazione per il

---

<sup>77</sup> VEIGA COPO A. B., *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 150.

<sup>78</sup> FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 115.

difetto di causa giuridica, in conseguenza della inesistenza del rischio dedotto in contratto».

Los Profesores DONATI y VOLPE entendían que «il rischio assume soltanto il significato di possibilità di evento sfavorevole, cioè quello di possibilità di evento dannoso»<sup>79</sup>. Por su parte, GARRIGUES concebía el seguro como «antídoto» o «anticuerpo» al riesgo y justificaba la necesidad del mismo en la presencia permanente de este fenómeno consustancial en la vida humana<sup>80</sup>; motivaba la finalidad de estos contratos en el deseo de dar seguridad contra el riesgo. El seguro marítimo no difiere de otros seguros «se non per la qualità del rischio insito nella navigazione, che ha carattere, multiforme o proteiforme»<sup>81</sup> y que permite individualizar al propio contrato de seguro marítimo y que lo caracteriza respecto de otras modalidades asegurativas. El ramo o ámbito marítimo fue la «cuna»<sup>82</sup> para el seguro y el reaseguro. El seguro marítimo es aquel que está circunscrito a cubrir directamente un riesgo de la navegación marítima. La presencia del riesgo y su tratamiento legal se ha hecho siempre imprescindible y ello ha llevado a que ocupe si no una gran parte sí la más importante de la configuración jurídica de esta institución debido a que constituye el presupuesto de la causa del contrato. Pero ¿qué es un riesgo marítimo o de la navegación marítima? Para dar respuesta a los interrogantes es necesario partir de la afirmación de que ambos riesgos se refieren a los mismos criterios que permiten calificar a un seguro como marítimo. Antes de la aprobación de la LNM, la doctrina y la jurisprudencia española venían exigiendo que, en vez de que se invocasen riesgos de mar, se alegasen riesgos de la navegación (identificándose así éstos con la concepción amplia anglosajona que se refería a los mismos con el término «*perils of the sea*»<sup>83</sup>). En Italia, esta cuestión había

---

<sup>79</sup> DONATI e VOLPE, *Manuale...*, *op. cit.*, p. 124, «el riesgo sólo significa la posibilidad de un evento adverso, es decir, la posibilidad de un evento dañoso» (traducción propia).

<sup>80</sup> GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, p. 13

<sup>81</sup> BRUNETTI A., «La teoría...», *op. cit.*, p. 425.

<sup>82</sup> FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>83</sup> GILMAN J., MERKIN R., BLANCHARD y TEMPLEMAN M., *Arnould: law of marine insurance and average*, Eighteenth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013, pp. 1081-1082 «the word "perils of the seas" obviously embrace all kinds of marine casualties, such as shipwreck, foundering, stranding, etc; as also every species of damage done to the ship or goods at sea by the immediate action of the winds and waves, as distinct from that included in the ordinary wear and tear of the voyage or directly referable to the acts and negligence of the assured as its proximate cause (...) It is enough that damage done by the fortuitous action of the sea». TEMPLEMAN F., *Marine insurance. Its principles and practice*, Third Edition, Macdonald and Evans, London, 1912, p. 39 centra la atención en que debe ser un riesgo «de» mar y no de un riesgo que ocurra «en» el mar para evidenciar que no están incluidos todas las pérdidas o daños de los que el mar sea la causa inmediata sino que el propósito es asegurar una indemnización contra accidentes (no eventos) que puedan ocurrir. El acento se pone sobre la circunstancia de que el evento tenga un carácter fortuito pero entendido en términos de accidentalidad y no de que el evento sea irresistible o inevitable.

La Regla número 7 para la redacción de la póliza de seguro marítimo (contenida en la *Marine Insurance Act*) emplea el término «*perils of the seas*» para referirse a «los accidentes fortuitos o a las pérdidas del mar. No incluye la acción ordinaria de los vientos y las olas». En la actualidad, la Sección 3 *Marine Insurance Act* define los «*maritime perils*» como «*the perils consequent on, or incidental to, the navigation of the sea, that is to say, perils of the seas, fire, war perils, pirates, rovers, thieves, captures, seizures, restraints, and detentions of princes and peoples, jettisons, barratry, and any other perils, either of the like kind or which may be designated by the policy*».

sido resuelta contundentemente con anterioridad. Así el Codice di Commercio de 1865 recurrió a la expresión «rischi della navigazione» para hacer referencia, entre otros, a los objetos que podían ser parte del seguro marítimo (Artículo 448) pero, en general, no se empleaba dicho término y, con frecuencia, se recurría al adjetivo marítimo como los «interessi marittimi» (Artículo 461) o a los «accidenti di mare» (Artículo 464). También el Codice di Commercio de 1882 incluyó en su Libro segundo («Del commercio marittimo e della navigazione») un Título VI dedicado a «Dell'assicurazione contro i rischi della navigazione». En la actualidad, aquel reclamo quedó plasmado en los Artículos 406, 408, 409 y 417 LNM al hacer mención específica a dicha expresión. Y junto a los anteriores, el vigente Artículo 521 Codice Navigazione también emplea la expresión «rischi della navigazione» para referirse a los eventos, propicios al entorno en el que tiene lugar la navegación, que pueden dar lugar a daños o pérdidas en los bienes asegurados<sup>84</sup>. Sin embargo, ni la LNM ni el Codice Navigazione contiene una definición explícita del riesgo de la navegación pero ambos se valen de este elemento para imputar la responsabilidad del asegurador. Desde el prisma doctrinal, se incluyen dentro de los riesgos de la navegación «tanto los riesgos cuyo marco típico de actuación es la mar, como aquellos otros riesgos que amenazan a los intereses asegurados en los momentos terrestres que preceden, interrumpen o subsiguen a la expedición marítima»<sup>85</sup>. No siempre es necesaria una correlación entre los riesgos de la navegación y el fenómeno técnico de la navegación. Así, por ejemplo, los contratos de seguros marítimos en los que se incluya la cláusula de almacén a almacén, la cobertura se extiende «desde el momento en que las mercancías abandonan el almacén de origen en el lugar fijado en la póliza hasta que llegan al de destino en el lugar determinado en la póliza» (Artículo 456 LNM) o, por ejemplo, los seguros marítimos que recaen sobre una nave en construcción (primer apartado del Artículo 409 LNM) extiende la cobertura aseguradora a riesgos que recaen sobre un plano terrestre. De lo anterior, se concluye la idoneidad de emplear el término seguro marítimo (assicurazione marittima) en lugar de

---

En contra de la equiparación entre los «*maritime perils*» y los riesgos marítimos del Derecho español, GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 100 sobre la base de que el ordenamiento inglés no responde al principio de universalidad en materia de seguros.

<sup>84</sup> DONATI A., «Assicurazione marittime e aeronautiche», *Enciclopedia Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 732. FANARA E., «Le assicurazione», *Diritto marittimo*, 1987, p. 632. DI MARCO M., «La funzione...», *op. cit.*, p. 411.

<sup>85</sup> GABALDÓN GARCÍA J. L. y RUIZ SOROA J. M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 817. Entre otras muchas definiciones recogemos las siguientes, BRUNETTI A., «Il rischio di guerra nelle assicurazione marittime. La disciplina giuridica», *Assicurazioni*, 1939, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima, p. 406 define el riesgo marítimo como «l'esposizione di tutto quanto è destinato a trasportare o ad essere trasportato per via d'acqua all'azione di cause specifiche di danno»; ARROYO MARTÍNEZ I. y MORRAL SOLDEVILLA R., «Del contrato de seguro marítimo», ARROYO MARTÍNEZ I. y RUEDA MARTÍNEZ J. A., *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1278 señalan que el concepto es amplio y funcional y que con la expresión riesgos de la navegación marítima se hace referencia a «los riesgos que nacen o se desarrollan en el mar»; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 132 señala que la Sentencia U. S. 9th Circ. Ct. App., de 3 de mayo de 2001, en el caso *La Reunion Française SA, c. Barnes*, sostuvo que «el seguro será marítimo, siempre que cubra intereses marítimos y riesgos marítimos -no bastando que concurra sólo el segundo de estos factores-, pero sin que el hecho de que las aguas en que se hallen tales intereses no resulten plenamente navegables, o incluso el hecho de que existan tramos o segmentos no marítimos, en los que el asegurador proporciona su cobertura, constituya obstáculo para la plena y total maritimidad del seguro».

seguro contra los riesgos de la navegación (assicurazione contro i rischi della navigazione) porque el elemento que especializa el contrato no va referido a los accidentes que tienen lugar en el mar sino a la expedición marítima. Bajo éste último criterio quedan comprendidos más ampliamente todos los riesgos y las relaciones típicas que se encuentran ligadas a la organización empresarial del ámbito marítimo.

¿Y cuál es la causa del siniestro? No todos los eventos que reúnan los requisitos objetivos de un siniestro obligan al asegurador a resarcir el perjuicio producido sino solo aquellos eventos que dependen de una causa que pueda ser reconducida a los riesgos de la navegación. Si existe un daño y hay una relación de causalidad entre el evento (siniestro) y las circunstancias que lo han provocado (riesgos asumidos y no excluidos en el seguro marítimo), el asegurado tiene derecho a reclamar al asegurador la indemnización correspondiente siempre que previamente haya abonado la prima. En el ámbito marítimo, la teoría de la causa próxima, última o mediata (con cualquiera de las tres denominaciones es posible reconocerla) es la que más acogida ha tenido<sup>86</sup>. Esta formulación teórica está basada en la máxima *in jure non remota sed proxima causa spectatur* y consiste en considerar jurídicamente relevante la causa más cercana al siniestro mismo, es decir, «quella che lo ha da ultimo direttamente causato»<sup>87</sup> (causa próxima) independientemente de la multitud de causas que han concurrido en la producción del evento (causas remotas). El seguro marítimo no da cobertura a cualquier riesgo que incida sobre los intereses asegurados sino que ha de tratarse de eventos que tengan lugar o que acaezcan a consecuencia de la navegación marítima. Este planteamiento es consecuencia del principio de universalidad del riesgo puesto que el seguro marítimo se refiere al conjunto de riesgos complejos que amenazan los intereses asegurados y que no debe confundirse con la cobertura a todo riesgo ya que ésta última engloba de manera indeterminada «cualquier posibilidad de daño, mientras que aquél se refiere solo al riesgo complejo que sea conexo o derivado de una determinada actividad o empresa, en nuestro caso la navegación, pero no aquellos que son absolutamente ajenos a ella», según han declarado los Tribunales españoles en las Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de octubre de 2006 y en la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de febrero de 2007.

#### 4.1.2 Riesgo reasegurado

En la actualidad, existe una aceptación casi total en considerar al reaseguro como un contrato de seguro y son otros los aspectos que si continúan siendo objeto de discusión y debate. Entre ellos, cabe ocuparnos ahora de cuál es el riesgo reasegurado y de su mayor o menor proximidad con el riesgo asegurado. En el reaseguro, el riesgo no deja

---

<sup>86</sup> La mayor acepción de la teoría de la causa próxima o inmediata se ha producido en el ordenamiento jurídico inglés. La Sección 55 de la *Marine Insurance Act* supone el reconocimiento legislativo de dicha regla en el Derecho de seguros inglés al expresar, en su primer apartado, que «*subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against*». VIVANTE C., *Il contratto...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 292 cita la Sentencia *Jonides v. The Universel Marine Ins. Co.* en la que se afirmó que la «*causa proxima non remota spectatur* is necessarily a fundamental rule».

<sup>87</sup> GASPERONI N., «La causa dell'evento di assicurazione», *Assicurazioni*, 1938, XVI-XVII, Anno V, Parte Prima, p. 32.



de liderar el centro de la relación contractual y puede ser definido desde dos ópticas. Según el riesgo que para un asegurador puede representar la suscripción de un contrato de seguro, el riesgo reasegurado «se concreta en la posibilidad del nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de su obligación de indemnizar por haberse realizado el riesgo previsto en el contrato de seguro reasegurado»<sup>88</sup>. En el segundo caso y con referencia al negocio del asegurador-reasegurado, el riesgo representa la posibilidad de que se produzca un determinado evento de interés para su patrimonio<sup>89</sup>.

El principio de universalidad de riesgos<sup>90</sup> está presente en el seguro marítimo porque son muchos y diversos los riesgos de la navegación que pueden cubrirse con el contrato y que pueden recaer sobre los buques, las mercancías, los derechos, los patrimonios... etcétera. Sin embargo, en el reaseguro no se recurre a dicho principio sino al de determinación o especialidad del riesgo porque este contrato no cubre una pluralidad de riesgos sino uno concreto y específico que deberá ser individualizado y descrito con exactitud en la póliza de reaseguro junto con el riesgo asegurado<sup>91</sup>.

A pesar de la relación de dependencia entre el reaseguro y el seguro originario y de algunas opiniones doctrinales y judiciales<sup>92</sup>, el asegurador-reasegurado no transfiere a

---

<sup>88</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 157.

<sup>89</sup> FANELLI G., «Considerazioni...», *op. cit.*, pp. 49-50 expresa, tras definir el riesgo con referencia al asegurado y al asegurador, que el Artículo 1928 Codice Civile y el Artículo 514 Codice Navigazione van referidos a esa previa acepción.

<sup>90</sup> Es un principio imperante en el Derecho marítimo y una característica primordial del seguro para la navegación marítima. Así lo expresa la doctrina y, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991 y de 23 de julio de 1998. Se concreta en que al asegurado le basta con demostrar la ocurrencia del siniestro y su conexión con la navegación marítima para gozar de la presunción de cobertura (aunque no pueda demostrar su causa exacta) correspondiendo al asegurador la carga de probar la exclusión del riesgo.

En España, este principio se encuentra recogido en los Artículos 406 y 417 LNM. En Italia, el Artículo 521 Codice Navigazione, tras enumerar una serie de riesgos marítimos específicos (*v.gr.* tempestad, abordaje, naufragio, explosión, piratería...), expresa que el asegurador será responsable de los daños y de las pérdidas que sufran las cosas aseguradas como consecuencia de cualquier tipo de accidente marítimo. Esta fórmula general de extensión de la cobertura fue la empleada con anterioridad en la legislación española (Artículo 755.14 Código de comercio de 1885 cuando empleada la expresión «cualesquiera otros accidentes o riesgos de mar»). Este principio de universalidad del riesgo debe atender a las excepciones legales y convencionales, y no debe entenderse nunca en un sentido absoluto sino dentro de los riesgos propios de la navegación marítima.

<sup>91</sup> EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 101 considera que «el objeto del reaseguro está suficientemente determinado por una sencilla referencia al seguro principal y la indicación de la cuota en la cual ha de participar el reasegurador, y esto mismo rige para el reaseguro general, donde, aparte de la cuota de participación, hay una enumeración, más o menos detallada, según la intención de las partes, de las clases de riesgos que recaen en el contrato».

<sup>92</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 229 expresa que el reaseguro «si traduce sempre nel passaggio nella commutazione d'un medesimo rischio da un assicuratore ad un altro» y, más adelante, llega a firmar que «il rischio, rimane immutato». También VIVANTE C., «Degli obblighi del riassicuratore nel caso di fallimento e di successivo concordato dell'assicuratore», *Diritto fallimentare*, 1924, p. 188 «il collegamento tra i due contratti che non distrugge la loro autonomia, è nel senso che i due contratti hanno per oggetto il medesimo rischio» y PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 157 quienes defienden que «mediante il contratto di riassicurazione l'assicuratore trasferisce parte del rischio al riassicuratore».

En la mítica Sentencia *Delver v. Barnes* (1807), también considera que el reaseguro es «*a new policy on the same risk*». La Sentenza Corte di Cassazione, 8 ottobre 1925, afirmó que el riesgo cubierto por el contrato seguro es perfectamente idéntico al cubierto por el de reaseguro. VIVANTE C., «Sentenza Corte di Casazione di Regno, 8 ottobre 1925», *Il Foro Italiano*, Volumen 51, Parte Prima: Giurisprudenza

su reasegurador el riesgo del seguro originario sino el riesgo consistente en la posibilidad de que nazca una deuda en su propio patrimonio y de que puede verse concretada en una obligación de indemnizar a su asegurado el daño causado dado que el reaseguro es un contrato nuevo y diferente de aquel. La novación puede obedecer a que «el riesgo, no es estático ni homogéneo ni transversal a lo largo de la relación jurídica de seguro. Cambia, muta, se debilita o se robustece, atemperado por grados de intensidades, mayores o menores, pues será mayor en unos casos, menor en otros, la probabilidad del siniestro, de la pérdida del bien objeto de garantía o cobertura»<sup>93</sup>. Nos situamos ante un nuevo contrato, una relación distinta, un plano diverso, otros sujetos, unos objetivos diferentes y, en consecuencia, ante un riesgo propio. LASHERAS-SANZ prefiere emplear el término «segundo riesgo» para denominar al riesgo que constituye para el segundo asegurador la cuantía de daños que puede resultar después de saturada la obligación del asegurador a primer riesgo<sup>94</sup>.

El riesgo reasegurado es, por tanto, «il debito dell'assicuratore-riassicurato verso il proprio assicurato che può sorgere in conseguenza del verificarsi di rischi coperti con il contratto di assicurazione»<sup>95</sup>, es decir, «la posibilidad de una disminución del

---

Civile e Commerciale, 1926, pp. 169-170 señaló -si bien con referencia al antiguo Artículo 422 Codice Commerciale- que «la sorte della riassicurazione è legata a quella della assicurazione: il sinistro che colpisce questa colpisce anche quella» y también que el riesgo del seguro y el del reaseguro es siempre el mismo y único riesgo. El autor consideró, además de por la naturaleza misma, que la unión entre ambos contratos era debida a la configuración legal que atribuía al asegurado un privilegio sobre las cantidades (suma reasegurada) que el reasegurador adeudaba a la aseguradora en fase de liquidación por ser su «giusta destinazione», con cita a la Relazione presentata dal Governo al Senato del Regno (n. 189) I Sessione 1924-1925, 20 maggio 1925.

En línea con lo anterior, SALANDRA V., «I caratteri...», *op. cit.*, p. 321 expresa que «il riassicuratore prende insomma sopra di sé il rischio di cui sono gravatigli assicurati originari per tutta la parte di esso cui la riassicurazione si estende; così come se egli avesse contrattato direttamente con loro, in luogo e vece del primo assicuratore. Ma questo rischio non lo prende a suo carico nei loro confronti, bensì nei confronti dell'assicuratore originario, col quale soltanto entra in rapporti giuridici»; apoya su postura en el Reale Decreto Legislativo 5 aprile 1925 porque crea un vínculo jurídico más estrecho entre asegurado original y reasegurador. SALANDRA V., «Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1939, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima, p. 11 continúa manteniéndolo y precisa que, en el reaseguro, obedece a una relación interna entre ambas partes. FERRARINI S., «Sulla descrizione...», *op. cit.*, p. 317 señala que el reaseguro tiene por objeto «lo stesso rischio coperto dal primo contratto di assicurazione». FANELLI G., «Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori», *Saggi di Diritto delle assicurazioni*, Giuffrè Editore, 1971, p. 483 quien arguye que el riesgo «è unico ed inscindibile ed è, in definitiva, sempre lo stesso per tutte le imprese». Más recientemente GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 518 entiende que «la parte del rischio a sopportar por el reasegurador es idéntica a aquella sopportada por el asegurador, o sea, el "riesgo original"» y BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 90 afirma que, desde un punto de vista jurídico, el seguro y el reaseguro presentan una unión objetiva porque el riesgo asegurado tiene afinidades tipológicas cercanas con el riesgo reasegurado.

<sup>93</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>94</sup> LASHERAS-SANZ A., «Objeto cierto...», *op. cit.*, p. 11.

<sup>95</sup> BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 90 afirma que la causa del reaseguro consiste en la asunción de la «exposición financiera» del asegurador-reasegurado. Con anterioridad, DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, *op. cit.*, p. 480 afirmó que el riesgo reasegurado es «la possibilità di una diminuzione patrimoniale del riassicurato per il danno all'assicurato che, per effetto del contratto di assicurazione, si ripercuote nella sfera economica dell'assicuratore-riassicurato stesso».

Afirman también que el reasegurador asume un riesgo distinto del riesgo del asegurador-reasegurado, EMERIGON B-M, *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, Tome Premier, Jean Mossy, Marseille, 1783, Chapitre VIII, Section XIV, p. 248; VIVANTE C., *Il contratto...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 123 observa que el riesgo reasegurado tiene una naturaleza esencialmente distinta del riesgo asegurado; VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, III, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1899, p. 343 expresa

patrimonio del asegurador-reasegurado por haber tenido que indemnizar a su asegurado como consecuencia de un contrato de seguro»<sup>96</sup>. Pero no solo eso sino también la posición de la cosa sujeta al riesgo lo que conlleva una disminución de valor<sup>97</sup>. La máxima expresión de todo lo anterior se vería concretada en una tipología específica de contrato: el reaseguro de exceso de pérdidas, a través del cual el asegurador-reasegurado «se hace garantizar para el caso de que la pérdida procedente de una determinada

---

«l'uno può guadagnare e l'altro può perdere con il medesimo affare»; FERRARINI S., *L'interesse nell'assicurazione*, Nistri-Lischi, Pisa, 1935, p. 628 asevera que el riesgo reasegurado está constituido «dall'eventualità per l'assicuratore riassicurato di dover fornire al suo assicurato una prestazione (di regola costituita dal pagamento di una somma di denaro), in forza del contratto di assicurazione da lui concluso»; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 575 señalan que el riesgo del reasegurador es «del tutto differente» del riesgo del asegurador-reasegurado; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen III, *op. cit.*, 1955, p. 331; GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, 1983, p. 466 defiende que «no se reasegura el mismo riesgo asumido en el contrato de seguro, sino las consecuencias patrimoniales que para el asegurador tendrá el cumplimiento de sus obligaciones en aquel contrato»; BUTTARO L., «Riassicurazione», *Enciclopedia Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 383 niega que sea el mismo riesgo en ambos contratos y describe el riesgo reasegurado como «il pericolo di una diminuzione patrimoniale, e cioè di quella perdita che subirebbe se dovesse provvedere all'integrale pagamento dell'indennità assicurativa» frente al riesgo asegurado que cubre el peligro de pérdida (total o parcial) del bien asegurado; FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, pp. 60-61 sentencia que el riesgo cubierto por el reasegurador «non è quello stesso» que ha sido cubierto por el asegurador-reasegurado porque el objeto del reaseguro es «la deuda del asegurador-reasegurado con su asegurado que pueda surgir como consecuencia de que se verifiquen los riesgos cubiertos por el contrato de seguro»; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 28 indican que «il riassicuratore ed il cedente non corrono gli stessi rischi»; SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, pp. 83-84.

<sup>96</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 97 el autor señala que el riesgo reasegurado es la citada posibilidad y que el contrato tiene como finalidad la reparación de ese daño ocasionado. Entre otros autores españoles que dan continuidad al pronunciamiento anterior citamos a OLIVENCIA M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)», VERDERA Y TUELLS E. (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, p. 910 defiende igualmente que, en el reaseguro, «se cubre el riesgo del nacimiento de una deuda en el patrimonio del reasegurado»; SÁNCHEZ CALERO F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 587 insiste en distinguir el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado e identifica a éste último con «la posibilidad de que surja una deuda en el patrimonio del asegurador»; HILL PRADOS M. C., *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 211 afirma que, en realidad, «no es el mismo riesgo, el riesgo en sí, sino la responsabilidad o deuda del asegurador-reasegurado para con el asegurado primero, que pueda surgir al producirse el riesgo cubierto en el contrato de seguro inicial»; MUÑOZ A., «El reaseguro...», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios...*, *op. cit.*, p. 507 expresa que «en el contrato de reaseguro el riesgo consiste, precisamente, en la posibilidad de nacimiento de una deuda»; ANGULO RODRÍGUEZ L., *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Sevilla, 1996, p. 13 consideraba que el riesgo del reasegurador era el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 74-75 simplifica al afirmar que el riesgo reasegurado consiste en «la posibilidad del nacimiento de una deuda como consecuencia de la responsabilidad adquirida por un asegurador en una póliza de seguro»; MARTÍNEZ SANZ F., «Sección 10...», BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU J., OLAVARRÍA IGLESIA J. (Coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 943 expone que, pese a que constituye el presupuesto, el riesgo reasegurado no es el mismo que el riesgo asegurado; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 327 afirma que el riesgo reasegurado es «la posibilidad de nacimiento o de exigibilidad de una deuda que grava el patrimonio del asegurador directo-reasegurado» (obligación indemnizatoria).

<sup>97</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 142.

categoría de negocios, durante el curso de un cierto periodo de tiempo, normalmente un año, supere en un porcentaje establecido la relación entre primas y siniestros»<sup>98</sup>.

El riesgo reasegurado nace del contrato de seguro originario y tras el riesgo asegurado; ambos constituyen la causa del riesgo reasegurado ya que los dos unidos hacen surgir la posibilidad de que nazca una deuda en el patrimonio del asegurador por la indemnización que puede verse obligado a pagar el asegurador-reasegurado<sup>99</sup>. En el reaseguro, el siniestro se produce cuando nace la deuda en el asegurador-reasegurado, es decir, cuando se verifica el siniestro previsto por el seguro originario sin que ello signifique el vencimiento de la misma porque la deuda solo será exigible cuando se practique la oportuna liquidación del siniestro y se determine su cuantía, solo entonces se deberá hacer efectiva la indemnización y se producirá un daño. Es necesario que exista un seguro marítimo como presupuesto esencial del reaseguro y, en consecuencia, media una relación de dependencia<sup>100</sup> o vinculación entre ambos pero la doctrina mayoritaria<sup>101</sup> afirma que la causa del seguro originario (intento de buscar cobertura para el riesgo que soporta el asegurado incidiendo sobre un bien de su patrimonio o sobre su persona) es totalmente distinta de la causa del reaseguro (intento de buscar cobertura al riesgo que soporta el reasegurado incidiendo sobre su propio patrimonio de asegurador). El riesgo reasegurado y el asegurado son distintos pero el reasegurador y el asegurador-reasegurado se encuentran sujetos a la posibilidad de nacimiento de una deuda patrimonial como consecuencia de una obligación asumida en un contrato. Si el seguro marítimo no existe o es nulo o se extingue por cualquier causa, el reaseguro no existirá, será nulo o se extinguirá por la falta de riesgo.

Una vez que el riesgo ha sido delimitado, ¿cuando se inicia en el contrato? La respuesta debe ser doble y atender a las principales tipologías de reaseguro. Cuando el reaseguro es simple o particular, el riesgo reasegurado comienza desde el mismo instante en que el reasegurador perfecciona el contrato mientras que si el reaseguro se estipula por tratado, el riesgo reasegurado nace con posterioridad a la celebración del

---

<sup>98</sup> FOLCINI L., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>99</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 98. En el mismo sentido, FÉLIX MORANDI J. C., «L'aggravamento ed altre modificazioni del rischio», *Assicurazioni*, 1986, Anno LIII, Parte Prima, p. 340.

<sup>100</sup> Al inicio del estudio nos ocupamos detenidamente del principio de dependencia entre el contrato de seguro y el de reaseguro. BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 170-171 expresa que «el riesgo reasegurado depende del riesgo asegurado y del contrato de seguro directo que el asegurador reasegura».

<sup>101</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 43. SÁNCHEZ CALERO F., «El reaseguro...», *op. cit.*, p. 95 afirma que en el contrato reaseguro no se cubre el mismo riesgo al que se dio cobertura en el seguro original. ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 74 señala que el reasegurador «no asume el mismo riesgo que pesa sobre el reasegurado (asunción de la responsabilidad por los riesgos marítimos -en los tiempos en que se formuló esta definición tan sólo se utilizaba el reaseguro en el ámbito marítimo-), sino que lo que se desplaza son las consecuencias económicamente desfavorables que pueden ocasionarle ese riesgo al reasegurado».

En contra, FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 230 quienes afirman que «aun partiendo del principio de independencia de ambos contratos, puede llegarse a un principio de identificación de riesgos»; SCALFI G., *Manuale...*, *op. cit.*, 1994, p. 235 «el contrato de reaseguro tendría el mismo objeto que el contrato o los contratos reasegurados, considerando el riesgo como un objeto»; SÁNCHEZ VILLABELLA J., «Los usos como fuente principal del contrato de reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003, p. 15 afirma que «una parte del riesgo asumido por el reasegurador es idéntico a aquél del asegurador».

propio tratado<sup>102</sup>. En los tratados generales (proporcionales o no), «el riesgo en el reaseguro no se encuentra en los contratos del asegurador que se reasegura sí mismo, sino que es un riesgo empresarial, relacionado con los resultados negativos de la gestión»<sup>103</sup>.

El riesgo reasegurado es, con independencia de la modalidad que revista o del ramo al que atienda, siempre el mismo en todos los contratos: la posibilidad de que nazca una deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado. Así lo defiende una gran parte de la doctrina científica e igualmente nosotros nos sumamos a dicha posición puntualizando que es ello precisamente lo que particulariza al reaseguro como contrato de seguro. Además, la diferencia entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado no solamente recae sobre la propia naturaleza de la cobertura sino que la desemejanza también viene justificada en razón del elemento personal sobre los que recaen ambos.

Sin embargo, si el riesgo reasegurado no tiene una naturaleza marítima ¿existe alguna especialidad que caracterice el contrato de reaseguro para que pueda existir como una submodalidad propia del reaseguro? Con independencia del ordenamiento jurídico en el que se celebre el contrato de reaseguro, ¿la maritimidad es el criterio común a todos los negocios jurídicos que determina la particularidad de los mismos? En opinión del Profesor GARCÍA-PITA, si pueden existir instituciones (v.gr. reaseguro) que, siendo marítimas o terrestres, modifican su condición en función de determinadas circunstancias sobrevenidas asociadas al ejercicio de la autonomía privada hasta tal punto que pueden aproximarse gradualmente a la maritimidad por elección de los operadores del comercio marítimo<sup>104</sup>. Igualmente lo compartimos nosotros y defendemos que sí existe un tipo de reaseguro para cada clase o tipo de seguro que se reasegura o, en otras palabras, el reaseguro pertenece al mismo tipo, ramo o clase que el seguro que se reasegura<sup>105</sup>. El núcleo del Derecho marítimo siempre ha permanecido estrechamente vinculado al transporte marítimo y éste siempre se ha visto sometido a los riesgos del mar<sup>106</sup>. La naturaleza e intensidad de éstos riesgos son precisamente los elementos que han caracterizado al contrato de seguro y de reaseguro marítimo a lo largo de toda su historia y, en la actualidad, continúan haciéndolo. La cobertura

---

<sup>102</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 101 especifica que en el tratado de reaseguro facultativo el riesgo reasegurado nace desde que el asegurador-reasegurado estipula un seguro y comunica al reasegurado su inclusión en el tratado mientras que en el tratado de reaseguro obligatorio el riesgo reasegurado surge desde que el reasegurado contrata un seguro (sin perjuicio de la correspondiente comunicación) porque el reasegurador está obligado a aceptarlo.

<sup>103</sup> SCALFI G., *Manuale...*, *op. cit.*, p. 239. LANDINI S., «La riassicurazione...», *op. cit.*, p. 1011, entiende que el riesgo que asume el reasegurador es más bien un «riesgo de empresa relativo a las condiciones del mercado».

<sup>104</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>105</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 71 especifica que si el seguro principal produce en el asegurador la necesidad de reasegurarse sobre un riesgo marítimo, el reaseguro seguirá su misma naturaleza y será un reaseguro sobre riesgos marítimos ya que estima que el reasegurador se limita a asumir el riesgo que soportan los asegurados exactamente como si hubiesen contratado con ellos. ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones preliminares sobre el reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 53 considera que el riesgo cuya cobertura garantiza el reasegurador no responde a una única tipología sino que será diferente según la clase o modalidad de reaseguro concertado.

<sup>106</sup> SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho mercantil*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 629.

reasegurativa de los riesgos presenta algunas particularidades en el ámbito marítimo<sup>107</sup> y de todo lo anterior parte la justificación de llevar a cabo un estudio centrado en la condición de maritimidad del riesgo como elemento que define y particulariza el contrato de reaseguro en general hasta crear una submodalidad (especial) del mismo frente a la posición defendida por quienes creen que los reaseguros concertados sobre seguros marítimos no pueden recibir la calificación de reaseguros marítimos sino solo la de reaseguros ordinarios o comunes. La existencia de un reaseguro particularizado con la nota de maritimidad deviene de la presencia de una condición especial que singulariza su régimen jurídico. Esa condición recae sobre el riesgo de la navegación marítima y, si bien no forma parte integrante del riesgo reasegurado, es el elemento que permite distinguirlo respecto de otras modalidades de reaseguro porque incide en la propia causa del contrato.

#### **4.2 Los requisitos del riesgo**

La irremediable concurrencia de un riesgo en el contrato de seguro nos lleva a especificar los requisitos que el mismo debe reunir para que pueda ser considerado como tal. Y, una vez fijados los criterios anteriores, deberemos preguntarnos, ¿cualquier riesgo puede cubrirse mediante un seguro? Dejando a un lado los riesgos extraordinarios o catastróficos que pueden ser objeto de cobertura expresa a través de un acuerdo concreto, no podrán ser asegurables los riesgos ilícitos por ser opuestos a la ley, a la moral o a las buenas costumbres (Artículo 1275 Código Civil y Artículo 1343 Codice Civile).

Habiendo quedado sentado anteriormente que el principio de universalidad del riesgo implica la inclusión de todos los riesgos derivados de la navegación, la LNM no enumera específicamente los riesgos incluidos en la cobertura del seguro marítimo sino que se sirve de la regla general sentada en su Artículo 417: el asegurador indemnizará (en los términos fijados en el contrato) al asegurado por los daños que sufra el interés asegurado como consecuencia de los riesgos de la navegación. Ha sido voluntad del legislador español reconocer y permitir la vigencia del citado principio de universalidad y permitir la derogación del mismo haciendo recaer sobre las partes la voluntad de incluir una relación de los riesgos cubiertos en el contrato. Como regla general y salvo exclusión expresa deben entenderse incluidos todos los riesgos marítimos posibles (independientemente de que hayan sido o no referidos en las condiciones particulares de la póliza). No todos los riesgos (*v.gr.* riesgo ilícito) son susceptibles de ser cubiertos por un contrato de seguro.

Por otra parte, el Artículo 521 Codice Navigazione sí señala expresamente aquellos accidentes de la navegación marítima en virtud de los cuales el asegurador será responsable cuando los mismos hayan ocasionando daños y pérdidas en las cosas aseguradas. En particular, cita a:

---

<sup>107</sup> FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 61. No obstante, las especialidades a las que se refiere el autor tienen un carácter técnico pues van referidas a la contratación de reaseguros por tratados en abono y a una cobertura parcial y automática, en función de que el tratado sea obligatorio (la cobertura reasegurativa surge simultáneamente con la asunción del riesgo por parte del asegurador) para ambos contratantes o facultativo para uno (existe libertad para que el asegurador coloque el riesgo o para que el reasegurador lo acepte) o para ambos (libertad en los dos supuestos).

- i) La tempesta
- ii) Il naufragio.
- iii) L'investimento
- iv) L'urto, es decir, el contacto material con otra nave.

v) Il getto. La nozione è più ampia di quella espressa con questa parola, «che si riferisce ad un tipico provvedimento di avaria comune, consistente nel getto del carico o attrezzature della nave fuori bordo per scampare da un pericolo, alleggerendo la nave»<sup>108</sup>.

- vi) L'esplosione
- vii) L'incendio
- viii) La pirateria

xix) Il saccheggio. Per tale si intende «ogni rapina, ogni furto violento commesso a bordo dell nave, o anche sulla riva se le merci vi sono deposte per un sinistro»<sup>109</sup>.

El precepto del Código italiano incurre en imprecisiones porque, aunque -bajo su rúbrica- parece referirse a los riesgos de la navegación, enumera junto a los riesgos (*v.gr.* tempestad) algunos siniestros (*v.gr.* naufragio o incendio) y finalmente comprende un elenco de daños y pérdidas más que una precisión del riesgo como evento asegurado. No obstante, se trata de una enumeración con un valor meramente ejemplificativo porque el citado precepto concluye con la expresión «y, en general, todos los accidentes de la navegación». En este precepto comentado, el Código italiano de la Navegación recoge igualmente el principio de universalidad del riesgo; los riesgos cubiertos son los accidentes de la navegación, es decir, «da quegli avvenimenti cioè che possono colpire sul mare -provengano o no dal mare- i beni in rischio in una spedizione marittima, salvo quelli che la legge o le parti escludono dall'assicurazione»<sup>110</sup>. De lo anterior se concluye el carácter necesariamente fortuito de los accidentes de la navegación y se excluye del concepto y de la cobertura aseguradora aquellos eventos dañinos que son propios o previsibles en las expediciones marítimas. No obstante, la práctica contractual muestra en la realidad aseguradora el influjo anglosajón basado en una concepción contraria a la tradicional cobertura universal y describe una uniformidad internacional de cláusulas. En particular, el clausulado de *Institute of London Underwriters* y su elenco detallado de riesgos específicamente incluidos y excluidos impera en la mayoría de pólizas españolas e italianas sin que ello comporte la sujeción del contrato a la Ley inglesa<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>109</sup> VIVANTE C., *Il contratto...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 288.

<sup>110</sup> FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 111. Anteriormente a él y en el mismo sentido también se pronunciaron, entre otros muchos, EMERIGON B-M, *Traité...*, *op. cit.*, p. 360 quien aseveró que «*par fortune de mer on entend en général tout dommage qui arrive sur mer à la chose assurée, sauf les modifications que l'Ordonnance, ou les pactes des parties apportent à cette règles*» y TARGA C., *Ponderazioni sopra la contrattazione marittima*, Stamperia della Libertà in Scureria la Vecchia, Genova, 1803, p. 123 quien reflexionó que «ogni sinistro, che occorre in Mare, sia de'soliti, come d'insoliti, o sia procedente da accidente opinato come inopinato, purchè non v'intervenga colpa, o frode, s'intende fatale, ed è di conto dell'Assicuratore».

<sup>111</sup> La utilización de cláusulas inglesas en una póliza italiana de seguro marítimo no significa que las partes contratantes opten por la aplicación del Derecho inglés. La Sentencia arbitral de 11 de marzo 1982, en *Diritto marittimo*, 1982, p. 276 afirma «pur potendo la designazione della legge regolatrice di un contratto di assicurazione ad opera delle parti risultare implicitamente, non ha valore di scelta di tale

En cuanto la delimitación de los riesgos, la LNM y el Codice Navigazione siguen criterios diversos. Además de la técnica a la que recurren una y otro para referirse a los riesgos incluidos en la cobertura del seguro marítimo también existen diferencias respecto a la exclusión de los mismos. Mientras que el Código de la Navegación italiano no contiene una lista de riesgos excluidos, la LNM si recurre a una delimitación negativa de riesgos expresamente excluidos en los Artículos 418 a 420 de la Ley. La LNM contiene una enumeración de riesgos concretos que se encuentran excluidos, por regla general, de la cobertura del seguro marítimo. Esa exclusión puede obedecer a diversos motivos pero principalmente el rechazo obedece a un choque contra los principios jurídicos que imperan en la materia y en la tradición legislativa nacional. La enumeración legal de ciertos tipos de riesgos excluidos de la cobertura convierte en innecesario su reflejo por los contratantes en la póliza salvo que sea voluntad expresa de las mismas recoger alguno de ellos como riesgo incluido.

A diferencia de los seguros contra daños en los que generalmente se aseguran riesgos nominados, «l'assicurazione marittima è tipicamente un'assicurazione contro una universalità di rischi» (Sentenza Corte di Cassazione 6 febbraio 1952, numero 302) dicha universalidad juega como principio extensivo en los seguros marítimos con independencia de que luego sea recortada por las partes mediante cláusulas de exclusión de riesgos concretos. El riesgo puede representarse de diversas formas y las repercusiones del mismo en el ámbito de los seguros no están siempre legalmente contempladas. Los riesgos expresamente excluidos por la LNM son:

- i) La guerra (declarada formalmente o no) civil o internacional, el bloqueo y los apresamientos que resulten de ella.
- ii) La captura, el embargo o la detención por orden de alguna autoridad nacional o extranjera.
- iii) La piratería, el motín, el terrorismo y las situaciones de alteración del orden público.
- iv) Las huelgas y los cierres patronales.
- v) Las explosiones (atómicas o nucleares), las radiaciones y las contaminaciones radioactivas.
- vi) La conducta dolosa o gravemente negligente del asegurado.
- vii) Los daños que tengan por causa el vicio propio o la naturaleza intrínseca del objeto asegurado y los que tengan por causa el desgaste y uso natural.

Una vez definido el riesgo marítimo en el contrato y producido el siniestro, será necesario prestar atención a si éste último encaja o no en el enunciado del riesgo que las

---

legge l'adozione di clausolari stranieri, specie se aggiunti in deroga di un formulario italiano». La elección de optar por la adopción de una póliza italiana aunque con la inserción de cláusulas extranjeras (inglesas o no) es un índice de la voluntad de las partes de someter el contrato al Derecho italiano. En cuanto a la interpretación, FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, op. cit., p. 29 afirma «i clausolari di assicurazione marittima sono creati per operare nel mercato internazionale. La necessità di una loro interpretazione uniforme e costante discende inoltre dall'esigenza, tipica del mercato delle assicurazione marittime, di un'ampia riassicurazione su un vasto mercato. Tali interpretazione uniforme non può aversi che facendo capo al mercato nel quale i formulari sono nati». La interpretación de cláusulas inglesas se hará por tanto teniendo en cuenta el sistema del *common law*.



partes determinaron negocialmente. El riesgo debe ser real y, de manifestarse, debe hacerlo también dentro del espacio temporal y geográfico delimitado en la póliza.

También señalamos que, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano, los riesgos de la navegación marítima tienen atribuida la calificación de «grandes riesgos»<sup>112</sup> en atención a la naturaleza del mismo y a que presenta notables diferencias con respecto a las técnicas de suscripción de los riesgos ordinarios.

El riesgo asegurado es un riesgo marítimo o de la navegación marítima y la gestión del mismo corresponde al asegurador. Tiene que tratarse de un riesgo imprevisible e inevitable porque si no el siniestro no estaría cubierto por el seguro marítimo y ello repercutiría en el reaseguro. El interés del reasegurador en conocer con exactitud el riesgo asegurado que asume obliga a que la descripción del mismo en la póliza sea lo más fiel posible a la realidad. Además, el riesgo asegurado es completamente distinto del riesgo reasegurado pero la probabilidad de que tenga lugar el riesgo reasegurado coincide exactamente con la del riesgo asegurado; de ahí, la justificación de incluir un estudio de ambos en este estudio. Sin embargo, no es la única coincidencia entre ellos. Otra parte común entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado es la reunión en ambos de las circunstancias necesarias para que puedan tener lugar ambos riesgos puesto que no todos los riesgos pueden ser garantizados por el contrato de seguro: la «inasegurabilidad puede ser técnica o jurídica»<sup>113</sup>.

#### 4.2.1 Requisitos jurídicos

En cuanto a los requisitos jurídicos del riesgo (asegurado y reasegurado), es necesaria, tal y como hemos adelantado más arriba, la concurrencia de las siguientes circunstancias:

i) El riesgo debe referirse a un objeto cierto y concreto de existencia real en cuanto su acontecimiento futuro e incierto es previsible. La inexistencia del riesgo en el momento de la conclusión del contrato o del acaecimiento del siniestro conlleva la declaración de nulidad del seguro marítimo (Artículo 422 LNM y Artículo 4 LCS; Artículo 514 Codice Navigazione y Artículo 1895 Codice Civile) aunque se prevén algunas excepciones. La realidad del riesgo se ve atenuada en el ámbito del seguro marítimo debido a la incertidumbre subjetiva. La incerteza tiene que referirse tanto a la realización como al momento en que pueda producirse (*incertus an e incertus quando*).

ii) El riesgo debe hacer referencia a los supuestos en los que el acontecimiento dañoso no se ha producido pero, siendo inciertos, puedan provocar un daño o necesidad económica<sup>114</sup>. La propia idea de riesgo engendra la generación de una necesidad económica con la realización de aquel.

---

<sup>112</sup> En el ordenamiento jurídico español, el Artículo 11 a) LOSSEAR atribuye la condición de seguros de «grandes riesgos» a aquellos contratos que tengan por objeto los vehículos marítimos y la responsabilidad civil de los mismos, entre otros. En el ordenamiento jurídico italiano, el Artículo 1 r) y el Artículo 2.3 Codice Assicurazioni reconocen, entre otros ramos, la citada condición a los seguros marítimos. Ambos criterios cualitativos traen causa de la clasificación que a tal efecto realizó la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988.

<sup>113</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 77...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, op. cit., p. 586.

<sup>114</sup> GARRIGUES J., *Curso de Derecho mercantil*, Volumen III, Impr. S. Aguirre, Madrid, 1936., pp. 804-805, precisaba la concurrencia de verdaderos riesgos de la navegación (v.gr. temporal, guerra...) que crean

iii) El riesgo debe estar determinado específica y concretamente. Asegurar un riesgo inexistente sería una contradicción de los propios términos porque significaría la posibilidad de un lucro indebido para el asegurado cuando es consciente del daño ya ocurrido y una ganancia igualmente indebida de la prima para la aseguradora, en el caso de un riesgo ya terminado<sup>115</sup>.

iv) El riesgo no debe depender directamente de la voluntad exclusiva de las partes sino que debe presentarse un carácter fortuito en él. La validez y el cumplimiento de los contratos de seguros no pueden dejarse al arbitrio de una de los contratantes (Artículo 1256 Código Civil) por lo que es necesario que la realización del suceso escape, al menos parcialmente, a la voluntad del asegurado. El azar debe ser relativo no absoluto porque, de lo contrario, solo podrían asegurarse los accidentes derivados de fuerzas de la naturaleza<sup>116</sup>. En ese sentido, la Ordenanza Interlocutoria della Corte Cassazione, 19 gennaio 2018, numero 1465, precisa que, en los contratos de seguro, el riesgo asegurado se caracteriza por ser dañino y no volitivo.

No será asegurable ni indemnizable el evento provocado dolosamente sino que debe responder a la aleatoriedad (lo contrario resultaría inmoral y contrario al orden público). Tampoco tendrá la consideración de riesgo cuando el evento se haya producido con ocasión de una actividad ilegal o recaiga sobre intereses ilícitos (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988, de 9 de noviembre de 1990, 14 de marzo de 1991 y 4 enero de 1995). El Artículo 419 LNM y el Artículo 19 LCS responde a las exigencias anteriores, declarando que el asegurador quedará liberado del pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe, dolo o culpa grave del asegurado y sus dependientes. Sin embargo, en Italia el Artículo 524 Codice Navigazione extiende su cobertura a los siniestros causados por culpa grave o leve del asegurado, ya sea directa o indirecta.

v) El riesgo esté supeditado a su ordenación estadística.

vi) El riesgo no puede ser contrario a la moral, a las Leyes ni al orden público.

vii) El riesgo sea posible, actual o futuro<sup>117</sup> y técnicamente asegurable. No es admisible el seguro contra riesgos imposibles ya que si el riesgo no pudiese realizarse, el asegurado no pretendería conseguir la protección del seguro y el contrato no podría existir por falta de un requisito esencial.

#### 4.2.2 Requisitos técnicos

En cuanto a los requisitos técnicos del riesgo (asegurado y reasegurado) y, siguiendo a BENÍTEZ DE LUGO<sup>118</sup>, precisamos que son necesarios los siguientes:

---

un estado de riesgo y de auténticos siniestros (*v.gr.* varada, naufragio...) en los que se concreta y realiza un estado de riesgo.

<sup>115</sup> BRUNETTI A., «Le dichiarazioni dell'assicurato particolarmente nell'assicurazione marittima», *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima, p. 598.

<sup>116</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 435.

<sup>117</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 129. DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 436 considera que «no es absolutamente preciso que el riesgo sea futuro, como lo demuestra el Artículo 745 del Código de Comercio al admitir el seguro marítimo sobre buenas o malas noticias. No obstante, parece sostener doctrina contraria la sentencia de 24 de febrero de 1927».

<sup>118</sup> BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo...*, *op. cit.*, p. 21.

i) Es necesario determinar y calcular la frecuencia, homogeneidad, dispersión e intensidad del riesgo para concertar su asegurabilidad. La base estadística de los riesgos permite el cálculo de la prima y ello ha llevado a excluir riesgos catastróficos (guerras, terremotos, etcétera).

ii) Los elementos técnicos del riesgo son la suma asegurada, la duración del seguro, la mayor o menor probabilidad del siniestro y el grado probable de intensidad del mismo.

La asegurabilidad del riesgo dependerá de la regularidad estadística con la que se presente y de la posibilidad de su medición.

## 5. Interés

Habiendo analizado el riesgo (causa, fundamento) corresponde, este momento y epígrafe del estudio, ocuparnos del segundo elemento constitutivo y obligado para cualquier seguro: el interés (objeto, valor). Riesgo e interés forman parte de una misma ecuación pues sin alguno de ellos no podría operar el otro y, en consecuencia, no resultaría revelada la incógnita que explicaría el contrato de seguro y su función. Ambos son un binomio, la interdependencia existente entre riesgo e interés viene exponiéndose desde hace siglos («*principale fundamentum assecurationis est risicum, seu interesse assecuratorum, sine quo non potest subsistere assecuratio*»<sup>119</sup>) y es tan estrecha que repercute sobre la definición, la naturaleza y la validez del propio contrato de seguro. El interés es un elemento configurador pues su existencia dota al seguro de una estructura exterior y propia que permite diferenciarlo respecto de otros contratos (*v.gr.* contratos aleatorios como el de juego y el de apuesta donde el interés no existe) y que junto al riesgo<sup>120</sup> sustenta la distinción del seguro en tipos y especies (*v.gr.* seguro de vida en los que la indemnización consiste en una suma económica fija).

La noción de interés en el Derecho de seguro ha sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina científica que ha ido precisando poco a poco su significado y sus rasgos definitorios propios. El interés es definido como «la relación de contenido económico entre una persona (asegurado) y una cosa, derecho o patrimonio (objeto asegurado) susceptible de valoración pecuniaria, relación que puede sufrir un daño como consecuencia de un evento o suceso determinado»<sup>121</sup> y sirve para hacer referencia a «un bisogno di tutela economica in presenza di uno stato di bisogno»<sup>122</sup>, es decir, para indicar que la cosa o los derechos no se destruyan o minoren porque si no sufriría un daño. A diferencia del efecto atenuado en otras modalidades de seguros, la noción de interés adquiere una significación particular en los seguros contra daños porque, con anterioridad a la verificación del siniestro, desempeña la función de predeterminar el daño concreto a resarcir conforme al contrato. Hay hasta quien ha defendido que el

---

<sup>119</sup> CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, Vol. IV, Venezia, 1740, p. 1; EMERIGON B-M, *Traité...*, *op. cit.*, p. 6; PELÁEZ M. J., *Historia del Derecho de la Navegación I. Trabajos de teoría e historia de Derecho marítimo y Derecho aeronáutico*, Universidad de Málaga, Málaga, 1994, p. 394.

<sup>120</sup> DONATI A., «Assicurazioni...», *op. cit.*, p. 476.

<sup>121</sup> BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, Ed. Tecnos Madrid, 2008, p. 360.

<sup>122</sup> BRUNETTI A., «La teoría...», *op. cit.*, p. 431. DONATI A., «La causa...», *op. cit.*, p. 240 también afirma que si «non c'è danno non c'è neppure il bisogno».

concepto de interés «sia propio ed esclusivo delle assicurazioni contro i danni»<sup>123</sup>. En los seguros contra daños en particular, GARRIGUES definió el interés como «il rapporto in virtù del quale qualcuno subisce un danno patrimoniale in seguito ad un determinato fatto; o come il rapporto tra una persona ed una cosa minacciata da un determinato rischio»<sup>124</sup> mientras que DONATI consideró que el riesgo no debería formar parte de la definición del interés sino solo de su asegurabilidad<sup>125</sup>. «Para el seguro, el interés no es un daño, ni tampoco las consecuencias que el mismo puede ocasionar o suponer para el asegurado, no es un valor patrimonial, no es una afección que se vulnera por una pérdida o destrucción. Es algo más. Yuxtapuesto a todos ellos pero, a la vez, partícipe de los mismos. Pues sin daño no se vulnera el interés. Pero sin riesgo tampoco»<sup>126</sup>. En el ámbito marítimo, URÍA afirmó que el interés, «como objeto del seguro marítimo, significa relación de una persona con una cosa sometida a los riesgos del mar»<sup>127</sup> y FERRARINI, señalando que «ogni interesse in rischio in una spedizione marittima può formare oggetto di assicurazione», definió al interés como «rapporto tra una persona e una cosa (bene singolo o situazione patrimoniale) esposto a un rischio determinato»<sup>128</sup>.

Pese a la relevancia capital del interés, es uno de los elementos contractuales que mayores interrogantes y dudas ha generado y que aun continúa haciéndolo en la actualidad. No obstante, se han abandonado las teorías que inmiscuían al interés en el concepto de riesgo y hoy se encuentra perfectamente perfilado frente al riesgo. El interés existe con independencia del riesgo que lo amenace y del daño que se produzca pero es tenido en cuenta por el seguro solo en cuanto está amenazado por un riesgo; el riesgo no constituye la premisa de la existencia del interés sino la condición de su asegurabilidad<sup>129</sup>. De esta manera, el interés es un «*prius*, es tutela de intereses, es necesidad, es cobertura, es anticipación y previsión, es, si se verifica el riesgo y la causa, un daño el mismo, reparación, repatrimonialización frente a lo perdido siempre que el mismo fuere mensurable económica y patrimonialmente»<sup>130</sup>. Una necesidad de garantía y de seguridad ante una contingencia pero, además, una necesidad eventual<sup>131</sup>.

La presencia del interés es necesaria en todos los tipos de contratos de seguro pues la ausencia de interesados conllevaría la inexistencia de un elemento esencial y, en último lugar, del contrato. Recordamos que tampoco existirá seguro si no hay riesgo pues éste puede materializarse sobre un bien, un patrimonio, una persona... sobre la que siempre existe un interés por parte de un sujeto (tomador o asegurado) que decide trasladarlo a otro (asegurador). En el seguro, el interés radica «en que el riesgo no se materialice, es

---

<sup>123</sup> FERRARINI S., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 625. En el mismo sentido también se ha pronunciado PINO A., «Rischio...», *op. cit.*, p. 252 cuando precisa que el concepto de interés es «utilizzabile solo per il contratto di assicurazione contro i danni».

<sup>124</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee...», *op. cit.*, p. 326.

<sup>125</sup> DONATI A., «L'interesse nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima, pp. 318-319.

<sup>126</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>127</sup> URÍA R., *El Seguro...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>128</sup> FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>129</sup> FERRARINI S., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 644.

<sup>130</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>131</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, *op. cit.*, p. 131.

decir, que el siniestro no se produzca» y no sólo eso sino también en la «necesidad de garantía, de seguridad, de cobertura ante tamaña contingencia»<sup>132</sup>. La previsión de los Legisladores nacionales de declarar la nulidad del contrato de seguro si falta el interés (Artículo 408 LNM, Artículo 25 LCS y Artículo 1904 Codice Civile)<sup>133</sup>, la juzgamos bastante para afirmar la esencialidad o indispensabilidad de este elemento en el contrato de naturaleza asegurativa.

En España, la importancia del interés en el seguro marítimo ha llevado al Legislador nacional a incluir en la LNM una sección entera dedicada al mismo. En concreto, es la Sección Primera de su Capítulo Segundo la que lleva por título: «De los intereses asegurados» (Artículos 408 y siguientes LNM). El Artículo 408 LNM dispone que «la inexistencia de interés determinará la nulidad del contrato» y, en el inciso final del precepto, remite a lo dispuesto sobre la existencia del riesgo en el Artículo 422 LNM.

Esta disposición se configura como «clave de bóveda»<sup>134</sup> de todo el seguro marítimo porque no solo se requiere su presencia para la existencia del riesgo sino que también confirma la naturaleza resarcitoria del seguro marítimo y posibilita el aseguramiento de intereses futuros, en línea con lo dispuesto en el Artículo 1271 Código Civil cuando expresa que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas (...), aun las futuras». A lo largo de la LCS también encontramos numerosas disposiciones de carácter general referidas al interés y al valor del interés en el contrato. El interés en el seguro radica precisamente en que el riesgo no se materialice, es decir, que el siniestro no se produzca, pero el interés no es la indemnización del daño<sup>135</sup>. El Artículo 25 LCS sanciona específicamente la nulidad del seguro si, en el momento de la conclusión del contrato, «no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño» y remite igualmente a lo señalado sobre la existencia del riesgo en el Artículo 4 LCS. Así el Legislador escenifica la exigencia de que el interés se encuentre presente en todo contrato de seguro y retrata las dos caras (riesgo e interés) de una misma moneda. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2006 aseveró que el interés «debe pervivir durante toda la vida del contrato. Y la palabra "nulidad" debe entenderse en sentido estricto, no lato. La ausencia total de interés asegurado incide en la causa del contrato (1275 Código Civil). De ahí esa nulidad. El daño es la lesión del interés y si éste no existe, tal lesión es irrealizable y el contrato carece de causa».

En Italia, empero, el Codice Navigazione no contiene ninguna sección especial al interés sino algunas referencias a los objetos que pueden constituirlo entre los preceptos

---

<sup>132</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, op. cit., 2018, pp. 44-45.

<sup>133</sup> El Derecho inglés sigue la tradición legislativa del Siglo XVIII que buscaba evitar los abusos y ofuscar la naturaleza indemnizatoria del seguro convirtiéndola en una puramente especulativa. En la actualidad, la Sección 4 de la *Marine Insurance Act* también declara que si el contrato está privado de un interés asegurable, se equipararía a un contrato de apuesta («*gambling or wagering*») el seguro será nulo y el daño no indemnizable.

En la tradición jurídica anglosajona, el ejemplo típico de invalidez de un contrato de seguro marítimo es ofrecido por la póliza «*proof of interest*», estipulada en ausencia de un válido «*insurable interest*» se convierte en un contrato de apuesta siendo contraria a la *Marine Insurance Act*.

<sup>134</sup> PULIDO BEGINES J. L., *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 481. VEIGA COPO A. B., *El interés...*, op. cit., p. 153.

<sup>135</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, op. cit., pp. 129-130 y afirma que la indemnización es la consecuencia.

dedicados al seguro marítimo. Tampoco resulta posible encontrar en el Codice Civile una regulación detallada acerca del interés en el contrato de seguro más allá de la contenida en su Artículo 1904, el cual expresa que «il contratto di assicurazione contro i danni è nullo se, nel momento in cui l'assicurazione deve avere inizio, non esiste un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno». La norma anterior contiene una referencia implícita a la esencialidad del interés y sitúa a éste en un momento preexistente al daño futuro e incierto. En este caso, no existe un reenvío o conexión directa con el riesgo pero si se mantiene el mismo criterio temporal (el momento a partir del cual el contrato adquiere eficacia) y determinante que el empleado en la disciplina del riesgo. El Artículo 1895 Codice Civile declara la nulidad del seguro si «il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere» antes de la conclusión del contrato. Desde un punto de vista técnico, puede distinguirse entre el interés en el seguro, interés al resarcimiento e interés asegurado. El interés del citado Artículo 1904 va referido al resarcimiento del daño y es configurado, además de como presupuesto de legitimidad y validez del contrato de seguro contra daños, como medida de eficacia<sup>136</sup> del mismo. Tal interés se identifica con la existencia «di un rapporto giuridico reale o personale o di altra situazione giuridicamente rilevante rispetto a un dato bene ed è richiesto al fine di evitare che con il contratto di assicurazione possano essere perseguite finalità speculative»<sup>137</sup>. La naturaleza indemnizatoria del seguro de daños es una explicación del principio de indemnización, es decir, del principio en virtud del cual «dove non c'è danno no ci può essere assicurazione»<sup>138</sup> y, al mismo tiempo, supone un límite al resarcimiento, además de la delimitación (cualitativa y cuantitativa) contenida en las cláusulas contractuales<sup>139</sup>. La función económico-social del seguro contra daños se caracteriza por la reintegración del patrimonio a consecuencia de la verificación del siniestro sin otro límite que el del daño sufrido. En dicho perjuicio no se incluye, con carácter general, el lucro cesante o beneficio esperado por lo que la indemnización del mismo queda sujeta a un pacto expreso de las partes. Así lo señala específicamente la última parte del Artículo 1905 Codice Civile y la razón de ello radica en que, en la práctica aseguradora, dicho riesgo suele ser objeto de seguros autónomos e independientes. El interés asume un significado preciso en la teoría del seguro pero también una relevancia que excede de la perspectiva jurídica pues expresa también la necesidad de que medie una relación económica entre un sujeto y una cosa o la necesidad de que exista un riesgo que suponga un peligro para el patrimonio del asegurado. El interés no sólo es un presupuesto lógico, ni un motivo económico que induce la contratación del seguro sino un elemento indispensable en los seguros contra daños que actúa siempre como límite a la indemnización debida por el asegurador<sup>140</sup>. El

---

<sup>136</sup> FANELLI G., «XXXVI. Le assicurazioni», CICU A. e MESSINEO F., *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 76.

<sup>137</sup> PINO A., «Rischio...», *op. cit.*, pp. 251-252.

<sup>138</sup> FANELLI G., «XXXVI... », CICU A. e MESSINEO F., *Trattato...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss., 190 y ss., 230 y ss. PASANISI E., «Rischio e rischio assicurato», *Diritto marittimo*, 1958, p. 351 afirma que «là dove esiste un rischio (...) esiste la possibilità di stipulare un contratto di assicurazione».

<sup>139</sup> PECCENINI F., «Dell'assicurazione. Art. 1882-1932», en GALGANO F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, p. 115.

<sup>140</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee...», *op. cit.*, p. 330.

Artículo 1905 Codice Civile da buena muestra de esa limitación al resarcimiento al expresar que el asegurador «è tenuto a risarcire, nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro» y concluir que el asegurador responde, solo en el caso de que así se haya acordado expresamente, del beneficio esperado.

A diferencia de la suma asegurada que cumple una eficacia limitadora y tiene que ver con el objeto del contrato, el principio indemnizatorio desempeña una función limitadora pero se encuentra relacionado con la causa del contrato. En España y en Italia, este principio está formulado con carácter general en el Artículo 26 LCS y 1905 Codice Civile. El reaseguro también se encuentra presidido por el principio indemnizatorio -como indicamos *supra* en anteriores apartados- y, en sede del interés reasegurable, desempeña un papel importante al constituir el límite cuantitativo máximo de la obligación indemnizatoria del reasegurador. Tanto el asegurador como el reasegurador estarán obligados a indemnizar sólo los daños efectivos y ni el asegurado ni el asegurador-reasegurado podrán enriquecerse con la indemnización abonada porque se trata de una prestación de naturaleza indemnizatoria y, por su propia esencia, la cuantía de la misma nunca podrá ser más elevada que la cuantía del daño sufrido. El Profesor ILLESCAS precisa que «la indemnización no repone patrimonio alguno afectado por una pérdida material previamente acaecida sino que ayuda a afrontar (...) una nueva y detrimentada situación»<sup>141</sup>.

### 5.1 El objeto del contrato: el interés

En la teoría general del contrato, el empleo del término «objeto» del contrato designa la obligación o la «prestazione» que constituye el contenido del negocio jurídico (Artículo 1261 Código Civil y Artículo 1174 Codice Civile). El Artículo 1088 Código Civil expresa que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa» y de la lectura del Libro IV Codice Civile también se puede concluir que la «prestazione» puede consistir en un «un dare, un fare ovvero in un non fare». A causa de lo anterior, la dogmática particulariza la expresión haciéndola recaer sobre las cosas o servicios que son materia de las obligaciones de dar o de hacer.

En la teoría general del seguro y ligándolo siempre al riesgo, el objeto del seguro se hace recaer sobre el interés e incluso hay quienes<sup>142</sup> llegan a reclamar y visibilizar una distinción entre objeto del seguro (interés) y objeto asegurado (elemento expuesto al riesgo) pese a la indiferencia que para otros tiene en la práctica. El estudio de las obligaciones fundamentales de las partes es abordado de forma separada a la presente sección dado que juzgamos oportuno ocuparnos a continuación de la determinación y descripción de la relación asegurada (interés) ya que permitirá precisar si, en el momento del siniestro, el interés subsiste y la indemnización es exigible así como el valor del interés que permitirá calcular el importe del daño y de la indemnización. DONATI afirmó «come la probabilità è la misura del rischio, così il valore è la misura dell'interesse» y, con mayor precisión, el valor es el grado de una utilidad de un bien, es

<sup>141</sup> ILLESCAS R., «Principios...», *op. cit.*, p. 20.

<sup>142</sup> Entre otros GARRIGUES J., *Curso...*, *op. cit.*, p. 380; BROSETA PONT M., *Manual de Derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 476; DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 428.

decir, el grado de actitud a satisfacer una necesidad económica<sup>143</sup>. FERRARINI señaló que el valor del bien expuesto al riesgo o aquel de la relación entre la persona y la cosa, sirven para determinar el valor del interés, es decir, el valor del seguro y no el interés<sup>144</sup>.

La consideración del interés como objeto del contrato de seguro no se encuentra recogida de manera explícita ni en la LCS ni en el Codice Civile. Las legislaciones nacionales han relegado su papel y han evitado ofrecer una definición<sup>145</sup> del mismo. No obstante, su consideración como objeto puede deducirse de la lectura de algunos preceptos legales del ordenamiento jurídico español e italiano.

En el Derecho español, el interés no puede ser considerado la causa contractual porque el Artículo 1274 Código Civil prescribe que, en los contratos onerosos, la causa se identifica con la prestación de la parte contratante. En el seguro y en el reaseguro, la prestación del asegurador y del reasegurador es coincidente: asumir patrimonialmente las consecuencias económicas negativas del siniestro. En todos los seguros contra daños, la causa consistirá en la promesa del asegurador de proveer la correspondiente reparación del daño sufrido por el asegurado en caso de que llegue a materializarse el siniestro, es decir, en la promesa de indemnización o de restitución del valor económico negativo. En España, la concepción del interés como objeto del seguro late en aquellas disposiciones que admiten el seguro de una parte alícuota o ideal del valor de una cosa y es reconocido inequívocamente como tal por la doctrina. Para GARRIGUES, el objeto del contrato de seguro consiste en la protección de este interés, es decir, en la tutela de la prestación del asegurador<sup>146</sup> y para VEIGA es asegurado el interés de una individual persona y no el interés en un determinado objeto o bien<sup>147</sup>. Pero también para PICARD y BESSON, quienes defienden que «*l'assurance de dommages suppose que l'assuré ou le bénéficiaire a un intérêt à ce que le risque ne se réalise pas. C'est cet intérêt qui constitue l'objet de l'assurance*»<sup>148</sup>. Y, específicamente para el seguro marítimo, consideran también el interés como objeto del contrato tanto URÍA como ARROYO<sup>149</sup> o RODRÍGUEZ<sup>150</sup>, entre otros muchos. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996 y de 17 de junio de 1982 han definido el interés como «la ventaja

---

<sup>143</sup> DONATI A., *Trattato...*, op. cit., pp. 240-241.

<sup>144</sup> FERRARINI S., «L'interesse...», op. cit., p. 623.

<sup>145</sup> La ley inglesa parece contener una definición muy amplia de interés y configurar una categoría muy amplia en la que pudiesen encuadrarse, por ejemplo, las deudas. La Sentencia *Lucena v. Craufurf* (1806) describió el interés asegurable como «*a right in a property, or a right derivable out of some contract about the property, which in either case may be lost upon some contingency affecting the possession or enjoyment of the party*». En concreto, el primer apartado de la Sección 5 de la *Marine Insurance Act* lo define como «*a interest in a marine adventure*» y el segundo apartado de esa misma sección expresa: «*in particular a person is interested in a marine adventure where he stands in any legal or equitable relation to the adventure or to any insurable property at risk therein, in consequence of which he may benefit by the safety or due arrival of insurable property, or may be prejudiced by its loss, or by damage thereto, or by the detention thereof, or may incur liability in respect thereof*».

<sup>146</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee...», op. cit., p. 330.

<sup>147</sup> VEIGA COPO A. B., *El seguro...*, op. cit., p. 114 y señala que asegurado el interés se convierte en el objeto del seguro y se configura como verdadero elemento contractual esencial.

<sup>148</sup> PICARD M. et BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1940, p. 9.

<sup>149</sup> ARROYO MARTÍNEZ I., «Capítulo 111. Los seguros marítimo y aéreo. El préstamo a la gruesa», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 1141.

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros...», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA R. (Dirs.), *Tratado...*, op. cit., p. 57.



que la no producción del resultado dañoso representa para el asegurado». La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006 también afirma categóricamente que «el objeto del contrato de seguro marítimo es el interés asegurado respecto de los riesgos de la navegación». Todo lo expresado anteriormente nos lleva a admitir que no es la cosa en sí misma sino el interés que representa dicha parte alícuota para el asegurado lo que constituye el verdadero objeto del contrato de seguro.

En una relación de deuda, las prestaciones a las que quedan obligadas cada una de las partes son decisivas y, en el seguro contra el nacimiento de una deuda, la prestación del asegurador viene determinada por el concepto de interés. Aunque la doctrina italiana declara categóricamente la esencialidad del interés<sup>151</sup>, la práctica totalidad de estudios acerca del mismo lo han tratado en correlación estrecha al riesgo y la gran mayoría de autores especializados se refiere al mismo como la causa de cualquier contrato de seguro y de reaseguro<sup>152</sup>; tan solo muy pocos afirman de manera categórica que el interés sea el objeto del seguro<sup>153</sup>. No faltan opiniones que niegan al interés la consideración de objeto del contrato en atención a su consideración como presupuesto del mismo<sup>154</sup> ni tampoco juicios que afirman que el objeto del reaseguro consiste en la

---

<sup>151</sup> BUTTARO L., *L'interesse nell'assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 66 afirma, sin admitir discusión u objeción, que el interés «deve esistere ed esiste in tutti i contratti di assicurazione»; ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, volumen II, CEDAM, Padova, 1965, p. 24 revela la unión indisoluble del interés con el riesgo y expone que, en los seguros contra daños, el evento objeto del riesgo debe ser lesivo de un interés asegurado por lo que el único interés que detecta es aquél que se expone a un riesgo y el único interés que se aprecia es aquel que tenga como objeto un interés contrario a la realización del evento dañoso; MOLITERNI F., «Assicurazione marittima ed assicurabilità del rischio pirateria», *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, fasc. 4, pt. 1, p. 466; PIRILLI D., *Il contratto di assicurazione per conto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 69 señala que el interés es el «nodo cruciale» de la disciplina asegurativa.

<sup>152</sup> BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, p. 431 señala que la tutela del interés del asegurado constituye «lo scopo ed il motivo del contratto» y afirma que «il regolamento dell'interesse all'indennizzo (...) realizza la causa dell'assicurazione»; BUTTARO L., *L'interesse...*, *op. cit.*, p. 6; SANTORO PASSARELLI F., «La causa...», *Studi...*, *op. cit.*, 1963; LA TORRE A., *L'assicurazione nella storia delle idee*, Istituto nazionale delle assicurazioni, Roma, 1995, p. 973; BOGLIONE G., «Note in tema di interesse all'assicurazione», *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, Fascicolo 3, 2012, pp. 557 y ss. interpreta la Sentenza Corte di Cassazione, 22 dicembre 2011, numero 28284 y concluye «l'interesse dell'assicurato appartiene alla causa del contratto di assicurazione, rientrando nella funzione economica tutelata dal legislatore attraverso detto istituto; ma perché sussista l'interesse dell'assicurato è necessario che l'eventuale danno incida sul suo patrimonio e non su quella di altra persona o ente, giacché in questo secondo caso l'assicurazione (salvo che sia stata contratta a favore di un terzo) si trasformerebbe (inammissibilmente) in una scommesa».

<sup>153</sup> Entre ellos, MOSSA L., *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Industrie grafiche V. Lischi & Figli, Pisa, 1931, pp. 24-25 y FERRARINI S., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 641.

<sup>154</sup> PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 146.

En igual sentido, VIVANTE C., *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 9 señala que «i rischi della navigazione formano l'oggetto del contratto»; NAVARRINI U., *Trattato...*, Vol. III, *op. cit.*, p. 263 concibe el riesgo como objeto; FERRARINI S., «L'interesse...», *op. cit.*, pp. 624; SALANDRA V., «Il trasferimento...», *op. cit.*, p. 11 defiende que el riesgo, o más propiamente, la transferencia del riesgo (*susceptio periculi*) constituye el objeto del contrato de seguro hasta el punto de afirmar que constituye todavía el «caposaldo» del seguro; FERRI G., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 208 afirma que, en la tradición italiana, la noción de interés «non è un elemento del contratto di assicurazione, ma è un elemento del rischio assicurativo» porque la relación económica no puede nunca ser objeto del seguro; DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, pp. 342-343 entiende que objeto y causa son dos aspectos (estructural y funcional) de la relación jurídica y que, bajo la doctrina civil, el interés no puede ser objeto del seguro; BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo...*, *op. cit.*, p. 16 afirmó que «la asunción de un riesgo por el asegurador es el objeto del

«gestión por un precio de la distribución de riesgos de seguro, en consideración a un espacio territorial y temporal»<sup>155</sup>. Una parte muy importante de la doctrina italiana más autorizada objeta que el riesgo no puede coincidir o identificarse con el objeto del contrato de seguro porque el riesgo del asegurador y el riesgo del asegurado son totalmente distintos<sup>156</sup>. La jurisprudencia italiana se muestra más indubitada acerca de considerar al interés como el objeto del seguro. La Sentenza Corte di Cassazione 9 luglio 1953, numero 2210 expresó que el objeto del contrato de seguro es el riesgo y la Sentenza Corte di Cassazione 29 aprile 1967, numero 799, refiriéndose al seguro, al reaseguro y a la retrocesión, señaló que el objeto del contrato será «in ogni caso il rischio del contratto concluso dal primo assicuratore». Sin embargo, desde un punto de vista legal, no apreciamos inconveniente para encuadrar el interés como objeto del seguro puesto que el Artículo 1174 Codice Civile expresa «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

Al igual que ocurre con el riesgo reasegurado, el interés reasegurado deriva también del contrato de seguro originario; esa relación de dependencia trae causa de la estipulación contractual en virtud de la cual el reaseguro se contrata según «las condiciones y cláusulas del seguro principal» y es la que ha llevado a la afirmación de que el interés que justifica el reaseguro es el interés del asegurador<sup>157</sup>. Además, un solo siniestro puede tener repercusión en distintos intereses que, si bien pueden ser distintos y estar asegurados independientemente, son concurrentes. Así sucede en el reaseguro y ello es lo que motiva que, a continuación, iniciemos por separado<sup>158</sup> el estudio del interés en el contrato de seguro (interés asegurado) y en el contrato de reaseguro (interés reasegurado).

### 5.1.1 Interés asegurado

El interés del asegurado es la relación que liga a la persona que busca una cobertura con el bien afectado por el evento dañino previsto en el contrato y, por lo tanto, ese

---

contrato»; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 385 identifica el objeto del contrato de reaseguro con el riesgo asegurado.

Parece existir una discusión concluyente en Italia para considerar el interés como causa y no como objeto del contrato. En España, BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 102 considera al riesgo, al interés, al valor del interés y a la suma reasegurada los elementos integrantes de la causa del contrato de reaseguro.

<sup>155</sup> DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato...», *op. cit.*, p. 624.

<sup>156</sup> FERRARINI S., *L'interesse...*, *op. cit.*, p. 15; BRUNETTI A., «La teoria...», *op. cit.*, p. 412.

<sup>157</sup> SALANDRA V., «I caratteri...», *op. cit.*, p. 315.

<sup>158</sup> ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 235 indica que los Tribunales ingleses afirman que el objeto del seguro es el mismo que el objeto del reaseguro y cita la Sentencia dictada en el caso *British Dominions General Insurance Co. Ltd. v. Duder*, 1915 cuando dispone «a contract of insurance and a contract of reinsurance are independent of each other. But a contract of reinsurance is a contract which insures the thing originally insured, namely the ship. The reinsured has an insurable interest in the ship by virtue of his original contract of insurance. The thing insured, however, is the ship, and not the interest of the insurer in the ship by reason of his contract of insurance upon the ship». La autora también recoge la Sentencia emitida en el caso *DR Insurance Co. v. Seguros America Banamex*, 1993, donde se explicita que «reinsurance and retrocession indemnifies the original insurer or retrocedant against his liability in respect of the original risk, whether it is direct facultative reinsurance of the original subject matter, or reinsurance of a basket of original risks».

interés en que la cosa no sufra un perjuicio patrimonial puede ser denominado como «objeto del seguro» pero se trata de una conexión indirecta porque sólo en la medida en que ese acontecimiento requiera que el asegurado haga un esfuerzo financiero, tiene un interés en su ausencia<sup>159</sup>. En el seguro marítimo, URÍA entiende que el interés asegurado lo constituye una relación económica asegurable cuando existe posibilidad de su destrucción o disminución por la realización de un siniestro ya que lo que se asegura es la relación amenazada por los riesgos o peligros y entiende que la naturaleza de este interés es económica (los valores ideales no son objeto de nuestro seguro), reconociendo que «aunque frecuentemente tiene su base en una relación jurídica, al interés le basta para existir una mera relación de hecho del sujeto con la cosa»<sup>160</sup>.

Es necesario un riesgo y un daño para vulnerar el interés; «ahora bien, no puede haber o existir riesgo si no hay un interés precisamente sobre el sustrato sobre el que recae ese mismo riesgo. Más, ¿puede haber interés sin riesgo? Sí, siempre que haya riesgos asegurados, pero no todos los riesgos son asegurables. Si no hubiere ningún riesgo asegurado lo que no habría siquiera sería el propio contrato de seguro»<sup>161</sup>.

El Artículo 408 LNM admite la posibilidad de que puedan ocupar la condición de objeto del seguro todos aquellos «intereses patrimoniales legítimos, presentes o futuros, expuestos a los riesgos de la navegación marítima» (v.gr. seguros de mercancías que cubran también la indemnización y los gastos de salvamento) y sanciona la inexistencia de este interés con la nulidad del contrato. El Artículo 409 LNM contiene una enumeración de los intereses concretos que pueden ser objeto del seguro marítimo (v.gr. buques<sup>162</sup>, embarcaciones, artefactos navales, fletes, cargamentos, responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación...etcétera) pero sin constituir una catálogo cerrado puesto que la letra e) del citado precepto contempla que puedan serlo «cualesquiera otros intereses patrimoniales legítimos» con la única condición de que queden expuestos a los riesgos de la navegación marítima. Se trata de una cláusula abierta que posibilita la inclusión de otros intereses y es que tanto el seguro como el reaseguro marítimo puede cubrir intereses patrimoniales «globales» (v.gr. intereses que versan sobre la integridad del patrimonio y van referidos al deseo de que el mismo no quede gravado con deudas que incremente su pasivo y disminuya su activo)<sup>163</sup>.

El interés asegurado es marítimo y éste lo es si la relación de contenido económico sobre la que recae se encuentra expuesta a uno o varios riesgos de la navegación marítima. Así lo expresó -con anterioridad a la LNM- la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006 al afirmar que «el objeto del contrato de seguro marítimo es el interés asegurado respecto de los riesgos de la navegación, el cual hace referencia a la relación de naturaleza económica de la persona con la cosa, de modo que la destrucción o deterioro de ésta produce a aquélla un perjuicio». El interés asegurado

---

<sup>159</sup> EHRENBURG V., *Versicherungsrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1893, p. 291.

<sup>160</sup> URÍA, *El Seguro...*, op. cit., pp. 76-77.

<sup>161</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, op. cit., p. 61.

<sup>162</sup> El seguro del buque comprende el interés sobre sus partes integrantes, pertenencias y accesorios (regla especial contenida en el Artículo 410 LNM frente a la regla general del Artículo 62 LNM en virtud de la cual no quedan comprendidos los accesorios). El interés también puede recaer sobre el buque aunque se encuentre en construcción o desguace.

<sup>163</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 280.

constituye uno de los elementos fundamentales del seguro marítimo desde el momento en que lo que se protege no es el bien en sí sino el interés en la conservación de la misma, de ahí que su presencia sea irremediamente necesaria en la medida en que es designado como objeto del contrato. En el seguro para la navegación marítima, ARROYO define el interés asegurable como «la relación económica de un sujeto con una cosa, por lo que el objeto del seguro marítimo no se identifica con las cosas (buque, flete o mercancías), sino con las distintas relaciones en que el sujeto interesado puede encontrarse con dichas cosas»<sup>164</sup>. Con posterioridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 6 de junio de 2016 se ha pronunciado en los mismos términos.

En consecuencia, la teoría del interés es acogida preferentemente en el ámbito del seguro marítimo frente a la dificultad que conlleva sostener que el riesgo de la navegación es el objeto de tutela o protección del contrato. En virtud de esta formulación doctrinal, el objeto de protección del contrato de seguro es el interés, es decir, la relación económica que media entre el asegurado y el bien y que resulta amenazada por un riesgo. «L'individuo che si trova in rapporto con i beni coinvolti nella spedizione marittima, si preoccupa di ovviare alle conseguenze dannose di un accidente della navigazione che eventualmente dovesse colpirli, procurandosi, in surrogazione, un diritto al risarcimento del danno eventuale nei confronti dell'assicuratore. Ciò che l'assicurato si preoccupa di conservare sono le utilità che può trarre dalla nave o dalle merci e perciò oggetto del contratto non può che essere che l'interesse, espressione della relazione (economica) assicurato - cose assicurate»<sup>165</sup>. No creemos que el interés pueda identificarse con la indemnización o con una prestación de seguridad jurídica y económica que conlleva la protección aseguradora pues éstos son efectos ulteriores a la estipulación del contrato. El interés recae, en definitiva, en el ánimo de que el patrimonio del asegurado marítimo no resulte perjudicado.

La peculiaridad del interés marítimo viene determinada principalmente por la naturaleza particular de las cosas objeto de tal interés y por los sujetos que pueden ser titulares del mismo pero también por la peculiar relación que une a los bienes asegurados.

Otro aspecto referido al interés y contenido en la LNM es la presunción de que el contrato de seguro es concertado por aquella persona que resulte titular del interés en el momento del siniestro<sup>166</sup> (Artículo 412 LNM).

En el seguro marítimo puede constituir el interés asegurable tanto los bienes materiales (*v.gr.* mercancías) como bienes inmateriales (*v.gr.* flete) con independencia de que tengan existencia real o futura en el momento de celebrar el contrato pero siempre con la exigencia de que se encuentren expuestos a los riesgos de la navegación marítima (Artículo 406.1 LNM). En el ámbito asegurador marítimo frecuentemente se

---

<sup>164</sup> ARROYO MARTÍNEZ I., «Capítulo 111...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 1441.

<sup>165</sup> DI MARCO M., «La funzione...», *op. cit.*, p. 435.

<sup>166</sup> El criterio acogido por el Legislador español coincide con el señalado en la cláusula inserta en las condiciones del Instituto de Aseguradores de Londres para mercancías de 1982 cuando exige que el interés asegurable esté presente en el momento de ocurrir el siniestro. También la Sección 6 de la *Marine Insurance Act* dispone que «*the assured must be interested in the subject-matter insured at the time of the loss though he need not be interested when the insurance is effected (...)*».

conciertan seguros en condiciones de «interés presunto» bajo los cuales se presume a favor del asegurado la existencia del interés y la validez del contrato pero el asegurador puede destruir esa presunción mediante la prueba de la inexistencia de la relación económica entre el asegurado y la cosa, en virtud del Artículo 408.2 LNM.

Mientras que la LNM aborda de manera específica el tratamiento del interés, el Codice Navigazione se refiere simplemente a los objetos que pueden constituir el interés en el contrato de seguro marítimo y lo hace de forma indirecta al regular el seguro de la nave (Artículo 515), el seguro de mercancías (Artículos 516 y 517), el seguro de ganancias o beneficios esperables por las mercancías (Artículo 518), el seguro de flete (Artículos 519 y 520), las sumas adeudadas por la contribución a la avería común y las sumas debidas a los terceros dañados por abordaje en los seguros de responsabilidad civil (Artículos 537 y 538). El elenco anterior es solo indicativo porque no se corresponde con ninguna enumeración cerrada y, aunque no se incluye ninguna referencia genérica o cláusula abierta, FERRARINI extiende la enumeración de los objetos de seguros a las naves en construcción o en desguace, a los gastos hechos para mantener la nave en condiciones de ejercicio, a los contenedores, a los beneficios esperados sobre las mercancías transportadas o a la responsabilidad de una persona en relación con una cosa<sup>167</sup>. No dista, por tanto, la concepción italiana en este punto de la española descrita más arriba.

El patrimonio (entendido como una globalidad y no referido a una parte específica del mismo) de un sujeto de la navegación también puede ser objeto del interés marítimo asegurado y, en estos supuestos, el seguro tiende a mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a la eventual disminución que pueda sufrir como consecuencia del daño ocasionado en un tercero. El ejemplo típico son los *Protection & Indemnity Insurance* pero son muchos más los seguros marítimos en los que se puede pensar como, por ejemplo, el seguro de responsabilidad civil (Artículo 463 y siguientes LNM), l'assicurazione per contribuzione in avaria comune (Artículo 526 Codice Navigazione) o l'assicurazione per danni da urto (Artículo 527 Codice Navigazione), entre otros.

En último lugar, dejamos señalado que la determinación del daño atiende necesariamente al valor del interés y que éste obedece a criterios diferentes en uno y otro ordenamiento. El Artículo 454 LNM recurre al valor en origen de las cosas para incrementar los gastos de transporte y aduanas y así determinar el valor asegurable final en el seguro de mercancías mientras que el Artículo 26 LCS repara en el valor de las cosas en el «momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro». En cambio, el Artículo 516 Codice Navigazione acude al criterio del valor en destino de las mercancías sin tener en cuenta las ulteriores consecuencias dañosas y contrariamente al Artículo 1908 Codice Civile que contiene la regla general de que el valor de la cosa asegurada se calcula en el momento de perpetrarse el siniestro.

### **5.1.2 Interés reasegurado**

La presencia de un interés asegurable en cualquier relación contractual de carácter asegurativo es absolutamente necesaria. Sin él, no puede existir válidamente un contrato

---

<sup>167</sup> FERRARINI S., *Le assicurazioni...*, op. cit., pp. 81-101.

de seguro al carecer de objeto y causa y, en el reaseguro, ese concurso forzoso no constituye una excepción. La concurrencia de ese elemento en particular es igualmente exigible en la celebración de un contrato de reaseguro como si se tratase de un «movimiento pendular newtoniano», es decir, la presencia en una primera esfera (seguro marítimo directo) es transmitida a una segunda esfera (reaseguro marítimo) y la ausencia en la primera tiene una repercusión en la segunda. Una vez determinada la nulidad de pleno derecho del contrato de seguro marítimo originario, se proclamará la misma tipología de ineficacia en el contrato de reaseguro pero no viceversa. Las mismas normas marítimas que exigen la presencia de un interés asegurable tienen una proyección (indirecta)<sup>168</sup> sobre la propia validez del reaseguro marítimo. Tal es la incidencia que, en la póliza de reaseguro, deberá hacerse una referencia expresa al seguro marítimo subyacente (origen del contrato de reaseguro) en tanto que permitirá hacer visible el interés reasegurado y perfilar los términos y condiciones de la relación contractual.

Ni en el ordenamiento jurídico español ni en el italiano encontramos una definición legal de interés reasegurado<sup>169</sup>. En torno al concepto de interés asegurado e interés reasegurado se han creado varias construcciones teóricas<sup>170</sup> a través de las cuales algunos autores han tratado de visibilizar el interés dentro de la categoría general de los seguros de patrimonio.

Una primera posición doctrinal es la que identifica el objeto del interés con un no bien (deuda). Partiendo de dicha consideración, FERRARINI definió el interés como «un rapporto di una persona con una cosa, minacciato da un rischio determinato»<sup>171</sup> y señala que el «oggetto della riassicurazione è il debito dell'assicuratore-riassicurato

---

<sup>168</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, op. cit., p. 264. PERSICO C., *La riassicurazione, op. cit.*, p. 54 afirma que «se il riassicurato non avesse stipulato un contratto di assicurazione, mancherebbe in lui l'interesse assicurabile e cioè l'interesse dell'assicuratore al non avverarsi del sinistro, poichè, come si è già osservato, la riassicurazione ha per presupposto la assicurazione, come l'assicurazione ha per presupposto l'interesse dell'assicurato» y FARIÑA F., *Derecho...*, op. cit., p. 343 indica que «la nulidad del seguro primitivo implica, sin embargo, la del reaseguro. Por el contrario, la de éste no acarrea la nulidad del seguro sobre el que se hizo el reaseguro anulado».

<sup>169</sup> Una definición legal de interés reasegurado puede encontrarse en la *Marine Insurance Act*. De una manera algo particular la Ley inglesa dice así: «*the insurer under a contract of marine insurance has an insurable interest in his risk, and may reinsure in respect of it*».

<sup>170</sup> SALANDRA V., «I caratteri...», op. cit., pp. 321-322 consideró que el verdadero contenido jurídico del reaseguro es la asunción de la obligación de pagar al asegurador-reasegurado todo o parte de los importes previstos que deberá pagar a los asegurados y sostiene -a su juicio como tesis clásica más próxima a la del nacimiento del reaseguro- que el reasegurador toma el riesgo hacia el asegurador original con quien solo entra en relaciones jurídicas y que el interés es la satisfacción de una necesidad que se verificará en el patrimonio (necesidad que nace de cumplir un contrato en lugar de un daño sufrido) del asegurador-reasegurado, contrariamente a la idea de que es el interés a evitar un daño; FERRARINI S., «L'interesse...», op. cit., pp. 620 y ss. sentó su posición sobre la «teoría del bisogno»; DONATI A., «L'interesse...», op. cit., pp. 312 y ss. recurrió a la «teoría indemnitaria» para explicar el desarrollo del contrato de seguro; MÖLLER H., «Considerazioni sul concetto di interesse», *Assicurazioni*, 1955, Anno XXII, Parte Prima, pp. 138 y ss. recurrió a la «teoría de la suportación del riesgo» para explicar que la prestación debida por el asegurador consiste en soportar el riesgo con anterioridad al siniestro y que la misma es delimitada necesaria y primeramente por el interés asegurado.

<sup>171</sup> FERRARINI S., «L'interesse...», op. cit., p. 628. El autor explicita que, entre los pocos supuestos en los que es posible determinar el daño máximo que puede sufrir un patrimonio, se encuentra el reaseguro porque en él si es posible calcular la indemnización máxima que el asegurador-reasegurado vendrá eventualmente obligado a pagar al asegurado con base en la suma asegurada del contrato de seguro concluido con el asegurado directo.

verso il proprio assicurato che può sorgere in conseguenza del verificarsi di rischi coperti con il contratto di assicurazione»<sup>172</sup>. Frente a ello, el Profesor BROSETA conceptualizó el interés reasegurado como «la relación del asegurador-reasegurado con su patrimonio, porque afirmar que el interés reasegurado recae sobre el bien que el asegurador-reasegurado sacrificará para hacer frente a su deuda es escoger un objeto mucho más indeterminado y genérico que el propio patrimonio»<sup>173</sup>. En cambio, DONATI rechazó que el interés sea un bien patrimonial amenazado por un riesgo, un valor de la cosa, una cosa en su valor subjetivo o una representación subjetiva y, señalando que el interés es un «*quid* positivo», definió al mismo como «un rapporto economico tra un soggetto e un bene» concibiéndolo consecuentemente de modo subjetivo<sup>174</sup>.

La dificultad se encuentra en individualizar el objeto del interés en los seguros contra el nacimiento de una deuda en general y en el contrato de reaseguro en particular. De hecho, hay autores que niegan que el interés pueda encontrar una aplicación en el seguro de responsabilidad civil o en el reaseguro<sup>175</sup>. Frente a ellos, DONATI recuerda que existen bienes (cosas materiales, créditos, etcétera....) y no bienes (deudas) y que el patrimonio está conformado por los activos (relaciones con los bienes) y por los pasivos (relaciones con los no bienes) pero concluye que si «il rapporto tra un soggetto e un bene può chiamarsi interesse, il rapporto tra un soggetto e un non bene non solo non può chiamarsi interesse, ma anzi è la sua negazione. E poichè il rapporto con un bene lo si vuole con l'assicurazione economicamente proteggere mediante sostituzione con equivalente e invece il rapporto con un non bene -quando è eventuale- lo si vuole combattere, l'oggetto della protezione assicurativa nel primo caso è il rapporto col bene, nel secondo caso sarebbe il non rapporto con il bene, ciò che significherebbe che la protezione assicurativa non avrebbe oggetto»<sup>176</sup>. La tesis de DONATI<sup>177</sup> tiene como fondo la consideración de que todo daño es siempre una lesión del interés y consecuentemente la definición de daño como «disminución de patrimonio». Esa «alteración en sentido negativo de la situación patrimonial» puede ir referida tanto al activo presente (daño emergente), futuro o previsto (lucro cesante) como al aumento del pasivo (necesidad de un gasto; surgimiento de una deuda). En éste último extremo se

---

<sup>172</sup> FERRARINI S. *Le assicurazioni...*, *op. cit.*, pp. 60-61 y SCALFI G., *Manuale...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>173</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 104 afirma también que esa relación del asegurador-reasegurado con su patrimonio tiene lugar con independencia de la modalidad que adopte el reaseguro y que el valor o límite del mismo será igual al de la parte de su patrimonio que sacrificará para indemnizar a su asegurado cuando se produzca el siniestro previsto en el seguro principal. En el mismo sentido, BRUNETTI A., «Riassicurazione, conto corrente e prescrizione», *Assicurazione*, 1938, Parte Seconda, p. 197 y GARRIGUES J., *Contrato...*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>174</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 319. El autor entendía que una concepción absolutamente objetiva del interés era una contradicción lógica con cualquier definición del mismo e incompatible con el concepto y la función del contrato de seguro.

<sup>175</sup> Entre otros, SCALFI G., *Manuale...*, *op. cit.*, pp. 25-26 defiende que el interés reasegurado no existe en el reaseguro y, considerando errónea la clasificación de seguro de patrimonio, justifica su posición sobre la idea de que falta una relación entre patrimonio y asegurado homologable a la relación entre cosa y persona ya que el interés no preexiste al propio contrato como aspecto del riesgo sino que hay solo un interés al resarcimiento del daño.

<sup>176</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, pp. 322-323. También en DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 199.

<sup>177</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, pp. 328 y ss.

encuentra nuestro punto de referencia principal porque, aunque la dificultad se sitúa en el daño consistente en el nacimiento de una deuda, no hay duda de que comportará el sacrificio de los bienes patrimoniales ante el evento dañoso. En particular, DONATI entiende que el asegurador-reasegurado «assicura un interesse diretto che ha per oggetto quel bene che egli dovrà sacrificare per dare soluzione al debito verso l'assicurato, interesse che è il riflesso di un interesse indiretto, che per effetto del contratto di prima assicurazione da lui concluso in veste di assicuratore, egli acquista al bene dell'assicurato sottoposto al rischio»<sup>178</sup>. Del mismo modo, SALANDRA define el interés reasegurado como el interés indirecto del asegurador-reasegurado sobre el mismo objeto que soporta el interés del seguro principal reasegurado y afirmó que la única diferencia entre ambos está representada por los distintos sujetos titulares del interés<sup>179</sup>. Entre la doctrina española, también BENÍTEZ<sup>180</sup>, URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO defienden que, en los seguros de patrimonio, en los que el riesgo consiste en la posibilidad de que nazca una deuda, «existirá, en cualquier caso, una relación económica indirecta del asegurado con la cosa o bien del tercero que al resultar dañado genera la deuda, o, por lo menos, es evidente que, a consecuencia de la responsabilidad contraída por el asegurado, siempre resultará expuesto al riesgo el interés directo de éste sobre la parte de su patrimonio que haya de ser sacrificada para saldar la deuda contraída con el tercero dañado»<sup>181</sup>. Esta teoría también se apoya sobre el hecho de que el reasegurador, al asumir una parte del riesgo, tomase también para sí una parte del mismo interés<sup>182</sup>. La única diferencia radicaría en que el titular del interés recaería sobre el asegurado en el seguro directo y sobre el asegurador-reasegurado en el reaseguro. La expresión «comunidad de intereses» no debe llevar a equívoco ni, mucho menos, a establecer paralelismos con otros elementos del contrato. Siendo el riesgo reasegurado totalmente distinto del riesgo asegurado, nos resulta difícil mantener que el reaseguro

---

<sup>178</sup> DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, *op. cit.*, p. 484.

<sup>179</sup> SALANDRA V., «I caratteri...», *op. cit.*, p. 322 afirma que «nulla esclude che questo interesse possa essere un interesse indiretto invece che diretto: un interesse che non era tale per l'assicuratore originario, ma che lo è diventato in forza del contratto di assicurazione da lui concluso».

<sup>180</sup> BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo...*, *op. cit.*, p. 14 admite también que el interés asegurable recaiga sobre un «interés directo o indirecto de una persona en la no realización de un riesgo, económicamente apreciable en dinero porque el interés asegurable es el valor pecuniario expuesto a la pérdida como consecuencia de un siniestro».

<sup>181</sup> URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 77...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 587. Más adelante (p. 643), los autores señalan también que se trata de un «interés que, a su vez, es reflejo del interés indirecto que cada asegurador tiene sobre los bienes de los asegurados expuestos al riesgo. El valor del interés coincide con el importe de la parte de esa deuda que haya sido reasegurada».

<sup>182</sup> MORAGLIA G. B., «Sulla natura giuridica della riassicurazione», *Rivista Diritto Commerciale*, 1925, Fascicolo 11-12, Parte Seconda, p. 654 considera que el interés es el mismo en el seguro y en el reaseguro; DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 204 contempla un interés indirecto; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 292-293 admite la posibilidad de configurar un reaseguro cuyo interés reasegurado coincida con el interés asegurado por la póliza original bajo la Sección 9 de la *Marine Insurance Act* y la Sentencia *High Court of Justice, Queens Bench Division* de 26 de junio de 2003 recaída en el caso *Feasy c. Sun Life Insurance of Canada* y referida precisamente al reaseguro marítimo. En el mismo sentido, VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 35 cuando afirma que existen «intereses coincidentes que pueden serlo por efecto de obligaciones primarias como es el caso de un reaseguro».



cubra el mismo interés que el seguro directo ya que ambos se encuentra en una correlación paralela.

Por otro lado, otro importante grupo de autores han defendido que, en los seguros contra el nacimiento de una deuda, el interés asegurado recae sobre el patrimonio del asegurado<sup>183</sup>. A través del reaseguro, el asegurador-reasegurado trata de tutelar sus recursos patrimoniales contra la posibilidad de que se vean disminuidos por la obligación contractual de indemnizar al asegurado directo cuando se verifica el siniestro. Así las cosas, el objeto asegurado es el patrimonio del asegurador-reasegurado y sobre él recae el interés reasegurado. No obstante, a esta teoría no le faltan críticas y, de entre todas ellas, la que se opone con mayor fuerza a la misma es la que duda de que sea posible referirse a un interés sobre la totalidad de un patrimonio, como interés distinto del que recae sobre cada uno de los elementos que lo forman. Coincidimos con GARCÍA-PITA en responder que ello supondría negar el propio concepto de patrimonio «porque si el interés es una mera relación económica, y no jurídica, no se ve motivo suficiente por el que no sea posible concebir un interés del reasegurado sobre su propio patrimonio, "in toto"»<sup>184</sup>. La cosa o el objeto del reaseguro está representado por el patrimonio del asegurador-reasegurado y la protección de éste es el objeto del interés.

Ante la dificultad de precisar la naturaleza de la relación entre una persona y un patrimonio, FERRARINI apunta que, desde el punto de vista asegurativo, dicha relación puede asimilarse a la de «signoria económica»<sup>185</sup> y que el valor del interés para el seguro de patrimonio viene dado por el valor del patrimonio.

Acaban de ser expuestas la teoría del interés indirecto y la teoría del patrimonio. Ambas son las principales construcciones sobre el interés en el reaseguro y dan buena prueba del carácter propio y particular del mismo. El asegurador-reasegurado tiene interés propio en preservar la indemnidad e integridad de su patrimonio y es ello lo que le lleva a contratar un reaseguro o, en otras palabras, a contratar un seguro que le brinde la seguridad y protección necesaria en caso de que el siniestro se materialice sobre sus

---

<sup>183</sup> BRUNETTI A., «Sulle dichiarazioni dell'assicuratore nella conclusione del contratto di riassicurazione», *Assicurazioni*, 1938, Parte Seconda, p. 197 expresa que, en el reaseguro, el siniestro golpea «l'interesse del riassicurato alla conservazione di quel patrimonio aziendale sul quale incombe il debito per l'indennità dovuta all'assicurato»; SOTGIA S., *Diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 1946, p. 203; BUTTARO L., *L'interesse...*, *op. cit.*, p. 50; BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 103-104 afirma que «el interés reasegurado recae siempre sobre el patrimonio del asegurador cualquiera que sea la forma que adopte el reaseguro»; BUTTARO L., «Riassicurazione», *op. cit.*, p. 383 señala que «nella riassicurazione si deve parlare di interesse assicurabile con riferimento al rapporto fra il primo assicuratore ed il suo patrimonio ed al fine della salvaguardia dello stesso»; PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, pp. 146-147 escribe que «l'interesse esprime un valore, ovvero un rapporto tra un soggetto ed un bene, per cui ad ogni variazione di un termine corrisponde la variazione dell'interesse: pertanto, ove si dovesse verificare l'evento riassicurato, il rapporto tra soggetto e bene riassicurato, e cioè il rapporto preesistente al verificarsi dell'evento dannoso»; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 166 señala que «se trata de hacer frente a la eventual disminución del patrimonio del reasegurado que se puede producir como consecuencia de la obligación de tener que satisfacer ciertas deudas que tendrán origen contractual»; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 305 afirma que «la cobertura proporcionada por el reaseguro ha de serlo, necesariamente, de la integridad patrimonial del reasegurado, por este motivo, el objeto de la relación de cobertura es -y únicamente puede ser- el interés sobre el patrimonio del asegurador directo-reasegurado».

<sup>184</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 305. En el mismo sentido, ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, p. 167.

<sup>185</sup> FERRARINI S., «L'interesse...», *op. cit.*, pp. 640-641.

activos. En definitiva, interés a no sufrir las consecuencias de un siniestro y experimentar una pérdida en su patrimonio.

Defendemos que concurren dos riesgos diferentes y dos intereses igualmente diversos. En el caso del interés, mantenemos que aunque ambos no recaen sobre los mismos sujetos si coinciden en el tiempo y en el contenido: interés a no experimentar un daño y sufrir una disminución patrimonial. En el reaseguro, es la eventual deuda del asegurador-reasegurado la que provoca un potencial daño en su patrimonio y de ello se deriva su pretensión de mantener indemne los recursos activos de su propiedad. En el reaseguro, el interés consiste en la intención del asegurador-reasegurado de evitar un deterioro patrimonial pero no solo eso. La motivación causal por la que al asegurador-reasegurado «inmuniza» la integridad de su patrimonio de cara al futuro también encuentra su explicación en la decisión propia de continuar llevando a cabo la actividad aseguradora. Las normativas nacionales (deudoras de la política europea común en este asunto) imponen requisitos de solvencia a las entidades que operen en el mercado del riesgo por lo que una merma de sus recursos económicos a consecuencia de un siniestro nos parece insuficiente. La voluntad de ejercicio continuado como actor en el mercado del riesgo respalda, junto con la de evitar un detrimento patrimonial (interés economicista), el *animus* de la entidad aseguradora que contrata un reaseguro (interés extrapatrimonial). La especial relación entre el sujeto y la cosa se predica aquí respecto de la empresa también. Si la empresa no opera funcionalmente, no tiene razón de ser. El reaseguro es más que un contrato de resarcimiento y cumple funciones que sobrepasan la de garantía en la reparación del daño.

Desde los orígenes del seguro marítimo, el contrato viene desarrollando una función de indemnización consistente en proporcionar al asegurado un reparo económico a consecuencia de la «sfortune di mare»<sup>186</sup>. De la regulación sobre el interés contenida en los preceptos vigentes (Artículos 408 y 411 LNM, Artículo 25 LCS o Artículo 1174 Codice Civile) del ordenamiento jurídico español e italiano, se infiere un significado manifiestamente económico del mismo. La doctrina coincide en señalar que el valor del interés reasegurado será el mismo que el valor de la suma asegurada del seguro originario<sup>187</sup>. EHRREBERG defendió que el interés es un concepto puramente económico y no jurídico porque una relación jurídica entre una persona y un objeto no es necesaria y nunca es suficiente en sí misma para crear el interés de esa persona en los objetos<sup>188</sup>. A este autor se debe la profundización en el análisis del interés como concepto técnico así como el inicio de la teoría del valor económico y de la teoría de la relación económica de un bien con el asegurado. En el mismo sentido se pronunciaron BRUNETTI (quien defendió que el interés hace referencia a una necesidad de tutela económica en presencia de un estado de necesidad y tiene necesariamente que estar objetivado en el sentido de que tiene que ser de la misma naturaleza que el daño que se

---

<sup>186</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 312.

<sup>187</sup> EHRREBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, 1941, p. 168; DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, *op. cit.*, p. 486. y BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>188</sup> EHRREBERG V., *Versicherungsrecht*, *op. cit.*, p. 9 afirma «*interesse ist ein rein wirtschaftlicher, kein rechtsbegriff. Eine rechtliche beziehung einer person zu einem objekt ist nicht erforderlich und genügt für sich allein niemals, um ein interesse dieser person an diesem objkte herzustellen*».

pretende evitar<sup>189</sup>), MÖLLER (quien sostuvo que el concepto de interés era un concepto económico y no jurídico-formal<sup>190</sup>) y GARRIGUES (quien consideró al interés como fundamento extrajurídico y defendió el significado económico que tenía para el Derecho<sup>191</sup>), entre otros muchos. En cambio, defendemos que el contratante debe estar interesado económicamente pero no solo eso y coincidimos con VEIGA en señalar que el interés «debe y tiene una fuerza expansiva, proyectándose a través de una tríada de elementos jurídicos, económicos y extrapatrimoniales sin que, en definitiva, se ancle en uno solo»<sup>192</sup>. Si se destruye la relación existente entre la persona y la cosa (interés), el asegurador o el reasegurador estarán obligados a compensar el daño, es decir, a prestar el equivalente. Es precisamente el carácter económico que media entre el asegurador-reasegurado y su patrimonio lo que convierte en más sencilla la construcción del interés reasegurado frente a otras tipologías de seguros (*v.gr.* seguro de vida).

Al afirmar que el asegurador-reasegurado «tiene interés» queremos significar que toma parte en las eventuales consecuencias económicas del contrato que ha celebrado con anterioridad y que quiere conservar la situación económica patrimonial en la que se encuentra. El motivo por el que se reasegura es el interés personal en que el riesgo de nacimiento de una deuda no se verifique pero el asegurador-reasegurado también tiene un interés propio en respetar sus planes y capacidad y, de esta forma, cumplir con la técnica aseguradora que permite la homogeneización de los riesgos y la operatividad del mercado. En el reaseguro marítimo, el interés existe desde que se celebra el seguro para la navegación marítima y se verá «golpeado» cuando el riesgo se materialice en un daño (sustracción de un activo de un patrimonio) y merme la relación del asegurador-reasegurado con su patrimonio.

El reaseguro marítimo es una modalidad que se caracteriza por el interés y por el riesgo cubierto. «La maritimidad del riesgo determina la maritimidad del interés asegurable»<sup>193</sup> por lo que la problemática se circunscribe a la conexión (mínima) entre la maritimidad -como factor caracterizante- y el interés y riesgo del reaseguro. Tanto el asegurador-reasegurado como el reasegurador no personifican a ningún sujeto de la navegación marítima (*v.gr.* armador, naviero, administrador del condominio naval, capitán, fletador del buque, remolcador, destinatario legítimo de las mercancías, etcétera) sino que, por el contrario, revisten necesariamente una cualidad técnica y profesional referida, respectivamente, a la actividad aseguradora y reaseguradora. El Profesor GARCÍA-PITA señala que el factor de acotación de la maritimidad del reaseguro se encuentra en su objeto y distingue entre el objeto del contrato de reaseguro y el objeto de la relación de cobertura para afirmar que existe un interés reasegurable directo (interés del asegurador-reasegurado en mantener la integridad de su patrimonio) y un interés indirecto (referido a los bienes y derechos que fueron objeto de la cobertura

---

<sup>189</sup> BRUNETTI A., «La teoría...», *op. cit.*, pp. 433-434.

<sup>190</sup> MÖLLER H., «Considerazioni...», *op. cit.*, p. 137.

<sup>191</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee...», *op. cit.*, pp. 324-325. Además, ve en ello la justificación de que en las Leyes no se incluya una definición de interés.

<sup>192</sup> VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 60. Para el autor, el interés es vínculo entre una persona y un bien y valor.

<sup>193</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 281.

en el nivel del aseguramiento directo)<sup>194</sup>. La fórmula abierta contenida en la última letra del Artículo 409 LNM y una interpretación amplia del mismo constituiría el fundamento o la base para el reconocimiento de la figura del reaseguro marítimo como contrato sometido al Derecho del seguro marítimo<sup>195</sup>.

## 5.2 Los requisitos del interés

El interés resulta determinante en cualquier contrato de seguro y en el reaseguro porque es la relación que media entre el asegurado o asegurador-reasegurado y su patrimonio la que permite asegurar el riesgo. Sin interés, no puede existir el seguro; sin dicha relación, no puede haber lugar al reaseguro. El interés se convierte también en un elemento esencial del contrato porque lo mantiene vivo. Ni el contrato de seguro ni el de reaseguro serán válidos si no existe interés, en ambos la presencia del interés deviene indispensable.

Tanto el Artículo 408 LNM y el Artículo 25 LCS como el Artículo 1904 Codice Civile sancionan con la nulidad la inexistencia del interés en el contrato de seguro. De igual modo la jurisprudencia ha confirmado la sanción de nulidad en los seguros contra daños en los que no existe el interés o, existiendo al inicio, ha desaparecido. En este sentido, pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2006 y de 31 de diciembre de 1996, y las Sentenze di Corte di Cassazione 17 giugno 2013, numero 15107, y 13 marzo 2013, numero 6293.

El interés es objeto, presupuesto y condición de validez del contrato. La presencia del interés en el contrato de seguro es necesaria pero, ¿cuáles son los requisitos que debe reunir el interés para ser considerado como tal? El Profesor BRUNETTI reclamó que el interés tuviese un contenido económico (las prestaciones de ambas partes tienen que tener la misma naturaleza), que fuese objetivado (en el sentido de que tiene que ser de la misma naturaleza que el daño que se pretende evitar) y ligado a una cosa específica<sup>196</sup>. En otro lugar hemos advertido de la consecuencia de que el reaseguro sea nulo por falta de un interés en el contrato de seguro marítimo. Así las cosas, ¿es bastante la sujeción al riesgo de la navegación marítima para que el interés pueda ser objeto del contrato? En atención al carácter esencial del interés y en aras de la plena validez y perfección del seguro marítimo, conviene conocer si existen además otras exigencias. El Profesor ARROYO sintetiza y establece cuatro requisitos para que un determinado interés pueda ser objeto de seguro marítimo<sup>197</sup>:

i) Un interés amenazado realmente por un riesgo de la navegación marítima. La relación de la persona con la cosa tiene que encontrarse sometida a un riesgo marítimo. Al momento de celebrar el contrato es suficiente tener una «razonable expectativa»<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>195</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 282 no lo hace directamente al precepto señalado sino que se refiere al Artículo 438 del texto proyectado y que finalmente ha sido aprobado con el mismo contenido y lo justifica porque «el asegurador directo posee, a su vez, un interés propio -interés reasegurado- que, en cierta medida, recae sobre el interés del asegurado directo mismo».

<sup>196</sup> BRUNETTI A., «La teoría...», *op. cit.*, pp. 433-434.

<sup>197</sup> ARROYO I., *Curso...*, *op. cit.*, pp. 820-821.

<sup>198</sup> ANSIETA NUÑEZ A., *Introducción al seguro marítimo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, p. 18.

de que dicho interés tendrá lugar al menos en el momento de ocurrir el accidente excepto en Italia. En este ámbito de la navegación es frecuente estipular el seguro marítimo en condiciones de «interés presunto», es decir, presumiendo en favor del asegurado la existencia del interés y la validez del contrato, y reconociendo al asegurador la facultad de destrucción de dicho hecho cierto mediante la prueba de la inexistencia de la relación económica entre la persona (asegurado) y la cosa (objeto asegurado). Los elementos singulares que constituyen el interés pueden estar indeterminados en el momento de la conclusión del contrato. Tanto el apartado primero del Artículo 408 LNM y el apartado primero del Artículo 1271 Código Civil como el apartado segundo del Artículo 1905 y el apartado cuarto del Artículo 1908 Codice Civile admiten el interés asegurable respecto de bienes futuros. No obstante, también existen «pólizas de honor» (constitutivas de prueba del interés) para aquellos casos en los que, existiendo un interés asegurable, resulta muy difícil demostrarlo (*v.gr.* supuesto de aumento del valor de la carga con posterioridad al seguro)<sup>199</sup>.

ii) Un interés lícito. La Ley prohíbe, con carácter general, los contratos con causa u objeto ilícito. Tiene que tratarse de un interés que el ordenamiento jurídico español o italiano reconozca merecedor de tutela jurídica y, por tanto, un interés en una relación puramente de hecho con el bien en cuestión no puede ser asegurado. En virtud del Artículo 1271 Código Civil y de los Artículos 1322 y 1418 Codice Civile, el objeto del contrato no puede ser contrario a las buenas costumbres o a las leyes. Los intereses opuestos a la Ley, a la moral o al orden público no podrán ser asegurables, conforme al Artículo 1255 Código Civil. Tampoco podrán serlo los que sean contrarios a «norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume», según el Artículo 1343 Codice Civile. En consecuencia, el interés tiene que ser lícito en cualquier contrato de seguro y de reaseguro tanto en el Derecho positivo español como en el italiano. Siendo el interés un requisito del contrato exigido por el Artículo 1325 Codice Civile, el Artículo 1418 Codice Civile declara la nulidad del contrato cuando éste sea contrario a normas imperativas y, en especial, cuando faltan uno o varios de los requisitos generales que reclama el citado Artículo 1325 (acuerdo de las partes, objeto, causa y, en caso de que resulte prescrito, forma).

---

<sup>199</sup> DEL CAÑO ESCUDERO F., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 430. VEIGA COPO A. B., *El interés...*, *op. cit.*, p. 153 se refiere a las «cláusulas *Policy Proof Interest*» como ejemplo que permite esa presunción de interés, si bien cabe prueba en contrario. PAVLIHA M. and PADOVAN A. V., «The law of marine insurance», ATTARD D. J. (Dir.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, Volume II, Shipping Law, International Maritime Organization, Ed. Oxford University Press, United Kingdom, 2016, p. 604 señala que, en éstas cláusulas «*policy proof of interest*», «*the policyholder would be allowed to claim and receive insurance proceeds without having to prove his insurable interest. This could lead to the possibility of a person who is not affected by the occurrence of an insured event (...) receives a payment from the insurer. This would be in direct conflict with the basic principle that the contract of marine insurance is a contract of indemnity*». KEETON R. E., WIDISS A. I., y FISCHER J. M., *Insurance Law. A guide to fundamental principles, legal doctrines, and commercial practices*, Ed. Hornbook Series, Minnesota, 2017, p. 126 señalan que esta cláusula específica (también denominada «*honor policy*») se emite cuando el asegurado no tiene un interés asegurable ni una expectativa de adquirir el mismo proporcionando una oportunidad de apuesta. En el mismo sentido, KUCHHAL M. C. y KUCHHAL V., *Mercantile Law*, Ed. Vikas, New Delhi, 2013, p. 568.

iii) Un interés económico. La relación entre el sujeto y el bien tiene que ser susceptible de valoración económica y, de esta manera, abarcar un espectro más amplio de los tradicionales bienes o cosas sobre las que recae el seguro marítimo (v.gr. seguros de protección e indemnización o seguro de responsabilidad civil del naviero).

La doctrina<sup>200</sup> coincide en reclamar un carácter patrimonial del interés. Entre los autores que se refirieron a este aspecto, DONATI defendió que la naturaleza económica del interés es necesaria (tiene que acompañarse siempre de un aspecto patrimonial, la naturaleza moral no es bastante) y suficiente (no es necesario que el tenga un carácter jurídico)<sup>201</sup>. También URÍA entendía que «el interés solo puede ser asegurado en cuanto representa para el sujeto un valor económico patrimonial. Los intereses de valor puramente ideal no pueden ser objeto del seguro. El valor económico de la relación de interés representa el importe máximo que el asegurador, en los límites del contrato, se obliga a indemnizar en caso de siniestro»<sup>202</sup>.

En Italia, el Artículo 1174 Codice Civile se refiere a la susceptibilidad de valoración económica del interés pero el citado precepto también admite que la prestación sea también «non patrimoniale» y la jurisprudencia italiana entiende que, a efectos de la validez del seguro contra daños, el interés exigido por el Artículo 1904 Codice Civile «è ravvisabile non solo in relazione al diritto di proprietà o ad altro diritto reale sulla cosa assicurata ma anche in relazione a qualsiasi ulteriore rapporto economico-giuridico in base al quale il titolare di esso sia tenuto a sopportare il danno patrimoniale derivante da un evento dannoso collegabile alla cosa assicurata», así se pronunciaron -entre otras- la Sentenza Corte di Cassazione 30 maggio 1981, numero 3541; la Sentenza Corte di Cassazione 12 maggio 2005, numero 10023; y la Sentenza Corte di Cassazione 22 dicembre 2011, numero 28284.

En la disciplina asegurativa, el daño se identifica con la sustracción de un activo de un patrimonio. No es posible concebir un daño sin que se vea afectado también un interés económico. Cualquier daño concreto siempre va ligado a una persona y por eso la doctrina reconoce un carácter subjetivo al interés porque se asegura el interés ligado a una determinada persona y no el que pueda representar en sí un determinado buque, una determinada carga... El interés constituye el contenido económico del Derecho subjetivo<sup>203</sup>. Lo anterior también plantea problemas desde el punto de vista de la valoración y, en particular, del resarcimiento objetivo. Fue la concepción que atribuyó al interés el valor de la cosa como objeto del seguro la que propició la introducción del elemento subjetivo.

---

<sup>200</sup> BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo...*, *op. cit.*, p. 12; FERRARINI S., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 627; URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 77...», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 588; PULIDO BEGINES J. L., *Curso...*, *op. cit.*, p. 480.

<sup>201</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 382. También en DONATI A., *Trattato...*, Volume Secondo, *op. cit.*, p. 194.

<sup>202</sup> URÍA R., *El Seguro...*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>203</sup> GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee...», *op. cit.*, p. 328. También LASHERAS-SANZ A., «La adhesión al seguro», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLIV, 1960, p. 657 atribuye el elemento objetivo del seguro a la existencia del riesgo que amenaza a la persona o cosa que constituye el sujeto del seguro y el elemento subjetivo al grado de apreciación que la persona que en esencia tiene interés legítimo en la cobertura de los efectos de dicho riesgo hace de tal amenaza.

iv) Un interés existente. El seguro marítimo no puede contratarse sobre intereses inexistentes o sobre intereses valorados con una intención fraudulenta. En España, el Artículo 1272 Código Civil requiere que el objeto del contrato sea posible y, en Italia, el Artículo 1346 Codice Civile señala que el objeto del contrato tiene que ser «possibile, lecito, determinato o determinabile» y DONATI argüía que el interés, además de existir, tenía que encontrarse expuesto al riesgo para ser asegurable de la misma manera que el riesgo no puede ser asegurado si no hay un interés<sup>204</sup>.

Enunciadas las circunstancias necesarias para que un interés pueda ser objeto de un contrato de seguro marítimo, corresponde ahora precisar aquellos requisitos imprescindibles que deben concurrir para que pueda existir válidamente un interés reasegurable. Apreciamos un interés asegurable propio y particular en el contrato de reaseguro marítimo y siguiendo a DONATI -quien sostiene que los elementos constitutivos del interés son el objeto, el sujeto y la relación<sup>205</sup>- damos continuación al estudio de las restantes condiciones que debe formar el interés reasegurable.

En primer lugar, tienen que reunirse necesariamente las condiciones para formar un interés asegurable en el contrato de seguro marítimo. Es necesario que el objeto del reaseguro sea un interés cubierto previamente por una garantía aseguradora. La celebración de un seguro de la navegación válido es imprescindible para que pueda existir un interés asegurable en el contrato de reaseguro. La unión de las circunstancias materiales que conforman el interés en todo contrato de seguro y de las circunstancias que determinan la maritimidad del mismo viene también exigida por la remisión indirecta del interés reasegurable al interés del contrato que constituye su propio presupuesto. Además, el asegurador-reasegurado aun después de haberse proporcionado así mismo una cobertura aseguradora tiene que seguir teniendo un interés en que el siniestro no se verifique bajo la máxima de que ninguno puede ser asegurado si no tiene un interés concreto en la conservación de la *res* (cosa) y bajo nuestra opinión de que debe conservar una cuota (interés) del riesgo asumido por él.

En lo que respecta al objeto, el patrimonio del asegurador-reasegurado y la protección de éste representa el objeto del interés en el reaseguro. La materialización del evento dañoso y el nacimiento de la obligación indemnizatoria conllevará el sacrificio de los bienes para pagar la deuda y de ahí el interés en no sufrir las consecuencias de un siniestro y experimentar una pérdida patrimonial. El asegurador-reasegurado preserva la integridad de sus recursos económicos propios a través del reaseguro. El objeto asegurado es el patrimonio del asegurador-reasegurado y sobre él recae el interés reasegurado. La transferencia del riesgo mantiene un patrimonio determinado o evita una pérdida irrecuperable.

En cuanto al sujeto del interés reasegurable, indicamos que tendrá que existir necesariamente una persona que pueda verse afectada por el siniestro y que recaerá siempre en el asegurador-reasegurado. Frente a la pluralidad de sujetos sobre los que

---

<sup>204</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 319.

<sup>205</sup> DONATI A., «L'interesse...», *op. cit.*, p. 311.

puede recaer el titular del interés en el seguro marítimo (*v.gr.* naviero, armador, propietarios de los buques, cargadores, destinatarios de la mercancía, acreedor hipotecario...etcétera), el asegurador-reasegurado siempre ostentará la condición de titular del interés objeto del reaseguro sin que quepa la participación de ninguna otra persona dada las limitaciones impuestas por la leyes en el acceso al reaseguro. La citada entidad solamente podrá sufrir el daño que un riesgo puede originar sobre la relación entre ella y su patrimonio. Al igual que sucede en el seguro marítimo, en el reaseguro se incluirá una descripción del titular del interés reasegurado.

En lo que se refiere a la relación, dejamos indicado que la misma tiene que ser de cautela y debe tener principalmente una naturaleza de contenido económico entre el asegurador-reasegurado y su patrimonio propio (objeto asegurado). Ninguna empresa quiere padecer una minusvaloración en su posición o situación económica. En el reaseguro, el interés consiste en la aversión al riesgo, en la voluntad del asegurador-reasegurado de no experimentar un daño y en la elección de prevenir una posible disminución patrimonial. De llegar a producirse un daño o perjuicio como consecuencia de un evento o suceso determinado, la pérdida deberá ser susceptible de valoración pecuniaria. Sin un carácter económico de la relación entre el asegurador-reasegurado y su patrimonio, no se podrán reparar los eventuales efectos dañosos y las consecuencias negativas que los mismos pudiesen tener lugar. La función de indemnización y de reparación que viene desarrollando el seguro y el reaseguro se apoya obligatoriamente en cálculos numéricos y magnitudes económicas. En definitiva, un específico interés económico en la conservación de un patrimonio y en la no disminución de sus activos; interés propio en preservar la indemnidad e integridad de patrimonio frente al riesgo de que se produzca finalmente un perjuicio económico.

En último lugar dejamos señalado que el interés o la relación asegurada deberá ser descrita y delimitada tanto en la póliza de seguro como en la de reaseguro marítimo y no solamente justificará la propia existencia de ambos contratos sino que también se convertirán en un recurso que permita, una vez acaecido el siniestro, determinar la exigibilidad de la indemnización y el importe de la misma.

## **6. Indemnización**

Junto a la empresa aseguradora, al riesgo y a la prima como elementos esenciales y comunes a cualquier contrato de seguro, SCALFI añade la prestación del asegurador para conformar una estructura común e idónea que englobe -partiendo de la afirmación que el contrato típico de seguro no existe- todas las tipologías de seguros, cada uno de ellos con riesgos diferentes pero de los que se puede deducir una causa concreta particular: la garantía de una indemnización por parte del asegurador<sup>206</sup>.

Desde el nacimiento del contrato y hasta su extinción, la obligación primordial del reasegurador tiene por objeto la tutela del interés amenazado por el riesgo salvo que se produzca el siniestro. La realización del evento cubierto por el reaseguro marítimo conlleva una nueva obligación principal y esencial para el reasegurador consistente en

---

<sup>206</sup> SCALFI G., «Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?», *Assicurazioni*, 1995, Anno LXII, Parte Prima, p. 147-148.



indemnizar, en los términos estipulados en la póliza, el daño que sobrevenga en el patrimonio del asegurador-reasegurado con ocasión de la obligación contractual de éste último de abonar a un tercero una compensación económica procedente de la verificación de un riesgo de la navegación marítima. Tal y como quedó señalado en un epígrafe anterior, la primera obligación del reasegurador es la prestación de la garantía y el pago de la indemnización no deja de formar parte de la misma porque «la responsabilità che prima era in potenza si traduce in atto»<sup>207</sup>.

El carácter oneroso de los contratos de seguro y reaseguro marítimo implica que la indemnización sea, junto con la prima, la parte integrante del objeto del contrato por su condición de elemento objetivo-real de las prestaciones recíprocas prometidas por las partes<sup>208</sup>. Sin embargo, la prestación de la indemnización se encuentra condicionada. La obligación del reasegurador no solo está subordinada al hecho de que se verifique el siniestro previsto en el contrato de seguro marítimo sino también a las circunstancias de que el asegurador-reasegurado esté obligado a indemnizar el daño en los términos recogidos en el seguro marítimo y de que se haya causado un daño patrimonial concreto. Los presupuestos necesarios para el nacimiento de esta obligación de indemnización son: i) la declaración de siniestro en el seguro marítimo, ii) la existencia de un daño (deuda) al interés reasegurado y iii) la necesaria relación de causalidad entre el riesgo reasegurado y el siniestro causante del daño. La prueba de la existencia y del alcance del daño corresponde al asegurador-reasegurado.

Respecto a la cuantía de la indemnización que debe desembolsar la entidad reaseguradora, la regla general consiste en atender a los términos fijados en la póliza. Frente a la dificultad que conlleva la determinación del importe o cuantía económica de la indemnización en la gran mayoría de seguros, en el contrato de reaseguro la cuantía económica que será objeto de resarcimiento por parte del reasegurador vendrá concretada por el importe que el asegurador-reasegurado haya abonado previamente al asegurado. Al tratarse de un seguro contra daños, se aplicarán las mismas normas que rigen la liquidación del siniestro en el cálculo de la indemnización y el pago de ésta equivaldrá a la liquidación.

La indemnización revestirá necesariamente un carácter metálico dado que el asegurador-reasegurado, al estipular el reaseguro, busca protegerse de un eventual daño concreto: el nacimiento de una deuda en su patrimonio, por lo que la naturaleza y el carácter económico de la deuda comporta también la de la compensación. Serán muy infrecuentes los supuestos en los que los contratantes, recurriendo a la libre autonomía de la voluntad y al carácter dispositivo de la Ley, consientan otro extremo al respecto. En cambio, si observamos una necesidad de acuerdo preciso entre las partes acerca de la forma en que se tramitará esa indemnización (*v.gr.* transferencia bancaria, cuenta corriente mercantil...etcétera) y de los restantes extremos (*v.gr.* unidad monetaria) sobre la operatividad liquidacional. La indemnización del reasegurador devengará exigible desde el mismo momento en que la deuda se haya cuantificado de forma definitiva.

---

<sup>207</sup> BRUNETTI A., «La teoría...», *op. cit.*, p. 446.

<sup>208</sup> BROSETA PONT M., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 112-113 y GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, p. 338.

En el seguro y en el reaseguro marítimo, la liquidación del daño puede llevarse a cabo mediante resolución judicial, laudo arbitral o convenio entre las partes. En virtud del derecho de gestión del asegurador-reasegurado, éste ejercerá las facultades que le correspondan en su relación con su asegurado (*v.gr.* examen del siniestro, valoración de la responsabilidad del asegurado, nombramiento de letrados y peritos, determinación de la cuantía del daño o liquidación del siniestro) sin limitación de ningún tipo, ni legitimación conjunta, ni subordinación de ninguna especie<sup>209</sup> así como la defensa (independiente, diligente y prudente) de un interés común frente al asegurado sin necesidad de justificar la conveniencia de sus actos ante el reasegurador<sup>210</sup>. El asegurador-reasegurado actuará en nombre propio pero en interés también del reasegurador y lo hará siempre en virtud de la costumbre y no necesariamente de un acuerdo específico. No podrá efectuarse injerencia de ningún tipo y las decisiones que tome el asegurador-reasegurado serán libres pero tendrán que estar inspiradas en la máxima buena fe en todo momento y en el parámetro de honestidad y equidad que deben presidir la actuación de un diligente empresario.

Atendiendo a un plano contractual, dejamos señalado que existen cláusulas que confieren al asegurador-reasegurado la facultad de solicitar la asistencia técnica del reasegurador en el ajuste y liquidación del siniestro asegurado así como cláusulas en las que el asegurador-reasegurado queda obligado a consultar al reasegurador sobre el proceso de ajuste y liquidación del siniestro directo antes de concluirlo con el asegurado. Igualmente existen cláusulas que desplazan completamente el poder de control sobre la liquidación de los siniestros directos del asegurador-reasegurado al reasegurador y le atribuyen a éste último la facultad de decidir la aceptación o rechazo del siniestro directo. Respecto a ambas tipologías de cláusulas y al efecto que conllevan sobre la naturaleza jurídica del reaseguro, remitimos a lo expresado con anterioridad.

En el seguro marítimo, la liquidación del siniestro puede operar a través de una doble vía: la acción de avería o la acción de abandono. Siempre que se den las circunstancias necesarias para poder elegir entre ambos sistemas, la facultad de elección corresponderá al asegurado sin que el asegurador pueda imponer alguno de ellos.

La acción de avería reviste un carácter general dada su presencia en la mayoría de supuestos. Tiene como objetivo resarcir, a través de un procedimiento de reclamación, el daño total o parcial ocasionado en el objeto asegurado -y, ahora, lesionado- una vez determinada con exactitud su cuantía.

A diferencia de la anterior, la acción de abandono se caracteriza por un rasgo más particular ya que opera únicamente en siniestros que revisten una complejidad mayor. El abandono es un procedimiento de liquidación especial, excepcional<sup>211</sup> y

---

<sup>209</sup> FELIX MORANDI J. C., «El principio...», *op. cit.*, p. 417 señala que el pacto de confianza entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador no puede servir para romper las relaciones externas.

<sup>210</sup> MAINARDI R., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 234 señala el principio fundamental de que el reasegurador está «en manos» del asegurador-reasegurado.

<sup>211</sup> GRIGOLI M., «Sulla validità della dichiarazione di abbandono delle merci dell'assicuratore», Nota a Cass. sez. III civ. 7 settembre 1998, n. 8848», *Giustizia civile*, 1999, fasc. 6, pt. 1, p. 1767.

característico<sup>212</sup> del seguro marítimo en el que el asegurado puede cobrar la totalidad del importe de la indemnización fijada en la póliza en un periodo de tiempo relativamente breve pues se evitan los procedimientos de comprobación del daño por parte del asegurador. De entre las definiciones clásicas dictadas sobre el abandono recogemos la que entiende por tal «la dejación que el asegurado hace al asegurador de lo que resta de las cosas aseguradas y de todos los derechos que tiene respecto de ellas, con la carga de pagar la suma asegurada en su totalidad en el plazo, lugar y forma correspondientes»<sup>213</sup>. La doctrina siempre ha discutido si se trataba de una acción excepcional o de un negocio unilateral. En virtud del principio de indivisibilidad, el Artículo 435 LNM no permite que el abandono sea parcial ni condicionado y obliga a que esta acción comprenda la totalidad de las cosas aseguradas. En Italia, el Artículo 545 Codice Navigazione igualmente exige que el abandono sea realizado sin condiciones y comprendiendo la totalidad de los objetos que se encuentren expuestos al riesgo. Sin embargo, el Código italiano admite un abandono limitado siempre que el seguro no cubra la totalidad del valor asegurable. El asegurado podrá ejercer concretamente el derecho de abandono en cualesquiera de las siguientes situaciones:

i) Pérdida total del buque o de la nave, apartado a) del Artículo 449 LNM y apartado a) del Artículo 540 Codice Navigazione.

ii) Inhabilitación definitiva para navegar o imposibilidad de reparar el buque o de la nave, apartado b) del Artículo 449 LNM y apartado a) del Artículo 540 Codice Navigazione.

iii) Pérdida constructiva o económica del buque o de la nave. En España, el apartado c) del Artículo 449 LNM contempla la pérdida total y señala que ésta tiene lugar cuando el importe de las reparaciones (incrementado con las contribuciones a cargo del buque en la avería gruesa o en el salvamento) alcanza el valor de la suma asegurada de la póliza. En cambio, el apartado c) del Artículo 540 Codice Navigazione exige que el coste total de la reparación de los daños alcancen las tres cuartas partes de su valor asegurable para la declaración de la pérdida total constructiva.

iv) Pérdida del buque o de la nave por falta de noticias. El apartado d) del Artículo 449 LNM señala un plazo de noventa días contados a partir del último día en que se recibieron las últimas comunicaciones mientras que el apartado b) del Artículo 540 Codice Navigazione no señala término alguno.

v) Pérdida total de las mercancías, apartado a) del Artículo 461 LNM y apartado a) del Artículo 541 Codice Navigazione.

vi) Averías. El apartado b) del Artículo 461 LNM señala que el importe de las averías más el costo de reacondicionamiento y reexpedición a destino tiene que alcanzar

---

<sup>212</sup> DONATI A., «Assicurazioni...», *op. cit.*, p. 479. HERNÁNDEZ MARTÍ J., «El abandono del buque a los aseguradores», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 81, Núm. 1, 1982, p. 60 califica la facultad de abandono como un «medio de tutela extraordinaria del asegurado» en el contrato de seguro marítimo.

<sup>213</sup> GÓMEZ DE LA SERNA P. y REUS Y GARCÍA J., *Código de Comercio concordado y anotado*, Impr. J. Morales, Madrid, 1859, p. 261. En la literatura italiana, BRUNETTI A., *Derecho marítimo privado italiano*, versión española anotada por GAY DE MONTELLÁ R., Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950, p. 381, define el abandono como «el acto de enajenación por parte del asegurado a favor del asegurador, mediante la renuncia de la cosa asegurada, que se convierte en irrevocable en el acto de la aceptación o de la convalidación judicial».

el valor de las mercancías establecido en la póliza. A efectos de ese cálculo se tienen en cuenta el importe de las reparaciones, las contribuciones a cargo de la mercancía en la avería gruesa o en el salvamento. El apartado d) del Artículo 541 Codice Navigazione exige que los daños debidos al deterioro o a la pérdida de cantidad excedan de las tres cuartas partes del valor asegurable, con independencia de cualquier gasto.

vii) Pérdida del buque porteador o de la nave portadora, apartado c) del Artículo 461 LNM y apartado b) del Artículo 541 Codice Navigazione.

viii) Pérdida o innavegabilidad sobrevenida al buque o a la nave durante el viaje. El apartado d) del Artículo 461 LNM precisa que este supuesto tiene lugar si las mercancías no han podido ser reexpedidas a destino en el plazo de noventa días o en el que fije la póliza, contado desde la pérdida o la innavegabilidad. El apartado c) del Artículo 541 Codice Navigazione exige el transcurso de tres meses desde la fecha de la pérdida o innavegabilidad de la nave, si se tratan de mercancías perecederas; y seis meses en el caso de las mercancías no perecederas sin que las mismas hayan sido recuperadas y embarcadas para la continuación del viaje.

xix) Pérdida total flete, apartado a) del Artículo 542 Codice Navigazione.

x) Pérdida del flete ocasionada por la pérdida de la nave, apartado b) del Artículo 542 Codice Navigazione.

Dentro de los noventa días siguientes desde que cualquiera de las situaciones anteriormente descritas hagan acto de presencia en la realidad, el asegurado deberá declarar por escrito el abandono a la entidad aseguradora (Artículo 450 LNM), salvo que se trate del abandono de las mercancías en cuyo caso la declaración escrita de abandono se realizará dentro de los sesenta días (Artículo 462 LNM). Transcurridos los noventa días (o ciento ochenta en el caso de pérdida del buque por falta de noticias) desde la fecha del siniestro, el asegurado sólo podrá reclamar la indemnización mediante la acción de avería. El Codice Navigazione también impone al asegurado (o agente autorizado) la obligación de notificar por escrito, en los plazos señalados en el Artículo 543, el acto de abandono al asegurador tanto en los supuestos de pérdida total constructiva o efectiva y, tratándose de un seguro marítimo de

En Italia, la declaración deberá hacerse por escrito a la aseguradora en el plazo de dos meses o, si el accidente tuvo lugar fuera de Europa o de los países mediterráneos, en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha del accidente o de la fecha en que el asegurado demuestre haber tenido noticia (Artículo 543 Codice Navigazione). En caso de presunción de pérdida, el período es de dos meses y comienza a partir del día en que la nave fue eliminada del registro. Desde el mismo momento en que dicho abandono se pone en conocimiento del asegurador, éste queda obligado al pago del importe máximo de la indemnización estipulado en la póliza de seguros.

Una cuestión que puede plantearse y que puede llegar a ser digna de interés a la par que problemática es la de si al asegurador-reasegurado le compete el derecho de abandono frente al reasegurador. La doctrina no se muestra terminantemente unánime en la respuesta y son varias las posturas que defienden su admisibilidad<sup>214</sup> y su

---

<sup>214</sup> LUZZATI A., *Il contratto di assicurazione marittima e la liquidazione per abbandono nella legge e nelle polizze*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1912, p. 349 y ss.; BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo... op. cit.*, p. 574 admiten, pese a

negación<sup>215</sup> en el reaseguro junto con la aplicación analógica de las normas marítimas o la inaplicabilidad de las mismas.

El asegurador-reasegurado tendrá que liquidar el siniestro en los términos y condiciones que se recojan en el contrato de seguro marítimo y siguiendo el principio de máxima buena fe. Sin referirse al abandono, ANGELI reconoce al asegurador-reasegurado la más amplia discreción para el ajuste y la liquidación del daño<sup>216</sup>. El dolo o la culpa grave del asegurador-reasegurado en la liquidación efectuada serán motivos que justificarán la desvinculación del reasegurador de la misma.

Si se fija el abandono inicialmente, habrá que respetar -en el caso de que el asegurado opte por esta decisión- lo estipulado en el seguro marítimo. Sin embargo, si no se pactó contractualmente la posibilidad de que el asegurador-reasegurado ejerciese, a su vez, dicha facultad, no creemos que el abandono deba practicarse respecto al reasegurador. La proclamación de la autonomía característica de la gestión del riesgo puede conllevar un reconocimiento de la posibilidad de que el asegurador-reasegurado admitiese la liquidación por abandono pero no cabría liquidar el contrato de reaseguro marítimo por esa misma modalidad por las razones siguientes.

El abandono suele recaer generalmente sobre el objeto material asegurado en el seguro marítimo mientras que, en el reaseguro, es un objeto totalmente diferente. Ambos contratos son independientes y no puede, en consecuencia, extenderse sobre el reaseguro una facultad característica de un contrato marítimo en particular. El asegurador-reasegurado no puede ejercer la facultad de abandono sobre su patrimonio. El efecto traslativo que conlleva la propiedad de los bienes asegurados es inconcebible con los fines perseguidos por el contrato de reaseguro.

La propia naturaleza del reaseguro conlleva el abono de una deuda económica, no la asunción de ninguna propiedad indeseada (y, en ocasiones, problemática) en el patrimonio del reasegurador. De llegar a efectuarse, entendemos que supondría un lastre en el desarrollo de la actividad reaseguradora futura o, al menos, una grave complicación hasta que volviese a desprenderse de ella.

---

reconocer que la práctica desconoce el abandono al reasegurador, tal posibilidad; EHRENBERG V., *El reaseguro*, *op. cit.*, p. 179 lo admite con base en el Código de Comercio alemán; BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO L., *Tratado...*, Volumen II, *op. cit.*, p. 480 parece alinearse con la tesis afirmativa que reconoce el abandono en el reaseguro.

<sup>215</sup> MORAGLIA G. B., «Sulla natura...», *op. cit.*, p. 662 responde negativamente al cuestionamiento de si le compete al asegurador-reasegurado el derecho de abandono pues no se encuentra en las condiciones necesarias para ello; PERSICO C., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 154; SALANDRA V., «I caratteri...», *op. cit.*, p. 329 concluye que «en caso de abandono por el asegurado original de los bienes asegurados, en el seguro marítimo, el concepto de contrato de daños no permite reconocer al reasegurado el derecho de abandono en favor del reasegurador, que sin embargo es generalmente reconocido. El reasegurador no aseguraría la nave y la carga, sino la compensación debida por el primer asegurador. Si, por el contrario, se admite que el reasegurador asegura el riesgo original, el uso de esta facultad le corresponde también a él: no al asegurado original que no tiene relación jurídica con él, sino al reasegurado, ya que, en función del abandono, se convierte en propietario del bien abandonado, y por tanto se subroga en los derechos del primer asegurado»; BRUNETTI A., *Diritto marittimo privato italiano*, Vol. III, Parte Seconda, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 361; BRUNETTI A., *Derecho marítimo...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 352; DONATI A., *Trattato...*, Volume Terzo, *op. cit.*, p. 499; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 141-142; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, *op. cit.*, p. 615; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 704-705; BOGLIONE A., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 634.

<sup>216</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, *op. cit.*, p. 23.

También cabe señalar que la naturaleza indemnizatoria o dineraria de la prestación a cargo del reasegurador y el carácter pecuniario del daño a reparar llevan a una admisión forzada del abandono en el reaseguro que no termina de encajar con la función tradicionalmente resarcitoria del reaseguro. La inadmisibilidad debe fundarse también en esta desnaturalización del contrato de reaseguro marítimo y en la distorsión de los efectos contractuales que conllevaría el mismo.

No siempre se ha coincidido en que el abandono procede únicamente en los presupuestos objetivos marcados por los Códigos y, en atención a la intensidad superior con la que la autonomía de la voluntad rige en este contrato, existen acuerdos en virtud de los cuales las partes pueden aumentar (o, en su caso, restringir) las enumeraciones legales que describan los casos en que procede el ejercicio del abandono. Sin olvidar el carácter excepcional del abandono, no reconoceríamos dicha institución en el reaseguro porque ninguno de los dos ordenamientos jurídicos que son objeto de éste estudio no contemplan ningún supuesto tasado. A nuestro parecer, el silencio del Legislador sobre tal posibilidad es signo inequívoco de su intención de relegar tal procedimiento especial al ámbito exclusivamente asegurador marítimo. Su admisión en cualquier siniestro comportaría la pérdida de su originario carácter excepcional. A los Legisladores les compete valorar y establecer los bienes afectados al cumplimiento de las obligaciones<sup>217</sup> y ésta particularidad en la liquidación del seguro marítimo con respecto al reaseguro quizás podría ser una previsión legal que el Legislador español e italiano podrían incluir entre sus disposiciones marítimas especiales siempre que estimen oportuno concederle dicha facultad al asegurador-reasegurado.

Debe exceptuarse la aplicabilidad del instituto del abandono en el reaseguro marítimo de la costumbre internacional en virtud de la cual, el reasegurador está obligado a seguir al asegurador-reasegurado en todas las acciones que éste lleve a cabo en relación con la liquidación del siniestro<sup>218</sup>. En atención a la calificación del abandono como negocio jurídico unilateral y ante la posibilidad de pactar válidamente en la póliza el derecho del asegurador a renunciar a la transmisión de la propiedad de las cosas aseguradas, sustentamos también nuestra negativa a que el abandono pueda operar en el reaseguro de forma convencional. En caso de que no se haya pactado y el asegurador haya pagado el importe máximo de la indemnización estipulada en la póliza de seguro marítimo, deberá iniciarse el procedimiento para determinar el daño que no se tramitó previamente y así deducirlo de la cuantía abonada al asegurado con el fin de que no opere el abandono al reasegurador. El resultado representará la disminución patrimonial real del asegurador-reasegurado que podrá ser justamente reclamada al reasegurador. Si una de las principales ventajas del sistema de abandono es la simplificación y agilidad

---

<sup>217</sup> HERNÁNDEZ MARTÍ J., «La Ley del Contrato de Seguro y los seguros marítimos», VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Volumen I, Ed. CUNEF, Madrid, 1982, p. 260. El legislador británico sí contempla una referencia al abandono en el ámbito marítimo y en el del reaseguro. El apartado noveno de la Sección 62 de *Marine Insurance Act* se expresa en los siguientes términos: «*where an insurer has re-insured his risk, no notice of abandonment need be given by him*». BROWN R. H. y REED P. B., *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981, p. 32 señalan que, pese a la esencialidad de la notificación de la declaración de abandono, el asegurador-reasegurado no está obligado a comunicar al reasegurador la aceptación del mismo.

<sup>218</sup> ANGELI G., *La riassicurazione*, op. cit., p. 23. GERATHEWOHL K., *Reaseguro...*, op. cit., p. 525.

en la liquidación del daño, carece de sentido posponer en el tiempo un procedimiento que acabará determinando la deuda patrimonial del asegurador-reasegurado por lo que señalamos la idoneidad de una cláusula que recoja debidamente en la póliza el extremo anterior y evite así consecuencias desmedidas para las partes y el contrato.





## CONCLUSIONES

### **PRIMERA. Existencia del reaseguro marítimo como categoría especial del contrato de reaseguro.**

En parte de la literatura jurídica especializada, tanto española como italiana, hay quienes defienden un concepto universal de reaseguro y, con él, una única modalidad del mismo sin atender a ninguna clasificación especial. En cambio, entendemos que puede afirmarse, de manera definitiva y sin error, la existencia de la categoría marítima del reaseguro. No se trata de una simple cuestión dogmática sino también práctica y sobre ella ha sido posible dedicar una atención especial y concluir el presente estudio.

El reaseguro marítimo tiene una naturaleza propia y el reclamo de la misma pasa inevitablemente por proclamar una particularidad que le otorga valor y justifica su existencia autónoma con independencia del reconocimiento legal que pudiera merecer. En la actualidad, la construcción de la naturaleza jurídica del instituto no ha sido acometida ni por el ordenamiento jurídico español ni por el italiano pese a encontrarse presente en la realidad de los contratos, tal y como se desprende de los modelos contractuales que hemos reproducido en este trabajo.

El reaseguro general no carece de *nomen iuris* sino que cuenta con una denominación cierta, reconocida y confirmada por el Derecho positivo español e italiano de tal modo que cabe reivindicar su inclusión dentro de los contratos nominados típicos. Sin embargo, el contenido contractual del reaseguro es el resultado de la potencialidad normativa del asegurador-reasegurado y del reasegurador para regular su relación jurídica dentro de unos límites legales. La naturaleza jurídica del reaseguro no deriva -o lo hace mínima y escasamente- de las previsiones legales. En el ejercicio del principio de autonomía negocial privada, las partes pueden consentir en disciplinar su acuerdo conforme a la experiencia y a los usos comerciales consolidados en la práctica, lo que puede comportar también acuerdos que desvirtúen la esencia y estructura original del reaseguro. La configuración jurídica del reaseguro marítimo queda relegada a una organización *inter partes* y su invisibilidad legal no debe conllevar la impugnación de la singularidad del instituto porque es la realidad contractual la que asigna fuertemente al reaseguro una sustantividad propia y una estructura jurídica peculiar que no permite identificarla con ninguna otra figura jurídica. La sujeción del contrato a una regulación propia es la que también lo convierte en un reaseguro especial (marítimo). No se trata de una regulación legal sino estrictamente contractual, distinta de la contenida en la Ley y de las de las restantes modalidades de seguro. La intensa vinculación jurídica que las partes pueden establecer entre el reaseguro y el seguro marítimo a través de determinadas cláusulas (*v.gr.* «*follow the fortune*», el reasegurador «sigue la suerte» del asegurador-reasegurado) permite la atribución del carácter marítimo al reaseguro. No resulta posible negar la individualidad auténtica del mismo y, en consecuencia, no dudamos en afirmar que se trata de un contrato de Derecho marítimo.

La calificación «marítima» de las instituciones de Derecho comporta la agregación a las mismas de un conjunto de especialidades. En el reaseguro marítimo, esas adiciones no parecen evidenciarse con una intensidad destacable y manifiestamente perceptible. Así, por ejemplo, una institución típica como la del abandono en la liquidación de los

siniestros marítimos no tendría cabida en este reaseguro en particular. Tras el examen afrontado, podemos concluir que no son ni tantas ni tan acusadas las singularidades que se presentan en el reaseguro marítimo pero ello no debe llevar a una apreciación equívoca y a una negación de la naturaleza marítima del reaseguro.

Es cierto que el reaseguro no cubre de forma directa un interés o un riesgo de la navegación marítima. Tampoco el lugar en el que se produce el siniestro en el reaseguro tiene una identidad marítima. Sin embargo, el riesgo de la navegación marítima es el que origina la obligación de indemnización del reasegurador al asegurador-reasegurado cuando se ha producido el siniestro marítimo en el seguro y el asegurado directo ha sido correctamente resarcido del perjuicio que ha sufrido. El seguro que cubre los riesgos de la navegación marítima es el presupuesto necesario del reaseguro marítimo y, en caso contrario, perdería su condición especial. A nuestro juicio, la «maritimidad» del reaseguro también deriva de la condición que desempeña como seguro indirecto de unos riesgos e intereses marítimos. El significado preciso del reaseguro marítimo individualiza el propio contrato al hacer referencia a los particulares riesgos de la navegación del que trae causa. La esencia y existencia del reaseguro marítimo se sitúa en su precedente: el seguro de la navegación marítima.

La distinción entre la particular naturaleza jurídica del reaseguro, en general, y la del reaseguro marítimo, en particular, no debe ser solamente apreciada sino también proclamada a fin de evitar que se produzcan prácticas contractuales que desmerezcan sus propósitos o desnaturalicen su autonomía contractual. La raigambre de cualquier modalidad de reaseguro será siempre marítima porque el reaseguro se concibió y desarrolló inicialmente en el ámbito de la navegación marítima. El escenario náutico ha marcado la génesis histórica del instituto del reaseguro y ello impide que quede hoy obviado el contexto en el que se desarrolló porque ese mismo es el que da sentido y razón de ser a la institución. El reaseguro marítimo es una categoría propia del contrato de reaseguro y, además, es la primera que conoció la realidad negocial.

#### **SEGUNDA. Carácter originalmente comercial y marítimo del contrato de reaseguro.**

El seguro marítimo nace vinculado al comercio y a la navegación, y es considerado el origen del actual contrato de seguro. El contrato de seguro marítimo más antiguo del que se tiene constancia física es una escritura genovesa datada en 1347 y Barcelona fue la primera ciudad que reguló dicho contrato de seguro en su Ordenanza sobre los actos de comercio marítimo de 1435. Ambas circunstancias constituyen manifestaciones de una incipiente práctica aseguradora entorno a la cuenca náutica mediterránea y denotan, con toda probabilidad, la existencia de unos usos y unas costumbres acaecidos incluso con anterioridad a dichas fechas y necesitados de ordenación. La relevancia de éste contrato viene determinada por su contribución histórica al desarrollo de la actividad mercantil y de la navegación marítima. El reaseguro surgió también en dicho ámbito comercial y marítimo, llegándose a considerar una institución prácticamente tan antigua como el seguro. El primer contrato de reaseguro que se conserva data de 1370 y ofrecía una cobertura al seguro marítimo que cubría la travesía desde Cádiz hasta Sluys, con origen en Génova. Sobre la base del seguro marítimo se desarrolla un nuevo contrato: el

reaseguro marítimo. Tanto uno como otro sitúan su nacimiento en el ámbito marítimo y constituyen una creación de los mercaderes mediterráneos del siglo XIV, de ahí la configuración inicial como contrato comercial que ha llegado hasta nuestros días. Ambos contratos surgen en un ambiente concreto y se desarrollan como instrumentos jurídicos para responder a las necesidades de unos sectores particulares hasta llegar a generalizarse en el tráfico nacional e internacional. La utilidad y la importancia de la función que desempeñan han permitido su pervivencia durante siglos y hoy continúan haciéndolo.

A lo largo de los siglos los comerciantes han creado y consensuado usos adaptados a las finalidades económicas especiales que perseguían en sus negocios cuando la Ley no se adaptaba a las exigencias del tráfico mercantil. La esencia contractual y privada con la que se configuró en sus inicios el seguro y el reaseguro marítimo ha permanecido prácticamente inalterada, a excepción de los controles administrativos que en nada afectan a su naturaleza jurídica privada. Ambos contratos son dos de los instrumentos jurídicos más antiguos del tráfico económico y no representan una moderna construcción contractual.

Tradicionalmente el Derecho mercantil ha sido un Derecho regulador de contratos especiales y la «mercantilidad» ha sido el criterio de sujeción del contrato a un régimen especial. No puede sustraerse el carácter mercantil con el que se originaron porque ello impediría conformar la verdadera realidad de un Derecho propio y profesional. Además, la peculiaridad que presenta su estructura contractual exige una interpretación acorde al carácter y a los intereses que subyacen en el reaseguro para no desnaturalizar el cometido al que están llamados y así poder dar respuesta a las exigencias y necesidades del mercado del riesgo. En Italia esta cuestión no tiene una significación tan particular y acusada como la que comporta en España, donde si existe un régimen legal diferenciado y consecuencias prácticas. La unificación del Derecho privado italiano y, en particular, del ámbito de las obligaciones y contratos, no impide el reconocimiento del carácter especial del contrato de reaseguro marítimo y, mucho menos, de su complejidad (técnica, económica, jurídica...). Si bien es cierto que no existe una regulación doble acerca del seguro y del reaseguro en el ordenamiento jurídico español, la vigencia del Código de Comercio constituye una base de Derecho positivo que permite proclamar una distinción y emplear criterios como el de la inclusión o el de la analogía para designar como mercantil a determinados negocios jurídicos. El interés y la utilidad que comporta la mención mercantil reside principalmente en la naturaleza jurídica del contrato y, junto a ella, en la exclusión de determinadas reglas jurídicas (*v.gr.* normativa de protección cuando el consumidor o usuario sea una persona física y actúa al margen de su actividad comercial o profesional) de la relación entre las partes o en la aplicación de aquellas reglas especiales que pudieran existir (*v.gr.* Artículos 50 a 63 Código de Comercio).

La distinción y la calificación legal entre contrato civil y mercantil no nubla el trasfondo especial de la realidad negocial en la que se desarrolla el contrato de reaseguro.

La contratación «en masa» ha venido caracterizando la contratación mercantil y el reaseguro participa de esa contratación. Las operaciones aisladas no convierten a la

actividad aseguradora y reaseguradora en actividades viables y racionales. Es necesario que tanto el empresario asegurador como el reasegurador celebren múltiples y continuas operaciones en el ejercicio de su industria para formar un conjunto de riesgos suficientemente amplio y homogéneo que permita aplicar un cálculo de probabilidades.

La actividad aseguradora y reaseguradora tampoco es concebible ni operativa sin un sistema empresarial que desarrolle la actividad de una manera organizada y profesional. Sin un sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad aseguradora y reaseguradora en el mercado, no existiría ni la empresa de seguro ni la de reaseguro. Con independencia del territorio en el que se celebre, el reaseguro es un contrato que se inserta necesariamente en un tráfico económico, especializado y estructurado. La intervención obligada de dos empresarios (asegurador y reasegurador) es un requisito legal que viene exigido principalmente en atención a presupuestos y requerimientos técnicos sin los cuales no podría ejecutarse el reaseguro. Es, por tanto, un contrato entre empresarios o un contrato de empresa y, en virtud de dicha calificación, reciben su caracterización mercantil. Los ordenamientos jurídicos español e italiano exigen unas formas jurídicas específicas para que las entidades privadas puedan acceder a la actividad y merecer la calificación de empresa de seguros (sociedad anónima, sociedad cooperativa, mutua de seguros con participaciones representadas en acciones, sociedad anónima europea o sociedad cooperativa europea) o empresa de reaseguros (sociedad anónima o sociedad anónima europea). Adicionalmente, ambas actúan en un plano de igualdad. Todas las circunstancias anteriores muestran que no solo se exige una peculiar organización inicial sino también una estructura jurídica especial con la que poder realizar el ejercicio de su actividad económica y que determina un régimen jurídico especial.

El reaseguro, además de realizarse en el marco de una actividad económica organizada, constituye el objeto propio de la empresa de reaseguro. La «adjetivización» mercantil de este contrato no está abierta a discusión. El reaseguro está en perpetua conexión con el tráfico mercantil y con la actividad económica, lo que impide sustraerlo de su ámbito propio y peculiar.

### **TERCERA. Principio de contigüidad entre el seguro de la navegación marítima y el reaseguro marítimo.**

La historia evolutiva del reaseguro no puede explicarse sin referencia al seguro marítimo y al específico contexto comercial en el que se desarrolló por primera vez. Tampoco hoy puede prescindirse de dicha remisión en la exposición del reaseguro marítimo ya que éste se enraíza en el seguro marítimo desde un punto de vista funcional.

La proximidad entre el contrato de seguro marítimo y el contrato de reaseguro marítimo es absolutamente necesaria y frecuente en la práctica contractual. La jurisprudencia, la doctrina y las distintas legislaciones nacionales señalan que, pese a la estrecha relación entre el seguro originario y el reaseguro, ambos son contratos jurídicamente autónomos o independientes. En otras palabras, el seguro directo y el reaseguro son compartimentos completamente estancos porque operan en planos diversos pero, a la vez, son contratos inevitablemente consecutivos. En los dos contratos

existe una concatenación funcional pero no formal tendente principalmente a fraccionar y repartir el exceso de los riesgos de naturaleza marítima que se presentan en los aseguradores. El reaseguro marítimo sirve de enlace y complemento jurídico del seguro marítimo. Ambos contratos conviven negocialmente. Es cierto que, en el ámbito de la navegación marítima, también se recurre al coaseguro como técnica para dividir y distribuir los riesgos aceptados por los aseguradores pero el coaseguro presenta gestiones más complejas y mayores costes económicos que contribuyen a que el reaseguro se encuentre implantado de manera más generalizada en las políticas y planificaciones de las entidades aseguradoras sobre la gestión de los riesgos.

Tomando como punto de partida la expresión que ha hecho fortuna y en virtud de la cual el reaseguro es «el seguro del seguro», precisamos que el contrato de reaseguro marítimo es el seguro indispensable del seguro de grandes riesgos: riesgos de la navegación marítima. Sin perjuicio de que el nuevo vínculo jurídico se constituya sobre la base contractual del seguro marítimo, las relaciones establecidas entre ambos contratos son totalmente diferentes.

El nacimiento contractual de cualquier reaseguro marítimo se sitúa en el seguro marítimo pero sin sustituirlo ni novarlo, de ahí que las vicisitudes (*v.gr.* nulidad o anulabilidad) que puedan originarse en el contrato de reaseguro no afecten al de seguro. El principio de independencia entre el seguro originario y el reaseguro va referido a la autonomía funcional ya que el reaseguro puede verse afectado por las deficiencias que aquejen al propio seguro en atención a su consideración como presupuesto contractual (*conditio iuris*) de aquel pero no viceversa. La relación de independencia reviste una especialidad en el contenido del contrato de reaseguro. Una de las manifestaciones de este principio de independencia se encuentra en la ausencia de un nexo jurídico entre el asegurado directo del seguro y el reasegurador puesto que ambos son titulares de derechos y relaciones jurídicas distintas. No existe una unión entre seguro y reaseguro marítimo pero sí media una relación de contigüidad que revela una adyacencia entre ambos. Así, por ejemplo, podríamos citar las cláusulas «*back to back*» o «*follow the settlement*» como expresiones del principio que generan un vínculo o conexión entre los dos contratos. El reconocimiento universal de estas cláusulas viene justificado por su arraigo prolongado en el tiempo y en los contratos puesto que, aunque estas reglas no se incluyesen de forma expresa, operan automáticamente.

Esa relación de proximidad es deudora del principio de comunidad de intereses o solidaridad entre los miembros de una comunidad que inspiran la institución del reaseguro. El negocio reasegurador es una extensión complementaria del negocio del seguro directo y suele recurrirse a la expresión «comunidad de suerte» o «comunidad del alea» para significar que el reaseguro sigue la «suerte» del seguro principal, es decir, que el reasegurador padece las vicisitudes del riesgo asegurado y que se beneficia de los acuerdos ventajosos sobre la cuantificación del siniestro que el asegurador-reasegurado pueda alcanzar con sus asegurados. En la práctica, la asiduidad de las estipulaciones que recogen la manifestación de dicho principio ha llevado a afirmar su consideración como «cláusula universal» que evidencia una vinculación entre el contrato de seguro y el de reaseguro, es decir, todo acontecimiento que recaiga sobre el contrato de seguro originario tendrá una repercusión directa e inmediata en el contrato de reaseguro. Sin

embargo, la doctrina debate sobre muchas situaciones polémicas y diferencia entre el principio de «seguir la suerte del asegurador-reasegurado» y el principio de «seguir las actuaciones del reasegurado». La idea de comunidad de intereses ha estado muy presente en los institutos marítimos desde la Edad Media (*v.gr.* avería común o gruesa) y de ella se derivan particularidades y precisiones que actualmente se resuelven tomando como referencia el principio de máxima buena fe, como pilar monolítico sobre el que descansa el contrato y el sistema del reaseguro, pero la delimitación difusa del mismo y las controversias a las que da lugar éste y otros principios aconseja iniciar una regulación concreta e independiente. El reaseguro no es solo un contrato que contribuye a la expansión de la actividad aseguradora sino también a su propia existencia y, en el ámbito marítimo, el seguro y el reaseguro forman una única e indisoluble categoría de entidad suficiente para ser objeto, desde un punto de vista jurídico, de un tratamiento unificado con el que solventar multitud de situaciones prácticas y garantizar el cumplimiento de las funciones y de los fines perseguidos con el contrato de reaseguro

#### **CUARTA. Necesidad de una regulación específica y completa sobre el reaseguro marítimo.**

Sin existir ningún precepto que haga alusión al reaseguro marítimo, del análisis de las normas legales vigentes en España y en Italia acerca del reaseguro en general puede ultimarse la insuficiencia normativa en los dos ordenamientos citados en orden a facilitar soluciones ante eventuales dudas, dificultades o problemas. Tan solo puede señalarse la imposibilidad del asegurado directo de entablar una acción directa contra el reasegurador (principio de independencia) como único denominador común entre ambas legislaciones (principalmente, Artículo 78 LCS y Artículo 1929 Codice Civile). El marco normativo legal en el que el reaseguro puede encontrar un encaje jurídico es muy limitado, más aun si el reaseguro se refiere a un riesgo de la navegación marítima.

El contenido obligacional del contrato de reaseguro marítimo queda sujeto principalmente a la autonomía privada de las partes y, con base en el equilibrio contractual presumido de los contratantes y a los intereses particulares de ambos, serán las partes quienes determinen y precisen los extremos de su relación jurídica sin más límites que los dispuestos en la Ley. Del contrato de reaseguro no puede deducirse, de un modo suficiente, la totalidad del contenido de las relaciones entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador por lo que se deberán proveer respuestas a las consecuencias de la finalización del interés reasegurable, el reembolso o no de los gastos de salvamento, el plazo de prescripción para ejercitar las acciones de reclamación derivadas del reaseguro, el alcance de las facultades del reasegurador en la liquidación del siniestro en el seguro original, la imputación de los gastos necesarios para indagar el origen del siniestro, el incumplimiento de la obligación de retención de una cuota del riesgo, etcétera.

La complejidad de los conflictos que puedan llegar a plantearse será, en gran medida, autoría de las partes. En defecto de normas legales específicas, los usos y la costumbre son llamadas fuentes del Derecho tanto en el ordenamiento jurídico español (Artículo 2 Código de Comercio y Artículos 1 y 1258 Código Civil) como en el italiano (Artículo 1 de las disposiciones generales sobre la Ley del Codice Civile y Artículos 1340 y 1374

Codice Civile) para suplir las lagunas siempre que no sean «*contra legem*». Los usos son normas jurídicas no escritas que derivan de un comportamiento general uniforme y constante en el comercio, y que pueden manifestarse en usos normativos (reglas a las que la Ley se remite y tienen la consideración de fuentes del Derecho) e interpretativos (conductas que, en sentido estricto, no son fuentes del Derecho pero integran e interpretan el contrato completando la declaración de voluntad de las partes) tanto en España como en Italia. De acuerdo con el sistema de fuentes del Código de Comercio, la costumbre prevalece sobre las reglas de Derecho común pero con la excepción del Artículo 50 del Código de Comercio: las normas legales civiles se anteponen a los usos en las materias enumeradas en el precepto (*v.gr.* interpretación, extinción o prueba del contrato, capacidad de las partes; no así en lo referente al contenido contractual).

Pese a que las Cámaras de Comercio españolas e italianas tienen atribuida la competencia para recopilar los usos y costumbres de la actividad económica y comercial, no siempre resulta fácil acudir a un elenco determinado ni tampoco probar la existencia y vigencia de los mismos en algunos sectores específicos del tráfico mercantil como el marítimo. En muchas ocasiones se acaban aplicando las normas generales del seguro de daños al reaseguro sobre la base de que comparten la misma naturaleza y de que en ambos inciden los mismos factores económicos. La aplicación analógica es un recurso válido y permitido por los Legisladores pero no debe olvidarse que, en ausencia de normas específicas sobre el reaseguro marítimo, este método de integración comporta la aplicación de unas normas a unos supuestos en los que, si bien existe inexcusablemente una identidad de razón, no siempre podrán colmarse las específicas necesidades comerciales originadas con ocasión de la navegación marítima y del reaseguro. La utilización de las disposiciones generales sobre el contrato de seguro de daños en el reaseguro marítimo permite resolver algunas cuestiones pero, en otros aspectos, dicha integración no resulta satisfactoria, tal y como hemos expuesto en páginas anteriores. La regulación supletoria va referida a carices generales del seguro de daños y su aplicación a supuestos de hechos semejantes pero con una índole específica debe efectuarse con gran cautela y tener siempre un carácter excepcional.

La situación descrita podría salvarse con una regulación jurídica sobre el reaseguro marítimo ya que la verdadera autonomía jurídica de un instituto precisa que se encuentre dotado de una ordenación independiente. El verdadero valor del reaseguro se centra en su funcionamiento como mecanismo de atomización de riesgos y junto a la entidad capital del contrato de reaseguro y de sus funciones en la actividad económica mundial, merecen una atención que debe encontrar un soporte y no debe ir referida solamente a los aspectos públicos sino también a los privados.

Pese al debate y a la confrontación tradicional entre el principio de especialidad y el de unidad del ordenamiento jurídico, el Derecho de la navegación ha quedado consolidado, con el paso de los años, en un Derecho científicamente autónomo. Sin embargo, existen muchas instituciones de Derecho marítimo que no han sido incluidas en los procesos de codificación marítima que se han emprendido y que hoy se encuentran vigentes. Situar la institución del reaseguro como una manifestación más del Derecho del seguro puede generar una ambigüedad. La disciplina jurídica de todas las instituciones marítimas -entre ellas, el seguro y el reaseguro marítimo- atraen una

particularidad que obliga a que la gran mayoría de las cuestiones que se plantean en relación con ellas mismas sean sustraídas del régimen general para ser abordadas de una manera independiente y específica en las legislaciones marítimas nacionales. Así ha sucedido, en el pasado y también en el presente, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano. En España, el contrato de seguro marítimo encuentra su regulación jurídica en una Ley distinta de la Ley que contiene, con carácter general, la del contrato de seguro. También en Italia, donde los preceptos legales vigentes a cerca del seguro marítimo se encuentran alojadas en un Código diverso del Código que contiene las disposiciones generales sobre el contrato de seguro. Ese mismo criterio, que ha sido empleado por ambos Legisladores, no debe agotarse en el seguro marítimo sino que debe abarcar también el reaseguro marítimo y, a falta de preceptos específicos referidos al mismo, entendemos que debe tipificarse y disciplinarse jurídicamente junto a él. La formulación legal de esta categoría especial del seguro debe constituir, en atención a la independencia contractual del mismo, una unidad deslindada y propia pero coordinada con las disposiciones del contrato marítimo del que trae causa.

Sin perjuicio de que en la conclusión sucesiva desarrollemos y determinemos con precisión las palabras que inmediatamente siguen, nos permitimos indicar que la regulación del reaseguro marítimo podría alojarse consecutivamente a los Artículos que regulan el seguro marítimo en el Codice Navigazione. La reforma legislativa que acometería la inclusión podría ir acompañada también de una revisión y actualización de aquellas cuestiones que la doctrina italiana viene exigiendo principalmente en relación con los contratos marítimos, de los reclamos que la jurisprudencia ha efectuado hasta la actualidad así como de las situaciones suscitadas en la práctica y superadas autónomamente por las partes después de la aprobación del texto codificado en 1942. En España, señalamos la intención del Legislador de codificar y crear una infraestructura normativa específica de la navegación. El apartado primero de la Disposición final novena de la vigente Ley de Navegación Marítima prevé la habilitación al Gobierno español para la elaboración y aprobación de un Código de la Navegación Marítima que, con una pretensión mayor que la contenida en la citada Ley, aunará definitivamente el régimen jurídico de este derecho propio, especial y autónomo. Sin que se hayan iniciado los trabajos dirigidos a culminar en realidad dicho Código, entendemos que la inclusión de los Artículos referidos al reaseguro marítimo en este cuerpo codificado sería idónea porque se convertirá en el principal instrumento legal en el ámbito de la navegación. Al igual que en el caso italiano, en el nuevo texto deberán ser tenidas en cuenta las propuestas de revisión y mejora que se hayan formulado sobre el seguro marítimo. De llegar a introducirse una regulación sobre el reaseguro marítimo en ambos países, las actuaciones deben insertarse con respeto al carácter dispositivo de la mayor parte de los preceptos legales y con participación de la preeminencia del principio de autonomía de la voluntad en la regulación legal y de la relación negocial.

El tratamiento jurídico del riesgo marítimo tiene que ser -desde su nacimiento y hasta su extinción- unitario porque, de lo contrario, se generarían efectos y situaciones frustratorias de la naturaleza contractual y se perpetuaría una desvertebración jurídica que priva al mercado del riesgo de la necesaria estructura que debe presidir a lo largo de toda la vida del riesgo de la navegación marítima.



Junto a la peculiaridad marítima del reaseguro debe adicionarse la complejidad que presentan algunas cuestiones características de la institución del reaseguro -con independencia del ramo- y también la frecuencia con la que el mismo tiene lugar en el mundo de los negocios. La idoneidad de una normativa referida a este contrato y modalidad reside también en sus posibilidades de aplicación práctica que no dudamos en señalar como inmediatas, atendidas las estadísticas que coinciden en señalar que la mayor parte del comercio internacional se realiza a través del mar y las perspectivas de crecimiento en este sector. Pese a que su configuración reviste siempre una gran dificultad, el reaseguro marítimo junto con el seguro marítimo son instituciones de indudable trascendencia económica y presencia habitual en el mercado.

Frente a las posiciones que mantienen un concepto genérico de reaseguro y defienden su sistematización entre la normativa nacional de carácter general referida al seguro, debe reclamarse la peculiaridad de casi todas las instituciones de Derecho marítimo. Éstas tienen como origen el contrato de seguro marítimo y, en algunas ocasiones, puede no ser bastante la regulación legal contenida en los distintos Derechos nacionales para auxiliar o explicar otras figuras contractuales o instituciones pertenecientes al ámbito de la navegación marítima. Son muy pocas las cuestiones que se resuelven desde un posicionamiento tan amplio y común en una materia esencialmente específica. La inclusión de una normativa de carácter mínimo referida al reaseguro se revela manifiestamente deficiente ante la problemática derivada de dicho contrato y la complejidad derivada del mismo. Si bien es cierto que puede formularse, doctrinal y legalmente, un único concepto de reaseguro en el que quedasen incluidas las distintas modalidades (terrestre, aérea y marítima) del mismo, ello significaría obviar una o varias partes de la realidad negocial y no hacer frente de manera singular a las características que cada contrato de reaseguro presenta. El concepto analítico del reaseguro marítimo llevaría implícita la definición de los principales caracteres y elementos del contrato y sería un signo expresivo de la particularidad que configura al mismo. En pocas ocasiones, el tratamiento amplio y general del reaseguro atiende a cuestiones de verdadera entidad práctica. Los Derechos de seguros nacionales no pueden contentarse con una simple mención o una formulación exigua en torno al reaseguro pues quedarían claramente incompletos al no desarrollar jurídicamente un contrato de gran relevancia económica, práctica y también jurídica.

No encontramos tampoco justificadas aquellas opiniones que rehúsan elaborar un conjunto de Artículos referidos al reaseguro marítimo en atención al planteamiento y sometimiento mínimo de las cuestiones sobre el reaseguro en la vía judicial. La intención legisladora no debe depender del número concreto de resoluciones judiciales sino que debe atender a la consecución de una ordenación jurídica que evite cualquier confusión y sea provechoso en el aspecto privado y en el orden público económico. La posibilidad de que los conflictos sean resueltos por los Tribunales tiene que permanecer siempre independiente de la motivación y actividad del Legislador. Sin llegar a afirmar que el reclamo de la tutela judicial va vinculada a la deficiente técnica legislativa, la aprobación de un texto -legal o no- comprensivo del régimen jurídico del seguro y del reaseguro marítimo permitiría poner fin a un tratamiento insuficiente de la cuestión y potenciar el comercio y la industria del transporte marítimo al dotar de mayor seguridad

jurídica al orden económico. No compartimos el argumento de que la armonización de las condiciones generales del reaseguro atentaría contra el propósito de las cláusulas de arbitraje de no tener que recurrir ante los Tribunales porque no se atentaría contra la naturaleza de las relaciones derivadas con ocasión del reaseguro sino que se garantizaría una interpretación y un funcionamiento uniforme del contrato a través de un recurso a disposición de cualquiera que le competa dilucidar una controversia.

La demanda de una regulación sobre el reaseguro marítimo no obedece sólo al hecho de que queden al descubierto situaciones que el juzgador o intérprete jurídico deba resolver con recursos dispares y espíritu técnico sino porque existen asuntos que trascienden el plano contractual privado e incluso pueden llegar a suponer una amenaza para el orden económico mundial. La incidencia y notoriedad del reaseguro en la vida financiera internacional es suficientemente conocida y, en el ámbito marítimo, ha quedado sobradamente acreditada en el presente trabajo. Existen materias (*v.gr.* insolvencia) de este tipo contractual en particular que pueden producir disfunciones y alterar el orden económico de más de un Estado nacional. La amenaza de que el daño no sea reparado en última instancia por quien compete, puede llegar a amenazar la credibilidad del sistema del aseguramiento y generar una confusión acerca de la utilidad real del mismo en algunos operadores del tráfico y también en la propia sociedad civil. Una conminación que debe ser evitada mediante una regulación del reaseguro que generase certeza en el ámbito contractual, seguridad en el ámbito jurídico, actividad en el ámbito económico y confianza en el ámbito asegurador y en otros conexos a él (*v.gr.* ámbito del transporte). La organización de los mercados financieros pasa por una estructura ordenada que evite comprometer la función y la fiabilidad de la institución del reaseguro. La complejidad técnica de la problemática a la que se da lugar debe verse auxiliada de manera imprescindible por una normativa que atienda a las particularidades de la materia pero que, a la vez, conjugue el mayor consenso posible entre los operadores del comercio marítimo. El marco jurídico resultante no debe operar como un límite y, consecuentemente, minar las contrataciones y mermar la libertad contractual de las partes sino que la regulación jurídica tiene que operar como reveladora de las características y estructura básica del reaseguro así como llenar de contenido el mayor número posible de supuestos desprovistos de respuestas ciertas.

#### **QUINTA. Armonización y unificación internacional del contrato de seguro y reaseguro marítimo.**

El carácter mínimo e insuficiente de las normativas nacionales sobre el reaseguro general junto con la necesidad de una regulación del reaseguro marítimo que colme el vacío legal existente, son solo algunas de las manifestaciones que revelan la insatisfactoria situación en la que se encuentra la ordenación legal de la contratación internacional. No es una deficiencia compartida sólo por España e Italia sino que se trata de un fenómeno extendido en otros muchos Estados pertenecientes a diferentes continentes y sistemas jurídicos. La vocación mayoritariamente supranacional del reaseguro de riesgos marítimos y el liderazgo extracomunitario del mercado anglosajón de seguros y reaseguros, muestran que el ámbito en el que se desenvuelve el contrato no queda circunscrito a la reglamentación legal de carácter nacional y demanda para sí una

normativa que atienda a la especialidad e internacionalidad del tráfico mercantil en el que tiene lugar. Apuntada la necesidad de que exista una regulación específica e íntegra de los principales elementos del reaseguro marítimo, señalamos que dicha labor tiene que tener un carácter preferentemente internacional dado que el reaseguro excede de su configuración como contrato y opera principalmente como fenómeno mundial por lo que la previsión hecha en la conclusión precedente debe ser precisada en los siguientes términos.

La contratación mercantil internacional está presidida por un Derecho que, sin adscribirse a ningún ordenamiento jurídico nacional, presenta una autonomía propia y está integrado por condiciones generales, cláusulas, principios, usos, costumbres... de carácter uniforme en los distintos acuerdos privados que llegan a alcanzarse. Frente a las regulaciones legales de los Estados, el reaseguro marítimo se desenvuelve en dicha práctica mercantil de una forma «autónoma», atendiendo tan solo a las normas imperativas de orden público que se encuentran vigentes en cada país. Desde hace bastante tiempo, ha venido experimentándose un desarrollo contractual uniforme tan avanzado que dicho fenómeno ha llegado a delimitarse con los términos «moderna *lex mercatoria*», es decir, un conjunto de principios y normas privadas sin vinculación a ningún ordenamiento jurídico concreto que surge para la satisfacción de los intereses privados y necesidades prácticas. La afirmación anterior obedece al contenido identitario de la mayoría de cláusulas negociadas y consentidas que se encuentran presentes en la gran mayoría de los contratos de reaseguro marítimo y que son el resultado, en primer lugar, de la inapropiada aplicación de las legislaciones nacionales a las exigencias del tráfico comercial internacional y, en segundo lugar, de la autonomía privada deudora de la construcción durante años por parte de quienes ejercen la profesión mercantil y operan en el mercado del riesgo.

El reaseguro marítimo ha sido -y hoy continúa siéndolo- un exponente del Derecho autónomo del comercio internacional cuya visibilidad ha quedado siempre circunscrita a la práctica de la realidad jurídica y económica pero susceptible de organizarse, completarse, enlazarse y coordinarse de una manera formal mediante un procedimiento de armonización y unificación que permita su inmediata identificación. Sin olvidar el carácter consuetudinario e internacional con el que el Derecho mercantil nació y se desarrolló, señalamos que nuestro tiempo está marcado por la globalización y centrado en el del Derecho de los contratos. El mencionado proceso de armonización y unificación de las reglas del reaseguro marítimo constituye la expresión de todo ello y supone una evolución de una parte del Derecho mercantil internacional que permitirá una acentuación en la tendencia expansiva del mismo. El resultado debe concretarse en la reunión material de unas reglas que sean expresión, por un lado, de los principios informadores del reaseguro marítimo que vienen recogiendo de una manera dispersa a lo largo del tiempo en los contratos y en algunas legislaciones nacionales y, por otro lado, de los usos y de las costumbres suscitadas de forma constante en la práctica comercial marítima y del seguro. La reiteración -e incluso la presunción conocida- de estos principios y usos especiales vigentes en el ámbito reasegurador internacional obligan a su transformación en norma contractual, sin perjuicio de que puedan servir de guía para una sucesiva norma legal.

Una de las cláusulas que permite identificar primeramente la aludida «*lex mercatoria*» es el acuerdo que sujeta la resolución de cualquier controversia derivada del reaseguro a un procedimiento extrajudicial. Las partes tradicionalmente han incluido una cláusula de arbitraje para dirimir cualquier disputa en los contratos marítimos y en los de reaseguro. A juicio de las partes y en atención al carácter técnico de la materia, la sustracción del acuerdo de la vía judicial conlleva incuestionables ventajas (entre las más destacables citamos el mantenimiento de la reputación, la estricta confidencialidad, la mayor celeridad o el menor costo del procedimiento) en comparación con el sometimiento de la cuestión a los Tribunales ordinarios. El arbitraje contribuye a la creación de este Derecho autónomo al suponer, otrosí una fuente normativa del mismo, una jurisdicción propia aunque no absoluta debido principalmente a la facultad de que las partes puedan acudir siempre ante los Tribunales para la resolución de un conflicto (aunque sea mínima, la práctica la exhibe como posible) y a la necesidad de que sea un Juez quien reconozca el laudo arbitral para la ejecución del mismo. La connotación del arbitraje es, por tanto, doble y muy reseñable. En muchas ocasiones, las partes pactan -para el caso de que surja cualquier diferencia entre ellas durante la ejecución del contrato- que el árbitro resuelva el conflicto en equidad y no en Derecho. Esta circunstancia pone de manifiesto que, en la unificación de la materia, no se exija inexcusablemente un carácter jurídico -aunque encarne una gran parte de la misma- sino también técnico y económico a fin de permitir que quede representada perfectamente la auténtica esencia del contrato.

La doble peculiaridad de la materia -derivada del Derecho marítimo y del Derecho de reaseguro-, la desigual experiencia de las prácticas reaseguradoras entre los países, las imprecisiones y las ambigüedades de los términos y de las disposiciones contenidas en los contratos, la fragmentación e insuficiencia de los marcos reguladores nacionales, la aplicación analógica limitada de las normas marítimas o de las del seguro en general... son solo algunos de los principales motivos por los que, en muchas ocasiones, se generan situaciones de incertidumbre jurídica que frenan la expansión del sector y la inversión en el mismo. Existen considerables diferencias entre los sistemas del «*common law*» y del «*civil law*» que revelan también una falta de uniformidad e interpretación entre ambos e incluso son apreciables divergencias en materia de reaseguro dentro de cada familia jurídica. No albergamos dudas de que las situaciones anteriores podrían ser solventadas con la uniformidad de un texto internacional que determinase un contenido preciso y unas consecuencias jurídicas a consecuencia del incumplimiento del mismo. La armonización que reclamamos tiene por finalidad responder principalmente a una conveniencia comercial y no a unas necesidades legales objetivas y busca un equilibrio y consenso entre el mayor número posible de operadores económicos puesto que son ellos mismos quienes actúan en el tráfico marítimo y en el mercado del riesgo y quienes construyen la práctica contractual y se beneficiarían de esta autorregulación. El resultado de la colaboración entre todos los sectores implicados se concretaría en un instrumento completo y de excelencia técnica y jurídica que dotaría de la necesaria coherencia y homogeneidad en la interpretación del Derecho como baluarte del sistema.

El ánimo del planteamiento que sostenemos no es constituir un Código de Comercio internacional o un texto comprensivo de un Derecho comercial global porque ello encontraría importantes reticencias en las diferentes tradiciones jurídicas mercantiles de cada país, en el disímil nivel de desarrollo económico de los países, en las pronunciadas diferencias entre el «*common law*» y el sistema jurídico continental o en la aceptación e implantación de aquellos Estados que ya han acogido legislativamente la unificación de la teoría general de las obligaciones y de los contratos civiles y mercantiles, entre otras muchas reservas. Tampoco concluimos que se pretenda conformar un conjunto normativo que permita a quienes intervienen en la operación de reaseguro abstraerse completa y absolutamente de las leyes nacionales porque no concebimos posible un ordenamiento jurídico internacional o «anacional» regulador de las relaciones jurídicas del tráfico económico que habilite una desconexión total con el Derecho positivo pues siempre existirá una vinculación mínima con él.

La colaboración internacional para el desarrollo del comercio tendente a una unificación en materia de contratación internacional debe comenzar por el tratamiento - desde un punto de vista jurídico y también económico- de una de sus figuras contractuales con mayor repercusión como es el reaseguro y la misma debe contemplar las especialidades que puedan suscitarse en el ámbito de la navegación (con especial atención a la navegación marítima) y del transporte. Sin dejar de reconocer el recelo, las dificultades y la complejidad (técnica y política) que conllevará un proyecto de armonización y unificación como el que planteamos, consideramos que una fase previa a la materialización de esa voluntad unificadora internacional debería necesariamente superar el Derecho interno de los Estados en esta materia. En particular, debería acometerse un frágil trabajo dirigido a organizar una posición unitaria en la que queden resueltas las diferencias locales, en el que se integren los principios existentes y en el que se unifiquen las tendencias que aparezcan dispersadas a lo largo de cada ordenamiento jurídico nacional. Es conveniente concretar la práctica generalizada en el tráfico internacional partiendo siempre de una posición nacional que no contemple disparidad alguna.

Además de los principales implicados en la práctica aseguradora y reaseguradora, los trabajos tendentes a esta unificación podrían ser elaborados por organismos no gubernamentales (*v.gr.* Comité Marítimo Internacional o Cámara Comercio Internacional, Asociación Internacional de Derecho de Seguros) con la colaboración y el auxilio de los organismos internacionales gubernamentales (*v.gr.* Organización Marítima Internacional o Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo) y/o de los organismos intergubernamentales independientes (*v.gr.* Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado u Organización Mundial del Comercio). Todos los trabajos deberán ir encaminados a la identificación o creación de las soluciones particulares que ayuden a interpretar y resolver los eventuales conflictos que puedan derivarse del reaseguro en este concreto ámbito marítimo y en otros en los que resulte conveniente. El origen privado-contractual y la sujeción a la autonomía de la voluntad de las partes no impide a que la futura ordenación pueda convivir también con disposiciones de carácter técnico-públicas que pudiesen afectar al orden económico

internacional como, por ejemplo, la fijación de estándares mínimos para el reconocimiento de una autorización o los requisitos económicos-técnicos suficientes que eviten las situaciones de insolvencia. La participación paritaria con entes de naturaleza pública no deberá tener una conversión equitativa en los resultados concretos pues la autonomía de la voluntad marcará la mayor parte del contenido y las pautas de carácter público que acabarán recogiendo serán las menos.

Han sido varias las ocasiones en las que se ha tratado de llevar a cabo una unificación legislativa en el ámbito exclusivo del seguro marítimo pero ninguno de éstos intentos ha tenido un éxito mínimo que invite a mantener -de cara al futuro- un optimismo sincero. Resulta obligado hacer mención a los principios expuestos en las condiciones y términos generales del reaseguro por parte de *Bureau International des Producteurs d'Assurances et de Reassurances* y a la formulación y reciente publicación de los Principios UNIDROIT del Derecho Contractual de Reaseguro como ejemplo de un proyecto de unificación en el que convergen las costumbres y los usos internacionales en esta materia. Sin embargo, se tratan de principios que están dirigidos al reaseguro en general y no atienden a las especialidades que pudiera presentar un contrato de reaseguro referido a los riesgos de la navegación marítima. Es, por ello, por lo que nos mostramos partidarios de que la armonización y unificación se predique respecto del seguro y reaseguro marítimo en un solo texto.

El riesgo es sólo una parte del Derecho de seguros pero, a nuestro juicio, es la más importante porque cumple una función definitoria del mismo y, situándonos ante una naturaleza especial (marítima), defendemos firmemente que el mismo debe tener también un tratamiento diferenciado y unitario. Lo contrario, impediría sostener que el seguro marítimo o seguro contra los riesgos de la navegación marítima encuentre su regulación jurídica en textos legales específicos (Ley Navegación Marítima y Codice Navigazione) y distintos de aquellos que contienen el régimen general del contrato de seguro (Ley Contrato Seguro y Codice Civile). La defensa de la postura mantenida no obedece solo a una cuestión de autonomía científica sino también a su trascendencia práctica ya que el reaseguro es clave en la actividad económica y va concatenado a los contratos de seguros marítimos. La funcionalidad del inescindible sistema asegurador y reasegurador en el mercado también invita a formular un tratamiento unificado del seguro y del reaseguro marítimo en un único texto a efectos de garantizar una ordenación idónea y completa de todo este Derecho especial.

El principio de contigüidad entre ambos contratos se presenta en una conexión operativa pero debe contar con un soporte normativo. Ni en la realidad práctica ni en la realidad escrita es concebible el seguro marítimo sin el reaseguro de los riesgos de la navegación marítima. La redacción conjunta de este Derecho sustancialmente uniforme debería atender a los términos comerciales propios de la navegación, a la dinámica y naturaleza jurídica del seguro y reaseguro, y a las cuestiones prácticas necesitadas de clarificación o, al menos, de orientación a aquellas soluciones que constituyan una respuesta de aplicación útil a supuestos marítimos. El cometido de los fines anteriores deberá llevarse a cabo por quienes operan en el tráfico comercial y, específicamente, por los empresarios profesionales del seguro y del reaseguro marítimo. La problemática que se suscita entorno al amplio ámbito del Derecho de seguros y del Derecho de la

navegación solo podrá ser resuelta satisfactoriamente por quienes acumulan la experiencia del mercado y actúan de manera ordinaria en él, conociendo de primera mano las disparidades legales entre las variopintas familias jurídicas, las incertidumbres en las leyes nacionales con respecto al seguro y al reaseguro marítimo y las carencias de ambos institutos. La participación de ellos servirá de garantía en la formulación de las reglas y en el sometimiento a las mismas.

No nos encontraríamos ante un hito histórico pues el ámbito marítimo internacional ya ha conocido otros ejemplos de unificación de normas consuetudinarias en épocas pasadas (*v.gr.* la obra *Costumes de Mar* es una compilación de usos y costumbres marítimas españolas e italianas mientras que la aspiración a una uniformidad en las operaciones marítimas se produjo con la recopilación de reglas en el *Llibre Consolat Mar*) y en otras más recientes en materia de averías (Reglas de York y Amberes), abordajes (Reglas de Lisboa) o coberturas de seguros marítimos («*Institute Cargo Clauses*»), entre otras. Si bien es cierto que existen otros instrumentos reguladores de la responsabilidad del porteador (Reglas de La Haya-Visby) o del transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam) con una aplicación muy extendida en el comercio y transporte marítimo mundial, es preciso señalar que se tratan de Convenios Internacionales.

En la consecución del proyecto que planteamos, la celebración de un Convenio Internacional presentaría algunos impedimentos como la oposición de aquellos Estados cuya normativa nacional atrae una parte muy importante de la totalidad de operaciones de seguro y reaseguro marítimo celebradas en el mercado mundial. El temor a una pérdida económica significativa y a una merma de su hegemonía jurídica en el plano internacional, aconsejan la adopción de un instrumento de naturaleza distinta. A los efectos propuestos, el procedimiento debe ser impulsado y liderado por los propios sectores implicados y el uso generalizado de las reglas unificadas tiene que obedecer a la adopción libre de las partes. Las normas tendrán un carácter dispositivo y su aplicación siempre recaerá sobre el respeto máximo al principio de la libertad contractual. Las legislaciones nacionales deberán permitir a los interesados pactar libremente las reglas que deseen en la conclusión del seguro y reaseguro marítimo y podrán señalar, en defecto de pacto, una remisión a la versión más actualizada de estas reglas. Las reglas no se configurarán con un carácter estático sino que corresponderá al propio mercado decidir el momento y la entidad de la renovación del texto a través de sucesivas ediciones. Y también conviene recordar que existen ejemplos exitosos de participación conjunta y naturaleza contractual (su fuerza vinculante dependerá de la incorporación expresa al contrato) como, por ejemplo, las Reglas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo y la Cámara Internacional de Comercio relativas a los documentos del transporte multimodal que invitan a salvaguardar la esperanza en la persecución de un proyecto enriquecido con las aportaciones de una amplia participación pese a que ello pudiese dificultar el término final de los trabajos.

Los operadores del mercado del riesgo deben adoptar sus propias normas escritas en un sector clave como el del transporte marítimo y, de esta manera, garantizar la plena operatividad de la institución del seguro en su sentido más amplio. No es necesaria una

norma legal en sentido estricto que regule a ambas instituciones pero si un instrumento adecuado que abarque principios y aspectos propios de la naturaleza de ambas instituciones y resulte aplicable en un ámbito internacional. La industria reaseguradora, al igual que su principal contrato, es una sola y no se circunscribe a un concreto ámbito nacional.

Existe una pluralidad de reglas profesionales que llevan presentes muchos años en la práctica mercantil internacional y que, una vez reunidas y enunciadas de manera escritural, servirán a la consecución eficaz del fin económico de ambos contratos. De alcanzarse y completarse, expresamos que la magnificencia, la completitud y la practicidad de una regulación conjunta convertirán al texto en un cuerpo de referencia y suscripción directa e inmediata por las partes en la construcción y conclusión del seguro y del reaseguro marítimo. La unificación se convierte en una tarea necesaria ante las previsiones macroeconómicas venideras que presentan un incremento significativo de la celebración de contratos de reaseguro durante la próxima década. El fruto de la cooperación internacional entre el sector asegurador y reasegurador marítimo determinará la creación de un marco de «*soft law*» -derecho blando, pero no por ello menos sólido- que garantizará a las partes interesadas una estructura contractual a la relación aseguradora y reaseguradora marítima a la que, por acuerdo de ambas, podrán acogerse de manera total o parcial mediante la exclusión de ciertas reglas. Esa unificación y concreción también contribuirá a la divulgación y expansión del propio instituto del reaseguro hasta convertirlo en un fenómeno internacional íntegro. La publicación de un texto de estas características representará un acuerdo de amplio consentimiento por parte de unos sectores clave en el orden económico internacional y permitirá una mayor inversión y un desenvolvimiento del tráfico económico al permitir que las operaciones se lleven a cabo con mayor seguridad jurídica. El esfuerzo que conllevará la realización del proyecto unificado merecerá nuestro elogio y cumplirá una valiosísima función en el mundo de los negocios internacionales.



## CONCLUSIONI

### **PRIMA. Esistenza della riassicurazione marittima come categoria speciale del contratto di riassicurazione.**

In alcuni testi giuridici specializzati, sia spagnoli che italiani, c'è chi difende un concetto universale di riassicurazione e, con esso, un'unica modalità della stessa senza badare a nessuna classificazione speciale. D'altro parte, riteniamo che l'esistenza della categoria marittima della riassicurazione possa essere definitivamente e inequivocabilmente affermata. Non è solo una questione dogmatica ma anche pratica ed è stato possibile dedicarle un'attenzione particolare e concludere il presente studio.

La riassicurazione marittima ha una propria natura e la sua rivendicazione comporta inevitabilmente la proclamazione di una particolarità che le conferisce valore e ne giustifica l'esistenza autonoma a prescindere dal riconoscimento giuridico che può meritare. Attualmente, la costruzione della natura giuridica dell'istituto non è stata intrapresa né dall'ordinamento giuridico spagnolo né da quello italiano sebbene sia presente nella realtà dei contratti, come si può vedere dai modelli contrattuali che abbiamo riprodotto in questo lavoro.

La riassicurazione generale non è priva di un *nomen iuris*, ma piuttosto ha una denominazione specifica, riconosciuta e confermata dal diritto positivo spagnolo e italiano, in modo tale da rivendicar la sua l'inclusione nei contratti tipici o nominati. Tuttavia, il contenuto contrattuale della riassicurazione è il risultato del potenziale normativo dell'assicuratore-riassicurato e del riassicuratore per regolare il loro rapporto giuridico entro i limiti legali. La natura giuridica della riassicurazione non deriva -o lo fa minimamente e scarsamente- dalle disposizioni legali. Nell'esercizio del principio dell'autonomia privata, le parti possono convenire di disciplinare il loro accordo secondo l'esperienza e la prassi commerciale consolidata, il che può anche comportare accordi che distorcono l'essenza e la struttura originaria della riassicurazione. La configurazione giuridica della riassicurazione marittima è relegata ad un'organizzazione *inter partes* e la sua invisibilità giuridica non deve portare a mettere in discussione la singolarità dell'istituto perché è la realtà contrattuale che assegna fortemente alla riassicurazione una propria sostanza e una peculiare struttura giuridica, che non permette di identificarla con nessun'altra figura giuridica. Il fatto che il contratto sia soggetto ad una propria regolamentazione è ciò che lo rende anche una riassicurazione speciale (marittima). Non è una regolamentazione legale ma strettamente contrattuale, diversa da quella contenuta nella legge e dagli altri tipi di assicurazione. Il forte legame giuridico che le parti possono stabilire tra la riassicurazione e l'assicurazione marittima attraverso alcune clausole (ad esempio «*follow the fortune*», il riassicuratore «segue la fortuna» dell'assicuratore-riassicurato) permette di attribuire un carattere marittimo alla riassicurazione. Non è possibile negare l'autentica individualità di questo contratto e, di conseguenza, non esitiamo ad affermare che si tratta di un contratto di Diritto marittimo.

La qualifica «marittima» delle istituzioni di Diritto implica l'aggiunta di una serie di specialità. Nella riassicurazione marittima, queste aggiunte non sembrano essere evidenti con un'intensità notevole e manifestamente percepibile. Così, ad esempio, un istituto tipico come quello dell'abbandono nella liquidazione dei sinistri marittimi non

avrebbe posto in questa particolare riassicurazione. Dopo l'esame, concludiamo che le singolarità che si verificano nella riassicurazione marittima non sono né così tante né così pronunciate, ma ciò non deve portare a una valutazione equivoca e una negazione della natura marittima della riassicurazione.

È vero che la riassicurazione non copre direttamente un interesse oppure un rischio della navigazione marittima. Nemmeno il luogo in cui si verifica la perdita nella riassicurazione ha un'identità marittima. Tuttavia, è il rischio marittimo che dà luogo all'obbligo di indennizzo del riassicuratore nei confronti dell'assicuratore-riassicurato quando il danno nell'assicurazione marittima si è verificato e l'assicurato diretto è stato adeguatamente indennizzato per il danno subito. L'assicurazione che copre i rischi della navigazione marittima è il presupposto necessario della riassicurazione marittima e perderebbe altrimenti il suo *status* speciale. A nostro avviso, la «natura marittima» della riassicurazione deriva anche dalla condizione che essa soddisfa come assicurazione indiretta dei rischi e degli interessi marittimi. Il significato preciso della riassicurazione marittima individua il contratto stesso facendo riferimento ai particolari rischi della navigazione che esso comporta. L'essenza e l'esistenza della riassicurazione marittima si trova nel suo precedente: l'assicurazione marittima.

La distinzione tra la particolare natura giuridica della riassicurazione, in generale, e quella della riassicurazione marittima, in particolare, dovrebbe essere non solo apprezzata, ma anche proclamata per evitare pratiche contrattuali che ne sminuirebbero gli scopi oppure ne snaturerebbero l'autonomia contrattuale. Le radici di qualsiasi tipo di riassicurazione saranno sempre marittime perché la riassicurazione è stata inizialmente concepita e sviluppata nel campo della navigazione marittima. Lo scenario nautico ha segnato la genesi storica dell'istituto della riassicurazione e questo impedisce che il contesto in cui si è sviluppato sia oggi ignorato, perché è questo che dà senso e ragione d'essere all'istituto. La riassicurazione marittima è una categoria specifica del contratto di riassicurazione e, inoltre, è la prima categoria che ha conosciuto la realtà negoziale.

#### **SECONDA. Natura originariamente commerciale e marittima del contratto di riassicurazione.**

L'assicurazione marittima nasce legata al commercio e alla navigazione, ed è considerata l'origine dell'attuale contratto di assicurazione. Il più antico contratto di assicurazione marittima di cui esistono prove fisiche è una scrittura fata a Genova nel 1347 e Barcellona fu la prima città a regolamentare questo contratto di assicurazione nella sua ordinanza sugli atti di commercio marittimo nel 1435. Entrambe le circostanze costituiscono manifestazioni di una incipiente pratica assicurativa nel Mediterraneo e denotano, con ogni probabilità, l'esistenza di alcuni usi e costumi che avvenivano anche prima di quelle date e che dovevano essere ordinati. La rilevanza di questo contratto è determinata dal suo contributo storico allo sviluppo dell'attività commerciale e della navigazione marittima. Anche la riassicurazione è nata in questo ambito commerciale e marittimo, arrivando ad essere considerata un'istituzione antica quasi quanto l'assicurazione. Il primo contratto di riassicurazione conservato risale al 1370 e offriva copertura all'assicurazione marittima che copriva la traversata da Cadice a Sluys, con origine a Genova. Un nuovo contratto sviluppato sulla base dell'assicurazione

marittima: la riassicurazione marittima. Entrambi i contratti hanno avuto origine nella sfera marittima e costituiscono una creazione dei mercanti mediterranei del XIV secolo, da qui la configurazione iniziale come contratto commerciale che è sopravvissuto fino ai nostri giorni. La assicurazione e la riassicurazione nascono in un ambiente specifico e si sviluppano come strumenti giuridici per rispondere alle esigenze di settori particolari fino a generalizzarsi nel traffico nazionale e internazionale. L'utilità e l'importanza della funzione che svolgono hanno permesso loro di sopravvivere per secoli e continuano a farlo ancora oggi.

Nel corso dei secoli, i mercanti hanno creato e concordato degli usi adattati agli scopi economici speciali che perseguivano nelle loro attività quando la legge non era adeguata alle esigenze del traffico commerciale. L'essenza contrattuale e privata con cui l'assicurazione e la riassicurazione marittima sono state originariamente configurate è rimasta praticamente invariata, ad eccezione dei controlli amministrativi che non incidono in alcun modo sulla loro natura giuridica privata. Entrambi i contratti sono due degli strumenti giuridici più antichi del traffico economico e non rappresentano una moderna costruzione contrattuale.

Tradizionalmente, il Diritto commerciale è un Diritto che disciplina i contratti speciali e la «natura commerciale» è stato il criterio per sottoporre il contratto ad un regime speciale. Inoltre, la particolare natura della loro struttura contrattuale richiede un'interpretazione in linea con la natura e gli interessi sottostanti la riassicurazione, in modo da non snaturare il compito per cui sono chiamati e quindi essere in grado di dare una risposta alle esigenze e alle necessità del mercato del rischio. In Italia, questa questione non è così particolare e pronunciata come in Spagna, dove esiste un regime giuridico differenziato e conseguenze pratiche. L'unificazione del diritto privato italiano e, in particolare, del settore degli obblighi e dei contratti, non impedisce il riconoscimento della peculiarità del contratto di riassicurazione marittima, tanto meno della sua complessità (tecnica, economica, giuridica, ecc.). Sebbene sia vero che non esiste una doppia regolamentazione in materia di assicurazione e riassicurazione nell'ordinamento giuridico spagnolo, la validità del Código de Comercio costituisce una base di diritto positivo che consente di proclamare una distinzione e di utilizzare criteri come l'inclusione oppure l'analogia per designare certi negozi giuridici come commerciali. L'interesse e l'utilità della menzione commerciale risiede principalmente nella natura giuridica del contratto e, insieme ad esso, nell'esclusione di alcune norme giuridiche (ad esempio, norme di tutela quando l'utente è una persona fisica e agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale) dal rapporto tra le parti oppure nell'applicazione di eventuali norme speciali che possono esistere (ad esempio, gli Articoli 50 a 63 del Código de Comercio).

La distinzione e la qualificazione giuridica tra contratto civile e contratto commerciale non offusca il particolare contesto della realtà imprenditoriale in cui si sviluppa il contratto di riassicurazione.

La contrattazione «di massa» è stata una caratteristica della contrattazione commerciale e la riassicurazione partecipa a questa contrattazione. Le operazioni isolate non rendono l'assicurazione e la riassicurazione attività praticabili e razionali. È necessario che sia l'assicuratore che il riassicuratore effettuino operazioni multiple e

continue nell'esercizio della loro attività al fine di formare un gruppo di rischi sufficientemente ampio e omogeneo da consentire l'applicazione di un calcolo probabilistico.

L'attività assicurativa e riassicurativa non è concepibile né operativa senza un sistema aziendale che svolga l'attività in modo organizzato e professionale. Senza un sistema per organizzare l'esercizio professionale dell'attività di assicurazione e riassicurazione nel mercato, non esisterebbero né la compagnia di assicurazione né la compagnia di riassicurazione. Indipendentemente dal territorio in cui viene conclusa, la riassicurazione è un contratto che fa necessariamente parte di un traffico economico, specializzato e strutturato. L'intervento obbligatorio di due imprenditori (assicuratore e riassicuratore) è un requisito legale che viene richiesto principalmente in risposta a presupposti e requisiti tecnici, senza i quali la riassicurazione non potrebbe essere effettuata. Si tratta, quindi, di un contratto tra imprenditori oppure di un contratto commerciale e, in virtù di tale qualifica, riceve la sua caratterizzazione commerciale. I sistemi giuridici spagnolo e italiano richiedono forme giuridiche specifiche affinché soggetti privati possano accedere all'attività e meritino la qualifica di impresa di assicurazione (società per azioni, società cooperativa, società di mutua assicurazione le cui quote di partecipazione siano rappresentate da azioni, società europea oppure società cooperativa europea) oppure impresa di riassicurazione (società per azioni oppure società europea). Inoltre, entrambi agiscono su un piano di parità. Tutte queste circostanze dimostrano che non solo è necessaria una speciale organizzazione iniziale, ma anche una speciale struttura giuridica con cui svolgere la propria attività economica e che determina un regime giuridico proprio.

La riassicurazione, oltre ad essere svolta nell'ambito di un'attività economica organizzata, costituisce l'oggetto specifico della impresa di riassicurazione. La «aggettivazione» commerciale di questo contratto non è aperta alla discussione. La riassicurazione è in perenne connessione con l'attività commerciale ed economica, il che impedisce che venga sottratta al proprio campo speciale. La riassicurazione è in perenne connessione con il traffico commerciale e l'attività economica, il che impedisce che venga sottratta al proprio e particolare ambito.

### **TERZA. Principio di contiguità tra l'assicurazione marittima e la riassicurazione marittima.**

La storia evolutiva della riassicurazione non può essere spiegata senza fare riferimento all'assicurazione marittima e al contesto commerciale specifico in cui si è sviluppata per la prima volta. Nemmeno si può oggi rinunciare a tale rinvio nell'esposizione della riassicurazione marittima poiché è radicata nell'assicurazione marittima da un punto di vista funzionale.

La vicinanza tra il contratto di assicurazione marittima e il contratto di riassicurazione marittima è assolutamente necessaria e frequente nella pratica contrattuale. La giurisprudenza, la dottrina e le varie leggi nazionali sottolineano che, nonostante lo stretto rapporto tra assicurazione primaria e riassicurazione, entrambi sono contratti giuridicamente autonomi e indipendenti. In altre parole, l'assicurazione diretta e la riassicurazione sono compartimenti completamente stagni perché operano su

livelli diversi ma, allo stesso tempo, sono contratti inevitabilmente consecutivi. In entrambi i contratti vi è una concatenazione funzionale ma non formale che mira principalmente a suddividere e distribuire l'eccesso dei rischi di natura marittima che si presentano agli assicuratori. La riassicurazione marittima serve come collegamento e complemento giuridico all'assicurazione marittima. I due contratti coesistono negli affari. È vero che, nell'ambito della navigazione marittima, la coassicurazione è anche utilizzata come tecnica per dividere e distribuire i rischi accettati dagli assicuratori, ma la coassicurazione presenta una gestione più complessa e costi economici più elevati che contribuiscono all'implementazione della riassicurazione più generalizzata nelle politiche e nei piani delle compagnie di assicurazione sulla gestione del rischio.

Prendendo come punto di partenza l'espressione che ha fatto la sua fortuna secondo la quale la riassicurazione è «l'assicurazione dell'assicurazione», precisiamo che il contratto di riassicurazione marittima è l'assicurazione indispensabile dell'assicurazione dei grandi rischi: i rischi della navigazione marittima. Fermo restando il fatto che il nuovo legame giuridico è stabilito sulla base contrattuale dell'assicurazione marittima, i rapporti stabiliti tra i due contratti sono totalmente diversi.

L'origine contrattuale di qualsiasi riassicurazione marittima si trova nell'assicurazione marittima, ma senza sostituirla oppure novarla, quindi le vicissitudini (ad esempio la nullità oppure l'annullamento) che possono derivare dal contratto di riassicurazione non incidono sul contratto di assicurazione. Il principio di indipendenza tra l'assicurazione originaria e la riassicurazione fa riferimento all'autonomia funzionale poiché la riassicurazione può essere influenzata da carenze che incidono sull'assicurazione stessa a causa della sua considerazione come presupposto contrattuale (*conditio iuris*) della prima, ma non viceversa. Il rapporto di indipendenza ha una specialità nel contenuto del contratto di riassicurazione. Una delle manifestazioni di questo principio di indipendenza risiede nell'assenza di un legame giuridico tra l'assicurato diretto e il riassicuratore, poiché entrambi sono titolari di diritti e rapporti giuridici diversi. Non esiste un legame tra l'assicurazione marittima e la riassicurazione, ma esiste un rapporto di contiguità che rivela una adiacenza tra le due. Così, ad esempio, potremmo citare le clausole «*back to back*» oppure «*follow the settlement*» come espressioni del principio che genera un collegamento oppure una connessione tra i due contratti. Il riconoscimento universale di queste clausole è giustificato dalle loro radici nel tempo e nei contratti poiché, anche se queste regole non sono state espressamente incluse, operano in modo automatico.

Questo rapporto di prossimità è debitore del principio di comunità d'interesse oppure di solidarietà tra i membri di una comunità che ispira l'istituto della riassicurazione. L'attività di riassicurazione è un'estensione complementare dell'attività di assicurazione diretta e l'espressione «comunità di fortuna» oppure «comunità di alea» è spesso utilizzata per indicare che la riassicurazione segue la «fortuna» dell'assicurazione principale, ossia che il riassicuratore subisce le vicissitudini del rischio assicurato e beneficia degli accordi vantaggiosi sulla quantificazione del danno che l'assicuratore-riassicurato può raggiungere con i suoi assicurati. In pratica, la regolarità delle clausole che riflettono l'espressione di questo principio ha portato a considerarla come una «clausola universale» che evidenzia un legame tra il contratto di assicurazione e il

contratto di riassicurazione, vale a dire, qualsiasi evento che colpisce il contratto di assicurazione originario avrà un impatto diretto e immediato sul contratto di riassicurazione. Tuttavia, la dottrina discute molte situazioni controverse e distingue tra il principio di «seguire il destino dell'assicuratore-riassicurato» e il principio di «seguire le azioni dei riassicurati». L'idea di una comunità di interessi è stata molto presente negli istituti marittimi fin dal Medioevo (ad esempio avarie comuni oppure particolare) e da essa derivano particolarità e precisioni che attualmente vengono risolte prendendo come riferimento il principio della massima buona fede, come pilastro monolitico su cui poggiano il contratto e il sistema riassicurativo, ma la sua diffusa delimitazione e le controversie a cui questo e altri principi danno luogo, rendono opportuno avviare una regolamentazione concreta e indipendente. La riassicurazione non è solo un contratto che contribuisce all'espansione dell'attività assicurativa ma anche alla sua stessa esistenza e, nel campo marittimo, l'assicurazione e la riassicurazione formano un'unica e indissolubile categoria di entità sufficiente per essere oggetto, da un punto di vista giuridico, di un trattamento unitario con cui risolvere una moltitudine di situazioni pratiche e garantire l'adempimento delle funzioni e degli scopi perseguiti con il contratto di riassicurazione.

#### **QUARTA. Necessità di una regolamentazione specifica e completa sulla riassicurazione marittima.**

In assenza di qualsiasi disposizioni che facciano riferimento alla riassicurazione marittima e dall'analisi della normativa in vigore in Spagna e in Italia in materia di riassicurazione in generale, si può concludere l'insufficienza normativa nei due ordinamenti sopra citati. L'impossibilità per l'assicurato diretto di esercitare un'azione diretta contro il riassicuratore (principio di indipendenza) non può che essere evidenziata come unico denominatore comune tra le due legislazioni (principalmente Articolo 78 LCS e Articolo 1929 Codice Civile). Il quadro normativo entro il quale la riassicurazione può trovare una copertura legale è molto limitato, ancora di più se la riassicurazione riguarda un rischio della navigazione marittima.

Il contenuto del contratto di riassicurazione marittima è soggetto principalmente all'autonomia privata delle parti e, sulla base del presunto equilibrio contrattuale delle parti contraenti e degli interessi particolari di entrambe, saranno le parti a determinare e specificare gli estremi del loro rapporto giuridico senza altri limiti da quelli previsti dalla legge. Dal contratto di riassicurazione non è possibile dedurre in modo sufficiente l'intero contenuto della relazione tra l'assicuratore-riassicurato e il riassicuratore, per cui è necessario fornire risposte sulle conseguenze della cessazione dell'interesse riassicurativo, il rimborso o il non rimborso delle spese di salvataggio, il termine per l'esercizio delle pretese derivanti dalla riassicurazione, l'ambito dei poteri del riassicuratore nella liquidazione del sinistro nell'assicurazione originaria, la ripartizione delle spese necessarie per indagare l'origine del sinistro, la violazione dell'obbligo di trattenere una quota del rischio e così via.

La complessità dei conflitti che possono sorgere sarà, in larga misura, responsabilità delle parti. In assenza di norme giuridiche specifiche, gli usi e le consuetudini sono chiamati fonti del diritto sia nell'ordinamento giuridico spagnolo (Articolo 2 Código de

Comercio, Articoli 1 e 1258 Código Civil) sia in quello italiano (Articolo 1 delle disposizioni sulla legge in generale del Codice Civile e Articoli 1340 e 1374 Codice Civile) per colmare le lacune purché non siano «*contra legem*». Gli usi sono norme giuridiche non scritte che derivano da un comportamento generale uniforme e costante nel commercio, e che possono manifestarsi in usi normativi (regole a cui la legge si riferisce e che sono considerate come fonti del Diritto) e interpretativi (comportamenti che, in senso stretto, non sono fonti del Diritto ma integrano e interpretano il contratto completando la dichiarazione di volontà delle parti) sia in Spagna che in Italia. Secondo il sistema delle fonti del Código de Comercio, la consuetudine prevale sulle norme di diritto comune ma con l'eccezione dell'Articolo 50 del Código de Comercio: le norme di diritto civile prevalgono sugli usi nelle materie elencate nel precetto (ad esempio interpretazione, estinzione oppure prova del contratto, capacità delle parti; non così per quanto riguarda il contenuto contrattuale).

Nonostante il fatto che le Camere di Commercio spagnole e italiane abbiano la competenza per raccogliere gli usi e i costumi dell'attività economica e commerciale, non è sempre facile ricorrere a un elenco specifico oppure provare l'esistenza e la validità degli stessi in alcuni settori specifici del traffico commerciale come quello marittimo. In molte occasioni, le regole generali dell'assicurazione contro i danni vengono applicate alla riassicurazione sulla base del fatto che condividono la stessa natura e che gli stessi fattori economici influenzano entrambi. L'applicazione analogica è una risorsa valida e consentita per il legislatore, ma non bisogna dimenticare che, in assenza di norme specifiche sulla riassicurazione marittima, tale modalità di integrazione comporta l'applicazione di norme ai casi in cui, pur essendoci un'inescusabile identità, non sempre si possono soddisfare le specifiche esigenze commerciali provenienti dalla navigazione marittima e dalla riassicurazioni. L'uso delle disposizioni generali sul contratto di assicurazione contro i danni nella riassicurazione marittima permette di risolvere alcune questioni ma, per altri aspetti, tale integrazione non è soddisfacente, come abbiamo spiegato nelle pagine precedenti. La normativa integrativa fa riferimento alle caratteristiche generali dell'assicurazione danni e la sua applicazione a eventi simili, ma con carattere specifico, deve essere effettuata con grande cautela e deve essere sempre di carattere eccezionale.

La situazione descritta sopra potrebbe essere evitata con un regolamento sulla riassicurazione marittima, poiché la vera autonomia giuridica di un istituto richiede che sia dotato di una organizzazione indipendente. Il vero valore della riassicurazione si concentra sul suo funzionamento come meccanismo di atomizzazione del rischio e, insieme all'entità del contratto di riassicurazione e alle sue funzioni nell'attività economica mondiale, merita un'attenzione che deve essere sostenuta e non dovrebbe riguardare solo gli aspetti pubblici ma anche a quelli privati.

Nonostante il dibattito e il tradizionale confronto tra il principio di specialità e quello dell'unità dell'ordinamento giuridico, il diritto della navigazione si è consolidato in un diritto scientificamente autonomo. Tuttavia, ci sono molte istituzioni di diritto marittimo che non sono state incluse nei processi di codificazione marittima che sono stati intrapresi e che sono ancora in vigore. Porre l'istituto della riassicurazione come ulteriore manifestazione del diritto delle assicurazioni può portare all'ambiguità. La

disciplina giuridica di tutte le istituzioni marittime -comprese l'assicurazione e la riassicurazione marittima- attrae una particolarità che costringe la grande maggioranza delle questioni che sorgono in relazione a se stessa a essere rimossa dal regime generale per essere affrontata da un in modo indipendente e specifico nelle leggi marittime nazionali. Questo è accaduto, in passato e anche nel presente, sia nel sistema giuridico spagnolo che in quello italiano. In Spagna, il contratto di assicurazione marittima trova la sua regolamentazione giuridica in una legge diversa dalla legge che contiene, in generale, quella del contratto di assicurazione. Anche in Italia, dove gli Articoli in materia di assicurazione marittima sono contenuti in un Codice diverso del Codice che contiene le disposizioni generali sul contratto di assicurazione. Questo stesso criterio, che è stato utilizzato da entrambi i legislatori, non dovrebbe essere esaurito nell'assicurazione marittima, ma dovrebbe coprire anche la riassicurazione marittima e, in mancanza di disposizioni specifiche che si riferiscano ad essa, riteniamo che dovrebbe essere giuridicamente definito e disciplinato al suo fianco. La formulazione legale di questa categoria speciale di assicurazione deve costituire, in considerazione della sua indipendenza contrattuale, un'unità separata e distinta, ma coordinata con le disposizioni del contratto marittimo da cui deriva.

Fermo restando che nella conclusione che segue svilupperemo e determineremo con precisione le parole che seguiranno immediatamente, vogliamo indicare che la regolamentazione della riassicurazione marittima potrebbe essere inserita consecutivamente agli articoli che regolano l'assicurazione marittima nel Codice della Navigazione. La riforma legislativa che verrebbe intrapresa con l'inclusione potrebbe anche essere accompagnata da una revisione e da un aggiornamento di quelle questioni che la dottrina italiana ha richiesto principalmente in relazione ai contratti marittimi, delle affermazioni che la giurisprudenza ha fatto fino ad oggi, nonché delle situazioni che si sono verificate nella pratica e che sono state superate autonomamente dagli operatori dopo l'approvazione del testo codificato nel 1942. In Spagna, il legislatore ha la intenzione di codificare e creare un'infrastruttura normativa specifica per la navigazione. Nella disposizione finale dell'attuale Ley Navegación Marítima prevede che il governo spagnolo sia incaricato di elaborare e approvare un Código de la Navegación Marítima che, con una finalità più ampia di quella prevista dalla suddetta legge, riunirà definitivamente questo diritto speciale e autonomo. Non sono ancora iniziati i lavori per realizzare questo Codice, ma riteniamo che l'inserimento degli Articoli che si riferiscono alla riassicurazione marittima in questo testo codificato sarebbe idoneo perché diventerà il principale strumento giuridico nel campo della navigazione. Come nel caso italiano, il nuovo testo dovrà tener conto delle proposte di revisione e miglioramento che sono state fatte sull'assicurazione marittima. Se in entrambi i paesi viene introdotto un regolamento sulla riassicurazione marittima, le disposizioni devono essere inserite nel rispetto del carattere di dispositivo della maggior parte degli Articoli e con la partecipazione della preminenza del principio di autonomia della volontà nella regolamentazione legale e nella relazione commerciale.

Il trattamento giuridico del rischio marittimo deve essere -dal suo inizio alla sua estinzione- unitario perché, altrimenti, si genererebbero effetti frustranti e anomalie nella natura contrattuale e si perpetuerebbe una disvertebrazione giuridica, privando il



mercato del rischio della struttura necessaria che deve presiedere per tutta la vita del rischio della navigazione marittima.

Oltre alla particolare natura marittima della riassicurazione, vi è anche la complessità di alcune questioni che caratterizzano l'istituto della riassicurazione -indipendentemente dal ramo- e anche la frequenza con cui la riassicurazione si svolge nel mondo degli affari. L'idoneità di una normativa che faccia riferimento a questo contratto specifico risiede anche nelle sue possibilità di applicazione pratica che non esitiamo a segnalare come immediate, viste le statistiche che coincidono nell'indicare che la maggior parte del commercio internazionale si svolge attraverso il mare e le prospettive di crescita in questo settore. Nonostante il fatto che la sua configurazione comporti sempre grandi difficoltà, la riassicurazione marittima insieme all'assicurazione marittima sono istituzioni di indiscutibile importanza economica con una presenza abituale nel mercato.

In contrasto con le posizioni che mantengono un concetto generico di riassicurazione e ne difendono la sua sistematizzazione tra le normative generali nazionali in materia di assicurazione, bisogna rivendicare la peculiarità di quasi tutti gli istituti di diritto marittimo. Questi hanno la loro origine nel contratto di assicurazione marittima e, in alcune occasioni, le disposizioni contenute nelle diverse legislazioni nazionali può non essere sufficiente per ausiliare oppure spiegare altre figure contrattuali oppure istituti appartenenti al settore della navigazione marittima. Sono pochissime le questioni che si risolvono a partire da una posizione così ampia e comune su un argomento essenzialmente specifico. L'inclusione di una normativa minima sulla riassicurazione risulta carente alla luce dei problemi che derivano da questo contratto e della complessità che ne deriva. Sebbene sia vero che si possa formulare, sia dottrinalmente che legalmente, un unico concetto di riassicurazione in cui sarebbero inclusi le diverse modalità (terrestre, aerea e marittima) di riassicurazione, ciò significherebbe ignorare una o più parti della realtà negoziale e non affrontare le caratteristiche che presenta ogni contratto di riassicurazione. Il concetto analitico di riassicurazione marittima implicherebbe la definizione delle caratteristiche e degli elementi principali del contratto e sarebbe un segno espressivo della particolarità che lo configura. In poche occasioni, il trattamento ampio e generale della riassicurazione affronta questioni di entità pratica. Il diritto delle assicurazioni spagnolo e italiano non possono accontentarsi di una semplice menzione oppure di una formulazione misera in materia di riassicurazione in quanto sarebbero chiaramente incompleto se non si sviluppasse legalmente un contratto di grande rilevanza economica, pratica e giuridica.

Non troviamo giustificati quei pareri che rifiutano di elaborare una serie di Articoli che si riferiscono alla riassicurazione marittima in considerazione dell'approccio minimo e della sottomissione delle questioni riassicurative in tribunale. L'intenzione del legislatore non dovrebbe dipendere dal numero specifico di sentenze, ma dovrebbe mirare al raggiungimento di un ordinamento giuridico che eviti qualsiasi confusione e sia vantaggioso nella sfera economica privata e pubblica. La possibilità che i conflitti siano risolti dai tribunali deve rimanere indipendente dalla motivazione e dall'attività del legislatore. L'adozione di un testo -legale o meno- sul regime giuridico dell'assicurazione e della riassicurazione marittima consentirebbe di porre fine a un trattamento insufficiente della questione e di promuovere il commercio e l'industria del

trasporto marittimo fornendo una maggiore sicurezza giuridica all'ordine economico. Non condividiamo l'argomento secondo cui l'armonizzazione delle condizioni generali di riassicurazione comprometterebbe lo scopo delle clausole arbitrali di non dover andare in tribunale, perché non violerebbe la natura dei rapporti derivanti dalla riassicurazione, ma piuttosto garantirebbe un'interpretazione e un funzionamento uniforme del contratto attraverso un mezzo a disposizione di chiunque abbia una controversia da risolvere.

La richiesta di una normativa sulla riassicurazione marittima non è dovuta solo al fatto che si rivelano situazioni che l'interprete giuridico deve risolvere con diversi risorse e spirito tecnico, ma anche perché ci sono questioni che trascendono il piano contrattuale privato e addirittura possono coinvolgere una minaccia per l'ordine economico mondiale. L'incidenza e la notorietà della riassicurazione sull'ordine finanziario internazionale è sufficientemente nota e, nel campo marittimo, è stata ampiamente rilevati in questa tesi. Ci sono questioni (ad esempio l'insolvenza) di questo contratto particolare che possono portare disfunzioni e modificare l'ordine economico di più di uno Stato-nazione. La minaccia che il danno non venga in definitiva riparato dal responsabile può compromettere la credibilità del sistema assicurativo e generare confusione sulla sua reale utilità tra alcuni operatori del traffico e anche nella stessa società civile. Questa confusione dovrebbe essere evitata con una regolamentazione sulla riassicurazione che creano certezza nell'ambito contrattuale, sicurezza nell'ambito giuridico e fiducia nel settore assicurativo e nei settori connessi (ad esempio, trasporti). L'organizzazione dei mercati finanziari richiede una struttura ordinata che non comprometta il ruolo e l'affidabilità della riassicurazione. La complessità tecnica del problema deve essere sostenuta da una normativa che tenga conto delle particolarità della materia ma che, allo stesso tempo, combini il maggior consenso possibile tra gli operatori del commercio marittimo. Il quadro giuridico che ne deriva non deve operare come un limite e, di conseguenza, minare la contrattazione e ridurre la libertà contrattuale delle parti, ma piuttosto la regolamentazione giuridica deve operare come una rivelazione delle caratteristiche e della struttura di base della riassicurazione e dare soluzione al maggior numero possibile di ipotesi.

#### **QUINTA. Armonizzazione e unificazione internazionale dei contratti di assicurazione e riassicurazione marittima.**

Il carattere minimo e insufficiente delle normative nazionali sulla riassicurazione generale, insieme alla necessità di una regolamentazione della riassicurazione marittima per colmare il vuoto giuridico esistente, sono solo alcune delle manifestazioni che rivelano la situazione insoddisfacente in cui si trova l'organizzazione giuridica della contrattazione internazionale. Non si tratta di una carenza condivisa solo da Spagna e Italia, ma è un fenomeno diffuso in molti altri Stati appartenenti ad altri continenti e sistemi giuridici. La vocazione prevalentemente sovranazionale della riassicurazione dei rischi marittimi e la leadership del mercato assicurativo e riassicurativo anglosassone, dimostrano che l'ambito in cui si sviluppa il contratto non si limita alle norme giuridiche nazionali e richiede per sé una regolamentazione che affronti la specificità e la natura internazionale del traffico commerciale in cui si svolge. Avendo notato la necessità di

una regolamentazione specifica e completa dei principali elementi della riassicurazione marittima, dichiariamo che tale lavoro dovrebbe essere preferibilmente di carattere internazionale poiché la riassicurazione eccede la sua configurazione di contratto e opera principalmente come fenomeno globale. La conclusione precedente deve essere specificata nei seguenti termini.

La contrattazione commerciale internazionale è disciplinata da un Diritto che, senza essere collegato ad alcun ordinamento giuridico nazionale, ha una propria autonomia ed è costituita da condizioni generali, clausole, principi, usi, costumi... di natura uniforme nei diversi accordi privati che vengono raggiunti. Rispetto alle legislazioni degli Stati, la riassicurazione marittima viene effettuata in questa pratica commerciale in modo «autonomo», tenendo conto solo delle norme obbligatorie di ordine pubblico in vigore in ogni paese. Lo sviluppo uniforme dei contratti è stato così avanzato che il fenomeno è stato definito con il termine «nuova *lex mercatoria*», cioè un gruppo dei principi e delle regole private, non vincolate da nessun sistema giuridico specifico, che nasce per la soddisfazione di interessi privati e di esigenze pratiche. La affermazione precedente è dovuta all'identico contenuto della maggior parte delle clausole negoziate e consentite che sono presenti nella stragrande maggioranza dei contratti di riassicurazione marittima e che sono il risultato, in primo luogo, dell'applicazione inadeguata delle leggi nazionali alle esigenze del traffico commerciale internazionale e, in secondo luogo, dell'autonomia privata risultante della attuazione da chi esercita la professione commerciale e opera nel mercato del rischio.

La riassicurazione marittima è stata -e continua ad essere oggi- un esponente del diritto autonomo del commercio internazionale la cui visibilità è sempre stata circoscritta alla pratica della realtà giuridica ed economica, ma che è in grado di essere organizzata, completata, collegata e coordinata in modo formale attraverso una procedura di armonizzazione e unificazione che ne consenta la sua immediata identificazione. Senza dimenticare il carattere consuetudinario e internazionale con cui il diritto commerciale è nato e si è sviluppato, affermiamo che il nostro tempo è segnato dalla globalizzazione e centrato sul diritto dei contratti. Il suddetto processo di armonizzazione e unificazione delle regole della riassicurazione marittima costituisce l'espressione di tutto ciò e rappresenta un'evoluzione di una parte del diritto commerciale internazionale che consentirà di accentuare la sua tendenza espansiva. Il risultato deve concretizzarsi nell'adempimento sostanziale di norme che siano espressione, da un lato, dei principi che informano la riassicurazione marittima e che sono stati raccolti in modo disperso nel tempo, nei contratti e in alcune leggi nazionali e, dall'altro, degli usi e costumi che sono emersi nella pratica commerciale marittima e assicurativa. La reiterazione -e persino la presunzione nota- di questi principi e usi speciali in vigore nel campo della riassicurazione internazionale richiedono la loro trasformazione in norma contrattuale, senza pregiudicare il fatto che possano servire da guida per una successiva legge.

Una delle clausole che ci permette di identificare la suddetta «*lex mercatoria*» è l'accordo che sottopone ad una procedura stragiudiziale la risoluzione di qualsiasi controversia derivante dalla riassicurazione. Le parti hanno tradizionalmente inserito una clausola arbitrale per risolvere eventuali controversie nei contratti marittimi e di

riassicurazione. A parere delle parti e in considerazione della natura tecnica della materia, la sottrazione dell'accordo al processo giudiziario presenta vantaggi indiscutibili (tra i più notevoli, il mantenimento della reputazione, la stretta confidenzialità, procedimenti più rapidi o meno costosi) rispetto alla presentazione della questione ai tribunali ordinari. La procedura arbitrale contribuisce alla creazione di questo diritto autonomo in quanto è anche una fonte di diritto, una giurisdizione propria, sebbene non assoluta, per il fatto che le parti possono sempre rivolgersi al tribunale per risolvere un conflitto (anche se poche sentenze, la pratica dimostra che è possibile) e il riconoscimento dei Tribunali del lodo arbitrale per la sua esecuzione. La connotazione dell'arbitrato è quindi doppia e di grande rilievo. In molte occasioni, le parti concordano -in caso di controversie che sorgono tra loro durante l'esecuzione del contratto- che l'arbitro risolverà il conflitto in equità e non in diritto. Questa circostanza dimostra che, nell'unificazione della materia, non è necessariamente richiesto un carattere giuridico - anche se ne incarna gran parte- ma anche tecnico ed economico per rappresentare perfettamente la vera essenza del contratto.

La doppia peculiarità della materia -derivata dal diritto marittimo e dal diritto riassicurativo-, l'esperienza disuguale delle pratiche riassicurative tra i paesi, l'imprecisione e l'ambiguità dei termini e delle disposizioni contenute nei contratti, la frammentazione e l'insufficienza dei quadri normativi nazionali, la limitata applicazione analogica delle norme marittime o di quelle assicurative in generale... sono solo alcune delle principali ragioni per cui, in molte occasioni, si generano situazioni di incertezza giuridica che rallentano l'espansione del settore e gli investimenti in esso. Ci sono notevoli differenze tra i sistemi di «*common law*» e di «*civil law*» che rivelano una mancanza di uniformità e di interpretazione tra i due, e ci sono anche notevoli differenze in materia di riassicurazione all'interno di ciascuna famiglia giuridica. Non abbiamo dubbi che le situazioni di cui sopra potrebbero essere risolte con l'uniformità di un testo internazionale che determinerebbe un contenuto preciso e le conseguenze giuridiche come conseguenza del mancato rispetto di esso. L'armonizzazione che chiediamo è principalmente destinata a rispondere alla convenienza commerciale e non a oggettive esigenze legali e cerca un equilibrio e un consenso tra il maggior numero possibile di operatori economici, poiché sono loro stessi che agiscono nel traffico marittimo e nel mercato dei rischi e coloro che costruiscono la pratica contrattuale e che beneficerebbero di questa autoregolamentazione. Il risultato della collaborazione tra tutti i settori coinvolti sarebbe uno strumento completo di eccellenza tecnica e giuridica che fornirebbe la necessaria coerenza e omogeneità nell'interpretazione della legge come caposaldo del sistema.

L'approccio che sosteniamo non è quello di costituire un Codice Commerciale internazionale oppure un testo di un diritto commerciale globale, perché ciò incontrerebbe importanti reticenze nelle diverse tradizioni giuridiche commerciali di ogni paese, nel dissimile livello di sviluppo economico dei paesi, nelle pronunciate differenze tra la «*common law*» e l'ordinamento giuridico continentale oppure nell'accettazione e implementazione negli Stati che hanno già accolto l'unificazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti civili e commerciali, tra molte altre riserve. Non si tratta di formare un gruppo di norme che consentano a coloro che

sono coinvolti nell'operazione di riassicurazione di astrarre completamente e assolutamente dalle leggi nazionali. Non concepiamo possibile un ordinamento giuridico internazionale che regoli i rapporti giuridici del traffico economico che consenta un disconnessione totale con il Diritto perché ci sarà sempre un minimo di legame con esso.

La collaborazione internazionale per lo sviluppo del commercio finalizzata all'unificazione nella contrattazione internazionale deve partire dal trattamento -dal punto di vista giuridico e anche economico- di una delle sue figure contrattuali di maggior impatto come la riassicurazione e la stessa deve considerare le specialità che possono sorgere nel campo della navigazione (con particolare attenzione alla navigazione marittima) e dei trasporti. Pur riconoscendo i dubbi, le difficoltà e la complessità (tecnica e politica) che un progetto di armonizzazione e di unificazione come quello da noi proposto comporterà, riteniamo che una fase precedente alla materializzazione di questa volontà unificatrice internazionale dovrebbe necessariamente occuparsi del diritto interno degli Stati in questa materia. In particolare, si dovrebbe fare uno sforzo scrupoloso per organizzare una posizione unitaria in cui le differenze locali siano risolte, i principi esistenti siano integrati e le tendenze sparse in ogni sistema giuridico nazionale siano unificate. Conviene specificare la pratica generalizzata nel traffico internazionale partendo sempre da una posizione nazionale che non contempla alcuna disparità.

Oltre ai principali attori coinvolti nella pratica assicurativa e riassicurativa, i lavori volti a questa unificazione potrebbero essere preparati da organizzazioni non governative (ad esempio, *Comite Maritime International*, *International Chamber of Commerce* oppure *International Insurance Law Association*) con la collaborazione e l'assistenza di organizzazioni governative internazionali (ad esempio, *International Maritime Organization* oppure *United Nations Conference for Trade and Development*) e organismi intergovernativi indipendenti (ad esempio, *International Institute for the Unification of Private Law* oppure *World Trade Organization*). Tutti i lavori dovrebbero essere finalizzati all'individuazione oppure alla creazione di soluzioni specifiche per aiutare a interpretare e risolvere eventuali controversie che possono sorgere dalla riassicurazione in questo particolare ambito marittimo e in altri campi in cui è opportuno. L'origine privato-contrattuale e la soggezione all'autonomia della volontà delle parti non significa che la futura regolamentazione possa coesistere anche con disposizioni di carattere tecnico-pubblico che potrebbero incidere sull'ordine economico internazionale, come la fissazione di requisiti minimi per il riconoscimento di un'autorizzazione oppure requisiti economico-tecnici sufficienti per evitare situazioni di insolvenza. La partecipazione congiunta con gli enti pubblici non deve essere equamente convertita in risultati concreti, poiché l'autonomia di volontà segnerà la maggior parte dei contenuti e le linee guida pubbliche che finiranno per essere adottate saranno i meno numerosi.

Ci sono state diversi tentativi di unificazione legislativa nel settore delle assicurazioni marittime, ma nessuno di questi tentativi ha avuto un successo minimo che ci invita a mantenere un sincero ottimismo per il futuro. È necessario menzionare i principi enunciati nelle condizioni generali di riassicurazione dal *Bureau International*

*des Producteurs d'Assurances et de Reassurances* e sottolineare la formulazione e la recente pubblicazione dei Principi UNIDROIT del Diritto dei contratti di riassicurazione dovrebbero essere evidenziati come esempio di un progetto di unificazione in cui convergono gli usi e le pratiche internazionali. Tuttavia, si tratta di principi che hanno come obiettivo la riassicurazione in generale e non affrontano le particolarità che un contratto di riassicurazione potrebbe presentare in relazione ai rischi della navigazione marittima. Per questo motivo siamo favorevoli all'armonizzazione e all'unificazione in un unico testo dell'assicurazione e la riassicurazione marittima.

Il rischio è solo una parte del diritto assicurativo ma, a nostro avviso, è la parte più importante perché svolge una funzione determinante dello stesso e, in considerazione della sua particolare natura (marittima), difendiamo che dovrebbe anche avere un trattamento differenziato e unitario. In caso contrario, sarebbe impossibile sostenere che l'assicurazione marittima oppure l'assicurazione contro i rischi della navigazione marittima sia disciplinata da specifici testi legali (Ley Navegación Marítima e Codice della Navigazione) e diversi da quelli che contengono il regime generale del contratto di assicurazione (Ley Contrato Seguro e Codice Civile). La difesa di questa posizione non è dovuta solo una questione di autonomia scientifica, ma anche alla sua importanza pratica, poiché la riassicurazione è un elemento fondamentale dell'attività economica ed è legata ai contratti di assicurazione marittima. La funzionalità del sistema assicurativo e riassicurativo sul mercato richiede anche la formulazione di un trattamento unificato dell'assicurazione e della riassicurazione marittima in un unico testo per garantire un'organizzazione adeguata e completa di tutto questo Diritto speciale.

Il principio di contiguità tra i due contratti è presentato in una connessione operativa ma deve avere un supporto normativo. L'assicurazione marittima non è concepibile né nella realtà pratica né nella realtà scritta senza la riassicurazione dei rischi della navigazione marittima. La redazione congiunta di questo Diritto sostanzialmente uniforme dovrebbe tener conto dei termini commerciali specifici della navigazione, delle dinamiche e della natura giuridica dell'assicurazione e della riassicurazione e delle questioni pratiche che devono essere chiarite oppure almeno orientate verso quelle soluzioni che costituiscono un'utile risposta applicabile ai casi marittimi. Il compito delle finalità di cui sopra deve essere svolto da coloro che operano nel traffico commerciale e, in particolare, dagli imprenditori professionali dell'assicurazione e della riassicurazione marittima. I problemi che sorgono nel vasto campo del diritto delle assicurazioni e del diritto della navigazione possono essere risolti in modo soddisfacente solo da coloro che hanno l'esperienza del mercato e agiscono in modo ordinario in esso, conoscendo in prima persona le disparità legali tra le varie famiglie giuridiche, le incertezze delle leggi nazionali in materia di assicurazione e riassicurazione marittima e le carenze di entrambi gli istituti. La loro partecipazione servirà da garanzia nella formulazione delle regole e nella loro sottomissione.

Non ci troveremo di fronte a un evento storico, dati che il settore marittimo internazionale ha già conosciuto in passato altri esempi di unificazione delle regole consuetudinarie (ad esempio, la opera *Costumes de Mar* è una raccolta di usi e costumi marittimi spagnoli e italiani mentre l'aspirazione all'uniformità delle operazioni marittime è nata con la compilazione di regole nel *Llibre Consolat Mar*) e in altre più

recenti riguardanti i danni (Regole di York e di Anversa), urti (Regole di Lisbona) oppure copertura assicurativa marittima («*Institute Cargo Clauses*»), tra gli altri. Anche se è vero che esistono altri strumenti che regolano la responsabilità del vettore (Regole dell'Aia-Visby) oppure il trasporto di merci per mare (Regole di Amburgo e Regole di Rotterdam) che sono ampiamente applicati nel commercio mondiale e nel trasporto marittimo, bisogna notare che si tratta di Convenzioni Internazionali.

Per realizzare il progetto che proponiamo, la conclusione di una Convenzione Internazionale presenterebbe alcuni ostacoli come l'opposizione di quegli Stati le cui normative nazionali attraggono una parte molto importante di tutte le operazioni di assicurazione e riassicurazione marittima concluse sul mercato mondiale. La paura di una significativa perdita economica e una diminuzione della loro egemonia giuridica a livello internazionale, rendono opportuna l'adozione di uno strumento di natura diversa. Per gli scopi proposti, la procedura deve essere promossa e guidata dai settori coinvolti e l'uso generalizzato delle regole unificate deve obbedire alla libera adozione delle parti. Le regole avranno un carattere dispositivo e la loro applicazione ricadrà sempre nel massimo rispetto del principio di libertà contrattuale. Le leggi nazionali dovranno consentire alle parti interessate di concordare liberamente le regole che desiderano per la conclusione dell'assicurazione e della riassicurazione marittima e potranno indicare, in mancanza di accordo, fare riferimento alla versione più aggiornata di tali regole. Le regole non saranno configurate con carattere statico ma spetterà al mercato stesso decidere il momento e l'entità del rinnovo del testo attraverso le edizioni successive. E va anche la pena ricordare che ci sono esempi di successo di partecipazione congiunta e di natura contrattuale (il suo valore vincolante dipenderà dall'esplicita incorporazione nel contratto) come, ad esempio, le Regole della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo e la Camera di Commercio Internazionale relative ai documenti di trasporto multimodale che invitano a salvaguardare la speranza nel perseguimento di un progetto arricchito con i contributi di un'ampia partecipazione anche se questo potrebbe ostacolare il completamento finale dell'opera.

Gli operatori del mercato del rischio devono adottare le proprie regole scritte in un settore chiave come il trasporto marittimo e, in questo modo, garantire il pieno funzionamento dell'istituto dell'assicurazione nel suo senso più ampio. Non c'è bisogno di una norma giuridica in senso stretto per regolare entrambe le istituzioni, ma c'è bisogno di uno strumento adeguato che copra principi e aspetti specifici alla natura di entrambe le istituzioni e che sia applicabile in un ambiente internazionale. L'industria della riassicurazione, come il suo contratto principale, è sola una e non è limitata a un ambito nazionale specifico.

Esiste una pluralità di regole professionali che sono presenti da molti anni nella pratica commerciale internazionale e che, una volta raccolte ed enunciate in modo scritturale, serviranno a realizzare efficacemente lo scopo economico di entrambi i contratti. Se viene raggiunto e completato, esprimiamo che la magnificenza, la completezza e la praticità di un regolamento comune renderà il testo in un corpo di riferimento e di sottoscrizione diretta e immediata nella costruzione e conclusione dell'assicurazione e della riassicurazione marittima. L'unificazione diventa un compito necessario in vista delle prossime previsioni macroeconomiche che indicano un

aumento significativo nella conclusione di contratti di riassicurazione durante il prossimo decennio. Il frutto della cooperazione internazionale tra l'industria dell'assicurazione e della riassicurazione marittima determinerà la creazione di un quadro di «*soft law*» che garantirà alle parti una struttura contrattuale al rapporto di assicurazione e riassicurazione marittima alla quale, con l'accordo di entrambe le parti, potranno utilizzare in tutto o in parte escludendo certe regole. Questa unificazione e concrezione contribuirà anche alla diffusione e all'espansione dello stesso istituto di riassicurazione fino a diventare un fenomeno completamente internazionale. La pubblicazione di un testo con queste caratteristiche rappresenterà un accordo di ampio consenso da parte di alcuni settori chiave dell'ordine economico internazionale e consentirà un maggiore investimento e uno sviluppo del traffico economico, permettendo di svolgere le operazioni con maggiore sicurezza giuridica. Lo sforzo richiesto nella realizzazione del progetto unificato proposto meriterà il nostro elogio e svolgerà una funzione inestimabile nel mondo degli affari internazionali.



## **ANEXOS**



## ANEXO I

**DIAMANTINI A. N., *Handbook on reinsurance*, The Insurance Publishing Co., Ltd., London, 1918.**

### SPECIMEN OF FORM OF A MARINE REINSURANCE TREATY

Articles of agreement entered into this ... day of ... 191... between the ... insurance company, whose registered offices are situated at ... (hereinafter call the "company") of the one part and the ... insurance company, whose registered offices are situated at ... (hereinafter called the "reinsurer") of the part.

#### ARTICLE 1.

##### Proportion of interest.

The company undertakes to cede to the reinsurer and the reinsurer agrees to accept from the company a quota share of ... per cent of each and every marine risk ceded to the reinsurer shall never exceed £ ... on any one risk except as provided in Article 2 hereof.

The company undertakes to retain for its own account not less than ... per cent of the whole business ceded under this agreement.

The operation of this agreement includes the following insurances written by the company, their agents, representatives, and correspondents in the United Kingdom:

Insurances on cargo marine and/or war, freight marine and/or war, parcel post marine and/or war, hulls on voyage marine and/or war, hulls on time marine and/or war and other marine and/or war interests.

Risks written by the company under reinsurance and coinsurance treaties with other companies are excluded from this agreement.

#### ARTICLE 2.

##### Limits.

It is the desire and intention, so far as is practicable and possible, and every precaution will be taken, to limit the interest of the company under this agreement on any one vessel to sums not exceeding the amounts given on the enclosed list of limits (marked "A"). Should it so happen, however, that the company is inadvertently interested in any one vessel for larger sums, then the reinsurer agrees to accept his quota share of such additional amount.

#### ARTICLE 3.

##### Commencement of liability.

The liability of the reinsurer for amounts ceded to him will commence simultaneously with that of the company.

#### ARTICLE 4.

##### End of liability.

All reinsurances ceded to the reinsurer shall remain in force until the end of the terms of the insurance to which they appertain.

#### ARTICLE 5.

##### Right to reinsure.

The company shall have the right to reinsure the whole or part of any risk should they deem such a procedure advisable, and the charges thereof or the premium paid in respect of such reinsurances shall be proportionately borne by all the reinsurers; the reinsurances being effected for common account.

ARTICLE 6.

Original rates.

The rates of premium to be paid to the reinsurer shall be the same as those received by the company after deduction of original brokerages, discounts, agency commissions and allowances.

ARTICLE 7.

re Bordereaux.

The company shall furnish the reinsurer upon preliminary bordereaux forms with particulars of such reinsurances effected under this treaty, such advices to be posted at least once a week, and shall furnish the reinsurer with particulars of the completed cessions under this treaty upon final bordereaux forms, which shall follow the preliminary advices as soon as it is practicable, and shall advise the reinsurer upon an alteration bordereaux of any material alterations affecting the said particulars. Should any bordereaux be omitted, delayed or lost in transmission, the reinsurer shall nevertheless be liable for all reinsurances contained therein, and the books and documents of the company shall be considered as evidence of the existence of such bordereaux.

ARTICLE 8.

re "ex gratia" Payments and salvage.

All returns of premiums, losses, and compromise of losses, including "ex gratia" payments and payments on account, and all expenses or allowances in connection with the losses, shall be unconditionally binding upon the reinsurer, and the proportion due from the reinsurer shall be paid to the company as provided under Article 9 of this agreement. The company may at its sole discretion commence, continue, defend, compromise, settle or withdraw from actions, suits and prosecutions, and generally do all such matters relating to any claim or loss which in its judgment may be beneficial, and the payment of expenses connected therewith shall be shared by the reinsurer in due proportion.

The reinsurer shall participate in due proportion to his interest in all amounts which shall be recovered by the company in respect of any loss or damage by way of salvage or otherwise.

ARTICLE 9.

re Cash payment of losses.

In any claim or claims arising from one and the same loss in which the share of the company shall in the aggregate amount to ... pounds and upwards, the reinsurer shall remit his share of the loss to the company immediately after communication of the settlement of the loss to the reinsurer. All other claims are to be settled in account.

ARTICLE 10.

Examination of books.

The reinsurer shall have the right at all reasonable times of delegating an official from his office, conversant with the business embraced by this agreement, to examine the books and other documents in connection with the business ceded under this agreement, provided such official occupies in the reinsurer's office the position either of a Director, or of a manager, or of a sub-manager.

ARTICLE 11.  
re "Bona fides"

The general intention of this agreement is that the reinsurer shall in every case, and in the proportion of this reinsurance, follow the fortune of the company. Should it, however, happen that the company shall have omitted to advise the reinsurer on some point relating to a risk, or have failed to advise a reinsurance for which the company is actually liable, or have incorrectly advised the cancelment of a reinsurance, the risk being nevertheless really continued with the reinsurer in such event, the reinsurer shall be entitled to reasonable proof of the "bona-fides" of the case on the part of the company.

ARTICLE 12.  
Commission and profits.

The reinsurer shall pay the company an over-riding commission of ... per cent upon the nett premiums. The reinsurer shall pay a further commission of ... per cent upon the annual nett profits of the business ceded to him under this agreement, to be calculated as follows:

Under the head of "income"

- (1) Nett premiums, less cancelments and returns
- (2) Salvages and recoveries
- (3) The outstanding claims reserve from the previous year (if any)

Under the head of "outgo"

- (1) Losses paid during the current year
- (2) The reserve for claims outstanding

ARTICLE 13.  
Settlement of accounts.

Monthly accounts shall be rendered by the company to the reinsurer. Each month's account shall include the premiums, returns, claims, recoveries, etc., which appear in the bordereaux dated within the month. Every three months an account for the respective quarter of the year is to be rendered by the company, which will represent a summary of the monthly statements for the three months of that quarter. This account is to be rendered within one month of the expiry of such quarter. In this account the reinsurer will be debited with 40% (forty per cent) of the premium credited to him in the same account; this amount will be transferred to a special account called the "premium reserve" account. The amount so debited in the first, second, third and fourth quarters of one year will be credited back to the reinsurer respectively in the first, second, third and fourth quarter accounts of the following year and so on.

The company will allow to the reinsurer an interest of ... per cent on all moneys so accumulated on the reserve account. If the balance of such quarterly account is to the debit of the reinsurer, the letter undertakes to settle such balance within fifteen days after receipt of the said account.

If the account shows a balance in favour of the reinsurer, the such balance will be paid to the reinsurer within fifteen days after confirmation of such account.

ARTICLE 14.  
Duration of agreement.

This agreement commences on the ... and may at any time be cancelled by three months' notice being given by registered letter on either side to expire on the 31st December in

any one year. In case of such cancelment, however, the reinsurer is bound to accept and to recognise any increase and alterations even if they be performed after the expiry of the contract if they apply to cessions made to the reinsurer before that term.

Besides the above normal termination of the agreement, the company has the right to cancel this agreement at any period and also to withdraw from the portfolios ceded to the reinsurer all risks not yet terminated-this right the company has in case:

(1) of failure or bankruptcy of the reinsurer or of his entering into arrangements with his creditors.

(2) of amalgamation with another company or companies.

If the company uses this right, the reinsurer shall still remain liable for all risks ceded to him up to the date of the cancelment of the agreement.

#### ARTICLE 15.

##### Arbitration.

All disputes which may arise under this agreement between the parties hereto shall be referred without delay to the arbitration and decision of two independent persons being managing officials of marine insurance companies, one to be chosen by the company and one by the reinsurer, or in case of a disagreement between the two arbitrators, then of an umpire to be chosen by the arbitrators, before entering upon the reference, and the decision of the arbitrators or umpire, as the case may be, shall be final and binding both on the company and the reinsurer. The arbitrators or umpire, as the case may be shall interpret this agreement rather as an honourable engagement than as a merely legal obligation. In the event of one of the parties to this agreement failing to nominate its arbitrator within one month after the arbitration shall be demanded, or in the event of the two arbitrators failing to nominate and umpire within one month after their appointment as arbitrators, then the chairman for the time being of the chamber of commerce in London shall nominate such arbitrator or umpire. The seat of the arbitration shall be in London. This contract shall be construed in accordance with english law and the parties hereto admit the jurisdiction of the english court subject to the arbitration as above referred to.

#### ARTICLE 16.

##### Defence of the realm act and enemy clause.

In this understood by both parties that the operation of this agreement is subject to all the regulations of the defence of the realm act of the british government.

It is hereby agreed that the reinsurer will not reinsure or retrocede, directly or indirectly, any risks ceded to him under this agreement to:

(1) Any company of any enemy country, *i.e.*, of any country at war with Great Britain or her allies.

(2) Any company of neutral country unless such company shall have given a binding undertaking that no such business will be passed on or retroceded to any company of any enemy country.

#### ARTICLE 17.

##### Agreement in duplicate.

This agreement is to be made out in duplicate and signed by both of the contracting parties.

## ANEXO II

**MAINARDI R., *La riassicurazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1923.**

### CLAUSOLA - RIASSICURAZIONI FACOLTATIVE MARITTIME

La ... riassicura alla ... (in seguito chiamata la cedente) i rischi qui specificati, per la o le somme sottoindicate al tasso ed ai diffalchi segnati. Salvo deroghe esplicite, le riassicurazioni in appresso indicate s'intendono effettuate sotto l'osservanza di tutte le clausole e condizione generali. Il riassicuratore sostituisce la cedente in tutti gli effetti della presente riassicurazione; approva fin d'ora tutti i cambiamenti fatti e da farsi, di rotta e/o di rischio nonchè tutte le appendici emesse o da emettersi dalla cedente stessa; s'impegna di riconoscere qualsiasi regolamento, giudizio o transazione e si obbliga a rimborsare la quota a suo carico di qualunque perdita, avaria o storno, verso la presentazione della quietanza del pagamento effettuato dalla cedente; si obbliga pure a rimborsare la sua quota proporzionale in spese di liquidazione, intervento, difesa ed altre relative, dispensando formalmente la cedente da ogni comunicazione, osservanza di prescrizione, termini e/o formalità giudiziarie. Errori involontari ed omissioni nella descrizione dei rischi riassicurati colla presenten non patranno in nessun caso invocarsi dal riassicuratore per liberarsi dagli impegni assunti verso la cedente.

## ANEXO III

**FOLCINI L., *Elementos prácticos de reaseguros*, traducción de CHARLAN R., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.**

### TEXTO DE UN CONTRATO DE EXCEDENTE PARA EL RAMO DE TRANSPORTES

#### ARTICULO 1.

Riesgos aplicables.

1. Serán aplicables al presente contrato los riesgos asumidos por la compañía, directa o indirectamente, sobre cascos de buques, máquinas y aparejos; sobre mercancías, valores y fletes; sobre intereses del armador de cualquier clase, así como sobre todos otros riesgos especiales, complementarios o accesorios que la compañía atribuya al ramo de transportes.
2. Serán igualmente aplicables al presente contrato los riesgos de guerra, minas, torpedos u otros instrumentos bélicos explosivos, guerra civil, tumultos, motines, huelgas, revueltas, etcétera.
3. Quedan excluidos del presente contrato los seguros indirectos aceptados obligatoriamente por la compañía en virtud de los tratados generales de reaseguros o retrocesiones que la misma pueda tener estipulados.
4. Podrán ser excluidos de la aplicación al presente contrato, total o parcialmente, los seguros o reaseguros asumidos por la compañía y procedentes de entidades de carácter disciplinario de una determinada clase de seguros, constituidas o que puedan constituirse en lo sucesivo.
5. La compañía tendrá también la facultad de ceder una o más cuotas de sus aceptaciones a «*pools*» locales o nacionales, a compañías amigas o concurrentes, siempre que ello sea obligatorio, consuetudinario o simplemente lo considere.
6. Los riesgos aplicables al presente contrato podrán estar suscritos en los siguientes territorios:
  - a) En la nación española y en los lugares -colonias, posesiones, protectorados, etc.- donde el Estado español ejerza una influencia política, militar o administrativa.
  - b) En los países en que la compañía ejerza o pueda ejercer sus actividades por medio de una representación o agencia.
  - c) En el mundo entero cuando se trate de riesgos suscritos a favor de clientes españoles.

#### ARTÍCULO 2.

Participación y compromiso máximo.

1. Sobre los riesgos aplicables al presente contrato, la compañía se compromete a ceder al reasegurador, en reaseguro, una cuota-parte fija de .../120 de sus excedentes. El excedente está constituido por la diferencia entre el capital suscrito por la compañía, neto de las posibles partes alícuotas cedidas de conformidad con lo estipulado en el Artículo anterior, y el pleno que la compañía conserve por propia cuenta en la medida establecida en la tabla de plenos anexa al presente contrato y que forma parte integrante del mismo.
2. El reasegurador se compromete a aceptar la participación antes indicada hasta la concurrencia de ... (...) veces el pleno de conservación de la compañía.



### ARTÍCULO 3.

#### Determinación del cúmulo.

1. A los efectos del presente contrato, el conjunto de los intereses asegurados por la compañía sobre mercancías cargadas en una misma nave o convoy y por el mismo viaje y/o entre escalas intermedias constituye un riesgo único (cúmulo) sobre el cual la compañía conservará su prioridad; análogamente constituye riesgo único el conjunto de los intereses asegurados por la compañía sobre el casco de un buque durante un determinado periodo de tiempo o viaje.
2. La cuota-parte correspondiente al reasegurador sobre el excedente resultante del cúmulo deberá ser proporcionalmente repartida sobre todos los intereses que concurran a la formación del cúmulo original.
3. Cuando un cúmulo resulte formado en diferentes monedas, la prioridad de compañía será establecida, de manera provisional, en la moneda o en las monedas correspondientes a los capitales más elevados, sobre la base del cambio oficial del Boletín de la Bolsa de Madrid del último día del mes precedente.  
Al efectuar la definición, la prioridad de la compañía será repartida proporcionalmente entre las diversas monedas que concurren a la formación del cúmulo, calculadas al cambio del Boletín Oficial de la Bolsa sobre cuya base fue establecida la prioridad de modo provisional.
4. En los casos de viajes combinados y de transbordos, la prioridad de la compañía se establece según el medio de transporte con el cual será efectuado el viaje principal y la responsabilidad del reasegurador se extiende en proporción uniforme a los riesgos propios de los viajes que preceden o siguen al viaje principal.

### ARTÍCULO 4.

#### Seguro en buque a determinar.

1. En los casos en que no sea declarado el nombre del buque o se trate de seguros estipulados con «póliza abierta», el excedente será determinado considerando cada seguro o aplicación como un riesgo separado. En tal caso, la prioridad de la compañía deberá ser la mínima de la categoría a la cual corresponda el riesgo, sin perjuicio de rectificarla tan pronto como el nombre del buque le sea conocido.
2. Cuando por consecuencia de la declaración del nombre del buque correspondiente a un seguro aceptado sobre buque a determinar o por otra razón justificada, independiente de la voluntad de la compañía, resulte que un conjunto de seguros no aplicados anteriormente al reasegurador formen un cúmulo cuya cuantía supere la prioridad de la compañía, el excedente resultante deberá ser igualmente aplicado al reasegurador en la forma prevista en el Artículo 2.  
Análogamente, cuando por los motivos arriba indicados la cuantía de un riesgo o de un cúmulo exceda del límite que la compañía pueda asumir en virtud del presente contrato, la sobre-excedencia, si no hubiera sido reasegurada por la compañía con otros reaseguradores, será repartida proporcionalmente entre la compañía y el reasegurador según las normas del Artículos 2.

### ARTICULO 5.

#### Reaseguro por cuenta común.

1. La compañía se reserva la facultad de reasegurar por cuenta común una parte o aun la totalidad de un riesgo o de un cúmulo tantas veces como lo considere oportuno en su propio interés y en el del reasegurador. Sin embargo, en el caso de que la prima del reasegurador por cuenta común sobrepase en un 20% la prima original, la compañía deberá previamente solicitar el consentimiento del reasegurador.

El extorno resultante como consecuencia del reaseguro por cuenta común será aplicado al reasegurador a las mismas condiciones, primas y descuentos que la compañía haya obtenido de los reaseguradores por cuenta común. Las pérdidas que pudieren derivarse de posibles incumplimientos de los reaseguradores por cuenta común deberán ser repartidas entre la compañía y el reasegurador proporcionalmente a sus respectivas cuotas de participación en el riesgo original.

#### ARTICULO 6.

##### Modalidades de las cesiones.

1. La responsabilidad del reasegurador sobre los riesgos aplicables al presente contrato empieza y termina al mismo tiempo que principia y cesa la de la compañía incluso en el caso de que por error o por otro motivo justificado, las aplicaciones correspondientes hayan sido notificadas al reasegurador una vez ya extinguido el riesgo y después del aviso de un siniestro.
2. Los riesgos serán cedidos a las condiciones, primas y sobreprimas originales, brutas de corretajes o comisiones de adquisición, pero netas de los eventuales descuentos figurados en la póliza y por lo tanto reconocidos a favor del asegurado por la compañía que haya emitido dicha póliza.
3. El reasegurador tiene derecho a participar solamente en las primas y sobre-primas originales de la póliza, excluidos los accesorios, cualquiera que sea su naturaleza, su forma o su denominación.
4. El reasegurador soportará, en proporción de su cuota-parte, la aleatoriedad del crédito, reservándose la compañía el derecho de extornar las primas que, eventualmente, no pudieran ser cobradas de los asegurados.
5. Las cesiones que deban efectuarse en virtud del presente contrato habrán de ser notificadas al reasegurador lo más pronto posible mediante boletines provisionales sobre los cuales serán indicados los extremos principales del riesgo. Las cesiones notificadas en forma provisional serán después regularizadas a medida que la compañía entre en posesión de los elementos necesarios.

#### ARTÍCULO 7.

##### Siniestros avisados y liquidados.

1. La compañía procederá por sí sola a la tramitación y al arreglo de los siniestros. Los arreglos efectuados por la compañía, así como los gastos relativos, comprometerán al reasegurador, que no puede, en ningún caso ni por ningún motivo, contestar o discutir las liquidaciones, aun cuando hayan sido efectuadas en vía amistosa o transaccional, incluso en el caso de que el conjunto de la indemnización, de los gastos, de los intereses, etc., superen el total de la suma asegurada.
2. El reasegurador participará, en la cuantía de su cuota parte, en los recobros por cualquier procedimiento conseguidos, al neto de los gastos.
3. Los siniestros declarados serán comunicados al reasegurador lo más pronto posible.
4. Los siniestros liquidados serán notificados al reasegurador por medio de relaciones trimestrales.
5. Al final de cada ejercicio la compañía remitirá al reasegurador una relación completa de los siniestros que se encuentren en suspenso.
6. En el caso de que la cuota a cargo del excedente, sobre una suma a pagar por un siniestro, alcance o supere, con inclusión de gastos, el importe de 100.000 pesetas (o el equivalente de dicha suma en otra moneda) la compañía podrá exigir del reasegurador el reembolso al contado de la parte a su cargo. La remesa de fondos deberá ser hecha dentro de los ocho días siguientes a la fecha de petición.

7. La solicitud del reembolso al contado no podrá tener lugar para el pago de siniestros sobre los cuales el reasegurador haya constituido ya en poder de la compañía el depósito de garantía en metálico según lo previsto en el Artículo 11.

#### ARTÍCULO 8.

##### Comisiones de reaseguro.

1. El reasegurador reconoce a la compañía las siguientes comisiones:  
30% (treinta por ciento) sobre las primas, netas de anulaciones, correspondientes a negocios mercancías, riesgo ordinarios.  
20% (veinte por ciento) sobre las primas, netas de anulaciones, relativas a los negocios mercancías, riesgo de guerra.  
15% (quince por ciento) sobre las primas, netas de anulaciones, correspondientes a los negocios cascos, riesgo ordinario.  
10% (diez por ciento) sobre las primas, netas de anulaciones, correspondientes a los negocios cascos, riesgo de guerra.

#### ARTÍCULO 9.

##### Participación en los beneficios.

1. El reasegurador bonificará anualmente a la compañía con una participación del 10% sobre los posibles beneficios realizados en virtud del presente contrato.
2. Se establecerá una cuenta de pérdidas y ganancias provisional y una definitiva para cada ejercicio.  
La cuenta provisional será establecida después de transcurridos treinta y seis meses desde la terminación del ejercicio a que se refiera; la definitiva una vez extinguidos todos los compromisos del reasegurador pertenecientes al mismo ejercicio.
3. La cuenta de pérdidas y ganancias comprenderá:  
En el activo o entradas: las primas cedidas, netas de anulaciones.  
En el pasivo: a) las comisiones de reaseguro; b) los siniestros liquidados, netos de recobros; c) las reservas de siniestros al trigésimo sexto mes de la terminación del ejercicio (solamente sobre la cuenta provisional); d) el 5% de las primas cedidas, netas de anulaciones, a título de gastos generales del reasegurador.
4. La cuenta más arriba referida será establecida separadamente para cada moneda. El resultado de cada cuenta en moneda extranjera, convertido en pesetas al tipo de cambio del Boletín Oficial de la Bolsa de Madrid en la fecha del cierre de la cuenta, será transferido a la cuenta correspondiente a la moneda española.
5. El excedente del activo resultante de la cuenta en pesetas, comprensivo de las monedas extranjeras convertidas, constituirá el beneficio neto sobre el cual el reasegurador deberá abonar a la compañía el 10%, salvo liquidación definitiva. En caso de pérdida, ésta será reportada a la cuenta de pérdidas y ganancias de los ejercicios siguientes hasta su extinción definitiva.
6. El resultado obtenido de la cuenta antes indicado será rectificado cuando la compañía, habiendo procedido ya al arreglo de todos los siniestros correspondientes al ejercicio a que se refiera la cuenta, se encuentre en condiciones de poder redactar la cuenta de pérdidas y ganancias definitiva.

#### ARTÍCULO 10.

##### Cuenta corriente.

1. Dentro de los tres meses después de la terminación de cada semestre natural, la compañía enviará al reasegurador los extractos de cuenta correspondientes a las operaciones desarrolladas en el semestre.

Dichos extractos serán establecidos en moneda original y el saldo resultante habrá de ser liquidado por la parte deudora dentro de los treinta días siguientes al envío de la cuenta, sin perjuicio de posibles rectificaciones posteriores.

#### ARTÍCULO 11.

##### Cuenta de depósito.

1. En garantía de los compromisos asumidos por el reasegurador, la compañía queda autorizada a retener en su poder, en metálico, un depósito caucional igual a la reserva de primas y/o a la reservas de siniestros, aplicando las modalidades que siguen:
2. En el primer año de participación dicho depósito estará constituido solamente por el 33 1/3% de las primas sobre riesgos cascos y 1/12 de las primas sobre riesgos de mercancías cedidas en el curso de los dos semestres.
3. En los años sucesivos, y durante toda la duración del contrato, la cuenta de depósito estará constituida: a) por el 33 1/3% de las primas sobre riesgos de cascos y 1/12 de las primas sobre riesgos de mercancías cedidas en el curso de los últimos doce meses; b) por el importe de los siniestros en suspenso al final de cada ejercicio.
4. Después de la anulación del contrato, el depósito a que se refiere el párrafo anterior, letra a), será reembolsado al reasegurador a medida que vayan extinguiéndose sus compromisos sobre los riesgos en curso.
5. A partir del segundo año de participación en el contrato y hasta la total extinción de los compromisos del reasegurador, el pago de los siniestros liquidados correspondientes a daños ocurridos en los ejercicios anteriores, será efectuado mediante transferencia del importe que proceda de la cuenta depósito a la cuenta corriente.
6. Salvo lo establecido en el párrafo anterior la regularización del depósito, cualquiera que sea la forma en que se halle constituido, se efectuará al final de cada ejercicio.
7. Sobre el depósito caucional retenido en metálico la compañía reconocerá al reasegurador el interés anual del 2,5%.

#### ARTÍCULO 12.

##### Duración del contrato.

1. El presente contrato en vigor el ... y se establece por duración indeterminada. Cada una de las partes contratantes tendrá la facultad de poderlo rescindir al 31 de diciembre de cada año, mediante carta certificada que deberá ser enviada no más tarde del 30 de septiembre anterior.  
Queda reservada al reasegurador la facultad de rescindir en cualquier momento la cobertura de los riesgos detallados en el párrafo 2º del Artículo 1 del presente contrato, mediante aviso telegráfico cursado con una antelación de siete días, confirmado por carta certificada.
2. En el caso de que el presente contrato entre a formar parte de un cuadro de intercambios de negocios entre las partes, la compañía se reserva la facultad de rescindirlo, aun cuando haya transcurrido el plazo hábil para la anulación, si el reasegurador procediese a la rescisión de alguno de sus contratos o modificase alguna de las cláusulas esenciales establecidas en los mismos.
3. La compañía se reserva asimismo la facultad de rescindir el presente contrato en cualquier momento, con efecto inmediato, en el caso de que el reasegurador no cumplimente cualquiera de sus obligaciones esenciales, se declare en liquidación voluntaria o forzosa o en quiebra o, en fin, siempre que intervenga en su situación un cambio que reduzca, bajo cualquier forma, la garantía que ofrecía en la fecha de la estipulación del contrato.

4. En caso de interrupción por tiempo indefinido de las comunicaciones postales entre los dos países en los cuales tienen sus domicilio social las partes contratantes, el presente contrato permanecerá en vigor hasta el 31 de diciembre del año en que se produzca la interrupción, aun si por las razones indicadas no fuera posible la notificación regular de la rescisión.

5. En caso de rescisión, notificada o tácita, del presente contrato o simplemente de los riesgos detallados en el párrafo 2 del Artículo 1, la responsabilidad del reasegurador continuará a todos los efectos por la completa duración de los riesgos aplicados o aplicables hasta la fecha de la cesación del contrato y sobre todas las variaciones o prórrogas correspondientes a dichos riesgos.

#### ARTICULO 13.

##### Disposiciones varias.

1. El reasegurador tendrá la facultad de examinar, en cualquier momento, en las oficinas de la compañía, todos los documentos o registros concernientes a la aplicación del presente contrato.

2. Los posibles retrasos, errores u omisiones de cualquier clase, retrasos postales o extravíos, no podrán en ninguna forma perjudicar la ejecución del presente contrato, quedando entendido que el reasegurador sigue, en cada caso, en la medida de su cuota-parte, la iniciativa y la suerte de la compañía.

3. En caso de interrupción en el orden numérico de los boletines, el reasegurador, deberá dar aviso de ello a la compañía, que, a su petición, facilitará copia de los documentos faltantes.

Las operaciones contenidas en dichos boletines se considerarán igualmente válidas a todos los efectos, dando fe de ellas los libros y los originales en poder de la compañía.

4. Cada una de las partes contratantes se compromete a remitir a la otra, mediante simple petición, un ejemplar de sus estatutos.

5. Cada una de las partes contratantes se compromete formalmente a regularizar los ejemplares del presente contrato y todos los otros documentos a él anexos según las disposiciones fiscales o de otra naturaleza que se encuentren en vigor en el país donde tengan su respectivo domicilio social.

#### ARTÍCULO 15.

##### Cláusula de compromiso.

Las partes contratantes declaran que al estipular el presente contrato entienden comprometerse recíprocamente de conformidad con las leyes españolas. Declaran igualmente de manera formal su intención de resolver cualquier discrepancia con espíritu de equidad antes que sobre la base del derecho estricto.

Por lo tanto, dichas partes contratantes se comprometen a someter sus eventuales controversias o desacuerdos a un junta de amigables componedores, compuesta por tres miembros, elegidos uno por cada parte y el tercero por acuerdo de los otros dos.

Si una de las partes no nombra su amigable componedor dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la solicitud de la otra parte o también en el caso de desacuerdo para el nombramiento del tercer amigable componedor dentro de los treinta días siguientes, el nombramiento será hecho por el juez competente del domicilio de la compañía en ... a requerimiento de la parte más diligente.

Los amigables componedores no están obligados a observar ninguna formalidad judicial y deciden sin apelación ni recurso, incluso por lo que concierne a la atribución de los gastos sostenidos por las partes. Las partes se obligan desde ahora a tenerse a las decisiones tomadas por los amigables componedores.

En el caso de que surgieren contestaciones que, por un motivo justificado, no pudieran ser sometidas a la junta de amigables componedores, las partes contratantes reconocen desde ahora la competencia exclusiva de los tribunales civiles de ... .

El presente contrato se establece por duplicado y a un solo efecto.  
En ... el ... y en ... el ...

## ANEXO IV

**BROSETA PONT M., *El contrato de reaseguro*, Ed. Aguilar, 1961.**

### TRATADO DE REASEGURO CONTRA RIESGOS MARÍTIMOS SOBRE MERCADERÍAS, FLETES Y/O TESORO

Entre "X", domiciliada en ..., en adelante y por abreviación cedente, y "Z", Sociedad Anónima, domiciliada en ..., en adelante denominada el reasegurador, se ha pactado el siguiente convenio de reaseguro contra riesgos marítimos sobre mercaderías y/o fletes y/o tesoro.

#### ARTICULO 1.

Participación. Definición de excedentes. Montos máximos.

La cedente cederá, y el reasegurador aceptará, el ocho mil novecientos veintinueve cienmilésimas por ciento (0,08929%) del excedente total, el cual está constituido por un primer excedente equivalente a setenta (70) veces la retención de la cedente. El excedente aludido se produce toda vez que la responsabilidad aceptada en un solo y mismo riesgo supera la cuantía de la propia retención de la cedente; por consiguiente, la suma máxima que al reasegurador corresponderá cubrir será equivalente a: seiscientas veinticinco diezmilésimas (0,0625) de una vez la retención de la cedente.

#### ARTICULO 2.

Definición de riesgo.

Se entienden como riesgos propios de las coberturas que este contrato establece todo seguro contra riesgos marítimos sobre mercaderías y/o fletes y/o tesoro que la cedente cubra en su departamento marítimo, ya sea directamente y/o como reaseguro y/ como renovación, incluyendo, además, los riesgos de transporte fluvial y/o terrestre y/o aéreo, pero exceptuando todo reaseguro y/o seguro directo sobre cascos de naves y de embarcaciones menores. No obstante, quedan cubiertos por este contrato los cascos de embarcaciones menores transportados como cargas.

La cedente queda facultada para transferir al reasegurador los riesgos de guerra, huelga, etc., que excluye la cláusula usual en el mercado mundial; pero el reasegurador se reserva el derecho de dejar sin efecto dicha facultad en cualquier momento, bastando para ello un aviso previo de siete días corridos, al término de los cuales cesará para el reasegurador toda responsabilidad sobre nuevos reaseguros y/o seguros que cubran estos riesgos de guerra, huelga, etc., quedando las responsabilidades derivadas de los reasegurados cedidos antes del aviso vigentes hasta su total extinción, tanto en los riesgos que estén en curso como en los siniestros pendientes de liquidación.

Este contrato cubre los excedentes derivados de toda póliza que sobre mercaderías y/o fletes y/o tesoro emitan las compañías nacionales de ..., aun cuando se trate de viajes entre puertos fuera de ... y/o sus sucursales en el extranjero y/o las agencias extranjeras en ...; pero excluye expresamente aquellos excedentes que provengan de contratos o aceptaciones facultativas que la cedente pacte con compañías de seguros o agencias extranjeras establecidas fuera del territorio nacional.

#### ARTICULO 3.

Retención. Límites.

La cedente fija su propia retención de acuerdo con la tabla de límites que forma parte integrante de este contrato. En caso de que una expedición o riesgo dado, al cual corresponda un límite inferior al máximo fijado en la tabla, el monto total de aceptación

de la cedente supere la capacidad de absorción de setenta y un (71) límites, la cedente podrá aumentar automáticamente su retención, siempre que dicha retención así aumentada no supere al máximo límite fijado en la respectiva tabla.

La cedente queda facultada para disminuir los límites consignados en la tabla; pero cualquier alteración de este orden deberá ser comunicada por carta aérea o cablegrama al reasegurador antes que empiece a correr el o los riesgos afectados y entrará en vigor inmediatamente después de haberse dado el correspondiente aviso.

La cedente queda facultada para disminuir los límites consignados en el riesgo dado, previo aviso formulado al reasegurador antes de empezar a correrse el riesgo, pero el ejercicio de esta facultad por parte de la cedente no aminorará la responsabilidad máxima que corresponde al reasegurador, de conformidad con la tabla de límites vigentes, en el mismo riesgo.

#### ARTICULO 4.

##### Responsabilidad automática.

La responsabilidad del reasegurador empieza automáticamente, o sea tan luego como se produzcan los excedentes a que se refiere el Artículo 1.

#### ARTICULO 5.

##### Primas.

La cedente abonará al reasegurador, por las cesiones que le transfiera, las mismas primas que percibe.

#### ARTÍCULO 6.

##### Aviso de cesiones.

La cedente enviará al reasegurador planillas (*bordereaux*) trimestrales, en las que se especificarán la clase de riesgos cedidos y las sumas que sobre éstos retiene la cedente.

Si algunas planillas fuesen omitidas o perdidas al ser enviadas, el reasegurador no dejará por ello de ser responsable de todos los reaseguros especificados en tales planillas, y los libros de la cedente se considerarán como comprobantes suficientes del despacho de las mencionadas plantillas.

#### ARTÍCULO 7.

##### Facultad de inspección.

Queda entendido que los libros y registros de reaseguros o cesiones de la cedente estarán visibles, para su inspección por el reasegurador, en cualquier día hábil y dentro de las horas de la oficina.

#### ARTICULO 8.

##### Siniestros.

El reasegurador pagará a la cedente la proporción que le corresponda en todo siniestro y/o compromisos contraídos a consecuencia de siniestros que le afecten y que haya tenido la cedente que reconocer y pagar.

Queda entendido que la cedente reconoce, y el reasegurador a su vez también reconoce, la facultad de las compañías tenedoras del seguro directo para iniciar gestiones judiciales y adoptar cualquiera otra medida aconsejada para el arreglo definitivo de los siniestros, y el reasegurador se obliga aceptar todos aquellos arreglos, compromisos o concesiones a los efectos del pago de la participación que tenga en cada caso, responsabilizándose, además, de su parte en todos los gastos y costas que se originen. El reasegurador tiene la facultad de revisar los documentos originales de las liquidaciones



de los siniestros y demás datos relacionados con éstos; pero sin que ello implique rehuir o demorar el pago de la proporción que le corresponda en el siniestro y en los gastos habidos.

#### ARTICULO 9.

##### Aviso de siniestros.

La cedente se obliga a dar aviso al reasegurador de los siniestros de importancia en los cuales esté comprometido, y trimestralmente le enviará planillas (*bordereaux*) definitivas de siniestros pagados por ella.

#### ARTICULO 10.

##### Pago de siniestros.

Queda entendido que cuando la parte aplicable al total de los reaseguradores en un siniestro no exceda de \$3.000.000 (tres millones de ...), la cedente pasará dicha parte al Debe de las cuentas de los reaseguradores; pero cuando dicha suma por pagar exceda de la cantidad antedicha, la cedente estará facultada para cobrar su equivalente al contado.

#### ARTICULO 11.

##### Errores, demoras u omisiones.

Este convenio significa que el reasegurador correrá en todos los casos la misma suerte que la cedente.

Si ocurriere que la cedente dejara de transmitir algún detalle relacionado con el riesgo y omitiera avisarle alguna cesión en la cual resulte responsable el reasegurador, tales omisiones o avisos erróneos no quebrantarán en nada la responsabilidad de éste. En dichos casos, el reasegurador estará facultado para solicitar pruebas sobre el asunto a la cedente.

#### ARTÍCULO 12.

##### Descuentos e impuestos.

Las primas de las cesiones, más adicionales y menos devoluciones que en virtud de este contrato sean transferidas por la cedente al reasegurador, estarán afectas a los siguientes descuentos e impuestos:

- a) 33% (treinta y tres por ciento) sobre las primas correspondientes a las cesiones de riesgos ordinarios.
- b) 23% (veintitrés por ciento) sobre las primas correspondientes a la cesiones de riesgos de guerra, huelga, etc., aludidos en el párrafo segundo del Artículo 2.
- c) 4,5 (cuatro y medio por ciento) de impuestos que se pagan al Gobierno de ...

El impuesto de 4,5% es el actualmente en vigencia en ...; pero queda entendido que cualquier modificación, ya sea de aumento o disminución, que el Gobierno de ... imponga será aplicada al reasegurador desde el día de su vigencia legal.

#### ARTÍCULO 13.

##### Cuentas.

Las cuentas se harán cada tres meses y se enviarán dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes al cierre del trimestre respectivo, debiendo pagarse el saldo por la parte deudora dentro del plazo de treinta (30) días, contado desde el envío de las cuentas por la cedente o de su recepción por el reasegurador, según sea el caso.

#### ARTÍCULO 14.

##### Reserva de primas.

En relación con las responsabilidades asumidas en virtud del presente contrato, el reasegurador constituye en poder de la caja de depósitos que se formarán mediante la retención del 35% (treinta y cinco por ciento) de las primas que figuren abonadas en cada cuenta trimestral.

En el segundo año y sucesivos, dichas reservas se constituirán en igual forma, reembolsándose al reasegurador en cada cuenta trimestral las reservas cargadas en el correspondiente trimestre del año anterior.

El depósito formado por las primas en ... producirá a favor del reasegurador un interés anual de dos por ciento (2%); el depósito formado por las primas en monedas extranjeras no producirá interés. Los impuestos que por concepto del rédito del depósito en ... deban pagarse al Gobierno de ... serán, de acuerdo con las leyes vigentes, de cuenta del reasegurador.

El reasegurador no podrá disponer de los depósitos para la liquidación de los saldos y/o para el pago al contado de los siniestros.

En caso de terminación del presente contrato, los depósitos serán devueltos anualmente al reasegurador, en la medida en que las responsabilidades de éste vayan extinguiéndose. En el curso del mes de abril de cada año, la cedente informará del estado de siniestros pendientes y/o responsabilidades de cargo del reasegurador y practicará la liquidación correspondiente.

#### ARTÍCULO 15.

##### Plazo de vigencia.

Este contrato empezará a regir desde el 1 de enero de ..., y su plazo es ilimitado; pero cualquiera de las partes queda en libertad para ponerle término el 31 de diciembre de cada año, con un aviso previo de tres meses.

Pero aunque se le ponga término a éste contrato en virtud del párrafo anterior, la responsabilidad del reasegurador permanecerá en vigor hasta la total extinción de las responsabilidades que sean de su cargo, tanto en los riesgos que estén en curso como en los siniestros pendientes de liquidación.

#### ARTICULO 16.

##### Arbitraje.

Cualquiera divergencia que surja en cuanto a la interpretación del presente contrato será resuelta en forma amistosa, más bien que en forma estrictamente legal, y para este caso las partes contratantes convienen en aceptar el fallo de dos árbitros arbitradores, nombrados uno por cada parte, y en caso de desacuerdo de los dos árbitros, aceptar el fallo de un tercero que será nombrado por los dos primeros árbitros antes de discutir la cuestión.

El fallo de los dos árbitros arbitradores o el del tercero, en su caso, será definitivo e inapelable para ambas partes contratantes. Si una de las partes dejara de nombrar el árbitro arbitrador en el término de treinta días contados desde el día en que se solicite el arbitraje por medio de cartas certificadas, la otra parte procederá en este caso a nombrar los dos árbitros arbitradores.

En caso de imposibilidad o de muerte de alguno de los árbitros, se elegirá reemplazante siguiendo el procedimiento aquí señalado. Si los dos árbitros arbitradores no se pusieran de acuerdo acerca del nombramiento del tercero dentro de los sesenta días contados desde su propio nombramiento, el tercero será nombrado por el presidente de la Cámara Central de Comercio de ..., a petición de cualquiera de los dos árbitros o de las partes.

Cada una de las partes someterá el caso a juicio de los árbitros arbitradores dentro del término de tres meses, contados desde el día en que se pida el arbitraje.

Los árbitros arbitradores y el tercero nombrado por ellos deberán ser empleados superiores de compañías de seguros, conocidos como expertos en el ramo de seguros, y el arbitraje se celebrará en ... .

Queda entendido que los jefes de departamento de seguros de las agencias principales de la compañías extranjeras serán considerados como empleados superiores de las compañías.

Las partes contratantes se comprometen a pagar las costas del arbitraje en las proporciones fijadas por los árbitros o por el tercero en discordia.

Los árbitros emitirán su fallo por escrito y en el plazo de un mes, contado desde el día de su designación.

## ANEXO V

**ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.**

### CONTRATO DE REASEGURO SIMPLE

#### MARINE DIVISIÓN

Cover Note Numero: ...

Date: ...st ... ..

Form: MAR 91

Assured: ... and/or as original, policy or policies

Reassured: ... (Common Account)

Vessel: ... Including new and/or added and/or acquired and/or managed and/or chartered vessels held covered on values, rates, terms and conditions to be agreed.

Period: ... With effect from ...st ... .. whilst vessels laid up not under repair at ... and/or as original policy or policies.

Interest:

Hull and machinery, etc and everything connected therewith valued at \$ ... or as valued as original policy or policies.

Sum insured:

100% of above value.

Conditions:

Original conditions and to follow settlements thereon in every respect.

Subject brokers cancellation clause (...)

Subject broker reinsurance clause (...) as attached

Subject to claims payment clause (...) (...)

Subject to war risk trading advice clause (...)

Warranted premium payable to broker (...) as follows:

1st instalment on or before 5 april 1993

2st instalment on or before 5 may 1993

3st instalment on or before 5 august 1993

4st instalment on or before 5 october 1993

Rate:

0,11% per month and pro rata

Minimum 60% days premium

Full annual premium if lost

Less 15%

Information:

Original conditions: as follows:

Institute Time Clauses - Hull port risks clause including limited navigation (20.7.87).

Deductible ptas. 9.000.000 all claims each accident excluding total loss

Clause 22.1.1 and 22.1.2 amended 50%.

Institute protection and indemnity clause amendment (clause 357) 1.6.91.

Institute war and strikes clauses - hulls time 1.10.83 including London

Blocking and trapping addendum LPO 444.

Institute radioactive contamination exclusion clause 1.10.90 (clause 356)

Order:

72.3%. This cover note is subject to Institute or other clauses as specified and should be read in conjunction with them.

#### REINSURANCE CLAUSE NUMERO (...)

Reinsurance hereunder shall be subject to all the clauses and conditions of the original insurance and shall cover all the risks -including war risks- as underwritten, varied or extended by the reassured.

Reinsurers shall be bound by the decisions and actions of the reassured, who are authorized without the necessity of obtaining the consent of reinsurers to institute prosecute, defend settle and compromise any proceedings in respects of risks reinsured hereunder.

Reinsurers shall in all respects follow the fortunes of the reassured and pay as may be paid in connection with the original insurance, including any expenses -other than those of the reassured's staff - costs, interest and damages, although the total claim hereunder may exceed the amount reinsured. N. B., Where reinsurance is effected on conditions other than those of the original insurance add "insofar as applicable" after "conditions of the original insurance" in the first paragraph.



## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**





ACHURRA J. y CONTRERAS O., «Las cláusulas cooperación y de control en los contratos de reaseguro», *V Congreso Iberoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997.

ALARCÓN FIDALGO J., «Nuevas tendencias del Reaseguro en la Unión Europea (2013)», *Revista Española de Seguros*, Número 156, 2013.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA C., «El contrato de reaseguro y la tarifa II de utilidades», *Revista Derecho Mercantil*, Número 23, 1949.

ALONSO SOTO R., «Artículos 1791 a 1797», PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO L., BERCOVITZ R., SALVADOR P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

ANDREOTTI G., «Sport e assicurazione», *Assicurazioni*, 1969, Anno XXXVI, Parte Prima.

ANGELI G., *La riassicurazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966.

ANGULO RODRÍGUEZ L., «Consideraciones preliminares sobre el reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

- *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Sevilla, 1996.

- «Perfiles del reaseguro y su régimen a fines del siglo XX», IGLESIAS PRADA J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

- «Régimen de liquidación de las cuentas de siniestros y provisiones técnicas al término del reaseguro. Trascendencia en los seguros de responsabilidad civil», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994.

ANSIETA NUÑEZ A., *Introducción al seguro marítimo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.

ARGÜELLES J., «Cláusulas "cut-trough put" y "simultaneous payment clause"», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

ARGÜELLES Y ARMADA J., «El seguro - Hoy y mañana», *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Volumen 8, Numero 8, July, 1983.

ARROYO MARTÍNEZ I., *Curso de Derecho marítimo*, Tercera Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

- *Compendio de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítimo)*, Quinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

- «Capítulo 111. Los seguros marítimo y aéreo. El préstamo a la gruesa», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

ARROYO MARTÍNEZ I. y MORRAL SOLDEVILLA R., «Del contrato de seguro marítimo», ARROYO MARTÍNEZ I. y RUEDA MARTÍNEZ J. A., *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

ASCARELLI T., *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962.

- «La cosiddetta approvazione amministrativa delle condizioni generali di polizza nell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1936.

ASQUINI A., «Profili dell'impresa», *Rivista Diritto Commerciale*, 1943.

BAKER D., «The effect of evidence of industry custom and practice and the parties' course of dealing on the application of "follow the fortunes" in reinsurance contracts», *Tort&Insurance Law Journal*, Vol. 31, Number 4, Summer 1996.

BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000.

BARROILHET ACEVEDO C. y ANGELBECK SILVA R., *Derecho de seguros*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2017.

BATALLER GRAU J., «La subrogación de los riesgos reasegurados seguir la senda marcada por el legislador evita perderse en el bosque», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 281, 2011.

- *La liquidación del siniestro en los seguros de daños*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

BENÍTEZ DE LUGO F., *Legislación y técnica de los seguros privados*, Tomo I, Imprenta Elzeviriana y Librería Camí S. A., Barcelona, 1930.

BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO L., *El riesgo jurídico*, Imp. Viuda Galo Sáez, Madrid, 1961.

- *Tratado de seguros*, Volumen III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

- *Tratado de seguros*, Volumen II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

- *Seguro público y privado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948.

BENITO RIVERO J. A., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 2001.

BENSA P. E., *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano: introduzione e parte generale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1897.

- *Il contratto di assicurazione nel Medio Evo*, Genova, 1884.

BENVEGNÙ A. e CARIGLINO F., *Atti e pareri di Diritto civile*, Editore Key, Vicalvi, 2015.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1955.

- BOGLIONE A., *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- «Note in tema di interesse all'assicurazione», *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, Fascicolo 3, 2012.
  - «Non disclosure e misrepresentation in assicurazione e riassicurazione», *Dir. mar.*, 2000.
- BORCH K., «Equilibrium in a reinsurance market», *Econometrika*, Volumen 30, Número 3, Julio, 1962.
- BOSELLI A., «La eccessiva onerosità nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima.
- BRAESS P., «Le funzioni dell'assicurazione nell'economia nazionale», *Assicurazioni*, 1961, Anno XXVIII, Parte Prima.
- BROSETA PONT M., *Manual de Derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- «Presupuestos técnicos y concepto del contrato de reaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 75, 1960.
  - *El contrato de reaseguro*, Ed. Aguilar, 1961.
- BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, Ed. Tecnos Madrid, 2008.
- BROWN R. H. y REED P. B., *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981.
- BRUCK E. R., *Reichsgesetz über den versicherungsvertrag: ebst dem zugehörigen einföhrungsgesetz*, Walter De Gruyter & Co., Berlin, 1929.
- BRUNETTI A., *Derecho marítimo privado italiano*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1950.
- *Derecho marítimo privado italiano*, versión española anotada por GAY DE MONTELLÁ R., Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950.
  - *Diritto marittimo privato italiano*, Vol. III, Parte Seconda, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1938.
  - «Il rischio di guerra nelle assicurazione marittime. La disciplina giuridica», *Assicurazioni*, 1939, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima.
  - «Riassicurazione, conto corrente e prescrizione», *Assicurazione*, 1938, Parte Seconda.
  - «Sulle dichiarazioni dell assicuratore nella conclusione del contratto di riassicurazione», *Assicurazioni*, 1938, Parte Seconda.
  - «Le dichiarazioni dell'assicurato particolarmente nell'assicurazione marittima», *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima.
  - «La teoria giuridica del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima.
- BUFANO G. e PASANISI E., «Riassicurazione», D'AMELIO M. e AZARA A., *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939.
- BUTTARO L., «Riassicurazione», *Enciclopedia Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989.
- *L'interesse nell'assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1954.

- «L'oggetto del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1953, Anno XX, Parte Prima.

CAPOTOSTI R. A., «Riassicurazione il completamento comunitario dell'ordinamento assicurativo», *Assicurazioni*, 2006, Anno LXXIII, Parte Prima.

- *La riassicurazione: il contratto e l'impresa*, UTET, Milano, 1991.

- «L'evoluzione del fenomeno riassicurativo alla luce della legge n. 295 del 10 giugno 1978», *Assicurazioni*, 1979, Anno XLVI, Parte Prima.

- *La riassicurazione: ricerca e individuazione del tipo*, Cedam, Padova, 1970.

- «Normativa comunitaria e funzione riassicurativa», *Assicurazioni*, 1969, Anno XXXVI, Parte Prima.

- «La riassicurazione marittima nei rapporti fra le parti» (Nota a Sentenza Tribunale Trieste 5 febbraio 1959), *Il Foro Italiano*, Volumen 82, Número 6, 1959.

CARENA A. A., *Il rischio e teoria della riassicurazione*, Silva Editore, Milano, 1967.

CARNELUTTI F., «Assicurazione di rischio favorevole», *Rivista Diritto Commerciale*, 1941, II.

CARRESI F., «Osservazioni sulla causa dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima.

CARRETA M., «Trattati di riassicurazione nel settore dei trasporti marittimi ed aerei», *Diritto dei Trasporti*, 2007.

CARRO DEL CASTILLO J. A., «Prácticas desnaturalizadoras del contrato de reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

CARTER R. L., *El reaseguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 1979.

CASANOVA M., «Impresa di navigazione ed impresa commerciale», *Diritto marittimo*, 1948.

CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, Vol. IV, Venezia, 1740.

CASTRO J. L., «Límites de deber de seguir en los siniestros *ex-gratia*», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

CHORLEY y GILES O. C., *Derecho marítimo*, traducción de la cuarta edición inglesa y notas de derecho español por SÁNCHEZ CALERO F., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961.

CONTRERAS STRAUCH O., *Derecho de seguros*, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

COPPA-ZUCCARI P., *L'alea nel contratto di assicurazione*, Tipografica Partenopea F. Amoroso, 1899.

CORTÉS L. J., *Póliza flotante y seguro en abono*, Ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1984.

CORTEZ DE MATHISON A. M., «El reaseguro: algunas consideraciones jurídicas», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Numero 78, 1990.

CRISAFULLI BUSCEMI S., «Azione per avaria ed azione per abbandono della nave all'assicuratore», *Assicurazioni*, 1980, Anno XLVII, Parte Prima.

- «Sulla genesi dell'Art. 1929 cod. civ. in tema di riassicurazione», *Assicurazioni*, 1979, Anno XLVI, Parte Prima.

- *La riassicurazione*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938.

CRUZIGER G., *Die praxis der ruckversicherung*, Munich, 1926.

D'AMELIO G., «L'ambito di applicabilità degli Art. 1341 e 1342 Codice Civile - I contratti tipo e la polizza italiana assicurazione marittima merci», *Assicurazioni*, 1957, Anno XXIV, Parte Prima.

- «Per l'unificazione internazionale del diritto delle assicurazioni private», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima.

DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, Instituto de Estudio Jurídicos, Madrid, 1969.

DE FERRA G., «Impresa assicurativa e contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 2006, Anno LXXIII, Parte Prima.

DE GREGORIO A. e FANELLI G., *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1951.

DELANEY W., «El reaseguro en los Estados Unidos», *Riesgo y Seguro*, Madrid, IV trimestre, 1952.

DEL CAÑO ESCUDERO F., «El reaseguro», *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 16, 1986.

- *Derecho español de seguros*, Tomo I, Imprenta Sáez Hierbabuena, Madrid, 1983.

- «Liquidación de entidades aseguradoras», *Revista Derecho Mercantil*, Número 38, 1952.

DEL VECCHIO, *Teoria economica dell'assicurazione*, Annali dell'Università Bocconi, IV, Milano, 1928.

DETLEF LÜHRSEN H., «El contrato de reaseguro y la jurisprudencia», *Revista Española de Seguros*, Numero 96, 1998.

DIAMANTINI A. N., *Handbook on reinsurance*, The Insurance Publishing Co., Ltd., London, 1918.

DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Primera Edición, Ed. Civitas, Pamplona, 2011.

DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

DI MARCO M., «La funzione del contratto di assicurazione marittima», *Assicurazioni*, 2004.

DONATI A., «Assicurazione marittime e aeronautiche», *Enciclopedia Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958.

- *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Secondo, Giuffrè Editore, Milano, 1954.

- *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Terzo, Giuffrè Editore, Milano, 1952.

- *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Primo, Giuffrè Editore, Milano, 1952.

- «La causa del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima.

- «L'interesse nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950, Parte Prima.

- «La riassicurazione nel Codice Civile», *Assicurazioni*, Anno XI, 1944, Parte Prima.

- «L'organizzazione ad impresa dell'assicuratore e il concetto del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima.

- «Il contratto di assicurazione in abbonamento», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima.

DONATI A. y VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

DOSSETTO M., *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1952.

EMERIGON B-M, *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, Tome Premier, Jean Mossy, Marseille, 1783.

EHRENBERG V., *El reaseguro*, traducción, nota preliminar y prólogo por NAVAS MÜLLER J. M., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

- *Versicherungsrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1893.

EHRENZWEIG A. A., «Per un diritto comparato delle assicurazioni», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima.

- «Adhesion contracts in the conflicts of laws», *Columbia Law Review*, Vol. 53, Number 8, December 1953.

ESTASÉN P., *Instituciones de Derecho mercantil*, Segunda Edición revisada y puesta al día por GAY DE MONTELLÁ R., Tomo VII, Ed. Reus, Madrid, 1928.

ESTEBAN J., «El reaseguro facultativo, un contrato imperfecto», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

FANARA E., «Le assicurazione», *Diritto marittimo*, 1987.

FANELLI G., «Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima.

- «XXXVI. Le assicurazioni», CICU A. e MESSINEO F., *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1952.

- «Considerazioni sul concetto giuridico di rischio nell'assicurazione», *Assicurazioni*, Anno XI, 1944, Parte Prima.

- «Le questioni fondamentali del Diritto delle assicurazioni private nella giurisprudenza italiana», *Assicurazioni*, 1940, XVIII-XIX, Anno VII, Parte Prima.

FARIÑA F., *Derecho comercial marítimo*, Tomo IV - Seguro marítimo, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956.

FÉLIX MORANDI J. C., «Il principio della buona fede nell'assicurazione e nella riassicurazione», *Assicurazioni*, 1987.

- «L'aggravamento ed altre modificazioni del rischio», *Assicurazioni*, 1986, Anno LIII, Parte Prima.

FENTON A., «The nature and extent of a reinsurer's liability and the effect of "follow settlements" clause», *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, fasc. 4, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., «Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

FERRARINI S., *Le assicurazioni marittime*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1991.

- «Sulla descrizione del rischio nella riassicurazione facoltativa», *Assicurazioni*, 1959, Parte Seconda.

- «L'assicurazioni nel Codice della Navigazione», *Assicurazioni*, 1941, XIX-XX, Anno VIII, Parte Prima.

- «L'interesse di assicurazione», *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima.

- *L'interesse nell'assicurazione*, Nistri-Lischi, Pisa, 1935.

- «La prescrizione dell'azione di risarcimento nella riassicurazione», *Rivista Diritto Commerciale*, 1935.

FERRI G. B., *Manuale di Diritto commerciale*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1957.

- «L'interesse nell'assicurazione danni», *Assicurazioni*, 1941, XIX-XX, Anno VIII, Parte Prima.

FIGUEROL I., «Contrato de reaseguro excepción al carácter imperativo de la Ley de contrato de seguro», *Revista Española de Seguros*, Número 123-124, 2005.

FOLCINI L., *Elementos prácticos de reaseguros*, traducción de CHARLAN R., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

GABALDÓN GARCÍA J. L. y RUIZ SOROA J. M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

GAETA D., «Basta con la cosiddetta impresa di navigazione», *Diritto marittimo*, 1993.

GALÁN CORONA E., «Notas sobre el seguro marítimo de mercancías concertado "FAP salvo..."», *Anuario de Derecho Marítimo*, Número 3, 1984.

GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Undicesima edizione, Zanichelli, Bologna, 2006.

GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA F., *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Tomo I, Ed. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Bilbao, 1943.

GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el «Common Law». Una visión armonizadora*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

- «Sección 8ª. Reaseguro. Artículos 75 a 76», *Revista Española de Seguros*, Núm. 143-144, 2010.

- «Derecho público y privado del seguro», *Foro galego: revista xurídica*, Núm. 198, 2008.

- «Arbitraje y Derecho marítimo (con especial referencia a la práctica de los formularios y a la Reforma del Derecho Marítimo Español)», *Foro galego revista xurídica*, Núm. 196-197, 2006-2007.

- «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

- «El seguro de embarcaciones de recreo y la protección del asegurado consumidor», *Cuadernos de Derecho y comercio*, Núm. 23, 1997.

GARRIGUES J., *Contrato de seguro terrestre*, Segunda edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982.

- «Conferencia de clausura», VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982.

- *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983.

- *Curso de Derecho mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976

- «Estudio sobre contrato de seguro», *Revista Derecho Mercantil*, 1969, Numero 114.

- «Estudios sobre el contrato de seguro», *Revista Derecho Mercantil*, Numero 109-110, 1968.

- «Estudios sobre el contrato de seguro», *Revista Derecho Mercantil*, Numero 105-106, 1967.

- «Los usos en el comercio (Significación del uso para el Derecho mercantil)», *Revista de Derecho Privado*, numero 332, 1944.

- «Verso un nuovo Diritto commerciale della Spagna», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Volume XLI, Parte prima, 1943.

- *Curso de Derecho mercantil*, Volumen II, Imprenta S. Aguirre, Madrid, 1940.

- *Curso de Derecho mercantil*, Volumen III, Impr. S. Aguirre, Madrid, 1936.

GARRIGUES CAÑABATE J., «Alcune idee sull'interesse nell'assicurazione contro i danni», *Assicurazioni*, 1970, Anno XXXVII, Parte Prima.

GASPERONI N., «La causa dell'evento di assicurazione», *Assicurazioni*, 1938, XVI-XVII, Anno V, Parte Prima.



GERATHEWOHL K., *Reaseguro. Teoría y práctica*, traducción de la obra realizada por DÍEZ ARIAS T., Vol. I y II, Ed. Reaseguros Gil y Carvajal, Madrid, 1993.

GIAMPAOLINO, «Le assicurazioni. L'impresa. I contratti», COSTI (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Sezione III, Vol. 3, Torino, 2013.

GIERKE J. V., *Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung*, II, F. Enke, Stuttgart, 1937.

GILMAN J., MERKIN R., BLANCHARD y TEMPLEMAN M., *Arnould: law of marine insurance and average*, Eighteenth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013.

GILSANZ A. L., «Cláusulas de control», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

GIRGADO PERANDONES P., «Contrato de seguro marítimo: disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo», EMPARANZA SOBEJANO A. y MARTÍN OSANTE J. M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de navegación marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

GIULIANO M. and LAGARDE P., «Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations», *Official Journal of the European Communities*, Number C 282, Volume 23, 31 October 1980.

GOBBI U., «Osservazioni sulla relazione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1936, XIV-XV, Anno III, Parte Prima.

GOLDING C. E., *A history of reinsurance with sidelights on insurance*, Sterling Offices Limited, London, 1931.

GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del Diritto commerciale*, Prima traduzione a cura di POUCHAIN V. e SCIALOJA A., Unione Tipografico - Editrice Torines, Torino, 1913.

GÓMEZ DE LA SERNA P. y REUS Y GARCÍA J., *Código de Comercio concordado y anotado*, Impr. J. Morales, Madrid, 1859.

GONZÁLEZ HUEBRA P., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Imprenta del heredero de José Gorgás, Barcelona, 1859.

GOÑI GARRIDO C., «Contrato de reaseguro y sus cláusulas principales», *Anuario de Derecho comercial y marítimo*, Núm. 2/2010.

GRAZIANI A., «Alcuni rilievi sulla teoria generale dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1936, XIV-XV, Anno III, Parte Prima.

- «Assicurazione della responsabilità civile e fallimento», *Assicurazioni*, 1935, Parte Prima.

GRIGOLI M., «Sulla validità della dichiarazione di abbandono delle merci dell'assicuratore, Nota a Cass. sez. III civ. 7 settembre 1998, n. 8848», *Giustizia civile*, 1999.

GUARDIOLA LOZANO A., *Manual de introducción al seguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 2001.

GUERRERO LEBRON M. J., *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, Ed. CEDIT y Marcial Pons, Madrid, 2009.

GÜRSES Ö., «The construction of terms of facultative reinsurance contracts: is Wasa v Lexington the exception or the rule?», *The modern law review*, Vol. 73, Number 1, January, 2010.

GUTIERREZ GILSANZ J., *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

HEDGES R. A., «Insurance and measurement of risk», *Studi sulle assicurazioni*, Edizione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni e Depositario Dott. A. Giuffrè, Roma - Milano, 1963.

HERNÁNDEZ MARTÍ J., «La Ley del Contrato de Seguro y los seguros marítimos», VERDERA TUELLES E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Volumen I, Ed. CUNEF, Madrid, 1982.

- «El abandono del buque a los aseguradores», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 81, Núm. 1, 1982.

HERNANDO DE LARRAMENDI I., «Clases de reaseguros», *Riesgo y seguro*, Madrid, 1950.

HIERRO ANIBARRO S. y CASTILLO PLAZA C. A., «El reaseguro cautivo», GIRGADO PERANDONES P. (Dir.), *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Ed. Comares, Granada, 2012.

HILL PRADOS M. C., «Reaseguro y coaseguro», BATALLER GRAU J. y VEIGA COPO A. B. (Dirs.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Ed. Civitas, Madrid, 2014.

- *El reaseguro*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

- *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1992.

HOFFMAN W., «Facultative reinsurance contracts formation, documentation and integration», *Torts Trial&Insurance Practice Law Journal*, Vol. 38, Number 3, Spring, 2003.

- «On the use and abuse of custom and usage in reinsurance contracts», *Torts&Insurance Law Journal*, Vol. 33, Núm. 1, 1997.

HORS Y BAUS P., *Tratado de los seguros de transportes marítimos, terrestres, de valores y aéreos*, Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1945.

ILLESCAS R., «Principios Fundamentales del Contrato de Seguro», *Revista Española de Seguros*, Número 157, Enero-Marzo, 2014.

- «La responsabilidad del porteador marítimo en el Anteproyecto de Ley de contratos de utilización del buque», DE EIZAGUIRRE J. M. (Coord.), *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Ed. Librería Carmelo, San Sebastián, 1996.

JARAMILLO JARAMILLO C. I., *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

- «Valoración y primordiales alcances de la dependencia del contrato de reaseguro respecto del seguro originario -génesis, generalidades, implicaciones y análisis en torno a su pretendida accesoriedad-», *Revista de Derecho privado y comunitario*, II, mayo, 1999.

KEETON R. E., WIDISS A. I., y FISCHER J. M., *Insurance Law. A guide to fundamental principles, legal doctrines, and commercial practices*, Ed. Hornbook Series, Minnesota, 2017.

KUCHHAL M. C. y KUCHHAL V., *Mercantile Law*, Ed. Vikas, New Delhi, 2013.

LA CHINA S., «Le disposizioni processuali del codice della navigazione», *Dir. mar.*, 1992.

LANDINI S., «La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale», *Diritto del commercio internazionale*, Ottobre-Diciembre 2015, fas. 4.

LANGLE Y RUBIO E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1959.

- *Derecho mercantil*, Ed. Reus, Madrid, 1931.

LASHERAS-SANZ A., «Acerca de la naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLVII, 1963.

- «La adhesión al seguro», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLIV, 1960.

- «Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo», *Revista de Derecho Privado*, 1952, Tomo XXXVI.

LA TORRE A., *L'assicurazione nella storia delle idee*, Istituto nazionale delle assicurazioni, Roma, 1995.

LE CORFF P., «Derecho aplicable al contrato de reaseguro. Aproximación en Derecho internacional privado francés», *V Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997.

LINDE PANIAGUA E., *Derecho público del seguro*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

LÓPEZ-COBO C. I., «El siniestro presupuestos, elementos y consecuencias. El siniestro en el seguro contra daños», *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, Volumen 1, Número 5, 1994.

LOPEZ DE GONZALO M., «L'esercizio della giurisdizione civile in materia di trasporto marittimo e intermodale», *Dir. mar.*, 2001.

LÓPEZ SAAVEDRA D. M., «La prescripción en el contrato de reaseguro», *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año 11, Número 10, 2009.

LOPEZ SAAVEDRA D. y VILÁ N. A., «Ley aplicable al contrato de reaseguro», *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Volumen 15, Numero 25, 2006.

LORDI L., «Il contratto d'assicurazione nei progetti 1940 del codice di commercio e del codice della navigazione», *Assicurazioni*, 1940, XVIII-XIX, Anno VII, Parte Prima.  
- *Le obbligazioni commerciali*, Società Editrice Libraia, Milano, 1936.

LUZZATI A., «La prescrizione in materia di riassicurazione», *Il Diritto commerciale*, 1924.  
- *Il contratto di assicurazione marittima e la liquidazione per abbandono nella legge e nelle polizze*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1912.

MAINARDI R., *La riassicurazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1923.

MANES A., *Tratado de seguros. Teoría general del seguro*, traducción por SOTO F., Ed. Logos, Madrid, 1930.

MANGHETTI G., «Etica e assicurazione: quali comportamenti», *Assicurazione*, 2002.  
- «La valutazione del rischio di impresa nelle assicurazioni», *Assicurazioni*, 1998, Anno LXV, Parte Prima.

MARESCA G., «La natura giuridica del contratto di assicurazione e la tutela dell'assicurato nelle assicurazioni marittime», *Assicurazioni*, 1978, Anno XLV, Parte Prima.

MARTÍ DE EIXALÁ R., *Instituciones del Derecho mercantil de España*, VII Edición notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por DURÁN Y BAS M., Imprenta de C. Verdaguer y C.<sup>a</sup>, 1875.

MARTÍN OSANTE J. M., «Régimen jurídico español de la navegación marítima de recreo y deportiva», TURCO BULGHERINI E. (Dir.), *Quaderni della rivista del diritto della navigazione*, Vol. III, Ed. Aracne, Ariccia, 2014.

MARTÍNEZ SANZ F., «Sección 10. Reaseguro», BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU J., OLAVARRÍA IGLESIA J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MARIOTTI P. y LOSCO G., *I contratti assicurativi. Normativa comunitaria, leggi, circolari Isvap e giurisprudenza commentate*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

MATILLA ALEGRE R., *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Ed. Universidad de Deusto - Departamento de Publicaciones, Bilbao, 1999.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española», *Centenario del Código de Comercio*, Volumen Primero, Ed. Ministerio de Justicia - Centro de publicaciones, Madrid, 1986, p. 79.

- «Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Número 74, 1959.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Volume I, Giuffrè Editore, Milano, 1957.

- *Teoría general del contrato*, II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.

- *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1952.

MINZONI CONSORTI A., *Reaseguro*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

MOLITERNI F., «Assicurazione marittima ed assicurabilità del rischio pirateria», *Banca borsa e titoli di credito*, 2011.

MÖLLER H., «Considerazioni sul concetto di interesse», *Assicurazioni*, 1955, Anno XXII, Parte Prima.

MORAGLIA G. B., «Sulla natura jurídica della riassicurazione», *Assicurazioni*, 1925, Fascicolo 11-12, Parte Seconda.

MOSSA L., «Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni», *Assicurazioni*, 1953, Anno XX, Parte Prima.

- *Compendio del Diritto di assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1936.

- *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Industrie grafiche V. Lischi & Figli, Pisa, 1931.

MOTOS GUIRAO M., *La protección de usuarios y consumidores en el Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (módulo en el Marco Audiencia-Universidad, Granada, 11 Mayo 1983).

- «La interpretación del contrato mercantil y el Artículo 59 del Código de Comercio», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1953.

MUNGARI V., «L'aggravamento ed altre modificazioni del rischio», *Assicurazioni*, 1986, Anno LIII, Parte Prima.

MUÑOZ A., «El reaseguro de los grandes riesgos», SÁNCHEZ CALERO F., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid, 1994.

MUÑOZ LÓPEZ A., «Desnaturalización del contrato de reaseguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

MUÑOZ PAREDES J. M., *El coaseguro*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. IV., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920.

- *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. III., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1920.

NAVAS J., «Naturaleza jurídica del reaseguro», *Revista de Derecho Privado*, T. XXV, 1941.

NEBEL R., «La Ley aplicable al contrato de reaseguro internacional - Derecho suizo», *V Congreso Iberoamericano de Derecho de seguros*, Ed. Grupo Winterthur, 1997.

OLIVENCIA RUIZ M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)» en VERDERA TUELLS E., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros y Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982.

PASANISI E., «Rischio e rischio assicurato», *Diritto marittimo*, 1958.

PAVLIHA M. and PADOVAN A. V., «The law of marine insurance», ATTARD D. J. (Dir.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, Volume II, Shipping Law, International Maritime Organization, Ed. Oxford University Press, United Kingdom, 2016.

PECCENINI F., «Dell'assicurazione. Art. 1882-1932», en GALGANO F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011.

PELÁEZ M. J., *Historia del Derecho de la Navegación I. Trabajos de teoría e historia de Derecho marítimo y Derecho aeronáutico*, Universidad de Málaga, Málaga, 1994.

- *Las relaciones económicas entre Cataluña e Italia desde 1472 a 1516, a través de los contratos de seguro marítimo*, Ed. Fundación Juan March, Madrid, 1978.

PERSICO C., «L'assicurazione marittima e la gerarchia delle fonti», *Diritto marittimo*, 1946.

- «La reticenza nel contratto di riassicurazione», *Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Volumen II, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1931.

- *La riassicurazione*, Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1926.

- «Varietà di forme e natura giuridica della riassicurazione», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1926, Volume XXIV, Parte Prima.

PERETTI GRIVA D. R., «A proposito di dichiarazioni inesatte e reticenze in tema di assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J. L., «Nuevas fuentes (nuevos sujetos) y nuevos contratos en la Ley de Navegación Marítima española», *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número 7, 2015.

- *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Comares, Granada, 2003.

- *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Ed. Comares, Granada, 1993.

PESTALOZZA F., «La reticencia verso il riassicuratore», *Rivista Diritto commerciale*, II, 1928,.

PICARD M. et BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1940.

PINO A., «Rischio e alea nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1960, Anno XXVII, Parte Prima.

PIRILLI D., *Il contratto di assicurazione per conto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

POLO DÍEZ A., «El nuevo Derecho de la economía», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 3, 1946.

PORTELLANO DÍEZ P., *El reaseguro: nuevos pactos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

PRIETO PÉREZ E., *El reaseguro: función económica*, Ed. ICE, Madrid, 1973.

PROLSS E. R., «Standardizzazione dei contratti di riassicurazione», *Assicurazioni*, 1949, Anno XVI, Parte Prima.

PROSPERETTI M. y APICELLA E. A., «Il trattato di riassicurazione a scopo di finanziamento», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1996, Anno XICV, Parte Prima.  
- *La riassicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1994.

PULIDO BEGINES J. L., *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

PYLE TAUNTON W., *Reports of cases argued and determined in the Court of Common Pleas, and other Courts*, Volume I, Printed and published by J. Riley, New York, 1810.

QUINTÁNS-EIRAS M. R., «Revisión del coaseguro y del reaseguro desde el derecho de la competencia», *Revista Española de Seguros*, Número 136, 2008.

REGLERO CAMPOS L. y BUSTO LAGO J. M. (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Quinta Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

RIPERT, G., *Droit maritime*, Tome Troisième, Éditions Rousseau et Cie, Paris, 1953.

RITTER C., *Das Recht der Seeversicherung*, Cram - De Gruyter & Co., Hamburg, 1967.

ROCA GUILLÉN J., «Estudio del reaseguro», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 19, 1949.

ROCCO A., «Principios de Derecho mercantil», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1931.

RODRÍGUEZ CARRIÓN J. L., «Los seguros marítimos y aéreos», OLIVENCIA M., FERNÁNDEZ-NOVOA C. y JIMÉNEZ DE PARGA (Dir.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. (Coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

- «La cláusula de coaseguro y la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en el seguro marítimo», *Anuario de Derecho Marítimo*, Número 10, 1993.

ROMERO MATUTE B., «Orígenes históricos del contrato de reaseguro», *Anuario de Derecho Marítimo*, Número 30, 2013.

- *El reaseguro*, Tomo I y II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.

- «El reaseguro protección del asegurado directo y obligación principal del reasegurador», *Cuadernos de derecho y comercio*, número 23, septiembre, 1997.

ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, volumen II, CEDAM, Padova, 1965.

RUIZ SOROA J. M., ARRANZ DE DIEGO A. y ZABALETA SARASUA S., *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Ed. Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas y Escuela de Administración Marítima, Vitoria-Gasteiz, 1993.

RUY BARROSO DE MELLO S., «El contrato de reaseguro y sus principios fundamentales», *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Número 36, Volumen 21, 2012.

SALANDRA V., «Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1939, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima.

- «La connessione tra i contratti di assicurazione di una medesima impresa», *Assicurazione*, 1935, Parte Prima.

- «Imprese di riassicurazione e privilegio degli assicurati sulla cauzione», *Assicurazione*, 1935, Parte Seconda.

- «I caratteri giuridici del contratto di riassicurazione e la giurisprudenza della Cassazione», *Assicurazioni*, 1934, XII-XIII, Anno I, Parte Prima.

SÁNCHEZ CALERO F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Tercera Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

- «Sección 10ª. Reaseguro», SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

- «El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

- *Instituciones de Derecho mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.

- «Artículos 77 a 79», *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, XIV, 2º, Madrid, 1985.

- *Curso de Derecho del seguro privado*, Ed. Nauta, Bilbao, 1961.

SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho mercantil*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ F. J., «Artículos 45 a 79», MOTOS M. y ALBADALEJO M., *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Tomo XXIV, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.



SÁNCHEZ VILLABELLA J., «Los usos como fuente principal del contrato de reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

- *El contrato de reaseguro. Manual técnico jurídico*, Ed. Española de Seguros S. L., Madrid, 2002.

SANTORO PASARELLI F., «La causa del contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1963, Anno XXX, Parte Prima.

- «La causa del contratto di assicurazione», *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni*, Edizione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazione - Giuffrè, Roma - Milano, 1963.

SCALFI G., «Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?», *Assicurazioni*, 1995, Anno LXII, Parte Prima.

- *Manuale delle assicurazioni private*, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè Editore, Milano, 1994.

SCHLOSSER P., «Report on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice», *Official Journal of the European Communities*, Number C 59, Volume 22, 1979.

SOMACARRERA PÉREZ M., «El momento del siniestro en el reaseguro», *Revista Española de Seguros*, Número 123-124, 2005.

- «El derecho de asistencia y las cláusulas de cooperación en los contratos y aceptaciones facultativas del reaseguro», *Cuaderno SEAIDA*, Número 3, Febrero, 2003.

SOTGIA S., «Pluralità di contratti e coassicurazione», *Assicurazioni*, 1974, Anno XLI, Parte Prima.

- «Mutamento ed intensità del rischio nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1956, Parte Seconda.

- «Assicurazione plurima, coassicurazione, doppia assicurazione», *Assicurazioni*, 1953, Anno XX, Parte Prima.

- «L'assicurazione della responsabilità civile nel codice e nelle polizze», *Assicurazioni*, Anno XVII, 1950.

- *Diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 1946.

STEPHENS H. J., *New commentaries on the laws of England (partly founded on blackstone)*, Vol. II, Henry Butterworths-Law Bookseller, London, 1842.

STIGLITZ R. S., «El contrato de seguro en el MERCOSUR», ALTERINI A. A., (Dir.), *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

- *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

- *El siniestro*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

STRACCA B., *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis atque proxeneticiis, Coloniae Allobrogum: Apud Frates de Tournes*, 1751.

TARGA C., *Ponderazioni sopra la contrattazione marittima*, Stamperia della Libertà in Scuderia la Vecchia, Genova, 1803.

TEMPLEMAN F., *Marine insurance. Its principles and practice*, Third Edition, Macdonald and Evans, London, 1912.

THOMAS S. W., «Utmost good faith in reinsurance: a tradition in need of adjustment», *Duke Law Journal*, Vol. 41, Number 6, June, 1992.

THORIN P., *La réassurance contre l'incendie. Son organisation technique et économique*, Imprimerie Orléanaise, Orléans, 1929.

TIRADO SUÁREZ F. J., «La Sociedad Anónima Europea y la actividad reaseguradora», *Revista Española de Seguros*, Núm. 125, 2006.

- «Aproximación al régimen jurídico del corredor de reaseguros en el derecho español», *Estudios de Derecho mercantil: homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. II, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.

URÍA R., «Reaseguro, quiebra y compensación (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente)», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 30, 1950.

- *El Seguro Marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940.

URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

URÍA R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO R., «Capítulo 78. Tipología del seguro», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- «Capítulo 77. El contrato de seguro en general», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- «Capítulo 76. El contrato de seguro y la actividad aseguradora», URÍA R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

VAQUERO LÓPEZ M. C., «La cuestión de la determinación del Derecho aplicable al contrato de reaseguro en el ordenamiento jurídico español», *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

VALLET REGÍ J., «El Seguro Marítimo. IX Aspectos Tributarios», YZQUIERDO TOLSADA M. (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo VIII, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

VANCE W. R., «The contract of reinsurance», *The Virginia Law Register*, Volumen 7, Numero 10, February, 1902.

VARA PARRA J. J., «La ley aplicable al contrato de reaseguro internacional», *Revista Española de Seguros*, Número 140, 2009.

- *Las dimensiones judicial y arbitral del contrato de reaseguro internacional*, Ed. Comares, Granada, 2005.

VÁSQUEZ PALMA M. F. y AGRAMUNT ORREGO E., «Artículo 585», RÍOS OSSA R. (Dir.) y SCHIELE MANZOR C. (Editor), *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2015.

VEIGA COPO A. B., *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Ed. Civitas, Navarra, 2018.

- *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2018.

- *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

- *Condiciones en el contrato de seguro*, Ed. Comares, Granada, 2008.

VERCHER MOLL F. J., «La distribución del riesgo entre distintos aseguradores el contrato de reaseguro», QUINTÁNS-EIRAS M. R. y RAMÍREZ OTERO L. (Dir.), *Estudios sobre el contrato de seguro*, Instituto Pacífico SAC, Breña, 2017.

VOLLI E., «Riflessioni sulla natura giuridica dell'istituto della assistenza e salvataggio», *Dir. mar.*, 2003.

VOLPE PUTZOLU G., «Osservazioni in tema di compensatio lucri cum damno nei contratti di assicurazione contro i danni (a proposito dell'ordinanza della Corte di Cassazione 22 giugno 2017, n.15534)», *Assicurazioni*, 2017, Parte I.

- «Prestazione di servizi nell'evoluzione dal rapporto assicurativo», *Assicurazioni*, 2000, Anno LXVII, Parte Prima.

- «L'influenza della normativa comunitaria sul contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1991, Anno LVIII, Parte Prima.

VICENTE Y GELLA A., *Introducción al Derecho mercantil comparado*, Ed. Labor, Barcelona, 1930.

VITERBO C., «Il contratto d'assicurazione», *Diritto commerciale*, I, 1932.

VIVANTE C., «Riassicurazione e cessione di portafoglio», *Assicurazioni*, 1934, XII-XIII, Anno I, Parte Prima.

- «Sentenza Corte di Casazione di Regno, 8 ottobre 1925», *Il Foro Italiano*, Volumen 51, Parte Prima: Giurisprudenza Civile e Commerciale, 1926.

- «Degli obblighi del riassicuratore nel caso di fallimento e di successivo concordato dell'assicuratore», *Diritto fallimentare*, 1924.

- *Trattato di Diritto Commerciale*, Volume I, Quinta Edizione, Casa Editrice Dottor F. Vallardi, Milano, 1922.

- *Contratto di assicurazione*, I, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1922.

- *Trattato di diritto commerciale*, III, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1899.

- «Una nuova teoria dei contratti d'assicurazione», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, volume XI, fascicolo II, 1891.

- *Trattato commerciale*, Vol. IV, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1896.

- *Il contratto di assicurazione*, Vol. II, Editore-Libraio della Real Casa, Milano, 1890.

- *Il contratto di assicurazione*, Hoepli, Milano, 1885.

WIEACKER F., *El principio general de la buena fe*, traducción por CARRO J. L. y prólogo de DÍEZ-PICAZO L., Cuadernos Civitas, Madrid, 1977.

WILLET A. H., *The economic theory of risk and insurance*, Richard D. Irwin, Inc., Homewood, 1951.

## AGRADECIMIENTOS

Sirvan estas últimas líneas para expresar mi agradecimiento perpetuo al Cardenal Gil de Albornoz por su iniciativa de instaurar en Bolonia una *Domus Hispanica* que, desde 1364, permanece viva y, junto a él, a quienes continúan dándole sentido.

En particular, me gustaría mostrar mi gratitud al Excmo. Sr. D. Íñigo de Arteaga y Martín (q.e.p.d.) por defender, en un momento complicado, el linaje de Albornoz y por hacerme partícipe de la decisión del Patronato del Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles de concederme una de sus becas de estudio. También al Excmo. Sr. D. Iván de Arteaga y del Alcázar por proseguir en ese amparo y patrocinio a jóvenes doctorandos. En memoria, es justo recordar también al Excmo. Sr. D. José Guillermo García Valdecasas y Andrada Vanderwilde (q.e.p.d.) quien, gracias a su dedicación y esfuerzo durante casi cuatro décadas al frente del rectorado del Colegio de España, evitó que éste cayese y nos permitió a muchos vivir hoy en el número 4 de la *Vía Collegio di Spagna* de Bolonia. Igualmente, mi agradecimiento se dirige a nuestro Rector, Sr. D. Juan J. Gutiérrez Alonso, por haber regido y defendido esta institución con igual ímpetu y coraje que su antecesor, habernos transmitido la grandeza y los valores del fundador y haber compartido estos años con todos nosotros.

En este momento final, rememoro muchos de los días de estudio e inevitablemente a todas las personas -allende los mares incluidas- que estuvieron presentes en cada uno de esos momentos y contribuyeron para que esta empresa llegase a buen puerto y tuviese un resultado cierto.

La aventura comenzó en Madrid con un utrerano y un malagueño en los actos de honor a San Clemente, organizados por la Asociación Cardenal Albornoz. Fueron muchos los sentimientos encontrados durante aquella bienvenida y tantos otros los acumulados en los meses siguientes. Recuerdo, con emoción, el día que juré -guiado por un docto padrino madrileño- como colegial en la capilla y otros muchos vividos con un carismático coineño, un granadino histórico y un gaditano versado en más de una filología. La demora en la llegada de un maño sabio y patriota no evitó su buenaventura y, junto a la energía imparable de un estudioso huelmeño y la exquisita diplomacia e inteligencia de un murciano, dejaron una marca de por vida. A los anteriores se unieron un alicantino con una fidelidad sin igual a los intereses boloñeses frente a los florentinos, un ciezano que alienta a cualquiera con la misma fuerza con la que percute su batería, un pobler con el mismo espíritu de esfuerzo y constancia que el del manacoreense más reconocido, un ovetense de elegancia y generosidad máxima -a la par que buen humor- que nos ha regalado muchas ocasiones memorables, un madrileño -acérrimo defensor del objetivismo- capaz de discurrir sobre cualquier tema con razones filosóficas, un sevillano capaz de pleitear y arbitrar con una jovialidad sin parangón y un ursanense devoto y deportista que alcanza cualquier objetivo que se proponga con su perseverancia. Las circunstancias impidieron que disfrutásemos todo lo que hubiésemos querido de un encinarrealeño cuya marca personal es la ayuda sincera a los demás y de un sevillano capaz de superar cualquier lidia sin estoque.

A todos va dirigida una palabra de reconocimiento y de gratitud. Ha sido una honra haber formado parte de la historia de esta institución y una fortuna haber vivido en su compañía porque, de lo contrario, esta experiencia no hubiese sido inolvidable y no me acompañaría en el resto de mi travesía. La vida aun nos debe muchos *salottinos*, abrazos en el *cortile* y más de una tradición inveterada. También una despedida con vistas a la espadaña pero, hasta entonces, atesoraré cada ocasión compartida en ese venerable lugar porque todos ellos son *collegio* y, además, una parte de esta investigación. No ha sido un sueño sin tormento ni una estancia sin alarma pero en mi recuerdo solo perviven los buenos momentos.

Junto al Colegio, rubrico un agradecimiento al *Alma Mater Studiorum - Università di Bologna* por convertirme en acreedor de unas de las ayudas «Marco Polo» con la que he realizado una estancia en el extranjero. También a quienes, desde dicho *ateneo*, me han recibido y ayudado cálidamente.

La ciudad de los pórticos que esconden barcos invertidos siempre tendrá un significado personal porque en ella he encontrado personas que me han regalado una amistad desinteresada y he celebrado dos cumpleaños y una vuelta al sol. Gracias también a todos los Abogados, Profesores, *dottori*, amigos o familia y a mi hermano por haberme animado cada vez que regresaba momentáneamente a mi raíz, Granada.

No todas las personas que me acompañaron desde el inicio de este *dottorato di ricerca* viven hoy pero me infundieron fuerzas en la consecución de ese objetivo y a ellos también debo un sentido agradecimiento. Por contra, han aparecido otras personas que decidieron ir en mi compañía para brindarme amor y empuje en la culminación de esta tesis pese a las dificultades que conllevaba desplazarse a otro continente, vivir en un nuevo país y aprender un idioma desconocido. Albricias por ello.

También he recibido el apoyo y el cariño de mi tía Matilde y de mis padres, a quienes les agradezco que me hubiesen educado en el trabajo y en el estudio desde mi temprana juventud. A ellos también les debo un merecido reconocimiento por su esfuerzo personal y su ocupación diaria en procurarme, sin discusión, cuántos libros y recursos he necesitado durante mi formación.

Finalmente quisiera dirigir mi sentimiento de gratitud a D. José Luis Pérez-Serrabona González. El fruto no es individual sino el resultado de un esfuerzo compartido. Nunca caerán en el olvido su constante ayuda y su confianza en mi persona a lo largo de estos años. El agradecimiento por haberme convertido en uno de los beneficiarios directos de su magisterio académico, universitario y humano será permanente. No solo ha sido el apoyo más valioso -hoy continúa siéndolo- sino también la causa principal por el que este trabajo ha sido emprendido y concluido.

Granada, 29 de septiembre de 2020.



