

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SEGURO Y REASEGURO

Taxonomía de las disputas más frecuentes en materia de seguro y
reaseguro susceptibles de resolución mediante arbitraje
internacional

Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje internacional en
materia de Seguro y Reaseguro creado por



© Madrid (España), enero 2024

AUTORES:

Pilar Perales Viscasillas [Presidenta del Grupo de Trabajo]

Catedrática, Universidad Carlos III, España

Manuel Penadés [Coordinador del Informe y del Subgrupo]

King's College London, Arbitro independiente, UK

Marta Jarque Brangulí

Socia, Clyde & Co, UK

María José Menéndez

Árbitro independiente, consejera senior Ashurst, España

Marcelo Nasser

Socio senior, PDND, Chile

Ruth Pérez

Directora Corporativo Legal & Compliance, Solunion Seguros, España

Alonso Núñez del Prado

Socio, Daly, Otero, Florez & Núñez del Prado, Perú. Árbitro nacional e internacional.

Catedrático, Pontificia Universidad Católica, Perú

Antonio Santos

Coordinador Siniestros en Líneas Financieras y Programas Internacionales, Howden, España

El Informe es fruto del trabajo del Grupo de Trabajo y no representa la posición de CIAM ni de SEAIDA. No constituye, tampoco, asesoramiento jurídico de ningún tipo respecto de una disputa específica.

TABLA DE CONTENIDOS

Abreviaturas	4
<u>I.</u> INTRODUCCIÓN	5
<u>II.</u> DISPUTAS FRECUENTES EN MATERIA DE SEGURO Y REASEGURO	7
A. Disputas comunes al seguro y el reaseguro	8
1. Cuestiones de interpretación	9
i. Problemas relacionados con la traducción de documentos	12
ii. Determinación de los usos y prácticas relevantes en el seguro/reaseguro internacional	13
2. Determinación de la cobertura del seguro y reaseguro	15
i. Definición de coberturas y exclusiones	15
ii. Alcance temporal de la cobertura	19
iii. Exigibilidad de la cobertura en supuestos de impago total o parcial de primas	24
iv. Cobertura de defensa legal	26
3. Disputas sobre valores asegurados	29
i. Supuestos de sobreseguro	29
ii. Supuestos de infraseguro (“ <i>underinsurance</i> ”) y “ <i>average clauses</i> ”	30
iii. Reclamaciones vinculadas con el aumento de la inflación	31
4. Cláusula de 72 horas	32
i. La prueba de unidades y las cláusulas de agregación	34
5. Cuestiones (actuales) seleccionadas	36
i. Business interruption y Covid-19	36
ii. Seguro y reaseguro en operaciones corporativas	40
iii. Disputas relacionadas con las nuevas tecnologías y la digitalización	43
iv. Disputas relacionadas con la sostenibilidad, factores ASG/ESG, cobertura ambiental y riesgos por el cambio climático	46
v. Incremento de riesgos y consecuente litigación en el área de responsabilidad profesional (D&O)	48

B.	Disputas más frecuentes en materia de seguro	49
1.	Disputas relacionadas con la acción subrogatoria	49
	i. La cristalización del derecho de la aseguradora a subrogarse en la posición del asegurado	50
	ii. Determinación de la cuantía reclamable mediante la acción subrogatoria	51
	iii. Cláusulas de renuncia a la subrogación y pérdida del derecho a la misma	53
	iv. La obligación del asegurado de cooperar con la aseguradora en la acción subrogatoria	56
	v. Cláusulas de no cesión, cesiones forzosas y cesiones a aseguradoras	58
	vi. Ámbito subjetivo del convenio arbitral.....	59
2.	Disputas derivadas del deber de ubérrima buena fe, rescisión y preaviso	60
3.	Disputas con los distribuidores de seguros (agentes, corredores, etc)	62
C.	Disputas más frecuentes en materia de reaseguro	65
1.	La doctrina de seguimiento de la fortuna (<i>“follow the fortunes”</i> y <i>“follow the settlements”</i>)	68
2.	Cláusulas de control, cooperación y el problema con el coaseguro.....	71
3.	Pagos <i>ex gratia</i> de la aseguradora y su impacto en el reaseguro.....	74
4.	Discrepancias en el cálculo de balances de reaseguro	75
III.	SÍNTESIS.....	77

Abreviaturas

CC	Código Civil (España)
CCo	Código de Comercio (España)
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) / <i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)</i>
D&O	<i>Directors and Officers</i>
E&O	<i>Errors and omissions insurance</i>
ESG / ASG	<i>Environmental, Social and Governance</i> / Ambiental, Social y Gobernanza
EWCA	<i>England and Wales Court of Appeal</i>
EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
FJ	Fundamento Jurídico
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
NFTs	<i>Non Fungible Tokens</i>
NZCA	<i>New Zealand Court of Appeal</i>
PICC	<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i>
PRICL	<i>Principles of Reinsurance Contract Law (2019)</i> / Principios del Derecho de Contratos de Reaseguro (2019)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TS	Tribunal Supremo de España.
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i>
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
W&I	<i>Warranties & Indemnities</i>

I. INTRODUCCIÓN

1. La industria del seguro y del reaseguro es un componente fundamental para el funcionamiento del régimen económico mundial. Tanto a nivel local como global, los contratos de seguro y reaseguro cumplen una función de cobertura sin la cual no se llevarían a cabo multitud de transacciones comerciales. Igualmente, estos contratos proporcionan un respaldo de seguridad para el conjunto de la sociedad que permite afrontar en mejores condiciones los riesgos inherentes a las actividades de personas físicas y jurídicas.
2. La importancia de estos contratos es proporcional a la probabilidad de que surjan disputas relacionadas con su operatividad. Por ejemplo, los hechos que dan lugar a un potencial siniestro no siempre son pacíficos. Igualmente, las partes pueden discrepar respecto de la interpretación sobre las pólizas en ámbitos como la cobertura, las excepciones y la multitud de cláusulas y escenarios que ofrece la práctica aseguradora.
3. Esta problemática no siempre ocurre en un entorno doméstico. La actual globalización económica hace necesaria la existencia de compañías aseguradoras, reaseguradoras e intermediarios capaces de operar en el mercado internacional en el que tenedores de seguros y asegurados se desenvuelven. De hecho, los grandes actores en este campo son operadores globales o, al menos, tienen presencia en varios países. Como consecuencia de esta actividad, los contratos de seguro y reaseguro en el ámbito comercial pueden contar con elementos transfronterizos que pueden influir directamente en su contenido, así como en la cultura jurídica y de negocio que los envuelve.
4. La resolución de las disputas derivadas de las relaciones de seguro y reaseguro requiere un régimen que proporcione certidumbre, especialización, transparencia y confianza a las partes que lo utilizan. Ni los tribunales nacionales ni los mecanismos autocompositivos pueden ofrecer siempre un servicio que satisfaga las necesidades de los operadores del mercado del seguro y reaseguro. Por ejemplo, la naturaleza estandarizada de muchas de las cláusulas frecuentemente empleadas en las pólizas implica que, además de la relevancia económica de una disputa particular, su resolución puede tener un impacto indirecto significativo en muchos otros contratos en los que podría surgir la misma contienda. El ritmo resolutivo de la justicia nacional no es acorde con esta premura. Igualmente, la resolución de las disputas de seguro y reaseguro requiere el conocimiento de multitud de tecnicismos y prácticas de mercado que frecuentemente son ajenas a aquellos profesionales que no operan en el sector. La naturaleza generalista de muchas de las autoridades judiciales

- potencialmente competentes para resolver esas disputas casa mal con esa necesidad de especialización.
5. Frente a estos escenarios, el arbitraje puede proporcionar una vía profesionalizada, eficaz y adaptable capaz de resolver la amplia variedad de disputas derivadas de la actividad aseguradora. A pesar de ello, y sin perjuicio de un crecimiento reciente, el arbitraje no goza en la industria del seguro (y en menor escala la del reaseguro) del nivel de penetración que podría ser esperable en todas las regiones del mundo, sobre todo comparado con otros sectores altamente técnicos como el de la construcción.
 6. En 2021, el [Centro Internacional de Arbitraje de Madrid \(CIAM\)](#) y la [Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros \(SEAIDA\)](#) firmaron un acuerdo para promocionar de manera conjunta el arbitraje internacional en el sector asegurador y reasegurador. En virtud de este convenio, la SEAIDA acordó ceder al CIAM la jurisdicción y competencia en materia de arbitraje internacional de seguros, reaseguros y Fondos de Pensiones que estatutariamente le estaba atribuida al Tribunal Español de Arbitraje de Seguros. Este último organismo, no obstante, sigue administrando los casos nacionales.
 7. Al amparo del convenio entre SEAIDA y CIAM se creó un Grupo de Trabajo sobre Arbitraje internacional en materia de Seguro y Reaseguro. El Grupo, compuesto por expertos en arbitraje y en derecho del seguro y reaseguro, tiene como objetivo analizar las posibilidades de desarrollo y promoción del arbitraje en el sector asegurador a través del CIAM, así como la posibilidad de realizar actividades de investigación y formación en ese campo.
 8. Un factor fundamental para potenciar el uso del arbitraje internacional por la industria aseguradora es ofrecer a los usuarios un conjunto amplio y diverso de profesionales especializados simultáneamente en materia de seguro y de arbitraje. Frente a esto, la realidad demuestra una parcial falta de familiaridad con el arbitraje por una parte no desdeñable de los profesionales del seguro y el reaseguro, lo cual puede generar reticencia y escepticismo hacia el arbitraje. Igualmente, se aprecia un conocimiento limitado del derecho y la práctica del seguro y el reaseguro por parte de los profesionales del arbitraje, lo cual genera escasez de árbitros y abogados para la resolución de disputas y asesoría en las mismas. Por tanto, la mayor especialización de quienes resuelven y contribuyen a resolver estas disputas es una necesidad.
 9. El presente Informe constituye una de las iniciativas diseñadas por el Grupo de Trabajo CIAM-SEAIDA para incrementar las competencias en materia de seguro y reaseguro

de los profesionales del arbitraje.¹ Su objetivo es ofrecer una visión global de la problemática más habitual derivada de los contratos de seguro y reaseguro. Es decir, proporciona un punto de partida sustantivo, si bien no exhaustivo, de los tipos de disputas a los que se puede enfrentar con regularidad un árbitro que actúe en el sector y las razones jurídicas por las que suelen surgir tales controversias.

10. Dos apuntes adicionales resultan apropiados. El primero es que este Informe se centra en la problemática que surge en los seguros de grandes riesgos concluidos entre profesionales. Excluye, por tanto, el tratamiento específico que requieren los contratos de seguro con consumidores. El segundo es que, sin perjuicio de las peculiaridades propias de cada derecho nacional, el Informe pretende ofrecer una panorámica general en un marco internacional. Por tanto, opta conscientemente por no detenerse en idiosincrasias jurídicas nacionales, sin perjuicio de que ello pueda resultar crucial para resolver muchas de las disputas que surgen en la práctica. Cuando el Informe menciona normas de un derecho nacional concreto, lo hace generalmente con propósito ilustrativo y para facilitar la comprensión de la cuestión expuesta.

II. DISPUTAS FRECUENTES EN MATERIA DE SEGURO Y REASEGURO

11. El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.
12. Por su parte, el contrato de reaseguro es un acuerdo mediante el cual un asegurador, denominado cedente, transfiere a otro, denominado reasegurador, la totalidad o una parte de sus riesgos y éste recibe una parte de la prima.
13. En general, el contrato de seguro se documenta en una póliza suscrita por el asegurador y el asegurado en la que se detallan las normas que regularán la relación contractual de aseguramiento entre ambas partes, especificándose sus derechos y obligaciones. Tomando como base la cobertura proporcionada por la póliza de seguro, el contrato de reaseguro suele reflejarse en un boletín (*slip*) en el que, junto con otros documentos contractuales, se hace constar el riesgo que acepta el reasegurador.

¹ Existen otros esfuerzos divulgativos verdaderamente útiles que pretenden acercar el peculiar mundo del seguro a profesionales no especializados. Un ejemplo paradigmático es el [Diccionario de seguros](#) elaborado por la Fundación Mapfre.

14. Ambos contratos se caracterizan por ser consensuales, bilaterales, aleatorios, onerosos y basados en la buena fe.
15. Existen principalmente dos tipos de contratos de reaseguro. El contrato de reaseguro facultativo suele referirse a la colocación de un único riesgo. La etiqueta “facultativo” indica que el reasegurado tiene la opción de ofrecer un riesgo específico y el reasegurador tiene la opción de aceptarlo caso por caso. No existe un acuerdo previo que obligue a ninguna de las partes a ofrecer o aceptar riesgos específicos para su colocación. El reaseguro facultativo se utiliza más comúnmente para riesgos individuales complejos, como un proyecto de infraestructura o un activo específico. Otra característica del reaseguro facultativo es que, normalmente, el riesgo subyacente ya ha sido asegurado, es decir, el contrato de reaseguro se coloca después o al mismo tiempo que el contrato de seguro directo.
16. A diferencia del reaseguro facultativo, el contrato de reaseguro convencional suele referirse a una serie de riesgos incluidos en una categoría específica, a menudo definida por referencia a una “cartera de negocios”. El objetivo del reaseguro convencional es establecer un programa de reaseguro prospectivo para riesgos específicos que el reasegurado, en su calidad de asegurador, asegurará durante el periodo acordado. Las ventajas de un programa de reaseguro convencional son que los costes de transacción para ceder riesgos individuales son bajos y el reasegurado tiene la certeza de que la cobertura de reaseguro está disponible en las condiciones y primas acordadas previamente. Tradicionalmente, el reaseguro de cartera funciona sobre una base “obligatoria”. Es decir, una vez acordados los términos entre las partes, el reasegurado está obligado a ceder, y el reasegurador a aceptar, cualquier riesgo cubierto en el acuerdo, de ahí que se le denomine también reaseguro obligatorio.
17. A pesar de las diferencias conceptuales, los contratos de seguro y de reaseguro comparten una esencia común y varios de sus elementos constitutivos son similares. Como resultado, muchas de las disputas que este Informe trata son comunes a ambas categorías de contratos. La Sección A trata estas disputas. Por su parte, las Secciones B (seguros) y C (reaseguros) exponen respectivamente cuestiones específicas que surgen solo (o al menos principalmente) en uno de esos tipos de contratos.

A. Disputas comunes al seguro y el reaseguro

18. Esta sección aborda cuestiones comunes que surgen tanto en las disputas derivadas de los contratos de seguro como de reaseguro: (1) la interpretación de contratos, (2) la determinación de la cobertura, (3) la determinación de los valores asegurados, (4)

las cláusulas de 72 horas, así como (5) una selección de cuestiones adicionales que se incluyen en el Informe como consecuencia de su actualidad y relevancia.

1. Cuestiones de interpretación

19. Un rasgo común en las disputas en materia de seguro y reaseguro son las desavenencias relacionadas con la interpretación de las cláusulas contenidas en las pólizas y otros documentos contractuales.
20. El seguro y reaseguro es un sector altamente estandarizado y los clausulados son generalmente uniformes. Asimismo, el análisis de cobertura es en muchas ocasiones internacional. Aun y así, no siempre es posible dilucidar principios uniformes en materia de interpretación de estos contratos a nivel internacional. Ello se debe principalmente a las posibles divergencias en la aplicación de los criterios de interpretación que pueden existir en los derechos aplicables y en la jurisprudencia que se ha desarrollado en la materia, así como en el valor desigual que la jurisprudencia tiene en cada jurisdicción.. El hecho de que las disputas relacionadas con el reaseguro, en mayor medida en comparación con el contrato de seguro,² suelen estar sometidas a arbitraje confidencial también dificulta el conocimiento de la doctrina que pudiera establecerse en materia de interpretación.
21. La posible divergencia de criterios interpretativos o, al menos en su aplicación, implica que la determinación del derecho aplicable a la relación de seguro o reaseguro puede resultar relevante para determinar el contenido de un contrato. Ello incluye tanto cuestiones de interpretación (ampliamente consideradas) como la posible existencia de términos implícitos y la aplicación de los usos del sector.
22. Los principios o reglas de interpretación específicos en materia de seguro y reaseguro en cada ordenamiento tienen que cohonestarse con la posible internacionalidad de la relación jurídica y con la potencial aplicación de las reglas de teoría general de los contratos. Desde la perspectiva de este Informe, ceñido a contratos entre profesionales, ello es especialmente relevante en el contrato de seguro como un contrato mercantil aplicable entre empresas,³ ya sea entre dos compañías de seguro o entre una de ellas y una empresa ajena al sector asegurador. Cuestiones como las

² A pesar de esta posible discrepancia, es común que exista un alto nivel de consistencia entre las cláusulas de legislación aplicable y de resolución de disputas en el plano del seguro y del reaseguro.

³ Véase, por ejemplo, *McCann v Switzerland Insurance Australia Ltd* (2000) 203 CLR 579 (Australia).

- circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, así como las posteriores (al menos en algunos ordenamientos), y el objeto del seguro o reaseguro serán factores a considerar.
23. El primer elemento de interpretación al que se ha de recurrir es evidentemente el texto del contrato, aunque pudieran existir discordancias entre los términos contenidos en él o en los documentos conexos (ej., entre el *slip* y el tratado, entre las condiciones generales y las particulares). También pueden existir en el mismo contrato cláusulas que habrán de considerarse en el ejercicio de interpretación. Por ejemplo, puede existir una “*Non-Oral Modification Clause*”, que prohíbe la alteración de los términos contractuales mediante mero acuerdo oral,⁴ o una “*Entire Agreement*” o “*Merger Clause*” (cláusula de integración), que restringe la prueba de elementos externos al documento contractual.⁵ Incluso, la misma cláusula de resolución de disputas de sometimiento a arbitraje puede contener no solo la lógica sumisión al arbitraje sino también determinadas reglas de interpretación que habrán de ser seguidas por el tribunal arbitral. Ejemplo de ello serían las cláusulas de arbitraje que estipulan que la resolución del conflicto tendrá en consideración las prácticas pertinentes en el mercado de seguro o reaseguro, que se interpretará el contrato conforme a su naturaleza como un “acuerdo honorable” o que el tribunal no deberá seguir reglas de interpretación estricta. Cualificaciones que están en línea con la exigencia en algunas cláusulas de resolución de disputas que exigen que los árbitros tengan contrastada experiencia de varios años en el mercado de seguro o reaseguro.
24. Tampoco resulta infrecuente que exista entre las partes tensión en relación a si prevalece la interpretación literal de las cláusulas frente a la interpretación global o sistemática del contrato en su conjunto, así como a si debe abandonarse la interpretación literal en favor de la intención común o real de las partes, como lo podría demostrar su conducta posterior si se prueba que es contradictoria con el

⁴ Un ejemplo de este principio se encuentra en el artículo 2.1.18 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2016 (PICC): “Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma”. Aun y así, el propio precepto prevé que: “No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos”. En el mismo sentido, véase el artículo 29.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG).

⁵ Véase el artículo 2.1.17 PICC: “Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito”.

sentido literal. En muchas ocasiones ello dependerá del derecho aplicable, que también determinará si en la interpretación del contrato debe prevalecer un enfoque objetivo (persona razonable de la misma condición que las partes del contrato) o subjetivo (la intención concreta de las partes del contrato).

25. Si la interpretación literal es clara y no presenta dudas, ahí termina el recorrido interpretativo.⁶ Si no, dependiendo del derecho aplicable, se abren diversas cuestiones al intérprete: desde la aplicación de la *parol evidence rule*, que excluye prueba anterior o contemporánea a la negociación del contrato, pasando por la interpretación finalista o por la necesidad de tomar en consideración un muy amplio elenco probatorio: testigos (por ejemplo, los corredores o *brokers* que intervinieron en el proceso de negociación), las negociaciones, el comportamiento ulterior de las partes,⁷ los usos y las prácticas, o las soluciones aportadas en derecho extranjero ante

⁶ Ejemplo en el derecho estadounidense, sección 3(2) ALI, *Restatement of Liability insurance*: “A policy term must be interpreted according to its plain meaning, if any, unless the court determines that a reasonable person would clearly give the term a different meaning in light of extrinsic evidence. That different meaning must be one to which the language of the term is reasonably susceptible after consideration of the extrinsic evidence”. En otras palabras, la interpretación contextual es también un canon válido de interpretación, acercándose así a como se realiza la función interpretadora e integradora bajo los sistemas de *civil law*. Ejemplos en el derecho español, artículo 1281 Código Civil (CC) (España) y [STS 2 July 2015](#) (nº1660/2013): “Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa”. Y artículo 57 Código de Comercio (CCo) (España): “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

En cualquier caso, tampoco se puede ignorar que la interpretación literal ha sufrido un proceso de erosión por parte del Tribunal Supremo de España que tiende a ampliar los criterios de interpretación de acuerdo con las tendencias modernas de los instrumentos jurídicos internacionales (Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y otros textos del *soft law* europeo) que se inclinan hacia un acercamiento más cercano a la intención real de las partes, es decir, la intención común. En consecuencia, aun cuando la interpretación literal es suficientemente clara, no es raro realizar un análisis basado en otros criterios interpretativos que también se encuentran en el ordenamiento jurídico español. Entre otras: [STS 21 diciembre 2007](#) (nº 4800/2000), [STS 8 mayo 2012](#) (nº 1465/2009) y [STS 27 septiembre 2012](#) (nº 831/2010). Véase en Nueva Zelanda, *Napier City Council v Local Government Mutual Funds Trustee Limited* [[2022\] NZCA 422](#) realizando una interpretación conjunta y contextual de la póliza.

⁷ Por ejemplo, el comportamiento ulterior de las partes aparece reflejado en el art.1282 CC. La doctrina de los actos propios deriva del principio de buena fe (arts.7.1 CC y 57 CCo) e impone el deber de coherencia o conexión con la conducta realizada y limita, por tanto, el ejercicio de derechos subjetivos en sentido contrario a la confianza creada ([STS 15 de junio de 2012](#) (nº 2070/2009), [STS 12 de septiembre de 2014](#) (nº 1006/2012)).

problemática similar. En qué medida las técnicas de interpretación sirven sólo para corregir o aclarar el significado de los términos del contrato o, incluso, pueden llegar a contradecirlo dependerá del derecho aplicable. Además, también habrá que tomar en consideración el tipo de cláusula que ha de ser interpretada. Por ejemplo, la Sección II.A.2.i explora algunas de las cuestiones específicas que surgen en relación con la interpretación de las cláusulas de cobertura y exclusión.

26. Más generalmente, el intérprete podrá apoyarse en la doctrina aplicable y en la interpretación derivada de los diccionarios, tanto los comunes como los específicos en materia aseguradora,⁸ si bien teniendo en cuenta que estos no están específicamente diseñados para un determinado contrato asegurador.

i. Problemas relacionados con la traducción de documentos

27. La prevalencia del inglés como idioma de negociación de los contratos, el dato de que muchos modelos de contrato están en dicho idioma y el hecho de que los diferentes documentos de un contrato de reaseguro pueden estar en distintos idiomas (por ejemplo, el tratado en inglés y el *slip* de reaseguro en español, siendo este a su vez una traducción de algún otro *slip* redactado en inglés) pueden dar lugar a potenciales inconsistencias en las traducciones y al uso de una terminología heterogénea. Sin perjuicio de que la regla general es la prevalencia de la póliza local, estas incoherencias pueden ser fuente de disputas, tanto relacionadas con la invalidez de cláusulas como con su interpretación. Igualmente, pueden darse casos de pólizas de seguro local redactadas en español y posteriormente traducidas para el mercado internacional de reaseguros en inglés. A lo anterior se ha de añadir el uso cada vez mayor de sistemas de traducción automáticos (*softwares* de traducción) que pueden no ser revisados por las personas adecuadas o siquiera haber sido revisados por una persona física, lo que constituye una perturbadora fuente de potenciales conflictos.
28. Ejemplos de traducciones problemáticas pueden ser conceptos tales como “*commotion*”, “*public unrest*”, “*looting*”, “*vandalism*”, “*bad faith*”, “*negligence*” “*recklessness*”, “*deceit*”, “*misrepresentation*”, “*fraud*” o “*insured person*”, en este último caso por ejemplo dada la variedad de personas que pueden concurrir en la relación de seguro directo (asegurado, tomador, beneficiario), etc., particularmente cuando el derecho nacional aplicable dispone de conceptos que no son congruentes con las definiciones en inglés.

⁸ Véase, por ejemplo, el [Diccionario de Seguros](#) elaborado por la Fundación Mapfre

29. Además de lo anterior, pueden surgir cuestiones específicas en litigios transfronterizos cuando el contrato de seguro o reaseguro internacional esté sometido a un sistema de derecho civil a pesar de que las pólizas o el tratado siguen modelos anglosajones. En estos casos, la ley aplicable al procedimiento así como el idioma del mismo, además de poder aumentar los costes, pueden generar ciertas fricciones en el seno mismo del procedimiento en relación a la traducción de documentos, doctrina, leyes y jurisprudencia, y las versiones idiomáticas que prevalecerán.

ii. Determinación de los usos y prácticas relevantes en el seguro/reaseguro internacional

30. La determinación de los usos y prácticas relevantes en el seguro y reaseguro internacional es una cuestión de importancia tanto en la interpretación como en la determinación del contenido del contrato si existen lagunas en el mismo. Como antes se ha destacado, el contrato y más específicamente el convenio arbitral podrían recoger la obligación de los árbitros de tomar en consideración las prácticas aseguradoras. Incluso cuando ello no fuera así, y dependiendo del derecho aplicable, los usos y prácticas mercantiles -ahora específicamente los de la industria aseguradora y reaseguradora- pueden resultar de directa aplicación⁹ y son muy relevantes dado que muchos contratos están redactados en términos más actuariales o técnicos que jurídicos.
31. Los problemas que presentan principalmente los usos y prácticas en el seguro y reaseguro derivan de varios datos: i) determinación de su existencia, alcance y contenido; ii) su interpretación (ya que no siempre existe uniformidad en el entendimiento de un determinado uso y que la terminología empleada puede diferir en razón a los diferentes mercados, incluso en función del derecho aplicable o del distinto contexto en el que pueden ser de aplicación)¹⁰; y iii) conflictos potenciales entre diversas prácticas o usos (por ejemplo, los *brokers* pueden moverse en mercados diferentes y las prácticas aplicables pueden serlo también). Estas razones explican la relevancia de contar con árbitros expertos en el sector asegurador y reasegurador, así como la importancia que la prueba pericial (u otros medios de prueba) puede tener en la resolución de la disputa.

⁹ Véase, en el derecho español, el artículo 2 del Código de Comercio (CCo).

¹⁰ Un ejemplo es la cláusula de “*follow the settlements*” o comunidad de transacciones. Véanse los párrafos 3-4, *Introduction*, PRICL, y el comentario al artículo 2.4.3 PRICL.

32. En este contexto es de interés la distinción propia de la teoría general de los contratos mercantiles internacionales entre el valor interpretativo y normativo de los usos y de las prácticas.¹¹ Una distinción que, en el sector del reaseguro internacional, se ha reflejado en los *Principles of Reinsurance Contract Law* (PRICL) de 2019,¹² cuyo artículo 1.1.4 PRICL distingue entre las prácticas establecidas entre las partes (“*practices*”) y los usos del comercio (“*trade usages*”).¹³ A pesar de esta diferencia conceptual, ambos pueden servir para interpretar el contrato y sus cláusulas, aunque no todos los conjuntos normativos coinciden en reconocerlos como fuente autónoma de derechos y obligaciones de las partes, salvo que así lo acuerden las partes. Por ejemplo, esta última función parece estar descartada por el tenor del artículo 1.1.4(2) PRICL, que sólo se refieren al valor interpretativo de los usos en el reaseguro internacional.¹⁴ Como consecuencia de ello no siempre resultará claro si la expresión “práctica de mercado”, usual en los convenios arbitrales, se refiere a una práctica bilateral entre las partes o a un uso mercantil.
33. Al analizar si existe una práctica, la primera cuestión a considerar es el alcance subjetivo de la práctica, es decir, identificar a las partes que están obligadas por la práctica ya que solo ellas quedarían vinculadas por la misma. Una práctica vinculante solo tiene un efecto bilateral y, como tal, solo obliga a las partes contratantes específicas. Las prácticas son precisamente las establecidas *entre* las partes y esta es una institución distinta a un uso de comercio, que tiene un alcance más amplio, ya que vinculará a cualquier participante en el mercado. Por lo tanto, un uso de comercio no depende de transacciones o contratos específicos entre las (mismas) partes para tener un efecto legal. Desde esta perspectiva, las prácticas establecidas entre entidades pertenecientes a un mismo grupo de empresas que no sean las contratantes no serán suficientes y no podrán ser utilizadas para dar a entender una práctica entre las partes en una concreta disputa. Además, se entiende generalmente que para que exista una

¹¹ Por ejemplo, véanse los artículos 8.3 y 9 CISG y los artículos 1.9 y 4.3 PICC.

¹² Disponibles en <https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/heiss/projects/pricl.html>. Otros textos de interés en materia de seguro son los elaborados por el American Law Institute (ALI), *Restatement of the Law: Liability Insurance* (2019) y el [Contract Certainty Code of Practice](#) (2018) publicado por el London Market Group.

¹³ Usos del comercio como los contemplados en los artículos 2 CCo o 9.2 CISG.

¹⁴ La explicación aparece en el Comentario C.5 al artículo 1.1.4 (2) PRICL: “*The reason for this is that the PRICL are intended to be a restatement of international reinsurance usage and provide parties with an alternative to the usages found in the reinsurance markets. In contrast, the PICC codify general principles of law, not trade usages. Within the scope of the PICC, it therefore makes sense to give precedence to trade usages*”.

práctica establecida entre las partes será necesario, en primer lugar, detectar una cierta duración y frecuencia en la misma, y por lo tanto no bastaría con una sola transacción previa¹⁵ o con transacciones simultáneas. En segundo lugar, la práctica debe estar relacionada con la misma institución o, al menos, una similar. Todo ello sujeto a los requisitos que el derecho aplicable al contrato pueda prever.

34. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación de los usos debe notarse que las partes pueden acordar en su contrato la inclusión o exclusión de los usos particulares que estimen conveniente. Además, los usos pueden diferir en función de los diferentes mercados de seguro y reaseguro. Para que el uso vincule no es necesario que sea internacional sino puede ser local o regional siempre que se trate de un uso regularmente conocido y observado por las partes en contratos de la misma naturaleza (en el reaseguro, el artículo 1.1.4(2) PRICL). Por ejemplo, los usos de los corredores o *brokers* pueden ser diferentes dependiendo de si operan en el mercado de Londres o en el mercado estadounidense. En el primero, la transacción de reaseguro puede perfeccionarse mediante firma o estampado y visado del *slip* de reaseguro, mientras que en el segundo podría serlo mediante el simple intercambio de comunicaciones electrónicas.
35. Para finalizar, indicar que el uso no puede ser contrario a normas imperativas, es decir, *contra legem*.¹⁶

2. Determinación de la cobertura del seguro y reaseguro

36. La cobertura es evidentemente uno de los puntos críticos de todo contrato de seguro y reaseguro, lo que también la convierte en una fuente habitual de disputas. Las siguientes secciones exponen las áreas litigiosas más frecuentes en la práctica: la definición de coberturas y exclusiones (i), el alcance temporal de la cobertura (ii), la exigibilidad de la cobertura en supuestos de impago total o parcial de la prima (iii) y la cobertura de los gastos de defensa legal (iv).

i. Definición de coberturas y exclusiones

37. La cobertura de un contrato de seguros se refiere a la responsabilidad de una aseguradora de cubrir financieramente un riesgo asegurado en caso de que se

¹⁵ Véase el comentario 2 al artículo 1.9 PICC y el comentario C.3 al artículo 1.1.4 PRICL.

¹⁶ Véase, a título de ejemplo, la [STS 13 septiembre 2013](#): ninguna "práctica aseguradora" puede dejar sin efecto normas imperativas que garantizan derechos irrenunciables.

materialice un evento mediante la definición de la póliza. Por lo cual, un contrato de seguro actúa como herramienta para limitar el riesgo financiero de un asegurado ante un evento inesperado. A cambio de esta cobertura, el asegurado paga una prima a la compañía de seguros, la cual suele ser determinada por múltiples factores, ya que las primas son la herramienta mediante la cual la compañía de seguros gestiona su propio riesgo.

38. Además de la prima, la determinación de la cobertura proporcionada por el contrato de seguro durante la fase de negociación varía significativamente dependiendo de varios factores. El primero es el tipo de producto. Por ejemplo, una póliza de todo riesgo de construcción probablemente cubra i) daños durante la construcción del proyecto derivados de imprevistos como inundaciones, incendios y explosiones; ii) daños a la maquinaria o equipos de los contratistas durante la construcción del proyecto; y iii) DSU (*Delay in Start Up*, o daños financieros producidos por el retraso en la finalización de un proyecto derivado de los daños durante la construcción). Mientras que una póliza de seguro profesional para ingenieros, que también encuentra aplicación en el contexto de una construcción, cubrirá i) daños causados por errores cometidos durante la construcción; y ii) daños causados a la propiedad de terceros.
39. El segundo factor a considerar es el apetito de riesgo de la aseguradora, lo que durante el proceso de negociación se manifestará en la definición de la cobertura así como en la inclusión de deducibles en la póliza.
40. El tercer factor es la jurisdicción en la cual se está asegurando el riesgo, ya que no todas las jurisdicciones permiten asegurar los mismos tipos de riesgos o bajo los mismos términos.¹⁷
41. La cobertura del contrato de seguro también es fundamental para la definición del alcance de los contratos de reaseguro. En ausencia de cualquier disposición contraria o de circunstancias excepcionales, el reasegurado debe cumplir dos condiciones antes de que los reaseguradores sean responsables de proporcionar una indemnización a las aseguradoras. Primero, el reasegurado debe demostrar que, de acuerdo con los términos del contrato de seguro, es responsable ante el asegurado desde un punto de

¹⁷ Por ejemplo, véase la asegurabilidad de multas bajo pólizas de seguro D&O. Así, la legislación mejicana no restringe la capacidad de las aseguradoras para asegurar multas o sanciones, mientras que las multas y sanciones derivadas de infracciones deliberadas no son asegurables en Brasil.

- vista jurídico. Segundo, el reasegurado debe demostrar que los reaseguradores son responsables en virtud de los términos del contrato de reaseguro.¹⁸
42. Otro elemento importante en la definición de la cobertura en los contratos de seguro y reaseguro son las cláusulas de exclusión. El objetivo de estas cláusulas es definir, desde el principio, los riesgos específicos que los aseguradores y reaseguradores no cubrirán bajo la póliza.¹⁹ Mientras las cláusulas de cobertura suelen estar redactadas en términos generales para simplificar el proceso de suscripción, las cláusulas de exclusión se utilizan a menudo como instrumento para restringir el alcance de la cobertura proporcionada.²⁰ Estas cláusulas de exclusión que limitan la responsabilidad de los aseguradores han de ser distinguidas de otras cláusulas del contrato, como las condiciones suspensivas y las garantías (*warranties*). Estas últimas sólo afectarán al alcance de la cobertura cuando sean incumplidas por el asegurado. Por ejemplo, la reforma legal inglesa en materia de seguros del 2015 (*Insurance Act 2015*) dispuso que el incumplimiento de una condición suspensiva o de una garantía puede (pero no tiene que - a diferencia del régimen anterior) causar la exoneración de la responsabilidad del asegurador o la suspensión de la cobertura.²¹
43. La práctica demuestra que muchas de las disputas relacionadas con la cobertura de los contratos de seguro y sus exclusiones requieren principalmente un ejercicio de interpretación.²² Un ejemplo son los casos de cobertura de propiedades tangibles ("*tangible property*") en los seguros de daños en relación con los daños o pérdidas relacionados con los datos almacenados electrónicamente y si éstos podrían entenderse como propiedades tangibles. Otra ilustración son los problemas de interpretación de exclusiones como la relacionada con la cláusula "*absolute pollution*" en la jurisprudencia estadounidense, donde los tribunales han rechazado la interpretación literal de la cláusula y han considerado una interpretación funcional o instrumental en línea con el propósito de la póliza aseguradora y el acuerdo de las

¹⁸ Véase, por ejemplo, *Hill v Mercantile & General* [1996] L.R.L.R. 160.

¹⁹ Estas deben ser interpretadas en el contexto del contrato de seguro en su totalidad y deben interpretarse de manera coherente (ver por ejemplo *Hongfa Shipping Co Ltd v MS Amlin Marine NV* [2021] EWHC 999 (Comm)). En relación con cuestiones de interpretación, véase la sección II.A.1.

²⁰ *Beazley Underwriting Ltd v Al Ahleia Insurance Co* [2013] EWHC 677 (Comm).

²¹ Este fue uno de los cambios principales bajo la ley inglesa al pasar de la *Marine Insurance Act 1904* a la *Insurance Act 2015*.

²² Véase Sección II.A.1 para cuestiones generales de interpretación de contratos de seguro y reaseguro.

partes.²³ Igualmente, existen problemas en la interpretación de las cláusulas *London Engineering Group* (LEG/DE) en relación con el alcance de las exclusiones: (i) aplicación de la exclusión (por ejemplo, cuando hay causas concurrentes con el defecto de fábrica que dieron lugar al siniestro) o (ii) valoración de los daños cubiertos (por ejemplo, en la LEG 3/06 si los daños de mejora se superponen con los daños de reparación).²⁴ Por último, pueden citarse algunas cuestiones problemáticas en el derecho español como las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil (*"claims made"*),²⁵ las cláusulas limitativas vs. las cláusulas delimitadoras del riesgo²⁶ e incluso la delimitación del tipo de seguro.²⁷

44. La interpretación de las cláusulas de exclusión no se rige necesariamente por las reglas ordinarias de interpretación aplicables a la generalidad de las cláusulas contractuales. En concreto, una diferencia significativa es la doctrina de *"contra proferentem"*, que establece que cuando existe una duda sobre el significado de un término, éste se interpretará de la manera menos favorable a la parte que propuso el término en cuestión. Aplicado a los contratos de seguro esto generalmente resultará en que, en caso de ambigüedad en el significado o interpretación de una cláusula de exclusión, excepción o limitación a la cobertura, se adoptará la interpretación más favorable al tomador y en contra de la aseguradora (asumiendo que hubiera sido ésta y no aquel quien introdujo la cláusula en cuestión). Ello generalmente resulta en que la eficacia plena de una cláusula de exclusión, excepción o limitación a la cobertura requerirá que ésta sea clara, expresa y esté inequívocamente establecida en el contrato de seguro.

²³ *Stoney Run Co. v. Prudential-LMI Commercial Ins. Co.*, [47 F.3d 34, 38 \(2d Cir. 1995\)](#).

²⁴ LEG 3/06 – *The 'improvements' exclusion. The Insurer(s) shall not be liable for: All costs rendered necessary by defects of material workmanship design plan specification and should damage (which for the purposes of this exclusion shall include any patent detrimental change in the physical condition of the Insured Property) occur to any portion of the Insured Property containing any of the said defects the cost of replacement or rectification which is hereby excluded is that cost incurred to improve the original material workmanship design plan or specification.*

²⁵ Artículo 73 Ley del Contrato de Seguro (España) y [STS 26 abril 2018](#) (nº 252/2018), [STS 20 marzo 2019](#) (nº 170/2019), [STS 30 junio 2020](#) (nº 373/2020), y [STS 20 octubre 2020](#) (nº 545/2020).

²⁶ [STS 29 enero 2019](#) (España).

²⁷ [STS 20 diciembre 2018](#) (España).

45. Los parámetros generales de la doctrina de “*contra proferentem*” están asentados en numerosas legislaciones²⁸ y han sido acogidos con vehemencia por abundante jurisprudencia.²⁹ Sin embargo, existen diferencias en cómo cada jurisdicción interpreta y aplica el detalle de este principio, existiendo claramente dudas de su valor fuera de los condicionados generales o en el marco del reaseguro o de los grandes riesgos, donde se presupone igual poder negociador a las partes del contrato.³⁰ Por ejemplo, un caso reciente de la Corte Suprema inglesa³¹ expresó la opinión de que el alcance de la cobertura de la póliza de seguro debía determinarse sin hacer referencia a la doctrina de “*contra proferentem*” en el contexto de contratos de seguros, aunque subsecuentes casos han establecido que, no obstante, la Corte debería aplicar una interpretación restrictiva al analizar una cláusula de exclusión.
46. Algo similar ocurre con el principio de interpretación basado en las expectativas razonables (“*doctrine of reasonable expectations*”) abrazada por unos y expresamente rechazada o criticada por otros en relación con las disputas sobre cobertura y que se ha erigido, en ocasiones, como alternativa frente a la aplicación estricta o automática del “*contra proferentem*”, particularmente en el derecho estadounidense.

ii. Alcance temporal de la cobertura

47. Los contratos de seguro tienen un plazo de vigencia determinado en cada póliza y el principio general es que la aseguradora debe indemnizar las pérdidas ocurridas dentro de dicho plazo (siempre y cuando provengan de un riesgo cubierto). No obstante, no siempre (i) el evento causante del daño, (ii) la manifestación del daño y, en pólizas de

²⁸ Sección 4.2 Restatement of Liability Insurance: “*If the term does not have a single plain meaning and is ambiguous, then the term is interpreted in favor of the party that did not supply the term, unless the other party persuades the court that this interpretation is unreasonable in light of extrinsic evidence*”.

²⁹ Véase, a título de ejemplo, la [STS 24 abril 2023](#) (España).

³⁰ Ejemplo de ello es la [STS 20 octubre 2020 \(España\)](#): “La consideración del contrato litigioso como seguro de grandes riesgos determina, como ya hemos advertido hasta la saciedad, que el mismo no se encuentre sometido al régimen imperativo que proclama el art. 2 de la LCS. En estos casos, las partes negocian las condiciones de la póliza en plano de igualdad, sin hallarse limitada y mermada la capacidad del tomador del seguro para influir sobre el contenido contractual, que no se encuentra, en estos supuestos, cerrado y depurado únicamente por una compañía aseguradora, que predispone e impone, de forma exclusiva, el clausulado contractual de sus pólizas. No se da pues esa disímil y asimétrica información entre los contratantes que explica el régimen tuitivo del contrato de seguro. La entidad e intensidad del riesgo es conocida por ambas partes”.

³¹ *Impact Funding Solutions Ltd v AIG Europe Insurance Ltd* [\[2016\] UKSC 57](#).

- responsabilidad civil, (iii) la reclamación por parte del tercero, ocurren dentro del plazo de vigencia de la póliza.
48. Si bien el momento de inicio y terminación de la cobertura generalmente será claro, especialmente si se utiliza un rango de fechas (por ejemplo, del 1 de abril de 2020 al 1 de abril de 2023),³² existen algunos tipos de pólizas en los que pueden presentarse controversias al respecto, como cuando la duración del contrato de seguros está determinada por la ocurrencia de un evento o vinculada a la duración de alguna operación. Por ejemplo, en el seguro de transporte de mercaderías, que normalmente inicia y termina con el tránsito de la mercadería, pueden generarse disputas cuando existe un error en el destino de la mercadería o cuando la mercadería se carga en el barco incorrecto.³³ La solución en estos ejemplos ha sido que la cobertura no se inició, por lo que un siniestro ocurrido dentro de ese viaje erróneo no sería indemnizable.
49. En la práctica aseguradora conviven dos situaciones en cuanto al modo de determinar la vigencia temporal de la cobertura: la que toma como referencia el momento en que ocurre el siniestro que provoca un daño asegurado (“*claims occurring*”, “*claims arising*” o “*losses occurring*”) y la que se vincula con el momento en que se presenta la reclamación de indemnización a la compañía aseguradora (“*claims made*”).
50. En términos generales, en las pólizas “*claims occurring/arising*” las disputas relacionadas con el alcance temporal de la cobertura se centran en determinar cuál es el momento en que ocurrió el siniestro con el fin de esclarecer si se produjo antes de la entrada en vigor de la póliza, o con posterioridad a su finalización. En otras palabras, qué es el siniestro de acuerdo con esa póliza y el régimen jurídico aplicable. Un ejemplo es el conocido caso de las cortes estadounidenses *California Union Ins Co v Landmark Ins Co*³⁴ en el que una piscina sufrió pérdidas de agua que dañaron la propiedad vecina. Estas pérdidas ocurrieron durante la vigencia de dos períodos de cobertura consecutivos, pero cubiertos por dos aseguradoras diferentes. Para determinar cuál de las dos aseguradoras debía cubrir el daño, se tuvo que determinar

³² Muchas pólizas también incluyen el horario en que la cobertura entra en vigencia y termina (por ejemplo: “La duración del contrato se fija desde las cero horas del día de inicio del período de cobertura, hasta las veinticuatro horas del día de su finalización”). En ausencia de estas disposiciones se pueden presentar disputas sobre si el momento exacto de inicio y terminación y si la cobertura incluye el día en que termina o no (ver por ejemplo *Pugh v Duke of Leeds* (1777) 2 Cowp. 714).

³³ Véase, por ejemplo, *Simon Israel & Co v Sedgwick* [1893] 1 QB 303, que fue confirmado en *Kallis (Manufacturers) Ltd v Success Ins Ltd* [1985] 2 Lloyd’s Rep 8.

³⁴ *California Union Ins Co v Landmark Ins Co* 193 Cal Rptr 461 (Cal, 1983). Véase también *Chemstar Inc v Liberty Mutual Ins Co*, 41 F 3d 429 (9 Cir, 1994).

en qué momento había ocurrido el siniestro. La segunda aseguradora argumentó que la pérdida empezó durante el período cubierto por la primera aseguradora, y que se trataba de un único evento. En cambio, la primera aseguradora argumentó que un intento de reparar el daño rompió la cadena de causalidad y que la nueva rotura ocurrió bajo la segunda póliza. El tribunal finalmente condenó a la primera aseguradora porque entendió que, si bien la causa y magnitud del daño se descubrieron durante el periodo de vigencia de la segunda póliza, el siniestro era uno solo y su ocurrencia tuvo lugar durante el primer período, aunque su desarrollo hubiera continuado una vez terminado ese primer período de vigencia.

51. Otro ejemplo de este tipo de debate se produjo en un arbitraje iniciado por una empresa asegurada contra la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima, Cía. de Seguros y Reaseguros (“CESCE”). Las partes habían suscrito una póliza de “Seguro de Inversiones para Inversores”, destinada a cubrir riesgos políticos derivados de una inversión en el exterior.³⁵ Según las Condiciones Generales del seguro, CESCE indemnizaría “al asegurado hasta la suma asegurada las pérdidas indemnizables que experimente en la inversión asegurada, y siempre y cuando dichas pérdidas se produzcan durante el período de vigencia de la póliza y sean consecuencia directa del acaecimiento de los riesgos asegurados”. Uno de los riesgos asegurados era la expropiación, confiscación, nacionalización y medidas equivalentes. El evento generador del daño que se produjo en este caso era una medida de índole presupuestaria, aprobada por el gobierno del país destinatario de la inversión, que dio lugar a la reducción automática de todas las partidas presupuestarias (incluidas las destinadas subvenciones) y cuya equivalencia con esos riesgos asegurados no era pacífica (fue objeto de discusión en el arbitraje); pero también lo fue la vigencia temporal de la póliza cuando acaeció realmente el siniestro, ya que la medida presupuestaria fue adoptada durante la vigencia de la póliza, pero la resolución dictada por la autoridad competente en relación con la subvención que el asegurado había solicitado fue notificada una vez que la póliza ya había dejado de estar en vigor.
52. La máxima en estos casos es recurrir en primer lugar al lenguaje de la póliza. Muchas pólizas incluyen definiciones de términos como “Evento”, “Siniestro”, “Ocurrencia” u similares que van a primar al interpretar si un incidente está dentro del alcance temporal. Asimismo, como se expone más adelante, hay pólizas (esencialmente de

³⁵ http://www.cesce.es/sites/all/themes/cesce/Docs/CG_inversiones_exterior_Inversores.pdf

- responsabilidad civil) que expresamente regulan los supuestos donde el evento causante del daño o la reclamación del tercero ocurren fuera de la vigencia de la póliza mientras que el otro ocurre durante su vigencia.
53. La mayor problemática dentro del alcance temporal de la cobertura se plantea en relación con los llamados riesgos “de cola larga” (“*long tail*”). Estos son riesgos que dan lugar a los daños diferidos o tardíos. Es decir, cuando los daños se manifiestan tiempo después de ocurrido el evento que los causó. Esto sucede típicamente en casos de responsabilidad civil profesional, responsabilidad civil por productos defectuosos y responsabilidad civil por contaminación.³⁶ Es el caso por ejemplo de mala praxis médica donde el daño o lesión se genera durante años o la exposición a productos tóxicos donde la enfermedad se detecta tiempo después.
54. Cuando el momento de la ocurrencia del evento es relativamente específico en el tiempo (por ejemplo, un incendio o un accidente) generalmente queda claro cuándo ocurrió el siniestro. Por ejemplo, en *National Aviation Underwriters Inc v Idaho Aviation Center Inc*,³⁷ se inició una reclamación por daños ocurridos a raíz del fallo de la hélice de un avión que tuvo lugar fuera del periodo de vigencia de la póliza, pero que fue causado por una negligencia en el mantenimiento de la aeronave durante la vigencia de la misma. La Corte Suprema de Idaho exoneró a la compañía aseguradora en base a que la póliza cubría un “accidente” y este ocurrió cuando falló la hélice del avión (y por ende, fuera de la vigencia de la póliza) y no cuando la causa del accidente tuvo lugar.
55. En cambio, cuando no hay un evento específico y el daño se genera a lo largo del tiempo, por ejemplo, una enfermedad causada por la exposición a asbestos,³⁸ el momento en que ocurre el “siniestro” y por ende la determinación sobre el aspecto temporal de la cobertura son más complejos. En estos casos, existen distintos criterios dependiendo de la póliza, la jurisdicción y los hechos concretos.
56. Los seguros de responsabilidad civil son especialmente problemáticos porque, como ya se ha dicho, se suma un tercer momento relevante para la configuración del siniestro: cuando el tercero damnificado inicia la reclamación contra el asegurado.

³⁶ Uribe Lozada, N., El régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y su aseguramiento (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 348.

³⁷ Ver *National Aviation Underwriters Inc v Idaho Aviation Center Inc*, [471 P 2d 55 \(Idaho, 1970\)](#).

³⁸ Véase, por ejemplo, *Insurance Co of North America v Forty-Eight Insulations Inc*, [451 F Supp 1230 \(ED Mich, 1978\)](#).

Comúnmente, la reclamación no ocurre al mismo tiempo que el hecho causante y/o cuando se manifiesta o conoce el daño, y puede ocurrir que alguno de estos momentos tenga lugar fuera de la vigencia del contrato de seguros. Por ejemplo, que el hecho causante del daño ocurra antes de que la póliza entre en vigor, pero la reclamación del tercero ocurra dentro del período de cobertura o al revés, que el hecho generador ocurra dentro de la vigencia de la póliza, pero el tercero reclame tras la extinción del contrato de seguro del causante.

57. A efectos de limitar el alcance temporal de la cobertura en estos tipos de seguros es habitual la inclusión de las llamadas cláusulas “*claims made*” o cláusulas de delimitación temporal.³⁹ Estas cláusulas condicionan la cobertura a que la reclamación por parte del tercero damnificado contra el asegurado se realice dentro de un período de tiempo allí determinado. Es decir, el asegurado puede tener derecho a recibir su prestación si la póliza de seguro está vigente en el momento en que presenta la reclamación, con independencia de si el siniestro sucedió fuera del período de vigencia de la póliza. Por tanto, una consecuencia de las pólizas de seguro “*claims made*” es que se excluye la cobertura por reclamaciones realizadas fuera del período determinado, aunque hayan tenido su causa en hechos ocurridos dentro de la vigencia del contrato de seguros.
58. A veces estas pólizas incluyen también la cobertura de reclamaciones presentadas durante un cierto plazo después de terminar su vigencia siempre y cuando se haya presentado a la compañía aseguradora, estando en vigor la póliza, una concreta información (en los términos que se prevean) sobre la probable reclamación.
59. En todo caso, la prima se calculará tomando en consideración la cobertura temporal del seguro, sobre todo el hecho de que el seguro podría aplicarse a riesgos previos a la llegada del nuevo asegurador. Este riesgo se puede aminorar con cláusulas que exijan que los hechos que den lugar al reclamo también hayan tenido lugar dentro de un período determinado, normalmente desde la entrada en vigencia de la póliza.⁴⁰

³⁹ Un ejemplo de cláusula “*claims made*” es: “Delimitación Temporal del Seguro. El alcance de la cobertura de esta Póliza se refiere exclusivamente a aquellas reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza relativas a la responsabilidad civil exigible al Asegurado por su condición de Aparejador, Arquitecto Técnico y/o Ingeniero de Edificación, de donde resulta que cualquier reclamación efectuada con posterioridad a la vigencia del contrato y por razón de la responsabilidad civil exigible al Asegurado quedará fuera del ámbito de la cobertura pactada”.

⁴⁰ Un ejemplo en póliza de responsabilidad civil profesional es: “Delimitación Temporal de la Cobertura. La garantía queda limitada a los errores profesionales cometidos durante la vigencia de la Póliza,

60. La ley española, por ejemplo, permite estas cláusulas pero obliga a que el límite temporal se extienda más allá del período de vigencia de la póliza alternativamente a: (i) reclamaciones ocurridas posteriormente a la terminación del contrato de seguros por un período de al menos un año (“de futuro”) o (ii) reclamaciones dentro de la vigencia de la póliza pero originadas en hechos ocurridos al menos un año antes de su entrada en vigencia (“retrospectivas o de pasado”).⁴¹ Esta disposición generó discusiones interpretativas sobre si era necesario la inclusión de ambos mínimos temporales para que la cláusula sea válida, pero en el 2018, el Tribunal Supremo español zanjó las dudas y aclaró que es suficiente con que se cumpla con uno de los dos mínimos mencionados.⁴²

iii. Exigibilidad de la cobertura en supuestos de impago total o parcial de primas

61. El pago de la prima es la obligación típica o principal a cargo del asegurado y consiste en una suma de dinero. El momento en que se debe pagar la prima depende de lo acordado en cada contrato de seguro y puede consistir en un pago único al inicio o en pagos periódicos durante la vigencia de dicho contrato. Asimismo, la obligación de pagar una nueva prima se devenga cuando hay renovación automática. La consecuencia de la falta de pago, total o parcial, es en todos los casos un incumplimiento contractual y la aseguradora puede reclamar su pago por las vías correspondientes.
62. La cuestión que genera disputas entre aseguradora y asegurado es si, y bajo qué circunstancias, la aseguradora queda liberada de responsabilidad de indemnizar al asegurado cuando éste no se encuentra al día con el pago de las primas. Los mismos interrogantes pueden plantearse en el contrato de reaseguro.
63. La regla general es que la liberación de la aseguradora en estos casos no es esencial al contrato de seguro. En principio, la obligación de pagar la prima y la obligación de dar cobertura no son necesariamente concurrentes, sino que pueden tratarse de forma independiente la una de la otra.⁴³ Lo relevante serán las disposiciones del contrato de

siempre y cuando las consecuencias de dichos errores: 1. Se reclamen durante el periodo de vigencia de la Póliza”.

⁴¹ Así lo dispone el artículo 73, 2º párrafo, de la Ley de Contrato de Seguro española (Ley 50/1980).

⁴² [Sentencia del Tribunal Supremo \(n. 252/2018\) \(Civ.\) de 26 de abril de 2018](#) (España).

⁴³ Merkin, R., *Colinvaux's Law of Insurance* (Londres: Sweet & Maxwell, 13th Ed, 2022), para. 9-029.

- seguro y la ley aplicable al mismo. En las pólizas pueden encontrarse diferentes tipos de disposiciones sobre este punto.
64. Si la póliza guarda silencio sobre la consecuencia de la falta de pago de la prima (lo que no es común), una actitud pasiva de la aseguradora normalmente no será suficiente para que se considere que el contrato de seguro quedó sin efecto, aun cuando el plazo para el pago de la prima estuviera largamente vencido.⁴⁴ Así, será normalmente necesario para poder rechazar un reclamo de cobertura que haya existido por parte de la aseguradora una acción tendente a reclamar el pago dando un plazo específico y, en su defecto, anunciando la posterior terminación del contrato. En ausencia de prescripción contractual, el detalle de esta actuación dependerá de la legislación aplicable y de si la contraparte es una empresa o un consumidor (supuesto, este último, excluido de este Informe).⁴⁵
65. Asimismo, también debe tenerse en cuenta que muchas pólizas incluyen un plazo de gracia. El plazo de gracia es un período de tiempo durante el cual la obligación de cobertura surte efecto a pesar de que el asegurado no haya aún pagado la prima correspondiente. Generalmente el plazo es de un mes pasado cada uno de los vencimientos anuales de la póliza. De manera similar, algunas pólizas también prevén que para terminar el contrato de seguro frente a la falta de pago de la prima la aseguradora debe dar preaviso (por ejemplo, de 14 días).⁴⁶ Eso tiene el efecto que cualquier siniestro ocurrido dentro del plazo del preaviso debe ser indemnizado a pesar de la falta de pago.
66. La jurisprudencia también ha dado relevancia a la actitud de las aseguradoras frente al pago tardío de las primas. Existen numerosos casos de los tribunales

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia de las cortes inglesas en el caso *Fenton Insurance Co Ltd v Gothaer Versicherungsbank Wag* [1991] 1 Lloyd's Rep. 172.

⁴⁵ Es común en muchos regímenes jurídicos que se exija el cumplimiento estricto de las aseguradoras de los requisitos formales de la ley para atribuir al no pago de la prima la consecuencia de la pérdida de cobertura. Por ejemplo, la Suprema Corte Federal de Suiza condenó a una aseguradora a cubrir la pérdida en un caso donde el asegurado no había cumplido con el pago de la prima debido a que la notificación de la aseguradora intimando el pago en el plazo legal era muy vaga y no contenía suficiente información sobre la suspensión de la cobertura (a pesar de que ello se mencionaba y se incluían como anexos las disposiciones legales relevantes) (Decisión 4A_397/2010 de la Suprema Corte Federal de Suiza del 28 de septiembre de 2010).

⁴⁶ Por ejemplo, en las "*International Hull Clauses*" de 2003 (cláusulas modelos para las pólizas marítimas) se prevé que la aseguradora puede terminar el contrato de seguro si el asegurado no pagó la prima dentro del plazo estipulado, pero para ello el *broker* debe dar noticia previa con un plazo de 15 días al asegurado y la terminación sólo es efectiva al final de dicho plazo si la prima continua impaga (cláusulas 35.2 y 3 de [International Hull Clauses, 2003](#)).

estadounidenses en los que se ha sostenido que continuar aceptando sin objeciones primas de renovación vencidas puede implicar no solo una renuncia a la caducidad de la póliza en ese caso puntual, sino a una renuncia general a futuro respecto de las condiciones de la póliza que exigen el pago en una fecha particular.⁴⁷ No obstante, la aceptación ocasional de pagos tardíos, especialmente acompañada por comunicaciones de la aseguradora urgiendo el pago, no se ha considerado una renuncia al derecho de recibir los pagos en fecha en el futuro.⁴⁸

67. Otro punto relevante es la oponibilidad frente a terceros de la suspensión de la obligación de indemnizar en virtud de la falta de pago de la prima en casos de cobertura por responsabilidad civil. Es decir, si la aseguradora debe responder ante un reclamo por acción directa del tercero damnificado o puede ampararse en la falta de pago de la prima por parte del asegurado. La solución dependerá nuevamente del caso concreto, pero al menos se puede diferenciar entre los supuestos donde los efectos del contrato de seguros estaban supeditados al pago de la primera o única prima y los casos de impago de primas sucesivas cuando la cobertura ya era efectiva. La jurisprudencia española, por ejemplo, entiende que en el primer supuesto la aseguradora no debe indemnizar al tercero porque *“el pago de la primera prima es presupuesto (...) de la cobertura y el asegurador puede oponer al tercero su liberación de la obligación por falta de un requisito esencial para que el contrato produzca efectos”*.⁴⁹ No obstante, en el segundo caso la posición es diferente: el impago no es oponible al tercero hasta tanto el contrato de seguro no se haya extinguido (lo que ocurre automáticamente a los seis meses del impago o cuando la aseguradora así lo solicite).⁵⁰

iv. Cobertura de defensa legal

68. Es común que las pólizas incluyan cláusulas de “cobertura de defensa legal”. Estas cláusulas prevén que la aseguradora cubra los costes de defensa legal en que tenga que incurrir un asegurado en relación con el riesgo cubierto por la póliza (por ejemplo, responsabilidad de directores, daños al medio ambiente, responsabilidad

⁴⁷ Por ejemplo, *Elkins v Susquehanna Mutual Fire Insurance Co* 113 Pa. 386 (Sup. Ct. Pennsylvania, 1886) y *Smith v New England Mutual Life Insurance Co* 63 Fed. Rep. 769 at 772 (1894) por Butler J (destacando que se requiere una habitualidad en el comportamiento (*“course of dealing”*)).

⁴⁸ Por ejemplo, *Redmond v Canadian Mutual Aid Association* 19 Ont. A. R. 335 (1891).

⁴⁹ [Sentencia del Tribunal Supremo \(n. 682/2019\) \(Civ.\), de 17 de diciembre de 2019](#), FJ 6.

⁵⁰ [Sentencia del Tribunal Supremo \(n. 294/2022\) \(Civ.\), de 6 de abril de 2022](#).

profesional). Qué se considera un coste legal cubierto y qué no, depende del lenguaje particular de cada póliza y la inclusión o exclusión de ciertos gastos es un punto que genera disputas. Normalmente, la “cobertura de defensa” incluye los honorarios de abogados y expertos, aunque algunas pólizas van más allá e incluyen gastos relacionados con asistir a las audiencias o preparar testimonios. En cualquier caso, las pólizas suelen requerir que los gastos sean “razonables y necesarios” para que estén cubiertos por la aseguradora. Siendo la razonabilidad un concepto abstracto, es también campo fértil para disputas. Además, es común excluir las órdenes de condena a pagar las costas de la parte contraria que puedan dictarse en disputas contra el asegurado.

69. Asimismo, algunas veces este tipo de cláusulas disponen que sea la aseguradora quien elija el abogado que va a representar al asegurado o mencionan explícitamente un panel de abogados o de peritos/ajustadores (sobre todo en pólizas de D&O) que el asegurado debe instruir en caso de un siniestro. Esto no genera mayor problema dado que se entiende que no es una decisión unilateral de la aseguradora, sino que ha sido negociada durante el proceso de suscripción entre el asegurado y la aseguradora o reaseguradora.⁵¹
70. La situación difiere cuando el asegurado tiene libertad para designar a los abogados y/o a los peritos/ajustadores. Así, se ha entendido en derecho inglés que las aseguradoras no podrán rechazar la elección del abogado del asegurado solamente porque sus honorarios sean más elevados que los especificados por la aseguradora.⁵² Como resultado, en casos regidos por ley inglesa, según las Reglas de Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules* o “CPR”) los honorarios de los abogados instruidos por el asegurado (al igual que los honorarios de los abogados instruidos por la aseguradora) podrán someterse a un proceso de evaluación (“*costs assessment*”) y, por tanto, podrán verse reducidos si la Corte considera que no eran razonables..

⁵¹ En los casos en los que se ha nombrado un ajustador, pero no un abogado, es usual que el asegurado busque el visto bueno del re/asegurador.

⁵² *Brown – Quinn & Anor v Equity Syndicate Management Ltd & Anor* [\[2012\] EWCA Civ 1633](#).

71. En el proceso de cuantificación se ha de tener en cuenta que los costes de defensa pueden formar parte del límite general de responsabilidad bajo la póliza, o puede haber un sub-límite separado.⁵³
72. Las disputas por este tipo de cobertura también pueden darse entre reasegurador y reasegurado. Por ejemplo, en *Baker vs Black Sea and Baltic General Insurance Co Ltd*,⁵⁴ la Corte Suprema inglesa sostuvo que, a falta de una cláusula expresa o implícita basada en las prácticas del mercado,⁵⁵ las reaseguradoras no están obligadas a indemnizar al reasegurado por los costes variables que éste haya incurrido en la defensa de cualquier reclamación de un asegurado directo, incluso si las reaseguradoras se niegan a aceptar la responsabilidad. Sólo cuando se haya iniciado proceso legal, variará la posición.
73. Las reaseguradoras sólo son responsables de los montos concedidos contra el reasegurado en virtud de la propia póliza de seguro y vinculado con el siniestro. Si el reasegurado ha incurrido en alguna responsabilidad extracontractual frente al asegurado, por ejemplo, en forma de daños y perjuicios por demora en el pago o por otro incumplimiento de contrato, estos no forman parte de la indemnización proporcionada por las reaseguradoras a menos que exista una redacción a tal efecto.
74. Por último, un escenario controvertido ocurre cuando la parte demandante ha incrementado la cuantificación de su reclamación como consecuencia del uso de financiadores de litigio ("*third party funding*").⁵⁶ Teniendo en cuenta el avance de esta rama en materia de arbitrajes, las cortes y tribunales tendrán que decidir quién tendrá que cargar estos costes adicionales, que son conceptualmente distintos a los de defensa estrictamente considerados, y si, por ejemplo, estos costes caen bajo la definición de "pérdida" bajo la póliza y por ende están cubiertos. También deberá de

⁵³ Aunque los límites en los seguros de grandes riesgos son muy elevados, en otros sectores menores ha surgido la cuestión de si un límite excesivo poder ser considerado "lesivo", como sucedió en España con las pólizas de seguro de automóviles que limitaban los gastos cubiertos a EUR 600 si el asegurado elegía su propio abogado en vez del de la aseguradora. [Sentencia del Tribunal Supremo \(n. 101/2021\) \(Civ\), de 24 de febrero de 2021.](#)

⁵⁴ [\[1998\] UKHL 18.](#)

⁵⁵ La Corte Suprema no decidió si existía tal práctica del mercado.

⁵⁶ Ya que la industria de financiamiento de litigios aún no está regulada de forma global, muchas veces los márgenes de ganancias significativos son para financiadores, resultando en un incremento (a veces significativo) de los costes de los siniestros.

verse cómo reacciona el mercado de seguros y si los suscriptores comenzarán a introducir exclusiones en este contexto.

3. Disputas sobre valores asegurados

i. Supuestos de sobreseguro

75. La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por la aseguradora en cada siniestro. Las partes del contrato del seguro pueden establecer convencionalmente, antes del siniestro, el valor del interés que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. Cuando la aseguradora y el asegurado han aceptado expresamente en el condicionado el valor asignado al interés asegurado se indica que es una “póliza estimada”.⁵⁷
76. Esta práctica puede generar problemas de congruencia entre los acuerdos previos al siniestro que predeterminan el valor del interés y la aplicación del principio indemnizatorio. De tal forma que, aun existiendo acuerdo previo, puede generarse una situación de sobreseguro o de infraseguro.
77. Se produce una situación de sobreseguro cuando el valor de la suma asegurada es notablemente superior al valor del interés asegurado. En todo caso, el acuerdo de tasación del valor asegurable constituye una estipulación accesoria que no puede en ningún caso alterar la naturaleza del contrato al que se vincula. Ello requiere definir los límites dentro de los cuales se pueden alcanzar los acuerdos sobre el valor asegurado a efectos del cálculo de la indemnización y la procedencia de la misma. Si bien las distintas regulaciones nacionales varían en este aspecto, todas ellas siempre parten del principio de que el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado.⁵⁸
78. En la mayoría de los ramos del seguro, no podrá validarse lo establecido en el contrato sobre suma estimada hasta que no se produzca el siniestro y sea el momento de calcular el importe indemnizatorio. Será, por tanto, en este momento cuando la aseguradora podrá oponer frente a la reclamación indemnizatoria del asegurado que

⁵⁷ En referencia al concepto de suma asegurada y su aplicación, véase la Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2013 y de [30 de diciembre de 1996](#).

⁵⁸ Enriquecimiento que no será injusto si la aseguradora acordó las condiciones del seguro de acuerdo a un riesgo estipulado. Puede encontrarse mayor profundización doctrinal al respecto en Díaz Moreno, A., *La disciplina de la póliza estimada en la Ley de Contrato de Seguro* (Madrid: Marcial Pons, 2008).

no tiene obligación de satisfacer una indemnización superior al daño causado a pesar de que así resultara del importe pactado de común acuerdo.

79. Una excepción a esta limitación se encuentra en el denominado “seguro pleno”,⁵⁹ que se da cuando las partes convienen por pacto expreso que la suma asegurada cubra plenamente el valor del interés durante la vigencia del contrato. Ello requiere que la póliza contenga los criterios y el procedimiento para adecuar la suma asegurada y las primas a las oscilaciones del valor del interés asegurado en todo momento de la vigencia del seguro.
80. En todo caso, si la suma asegurada supera notablemente el valor del interés asegurado, cualquiera de las partes del contrato puede exigir la reducción de la suma y de la prima, debiendo restituir la aseguradora el exceso de las primas percibidas. Si se produjere el siniestro, la aseguradora indemnizará el daño efectivamente causado.
81. La aseguradora sólo podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestada por algún vicio del consentimiento como violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real correspondiente al momento de acaecimiento del siniestro fijado pericialmente.
82. Por último, también pueden plantearse disputas cuando el sobreseguro se deba a mala fe del asegurado, en cuyo caso la aseguradora podrá solicitar que el contrato sea declarado ineficaz. En estos casos, es posible que la aseguradora que haya actuado de buena fe pueda retener las primas vencidas y las del periodo en curso.

ii. Supuestos de infraseguro (“underinsurance”) y “average clauses”

83. Las disputas por infraseguro o “underinsurance”⁶⁰ generalmente surgen cuando el asegurado presenta un siniestro cuya indemnización de acuerdo con la cobertura proporcionada por su póliza de seguro resulta insuficiente para compensar completamente los daños o pérdidas sufridas. Este fenómeno, no infrecuente en el sector asegurador, ocurre cuando el asegurado no ha evaluado adecuadamente el valor de sus activos o ha subestimado los riesgos potenciales a los que se enfrenta. Varias de las circunstancias recientes ejemplifican esa situación: i) problemas de suministro, ii) guerra de Ucrania, iii) pandemia, iv) costes de rocketing, energía y gas,

⁵⁹ Sobre el concepto de “seguro pleno” véanse la Sentencias del Tribunal Supremo [de 3 de abril de 2007](#) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de julio de 2015.

⁶⁰ Varias sentencias del Tribunal Supremo recogen y desarrollan este concepto. Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de [28 de septiembre de 2011](#), de [20 de abril de 2009](#) y de [3 de abril de 2007](#).

- v) situación de los materiales de construcción, vi) reparación a mayor coste del estimado en el momento de contratación del seguro. En todos estos casos es muy posible que las indemnizaciones se encuentren por debajo del daño causado.⁶¹
84. La consecuencia comúnmente aceptada en las legislaciones ante estos escenarios es que, salvo que exista acuerdo en contrario por las partes, se aplique una regla proporcional.⁶² Las pólizas frecuentemente incluyen esa regla a través de las “*average / underinsurance clauses*” o cláusulas de proporcionalidad. De acuerdo con esta regla la aseguradora indemnizará el daño en la misma proporción en la que la póliza cubra el interés del asegurado. Es decir, la cobertura del riesgo sobre la cosa asegurada será proporcional al valor de esa cosa respecto del total del valor de los bienes cubiertos por la póliza.
85. Mediante este mecanismo las aseguradoras pueden reducir la cantidad indemnizatoria y moderar su riesgo, lo que puede ser perjudicial para el patrimonio del asegurado. Ello puede ser fuente de disputas y por ello las partes deben hacer un esfuerzo en la fase de negociación para evitar que se den estas situaciones, aunque no siempre es posible, especialmente cuando el infraseguro es a causa de la inflación.
86. Finalmente, es importante distinguir entre los conceptos de “brecha de protección” y “*underinsurance*”. La “brecha de protección” mide la participación de las pérdidas no aseguradas en las pérdidas económicas totales. Es decir, es la proporción de pérdidas existentes que simplemente carecen de cobertura. Por el contrario, el “*underinsurance*” describe la porción de esa “brecha de protección” contra riesgos que desde una perspectiva económica debería estar asegurada.⁶³

iii. Reclamaciones vinculadas con el aumento de la inflación

87. Los altos índices de inflación registrados durante los últimos años han afectado al sector del seguro. Sector que, si bien ha sabido salvar la situación con resultados satisfactorios, se ha encontrado con verdaderos problemas cuando un continuo

⁶¹ Para seguros de propiedad y aplicación en distintas regulaciones, véase la publicación de Swiss Reinsurance Company Ltd, “Underinsurance in property risks: closing de Gap” [SIGMA 05/2015](#).

⁶² Las jurisdicciones de Europa continental y Latinoamérica tratan el infraseguro aplicando automáticamente la regla de proporcionalidad. En cambio, en Inglaterra no existe un requisito legal para la aplicación de la regla de proporcionalidad, siendo necesaria la existencia de “*average clauses*” en las pólizas contratadas.

⁶³ Para mayor detalle sobre la relación entre el “*underinsurance*” y la brecha de protección, véase Barret, S., “*In Depth: Underinsurance and the value of risk management*” ([Septiembre 2022](#)).

periodo de inflación genera una revisión de condicionados y productos en tanto en cuanto los capitales asegurados al inicio de la anualidad resultan insuficientes llegado el siniestro y no por un infraseguro, sino por una situación económica tal que distorsiona la liquidación. Es decir, situaciones en las que existe una asincronía entre el impacto que la inflación real al momento de la pérdida pudiera tener sobre la valoración de la indemnización y los límites aplicables de acuerdo con los límites de ajuste por inflación previstos en la póliza.

88. Para ello se pueden plantear varias soluciones, pero está claro que si entre la suscripción del negocio y la ocurrencia del siniestro hay variaciones de la suma asegurada por causas como la inflación es razonable pensar en una nueva evolución de los diseños de los productos aseguradores, quizás vinculados a tasas de actualización automática preconcebidas en el momento de la suscripción de la póliza.
89. Relacionado con la inflación, la fluctuación de valor monetario es de relevancia en el contexto de pago de siniestros cuando hay diferentes divisas en juego. No es inusual que pasen meses, sino años, entre un acuerdo de pago y el pago efectivo de la cantidad. El resultado puede ser que haya un sobrepago significativo por una de las partes debido al efecto conjunto de la inflación y de la fluctuación monetaria. Este último factor es especialmente agudo en aquellos Estados en los que se opera de forma extraoficial con una divisa distinta a la de curso legal.

4. Cláusula de 72 horas

90. La cláusula de 72 horas es un tipo de cláusula utilizada en los contratos de seguro y reaseguro para regular la recuperación de pérdidas múltiples derivadas del mismo evento.⁶⁴ La cláusula prevé un período de tiempo (comúnmente 72 horas y de ahí su nombre) durante el cual varias pérdidas derivadas de una única causa originaria —y que de otro modo constituirían varios siniestros independientes— pueden agregarse para formar un único siniestro.⁶⁵ Esto implica que el asegurado deba pagar un solo

⁶⁴ Grant, J., [Terrorism and political risk insurance: an overview](#). (Thomson Reuters, 2023).

⁶⁵ Ejemplo en póliza de seguro contra incendio y/o rayo: “CLÁUSULA DE SETENTAY DOS (72) HORAS. (...) cuando los daños y/o pérdidas y/o destrucciones sean producidos por más de un: 4.1. sismo, terremoto, temblor, erupción volcánica o fuego subterráneo, o 4.2. deslizamiento, alud, aluvión, deslave, o cualquier movimiento de tierra – por causa distinta de las enumeradas en el numeral 4.1 –, o 4.3. maremoto, tsunami, marejadas, maretazos, o salidas de mar, o 4.4. huracán, lluvia, inundación, tempestad, y cualquier riesgo de la naturaleza, o la sumatoria de todos los daños y/o pérdidas y/o destrucciones efectivamente sucedidas en un periodo de setenta y dos (72) horas consecutivas, dentro

deducible en lugar de múltiples. Un ejemplo es el caso de una propiedad dañada por un terremoto y que a los dos días siguientes sufre más daños por una réplica. Estos dos eventos serían dos ocurrencias diferentes si no se pactó la cláusula de 72 horas. Sin embargo, si la cláusula de 72 horas está presente en la póliza, los daños se agregan y se consideran una sola ocurrencia.

91. Este tipo de cláusulas son más frecuentes en las pólizas que cubren riesgos materiales catastróficos como los derivados de catástrofes naturales (por ejemplo, sismos, huracanes, inundaciones, tsunamis, incendios, terrorismo, guerra y disturbios políticos o sociales).⁶⁶ Es importante advertir que la cláusula de 72 horas no siempre aplica a todos los riesgos cubiertos bajo la póliza. Por ejemplo, es frecuente en pólizas de todo riesgo que solo aplique para algunos siniestros como el caso de desastres naturales y riesgos políticos.
92. El cómputo del plazo lo determina el asegurado y corre desde el primer evento dañoso que se reporta. Esto se debe a que no siempre un mismo evento causa daños a todo el mundo al mismo tiempo. Por ejemplo, en el caso de disturbios sociales, puede que la propiedad de un asegurado únicamente sea afectada al tercer día y desde ese momento corren las 72 horas para él. Asimismo, es común que las pólizas permitan varios períodos de 72 horas siempre y cuando no haya superposición entre los mismos.
93. El concepto de “Evento” fue definido por la sentencia de las Cortes inglesas en el caso *Axa Reinsurance (UK) plc v Field* como “algo que ocurre en un momento determinado, en un lugar determinado y de una manera determinada”.⁶⁷ Esta definición deriva del laudo dictado por el Sr. Michael Kerr KC en 1972 en el arbitraje Dawson’s Field, en el que dispuso que para que algo se considerara un suceso o acontecimiento, tenía que haber un “grado de unidad en relación con la causa, el lugar, el tiempo y, si se inició por acción humana, las circunstancias y objetivos de las personas responsables”.⁶⁸ Este test es conocido como “La prueba de las unidades”.

de la vigencia de la Póliza, y que estén debidamente amparadas por la Póliza, se considerarán como un solo Evento. El asegurado podrá elegir cuándo se inicia cada periodo de setenta y dos (72) horas consecutivas, pero ningún periodo puede superponerse a otro”.

⁶⁶ Para la aplicación concreta de esta cláusula en contratos de reaseguro, véase Bryan Cave Leighton Paisner, [Counting the hours: ensuring the “hours clause” is effective in reinsurance contracts](#). 2014.

⁶⁷ *Axa Reinsurance (UK) plc v Field* [1996] 1 W.L.R. 1026 (traducción libre).

⁶⁸ Bryan Cave Leighton Paisner, [Counting the hours: ensuring the “hours clause” is effective in reinsurance contracts](#). 2014 (traducción libre).

94. En las jurisdicciones donde la ley inglesa es persuasiva y también en aquellas jurisdicciones con poca jurisprudencia en materia de seguros, la prueba de las unidades se utiliza como pauta para evaluar si debe aplicarse la agregación cuando hay múltiples siniestros. Por esta razón, los litigios relativos a las cláusulas de 72 horas suelen plantearse en torno a una de las cuatro unidades: (i) lugar, (ii) causa, (iii) tiempo y, si se inició por la acción humana, (iv) las circunstancias y objetivos de las personas responsables.

i. La prueba de unidades y las cláusulas de agregación

95. Los fenómenos meteorológicos son uno de los escenarios que pueden activar las cláusulas de 72 horas. Con frecuencia surgen controversias sobre el lugar donde se produjo realmente el siniestro en estas situaciones. Por ejemplo, aunque un huracán puede causar daños generalizados en varias ciudades, puede no ser apropiado agregar estas pérdidas por falta de unidad de lugar.⁶⁹

96. Situaciones similares se dan durante los disturbios civiles. Por ejemplo, en Chile entre 2019 y 2020 se produjeron daños materiales generalizados por grandes disturbios y aunque empresas como Walmart sufrieron daños en sus tiendas en todo el país, y la consiguiente interrupción de la actividad debido a estos daños, se argumentó que no había suficiente unidad de lugar para la agregación de todas las pérdidas debido a la distancia geográfica entre las tiendas. Por otra parte, los daños causados a las tiendas variaron: algunas quedaron completamente destruidas, mientras que otras sólo sufrieron pequeños actos de vandalismo.⁷⁰ Esto no sólo significaba que la cobertura por interrupción de la actividad empresarial no era uniforme, sino que también ponía en tela de juicio la motivación de las personas que causaron los daños, lo que cuestiona una de las unidades necesarias para agregar las pérdidas.

97. Igualmente, el ataque del 11 septiembre 2001 en Nueva York, que afectó a las Torres Gemelas y al World Trade Center, generó disputas en las que se discutió si los hechos constituyeron un evento conjunto o dos ataques independientes.

98. El momento en que ocurre el evento puede plantear problemas también. Aunque un siniestro pueda tener su origen en el mismo riesgo cubierto, si se produce fuera de las 72 horas iniciales constituirá un nuevo siniestro y, por tanto, deberá pagarse otro deducible. Asimismo, no puede afirmarse que, por el mero hecho de que dos hechos

⁶⁹ Gallin, L., [Recent hurricanes could spark disputes over reinsurance hours clauses, warns Locke Lord](#), 2017.

⁷⁰ Laing, A., [With stores burned and looted, Walmart seeks police protection in riot-hit Chile](#), 2019.

- idénticos hayan ocurrido casi simultáneamente, la agregación sea adecuada. Esto puede verse cuando hay múltiples atentados terroristas, que ocurren al mismo tiempo, pero se consideran sucesos separados y por lo tanto se tratan como siniestros diferentes y se aplican los diferentes deducibles en forma independiente para cada uno de ellos.
99. La causalidad puede cuestionarse cuando existe otro factor que contribuyó en mayor medida en la causa del siniestro. Por ejemplo, en situaciones en las que una catástrofe natural desencadena los daños, pero la raíz del problema fue en realidad un mal diseño del edificio. La aseguradora podría, en este caso, resistir la agregación de las pérdidas en aplicación de una cláusula de 72 horas porque la causa última del siniestro fue, quizás, una construcción deficiente.
100. Las cláusulas de 72 horas también son relevantes para la relación entre seguro y reaseguro pues este tipo de cláusulas son comunes a ambos tipos de pólizas. Así, puede haber dificultades cuando la redacción de una cláusula de agregación difiere entre la póliza de seguro y la de reaseguro o cuando no hay coincidencia entre la definición de “evento”, “ocurrencia” o “siniestro” en ambas pólizas. Por ejemplo, la definición de evento en los contratos de reaseguro no es homogénea en Europa y puede incluir periodos de agregación que van desde las 72 horas hasta a las 168 horas.⁷¹ Ello puede potencialmente causar dificultades para la aseguradora local para recuperar el total del monto pagado en estas situaciones de agregación, aunque normalmente el reaseguro suelo ser un “espejo” de las condiciones del seguro.
101. Otro ejemplo es la crisis producida por el Covid-19. Las cláusulas de agregación de pérdidas han demostrado ser particularmente importantes en el contexto de los tratados de reaseguro de una cartera completa de contratos subyacentes cuando cada uno de los cuales brinda cobertura para pérdidas por Covid-19. Conforme a este tipo de cláusulas de agregación, las partes acuerdan que todas las pérdidas que se produzcan como consecuencia directa de la misma materialización de un riesgo reasegurado se considerarán derivadas de un mismo y único evento. La cuestión que se plantea en el tratado de reaseguro es si las pérdidas individuales por Covid-19 cubiertas por diferentes contratos subyacentes deben agregarse bajo el tratado.
102. La relevancia de esta cuestión se ve ilustrada en las cláusulas de agregación en el contexto de la agrupación con otras pérdidas cuando en conjunto estas superan la

⁷¹ Sheehan, M., [PERILS lands on €3.3b insured loss from February storms in Europe](#), 2022.

suma asegurada, ya que es posible que un asegurado no pueda reclamar el monto total de la pérdida. Como resultado, son comunes las disputas entre las aseguradoras y los titulares de pólizas sobre la interpretación de estas cláusulas. Cada parte puede llegar a conclusiones muy diferentes al interpretar los sublímites aplicables, los montos de pérdidas generales y otros programas de seguros. La cuestión depende de la redacción de la cláusula de agregación, de lo que se considere como evento y en qué medida se entienda que existe un único factor causal que unifique el daño.

5. Cuestiones (actuales) seleccionadas

103. Esta sección ofrece una selección de cuestiones comunes a los contratos de seguro y reaseguro que merecen mención expresa como consecuencia de su actualidad y relevancia: (i) las coberturas de interrupción de negocios relacionadas con Covid-19; (ii) el seguro y reaseguro en operaciones corporativas; (iii) las disputas relacionadas con las nuevas tecnologías y la digitalización; (iv) las disputas relacionadas con la sostenibilidad (disputas ASG/ESG); y (v) el incremento de riesgos y consecuente litigiosidad en el área de responsabilidad profesional (P&O).

i. Business interruption y Covid-19

104. Las coberturas de interrupción de negocios son, en general, seguros de lucro cesante,⁷² cuya materia asegurada es la pérdida de los beneficios que “el empresario hubiera podido lograr muy probablemente si el siniestro no hubiese acaecido y el negocio hubiera proseguido con un ritmo normal”.⁷³
105. Las interrupciones de negocios pueden ser “corrientes”, cuando simplemente requieren para accionarse que se acredite un daño físico cubierto a la propiedad del asegurado, o bien “contingentes” (“*Contingent Business Interruption*” o “CBI”). Esta

⁷² El [Diccionario Mapfre de Seguros](#) define el seguro de lucro cesante como “aquel que garantiza al asegurado la pérdida de rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad, caso de no haberse producido el siniestro descrito en la póliza. Se denomina también seguro de interrupción de negocios o seguro de pérdida de beneficios”. Para más detalle, véase Nasser, M., “Comentario al artículo 551” en VVAA, *El contrato de seguro, Comentarios al Título VIII del Libro II del Código de Comercio*, (Santiago, Thomson Reuters, 2017), 521 ss.

⁷³ Tirado Suárez, F. J., *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*, (Colegio Universitario de Jerez de la Frontera, 1976), 51. Lo mismo, entre nosotros, en Molina, C. “Comentario al artículo 578” en VVAA, *El contrato de seguro, Comentarios al Título VIII del Libro II del Código de Comercio*, (Santiago, Thomson Reuters, 2017), 690.

última terminología reconocida en la práctica y en la jurisprudencia especializada⁷⁴ ha sido objeto de críticas.⁷⁵ Mascali —en uno de los pocos trabajos especializados sobre esta materia— señala que la cobertura de perjuicios por paralización contingente nace como una “necesidad de muchas organizaciones cuyos modelos de negocio dependen de proveedores y vendedores externos, o de clientes críticos”.⁷⁶ Al igual que la interrupción de negocios corriente, la interrupción contingente es un seguro de daños, pero comparece cuando los daños han sido efectivamente infligidos a la propiedad de otros, vinculados o no al asegurado.⁷⁷

106. Las coberturas de interrupción de negocios suelen ir anejas a las pólizas “todo riesgo” (*all risk*) que son aquellas en las que el asegurador debe proceder a cubrir todos los riesgos que afectan al proyecto en cuestión, salvo aquellos excluidos expresamente de cobertura, lo que ha causado problemas interpretativos, sobre todo a propósito de dos cuestiones. La primera, la exigencia de daños físicos. La segunda, la aplicación de exclusiones de “epidemia” y “pandemia”.
107. Empezando por la segunda, la calificación de “pandemia” para referirse a la enfermedad Covid-19 fue utilizada por la OMS por primera vez el 11 de marzo de 2020.⁷⁸ El *Diccionario de Epidemiología* de la Universidad de Oxford define la voz “pandemia” como “una epidemia que tiene lugar en todo el mundo, o en un área muy extensa, cruzando fronteras internacionales y afectando usualmente a una gran cantidad de personas”.⁷⁹ Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la expresión

⁷⁴ Véase *Archer Daniels Midland Co. v Hartford Fire Ins Co.* [243 F.3d 369, 371](#) (7th Circuit 2001), inter alia.

⁷⁵ Wilks, D., (1993) “Curbing Contingent Business Interruption Risks”, en *National Underwriter Property & Casualty Risk & Benefits Management* (Washington: National Underwriter Company, 1993) citado por Mascali, A., “Contingent business interruption coverage”, (2006) 41(3) *Tort Trial and Insurance Practice Law Journal*, 845.

⁷⁶ Mascali, A., “Contingent business interruption coverage”, (2006) 41(3) *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 844 (traducción libre).

⁷⁷ Dominitz, E. y Bentson, R., “Japanese earthquake and Tsunami CBI Coverage”, (2016) 52(1) *Tort Trial & Insurance Law Journal*, 81.

⁷⁸ OMS, Director General, “Opening remarks at the media briefing on Covid-19” ([11 marzo 2020](#)): “We have therefore made the assessment that Covid-19 can be characterized as a pandemic. Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death.”

⁷⁹ Last J.M. (Ed.), *A dictionary of epidemiology* (New York: Oxford University Press, 2001), 4th Ed: “An epidemic occurring worldwide, or over a very wide area, crossing international boundaries and usually affecting a large number of people”. Traducción libre.

“pandemia” debe entenderse como la “diseminación mundial de una enfermedad nueva” (“*the worldwide spread of a new disease*”).

108. Como indican las fuentes científicas epidemiológicas, la expresión “pandemia” no da cuenta necesariamente de niveles determinados de letalidad sino de su capacidad de afectación cuantitativa y de diseminación. El Covid-19 (causado por un tipo de *Coronavirus* llamado SARS-CoV2) efectivamente afecta a una gran cantidad de personas y de territorios, y ha acreditado la efectividad de traspasar fronteras y de manifestarse en un área muy extensa, en este caso, en todos los países del mundo con una velocidad de propagación única. Tales son sus efectos directos, propiamente epidémicos.
109. Las pandemias graves, además de los daños a la salud causados por propia enfermedad (muerte o grave enfermedad), propios de coberturas que otorgan los seguros de personas, acarrear otra clase de perjuicios identificados, primeramente, con la eventual saturación de la capacidad de los sistemas sanitarios de los Estados, los cierres de fronteras por períodos extensos, clausura o cierre de puertos y/o aduanas, declaraciones de cuarentenas o de órdenes de no abandonar el domicilio, cierres forzados de escuelas y establecimientos educativos, cierres forzados de industrias y comercio, restricciones a los derechos fundamentales, fijación de precios, intervención de industrias y precios, modificación legal de contratos válidamente celebrados, etc.⁸⁰
110. La cuestión produce discusiones importantes y ha sido intensamente debatida últimamente a propósito de las paralizaciones de establecimientos de comercio causadas a consecuencia de la pandemia del Covid-19 pues, salvo que la póliza no tenga una disposición expresa en ese sentido,⁸¹ un simple acto de autoridad, un cierre ordenado por terceros, una catástrofe epidemiológica global o el temor justificado o no de sufrir perjuicios no siempre reúnen las características para ser considerados

⁸⁰ Por ejemplo, la OMS en 2010, aunque tratándose de otras pandemias, ha emitido el documento “Public health measures during the influenza A(H1N1)2009 pandemic”, que es resultado del WHO Technical Consultation 26–28 October 2010, en Gammarth, Tunisia. En ese documento se recomiendan, en general, intervenciones estatales para evitar eventos y reuniones masivas de personas. En el caso del Covid-19, las recomendaciones son mucho más intensas y abarcan uso de mascarillas y otro equipo de protección, sanitización de implementos y alimentos, cuarentenas, tratamiento de cadáveres (véase <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/infection-prevention-and-control>), y restricciones al tránsito de personas (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/points-of-entry-and-mass-gatherings>).

⁸¹ Véase la referencia a “*disease clauses*” en los siguientes párrafos.

daños físicos cubiertos. El asunto que parece más relevante en jurisdicciones comparadas es *United Airlines Inc. v Insurance Co. of the State of Pennsylvania*,⁸² en el que un tribunal estadounidense interpretó, mucho antes de la llegada del Covid-19, que para activar la cobertura de pérdida por paralización (contingente en ese caso) debía siempre existir un daño físico a bienes de terceros, más allá de que la póliza se refiriera al “daño” sin ningún otro adjetivo, lo que también es consistente con todas las coberturas de interrupción de negocios, tanto primarias como adicionales.

111. Ninguno de los anteriores supuestos equivale técnicamente a daños físicos a los bienes que requieran de su reposición o reparación, por lo que en principio no pueden considerarse como cubiertos en las cláusulas de los seguros de “*property*”, aun cuando sean “todo riesgo”. Como apunta Hilliker, citando *British and Foreign Marine Insurance Company Limited v. Gaunt*, que es el *leading case* del *common Law* en esta materia, la expresión “todo riesgo” (“*all risk*”) tiene el mismo efecto que si los riesgos asegurables de “esa clase” o “ramo” de póliza hubiesen sido enumerados uno a uno.⁸³ Esta clase de pólizas delimita su riesgo por medio de exclusiones y de garantías o condiciones de asegurabilidad.⁸⁴
112. La exigencia de daños físicos puede excluirse contractualmente en las pólizas de interrupción de negocios que incluyen cláusulas relativas a “*infectious disease*” (“*disease clauses*”). En el Reino Unido, estas cláusulas han sido empleadas con éxito para activar la cobertura de interrupción de negocios durante la pandemia de Covid-19 sin necesidad de que haya un daño físico, aunque el Tribunal Supremo ha interpretado que solo podían accionarse cuando se producen casos de Covid-19 dentro del radio geográfico especificado por la póliza y se puede demostrar que esos casos (considerados en el conjunto de las circunstancias que rodearon al evento) son

⁸² *United Airlines v Ins. Co of the St. of Pennsylvania* 385 F. Supp. 2d 343-49 (SDNY 2005) add’[d 439 F.3d 128 \(2nd Circuit 2006\)](#). También rechazando la cobertura de paralización contingente *Zurich American Insurance Co. v ABM Industries*, [397 F.3d 158 \(2nd Circ 2005\)](#).

⁸³ Hilliker, G., “All Risk Insurance - Insuring the Unknown” (1984) 42 *Advocate (Vancouver)*, 569: “A typical wording of an All Risk policy is as follows: ‘This policy, except as herein provided, insures against all risks of physical loss or damage to the property insured’. A somewhat more restrictive wording, which is also used, is: ‘This policy insures against all risks of direct physical loss or damage to the insured property from any external cause except as excluded elsewhere herein’”.

⁸⁴ Se trata de las llamadas “*conditions*” que pueden ser precedentes o subsecuentes. Sobre la *condition subsequent* y la *condition precedent* como elementos delimitadores de la garantía véase Lowry, Rawlings, Merkin, *Insurance Law. Doctrines and Principles*, 3rd Ed. (Oxford: Hart Publishing, 2011), 154 con cita de casos como *Head v. Tattersall* [1871] LR 7 Exch 7, *Thompson v. Asda-MFi Group plc* [1988] 2 W.L.R. 1093 o *Gyllenhammer & Partners International v. Sour Brodogradevna Industrija* [1989] 2 Lloyd’s Rep. 403.

uno de los elementos que han causado la interrupción de negocio.⁸⁵ En España, la mayoría de “*all risks policies*” no incluía una cláusula de “*infectious disease*” por lo que, al contrario del Reino Unido, muchas reclamaciones por interrupción de negocios a raíz de Covid-19 fueron rechazadas por las aseguradoras.

ii. Seguro y reaseguro en operaciones corporativas

113. En la práctica mercantil de las operaciones de M&A, cuando se ejecutan adquisiciones de negocios o empresas, se ha generalizado en Europa y Australia (no tanto en los Estados Unidos) el uso de un tipo específico de seguro, normalmente denominado por su terminología en inglés seguro de “*Warranties & Indemnities*” o “*W&I*”. Estos seguros proporcionan una cobertura que responde a la atribución de riesgos entre el vendedor y el comprador que participan en este tipo de operaciones.
114. Cuando se transmite un negocio o una empresa lo habitual es que el vendedor facilite al comprador una recopilación de documentos, acompañada de algunas explicaciones orales y respuestas escritas a preguntas, encaminadas a mostrar al comprador el estado del negocio. El comprador, asistido por sus asesores, examinará esa información (proceso denominado “*due diligence*”) y empleará ese análisis para cuantificar el precio, pero en todo caso esperará del vendedor que garantice contractualmente la veracidad de la información facilitada, y por lo tanto responda de los daños que sufra el comprador si el negocio se viera afectado por circunstancias perjudiciales que no fueron adecuadamente reveladas en la fase de “*due diligence*” (y que no pudieron tomarse en consideración al fijar el precio, o incluso para aprobar la compra de la empresa). Estas garantías (“*warranties*”) suelen formularse como un conjunto de declaraciones del vendedor (“*representations*”) que describen el estado del negocio: el contrato de compraventa preverá que el vendedor ha de indemnizar al comprador (dentro de los límites cuantitativos que se pacten) si alguna de esas declaraciones se manifiesta falsa, errónea o inexacta durante un cierto período contado desde la fecha en que el comprador adquiera efectivamente la empresa. Las garantías por dichas declaraciones resultarán desactivadas en la medida en que se trate de cuestiones (a menudo denominadas “contingencias”) ya conocidas por el comprador, o que este debería haber identificado al analizar la información revelada en el proceso de “*due diligence*”. Las “contingencias” suelen ser riesgos, es decir que

⁸⁵ *Financial Conduct Authority v Arch Insurance and Others* [2021] UKSC 1. Véase también la decisión de la Supreme Court of Appeal de South Africa en *Guardrisk Insurance Company Ltd v Café Chameleon* (case n. 632/2020) [2020] ZASCA 173, en el que también se falló a favor del asegurado.

podrán materializarse en un daño o no, y se espera del comprador que forme su propia opinión al respecto en la fase de “*due diligence*”, asumiendo y valorando el riesgo, y fijando el precio en consideración al mismo. El vendedor solo responderá de las “contingencias” que, trayendo causa del período anterior a la ejecución de la compraventa, no pudieron ser valoradas por el comprador porque no fueron reveladas.

115. Junto a las “*representations and warranties*”, los contratos de M&A suelen contener otro tipo de cláusulas, las denominadas “*indemnities*”, que tienen una finalidad similar pero funcionamiento distinto y son complementarias a aquellas. Las “*indemnities*” también buscan proteger al comprador de ciertos riesgos que afectan al negocio adquirido, pero en este caso se trata de riesgos conocidos, identificados por ambas partes. A menudo tienen opiniones discrepantes en cuanto al riesgo real o al impacto pecuniario de una hipotética materialización de esas “contingencias”: el vendedor prefiere que el comprador no ajuste el precio (reduciéndolo) porque confía en que el daño no se produzca, y por esta razón se compromete contractualmente a mantener indemne al comprador si la “contingencia” llegara a materializarse y provocar un daño.
116. Los seguros de W&I buscan “sustituir” al vendedor en estas protecciones y se han convertido en una herramienta valiosa para los operadores de M&A, ya que en ocasiones suplen las dudas del comprador respecto a la capacidad de ciertos vendedores para otorgarles esas garantías (por ejemplo, dudas en cuanto a la solvencia futura de vendedores que son personas físicas) y permiten a los vendedores obtener una “salida limpia” de su inversión sin quedar expuestos a tener que cubrir las cantidades potencialmente reclamadas después por el comprador.
117. A pesar de su atractivo, los seguros de W&I son un producto de seguro complejo, ya que cubre un riesgo cuya descripción y evaluación son sofisticadas, llenas de matices, y que solamente puede prosperar como producto asegurador si se percibe su utilidad. De hecho, cuando la oferta de seguros de W&I se inició en Europa la reticencia de las compañías aseguradoras a aceptar la cobertura de ciertos siniestros hizo que el mercado cuestionara la conveniencia de suscribir estas pólizas, que luego “a la hora de la verdad” denegaban la cobertura cuando se solicitaba la indemnización. Esto dio lugar a un cambio de actitud en el mercado asegurador, y actualmente son muy frecuentes las operaciones de M&A que llevan aparejado este tipo de seguro. La clave para su éxito es obtener pólizas que repliquen, con las mínimas exclusiones posibles o sin exclusiones, el clausulado y protecciones del comprador que han sido negociados en el contrato de compraventa.

118. Para alcanzar ese resultado, el proceso de diseño de la póliza debe desarrollarse en paralelo a la negociación del contrato de M&A, si bien el asegurador (o el mediador y la agencia de suscripción que gestionan la firma de la póliza) no participa como tal en la negociación. La valoración del riesgo, fijación de la prima y “colocación” del riesgo en el mercado asegurador se realizarán tomando como base los trabajos del comprador: el asegurador obtiene “tranquilidad” principalmente con base en la propia valoración del riesgo realizada por el comprador, revisando la “seriedad” de los trabajos que este realizó para concluir la operación. Por lo tanto, no se asegurarán operaciones en las que no se haya realizado una “*due diligence*” suficientemente detallada y no se haya negociado un contrato suficientemente cuidadoso. Al corredor o la agencia de suscripción interviniente se le facilitarán los informes de “*due diligence*” y los borradores del contrato de compraventa, y también tendrán acceso a los asesores que realizaron aquellos informes para que las aseguradoras aclaren sus dudas (habitualmente se realiza una “llamada de suscripción” o “*underwriting call*” con participación del comprador, representantes del corredor y/o agencia de suscripción y sus respectivos asesores).
119. Técnicamente, el seguro de W&I puede asegurar tanto el riesgo del comprador (el riesgo de sufrir un daño por pagar un precio excesivo en la adquisición o por ser titular de un negocio que sufre un daño) como el del vendedor (el riesgo de incurrir en responsabilidad contractual frente al comprador, haciendo frente a las garantías comprometidas en el contrato). De hecho, es frecuente que el vendedor proponga a los compradores (por ejemplo, en procesos de venta organizados en forma de subasta) una concreta propuesta de seguro de W&I (el llamado seguro “grapado”, “*stapled insurance*”), para que hagan sus ofertas considerando que esa será la cobertura de garantías con las que podrán contar. Pero también es habitual que, tras esa fase inicial, el comprador pase a negociar su póliza directamente con el corredor o agencia de suscripción, como póliza que cubre el riesgo del comprador. Este cambio suele denominarse “*flip*” y requiere que los equipos involucrados por la parte aseguradora sean distintos que los originalmente relacionados con el vendedor, por las razones que se apuntan a continuación; así lo indica, por ejemplo, Aguayo. J.:⁸⁶

“El siguiente estadio posible en la atribución de riesgos es el de trasladarlos a una entidad aseguradora. Es posible contratar seguros que cubran tanto la

⁸⁶ Aguayo, J., Las manifestaciones y garantías en el Derecho de Contratos español (Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011), 214.

responsabilidad derivada de las manifestaciones y garantías como la de las obligaciones de indemnizar («specific indemnities»).

Aunque cabe que el seguro lo tome tanto el comprador como el vendedor, resulta relativamente más sencillo que sea aquel quien lo haga. El vendedor está en una posición cuyo conocimiento y control de la cosa y por lo tanto de circunstancias de las que puede derivarse un daño indemnizable por el seguro, puede impedirle reclamar.”

120. Efectivamente, la correcta declaración del riesgo es parte fundamental en cualquier contrato de seguro; en este sentido, la valoración del riesgo por parte de la aseguradora basada en el conocimiento del comprador, aunque sea delicada, será sin duda más manejable que la valoración del conocimiento de su propio negocio que tenga el vendedor.
121. De todos modos, el seguro de W&I puede generar disputas complejas relacionadas con la “*due diligence*”, el grado de conocimiento y revelación del riesgo por el asegurado y la inclusión o exclusión de coberturas. La propia dinámica de la reclamación del comprador, que se notificará tanto al vendedor como al seguro, dará lugar al cumplimiento combinado de la póliza y de las cláusulas del contrato de compraventa (que regirán, por ejemplo, la intervención del vendedor en la defensa del procedimiento en que se manifiesta la contingencia, si se trata de una reclamación de tercero). Como en todos los contratos relacionados que forman parte de una misma operación, aunque sean entre partes diferentes, será siempre conveniente que las cláusulas de resolución de disputas sean homogéneas y que puedan permitir la acumulación o la incorporación de litigantes, a fin de evitar las distorsiones que, por ejemplo, se derivarían de tener un contrato de M&A sometido a una cláusula de arbitraje institucional y un seguro de W&I con sumisión a jueces y tribunales o al arbitraje de una institución arbitral diferente.

iii. Disputas relacionadas con las nuevas tecnologías y la digitalización

122. El sector InsurTech desempeña un papel fundamental en las coberturas y, por ende, es fuente de disputas relacionadas con las nuevas tecnologías y la digitalización. Las InsurTech son entidades creadas por iniciativas emprendedoras ligadas al uso de los elementos ofrecidos por la tecnología. Su objetivo es aprovechar y aplicar en la industria aseguradora todas las ventajas que la digitalización ha traído consigo; por ejemplo, creando nuevas alternativas para diseñar e integrar en la industria productos y modelos de venta vanguardistas, consiguiendo así que el sector asegurador haya incrementado el nivel de innovación en la cadena de valor del negocio de forma

exponencial. A este respecto, todas las aseguradoras verticales han sufrido cambios sustanciales, reformándose bajo la premisa de cumplir con las expectativas de los nuevos clientes que acceden al mercado.⁸⁷

123. A su vez, las aseguradoras tradicionales están afrontando el reto de cómo utilizarán la enorme cantidad de datos que pueden recabar para ofrecer mejores productos y dar más servicios a sus clientes. Las nuevas tecnologías y la digitalización son un medio para poder dar coberturas a ciertos riesgos que de otra forma no serían asegurables o que se ajustan más a las necesidades del asegurado y al coste del propio seguro. Y para ello están desarrollando alianzas con el sector InsurTech, concibiéndose estos acuerdos como un complemento positivo para el buen funcionamiento del sector. Así han proliferado las soluciones “*on demand insurance*” basadas en precio por cobertura, y la compra de seguro de una forma más fácil con los conceptos de “*hyper convenience*” y “*one click purchasing*”.⁸⁸
124. Asegurar siniestros relacionados con las nuevas tecnologías y la digitalización es un aspecto importante de la industria aseguradora en el mundo actual. A medida que los avances tecnológicos continúan remodelando varias industrias, las aseguradoras han tenido que adaptar sus pólizas para cubrir los riesgos asociados con las tecnologías emergentes. Los siguientes párrafos abordan algunas áreas comunes en las que puede existir cobertura de seguros en relación con las nuevas tecnologías y la digitalización y, por tanto, donde pueden surgir disputas.⁸⁹
125. La primera área es la seguridad cibernética y el robo de datos. Con la creciente dependencia de los sistemas digitales y la interconexión de las empresas, el riesgo de ataques cibernéticos y el robo de datos han crecido significativamente. Las pólizas de seguro pueden brindar cobertura para los gastos relacionados con la investigación y resolución de tales incidentes, así como posibles responsabilidades legales y costes asociados con la notificación a las partes afectadas, la oferta de servicios de monitoreo de crédito y la gestión del daño reputacional.
126. Otro frente en el que la industria del seguro presta un servicio relevante es el de los errores y omisiones de tecnología (“*errors and omissions insurance*”, E&O). Las

⁸⁷ Para mayor detalle relacionado con el sector Insurtech en España, véase el [Libro Blanco de Insurtech 2.0](#) (Asociación Española de Fintech e Insurtech, marzo 2023).

⁸⁸ Véase mayor desarrollo en Intelligent Insurer, [Seven future trends for Parametric](#) (febrero 2023).

⁸⁹ Queriendo hacer un guiño a la Inteligencia Artificial, los siguientes 6 párrafos están basados en un texto producido por la plataforma [ChatGPT](#).

empresas involucradas en el desarrollo de *software*, consultoría tecnológica u otros servicios basados en tecnología pueden enfrentarse a reclamaciones si sus productos o servicios no funcionan según lo previsto, lo que resulta en pérdidas financieras para sus clientes. El seguro de tecnología E&O puede cubrir los costes de defensa legal, acuerdos o juicios relacionados con alegaciones de negligencia profesional, errores u omisiones.

127. La cobertura contra las infracciones de propiedad intelectual es otro campo fértil para el seguro. A medida que se acelera la innovación tecnológica, también aumenta el riesgo de infringir inadvertidamente los derechos de propiedad intelectual de otra persona. Las pólizas de seguro pueden ofrecer cobertura para gastos legales y daños resultantes de reclamaciones de infracción de patentes, derechos de autor o marcas registradas, lo que ayuda a las empresas a protegerse de litigios potencialmente costosos.
128. Lo mismo ocurre con seguros relacionados con la responsabilidad por productos. La introducción de nuevas tecnologías a menudo involucra productos físicos, como productos electrónicos de consumo, vehículos autónomos o dispositivos domésticos inteligentes. Si estos productos funcionan mal o causan daños a las personas o la propiedad, el seguro de responsabilidad del producto puede cubrir los costes asociados con reclamaciones legales, gastos médicos, daños a la propiedad y posibles retiros del mercado.
129. Los fallos de la tecnología también pueden ser fuente directa de interrupción del negocio y, por tanto, constituyen un riesgo asegurable. Las empresas que dependen en gran medida de la tecnología pueden sufrir pérdidas financieras significativas si sus sistemas experimentan una interrupción o fallo prolongada. El seguro de interrupción del negocio tecnológico puede proporcionar cobertura por pérdida de ingresos, gastos adicionales incurridos para minimizar el impacto de la interrupción y los costes de restauración de datos o sistemas.⁹⁰
130. Igualmente, con la proliferación de dispositivos cuyo funcionamiento depende fundamentalmente del “internet de las cosas” (“*internet of things*” o “IoT”) y de la tecnología de hogares inteligentes, existen riesgos potenciales relacionados con la privacidad de los datos, las vulnerabilidades de la red y los daños físicos causados por los dispositivos conectados. La cobertura de seguro puede abordar estos riesgos al

⁹⁰ Véase la Sección II.A.5 para un análisis más detallado del seguro por interrupción de negocio (*business interruption insurance*) y su operatividad en el contexto de Covid-19.

ofrecer protección contra violaciones de datos, daños a la propiedad o lesiones personales resultantes de fallos o mal uso de los dispositivos IoT.

131. Todos los seguros descritos están basados de una forma u otra en eventos dañosos. Por ello, es común que las disputas derivadas de estos seguros generen controversia en relación con i) la evaluación de pérdidas resultantes o relacionadas con los eventos cubiertos, ii) los esfuerzos de respuesta y mitigación relacionados con los realizados por el propio asegurado e incluso referidos a su propia diligencia, iii) la descripción específica del tipo de cobertura, y iv) los derechos de subrogación y recuperación ante la existencia de factores o ejecutores diversos.
132. En general, son disputas basadas en los principios tradicionalmente reguladores de la actividad aseguradora, pero que deben ser resueltas desde la actualidad digital y tecnológica, basándose en otro tipo de informes y peritaciones para poder resolver controversias donde el progreso digital y tecnológico puede ocupar un papel central. Por referir uno de muchos, los seguros sobre Activos No Fungible (“*Non Fungible Tokens*” o “NFTs”) son relativamente nuevos y están diseñados para proteger a los propietarios de NFTs en caso de pérdida, robo o daño de sus activos digitales. Estos seguros pueden cubrir diferentes situaciones, como el riesgo de hackeo de la plataforma de intercambio, la pérdida o daño del archivo digital del NFT, o incluso la desaparición del creador o plataforma en la que se adquirió el NFT. Por tanto, son productos que se crean directamente para el objeto asegurado, siendo más problemáticos y causantes de más disputas los supuestos en los que se amplían las coberturas en contratos de seguros históricos para incluir riesgos tecnológicos y digitales, sin adecuar la terminología y clausulado a los nuevos intereses asegurados.

iv. Disputas relacionadas con la sostenibilidad, factores ASG/ESG, cobertura ambiental y riesgos por el cambio climático

133. En los últimos años se ha constatado una inquietud en el mercado en relación con cuestiones Ambientales, Sociales y de Gobernanza (ASG) o de ESG (*Environmental, Social and Governance*), tales como el impacto del medio ambiente sobre los negocios, la posible responsabilidad de las corporaciones por su contribución al cambio climático o cuestiones de igualdad y diversidad en la estructura y organigrama de las empresas. La creciente relevancia de estas cuestiones no se debe solo a su impacto sobre la sociedad y la salud medioambiental, sino también a la relevancia que este campo tiene para los asegurados y para la continuidad de su negocio.

134. Esto puede derivar en diferentes tipos de disputas de seguro. Por ejemplo, (i) reclamaciones de cobertura de penalidades aplicadas por agencias gubernamentales contra el asegurado por incumplimiento de normativa relacionada con el cambio climático; (ii) reclamaciones por daños derivados del cambio climático sostenidos por el asegurado; (iii) reclamaciones del asegurado demandado por haber ganado una ventaja competitiva o económica mediante una tergiversación de hechos ante consumidores o inversionistas (conocido como “*Greenwashing*”); (iv) reclamaciones por disputas en materia de faltas de medidas en materia de diversidad; (v) reclamaciones por conflictos en materia de los criterios relativos a la retribución de los administradores y a los conflictos de intereses de los socios; (vi) reclamaciones del asegurado demandado por terceros en relación con cualquiera de los escenario anteriores con condena a pagar y por los costes de defensa.
135. Aunque hasta la fecha los barómetros de siniestralidad aun reflejan un impacto proporcionalmente bajo en este tipo de controversias, se observa una clara tendencia ascendente vinculada a las emisiones de empresas del sector energético y en materia de diversidad e igualdad de género. Además, la exposición que se presenta frente a las aseguradoras en este tipo de riesgos se prevé alta, más aún con una legislación tendente a regular de forma precisa este tipo de actuaciones.
136. Principalmente, este tipo de controversias se suscitarán bajo el ramo de la responsabilidad de directivos (D&O), que se explora con más detalle en la siguiente sección.
137. Además, en muchas ocasiones, la disputa podrá centrarse en cuestiones relacionadas con la determinación del alcance de la cobertura. Por ejemplo, en supuestos de prácticas de empleo indebida, como pudieran ser la falta de medidas de igualdad de género y diversidad, es probable que surjan dudas acerca de la interpretación del clausulado de la póliza. Igualmente, han existido casos en los que se ha tenido que decidir si la emisión de gases de carbono es un daño “accidental” (elemento requerido en algunas pólizas) porque era el resultado probable de las acciones del asegurado⁹¹ o si la reclamación está incluida en la exclusión de “contaminación” (*pollution*).⁹²

⁹¹ Este argumento fue rechazado por *AES v Steadfast* (Virginia Supreme Court, [No. 100764, 2012](#)), lo que eximió a la aseguradora de responsabilidad.

⁹² Véanse *AES v Steadfast* (Virginia Supreme Court, [No. 100764, 2012](#)) y *Aloha Petroleum v National Union Fire Insurance Co. of Pittsburgh AIG* ([25 F. Supp. 3d 1305 \(D. Haw. 2014\)](#)).

v. Incremento de riesgos y consecuente litigación en el área de responsabilidad profesional (D&O)

138. Muchos de los desarrollos mencionados en los anteriores apartados tendrán un impacto muy directo en los seguros de D&O, cuyas coberturas pueden entrar en disputa debido a la imposibilidad teórica de asegurar responsabilidades administrativas y penales (en ocasiones derivadas de los riesgos empresariales vinculados a su actividad ordinaria).
139. Un primer punto relevante es el debate en relación a la determinación de si una cláusula es limitativa de derechos o delimitadora del riesgo. En este punto, deviene oportuno citar la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2019, de 29 de enero,⁹³ relativa a la responsabilidad de los administradores de una sociedad como consecuencia del impago de impuestos. En este caso, el Tribunal concluyó que el contenido y esencia de los contratos de seguro D&O persigue cubrir la responsabilidad civil de administradores y directivos en sus labores relacionadas con la sociedad mercantil, por lo que no puede entenderse circunscrita a una literalidad de sus funciones conforme a la Ley de Sociedades de Capital, sino que es extensiva su responsabilidad y, por ende la cobertura, a legislación como la Ley General Tributaria. Por tanto, la pretendida exclusión de tal cobertura en la póliza por parte de la aseguradora y sin una aceptación expresa del asegurado debía considerarse sorpresiva y limitativa de derechos. Y todo ello a pesar de que la definición de “pérdida” en la póliza no incluyera “impuestos, contribuciones a la Seguridad Social, multas o sanciones impuestas en virtud de la ley”.
140. Otro punto relevante en los contratos de seguro D&O es el relativo a la oponibilidad o no del dolo en la conducta causante del daño. Esto es, conflictos derivados de una reclamación por la parte reclamante en relación con una conducta a la que se atribuye carácter doloso. Ello se debe a que generalmente las conductas dolosas están excluidas de las pólizas, por lo que la calificación de una conducta como dolosa impacta directamente sobre el alcance de la cobertura. En este punto surgen principalmente dos conflictos. Uno es el relativo a determinar quién es competente para determinar la existencia de dolo. El entendimiento general es que las únicas competentes para determinar si una actuación es dolosa son las autoridades judiciales, por lo que no bastará una simple acción invocando un tipo delictivo doloso para determinar que no hay cobertura. Será la autoridad que conoce de esa acción la

⁹³ [Sentencia del Tribunal Supremo \(Civ.\) \(58/2019\)](#), de 29 de enero de 2019.

que determine si finalmente la actuación reviste tal carácter. Y ello supone que, salvo exclusión específica de no adelantar gastos de defensa, será la aseguradora la que deberá atender todos los gastos en que se incurran hasta que exista esa sentencia firme.

141. El otro punto controvertido es la oponibilidad del dolo por parte de la aseguradora frente a terceros no asegurados. La posición en legislaciones como la española es clara. En el caso de las acciones directas por el perjudicado contra la aseguradora el carácter doloso de la asegurada nunca podrá ser objeto de exclusión frente al tercero perjudicado.⁹⁴ Es decir, la aseguradora no podrá oponer frente al perjudicado el carácter doloso de la conducta, estando obligada al pago a la víctima.⁹⁵ Todo ello sin perjuicio de su derecho de repetir contra el causante (en estos casos, la persona asegurada). Ello supone concluir que en estos casos no solo no se puede invocar por la aseguradora un contrato ajeno al perjudicado, sino que la propia aseguradora (y no la víctima) es quien soporta el riesgo de la posible insolvencia del autor.

B. Disputas más frecuentes en materia de seguro

142. Más allá de las cuestiones comunes tratadas en la anterior sección, los contratos de seguro ofrecen varias áreas adicionales de litigiosidad. Una es la relativa a las acciones subrogatorias (1). Otra es la aplicación del principio de buena fe en las relaciones de seguro (2). La tercera son las disputas que surgen específicamente con los distribuidores de seguros (ej., agentes y corredores) (3).

1. Disputas relacionadas con la acción subrogatoria

143. La acción subrogatoria en el ámbito del seguro es aquella en la que la aseguradora sustituye al asegurado en la vindicación de sus derechos contra terceros causantes de un siniestro con la finalidad de recuperar de ellos la cuantía por la que sean civilmente responsables a consecuencia de los daños producidos y cuya indemnización ha sido satisfecha inicialmente por la aseguradora al asegurador en virtud de una póliza de seguro.

⁹⁴ Así dispone el artículo 76 LCS.

⁹⁵ Así lo ha declarado la [Sentencia del Tribunal Supremo \(Civ.\) \(579/2023\)](#), de 20 abril 2023: “... al tratarse de un seguro de responsabilidad civil, en el que la acción del perjudicado contra el asegurador es inmune a las excepciones que puedan corresponder a la aseguradora contra el asegurado (art. 76 LCS), la inasegurabilidad por dolo no sería oponible al tercero perjudicado”.

144. Los siguientes apartados tratan varios aspectos en los que la acción subrogatoria puede ser fuente de controversias: (i) la cristalización del derecho de la aseguradora a subrogarse en la posición del asegurado; (ii) la determinación de la cuantía reclamable mediante la acción subrogatoria; (iii) la obligación del asegurado con la aseguradora en relación con la acción subrogatoria; (iv) las cláusulas de renuncia a la subrogación y la pérdida del derecho a la misma; (v) el impacto sobre la acción subrogatoria de cláusulas de no cesión, cesiones forzosas y cesiones a aseguradores; y (vi) la aplicación de un convenio arbitral del asegurado a acciones subrogatorias interpuestas por la aseguradora.

i. La cristalización del derecho de la aseguradora a subrogarse en la posición del asegurado

145. Una fuente de posible controversia en materia de la acción de subrogación es el momento a partir del cual la aseguradora adquiere el derecho a subrogarse en la posición del asegurado y puede interponer la acción contra el tercero causante del daño. La interposición de la acción antes de haber satisfecho los requisitos exigidos por la legislación aplicable puede hacer decaer la acción. Sin perjuicio de detalles propios de cada derecho nacional, se entiende generalmente que la subrogación del asegurador en la posición del asegurado frente al tercero causante del siniestro se producirá cuando el asegurador haya hecho el pago de la indemnización, en virtud y como consecuencia de un contrato de seguro. La viabilidad de la acción dependerá también de que haya nacido para el asegurado una acción de responsabilidad frente al tercero, que no sea tomador del seguro ni asegurado y de que se cumplan los requisitos para la existencia de responsabilidad civil, sea cual fuere su naturaleza (contractual o extracontractual).⁹⁶

146. Generalmente se entiende que la aseguradora no tiene derecho a la acción hasta que efectivamente ha realizado el pago al asegurado.⁹⁷ La satisfacción de este requisito suele probarse mediante un justificante de pago y quizá un finiquito firmado por el asegurado, en el que puede incluirse una mención expresa al hecho de que la aseguradora queda subrogada en las acciones del asegurado. Sujeto a exigencias de derecho nacional, una mera orden de pago no es suficiente para probar el pago. Igualmente, es posible que se requiera el conocimiento y/o ratificación por parte el

⁹⁶ Ejemplos de esta doctrina en el Derecho español son las Sentencias del Tribunal Supremo (Civ.) de [21 de julio \(nº 557/2021\)](#) y [22 de noviembre de 2021 \(nº 798/2021\)](#).

⁹⁷ Así lo establece en el Derecho inglés *Lord Napier and Ettrick v RF Kershaw Ltd* [1993] AC 713.

asegurado, así como una notificación al tercero como requisito previo al surgimiento del derecho de recuperación.

147. Cuando la aseguradora solo ha satisfecho parte de la reclamación de la aseguradora, la subrogación únicamente operará en relación con las cuantías abonadas. No obstante, y aunque no sea la regla general, pueden existir legislaciones que impiden el derecho a subrogarse cuando la aseguradora solo ha pagado y reconocido al asegurado algunas (pero no todas) de las cuantías cubiertas por la póliza en relación con un mismo siniestro. En esos casos, la falta de asunción de responsabilidad por la totalidad de los pagos derivados de un mismo siniestro y cubiertos por la póliza puede impedir el derecho de subrogación en relación con cualquiera de las reclamaciones relacionadas con el siniestro y cubiertas por la póliza, incluso aquellas por la que sí se ha realizado el pago.⁹⁸ Igualmente, el pago al asegurado una vez interpuesta la acción puede ser insuficiente para remediar la falta de pago inicial, lo que impediría el éxito de la acción de subrogación.⁹⁹ Es decir, el pago tardío no subsana el comienzo de una acción cuando el pago requerido se había realizado de forma plena con antelación a la interposición de la acción.
148. Por último, y sin perjuicio de que la regla general exige el pago por la aseguradora, es posible que la propia póliza prevea la posibilidad de interponer la acción de subrogación antes del pago íntegro al asegurado, o incluso antes de la determinación de su cuantía, siempre que la aseguradora haya reconocido la reclamación por el asegurado. La validez de estos acuerdos dependerá de la legislación aplicable. En estos casos, es común que el asegurado y la aseguradora vayan de la mano en contra de la compañía que causó el daño.

ii. Determinación de la cuantía reclamable mediante la acción subrogatoria

149. La determinación de la cuantía reclamable mediante la acción subrogatoria está sujeta a determinadas limitaciones que pueden ser fuente de controversia entre la aseguradora (demandante) y el tercero (demandado). Un primer límite general es que

⁹⁸ Un ejemplo de esta problemática puede encontrarse en *Page v Scottish Insurance Corporation* (1929) 33 LR 134 (CA), en relación con responsabilidades de varias partes involucradas en un accidente de circulación. La aseguradora solo había pagado a la asegurada pero no al tercero víctima de daños producidos por el accidente.

⁹⁹ Así lo establece en el Derecho inglés *Page v Scottish Insurance Corporation* (1929) 33 LR 134 (CA).

la cuantía reclamada no puede exceder la indemnización pagada por la aseguradora al asegurado antes de la interposición de la acción. La satisfacción de este requisito suele probarse mediante la documentación demostrativa del pago realizado al asegurado.

150. Además, la acción subrogatoria no puede prosperar si el siniestro por el cual se ha realizado el pago por la aseguradora al asegurado no está cubierto por el contrato de seguro¹⁰⁰. Esta es una cuestión de cobertura que puede ser fuente de controversia entre la aseguradora y el tercero demandado y que requerirá un análisis de la póliza entre la aseguradora y el asegurado. No obstante, en algunos sistemas, como el inglés, es posible que la aseguradora adquiriera el derecho a subrogarse frente al tercero si el pago al asegurado se ha realizado de forma “honesta y razonable” (“*in good faith and reasonably*” o “*honestly and reasonably*”) incluso si el pago no estaba cubierto por la póliza¹⁰¹ o si la aseguradora no invocó una exclusión en la póliza de la que podría haber hecho uso.¹⁰²
151. Una tercera exigencia es que la cuantía reclamada mediante la acción subrogatoria no puede exceder la responsabilidad del tercero frente al asegurado, independientemente de la cantidad pagada por la aseguradora al asegurado al amparo de la póliza. Una indemnización superior a la responsabilidad del tercero (por ejemplo, porque la aseguradora repone el valor nuevo en vez del valor real del daño causado por el tercero) no puede ser recuperada vía acción subrogatoria. Solo el valor real del daño civilmente exigible puede ser reclamado por la aseguradora frente al tercero.¹⁰³ Igualmente, si existe una limitación de responsabilidad en el contrato inicial entre el asegurado y el tercero, tal limitación también será aplicable a la acción subrogatoria interpuesta por la aseguradora.
152. De forma similar, si la cuantía indemnizada por la aseguradora al asegurado es inferior al daño causado por el tercero, la acción subrogatoria no permite a la aseguradora

¹⁰⁰ Así lo reconoce en España la Sentencia del Tribunal Supremo (Civ.) de [12 de junio de 2013 \(nº 432/2013\)](#) y en el Derecho inglés la sentencia *John Edwards and Co v Motor Union Insurance Co Ltd* (1922) 2 KB 249.

¹⁰¹ Véase, a título de ejemplo, *King v Victoria Insurance Co Ltd* [1896] AC 250.

¹⁰² Véase, a título de ejemplo, *Sobrany v UAB Transtira* [\[2016\] EWCA Civ 28](#).

¹⁰³ Así lo refiere en España, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2018 (nº 335/2018).

solicitar el valor del daño real que excede la cuantía indemnizada.¹⁰⁴ Si la aseguradora recobrara más de lo pagado, el asegurado puede estar legitimado para reclamar la diferencia. Esta misma lógica es la que explica que si el asegurado obtuviera del tercero una indemnización por la que ya ha recibido un pago procedente de la aseguradora, es posible que ésta tenga el derecho a reclamar del asegurado la cuantía recibida hasta el máximo de la indemnización pagada al amparo de la póliza.¹⁰⁵

iii. Cláusulas de renuncia a la subrogación y pérdida del derecho a la misma

153. El derecho a la subrogación por parte de la aseguradora puede verse limitado por acuerdos entre las partes involucradas que excluyan esta posibilidad. La interpretación del alcance y contenido de estas cláusulas puede ser fuente de desavenencias.
154. La forma paradigmática de exclusión es el uso de las cláusulas de renuncia a la subrogación. Mediante estas cláusulas la aseguradora excluye expresamente en la póliza, esto es con antelación a la existencia de cualquier siniestro, la posibilidad de perseguir ante un tercero la recuperación de los daños pagados. Una cláusula de renuncia a la subrogación brinda una protección adicional de naturaleza comercial al asegurado ya que minimiza el potencial de demandas derivadas de un incidente causado por un tercero. La ausencia de litigios derivados permite mantener intactas las relaciones comerciales entre el asegurado y el tercero, lo que puede ser especialmente relevante en proyectos prolongados como son los de construcción.
155. Las cláusulas de renuncia a la subrogación actúan como defensa a favor del tercero causante del daño y contra quien se podría haber interpuesto la acción subrogatoria. Por tanto, estas cláusulas suponen una potencial pérdida de derechos para la aseguradora, así como un incremento de su riesgo comercial. Es por ello que en la práctica van unidas a un incremento de la prima pagada por el asegurado.
156. Las cláusulas pueden referirse a cualquier siniestro o estar limitadas a determinados tipos de siniestro o categorías de terceros causantes del mismo. Estas acotaciones pueden generar problemas de interpretación y delimitación.

¹⁰⁴ A título de ejemplo, así lo establecen en el Derecho inglés *North of England Iron Steamship Insurance Association v Armstrong* (1870) LR 5 QB 244 y *Lord Napier and Ettrick v RF Kershaw Ltd* [1993] AC 713, [1993] 1 All ER 385.

¹⁰⁵ Así lo establece en el Derecho inglés *Castellain v Preston* (1883) 11 QBD 380.

157. Una modalidad específica de renuncia a la subrogación tiene lugar en el contexto de multiplicidad de asegurados por una misma aseguradora. Generalmente, se entiende que los daños causados por asegurados a otros asegurados dentro de una misma póliza no pueden ser objeto de una acción de subrogación. En estos casos, la póliza puede incluir de forma expresa o implícita la renuncia por la aseguradora de acudir contra sus propios asegurados para recobrar la indemnización pagada a otro asegurado.¹⁰⁶ La razón es que la aseguradora estaría dirigiendo la acción contra los mismos intereses de la asegurada cubiertos por la propia póliza de seguro. Aunque generalmente se entiende que esta renuncia está limitada a riesgos e incidentes cubiertos por la póliza de coaseguro,¹⁰⁷ el alcance de la renuncia puede ser controvertido. En concreto, se puede plantear si cabe la subrogación en relación con siniestros que no están plenamente cubiertos por la póliza o contra partes que no están directamente aseguradas por la aseguradora pero cuyos intereses se ven directamente cubiertos por la póliza o que han contribuido a su pago. La condición de asegurado en una póliza (y, por tanto, la posibilidad de interponer una acción de subrogación contra esa parte) puede ser fuente de controversia cuando los asegurados son definidos por clases o categorías.¹⁰⁸
158. Una tercera variedad de pérdida del derecho de subrogación surge cuando existe entre el tercero y el asegurado algún acuerdo que impida la posibilidad de reclamación entre ellos. Cuando tal derecho de reclamación no existe para el asegurado o ha sido contractualmente excluido, la aseguradora carece de derecho subyacente al que subrogarse.¹⁰⁹ En estos casos, el foco no se centra tanto en la póliza y la posible renuncia por parte de la aseguradora, sino en el acuerdo concluido entre la asegurada y el tercero para que sea la aseguradora quien, en última instancia, cubra el riesgo de siniestro. La renuncia entre estas dos partes no necesariamente ha de recogerse de forma expresa, lo cual puede ser causa de controversia. En ocasiones, el mero acuerdo entre las partes de que sea una de ellas la que corra con el deber de contratar un

¹⁰⁶ Así lo establece en España la Sentencia del Tribunal Supremo (Civ.) de [21 de julio de 2021 \(nº 557/2021\)](#), o en Inglaterra y Gales las sentencias *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [[2017](#)] [UKSC 35](#) y *Co-operative Retail Services Limited v Taylor Young Partnership* [[2002](#)] [UKHL 17](#).

¹⁰⁷ *National Oilwell (UK) Ltd v Davy Offshore Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep. 582.

¹⁰⁸ Por ejemplo, así se debate en *Stone Vickers Ltd v Appledore Ferguson Shipbuilders*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 en relación con la categoría "subcontratista".

¹⁰⁹ Tal y como se explica en la siguiente sección, también puede existir pérdida del derecho a la acción de subrogación si ha existido un acuerdo de conciliación con renuncia de acciones entre el asegurado y el tercero.

seguro relacionado con el objeto del contrato subyacente (ej., el arrendamiento de un inmueble) puede ser interpretado como un acuerdo tácito de que el seguro cubre un interés común y la aseguradora no podría accionar ningún derecho de reembolso contra la parte no asegurada.¹¹⁰ El alcance de esta limitación dependerá del acuerdo entre la asegurada y el tercero. Así, siguiendo con el mismo ejemplo, es posible que el acuerdo se limite a los daños producidos sobre el inmueble arrendado, pero no sobre los daños producidos por el arrendatario no asegurado sobre el resto del edificio (también propiedad del arrendador) en el que se inserta el inmueble objeto de arrendamiento.¹¹¹

159. La incertidumbre que estas renunciaciones entre asegurado y tercero pueden provocar a la aseguradora aconsejan que la póliza regule de forma expresa y detallada el alcance del derecho de subrogación.
160. Por último, también es posible que exista controversia en relación con la posible pérdida del derecho a la acción de subrogación como consecuencia del plazo de prescripción. En sede de arbitraje internacional, esta cuestión puede plantear una doble problemática. La primera hace referencia a la legislación aplicable para la determinación del plazo de prescripción, según se considere como una cuestión de fondo o procesal. La segunda problemática está relacionada con el *dies a quo* a partir del cual comienza el cómputo de dicho plazo. No todos los ordenamientos tienen una posición clara al respecto, aunque generalmente se entiende que, estando la acción de subrogación fundada en el derecho de resarcimiento originariamente disponible para el asegurado frente al tercero, el plazo de prescripción es el aplicable a ese derecho (contractual o extracontractual) y comienza tan pronto como aquel pudo reclamar contra el tercero (normalmente, a partir del momento en el que pudo conocer del siniestro).¹¹² En este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado recientemente que, en el contexto de una acción subrogada en materia extracontractual cubierta por el Reglamento Roma II,¹¹³ la ley que rige la acción del

¹¹⁰ *Mark Rowlands v Berni Inns* [1986] QB 211 y *Rathbone Brothers Plc v Novae Corporate Underwriting* [2014] EWCA Civ 1464.

¹¹¹ Un ejemplo de este este escenario puede leerse en *Prezzo Ltd v High Point Estates Ltd* [2018] EWHC 1851 (TCC).

¹¹² Como ejemplo de esta problemática, pueden leerse las Sentencias Tribunal Supremo (Civ.) de [21 de julio de 2021 \(nº 557/2021\)](#) y [22 de noviembre de 2021 \(nº 798/2021\)](#).

¹¹³ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

tercero subrogado en los derechos de una persona perjudicada contra el causante de un daño y que determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción es, en principio, la del país en el que se produce ese daño.¹¹⁴ Es decir, la ley que rige la acción primaria entre la víctima y el causante del daño.

iv. La obligación del asegurado de cooperar con la aseguradora en la acción subrogatoria

161. Generalmente se entiende que el asegurado tiene el deber de colaborar con la aseguradora en la defensa de los derechos que son objeto de la acción de subrogación. El alcance de esta obligación, así como su posible incumplimiento y las consecuencias del mismo, pueden ser fuente de controversia. Principalmente, se plantea cuáles son los posibles remedios para la aseguradora en caso de falta de colaboración, entre ellos la posibilidad de recuperar la indemnización pagada al asegurado. Es por esta razón que la posibilidad de subrogación debería tratarse por la aseguradora antes de realizar la indemnización plena al asegurado.
162. El deber de colaboración del asegurado con la aseguradora puede tener una doble faceta: mitigación y cooperación. La primera hace referencia al deber del asegurado de reducir las pérdidas sufridas como consecuencia del siniestro cubierto por la póliza, así como la adopción de medidas orientadas a proteger su derecho de resarcimiento frente al tercero. El estándar aplicable al deber de mitigación puede ser fuente de desencuentro, aunque es frecuente la referencia a estándares consistentes en cómo una persona razonable debería actuar para preservar su propiedad y derechos si no contara con la cobertura de un seguro.¹¹⁵ También pueden existir disputas relacionadas con el derecho de recuperación de los gastos relacionados con las medidas de mitigación adoptadas por el asegurado, incluyendo los gastos de defensa. La resolución de estas cuestiones dependerá de la legislación aplicable y del contenido de la póliza.
163. La segunda faceta se refiere a la cooperación del asegurado con la preparación y tramitación de la acción de subrogación. Es posible que este deber no solo se prevea en la legislación aplicable y/o en la póliza sino en el acuerdo de finiquito entre la aseguradora y el asegurado y que se indique expresamente que su extensión temporal

¹¹⁴ Asunto [C-264-22](#) *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme and d'Autres Infractions*, 17 mayo 2023, ECLI:EU:C:2023:417 ECLI:EU:C:2023:417.

¹¹⁵ Así lo prevé, por ejemplo, en Derecho inglés el asunto *Integrated Container Service Inc v British Traders Insurance Co Ltd* [1984] 1 Lloyd's Rep 154.

comprenderá toda la duración del procedimiento iniciado con la acción de subrogación. Ello es especialmente aconsejable cuando se prevea la posibilidad de un largo proceso litigioso.

164. El deber de cooperación puede incluir la obligación de autorizar a la aseguradora para la interposición de la acción. Cuando esta autorización es exigida por la legislación aplicable o la póliza, la aseguradora puede superar la reticencia del asegurado a través de una orden por el órgano competente que compela al asegurado a prestar dicha autorización.¹¹⁶ De forma alternativa, la aseguradora puede plantearse la opción de interponer una acción de forma simultánea contra el asegurado y el tercero responsable del daño con el fin de proceder en nombre del asegurado y que éste se retire del asunto.¹¹⁷
165. El deber de cooperación también puede incluir la obligación de proporcionar la información necesaria a la aseguradora para la sustanciación de la acción, así como la de abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación que perjudique el éxito de la misma. Una posible fuente de controversia son los remedios con los que la aseguradora puede contar de forma cautelar para obligar al asegurado a cesar su comportamiento obstruccionista y colaborar activamente con la preparación y gestión del procedimiento.
166. Las consecuencias pecuniarias de la infracción de los deberes de mitigación y cooperación también pueden ser foco de conflicto. Es posible que la aseguradora pueda reclamar compensación por la parte del resarcimiento perdido frente al tercero como consecuencia de la conducta infractora del asegurado. Es también posible que la aseguradora persiga la devolución total o parcial del pago realizado al asegurado o que, incluso, se entienda que tal conducta constituye un incumplimiento esencial del contrato del seguro por parte del asegurado, con las consecuencias que la legislación aplicable prevea para ese tipo de escenario.¹¹⁸
167. Otro tema estrechamente relacionado con el deber de mitigación y cooperación es la posibilidad de que el asegurado renuncie de forma unilateral al derecho de

¹¹⁶ De forma ilustrativa, así lo indica en el Derecho inglés *King v Victoria Insurance Co Ltd* [1896] AC 250.

¹¹⁷ Para ejemplos de este planteamiento, véanse *King v Victoria Insurance Co Ltd* [1896] AC 250, *Esso Petroleum Ltd v Hall Russell & Co Ltd (The Esso Bernicia)* [1989] AC 643 y *England v Guardian Insurance Ltd* [1999] 2 All ER (Comm) 481.

¹¹⁸ Esta es una cuestión que plantea, pero no deciden, *West of England Fire Insurance Co v Isaacs* [1897] 1 QB 226, [1895-99] All ER Rep 683 y *Phoenix Assurance Co v Spooner* [1905] 2 KB 753.

resarcimiento en el que podría subrogarse la aseguradora o que alcance un acuerdo transaccional con el tercero que resuelva la reclamación. Dado que la aseguradora solo puede subrogarse en tanto en cuanto exista un derecho de reclamación por parte del asegurado, estas actuaciones impiden la subrogación y, por tanto, puede constituir una infracción de los deberes de cooperación si se adoptan de forma unilateral, de forma irracional o sin acuerdo con la aseguradora. Ello puede acabar generado en derecho de compensación de la aseguradora frente al asegurado.¹¹⁹

168. Finalmente, las acciones que interponga el asegurado frente al tercero en relación con daños no cubiertos por la póliza pueden en ocasiones perjudicar, sino impedir, el derecho de resarcimiento enarbolado a través de la acción de subrogación.¹²⁰ Cuando la póliza contenga una cláusula de control de reclamaciones, el asegurado podría incurrir en responsabilidad frente a la aseguradora si tales acciones se interponen de forma unilateral y sin coordinación con la aseguradora. Igualmente, si tales acciones llevan al cobro de alguna cuantía relativa a daños sí cubiertos por la póliza, es posible que la aseguradora tenga derecho de acción contra el asegurado para recuperar la cuantía cobrada siempre y cuando ya haya pagado al asegurado al amparo de la póliza.¹²¹ Esta última no será una acción de subrogación sino de repetición.

v. Cláusulas de no cesión, cesiones forzosas y cesiones a aseguradoras

169. Una cuestión potencialmente conflictiva en la operatividad de la acción de subrogación se da en aquellos casos en los que la relación entre el asegurado y el tercero contiene una cláusula de no cesión de derechos. En general, la subrogación y la cesión son instituciones conceptualmente distintas y es posible afirmar que, al menos en algunos ordenamientos, la acción de subrogación se ejercita por la aseguradora en nombre del asegurado mientras que la cesión permite la acción en nombre propio.
170. Sin perjuicio de ello, es posible que el tercero demandado en una acción subrogatoria objete contra la aseguradora demandante sobre la base de la cláusula de prohibición de cesión inserta en el contrato con el asegurado.¹²² El éxito de esta objeción

¹¹⁹ *Horwood v Land of Leather Ltd (in administration)* [2010] EWHC 546 (Comm).

¹²⁰ Un ejemplo de ello es *Hayler v Chapman* [1989] 1 Lloyd's Rep 490, en el que la acción del asegurado en relación con aspectos no cubiertos por la póliza impidió una acción de subrogación por tener una *causa petendi* común.

¹²¹ Así lo apunta en el Derecho inglés *Lord Napier and Ettrick v RF Kershaw Ltd* [1993] AC 713.

¹²² Evidentemente, será muy complejo que el tercero sea concededor del clausulado de contrato de seguro.

dependerá de la nitidez en la distinción conceptual anteriormente apuntada, de la base jurídica de la pretendida subrogación y del alcance de la cláusula de no cesión. Por ejemplo, en el asunto *Dassault Aviation SA v Mitsui Sumitomo Insurance Co Ltd*¹²³ la Corte de Apelación inglesa validó un laudo dictado en Londres sobre la base de que una cláusula contractual de prohibición de cesión (“*non-assignment clause*”) no era aplicable a las subrogaciones de acciones a favor de la aseguradora producidas en virtud de la ley que regulaba el contrato de seguro. Como consecuencia de ello, la aseguradora gozaba del derecho de subrogación y estaba legitimada para interponer la demanda al amparo del convenio arbitral originalmente concluido por el asegurado.

vi. *Ámbito subjetivo del convenio arbitral*

171. Las acciones subrogatorias también pueden plantear cuestiones relativas a la jurisdicción arbitral. Principalmente, los problemas pueden plantearse cuando existe un convenio arbitral entre el asegurado y el tercero responsable del daño. En estos casos, la subrogación de la aseguradora en el derecho de resarcimiento del asegurado requiere determinar si la misma se ha de interponer a través de la vía arbitral o por la vía judicial ordinaria. Esto es, si la aseguradora queda vinculada por el compromiso arbitral adquirido por el asegurado.
172. La respuesta dependerá principalmente de la ley aplicable al convenio arbitral, en tanto en cuanto ésta es una cuestión relativa al ámbito subjetivo del convenio. Una posición generalmente aceptada en relación con esta materia es que la aseguradora queda vinculada por los convenios arbitrales y las cláusulas de atribución de foro aplicables al asegurado en cuyo derecho se subroga la aseguradora.¹²⁴
173. Otra cuestión distinta es la relativa a la posibilidad de interponer una acción de subrogación en casos, como los comentados en la sección anterior, en los que existía

¹²³ [\[2024\] EWCA Civ 5](#).

¹²⁴ Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil decidió el 9 mayo 2023 que la firma de un contrato de seguro (*surety bond*) en relación con un contrato de transporte que incluía un convenio arbitral ofreció a la aseguradora oportunidad suficiente para examinar el contrato asegurado. Ante la falta de objeción, entendió el tribunal brasileño que la aseguradora había consentido al arbitraje. La decisión se realizó sobre la base del artículo 786 del Código Civil brasileño, que señala que si el asegurador paga un daño al asegurado, éste mismo asegurador se subroga en los derechos y acciones del asegurado frente a la persona causante del daño, con el objetivo de recuperar el monto previamente pagado. En Francia, la subrogación del asegurador respecto al crédito bajo el contrato asegurado incluye también el convenio arbitral (*Cour de Cassation*, Chambre civile 1, 22 de noviembre de [2005](#)). Lo mismo ocurre en Derecho inglés, *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (Rev1)* [\[2020\] UKSC 38](#) y lo confirma *Airbus SAS v Generali Italia SPA* [\[2019\] EWCA Civ 805](#) también en relación con una cláusula de atribución de foro en favor de los tribunales de Londres.

una prohibición de cesión de derechos en el contrato subyacente entre el asegurado y el tercero. Si esa prohibición es extensible a los supuestos de subrogación, la imposibilidad para la aseguradora de subrogarse en los derechos del asegurado también producirá la imposibilidad de invocar el convenio arbitral originalmente concluido por éste. De hecho, el asunto *Dassault Aviation SA v Mitsui Sumitomo Insurance Co Ltd*¹²⁵ estaba motivado por una acción de anulación de un laudo dictado en favor de la aseguradora al amparo de un convenio arbitral CCI con sede en Londres que había sido originalmente concluido en el contrato subyacente entre el asegurado y el tercero. A pesar de que la High Court inglesa entendió lo contrario, la Court of Appeal concluyó que la subrogación derivada de la ley del seguro no quedaba prohibida por la cláusula de no cesión. Por tanto, la aseguradora sí podía invocar el convenio arbitral del asegurado y el laudo arbitral dictado sobre esa base jurisdiccional no debía anularse por falta de jurisdicción arbitral.

174. Finalmente, otra cuestión controvertida es la ley que ha de aplicarse para determinar las partes vinculadas por el convenio arbitral en caso de cesión (que no de subrogación) de acciones, pues en esos casos la disponibilidad del convenio depende de la cesión del derecho de fondo que constituye la base jurídica de la acción contra el tercero. Mientras una postura, quizá predominante, aboga por seguir aplicando la ley que rige el convenio arbitral, otras voces han defendido la conveniencia de centrar el análisis en la ley que rige la cesión del derecho sustantivo, del cual el convenio arbitral no es sino un derecho accesorio.¹²⁶

2. Disputas derivadas del deber de ubérrima buena fe, rescisión y preaviso

175. Los derechos de tradiciones *common law* y *civil law* coinciden en que el deber de máxima buena fe entre las partes en el contrato de seguros es central en la doctrina y compromete tanto al asegurado como al asegurador. El primero debe revelar toda la información relevante en el momento de la contratación y luego durante la vigencia del contrato. Asimismo, la aseguradora está obligada a redactar una póliza que cumpla con los requisitos de razonabilidad y en caso de siniestros debe actuar diligentemente y pagar con prontitud.

¹²⁵ [\[2024\] EWCA Civ 5.](#)

¹²⁶ Véase el voto particular de Lord Justice Snowden en *Lifestyle Equities CV v Hornby Street (MCR) Ltd* [\[2022\] EWCA Civ 51.](#)

176. El alegado incumplimiento del deber de buena fe por parte del asegurado puede ser foco de disputas. Ello se debe a que la definición de las obligaciones concretas que derivan de ese deber no es siempre pacífica entre las partes. Un ejemplo común de controversia es el relacionado con la falta de revelación plena de circunstancias que puedan afectar al nivel de cobertura y de riesgo asumido por la aseguradora. El deber de revelación es predicable tanto en la fase de negociación y contratación de la póliza como durante la vigencia del contrato. El estándar para que tal falta pueda permitir la exoneración de la cobertura o incluso la rescisión del contrato varía según el derecho aplicable. Mientras que en algunos casos el foco principal se centra en la relevancia del hecho ocultado, en la mayoría de ordenamientos la respuesta depende de la existencia de declaración falsa u omisión dolosas o por culpa grave.¹²⁷ Este segundo modelo puede llevar al surgimiento de disputas relacionadas con la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del asegurado.
177. Suele ser causa de controversias el uso de cuestionarios o formularios por la aseguradora y el impacto que éstos tienen sobre el deber de revelación. Ello se debe a que, según algunos ordenamientos, la obligación del tomador del seguro se ciñe a proporcionar la información apropiada según el cuestionario proporcionado por la aseguradora, de modo que el tomador puede quedar exonerado de tal deber si la aseguradora no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.¹²⁸
178. Otro punto relacionado es la posibilidad de cancelación de cobertura por parte de la aseguradora tras el descubrimiento de una falta de revelación de circunstancias que, aun no habiendo ocurrido ningún siniestro, puedan influir en la valoración del riesgo y que deberían haber sido reveladas, ya en el momento de la contratación ya en el momento de su posterior acaecimiento. Es frecuente que, ante estos escenarios, la legislación aplicable conceda a la aseguradora un plazo para ofrecer un cambio en las coberturas o un recargo en la prima, que podrá ser aceptado por la asegurada dentro de un breve plazo. De no hacerlo, la aseguradora podrá resolver el contrato. La delimitación de qué información debería haber sido comunicada, así como los remedios aplicables ante la falta de revelación pueden ser foco de disputas.

¹²⁷ Véanse, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro de España y el artículo 8 de la Ley del Seguro (n. 29946) de Perú.

¹²⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 10.1 de la Ley de Contrato de Seguro de España.

179. En ocasiones, estos casos también pueden relacionarse con situaciones en las que el asegurado invoca que tal información debería haber sido conocida por la aseguradora (diligencia razonable), ya porque fuera pública o porque ésta era accesible de una u otra forma a la aseguradora (incluso porque ésta realizó una inspección). Es posible que también surjan disputas en relación con qué información debería haber conocido el asegurado, así como entorno a la comunicación oportuna de los siniestros. En todos estos supuestos, la intervención de un bróker o un agente puede tener un efecto distorsionador en la evaluación del cumplimiento del deber.
180. Pero la buena fe no es solo un deber que concierna al asegurado. De hecho, también pueden surgir desavenencias en relación con la conducta de la aseguradora. Por ejemplo, la inclusión de cláusulas que no cumplen con el requisito de razonabilidad, es decir las llamadas abusivas, puede ser fuente de litigio, aunque la relevancia de estas consideraciones es mucho menor en los contratos de grandes riesgos comparado con las pólizas con consumidores. Finalmente, también es posible que surjan discrepancias relacionadas con la buena fe en los tiempos y las formas con los que la aseguradora haya atendido la reclamación y el eventual pago por un siniestro cubierto, o en posibles actos de coordinación entre ésta y los peritos.

3. Disputas con los distribuidores de seguros (agentes, corredores, etc)

181. Las disputas más habituales entre compañías aseguradoras y sus distribuidores (agentes y corredores de seguros, principalmente) tienen relación con la terminación unilateral del contrato (a veces por razón de incumplimiento) y con el régimen de retribución (comisiones y, a veces, comisiones de cartera o indemnización por clientela al tiempo de la terminación).
182. Como muestra de este tipo de conflictos se pueden reseñar algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia española. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 865/2010, de 3 de enero de 2010, “el núcleo del conflicto consistió (...) en la resolución del contrato de mediación de seguros llevada a cabo unilateralmente por la compañía de seguros demandada con base, principalmente, en la inexactitud de la información facilitada por la correduría demandante a sus clientes sobre el estado de sus inversiones y en la expresa oposición de la correduría a cumplir las instrucciones por las que la aseguradora exigió, a partir de un determinado momento, que las órdenes

de modificación de tales inversiones fueran firmadas personalmente por los tomadores”.¹²⁹

183. En otro asunto, resuelto ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, la disputa estaba relacionada con una póliza que había sido renovada en 2016, con fecha de vencimiento el 31 de diciembre de 2017.¹³⁰ Ante la designación de un nuevo agente en sustitución del contratado en el momento de la renovación, la Audiencia Provincial reconoció que el agente anterior tenía derecho a percibir las comisiones “hasta la inmediata fecha de vencimiento de la póliza” (31 de diciembre de 2017) en calidad de indemnización por clientela por la resolución unilateral del contrato llevada a cabo por la aseguradora.
184. Otro ejemplo se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) de 8 de noviembre de 2022, en la que la herencia yacente de una causante (agente de seguros) demandó a una aseguradora por el saldo deudor generado por el reiterado incumplimiento del contrato de agencia de seguros que vinculaba a las partes.¹³¹ El tribunal concluyó que los herederos de la agente habían renunciado a la preceptiva subrogación contractual prevista en el contrato y que en ese contexto de renuncia la indemnización por clientela no podía ser extensible a los herederos.
185. El derecho a la indemnización por clientela también fue tratado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), de 4 de noviembre de 2021.¹³² Tal pretensión fue desestimada porque el agente solo pudo aportar una lista de clientes que trajo consigo al empezar a trabajar con la entidad demandada, sin que ello fuera prueba suficiente para demostrar que existiese un incremento sustancial en el aumento de clientela, máxime cuando quedó constatado que transcurrido un año desde el fallecimiento del agente, la entidad demandada vio reducido el importe de beneficios procedente de dicha cartera de clientes.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo ([n. 865/2010 \(Civ.\)](#), de 3 enero de 2011, FJ 1.

¹³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª), 299/2018, [de 2 de julio de 2018](#), [Rec. 315/2018](#), FFJJ 3 a 6.

¹³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) (n. 305/2022), [de 8 de noviembre de 2022](#), [Rec 525/2022](#), FFJJ 1 y 2.

¹³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) (n. 609/2021), [de 4 de noviembre de 2021](#), [Rec. 983/2019](#).

186. Otra área de litigiosidad es el impacto que las modificaciones normativas pueden tener sobre la comisión de los agentes. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), de 24 de junio de 2021, se entendió que la repercusión de unas nuevas provisiones técnicas obligatorias en la comisión variable de los agentes de seguros estaba autorizada por el propio contrato de agencia porque este preveía la posibilidad de tal actualización, sin necesidad de que existiera un nuevo acuerdo entre agente y aseguradora.¹³³
187. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), de 27 de septiembre de 2002, reconoció al agente el derecho a no remitir a la entidad aseguradora demandada el 7.5% de las primas netas de tarifa (minorando así la comisión extra recibida por esta) debido a la promulgación de una norma jurídica que repercutía, por su regulación, en ese concreto ramo de seguro.¹³⁴ Por tanto, el tribunal concluyó que la revisión de la comisión extra no surgía de un acto de voluntad unilateral de la entidad, sino de un acontecimiento futuro e incierto del que no podía disponer por su voluntad. Es decir, constituía una circunstancia sobrevenida, pero cuya posibilidad habían previsto las partes en el contrato.
188. En el ámbito de la distribución de seguros llevada a cabo por instituciones financieras (operadores de banca-seguros), en el mercado español se han producido múltiples casos de arbitrajes, en ocasiones por cuantías muy elevadas, provocadas por la ruptura de contratos que estipulaban la exclusividad en la venta de seguros. La ruptura de la exclusividad se derivó de las fusiones de redes bancarias que tuvieron lugar a causa de la crisis financiera en los años 2009-2012. Al combinarse distintas entidades bancarias que tenían, cada una de ellas, acuerdos de distribución en exclusiva con una entidad aseguradora diferente (acuerdos que eran vinculantes en la totalidad de la red de distribución de cada banco), la exclusividad prevista en esos múltiples acuerdos devenía incompatible entre sí, e imposible de mantener, una vez las entidades bancarias conformaban una sola entidad financiera que disponía de una única red. La terminación de esos acuerdos de exclusividad, y el régimen de indemnizaciones contemplado en los mismos para ese supuesto, dio lugar a controversias.

¹³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, 322/2021, [de 24 de junio de 2021, Rec. 277/2021](#).

¹³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, [de 27 de septiembre de 2002, Rec. 445/2001](#).

C. Disputas más frecuentes en materia de reaseguro

189. Más allá de las cuestiones comunes tratadas en la sección A de este informe, existen algunas diferencias sustanciales entre los contratos de seguro y de reaseguro, lo que también deriva en tipos de disputas que son exclusivas (o, cuanto menos, más frecuentes) en las relaciones de reaseguro. Por ejemplo, el distinto proceso de negociación hace que las cuestiones de interpretación derivadas de la formación del contrato puedan ser también distintas. En este sentido, se decía en el pasado aunque no sea para nada cierto en la actualidad, que el contrato de reaseguro en muchas ocasiones se redacta por profesionales de la industria del seguro sin contar con asesoramiento legal, siendo también característico el hecho de que prima el acuerdo entre las partes dejando muchos detalles al albur de la cooperación y buena fe de las partes. En ocasiones, esa práctica fue denominada la “cultura del acuerdo ahora y detalle después” (“*deal now detail later culture*”). Se presentaban así, además, incertidumbres relacionadas con el contenido del contrato que generalmente no serían frecuentes en una póliza de seguro.
190. Además, de la relación íntima que se establece en el contrato de reaseguro derivan principios bien conocidos como el de buena fe, más aún *uberrimae fidei*, y el de cooperación y que resultan de importancia a la hora de interpretar el contrato o determinar su contenido.¹³⁵
191. El asunto de la cooperación entre las partes de un seguro, y de un reaseguro con especial énfasis, encuentra sus orígenes en doctrinas con siglos de tradición. En la tradición del *common law*, la aparición de la buena fe en el seguro se vincula comúnmente al año 1766 como consecuencia de un célebre fallo inglés dictado con relación a la buena fe “máxima” o *uberrima bona fides*.¹³⁶ Pero incluso los menos conocidos manuscritos del *London Insurance Code* de la década de 1580 ya ordenaban al portador del riesgo ponerse en el lugar del asegurador y Rossi apunta que “la importancia de la buena fe en los negocios mercantiles y particularmente en el seguro

¹³⁵ Tan es así que el desglose de derechos y obligaciones que se estructuran en los PRICL en relación con el contrato de reaseguro internacional deriva del principio de la uberrima buena fe. Véase *Introduction*, 5-6. Dicho deber aparece definido en el artículo 2.1.2 PRICL: “*The parties owe one another the duty of utmost good faith. ‘Utmost Good Faith’ means honesty and transparency as well as fairly taking into account the interests of the other party*”.

¹³⁶ Según lo fallado por Lord Mansfield en 1766 en el caso *Carter v. Boehm*. Sobre esto véase, por todos, Lowry, Rawlings and Merkin, *Insurance Law: Doctrines and Principles* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 3rd Ed., 123 ss. La *Insurance Act* inglesa de 2015 ha consolidado la buena fe en los contratos de seguro, muy particularmente si participan consumidores.

no era [a la fecha de vigencia del *London Insurance Code*] ninguna novedad”.¹³⁷ Este mismo autor recuerda que ya las *Ordenanzas de Barcelona* de 1458 contemplaban el deber del asegurado de jurar que actuaría de buena fe “poniéndose en el lugar” de la contraparte,¹³⁸ incluso antes de pactarse el seguro. Esta conducta alineada con la buena fe es igualmente exigible al reasegurado, muy particularmente cuando el reaseguro es “*back-to-back*”.

192. Esta tradición sigue constituyendo un pilar fundamental de las relaciones del seguro y reaseguro. De forma similar a como ha quedado anteriormente expuesto en materia de seguro, este principio se muestra en el deber de información de la cedente que acompaña la vida del contrato y que juega un papel particularmente importante una vez que surge el siniestro. Otros conocidos principios derivados de esta tradición y que coadyuvan en la interpretación de las pólizas son el de comunidad de suerte o solidaridad de intereses, esto es, el que señala que las suertes de reasegurador y reasegurado corren paralelas (“*follow de fortune*”). Y relacionado con éste, el principio de continuidad, que permite a los contratantes estabilizar a lo largo del tiempo los resultados obtenidos, resarcando a la otra parte de las pérdidas transferidas o, viceversa, reintegrando parte de los beneficios obtenidos.
193. A pesar de estas prácticas, el derecho aplicable sigue teniendo una relevancia significativa en la resolución de disputas de reaseguro. Generalmente, ese derecho aplicable se suele acordar en el llamado “*slip*” de reaseguro.¹³⁹ Aun y así, existen ordenamientos nacionales que obligan que determinados contratos de reaseguro conectados con su territorio se concluyan de conformidad al derecho nacional y, por tanto, impiden la elección de legislación extranjera. Ejemplos de ello son Australia y Brasil.¹⁴⁰ En estos casos, un reasegurador podrá encontrarse que un mismo contrato está sometido a diferentes derechos aplicables dependiendo de donde se encuentre el reasegurado.
194. Tampoco puede ignorarse que en algunos ordenamientos existe una regulación común para el seguro y reaseguro, mientras que en otros el reaseguro y, en su caso,

¹³⁷ Rossi, G., *Insurance in Elizabethan England. The London Code* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 245.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ [Diccionario Mapfre de seguros](#): “Término inglés, sinónimo de *nota* o *boletín*, con el que se designa al documento en que se anotan determinados datos descriptivos de un riesgo y en el que cada asegurador o reasegurador hace constar la parte de riesgo que acepte”.

¹⁴⁰ Para más detalle véanse los párrafos C.14 y C.15 PRICL.

- los llamados grandes riesgos (como sucede en el derecho español)¹⁴¹ se configura como un contrato atípico o semi-típico, fuera por lo tanto del marco legal establecido para el contrato de seguro y donde surgen dudas en torno a la aplicación por analogía.
195. Finalmente, en paralelo al desarrollo de los derechos nacionales, la forma de negociar y redactar los contratos de reaseguro se ha visto sometida en los últimos años a un cambio de actitud provocado por la presión regulatoria y los esfuerzos de la industria por dotar de mayor claridad, certeza y seguridad jurídica al contrato. Estos impulsos han dado lugar a iniciativas que han intentado encapsular la práctica usual en materia de reaseguro a nivel internacional, como son los ya mencionados *Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)* de 2019.¹⁴² Estos *Principles* ofrecen la redacción de una serie de reglas uniformes para el mercado de reaseguro internacional y podrían ser adoptados por las partes en una relación de reaseguro siendo óptima su combinación con un convenio arbitral. Su utilidad es especialmente significativa cuando la legislación aplicable carece de respuesta precisa a un supuesto concreto, sin perjuicio de que también puede reconocerse relevancia persuasiva a los ordenamientos tradicionalmente líderes en materia del reaseguro como el inglés.
196. Los siguientes apartados abordan algunas de las áreas más controvertidas en la práctica del Derecho del reaseguro. Son (1) la doctrina de seguimiento de la fortuna ("*follow the fortunes*" y "*follow the settlements*"); (2) las cláusulas de cooperación y control; (3) los pagos "*ex gratia*" de la aseguradora y su impacto en el reaseguro; y (4) las discrepancias en el cálculo de balances de reaseguro, tanto durante su vigencia como al término de la misma.¹⁴³

¹⁴¹ [STS 20 octubre 2020](#): "dicho contrato se rige, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), por lo dispuesto en el clausulado particular y general de la póliza del contrato de seguro; y de modo supletorio por las disposiciones de la LCS". Y [STS 22 febrero 2019](#).

¹⁴² Otros textos de interés en materia de seguro son los elaborados por el American Law Institute (ALI), *Restatement of the Law: Liability Insurance* (2019) y el [Contract Certainty Code of Practice](#) (2018) publicado por el London Market Group.

¹⁴³ La lista de disputas frecuentes en el mundo del reaseguro es más amplia. La publicación del [International Risk Management Institute](#) con los 50 casos de reaseguro más importantes en Estados Unidos ofrece una amplia panorámica de esa casuística.

1. La doctrina de seguimiento de la fortuna (“*follow the fortunes*” y “*follow the settlements*”)

197. Hay consenso general en que los reaseguradores comparten la aventura del asegurador en todos y cada uno de los riesgos asegurados (principio de comunidad de suerte), lo cual guarda relación con la presunción de “*back-to-back*”. Esta comunidad de suerte se suele anclar en la buena fe de los intervinientes.
198. La comunidad total de suerte puede pactarse mediante una cláusula *full reinsurance* (o también “*as original*”) particularmente en los llamados reaseguros facultativos. De hecho, si no se dispone expresamente la comunidad de suerte, esta debe presumirse, por lo que es correcto afirmar que asegurador y reasegurador son generalmente co-aventureros en el riesgo, tal y como apuntan Lowry, Rawlings y Merkin: “[t]here is a general presumption that the cover granted by a proportional reinsurance agreement is ‘back-to-back’ with the underlying insurance, as the parties can be regarded as ‘co-adventurers’ even though as a matter of law they are simply contracting parties”.¹⁴⁴
199. La comunidad de suerte o co-aventura generalmente se confirma contractualmente con cláusulas que invocan la obligación de la reaseguradora de “*follow the fortune*” de la cedente. Salvo que exista un pacto expreso en contrario o disposiciones distintas en la legislación aplicable, las consecuencias de la comunidad de suerte son las siguientes:
- a) El reasegurador acepta y se obliga en los términos en que fueron pactados los riesgos, exclusiones, condiciones, garantías y plazos del seguro subyacente.
 - b) Todo reasegurador debe aceptar la presunción de cobertura al menos en seguros sujetos a imperatividad y en los demás en que la presunción de cobertura no haya sido invertida.
 - c) Si hay pluralidad de causas de un siniestro, el reasegurador acepta que basta que una de ellas esté cubierta por la póliza para que el siniestro quede cubierto y deba pagarse íntegramente.
 - d) Si un siniestro se inicia durante la vigencia del reaseguro, pero termina después, debe responderse íntegramente de los daños.
 - e) El reaseguro obliga al reasegurador como si éste fuere él mismo el asegurador.

¹⁴⁴ Lowry, Rawlings and Merkin, *Insurance Law: Doctrines and Principles* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 3rd Ed., 511.

200. Además, los contratos de reaseguro suelen incluir cláusulas de “*follow the settlement*”. La doctrina “*follow the settlements*” es una de las manifestaciones de las cláusulas de seguimiento de la fortuna (“*follow the fortunes*”) y establece que el reasegurador debe pagar los acuerdos alcanzados por la aseguradora con el asegurado, siempre que no hayan sido alcanzados por fraude, colusión o mala fe. Tal y como se expone seguidamente, los reaseguros pueden incluir cláusulas que otorgan al reasegurador control sobre cómo se maneja la reclamación subyacente, con diferentes grados de control. La negociación de acuerdos por parte del asegurador directo con el asegurado sin consentimiento del reasegurado cuando existen este tipo de cláusulas ha dado lugar a disputas sobre las consecuencias del incumplimiento del asegurador directo y si ello acarrea o no la liberación de responsabilidad del reasegurador respecto del pago de la indemnización.
201. A pesar de todo lo anterior, la regla de la comunidad de suerte no es una regla absoluta. De hecho, el carácter “*back-to-back*” de un reaseguro puede limitarse en el contrato, como cuando el reasegurador se obliga a pagar en términos menos onerosos o bien cuando el clausulado en la póliza excluye algunos riesgos en particular.
202. Además, la cobertura “*back-to-back*” de un reaseguro también pueden verse afectada cuando existen entre el reaseguro y el seguro subyacente términos o palabras que no son congruentes entre sí. Esta problemática se puede apreciar con más intensidad en los casos en que ambos contratos se rigen por leyes distintas o la póliza doméstica tiene problemas de traducción.
203. La jurisprudencia del *common law* ha tenido que lidiar con estas cuestiones y, sin que sea posible trazar una regla fija, es posible determinar algunos caminos a seguir en la práctica general del reaseguro.
204. En el caso *Vesta v. Butcher*, Lord Griffiths aceptó que las partes efectivamente podían pactar excepciones a la cobertura “*back-to-back*” (*full reinsurance*) señalando que “un reasegurador puede, desde luego, pactar con el asegurador que reasegurará sólo algunos de los riesgos cubiertos en la póliza de seguro, teniendo con ello el asegurador que soportar el coste total del resto de los riesgos”.¹⁴⁵ Aun y así, también reconoció la excepcionalidad de estos acuerdos: “Un contrato de ese tipo, creo, sería completamente excepcional y comportaría un alejamiento de la forma de entender el

¹⁴⁵ *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher* [1989] AC 852: “A reinsurer could, of course, make a special contract with an insurer and agree to reinsure only some of the risks covered by the policy of insurance, leaving the insurer to bar the full cost of the other risks.” (traducción libre).

reaseguro *back-to-back* y requeriría estar dispuesto en términos claros. Dudo que pueda existir un mercado para ese tipo de reaseguro”.¹⁴⁶ Otros *leading cases* en la materia son *Groupama Navigation et Transports Continent SA v. Catatumbo Seguros*,¹⁴⁷ que exploró la posibilidad de revocar la presunción de identidad de cobertura “*back-to-back*” en los contratos de reaseguro facultativo, y *Commercial Union Assurance Co. PLC v. Sun Alliance Insurance Group PLC*,¹⁴⁸ sobre casos en los que la póliza de seguro no refleja con precisión el acuerdo entre la aseguradora y el asegurado y sus efectos en la responsabilidad del reasegurador.

205. Como resultado de lo anterior, muchos de los casos en reaseguro versan sobre la extensión que debe darse a la modalidad “*back-to-back*”. El punto de partida en todo caso, será aceptar que cuando el asegurador cede al reasegurador todo o parte de sus riesgos debe comportarse de buena fe, como si no tuviera reaseguro y “poniéndose en el lugar” del reasegurador “*in a business like manner*”.¹⁴⁹ Esto último excluye pagar indemnizaciones por siniestros que indisputadamente carezcan de cobertura.
206. La jurisprudencia del *Common Law* ha tenido que lidiar con casos en que el reasegurador rechaza el pago de un reaseguro “*back-to-back*” y con “*follow the fortunes*” argumentando que el siniestro fue pagado con desatención a las condiciones de asegurabilidad, garantías o cargas. Así, en el caso *Vesta v Butcher*,¹⁵⁰ el reasegurador rehusó pagar el hundimiento de un centro de cultivo de salmones porque el asegurado había incumplido la cláusula de vigilancia en 24 horas (*24-hour watch clause*) impuesta como “*warranty*”, pese a que el asegurador pagó el siniestro. En el proceso se demostró que el centro de cultivo se habría hundido de todas formas, con o sin la vigilancia permanente por 24 horas, por lo que la Corte consideró que, en atención además a que se aplicaba el Derecho noruego, el incumplimiento de una carga que no fue causa del siniestro no liberaba al reasegurador de su cobertura

¹⁴⁶ Ibid: “Such a contract would, I believe, be wholly exceptional, a departure from the normal understanding of the back-to-back nature of a reinsurance and would require to be spelt out in clear terms. I doubt if there is any market for such reinsurance” (traducción libre).

¹⁴⁷ [\[2000\] EWCA Civ 220](#).

¹⁴⁸ [1992] 1 Lloyd's Rep. 475.

¹⁴⁹ Contreras, O., *Derecho de Seguros* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014), 612.

¹⁵⁰ *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher* [\[1989\] AC 852](#).

“back-to-back” y por lo tanto debía cubrir el reaseguro. Algo similar se falló en *Groupama Navigation et Transports Continent SA v. Catatumbo*.¹⁵¹

207. Igualmente, en *Municipal Mutual Insurance Ltd v. Sea Insurance Ltd*.¹⁵² se resolvió que, a pesar de la existencia de una condición de aviso inmediato del siniestro en la póliza de seguro, el reasegurador estaba obligado a cubrir el reaseguro aun cuando no hubiese habido aviso inmediato a él por parte del cedente, pues bastaba el simple aviso del asegurado al asegurador. Esta conclusión se sostuvo en que las acciones de recuperación no se deben ver afectadas por el aviso al reasegurador si el asegurador es notificado y toma las precauciones del caso.

2. Cláusulas de control, cooperación y el problema con el coaseguro

208. Monti sostenía que en el seguro —y sin duda también en el reaseguro— se ha “abandonado la lógica individualista del interés privado en favor de una ética contractual fundada en la cooperación”,¹⁵³ lo que aparece con mucha intensidad en la llamada “comunidad de suerte”.
209. En esencia, la cláusula de “cooperación” requiere a la aseguradora directa consultar y coordinarse con la reaseguradora sobre cómo manejar una reclamación. Es decir, una cláusula de cooperación requiere que el reasegurado notifique con prontitud a la reaseguradora de toda pérdida y le provea de toda la información para la gestión de la reclamación. En ocasiones, las cláusulas de cooperación también pueden prever el requisito de obtener autorización previa por parte de la reaseguradora antes de poder proceder con cualquier transacción que influya en su cobertura. Las disputas en este contexto tienden a surgir (1) cuando la notificación tardía por parte del asegurado directo perjudica los derechos contractuales de las reaseguradoras; o (2) porque el ejercicio por parte de la reaseguradora de sus derechos de cooperación resulta injustificado y expone a la aseguradora directa a reclamaciones.
210. Por otro lado, una cláusula de “control de reclamaciones” (“*Claims control*”) proporciona a la reaseguradora la opción o, según el caso, el deber de tomar el control real de todo o parte del proceso de gestión de reclamaciones, pudiendo así negociar

¹⁵¹ [\[2000\] EWCA Civ 220](#).

¹⁵² [1998] EWCA Civ 946.

¹⁵³ Monti, A., *Buona fede e assicurazione* (Milano: Giuffrè, 2002), 14.

directamente con el asegurado.¹⁵⁴ En general, esto equivale a sacar la aseguradora del ámbito negociador y otorgar a la reaseguradora la autoridad para aprobar un acuerdo así como el deber de investigar, evaluar y resolver reclamaciones.

211. Este grado de intervención de las reaseguradoras puede ser especialmente problemático en los casos de coaseguro. El coaseguro es un mecanismo de gestión de riesgo que permite, entre otras cosas, suscribir riesgos que normalmente superan la capacidad de gestión de una sola aseguradora.¹⁵⁵ Un coaseguro es una convención, es decir, un acuerdo por medio del cual varias aseguradoras convienen asegurar un riesgo determinado, con la importante salvedad de que cada una de ellas responde sólo por su porcentaje y no más allá de su cuota de participación. De hecho, el artículo 33 de la Ley española de Contrato de Seguro (que sirve de modelo a muchas leyes hispanoamericanas) prevé que “cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva”.¹⁵⁶
212. Cada coaseguradora es deudora de una obligación “mancomunada”, también llamadas “obligaciones simplemente conjuntas”, y no de una obligación solidaria ni indivisible,¹⁵⁷ razón por la que cada coaseguradora responde de su cuota viril y debe ser emplazada individualmente, sobre todo si se tiene en consideración que la cosa debida es divisible, como precisamente son las cantidades de dinero.¹⁵⁸ Como efecto de este mismo mecanismo obligacional, la “novación, la confusión, la prescripción y cualquiera otra causa de modificación o de extinción de una de las partes viriles, no

¹⁵⁴ Lowry, Rawlings and Merkin, *Insurance Law: Doctrines and Principles* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 3rd Ed., 520 (traducción libre). Agrega que estas cláusulas son muy comunes cuando los aseguradores simplemente hacen un “*fronting*”.

¹⁵⁵ En general Merkin, R., *Insurance Law, an introduction*, (London-New York: Routledge, 2013), 194: “Co-insurance occurs when several insurers agree to take a specified percentage of the cover required by the insured, thereby spreading the risk more widely”.

¹⁵⁶ Lo mismo debe predicarse de la ley colombiana que, al tratar escuetamente de esta materia, señala que el coaseguro es aquel “...en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro” (artículo 1095 Código de Comercio). En Chile el coaseguro comporta un mandato (artículo 557 del Código de Comercio).

¹⁵⁷ De hecho, tal y como expone el artículo 33.2 LCS, el asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores.

¹⁵⁸ Bataller, J., Latorre Chiner, N., y Olavarría, J. *Derecho de los seguros privados* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 355.

modifica ni extingue la obligación sino en la parte del acreedor o deudor a que se refiere, sin extender su eficacia a las demás partes viriles”.¹⁵⁹

213. Desde un punto de vista procesal, el resultado de esta modalidad obligacional es que el beneficiario goza de una acción de cumplimiento en contra de cada coaseguradora,¹⁶⁰ sin que pueda pedir todo a una, ni siquiera al líder. En palabras simples, existen tantas acciones de cumplimiento de contrato de seguro como obligaciones proporcionales surgen del convenio de coaseguro, y habrá tantas obligaciones como coaseguradoras hayan comparecido en el contrato respectivo.
214. Las cláusulas de control y cooperación pueden resultar problemáticas si las coaseguradoras presentan distintas reaseguradoras y estas adoptan una posición distinta acerca de la cobertura o del ajuste. Es decir, pueden darse casos en los que, en uso de las cláusulas de cooperación y control, algunas reaseguradoras de las coaseguradoras consideren que el siniestro está cubierto y otras no, o que adopten estrategias significativamente distintas en la gestión de la reclamación. Estas discrepancias pueden ser fuente de problemas tanto para el beneficiario como para las coaseguradoras entre sí. No obstante, ha de quedar claro que si bien cada una de las aseguradoras están gobernados por una cláusula de cooperación o de control para con sus reaseguradoras, la relación interna del coaseguro es distinta, y queda regulada por la cláusula de coaseguro y, en último término, por la ley. Tal es así que las decisiones de una coaseguradora y su reaseguradora no deberían vincular a las otras coaseguradoras. Ello incluso cuando pudiera parecer que la cláusula de coaseguro obligare a las coaseguradoras a seguir siempre la fortuna del líder. Esto se debe a que las cláusulas de coaseguro no suelen expresar esa comunidad de fortuna ente los miembros del “pool” coasegurador, sino que más comúnmente se limitan a encargar determinadas operaciones al líder, a la manera de un mandato mercantil que deberá ser cumplido por éste de buena fe y sin que pueda acarrear efectos perniciosos a los demás miembros del coaseguro. En otras palabras, una coaseguradora o su reaseguradora, por regla general, no pueden ser obligadas a contentarse con las decisiones del líder si estas le parecen perniciosas. Al contrario, las reglas que gobiernan el contrato de mandato y la ejecución de los contratos de buena fe apuntan en la dirección precisamente opuesta. La doctrina no duda de que la representación

¹⁵⁹ Id. 365.

¹⁶⁰ Agramunt, E. “Artículo 557. Coaseguro” en VVAA *El contrato de seguro* (Chile: Thomson Reuters, 2015), 568.

que la ley da al líder emana de la facilidad de evitar “la multiplicidad de comunicaciones, que habría que efectuar a cada una de las coaseguradoras” y que se fundamenta en la “ventaja que para ambas partes supone contar con un representante”,¹⁶¹ y no mucho más que eso, lo que comporta que las decisiones de la reaseguradora del líder no empecen, por regla general a las demás reaseguradoras, quienes para estos efectos no están vinculadas por una cláusula de control ni por una inexistente comunidad de fortuna.

3. Pagos *ex gratia* de la aseguradora y su impacto en el reaseguro

215. Los pagos *ex gratia* son aquellos que realiza la aseguradora (en ocasiones, también la reaseguradora) para indemnizar una pérdida a pesar de no tener responsabilidad contractual alguna para hacerlo. Normalmente, el objetivo que persiguen estos pagos son mantener buenas relaciones comerciales con clientes de mucha significancia para el negocio de la parte que realiza el pago o evitar los gastos excesivos que se producirían al tener que demostrar judicialmente, o de modo análogo, la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos. La relevancia de estos pagos en el contexto del contrato de reaseguro es que, de existir tal cobertura, el reasegurador no será responsable de los pagos *ex gratia* efectuados por la cedente, salvo en el caso de que los hubiera autorizado previamente, que en el contrato se indique expresamente que queda obligado a pagar su parte o que tales pagos no se entiendan realizados como actos de mera liberalidad sino que respondan a una conducta diligente y de buena fe por la aseguradora para gestionar el riesgo de pago. En esos casos, pueden encuadrarse en cláusulas como “*follow the settlements*” o “*follow the fortunes*”.
216. Por tanto, las disputas relacionadas con estos pagos se centran tradicionalmente en evaluar si, efectivamente, los pagos estaban cubiertos por la póliza de seguro al amparo de la cual se realizó el pago y si, incluso en el caso de no estarlo, la decisión

¹⁶¹ Bataller, J., Latorre Chiner, N., y Olavarría, J. *Derecho de los seguros privados* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 355. Así lo confirma también el artículo 33.2 LCS: “si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado”.

de pagar cumplía con los estándares de buena fe y diligencia comercial exigidos por la relación de reaseguro.

217. Una cuestión adicional es que estos pagos pueden estar legislativamente prohibidos bajo algunos derechos nacionales.¹⁶² Esta prohibición puede provocar que las reaseguradoras sean reticentes a autorizar pagos salvo que tengan convencimiento razonable de que no son *ex gratia*. Además, pueden llevar a comportamientos estratégicos por parte de aseguradoras que actúen de forma coordinada con peritos o ajustadores para argumentar que el pago estaba realmente cubierto por la póliza.

4. Discrepancias en el cálculo de balances de reaseguro

218. Algunos contratos de reaseguro se han convertido en operaciones de un perfil financiero, sin perjuicio de que dan lugar a un traslado real y efectivo del riesgo asegurador de la cedente a la reaseguradora. Por medio de esas operaciones, que formalmente se corresponden íntegramente con un contrato de reaseguro, la cedente obtiene el adelanto del efecto financiero de una cartera de pólizas: se asemeja al “descuento” comercial de los resultados que generaría esa cartera durante un determinado período de tiempo. Así se han configurado los denominados reaseguros de “*value in force*” de carteras de seguros de vida, pero estas características concurren también en otro tipo de operaciones como los reaseguros con “*funds withheld*” y otros en los que los flujos monetarios inicialmente establecidos entre la cedente y la aseguradora cobran primordial importancia.
219. El reaseguro de “*value in force*” con frecuencia se inicia con el pago de una comisión de reaseguro por la reaseguradora. A cambio de esa comisión, la cedente trasladará a la reaseguradora el resultado de esa cartera (o la cuota-parte de dicho resultado que se corresponda con la cuota-parte del reaseguro). Estos flujos se pagarán de manera periódica, calculándose los importes por medio de una cuenta corriente establecida entre ambas partes (“*ledger*”). En esa cuenta se registran como partidas iniciales la comisión de reaseguro (pagada por la reaseguradora) y la prima inicial (pagada por la cedente); a continuación, cada trimestre se hacen las anotaciones y pago de saldos en el sentido que corresponda, cuantificando las reclamaciones por siniestros del período trimestral (que correspondería pagar a la aseguradora) y las primas periódicas obtenidas en el mismo período, minoradas por comisiones de distribución u otros

¹⁶² Por ejemplo, el artículo 325.4 de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros (n. 26702) de Perú prohíbe: “Pagar indemnizaciones por siniestros en exceso de lo pactado”.

- gastos (que la cedente pagaría a la reaseguradora). Por este procedimiento, además de cubrir los siniestros reasegurando a la cedente, la reaseguradora iría obteniendo poco a poco el exceso que las primas representan sobre los siniestros, y a menudo también algún tipo de rendimiento financiero sobre la cantidad inicialmente aportada como comisión de reaseguro (cuando existe dicha comisión).
220. Además de las potenciales discrepancias en cuanto al pago de un siniestro (y la aplicación de las cláusulas “*follow the fortune*”, prohibición de los pagos “*ex gratia*” y demás estipulaciones comunes en el sector reasegurador), en estas operaciones pueden surgir controversias relativas al cálculo y determinación de los saldos que figuran en la cuenta de reaseguro. Con frecuencia hay un sistema de “auditoría” por un experto independiente que se aplica a ciertas cuestiones actuariales o contables vinculadas al cálculo de esos saldos, sin perjuicio de que las controversias relativas a la interpretación y aplicación del contrato se puedan someter a una cláusula arbitral (que, para evitar dudas, debe ser aplicable en la medida en que surjan cuestiones de debate que no sean meramente aritméticas o técnicas).
221. Estos contratos también suelen incluir declaraciones y garantías de la cedente y compromisos asumidos por esta (“*covenants*”), como por ejemplo la obligación de obrar (en diversos aspectos) de manera que se favorezca la continuidad de la cartera de pólizas reasegurada (p. ej. mantener los contratos de distribución y niveles de servicio homogéneos, evitar en lo posible la cancelación o rescate de pólizas, etc.). El alegado incumplimiento de estas cláusulas también puede provocar disputas.
222. Por último, una de las cuestiones específicas que puede dar lugar a controversia en los reaseguros de tipo financiero comentados en este apartado es la posible diferencia de interpretación del contrato en cuanto a los saldos finales que deban pagarse las partes entre sí en caso de terminación anticipada.
223. Se ha de recordar que la operación traslada el riesgo de la cartera de pólizas a la reaseguradora, pero también la prima inicial y con ello las reservas generadas por la cedente para cubrir ese riesgo. Cuando el reaseguro alcanza el término de su vigencia, agotándose el riesgo al finalizar todas las pólizas, se liberan a favor de la reaseguradora esas reservas no consumidas y la cedente no recibe devolución alguna, ya que tampoco soporta ningún riesgo. Sin embargo, las partes pueden discrepar en la interpretación de las cláusulas que rigen el cálculo de saldos entre las partes en caso de terminación anticipada, pues los contratos de esta índole no necesariamente contemplan con claridad la devolución de cantidades previamente pagadas a la reaseguradora en este supuesto (ni cuáles deban ser tales cantidades).

III. SÍNTESIS

224. El arbitraje internacional es un mecanismo óptimo para la resolución de disputas transfronterizas derivadas de los contratos de seguro y reaseguro. El éxito del arbitraje en el sector asegurador depende en gran medida de la capacidad de la comunidad arbitral de proporcionar un servicio célere, especializado y adaptado a las peculiaridades de ese sector. Este informe pretende aproximar la problemática más frecuente en las relaciones de seguro y reaseguro a los profesionales del arbitraje, de cara a su mayor especialización.
225. La primera parte del informe expone las disputas más comunes en los contratos de seguro y reaseguro. Principalmente, el informe aborda cuestiones de interpretación de contratos, la determinación de la cobertura y de los valores asegurados, las cláusulas de 72 horas y materias de especial litigiosidad en la actualidad como las relacionadas con Covid-19, operaciones corporativas, nuevas tecnologías, sostenibilidad y responsabilidad profesional (P&O).
226. La segunda parte del informe se detiene en disputas propias de los contratos de seguro. Principalmente, se tratan los conflictos relacionados con la acción subrogatoria, la aplicación del principio de buena fe en las relaciones de seguro y la actividad de los distribuidores de seguros (especialmente, agentes y corredores).
227. Finalmente, el informe concluye con una sección dedicada a las disputas más frecuentes en materia de reaseguro. Se abordan la doctrina del seguimiento de la fortuna (“*follow the fortunes*” y “*follow the settlements*”), las cláusulas de cooperación y control, los pagos “*ex gratia*” y las discrepancias en el cálculo de balances de reaseguro.