

**Coexistencia de ley aplicable colombiana y cláusula de arbitramento internacional para  
resolución de conflictos en el Contrato de Reaseguro**

**María Alejandra Gélvez Mantilla**

**Trabajo de grado para optar al título de especialista en derecho comercial**

**Profesor  
Camilo Gómez**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL**

**BOGOTÁ D.C  
2017**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946  
Pontificia Universidad Javeriana*

## Tabla de contenido

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>III. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE REASEGURO EN COLOMBIA.....</b>	<b>4</b>
<b>IV. DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE AL CONTRATO DE REASEGURO RATIFICADO POR COLOMBIA .....</b>	<b>6</b>
<b>A. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1989.....</b>	<b>6</b>
<b>B. El Código de Derecho Internacional Privado, Código de Bustamante .....</b>	<b>7</b>
<b>C. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales .....</b>	<b>7</b>
<b>V. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE REASEGURO .....</b>	<b>9</b>
<b>VI. ESCOGENCIA DE LA LEY APLICABLE AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE REASEGURO .....</b>	<b>10</b>
<b>VII. CLÁUSULA DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL PACTADA EN EL CONTRATO DE REASEGURO .....</b>	<b>13</b>
<b>VIII. COEXISTENCIA DE LEY APLICABLE COLOMBIANA Y CLAÚSULA DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL PARA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....</b>	<b>14</b>
<b>IX. DISCUSIÓN ACERCA DE LA SEDE DE ARBITRAJE Y NORMAS APLICABLES CUANDO HAY COEXISTENCIA DE LA CLAÚSULA DE ARBITRAJE CON SEDE INTERNACIONAL Y PRESENCIA DE LEY Y JURISDICCIÓN COLOMBIANA EN EL CONTRATO DE REASEGURO .....</b>	<b>15</b>
<b>X. CONCLUSIONES .....</b>	<b>16</b>
<b>XI. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>18</b>

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio académico tiene como principal objetivo desarrollar un panorama general acerca del derecho aplicable en el contrato de reaseguro, teniendo en cuenta la legislación colombiana la cual desarrolla preceptos generales que la desarrollan en virtud del código de comercio.

El contrato de reaseguro, en su esencia es de carácter internacional debido a las compañías de reaseguros que se encuentran en el extranjero, y a su vez por sus propias políticas que desarrollan e imponen al mercado nacional asegurador, acerca de las condiciones, cláusulas y especialmente acerca de la ley aplicable al momento de celebración del contrato respectivo.

En la actualidad colombiana, el campo reasegurador ha tomado cada vez mas fuerza, por lo cual se hace mas evidente la existencia de diferencias entre las políticas de los aseguradores locales y las políticas de las reaseguradores que tienen casa matriz en el extranjero. Estas diferencias traen como consecuencia ciertos cambios y conflictos en como se desarrolla la actividad dentro del territorio colombiano y la modalidad regulatoria del contrato.

La forma en que se pueden dirimir aquellas diferencias es mediante el desarrollo puntual de aquellas controversias que se presentan como por ejemplo el tema de resolución de conflictos dentro del contrato de reaseguro.

La primera de las cuestiones que se abordarán es referente a la naturaleza jurídica y la regulación colombiana acerca del contrato de reaseguro, posteriormente se ahondara sobre la importancia del principio de la autonomía privada en el contrato de reaseguro y la jurisdicción aplicable a estos contratos que un pleno carácter internacional.

Finalmente se plantea la controversia descrita anteriormente acerca del método escogido para la resolución de conflictos dentro del contrato donde se enfrentan lo expreso en la ley nacional colombiana como ley aplicable al contrato y lo impuesto por la parte extranjera donde incluye a su vez su cláusula de arbitraje internacional en caso de conflicto entre las partes contratantes.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE REASEGURO

El reaseguro *“es un contrato por medio del cual la cedente o asegurador directo, transfiere al reasegurador o cesionario, todos o algunos de los riesgos producto de su operación directa como asegurador. La protección así contratada tiene un costo que se denomina prima o tasa, la cual se calcula conforme a los principios técnicos de la actividad aseguradora”*. (Galvis, 2011)

Es un contrato bilateral que se suscribe entre dos partes o entidades jurídicas autorizadas por la ley, una denominada asegurador y otra denominada reasegurador.

Se contraen obligaciones recíprocas, por una parte el asegurador se obliga a declarar el estado del riesgo y a pagar la prima pactada, por la otra parte el reasegurador a asumir el riesgo y pagar la indemnización correspondiente en el momento de un siniestro.

El reaseguro es también un contrato consensual ya que se perfecciona por medio de la voluntad de las partes y a su vez oneroso porque hay un beneficio económico reflejado en percibir el pago de la prima en el escenario del reasegurador, y por parte del asegurador cubrir el interés asegurable.

Las obligaciones de las partes tienen contenido económico. La del asegurador consiste en desembolsar el precio convenido. La del reasegurador es condicional pues solo pagará la indemnización en el evento de que la relación directa del asegurador, se vea afectada por un siniestro cubierto por el contrato de reaseguro.

Este contrato es aleatorio, pues la equivalencia de las prestaciones de las partes depende de la ocurrencia de un siniestro que es un hecho futuro e incierto. Adicionalmente es un contrato de ejecución sucesiva ya que las prestaciones recíprocas que de él emanan, se ejecutan a lo largo del tiempo.

Finalmente es un contrato de carácter internacional toda vez que las partes que interactúan en el mismo pueden tener diferentes domicilios en diferentes territorios y, por lo tanto, están sujetas a diferentes regímenes normativos.

### III. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE REASEGURO EN COLOMBIA

El contrato de reaseguro se encuentra regulado en el Libro Cuarto, Título V, Capítulo II, Sección V del Código de Comercio de Colombia.

El artículo 1134, subrogado por el artículo 88 de la ley 45 de 1990, menciona que la en éste *“el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno.*

*La responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro.*

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.*

Es una clara forma de ceder el riesgo del cual no puede tomar poder totalmente la aseguradora, por lo cual consigue a su vez un respaldo para satisfacer dicho objeto del contrato inicialmente contratado a través de la figura del reasegurador.

Subsiguientemente se encuentra el artículo 1135 el cual indica que *"El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél"*.

Finalmente el artículo 1136 el código de comercio señala que como normatividad supletiva están los artículos que regulan el contrato de seguro en caso de no estipulación contractual. *"Los preceptos de este título, salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro, sólo se aplicarán al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual"*.

Del contexto de las normas transcritas previamente se desprende el concepto que el contrato de reaseguro presupone la existencia de un contrato de seguro, pero éste cuando nace al mundo jurídico, lo hace como un contrato nuevo, autónomo e independiente.

*"(...) La imposibilidad de establecer un nexo jurídico entre el reasegurador y el asegurado original, toda vez que tanto el uno como el otro no se ubican bien en el reaseguro o en el seguro inicial, como partes contratantes, lo que nos lleva a la formulación del principio general consistente en la separación total de las relaciones contractuales entre asegurador y asegurado, de una parte, y reasegurador y asegurado, de la otra, principio éste reconocido por nuestro código de comercio en sus artículos 1080 y 1135 (...)"* (Superintendencia Financiera de Colombia, 2001).

La Jurisprudencia también ha realizado pronunciamiento acerca de la relación estrecha donde no se percibe el reaseguro sin la contratación de un seguro inicial.

*"(...) cuando hay reaseguro, se presentan dos contratos diferentes aunque estrechamente vinculados entre sí: el uno es accesorio del otro, porque no se concibe un reaseguro sin un seguro previo o al menos concomitante(...)"*. (Samper, 1981)

Como consecuencia de lo desglosado anteriormente es pertinente determinar que el contrato de reaseguro se rige, en primer término, por las normas de orden público del contrato de seguro y las que se mencionan en razón de su esencia; en segundo término, por las estipulaciones contractuales y, en tercer término, en defecto de estipulaciones, por las normas del contrato de seguro que, siendo de naturaleza dispositiva y no imperativa, puedan aplicarse en ausencia de disposiciones contractuales expresas.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su numeral 2 del artículo 183, indica que la cesión y aceptación de reaseguros son operaciones autorizadas a las compañías de seguros, complementado por el numeral 3 del artículo 38 del citado estatuto al disponer que dichas entidades "(...) *podrán efectuar operaciones de reaseguro (...) como una de las actividades propias de su objeto social*".

Del contexto de las normas señaladas, hay claridad al afirmar que la actividad de contratación del reaseguro en Colombia se debe realizar a través de entidades especializadas y previamente autorizadas, involucrando así a las compañías aseguradoras y reaseguradoras mencionadas en el artículo 1134 del Código de Comercio.

A través de los años el sector asegurador y reasegurador ha evolucionado, por lo cual al mismo tiempo la normatividad se ha actualizado por la necesidad de reglamentar estas relaciones que no solo involucran sujeto nacionales, sino que en su mayoría tienen relaciones estrechas con domicilios extranjeros.

#### IV. DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE AL CONTRATO DE REASEGURO RATIFICADO POR COLOMBIA

##### A. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1989

El Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 12 de febrero de 1989 esta suscrito y ratificado Colombia a través de la la ley 33 de 1992; mediante el cual también forman parte, Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

El Tratado señala, como principio general, que "*la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, rige su existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, su ejecución y, en suma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea – arts. 32 y 33*".

El principio de aplicación de a ley aplicable esta íntimamente relacionado con el lugar de ejecución del contrato y donde este produzca válidamente sus efectos.

Por su parte el Tratado de Derecho Comercial desarrolla, en materia de seguros, tres normas especiales que, en lo pertinente, disponen que en los reaseguros, el riesgo asegurable es el patrimonio del asegurador directo, por lo cual ley aplicable será la relacionada con la ubicación del bien objeto del seguro en la época de su celebración.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> "ARTÍCULO 8o. *Los contratos de seguros terrestres y de transporte por ríos o aguas interiores, se rigen por la ley del país en que está situado el bien objeto del seguro en la época de su celebración.*

## **B. El Código de Derecho Internacional Privado, Código de Bustamante**

Colombia el día 20 de febrero de 1928 suscribió el Código de Derecho Internacional Privado, denominado Código de Bustamante, que dispone en sus artículos la importancia de la ley aplicable en el contrato de seguro y como esta se debe determinar al momento de su celebración.

*“Art. 261. El contrato de seguro contra incendios se rige por la ley del lugar donde radique, al efectuarlo, la cosa asegurada.*

*Art. 262. Los demás contratos de seguro siguen la regla general, regulándose por la ley personal común de las partes o en su defecto por la del lugar de la celebración; pero las formalidades externas para comprobar hechos u omisiones necesarios al ejercicio o a la conservación de acciones o derechos, se sujetan a la ley del lugar en que se produzca el hecho o la omisión que les hace surgir.”*

Se manifiesta, respecto de contratos de seguros de incendio que la ley aplicable corresponderá a la propia del lugar de la cosa asegurada. Como criterio general, se encuentra la ley que es estipulada por las partes involucradas o en su defecto a la correspondiente al lugar de celebración del contrato.

El tratado así mismo alude a formalidades externas que no propias de la celebración del contrato sino las requeridas para comprobar hechos necesarios para el ejercicio de acciones que están sujetos a la ley relacionada con la ocurrencia del hecho.

Se observa entonces la existencia de una combinación de ambos sistemas ya que primero aluden a la ley respecto de la celebración del contrato y en segundo lugar se la aplicación y determinación de la ley respecto del lugar de la ocurrencia del hecho.

## **C. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales**

Es el tratado internacional más reciente suscrito por Colombia en esta materia, que fue suscrito en México el 17 de Marzo de 1994. Sin embargo, éste no ha sido ratificado por Colombia y tampoco por la mayoría de los países que lo suscribieron en esa fecha.

---

*ARTÍCULO 9o. Los seguros marítimos y sobre la vida se rigen por las leyes del país en que está domiciliada la sociedad aseguradora o sus sucursales y agencias en el caso previsto en el artículo 6o.*

*ARTÍCULO 10. Son competentes para conocer de las reclamaciones que se deduzcan contra las sociedades de seguros, los tribunales del país en que dichas sociedades tienen su domicilio legal.”*



El tema principal desarrollado en los posteriores artículos citados corresponden al derecho que regirá el contrato celebrado por las partes el cual en su principio será aquel acordado por las partes expresamente y en caso subsidiario será determinado de acuerdo a la conducta de las partes y el contenido contractual de forma conjunta<sup>2</sup>.

Seguidamente se hace alusión a la posibilidad que tienen las partes de adoptar por mutuo acuerdo una legislación diferente a la cual venía rigiendo el contrato inicialmente, puede determinarse que sea total o parcial este cubrimiento normativo<sup>3</sup>.

Otro punto relevante es la aplicación subsidiaria de la ley que tenga las relaciones mas estrechas con el contrato en el evento en que no haya una normatividad determinada expresamente por las partes o donde esta aplicación resulta ineficaz<sup>4</sup>.

El artículo 10 del presente tratado recoge lo nombrado en los textos anteriores y a su vez incorpora la aplicación en las situaciones necesarias las normas , costumbres y principios generales del derecho comercial internacional.

*“Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”*

---

<sup>2</sup> “Artículo 7 El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

*La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.*

<sup>3</sup> “Artículo 8 En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

<sup>4</sup> “Artículo 9 Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

*El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.*

*No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.*

Este criterio es reiterado y traído del Convenio de Roma en el sentido de aplicar la ley del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato, si las partes no lo convinieron al momento de su celebración.

Para determinar que normatividad tiene los vínculos más estrechos se deben tener en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato celebrado, así mismo los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales; se deja en claro una brecha y amplitud que permite someter un contrato a más de una legislación.

## V. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE REASEGURO

Uno de los principios más relevantes que orienta la formación de los negocios jurídicos es la autonomía de la voluntad, facultando y dando así la posibilidad a las partes para crear derechos y asumir obligaciones, donde la contratación se materializa únicamente a través del mutuo acuerdo de las partes del contrato.

*“El contrato considerado como el acuerdo de voluntades libres y soberanas, no susceptible a modificaciones traídas por cualquier otra fuerza que no derive de las partes involucradas”.* (Mello, 2012)

El principio de la autonomía de la voluntad asegura a las partes la posibilidad decidir el contenido del contrato a celebrar, fundamentado principalmente en las normas aplicables respecto del objeto a contratar en lo referente a los contratos típicos y por otra parte en los contratos atípicos como lo es el reaseguro, se estructura con la limitación principal del orden público y las buenas costumbres, *“la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato”.* (Mello S. R., El Contrato de Seguro y sus Principios Fundamentales., 2012)

Este principio alude a la posibilidad que otorga la ley para crear el contenido del contrato, la libertad de estipular, de determinar su conducta, de tal forma que el contratante determina el contenido de las obligaciones que pretende asumir y así mismo prever que consecuencias conlleva y como éste repercute en su patrimonio.

En lo referente al contrato de reaseguro, por sus características y forma, lo relacionado con este principio, se refleja en la posibilidad que tiene el reasegurador y el asegurador de contratar en base al negocio jurídico celebrado donde se estipulan libremente las condiciones y cláusulas pertinentes para el desarrollo del interés objeto del contrato.

En el mercado reasegurador es común encontrar estipulaciones para determinar condiciones más beneficiosas para sus contratantes sobre temas esenciales para la existencia del contrato como

por ejemplo lo es la prima, comisión del reaseguro, extensión geográfica del reaseguro, entre otras donde la libertad de contratación estará solamente condicionada por el orden público y las buenas costumbres.

La aplicación plena del principio de la autonomía de la voluntad de las partes trae consigo consecuencias directas en la interpretación de las cláusulas contractuales, por el carácter unilateral de ciertas estipulaciones, se tendrá presente que siempre serán interpretadas en beneficio de la parte que no la estipuló y a la cual se le impidió utilizar la libertad contractual en su plenitud, por esta razón es interpretada en su beneficio para no dar un rompimiento en el equilibrio contractual.

## VI. ESCOGENCIA DE LA LEY APLICABLE AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE REASEGURO

La ley colombiana distingue entre la forma del contrato y los efectos del mismo, de manera que lo referente a *“solemnidades externas, condiciones de formación y de validez de contratos celebrados válidamente en el exterior -, se rige por la ley extranjera – lex loci contractus -, siempre que no verse sobre bienes situados en territorio nacional”*<sup>5</sup>.

En cambio, bajo la legislación colombiana lo concerniente a *“los efectos que producen los contratos celebrados en el exterior, o a la ejecución de los mismos cuando deban cumplirse en el país se rige por la ley colombiana – ley del lugar de ejecución del contrato (lex loci solutionis o lex loci)”*.<sup>6</sup>

Es decir que el principio general de la territorialidad, según el cual la ley es obligatoria tanto para nacionales como para personas extranjeras residentes en Colombia.

---

<sup>5</sup> Código Civil, artículos 20 y 21. Dice el artículo 20: *“Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, estarán sujetos a las disposiciones de este código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. / Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. / Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión.”*. Y dice el artículo 21: *“La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el código judicial de la unión. / La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.”*.

<sup>6</sup> Código Civil Colombiano, artículo 20 inciso tercero, y Código de Comercio, artículo 869.

Este principio se ve atenuado en los casos en los cuales se celebran contratos en el exterior , donde el principio general es la aplicación de ley extranjera respecto de los elementos de forma que constituyen el contrato, pero no en relación a los efectos si se producen en territorio colombiano.

La Corte Suprema de Justicia señaló, con referencia al precepto del Código Civil, que el contrato se regirá *“por la ley del lugar fijado para el cumplimiento de las mismas obligaciones; y de ahí que sea la lex loci solutionis la aplicable a todos los casos relativos al modo como debe realizarse el pago, a las cosas que deben ser pagadas y a las personas a quienes puede hacerse dicho pago”*. (Corte Suprema de Justicia, 1902)

Por otra parte, el Código de Comercio en su artículo 876 hace alusión al lugar de ejecución de la obligación contraída en el contrato será por regla general el domicilio del acreedor. *“Salvo estipulación en contrario, la obligación que tenga por objeto una suma de dinero deberá cumplirse en el lugar del domicilio que tenga el acreedor al tiempo del vencimiento”*.

Existen claras dificultades con respecto del criterio del lugar de ejecución del contrato, ya que en el caso del reaseguro, se derivan obligaciones recíprocas que tienen lugar en diferentes límites territoriales.

No existe norma legal vigente en el ordenamiento jurídico colombiano que precise qué lugar se entiende como el lugar de ejecución en el contrato de reaseguro. Éste fenómeno se torna complejo, ya que en la cotidianidad del mercado reasegurador no se reduce solo a las dos partes descritas a lo largo de éste sino que suele hacer intervención una tercera parte tanto en celebración del contrato como en su ejecución, denominado corredor o bróker de reaseguros que puede tener un domicilio distinto al de las partes.

En la doctrina colombiana ha señalado que identifican tres tendencias para determinar la ley que debe ser aplicable al contrato de reaseguro: *“La una, favorable a la ley del lugar donde el reaseguro se ha concluido; la otra, a la ley que rige el seguro mismo; la tercera, respetuosa de la autonomía de las partes. La primera teoría se basa en que el reaseguro implica un nuevo contrato, o por lo menos una nueva modalidad, puesto que su fin es amparar el riesgo que corre el asegurador de pagar una suma determinada. La segunda se funda en que seguro y reaseguro se hallan íntimamente unidos. De suerte que si el seguro está privado de eficacia también carecerá de ella el reaseguro. La tercera se defiende con Las consideraciones generales que justifican la doctrina de la autonomía de la voluntad privada”*. (Castilla, 1960)

Posteriormente en 1979 doctrinariamente se incorporan *“dos tendencias respecto a la ley que debe regirlos: una que aboga porque sea la ley del Estado en el cual se ha celebrado el respectivo contrato; la otra dice que debe ser la ley que gobierna el seguro primigenio, y aún hay quienes creen que las partes pueden señalar qué ley ha de regirlos.”* (Luna, 1979)

Dada la complejidad del criterio de lugar de ejecución del contrato, y teniendo en cuenta los desarrollos reflejados en los convenios internacionales, no es posible otorgar una única respuesta a éste conflicto.

El primer criterio corresponde a examinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Por regla general, el artículo 876 del Código de Comercio toma como lugar de pago en caso de ocurrencia de siniestro el domicilio del asegurador, pero también se abre la posibilidad de pactar en contrario y así establecer que la obligación de pago se realice en el domicilio del reasegurador, que dependiendo de su domicilio se aplicaría un criterio diferente referente a la normatividad aplicable.

Existe un segundo criterio consistente en observar frente a la ejecución del contrato, los vínculos más estrechos con respecto de los contratos celebrados y así poder designar la ley que se ajustará más favorablemente a la relación económica entre el asegurador y reasegurador. Así se establecerá la ley aplicable que contempla la realidad del contrato.

Tomando como base lo descrito anteriormente es procedente determinar que *“la deuda constitutiva del siniestro en el reaseguro nace en el lugar del domicilio de la cedente, pues el riesgo derivado del contrato de reaseguro se localiza en el lugar del establecimiento del reasegurado, y que las vicisitudes que pudieran influir sobre la determinación de la misma, sobre su alcance o extensión, su cuantía, el momento de su exigibilidad, etc., suceden en el lugar del domicilio de la cedente, especialmente si en dicho domicilio está ubicado o localizado el riesgo del seguro original, cuyo acaecimiento determina el nacimiento de la obligación a cargo del reasegurador”*. (Castro, 2006)

Se debe tener de presente dos posibilidades y hechos que acaecen en la práctica. El primero es la falta de elección expresa de ley aplicable donde la controversia se dirime en el exterior en el domicilio del reasegurador.

En situaciones los tribunales ingleses han resuelto en aquellas situaciones que el contrato presenta los vínculos más estrechos con la legislación del país del reasegurador, argumento que es en el territorio inglés donde se celebró el contrato, o en donde se presentaron los hechos más relevantes en relación al contrato de reaseguro

El segundo hecho corresponde a la resolución del conflicto en el país del reasegurador aduciendo que éste es quien cumple la prestación más característica, o simplemente argumentando que es el domicilio del reasegurador.

Por estas razones es siempre aconsejable pactar la ley aplicable al contrato ya que estos vacíos normativos permiten dar una desviación e interpretación no ventajosa a favor del asegurador en el escenario de surgimiento de un conflicto entre las partes.

## VII. CLÁUSULA DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL PACTADA EN EL CONTRATO DE REASEGURO

La ley colombiana prevé como alternativa de resolución de conflicto, el arbitraje internacional. En estos casos las partes serán las encargadas de determinar la norma sustancial aplicable para dirimir el conflicto presentado, que a su vez debe ser pactado al momento de elaboración del contrato.

La ley 1563 de 2012, en su artículo 62 determina la normatividad aplicable al arbitraje internacional que dispone lo siguiente: *Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia.*

También describe los eventos en los cuales se esta frente al arbitraje internacional y se puede pactar por acuerdo de las partes la utilización de este medio de resolución de conflictos.

*“Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:*

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o*
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o*
- c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”.*

En este escenario de carácter internacional en el artículo 64 de la norma citada previamente señala que no solo tiene importancia el contrato celebrado por las partes sino que es fundamental tener presente que en caso de vacío normativo la interpretación del arbitraje traerá como fuente adicional los principios generales que tengan lugar tomando como base la buena fe en su aplicación<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> *“En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.*

*Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran.*

*Cuando una disposición de la presente sección, excepto el artículo 101, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, para que adopte esa decisión.*

El reaseguro por su naturaleza tiene dentro de sus características la tendencia al ámbito internacional, es común que este contrato se celebre entre partes que se encuentren en diferentes Estados, con diferentes legislaciones involucradas. Esta es la razón principal que lleva a optar por la posibilidad del arbitraje como un medio imparcial y justo que tiene la finalidad de resolver un conflicto.

El asegurador y reasegurador acuerdan al momento de la celebración del contrato la aplicación de arbitraje previendo un conflicto futuro y precisando que sede y ley será aplicable en esa situación que brinde seguridad y justicia para el cumplimiento cabal del contrato ejecutado.

La ley 1563 de 2012 en el artículo 93 respalda la facultad de las partes para escoger libremente la sede de arbitraje y prevé la consecuencias de la no estipulación de aquella, donde tendrá la potestad de tribunal arbitral de determinarla.

*“Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas”.*

#### VIII. COEXISTENCIA DE LEY APLICABLE COLOMBIANA Y CLAÚSULA DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL PARA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Al momento de formalización del contrato de reaseguro se determina la ley bajo la cual se regirá el contrato en cuanto a la ejecución e interpretación de su contenido. Esta situación donde el interés asegurable se encuentra en Colombia a pesar de estar frente a partes nacionales y extranjeras, la regla general será la aplicación de ley y jurisdicción colombiana.

El artículo 869 del código de comercio colombiano trae esta regla general al citar lo siguiente: *“La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.”*

Adicionalmente se contempla la inclusión de una cláusula de resolución de conflictos en caso de de alguna controversia entre las partes involucradas denominadas asegurador o cedente y reasegurador.

Los efectos principales de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de reaseguro son,

---

*Cuando una disposición de la presente sección, se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.*

*Cuando una disposición de la presente sección, excepto el numeral 1 del artículo 98 y el literal a) del numeral 2 del artículo 105, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación de esa reconvencción”.*

en primer lugar el dispositivo de la jurisdicción estatal mediante el cual se deja sin efecto alguno los tribunales estatales. Éste efecto se encuentra fundamento en la autonomía transaccional de los derechos emanados de la controversia, por lo que *“la irradiación principal del efecto dispositivo de la cláusula compromisoria consiste en generar la incompetencia de todos los tribunales ordinarios, ante las controversias que puedan surgir en razón del contrato en el cual se inserta”*. (Mello S. R., 2006)

En segundo lugar es el constitutivo que refiere a un modo de regulación alterna por medio del cual las partes se vinculan al arbitraje como medio de resolución de conflicto incorporado al momento del acuerdo consensual entre los sujetos.

En la normatividad colombiana la jurisdicción aplicable al contrato de reaseguro hace referencia expresa a la Ley 1563 de 2012, por la cual se regula el arbitraje internacional, facultando así a las partes involucradas para determinar la ley aplicable mediante el cual se regirá el arbitraje para dirimir la controversia en el evento que los sujetos contractuales.

Específicamente en el ámbito del contrato de reaseguro internacional, *la figura del arbitraje tiene una aceptación manifiesta, al incluirse dentro de los contratos la cláusula compromisoria, en tanto haya quedado planteada la controversia entre los sujetos de la relación contractual*. (Superintendencia Financiera de Colombia , 2003)

La voluntad de los contratantes, en este escenario del mercado reasegurador, se encuentra limitado, como ya se precisó, por las normas que interesan al orden público, o que se refieren a la esencia del contrato, pues frente a este tipo de disposiciones la voluntad de las partes, no pueden modificar o derogar los preceptos allí dispuestos.

#### IX. DISCUSIÓN ACERCA DE LA SEDE DE ARBITRAJE Y NORMAS APLICABLES CUANDO HAY COEXISTENCIA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE CON SEDE INTERNACIONAL Y PRESENCIA DE LEY Y JURISDICCIÓN COLOMBIANA EN EL CONTRATO DE REASEGURO

Para desarrollar este punto es necesario realizar ciertas anotaciones que encontramos en la normatividad colombiana.

El arbitraje como mecanismo de resolución de conflicto, está expresamente regulado en la ley 1563 de 2012. Temas como su ámbito de aplicación en caso de estar frente elementos de carácter internacional y que directrices se deben observar para determinar la sede donde se dirimirá el conflicto.

El artículo 62 de la presente ley contiene lo referente al arbitraje internacional sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia. Se debe tener en cuenta que sólo será aplicable en los casos donde las controversias sean susceptibles de arbitraje, es decir derechos



transaccionales que tengan como objetivo poner fin a un conflicto frente al contrato celebrado entre el asegurador y el reasegurador.

Las situaciones expresamente señaladas son los únicos casos bajo lo cuales se prevé el uso y la procedencia del arbitraje por estar frente a elementos internacionales que otorgan fundamento para su utilización.

Adicionalmente se encuentra el artículo 93 a través del cual las partes podrán escoger libremente la sede que requieran para el arbitraje y en caso de no acuerdo se determinará de acuerdo al análisis pertinente del caso objeto de controversia<sup>8</sup>.

Hay que tener en cuenta que en el contrato de reaseguro están involucradas dos partes que son expertas en el campo y por lo tanto se da una relación horizontal donde ninguna se encuentra subordinada a la aceptación del contrato, como se puede presentar en el contrato de seguro donde el asegurado es quien acepta las condiciones propuestas por el asegurador y en ese momento se perfecciona el contrato, lo que se denomina comúnmente contrato de adhesión.

En esta situación del contrato de seguro hay una clara *“superioridad técnica” del asegurador que ha llevado a la necesidad, en el transcurso del tiempo, de establecer unos sistemas de protección al asegurado regulados por la legislación en esta materia*”. (Fundación Mapfre, 2010)

Por el contrario en el contrato de reaseguro como se esta en frente a dos partes igual de hábiles y conocedoras de mercado, no es preciso *“ese proteccionismo mencionado en el contrato de seguro, y el contrato, como cualquier otro contrato comercial, quedará sujeto al Derecho común y, lógicamente, a las cláusulas reguladoras convenidas por las partes”*. (Fundación Mapfre, 2010)

El arbitraje es la aplicación de derecho en el ámbito internacional, o de elección del derecho en asuntos que involucran varios sujetos en diferentes Estados que conllevan al contacto con varias legislaciones regulando de formas diversas un mismo punto en común.

## X. CONCLUSIONES

Es claro afirmar que el contrato de reaseguro en su mayoría de usos vincula en su esencia características internacionales que conllevan a la necesidad de no solo de la aplicación de la normatividad del país origen sino también contemplar las partes extranjeras que se involucran y

---

<sup>8</sup> *“Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas”*.

como su regulación debe ir mas allá del domicilio de la parte contratante.

El objeto del este contrato es asegurar el riesgo cedido por la aseguradora con el fin de dar cumplimiento al negocio principal del cual se desprende. Esta es la principal razón de que la autonomía de la voluntad sea de carácter esencial para la elaboración del cuerpo del contrato y su aceptación. No solo las partes incorporan el contenido necesario sobre el cual descansa el cuerpo del negocio subyacente, sino igualmente se designa la ley aplicable para dar correcto cumplimiento a los derechos y obligaciones allí establecidas para ambas partes.

En el escenario colombiano, donde se encuentre el interés asegurable será aquella ley y jurisdicción a aplicar para regulación completa del contrato celebrado entre las partes por mutuo acuerdo. Complementariamente por tratarse de riesgos de sumas cuantiosas donde tanto la aseguradora como reaseguradora reciben una prima por dar cubrimiento total al riesgo contratado, es de común uso y costumbre a nivel internacional el pacto de una cláusula de arbitraje como medio elegido para resolución de conflictos.

Esta cláusula se adiciona al cuerpo del contrato, contemplando de que en caso de alguna controversia entre las partes, estas podrán acudir a la justicia arbitral como mecanismo para dirimir el conflicto; así mismo se deberá respetar la ley y sede determinada por las partes en presencia de tal evento.

Como se logró observar a lo largo de éste escrito, el contrato de reaseguro tiene como principal limitación el orden publico y las buenas costumbres, pero el rol principal lo realizan las partes que tienen la autonomía de negociar cada parte del contrato que desean celebrar, desde su contenido, la ley y jurisdicción bajo el cual se rige dicho contrato y la sede y ley aplicable en caso de producirse un conflicto entre las partes suscriptoras.

La parte aseguradora y la parte reaseguradora deberán tener un consenso en que ley será aplicable en materia de resolución de conflicto sin importar si la jurisdicción que rige el contrato es la ley colombiana. Hay situaciones en que el reasegurador propone como sede su casa matriz en el extranjero donde primará como ley extranjera en los eventos de conflictos entre las partes y es la aceptación de la aseguradora por medio de cual se otorga plena validez ala clausula de arbitraje contenida en el contrato de reaseguro.

Cada situación es distinta y es lo interesante del mercado asegurador, donde las necesidades de los clientes son las que impulsan la evolución de estas regulaciones normativas que ya no solo se quedan en el ámbito nacional, sino que trascienden fronteras afectado directamente el comercio internacional.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

1. Decreto 410 de 1971, *Código de Comercio colombiano*.
2. Ley 32 de 1992, *Estatuto Orgánico del Instituto Internacional del Derecho Privado*.
3. Concepto No. 2003027388-1. Agosto 8 de 2003. *Jurisdicción aplicable al contrato de reaseguro*.
4. Ley 45 de 1990, *Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones*.
5. Concepto No. 2000096853-1. Mayo 30 de 2001. *Contrato de Reaseguro*.
6. Circular Externa 038 de 2016
7. *Derecho aplicable al contrato de reaseguro según la legislación colombiana*. José Fernando Torres Fernández de Castro, Bogotá, D. C., septiembre 15 de 2006.
8. *El Contrato de Seguro y sus Principios Fundamentales*. Sergio Ruy Barroso de Mello , Bogotá, 2012.
9. *Código Civil colombiano*
10. Ley 1563 de 2012, *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*.
11. Instituto de Ciencias del seguro, *Fundación Mapfre, Introducción al reaseguro*, 2010.
12. Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia de 17 de diciembre de 1902, citada por Jorge Suescún Melo, *Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Tomo II, 2a edición, Legis, Editores, 2003.