

Ley Aplicable al Contrato de Reaseguros*

DOMINGO LÓPEZ SAAVEDRA**
NANCY ANAMARÍA VILÁ***

SUMARIO

1. La autonomía de la voluntad en los contratos de reaseguro
2. Ley aplicable y jurisdicción en el contrato de reaseguro
 - 2.1. Concepto de contratos internacionales
 - 2.2. Derecho de las partes a establecer la ley aplicable y la jurisdicción en los contratos internacionales
 - 2.3. Ley aplicable a un contrato internacional cuando ella no ha sido prevista: el lugar de cumplimiento de las obligaciones
 - 2.4. Ley aplicable a un contrato internacional de reaseguro cuando la misma no ha sido prevista. La prestación más característica en el contrato de reaseguro
 - 2.5. La naturaleza jurídica del contrato de reaseguro: ¿un contrato de seguros patrimoniales o uno de responsabilidad civil?
3. Conclusiones

Fecha de recepción: 08 de noviembre de 2006

* Ponencia de la Sección Argentina, presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, México, 2005.

** Abogado de la Universidad de Buenos Aires, especializado en derecho de seguros y reaseguros, y en derecho marítimo y aéreo, profesor universitario, vicepresidente 2º de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, abogado consultor.

*** Abogada recibida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, especializada en derecho de seguros, profesora universitaria, conjuez para la Exma. Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial del Departamento Judicial de San Isidro, asesora jurídica.

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE REASEGURO

La Ley de Seguros argentina (17.418 del 30 de agosto de 1967) está dividida en dos títulos: *título I. Del contrato de seguro* con 158 artículos y el *título II. Reaseguro* que contiene sólo cuatro normas específicas (artículos 159 a 162) y frente a tal orfandad legislativa, común en la mayoría de los países, se presentan dos interrogantes básicos cuando se debe pensar en la ley aplicable al contrato de reaseguro:

- ¿Son aplicables al contrato de reaseguro las normas de la Ley de Seguros? y,
- ¿Cuál sería el régimen legal aplicable a dichos contratos, cuando en ellos no hay normas específicas determinando, con precisión, los derechos y obligaciones de las partes?

El artículo 162 de la Ley de Seguros sólo establece que,

“El contrato de reaseguro se rige por las disposiciones de este título —el II— y por las convenidas por las partes”.

HALPERÍN - MORANDI, en *Seguros*, tomo I; 2ª ed., Buenos Aires, 1983, pág. 103 y sigs.; dicen:

“que en este tipo de contrato, normalmente, hay dos partes que negocian una operación *comercial en una razonable situación de equilibrio y libertad*: el asegurador y reasegurador quienes se suponen debidamente capacitados, con los conocimientos técnicos y con la experiencia suficiente como para defender adecuadamente sus derechos y tomar decisiones sin necesitar del tutelaje de un

régimen legal diseñado para proteger situaciones específicas y propias de los contratos de seguro de tipo masivo¹.

Al contrato de reaseguro le son aplicables, en primer lugar, las normas contractuales expresamente convenidas por las partes en el respectivo contrato en la medida en que no contraríen principios de orden público² y a falta de ellas, los usos y costumbres que puedan resultar aplicables al caso y recién luego y en forma supletoria, las normas del título I de la Ley de Seguros, en cuanto éstas no desvirtúen los principios básicos del reaseguro^{3 4}.

- 1 Creemos resulta interesante mencionar lo que podríamos llamar la definición y fines del reaseguro que da la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Sobre Reaseguros" fechada en Bruselas el 21.4.2004, Directiva finalmente aprobada en 2005 y que por primera vez regula el reaseguro en lo atinente, especialmente, a los márgenes de solvencia, al cumplimiento de inscripción obligatoria y al reconocimiento recíproco, a fin de poder armonizar las regulaciones estatales sobre las empresas de reaseguro del CEE, y dice: "Se entiende por reaseguro la transferencia estructurada del riesgo entre una empresa de seguros y una empresa de reaseguros. Los reaseguros prestan a las compañías de seguros las siguientes funciones: reducción de los riesgos técnicos, transferencia permanente de riesgos técnicos a la reaseguradora, mayor homogeneidad de la cartera de seguros, menor volatilidad de los resultados técnicos, alternativa al capital o a los fondos propios, suministro de fondos para financiación y prestación de servicios". Si bien las directivas son muy rigurosas en todo lo que puede afectar la honorabilidad, seguridad y solvencia de las reaseguradoras, deja explícitamente dicho (título II, artículo 9): "los estados miembros no podrán establecer disposiciones que exijan la aprobación previa o la comunicación sistemática de las condiciones generales y especiales de las pólizas, de las tarifas, de los formularios y demás impresos que la empresa de reaseguros se proponga utilizar en sus relaciones con las empresas cedentes o retrocedentes". Es decir, se mantiene la libertad de contratación de acuerdo a los usos y costumbres del mercado, y el principio de la autonomía de la voluntad.
- 2 Por ejemplo el principio de la *autonomía de la voluntad* no autorizaría a las partes en un contrato de reaseguro a convenir cláusulas que modifiquen el plazo de prescripción aplicables al mismo.
- 3 HALPERÍN - MORANDI señalan que, en el reaseguro, las normas contractuales tienen aplicación preponderante, con apartamiento de las contenidas en el título I de la Ley de Seguros, artículos 1 a 158, las que sólo se aplican supletoriamente: *Seguros*, t. I, pág. 109. La Cámara Federal de la capital, Sala I, en el juicio "La Buenos Aires Cía. Argentina de Seguros S.A. contra INdeR", fallo del 15.4.1997 confirmó que "el reaseguro es el seguro que toma el asegurador, de manera que debe aplicarse por analogía las disposiciones de la Ley de Seguros".
- 4 El carácter internacional del que goza indiscutiblemente el contrato de reaseguro, es lo que hace primar a los usos y costumbres internacionales sobre la aplicación analógica del título I de la Ley de Seguros, cuando las partes no han previsto expresamente el alcance de sus derechos y obligaciones.

Como se comprenderá, en el contrato de reaseguro, adquiere especial importancia el principio de la *autonomía de la voluntad* consagrado en el artículo 1197 del Código Civil argentino, según el cual:

“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

En el derecho argentino, los usos y costumbres no crean derecho a menos que ello haya sido expresamente establecido por la ley o cuando ella no tenga una previsión específica respecto a las circunstancias particulares de un caso determinado^{5 6}.

En otras palabras, para nuestro derecho, los usos y costumbres no pueden modificar los derechos u obligaciones de las partes que hayan sido específicamente establecidos, por ejemplo, en el Código Civil o en el Código de Comercio, pero si los mismos no contienen previsiones especiales sobre un tema en particular, entonces los usos y costumbres pueden ser utilizados para resolverlo.

Como ejemplo, el artículo 218, inciso 6 del Código de Comercio argentino establece que cuando una cláusula de un contrato tiene que ser interpretada, por ser ambigua u oscura, los usos y costumbres generalmente observados en el comercio local, pueden ser utilizados⁷.

En la jurisdicción argentina se ha discutido si los usos y costumbres deben ser *probados* por las partes que los invocan, o si el tribunal puede aplicarlos de oficio, es decir, de acuerdo a su propio conocimiento⁸.

5 El artículo 17 del Código Civil establece que “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas por la ley”. Sobre el tema véase también LLAMBIAS, J.J., *Código Civil anotado*, t. I-17 y los fallos registrados en la revista jurídica *El derecho*, ts. 41-663, 89-568, 153-733; etc.

6 Hay varios artículos en el Código Civil argentino que se refieren específicamente a la aplicación de los usos y costumbres, como los artículos 950, 1424, 1427, 1504, etc. El artículo 950 establece: “respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaron”. En este caso los usos y costumbres son denominados *secundum legem*.

7 El artículo 218 del Código de Comercio argentino prescribe que: “Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: ... 6) el uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejercitarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se quiera dar a las palabras”. Por su parte, el artículo 219 del citado código prevé cuanto sigue: “Si se omitiese en la redacción de un contrato alguna cláusula necesaria para su ejecución y los interesados no estuviesen conformes en cuanto al verdadero sentido de compromiso, se presume que han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes en el lugar de la ejecución del contrato”.

8 Esta aplicación de oficio —*sua sponte*— fue consagrada por el Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, febrero de 1972, fallo publicado en *El derecho*, t. 41-

La opinión mayoritaria de la doctrina nacional y de la jurisprudencia de nuestros tribunales, es que los usos y costumbres deben ser reputados como conocidos por todos—incluyendo los jueces— y en consecuencia, es innecesario producir prueba sobre ello; sin embargo, en algunos casos particulares, el tribunal podría requerir evidencias respecto de algunos usos y costumbres específicos invocados por las partes⁹.

En Argentina la Ley de Seguros, 17.418 en su artículo 158 establece, *referido exclusivamente al contrato de seguro*, que hay determinadas normas de la misma que no pueden ser modificadas por las partes¹⁰, otros solamente pueden ser modificados a favor del asegurado—son 22 artículos— y los restantes, pueden ser libremente modificados por las partes¹¹.

De acuerdo a la norma antes mencionada, podemos decir que los usos y costumbres no pueden alterar las normas de la *ley referidas al contrato de seguro que sean total o parcialmente inmodificables*, pero en cambio y en relación con los restantes artículos, los usos y costumbres pueden ser utilizados para resolver casos en que se presenten *lagunas legislativas* o haya que interpretar cláusulas del contrato que no resulten claras o sean ambiguas.

En relación con el contrato de reaseguro y como ya lo hemos señalado los derechos y obligaciones de las partes se rigen por lo que ellas libremente hayan acordado, siendo de aplicación los usos y costumbres en todos aquellos casos en los que en el respectivo contrato no se hayan establecido expresamente determinadas previsiones o se presenten cláusulas del mismo que resulten ambiguas u oscuras¹².

663; y dice en uno de sus considerandos: “La costumbre como elemento de interpretación de los contratos está autorizada por el art. 218 del Cód. de Comercio, aplicable supletoriamente en virtud de lo preceptuado en el art. 16 del Código Civil. Los usos y costumbres, lo mismo que el derecho —iura novit curia— forman parte del bagaje de conocimientos del juez y por lo tanto, no han menester prueba”. Ésta ha sido también la posición que se ha adoptado en el derecho francés a través de la opinión de distinguidos autores, tales como DEMOLOMBE, AUBRY ET RAU y LYON CAEN.

- 9 Conforme LLAMBIAS, *op. cit.* t. I-73; esta es también la opinión de distinguidos autores europeos, tales como SAVIGNY, WINDSCHEID y DERNBURG.
- 10 Por ejemplo, los artículos 5, 8, 9, 34 y 38.
- 11 Es importante señalar a los efectos del tema que estamos analizando, que las previsiones del artículo 158 de la mencionada Ley 17.418, *son solamente aplicables al contrato de seguro y no al de reaseguro*, en el que las partes, como hemos visto anteriormente, pueden libremente establecer sus derechos y obligaciones en la medida en que no contraríen el orden público.
- 12 Aquí no resultaría aplicable en un contrato de reaseguro los usos y costumbres que pudieran ser contrarios a normas legales que se consideren de orden público.

2. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN EN EL CONTRATO DE REASEGURO

Hemos visto en el capítulo anterior que en el contrato de reaseguro prima el principio de la *autonomía de la voluntad* y que, en consecuencia, las partes pueden acordar libremente el alcance de sus derechos y obligaciones —en la medida en que no contraríen el orden público—.

Analizaremos a continuación cómo juega tal principio cuando en el respectivo contrato de reaseguro las partes han omitido cuál sería la ley aplicable al mismo y en qué jurisdicción se habrían de ventilar eventuales conflictos entre ellas.

2.1. Concepto de contratos internacionales

Nos internamos aquí en el derecho internacional privado, cuyo fin, según la buena doctrina, es realizar las soluciones sustancialmente justas en los casos jusprivatistas multinacionales.

El término derecho internacional se emplea, por lo general, en estrecha relación con el *derecho de conflicto*. Esto debe entenderse como la totalidad o conjunto de normas jurídicas que pueden determinar en un caso dado, qué derecho nacional es de aplicación, para resolver asuntos o disputas internacionales.

Como con simple claridad dice SÁNCHEZ VILLALBA:

“Se trata de la aplicación de derecho en el ámbito internacional, o de elección del derecho determinante en asuntos que involucran varias fronteras, y donde existen puntos de contacto con legislaciones de diversos países, que plantean la cuestión sobre la aplicación de distintos derechos”¹³.

El derecho internacional así concebido, no se contrapone a los derechos nacionales, por lo que se puede considerar que existe el derecho internacional o derecho de conflicto de cada país, español, colombiano, alemán, argentino o mexicano, que se manifiesta en las formas jurídicas habituales: derecho positivo, doctrina y jurisprudencia.

¿Qué es un contrato internacional para la ley argentina?

13 Conforme JORGE SÁNCHEZ VILLALBA, *El contrato de reaseguro. Manual técnico jurídico*, Española de Seguros, Madrid, 2002, pág.77.

Según GOLDSCHMIDT, “un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración, se halla en el extranjero”¹⁴.

BOGGIANO en cambio define al “contrato internacional como aquél en el que su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de los oferentes y aceptantes, y que además su ejecución es multinacional”¹⁵.

Nosotros consideramos que es más amplio el concepto desarrollado por BOGGIANO, aunque pensamos que pueden haber ciertos contratos internacionales entre partes domiciliadas en un mismo país, cuando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ellas, deba realizarse en el exterior.

2.2. Derecho de las partes a establecer la ley aplicable y la jurisdicción en los contratos internacionales

La doctrina nacional ha establecido, reiteradamente, el derecho de las partes a elegir el *derecho aplicable* a los contratos internacionales, salvo que exista una prohibición expresa en la ley¹⁶. Y en igual sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia de nuestros tribunales aceptando, en líneas generales, la validez de las *cláusulas de ley aplicable* en los contratos internacionales¹⁷.

Además, en nuestro país, está también expresamente reconocido el derecho de las partes a incorporar *cláusulas atributivas de jurisdicción* en los contratos internacionales y ello surge de:

-
- 14 Conforme GOLDSCHMIDT W., *Derecho internacional privado*, pág. 393.
 - 15 Conforme BOGGIANO A., *Derecho internacional privado*, t. II, pág. 698 y jurisprudencia holandesa y francesa allí citadas.
 - 16 BOGGIANO, A., *op. cit.*, t. II, pág. 694 y sigs.; WEIMBERG, I. *op. cit.*, *La ley* 1984-C-915, señala que las partes son libres de elegir cualquier derecho, aun uno neutral; véase también FRESNEDO DE AGUIRRE, *op. cit.* pág. 50.
 - 17 Corte Suprema, fallos 236-404; véase también el fallo registrado en, *La ley*, t. 142 págs. 176 y sigs. con la excelente nota de WERNER GOLDSMICH: “El juez y el derecho natural”. Sin embargo este principio general reconoce excepciones como el caso de los reclamos por incumplimiento de contratos de transporte marítimos internacionales, cuando los mismos deben ser ejecutados en nuestro país, los que quedan sujetos, según corresponda, a la Ley de Navegación o a la Convención de Bruselas de 1924: véase LÓPEZ SAAVEDRA D.M., *La responsabilidad del transportista por agua*, pág. 70. Tal vez convenga señalar que el Tratado de Montevideo de 1940, en su protocolo adicional, prohíbe la elección de la ley aplicable salvo en la medida lo autorice la ley: conforme artículo V.

- El Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual, suscrito entre Argentina, Brasil y Paraguay y ratificado por Ley 24.669 y
- El artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que autoriza la incorporación de estas cláusulas en asuntos internacionales de índole patrimonial, con excepción de aquellos casos en los que los tribunales argentinos tengan jurisdicción exclusiva o cuando estén prohibidas^{18 19}.

2.3. Ley aplicable a un contrato internacional cuando ella no ha sido prevista: el lugar de cumplimiento de las obligaciones

Si en un contrato internacional las partes han acordado cuál es la ley aplicable al mismo parecería que, según hemos visto precedentemente, no hay mayores inconvenientes en que tal ley sea la que rija sus derechos. Pero los problemas pueden surgir cuando, como a veces ocurre, las partes omiten hacerlo y entonces surge la duda respecto de cuál sería la ley aplicable a ese contrato internacional.

Esta duda, conforme al derecho argentino, parece tener una adecuada respuesta en el artículo 1209 del Código Civil de nuestro país en cuanto establece que, “Los contratos celebrados en la república o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la república, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Tenemos pues que en el derecho argentino, lo que determina la ley aplicable a un contrato internacional cuando nada se ha establecido en el mismo, es *el lugar de cumplimiento de dicho contrato*.

Pero el tema parece complicarse cuando en un contrato internacional bilateral hay obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes que deben ser cumplidas en distintas jurisdicciones. En efecto, en estas circunstancias uno puede preguntarse

18 Es el caso de los fletamentos o de los transportes a carga general en donde el artículo 614 de la Ley de Navegación 20.094 prescribe que es nula toda cláusula que establezca otra jurisdicción que no sea la de los tribunales argentinos, en aquellos casos en los que el contrato debe ser cumplido en el país; sin embargo, el artículo 621 de dicha ley prescribe que con posterioridad a la ocurrencia del hecho generador, las partes sí pueden pactar libremente someter sus diferencias a un arbitraje o a un tribunal extranjero.

19 En los casos de asuntos internacionales de índole patrimonial, el Código Procesal no exige que la jurisdicción elegida tenga conexión con el contrato respectivo, es decir que se podría convenir la jurisdicción de un tercer país, (art. 1°). Sobre el particular véase UZAL, M.E., *Soluciones de controversias en el comercio internacional*, pág. 27 y sigs.

cuál es el lugar de cumplimiento de las obligaciones, cuando cada parte debe cumplir la suya en distintas jurisdicciones.

En estos casos la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por lo que se denomina “la teoría de la prestación más característica”, es decir *la prestación que tipifica el contrato y que determina su naturaleza jurídica*.²⁰.

La teoría de la prestación más característica no siempre nos da solución, ya que en varios contratos las obligaciones a cargo de cada una de las partes pueden presentarse como de igual importancia²¹.

En relación con el lugar de cumplimiento del contrato internacional a los efectos de abrir jurisdicción, BOGGIANO considera que el actor puede demandar en el lugar en *donde él cumplió o debió cumplir su obligación*, aunque la contraparte deba cumplirla en otra jurisdicción, “...pues a los efectos del artículo 1215 del Código Civil “el lugar de cumplimiento” significa cualquier lugar de cumplimiento del mismo, sea o no el que corresponde a la prestación típica sustancial relevante para seleccionar el derecho aplicable”²².

Por su parte GOLDSCHMIDT, sostiene una teoría distinta pues para él, “el actor no puede entablar la demanda en el país en el cual debió cumplir —y cumplió— sino que debe demandar, o en el domicilio del demandado o en el lugar donde el demandado debió cumplir”²³.

La Convención de Roma de 1980, en su artículo 4.2, sobre ley aplicable a los contratos, consagra el principio de la *residencia habitual o del establecimiento principal o de la administración central de la parte que deba realizar la prestación característica*.

En el Código Civil argentino hay dos artículos para ser tenidos en cuenta para el análisis de este tema y que son el 1212 y el 1214.

El primero de ellos, el 1212, establece que, “el lugar del cumplimiento de los contratos, que en ellos no estuviese designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquél en que el contrato fue hecho, si fuera el domicilio del deudor,

20 Sobre el tema véanse BOGGIANO A., *op. cit.* pág. 719 y NAJURIETA, MARÍA SUSANA, en “Apogeo y revisión de la autonomía en los contratos internacionales”, *La Ley* 1986-A-1006.

21 Véase GOLDSCHMIDT, W., *op. cit.*, pág. 395; véase también fallo registrado en *La ley* 1986-D-46.

22 Conforme BOGGIANO, *op. cit.*, pág. 253; en igual sentido UZAL, M.E., *op. cit.* pág. 20 y sigs.; conforme también Cámara Comercial, Sala E, 10.10.85, Espósito e Hijos S.R.L. contra Jocqueviel de View, *La Ley* 1986-D-46; véase también NOODT TAQUELA, M.B. y VICARIO R., *Derecho internacional privado, análisis de fallos, el derecho*, pág. 35 y sigs.

23 Conforme GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, págs. 391 y 392,

aunque después mudase de domicilio o falleciere será el lugar de celebración del contrato, si él fuese el domicilio del deudor”.

El artículo 1214 se refiere a los contratos celebrados entre ausentes, por instrumento privado, firmado en varios lugares o por medio de agentes o por correspondencia epistolar. Dicha norma establece que no habiendo lugar designado para su cumplimiento,

“serán juzgados respecto de cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”.

La norma antes citada, consagra una solución un tanto particular como es el fraccionamiento del contrato, lo que se conoce como *depeçage*, consistente en que los efectos de un contrato internacional puedan quedar sujetos a dos legislaciones distintas, según fuera el domicilio de cada una de las partes.

Pero, en el artículo en cuestión, se ve que los efectos de un contrato así celebrado y no habiendo lugar designado para su cumplimiento, *será juzgado, respecto de cada una de las partes*, por las leyes de su domicilio, lo que significa que si una parte ha cumplido sus obligaciones contractuales y reclama a la otra el cumplimiento de las suyas, la ley aplicable sería la ley del domicilio del reclamante.

Esta solución no satisface porque, en un contrato de reaseguro el cumplimiento del mismo estaría sujeto a dos legislaciones —las correspondientes a las del domicilio de cada una de las partes— según quien fuera el que incumplió las obligaciones a su cargo²⁴.

2.4. Ley aplicable a un contrato internacional de reaseguro cuando la misma no ha sido prevista. La prestación más característica en el contrato de reaseguro

En el ámbito de los contratos de reaseguro internacionales, en nuestra opinión adquiere singular importancia lo que BOGGIANO llama *contratos comerciales deslocalizados*, es decir aquellos *contratos internacionales* en los que su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos en razón de los domicilios de las partes y por el lugar de ejecución de los mismos.

Y dentro de lo antes expuesto, no cabe duda que el contrato de reaseguro tiene un carácter eminentemente internacional porque, casi siempre, las partes se domicilian en diferentes jurisdicciones y los riesgos involucrados suelen ubicarse fuera de las mismas²⁵.

24 Piénsese la complicación que se generaría al ser varios los reaseguradores involucrados de distinta nacionalidad y con diferentes domicilios.

25 La internacionalidad del reaseguro se ve con más claridad en las retrocesiones, en donde el reasegurador a su vez, retrocede a otros reaseguradores, generalmente de otras

En razón de lo antes expuesto, determinar cuál es la ley aplicable a un contrato de reaseguros cuando las partes no lo han convenido, es sin duda un tema opinable y conflictivo dentro del campo del derecho internacional privado.

El contrato de reaseguro es un contrato *bilateral* y por ende hay obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes²⁶.

El asegurador cedente debe describir con exactitud el riesgo que está reasegurando, debe pagar la prima original y los eventuales ajustes o reposiciones correspondientes, debe denunciar los eventuales siniestros, el cumplimiento de las llamadas cláusulas de *cooperación* o de *control de siniestros (si las hubiere)* y la correcta liquidación del siniestro.

A su vez, el reasegurador tiene a su cargo una obligación básica de *indemnizar o mantener indemne*²⁷ al asegurador cedente, por supuesto en los términos, condiciones y alcances del contrato y ello se traduce en el pago puntual de la participación a su cargo en caso de siniestro, establecida en el contrato.

Así las cosas y frente a un eventual conflicto entre asegurador cedente y reasegurador relacionado con un contrato de reaseguro en el que las partes no han establecido cuál es la ley aplicable al mismo, dentro de la jurisdicción argentina, para resolver este problema podríamos recurrir en un primer momento al ya citado artículo 1209 del Código Civil de nuestro país el que establece que el *lugar del cumplimiento del contrato de reaseguro es el que determina la ley aplicable*.

Sin embargo esta norma no soluciona el problema porque como el contrato de reaseguro es bilateral y por ende, hay toda una serie de obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes que, incluso deben o son realizadas en diferentes jurisdicciones.

jurisdicciones, parte de los riesgos por él asumidos. Es que mediante la retrocesión se pone en práctica el principio de la *atomización del riesgo* lo que permite que un siniestro y sus consecuencias sean soportados por la *comunidad del alea* conformada por el asegurador primario, el reasegurador y los retrocesionarios, ubicados en muchos casos o en la mayoría de ellos, en distintas jurisdicciones.

26 El artículo 1138 del Código Civil de Argentina establece que hay contratos *unilaterales* y *bilaterales*. Los primeros son aquellos en los que “una sola parte se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada”: conforme LLAMBIÁS, op. cit., t. III-A, pág. 20. Por su parte, los segundos —es decir los bilaterales— son aquellos en los que “las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra”. Sobre la bilateralidad del contrato de reaseguro véanse LÓPEZ SAAVEDRA D.M. y PERUCCHI H., *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1999, pág. 19.

27 Sobre el tema de si la obligación del asegurador es de *indemnizar* o de *mantener indemne* al asegurado volveremos, a continuación, en este subcapítulo II, puntos 4 y 5, y nos remitimos entonces a lo que allí se expone.

Y entonces, nos podríamos preguntar: ¿el lugar de cumplimiento de un contrato de reaseguro es donde el asegurador cedente cumple con las obligaciones a su cargo —es decir, describe el riesgo, paga la prima, denuncia el siniestro, practica la liquidación, paga etc.— o donde el reasegurador cumple con la suya esto es, donde *indemniza o mantiene indemne*?

En pos de resolver este esencial problema, podríamos utilizar el principio de la *prestación más característica*, pero aquí también el problema permanece sin resolución clara porque, frente a la existencia de prestaciones recíprocas emergentes de esta espacialísima relación contractual bilateral, ¿cuál es en el contrato de reaseguro la *más característica*?

En Argentina, podríamos decir que la opinión doctrinaria mayoritaria —y diríamos casi unánime— es que en el contrato de reaseguro, *la prestación más característica* es la primera, es decir las prestaciones que asume el asegurador desde pagar la prima, aceptar y elegir los riesgos, manejo y liquidación de los siniestros y pago a sus asegurados²⁸.

Y agregaríamos que esta corriente doctrinaria argentina coincide, en líneas generales, con la opinión de GERATHEWOHL cuando dicho autor señala que la determinación de la ley aplicable en los contratos de reaseguro, debe hacerse de acuerdo la expresa manifestación de las partes o en las intenciones supuestas de ellas, para concluir que,

“en caso de duda, las relaciones del reaseguro serían regidas por la ley aplicable en el domicilio del asegurador”²⁹.

28 No tenemos conocimiento de que el tema haya sido tratado y resuelto por algún tribunal de nuestro país.

29 GERATHEWOHL, K., *Reaseguro. Teoría y práctica*, pág. 551. Véanse: ROLF NOEBEL en “La ley aplicable al contrato de reaseguro internacional —derecho suizo—”, en *V Congreso Iberoamericano de Derechos de Seguros*, t. 1, págs. 109 y sig. señala que, “La doctrina general parte de que los contratos de reaseguro están sujetos en principio al derecho vigente en el domicilio del asegurador directo, aduciendo que los contratos de reaseguro están basados con frecuencia en pólizas originales, de manera que cualquier problema de interpretación proveniente de la relación del asegurador directo también dominará en los contratos de reaseguro”. PATRICK LE CORFF, en “Derecho aplicable al contrato de reaseguro. Aproximación en derecho internacional privado francés”, en *V Congreso Iberoamericano de Derechos de Seguros*, t. 1, pág. 141, citando la opinión de REMUS, señala que para dicho autor, en estos casos, “el centro de gravedad se inclina por la cedente, no por razones debidas a la necesidad de proteger a esta última, sino por el hecho de que ésta impone su ley”; y agrega a continuación que la misma idea la encontramos en PICCARD y BESSON para quienes en ausencia de una convención especial sobre la ley aplicable al contrato de reaseguro, “toman en consideración la ley de esta última —se refieren a la aseguradora cedente—, cualquiera sea la naturaleza atribuida al reaseguro”.

En Argentina, hay dos enfoques distintos en relación con el fundamento por el cual la *prestación más característica* en el contrato de reaseguro es la que asume el asegurador reasegurado durante toda la existencia del contrato de reaseguro.

A través de uno u otro enfoque jurídico se pueda llegar a una misma conclusión es decir, que la *prestación más característica en el contrato de reaseguro es la del asegurador cedente* quien debe pagar la prima, contratar los riesgos, denunciar, manejar y liquidar los siniestros e indemnizar al asegurado primario, y al reasegurador le corresponde pagar al asegurador cedente tal como se comprometió en el contrato. La dos teorías que se refieren a la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro y como ambas presentan ciertas particularidades que pueden ser de utilidad para la evaluación de este problema en otras jurisdicciones iberoamericanas, nos ha parecido conveniente desarrollarlas en este trabajo.

2.5. La naturaleza jurídica del contrato de reaseguro: ¿un contrato de seguros patrimoniales o uno de responsabilidad civil?

2.5.1. Una de las teorías sostiene que la naturaleza jurídica del reaseguro corresponde a la de un contrato de seguros patrimonial³⁰, de daño o nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador reasegurado considera que como tal es indemnizatorio. Es decir que la obligación del reasegurador es indemnizar al asegurador reasegurado en la medida del contrato, como reparación del *daño que ha sufrido* por pagar un siniestro derivado de un contrato primario de seguros oportunamente reasegurado. La misma se apoya en los siguientes argumentos:

La exposición de motivos de la Ley 17.418 dice en sus considerandos:

«El reaseguro es un contrato que, con diversas modalidades, busca *ampliar la repartición de los riesgos asumidos*, descargando en otros aseguradores cuanto pueda exceder del pleno de retención, o de un monto previsible de pérdidas en el ramo explotado...».

30 Véanse también sobre este tema los trabajos de NOODT TAQUELA BLANCA MARÍA sobre "Jurisdicción internacional y derecho aplicable al reaseguro en Argentina", en *Revista de Derecho de Seguros*, Madrid, julio - septiembre de 1998, n° 95, págs. 385-421, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 1999, año 32, n° 185-188, págs. 727 a 764 y en *Caderno de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. I, núm. II, setembro 2003 *Homenagem a Clóvis Veríssimo do Couto é Silva, coleção Direito Comparado II, Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, PPGDir./UFRGS, 2003, ISBN 1678-5029, págs. 255-287.

En el concepto *ampliar la repartición de los riesgos asumidos* hay una idea muy especial de negociaciones en común, (asegurador-reasegurador)³¹.

Y cuando se habla de “negociaciones en común” se está muy lejos de pensar en un seguro de los mencionados en la Ley 17.418. En el reaseguro puede haber repartición de riesgos, compensaciones, cuentas en común, y aun participación en beneficios.

Se ve al contrato de reaseguro como un contrato de seguro patrimonial, (no vida) por tanto indemnizatorio, pero no asimilable a los seguros tipificados por la Ley 17.418, en su *primer título*, y menos al de o contra la responsabilidad civil³².

Tanto en los contratos de seguro, como en el contrato de reaseguro, *el riesgo, la prima* y *el interés asegurable* son elementos esenciales, aunque totalmente diferentes en sus especiales características pero, coexistiendo estos elementos tanto en el seguro como en el reaseguro, la mayoría de la doctrina internacional sostiene que la naturaleza jurídica del *contrato de reaseguro se corresponde con la del contrato de seguro*³³.

- 31 Suprema Corte de Ohio EE.UU. 1939, expresó: “El reaseguro es un contrato por el cual una persona, mediante una prima, conviene en indemnizar a otra, total o parcialmente, contra una pérdida o responsabilidad por razón de un riesgo que la segunda ha asumido como asegurador”. Conf. SÁNCHEZ VILLALBA, *op. cit.* págs. 32; 42 y 48. Tras recorrer varias doctrinas concluye “en cuanto a su naturaleza jurídica estamos frente a un contrato exclusivamente orientado a la asunción de riesgo entre asegurador y reasegurador, por lo que es un verdadero contrato de seguro... La teoría de la transferencia del riesgo se funda en la conducta económico-comercial del asegurador frente a las obligaciones asumidas, aun antes de la ocurrencia del siniestro y que comienza con el estudio de mercado y de la factibilidad del negocio, elaboración y cálculo de las primas, la incorporación de los asegurados, la celebración de los contratos de reaseguro necesarios, la constitución de provisiones, la gestión del riesgo, etc. Se trata de obligaciones permanentes, en suma, de tracto sucesivo. Hay un integral comportamiento económico empresarial del asegurador”. Y JOSÉ BENITO RIVERO, *op. cit.*, pág. 3: “el reaseguro es un seguro para el seguro”.
- 32 SÁNCHEZ VILLALBA, JORGE, *El contrato de reaseguro*, Madrid 2002, pag. “...no hay que olvidar que en el seguro de responsabilidad la indemnización se produce en el momento y en beneficio del tercero que sufre un daño consecuencia de un hecho causado por el asegurado, en el reaseguro la indemnización nunca es producto de daño alguno causado por el asegurador. ...estamos en presencia del pago de una deuda, esto es el menoscabo en el patrimonio del asegurador, pero en ninguna forma ante una compensación de perjuicios”. Y siguiendo a EFRÉN OSSA, E., *Tratado elemental de seguro*, Medellín, 1956, pág. 360: “La responsabilidad así sea la contractual, nace allí donde se comete una infracción, más concretamente cuando se incumple un contrato, y el reaseguro opera precisamente cuando el asegurador cumple el contrato de seguro, esto es cuando paga la indemnización debida al asegurado”.
- 33 BULLÓ, EMILIO H. *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*, t. 2, Buenos Aires, 2001, pág. 627: “En síntesis el contrato de reaseguro es de la misma naturaleza jurídica que el contrato de seguro, y ascendiendo un poco más en la fineza de la clasificación, podemos sostener sin reparos que se tratará de un contrato de seguro patrimonial o de

Sí se acepta, que es un contrato de seguro muy especial, independiente, que se diferencia enormemente tanto normativa como dinámicamente de los demás contratos de seguro³⁴.

Cabe también tener en cuenta que estudiosos del tema, como KLAUS GERATHEWOHL, *op. cit.* pág. 456 sostiene:

“El reaseguro... es un tipo de negocio independiente, distinto de todas las otras clases de seguros”.

Y continúa en la página 458 referente a la prohibición de que en el seguro como en el reaseguro (por ser éste un seguro) se consiga una ventaja monetaria ilegítima:

“Por consiguiente, el reaseguro puede suscribirse como seguro de indemnización solamente de acuerdo al principio de satisfacer una demanda específica o concreta... El reaseguro se puede clasificar como seguro de indemnización, aun cuando los riesgos originales reasegurados estén formados por el seguro de personas”.

Esta teoría, no comparte la asimilación del reaseguro al seguro de responsabilidad civil, (especialmente en cuanto el reaseguro no mantiene indemne al asegurador) ya que lo considera como seguro patrimonial (porque el objeto del riesgo es la deuda que surge en el patrimonio del asegurador por pagar aquel siniestro del cual se había cubierto en todo o en parte) y considera como sustento que se debe dar al término jurídico *responsabilidad civil (contractual)* la caracterización que le otorga el derecho civil³⁵.

indemnización, puesto que se requiere siempre en el “asegurado” (asegurador-reasegurado) en interés asegurable, elemento distintivo de este tipo de seguros”.

- 34 Conf. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: *La ley del contrato de seguro*, Sección 10^ª El reaseguro, pág. 1383, Pamplona, 1999 al decir: “Mientras que en el seguro de responsabilidad civil el asegurador ha de mantener indemne al asegurado liberándolo de una deuda de resarcimiento... que deriva de un hecho ilícito bien que en el ámbito extracontractual o en el contractual, en el caso del reaseguro la deuda que grava el patrimonio del asegurado (esto es el asegurador asegurado) deriva directamente del cumplimiento del contrato, que en este supuesto es necesariamente de seguro”. Y el mismo jurista, basándose en el art. 77 de la Ley Española de Seguros define al reaseguro en “El reaseguro en la ley española de contrato de seguro”, en *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, AIDA, Sección Española, 1997, pág. 84 y sigs. como: “El contrato de reaseguro es la modalidad del seguro contra el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior estipulado por él” y continúa diciendo que ÁLVARO MUÑOZ en *El reaseguro de grandes riesgos* considera esta definición más precisa que la de la Ley española.
- 35 NICOLÁS BARBATO, en su trabajo: «Factores de atribución y seguro de la responsabilidad civil», en la revista nº 11; 1993, del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario; referente al tema de qué es lo que debe cubrir un seguro de la responsabilidad civil hace un interesante desarrollo y dice: «El seguro de la

Por otra parte, esta teoría considera que si bien la aplicación supletoria y secundaria de la Ley 17.418 al contrato de reaseguros podría ser válida, no habría posibilidad de aplicar al reaseguro las disposiciones de la sección XI de la ley, referente al *seguro de responsabilidad civil* (artículos 109 al 120) porque el mismo sí se refiere específicamente a la responsabilidad civil tal cual está conceptualizada en el derecho civil, desde Roma hasta nuestros días³⁶.

La responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado. En materia contractual, el ámbito de la responsabilidad civil sólo se abre cuando el deudor de las obligaciones emergentes de los contratos no cumple las mismas.

En tanto el deudor efectúe el cumplimiento exacto y oportuno de la prestación a su cargo, no incurrirá en responsabilidad civil. Por lo que para esta posición doctrinaria no es admisible definir al reaseguro como un *seguro que cubre al asegurador reasegurado contra o por su responsabilidad civil, cuando no media incumplimiento de las obligaciones*³⁷.

responsabilidad civil no es susceptible de convertirse en la mágica receta para resarcir todo daño que le acontezca a cualquier integrante de la comunidad... la atribución de responsabilidades y deberes de resarcir debe reposar sobre fundamentos razonables y suficientes, y basarse ya en la responsabilidad (subjetiva), ya en supuestos en los que el daño sea producto de situaciones en las que alguien esté obteniendo un beneficio, creando un riesgo o quedando en posición ventajosa a expensas de la víctima. *En los demás casos, en los que el daño aparece desvinculado causalmente de la acción o actividad de terceros o de situaciones en las que otro resulte con ventajas a expensas del dañado, los perjuicios no serán susceptibles de ser cubiertos por un seguro de la responsabilidad civil...*»(bastardilla fuera de texto).

- 36 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, en su *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, 1993, pág. 95 dice: «...los elementos o presupuestos del deber de indemnizar el daño que se le ocasiona al acreedor por el incumplimiento de la obligación impuesta al deudor en un contrato, son los mismos del deber resarcitorio que incumbe al autor de un acto ilícito por el daño causado a la víctima; de allí también que las reglas legales aplicables son fundamentalmente iguales. Lo relevante de ambas situaciones jurídicas es la necesidad de reparar el daño que sufre el damnificado».
- 37 BLANCA ROMERO MATUTE, *op. cit.* pág. 122 y sigs. citando a BROSETA: "el contrato de seguros y reaseguro presentan caracteres semejantes, ...la causa es idéntica: la eliminación de un daño eventual que soporta un interés del asegurado a cambio de un prima, y en definitiva el cuadro de obligaciones es semejante en uno y otro". ... "No se trata más que del cumplimiento de una obligación asumida contractualmente que, por tanto, difícilmente pueda considerarse como un daño...". "La cuestión que nos planteamos es examinar si la responsabilidad de un asegurador se encuentra dentro de los límites de la asegurabilidad técnica, es decir si puede ser objeto de cobertura". Y es interesante la posición del italiano CAPOTOSTI en *La reassicurazione. Il contratto e l'impresa* que ve el reaseguro desde la empresa, persona jurídica ideal de comercio y dice al respecto: "La condición de empresario se define por el riesgo; riesgo que legitima la obtención de unos beneficios y que, por naturaleza, no es asegurable".

La participación en las ganancias del reasegurador, cuando ello se conviene, aleja totalmente a este negocio asegurativo del seguro de responsabilidad civil donde el asegurador únicamente se compromete, *por ley* a mantener indemne el patrimonio de su asegurado, y donde, aparte del riesgo asegurado ningún otro negocio hay entre asegurado y asegurador³⁸.

Durante la vigencia de los contratos automáticos o generales de reaseguro es el asegurador quien lleva la contratación de los negocios, la gestión del riesgo, la liquidación del daño al tercero o al asegurado y paga el siniestro en la mayoría de los casos —salvo los riesgos catastróficos o grandes riesgos donde los reaseguradores adelantan sumas importantes antes de la liquidación definitiva, o en los *fronting* (generalmente suscritos en un facultativo) y debe dar cuenta a sus reaseguradores de la forma en que realizó los pagos documentando los mismos y recién luego hará el *recupero* de la parte cedida o comprada a sus reaseguradores—.

Es decir el reaseguro no *mantiene indemne* al asegurador, es éste el que practica la liquidación del siniestro (lo que lo diferencia aún más del seguro de responsabilidad civil, donde el asegurado deja todo, incluso la dirección del proceso en manos del asegurador) y por ende, extingue su obligación primaria y pide la participación del reaseguro. Asimismo en el reaseguro hay una concreción del valor reasegurado, en el seguro de la responsabilidad civil que cubre la responsabilidad del asegurado ante terceros no se conoce *ab initio* el monto en el podrá terminar la obligación pecuniaria del asegurado (sí, el máximo a pagar por el asegurador) pero no el máximo que podrá resultar al asegurado el daño por él causado.

En el seguro de responsabilidad civil, el asegurado puede o no ser resarcido totalmente en su patrimonio, ya que el daño hecho a un tercero puede ser superior al máximo del contrato de seguro tomado. En el reaseguro el capital cedido es precisamente el que el asegurador reasegurado sería obligado a pagar según el contrato primario y nunca una suma superior: conforme NAVAS MULLER en *Naturaleza jurídica del reaseguro*.

Por estas razones, y por ser la labor que tiene que desempeñar el asegurador reasegurado (pagar la prima de reaseguro, contratar el riesgo, manejar el siniestro y liquidarlo) es la más específica y esos actos u obligaciones que debe cumplir pertenecen únicamente al contrato de reaseguro, es que esta teoría considera que la ley aplicable, en caso de ausencia de la misma en el contrato de reaseguro debe

38 CARRO DEL CASTILLO, JOSÉ, "Derecho aplicable al contrato de reaseguro"; *Revista Iberoamericana de Seguros*; 11; AIDA, CILA, Colombia, 1998, pág. 69 y sigs. "Siguiendo a los profesores SÁNCHEZ CALERO y DE ANGULO y por lo que se refiere a las notas que mejor definen al reaseguro podríamos empezar por la de tratarse de un contrato de seguro... es doctrinal, jurisprudencial y legalmente pacífico en España... que ve el mismo como un seguro de daños".

ser la del asegurador asegurado. La labor del reasegurador, —pagar— no es específica únicamente del contrato de reaseguro, es el cumplimiento del deudor similar en todos los contratos bilaterales.

Donde el asegurador eligió el riesgo primario, pagó la prima de reaseguro, donde denuncia y cumple las tareas del manejo y liquidación del siniestro, indemniza a su asegurado, y exige el pago de su reasegurador es sin duda el lugar de la prestación más característica del contrato de seguro por lo cual la ley aplicable deberá ser la del domicilio del asegurador cedente (véase *infra* nota 45).

2.5.2. Para otros autores la obligación que asume el reasegurador frente a su asegurador cedente, es la de *mantenerlo indemne* frente al riesgo de una deuda que nace en su patrimonio a consecuencia de la obligación por él asumida frente a su asegurado bajo las condiciones de su contrato de seguro primario.

Este tema fue objeto de un amplio e interesante debate en el *V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, organizado por la AIDA, Sección Española, llevado a cabo en Madrid, en septiembre de 1997.

En dicho congreso, JOSÉ ANTONIO CARRO DEL CASTILLO, presentó una valiosa ponencia en torno al “Derecho aplicable al contrato de reaseguro” en el que señalaba que en los contratos de reaseguro las partes pueden libremente elegir la ley aplicable, principio éste que está consagrado por la Convención de Roma de 1980 —si bien es aplicable a los reaseguros, pero no a los seguros directos—.

Y agregaba CARRO DEL CASTILLO en su ponencia que, en defecto de la elección de la ley aplicable, si bien la Convención de Roma prevé la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato, la que se presume que es la del establecimiento o residencia, la presunción del artículo 4 de dicho convenio puede desvirtuarse

“por considerarse que no obedece, en el caso del reaseguro, a la ley más estrechamente vinculada”³⁹.

Y a partir, el mencionado autor, desarrolla su idea de que la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro se corresponde con la de un *seguro de daños que cubre el riesgo de una deuda que nace en el patrimonio del asegurador cedente* en el que:

- “El riesgo no puede ser identificado con el cubierto en el contrato de seguro directo, sino que es específico: una deuda eventual en el patrimonio del asegurador

39 Citaba CARRO DEL CASTILLO las opiniones de FERNÁNDEZ ROZAS y de SÁNCHEZ LORENZO para quienes el lugar de establecimiento del reasegurador suele ser *una conexión aislada, aleatoria y poco operativa*, para llegar a la conclusión que el tema debe ser resuelto a través del artículo 4 de la convención, pero de su apartado 5, que determina el carácter de presunción *iurus tantum* del artículo 4.2, es decir la posibilidad de prueba en contrario.

producida por la producción de un siniestro cuyo riesgo cubría el contrato de seguro directo”.

- “La única localización cabal de tal riesgo es el lugar de establecimiento del asegurador-reasegurado, no sólo porque se trata del centro de actividades, económico y patrimonial que va a sufrir el daño, sino también porque es un criterio general de localización del riesgo, cuando no se refiere a bienes determinados”.

Si tuviéramos que sintetizar la opinión de CARRO DEL CASTILLO diríamos que para él, la localización del riesgo corresponde al domicilio del asegurador cedente porque *lo que el reasegurador cubre es la obligación de valor que nació en el patrimonio de aquél a consecuencia de un siniestro cubierto por un contrato de seguro que celebró con su asegurado* y entonces, la ley aplicable al contrato de reaseguro sería la del domicilio del asegurador cedente —por supuesto para el caso que el contrato respectivo de reaseguro no se hubiera establecido expresamente otro tipo de solución—⁴⁰.

La tesis de CARRO DEL CASTILLO parece corresponderse con el derecho argentino en donde la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro corresponde a la de un seguro de responsabilidad civil contractual⁴¹, en donde el reasegurador asume la obligación de mantener indemne a asegurador cedente por las consecuencias de un siniestro cubierto por una póliza por él emitida y en consecuencia —y salvo que las partes hayan pactado lo contrario—, “el domicilio del asegurador cedente es el que determina la ley aplicable al contrato de seguro, porque es allí donde el reasegurador debe cumplir su obligación de mantener indemne a su asegurador cedente”^{42 43}.

40 Un desarrollo similar y con equivalentes conclusiones, desarrollan JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZA y SIXTO SÁNCHEZ LORENZO en “Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional”, en *Estudios sobre el contrato de seguro*, pág. 228.

41 Sobre la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro como uno de responsabilidad civil, véase HALPERÍN MORANDO, *op. cit.*, pág. 114 y sigs.; véanse también LÓPEZ SAAVEDRA D.M. y PERUCCHI H., *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

42 Hay varios destacados autores argentinos que señalan que en los seguros de responsabilidad civil, el siniestro se produce con el nacimiento de una obligación de valor en el patrimonio del asegurador a consecuencia de un evento siniestral que afecta la responsabilidad de su asegurado: Véase BARBATO, N., “La citación en garantía del asegurador”, *El derecho*, t. 150-149. Véanse sobre este tema NOODT DE TAQUELA MARÍA B., en *Derecho aplicable y jurisdicción competente en el contrato de reaseguro*, pág. 56 y PERUCCHI, H.A., *Derecho de reaseguros*, página 8 y “Algunos aspectos jurídicos del contrato de reaseguro”, V JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DE SEGURO, Huerta Grande, pág. 115 y sigs.; señala el citado autor en su obra que si la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro corresponde a la de un seguro de responsabilidad civil y en consecuencia su objeto es mantener indemne el patrimonio del asegurador cedente frente a siniestros emergentes de pólizas de seguros por él emitidas.

43 PERUCCHI, H.A. ha señalado que el tema en cuestión debe solucionarse decididamente por la elección del juez del domicilio del asegurador cedente, por las razones siguientes:

Coincidente con lo expuesto precedentemente, en las *Segundas jornadas sobre política de legislación de seguros y reaseguros*, cinco juristas especialistas en la materia⁴⁴ presentaron una ponencia tendiente a modificar el artículo 161 de la Ley de Seguros, cuyo nuevo texto debería ser el siguiente:

“En los contratos de reaseguro en que sea parte un asegurador cedente autorizado a operar en el país, la ley aplicable será la argentina”⁴⁵.

2.5.3. Para finalizar sobre este tema, deseamos señalar algunas posturas doctrinarias que parecen abrir una nueva línea de pensamiento que trata, no sólo de contemporizar y encontrar puntos en común, sino también ampliar, dentro de la evolución constante del reaseguro, posturas menos rígidas que tal vez no ayudan a caracterizar un contrato que es más un negocio internacional lleno de vericuetos, nuevas modalidades, con un constante acercamiento a otros institutos comerciales especialmente financieros y de *security*. Y son estas nuevas creaciones que el avance de las comunicaciones y la diversidad de nuevas necesidades y negocios hacen del reaseguro algo tan vivo, tan móvil que no conviene encerrar al mismo en doctrinas que la realidad y el diferendo de conflictos por árbitros, hace innecesario.

i) es el juez con jurisdicción en el lugar de ejecución del contrato, por tanto, el juez natural, de acuerdo a los principios del derecho internacional privado; ii) siendo así, es el juez que conoce los usos y costumbres del mercado donde se ejecuta el contrato y desde que es una materia eminentemente comercial, esos usos y costumbres tendrán una especial significación en la interpretación del contrato —nadie mejor que él, en consecuencia, para apreciar el buen desenvolvimiento de las obligaciones—; iii) es en la sede del asegurador donde se verifican los pagos por créditos nacidos del contrato; iv) allí se verifica el pago de primas y la recepción de las indemnizaciones: conforme el relato de HÉCTOR A. PERUCCHI en las *Jornadas nacionales de derecho de seguros* de MORÓN, 1998 y su trabajo sobre *Algunos aspectos jurídicos del contrato de reaseguro*, presentado ante las *V Jornadas Nacionales*, de Huerta Grande, 1992.

44 Los doctores JUAN C.F. MORANDI, EDUARDO R. STEINFELD, NORBERTO J. PANTANALI, ENRIQUE J. QUINTANA y HÉCTOR A. PERUCCHI.

45 En la exposición de motivos y referido al artículo en cuestión se señalaba lo siguiente: “el reaseguro importa un seguro de responsabilidad, celebrado en favor del asegurado cedente. Siendo así, dicho contrato se ejecuta en el lugar donde el asegurador cedente se encuentra autorizado a operar y consecuentemente expone su patrimonio, pues es ese patrimonio el que resulta objeto de la protección de indemnidad, cuando es afectado, en su medida por un siniestro indemnizable al asegurado”. Véase la publicación de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, *II Jornadas sobre política de legislación de seguros y reaseguros*, noviembre de 1994, pág. 172 y sigs.

Otros autores, como ROMERO MATUTE y BAEZA PINTO - ACHURRA LARRAIN toman finalmente una posición un tanto ecléctica^{46 47}.

Para terminar este capítulo vale la pena recordar las palabras de ARTURO DÍAZ BRAVO, el maestro mexicano, que, con su habitual galanura nos dice que,

“los juristas iberoamericanos debemos hacer a un lado el lastre de las definiciones jurídicas y de los intentos de encasillamiento por razón de naturalezas jurídicas como punto de partida de contratos o instituciones donde lo que más importa es el clausulado y la clara especificación de los derechos y obligaciones de las partes. Postulantes y tratadistas hemos empleado mucho tiempo, mucho papel y mucha tinta en algo que tiene escasa importancia práctica”.

3. CONCLUSIONES

Si tuviéramos que exponer nuestras conclusiones respecto al tema que precedentemente ha sido materia de análisis, podríamos sintetizar las mismas diciendo lo siguiente:

-
- 46 ROMERO MATUTE, BLANCA dice al final de su extenso desarrollo de las teorías surgidas sobre la naturaleza del reaseguro: pág. 145: “Desde la perspectiva del riesgo asegurado nos encontramos dentro de un seguro de nacimiento de deuda encuadrable dentro de los seguros de responsabilidad... porque el pago a efectuar por el asegurador resulta de la obligación asumida en la contratación del seguro directo... pero no se trata de una subespecie de los seguros de responsabilidad civil... Hay ciertamente analogías entre el reaseguro y el seguro de responsabilidad civil. *Ambas modalidades ostentan carácter indemnizatorio* siendo el riesgo asegurado al mismo, el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado... pero el nacimiento de la deuda en el reaseguro es siempre contractual primario, deriva directamente del cumplimiento de un contrato de seguro... y citando a BROSETA que a su vez sigue a VITERBO y a SÁNCHEZ CALERO: “Se trata de una deuda que tiende al cumplimiento de un contrato, no de una deuda que pretenda resarcir la consecuencias de su incumplimiento”.
- 47 SERGIO BAEZA PINTO en *El reaseguro*, ed. actualizada por JUAN ACHURRA LARRAIN, Editorial Jurídica de Chile, 1994; pág.124: “Si a algún contrato puede asimilarse al reaseguro es, precisamente al seguro mismo. En efecto, el asegurador directo, mediante el reaseguro, se pone a cubierto de su propia responsabilidad financiera, se resguarda en su patrimonio total. Se trataría, pues de un seguro del tercer grupo, del ramo de los seguros de responsabilidad civil. El reaseguro vendría a ser, entonces, una modalidad de éstos. Con todo, aún esta hipótesis falla si se considera que la responsabilidad financiera del asegurador no importa propiamente un riesgo ya que está determinada por un contrato y el cumplimiento de éste no puede considerarse un evento dañoso. De todo lo anterior se advierte la imposibilidad de identificar el reaseguro con otro contrato, esfuerzo que, por lo demás, es meramente académico, ya que el reaseguro tiene fisonomía autónoma y no necesita recurrir a otras formas jurídicas, ni para su inteligencia, ni para su aplicación”.

Primera: en el contrato de reaseguro, adquiere especial importancia el principio de la “autonomía de la voluntad” y en consecuencia, al mismo le serán aplicables, en primer lugar, las normas contractuales expresamente convenidas por las partes en el respectivo contrato —en la medida en que no contraríen principios de orden público— y a falta de ellas, los usos y costumbres que puedan resultar aplicables al caso y, recién luego y en forma supletoria, las normas del título I de la Ley de Seguros, en cuanto éstas no desvirtúen los principios básicos del reaseguro.

Segunda: dentro de la aplicación del principio de la “autonomía de la voluntad”, las partes pueden, libremente, en un contrato de reaseguro, elegir la ley aplicable al mismo, como así también, la jurisdicción dentro de la cual se habrán de resolver sus eventuales diferencias.

Tercera: si las partes, en el respectivo contrato de reaseguro, no hubieran convenido cuál es la ley aplicable al mismo, ella será la que corresponda al domicilio del asegurador-reasegurado, pues es allí, en donde se debe cumplir la “obligación más característica”.