

LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES*

*THE LAW APPLICABLE TO
INTERNATIONAL CONTRACTS*

JORGE OVIEDO ALBÁN**

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Jorge Oviedo Albán, La ley aplicable a los contratos internacionales, 21
International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 117-
157 (2012).

1692-8156(2012)12:21<117:LACINT>2.0.TX;2-#

* Artículo de investigación resultado del proyecto “Regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías”, financiado por la Universidad de La Sabana, del cual el autor es investigador responsable.

** Magíster en Derecho Privado, Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Candidato a doctor por la misma Universidad. Abogado y especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor de Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Miembro de la *Académie Internationale de Droit Comparé*.
Correo electrónico: jorgeoa@unisabana.edu.co.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar las reglas que determinan la ley aplicable a contratos internacionales. Para ello, el autor revisa las normas de Derecho Internacional Privado consagradas en los Códigos Civil y de Comercio colombianos en comparación con las reglas de conflicto contenidas en instrumentos internacionales modernos como el caso del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, además de otros que conforman el Derecho Uniforme del Comercio Internacional, como la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. A partir de dicha comparación propone criterios de interpretación que permitan superar la rigidez y vacíos de las reglas colombianas de manera que estas puedan satisfacer de mejor forma las necesidades de los operadores del comercio internacional.

Palabras clave autor: contrato internacional, ley aplicable, Derecho Internacional Privado.

Palabras clave descriptor: derecho internacional privado, contratos comerciales, responsabilidad contractual, derecho comercial internacional.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the rules that state the law to be applied to international contracts. The author reviews Conflict of Laws established in the Colombian Civil Code and the Colombian Commerce Code, drawing comparisons with conflict rules that have been established in modern international instruments. Such instruments include Regulation (EC) 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17th June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), and the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, as well as others that make up the Uniform Law of International Trade such as the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Through analysis of the aforementioned comparisons, interpretive guides are suggested that go beyond the inflexibility and gaps in Colombian legislation. It is presented in a way that seeks to aide, in the most helpful way possible, the needs of those involved in international trade.

Key words author: *international contract, law applicable, Conflict of laws.*

Key words plus: *international Law, commercial contracts, contractual liability, international trade law.*

Introducción

La determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales es un tema clásico en el Derecho Internacional Privado. No obstante, este no tiene aún respuestas definitivas, puesto que en el Derecho contemporáneo existen diversas formas de solucionar dicha cuestión, ya sea por medio de las reglas de conflicto internas, convencionales o comunitarias, o bien mediante normas uniformes contenidas en tratados, o en recopilaciones de principios, usos y prácticas, etc.

Siguiendo esta tendencia, en el caso colombiano (que se repite en los demás países de América Latina) coexisten normas que pretenden establecer la ley aplicable al contrato internacional. No obstante, las normas de conflicto contenidas en los Códigos Civil y de Comercio son poco claras y por su rigidez no resultan adecuadas para satisfacer los intereses de las partes en negocios internacionales, además que están alejadas de las tendencias del Derecho de la contratación internacional, razones que llevan a pensar en una revisión doctrinal, jurisprudencial y eventualmente legislativa de estas. En efecto, la regla de conflicto colombiana, al ser unilateral, no resulta adecuada para los procesos de internacionalización de la economía actualmente vigentes en el mundo, puesto que las reglas de esta naturaleza que en el momento se encuentran contenidas en instrumentos convencionales de Derecho Internacional Privado parten de un supuesto diferente que es el de autonomía de la voluntad y son más flexibles al basarse en el criterio de la ejecución de la prestación característica sin vincular al contrato *ex ante* a la ley de un determinado Estado, sino, por el contrario, dando posibilidades de apreciación al juez para determinar la ley que tenga mayores nexos con el contrato. Resultan igualmente ajenas a los procesos de armonización y unificación normativas que no dependen de reglas unilaterales de conflicto para regular contratos internacionales sino que una vez verificados los supuestos fácticos, estos resultan aplicables de manera directa prevaleciendo sobre las normas conflictuales. No obstante, en algunos países de América Latina, como es el

caso de Colombia, se advierte que los jueces aplican las normas internas desconociendo la prevalencia mencionada, fenómeno este que favorece el *forum shopping* y las sentencias claudicantes¹.

Por lo anterior, este trabajo tiene por objeto analizar las reglas de conflicto vigentes en Colombia en materia contractual, a la luz de los procesos de armonización y unificación tanto del Derecho Internacional Privado como de las reglas uniformes especialmente las contenidas en la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías adoptada en Colombia por Ley 518 de 1999 y se encuentra en vigor desde el 1 de agosto del 2002.

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo incluye un análisis dogmático de las reglas de conflicto colombianas, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Igualmente, se acude al Derecho Comparado para analizar las reglas conflictuales y uniformes contenidas principalmente en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México de 1994); El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), e instrumentos de Derecho Comercial Uniforme, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En el proceso investigativo se ha empleado la inducción y la deducción, lo cual permitirá ofrecer un análisis, una síntesis y unas conclusiones que se organizarán y expondrán de manera sistemática.

Este artículo está organizado de la siguiente forma: primero se hará alusión a la autonomía conflictual, en el que se analizará la posibilidad que tienen las partes de escoger la ley reguladora del contrato (I). A continuación, se revisarán las soluciones de las normas de conflicto en defecto de elección, enfatizando en la revisión comparada entre los diversos instrumentos contem-

1 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Javier, *Derecho Internacional Privado*, 1, 19 (12ª ed., Comares, Granada, 2011).

poráneos (II). Finalmente, se aludirá a la determinación de la ley aplicable conforme al Derecho Uniforme del Comercio Internacional, particularmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (III).

I. LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL

En el Derecho Internacional Privado moderno se admite como regla general para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales a la autonomía de la voluntad, en un doble alcance: material y conflictual². Según la autonomía material, las partes pueden determinar el contenido del contrato, ante lo cual habrá que reconocer la naturaleza supletiva de las normas legales respectivas, salvo los límites impuestos por las leyes imperativas. Según la autonomía conflictual, las partes pueden escoger la ley que regirá el contrato.

Aunque con antecedentes que se remontan al siglo XV, la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales fue reconocida en un fallo de la Cour de Cassation francesa de 5 de diciembre de 1910 en el caso American Trade Company contra Quebec Steamship en el que se aceptó que los contratos, en cuanto a su formación, efectos y condiciones, se rigen por la ley que hayan escogido las partes, lo que permitió que posteriormente la doctrina y las legislaciones europeas la aceptaran a pesar de las restricciones que ha sufrido en algunas épocas de la mano de teorías basadas en la necesidad de intervención del Estado en la economía en aras de salvaguardar el orden público³. Asi-

2 Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Contratación comercial internacional*, en *Derecho de los negocios internacionales*, 317 (José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2011).

3 Civ. 5 déc. 1910, S. 1911, note Lyon – Caen, *RDIP* 1911. 395 *JDI* 1912. 1156, *GA* 11. Cfr. Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, 55 (Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2011). Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Contratos internacionales I*, en *Derecho Internacional Privado*, 2, 633 (Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Directores), 12ª ed., Comares, Granada, 2011). Pierre Mayer y Vincent Heuzé, *Droit International Privé*, 535 (10^e édition, Montchrestien, L’extenso éditions, Paris, 2010).

mismo, en los Estados Unidos, conforme a lo que aparece en la Sección 186 del Restatement of the Law of Conflict of Laws, las partes son libres para determinar la ley aplicable a contratos internacionales.

En la doctrina se acepta hoy en día de forma general que la posibilidad que tienen las partes de escoger la ley del contrato genera una seguridad jurídica preventiva, en el sentido en que evita conflictos posteriores entre estas y también permite la determinación de la ley aplicable al juez ante quien se demande la causa que eventualmente se origine, además de facilitar la realización de los intereses materiales de las partes puesto que les permite escoger el derecho que resulte más adecuado para resolver sus intereses y satisfacer sus necesidades, lo que genera ahorros en costos de transacción, de información y autoriza escoger una ley neutral de forma que ninguna imponga la suya a la otra, además que permite salir adelante satisfactoriamente frente a la indeterminación del factor de conexión prevalente propio de las reglas de conflicto⁴. Por ello, es considerada una de las reglas básicas aceptadas por el Derecho Internacional Privado contemporáneo de contratos⁵, como lo establece el considerando

-
- 4 En este sentido la justificación de la autonomía conflictual empieza a ser un lugar común en la doctrina contemporánea sobre Derecho de los negocios internacionales: Alfonso Luis Calvo Caravaca, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, 1 *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 60 - 61 (2009). Calvo Caravaca; Carrascosa González, *Contratos internacionales I, op. cit.*, 634 - 636. Carrascosa González, Javier, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I* (Colex, Madrid, 2009), 119 - 123. Esperanza Castellanos Ruiz, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, 56 (Comares, Granada, 2009). Carlos Esplugues Mota y José Luis Iglesias Buhigues, *Derecho Internacional Privado*, 450 (5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011). Sara L., Földstein de Cárdenas, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, 63, 71 - 73 (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995). Jean - Michel Jacquet, Philippe Delebecque y Sabine Corneloup, *Droit du commerce international*, 207 - 207 (2ª ed., Dalloz, Paris, 2010). Stefan Leible, *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales*, 3 *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 217 - 218 (2011). Sobre el particular, el autor precisa que “La conexión del contrato de acuerdo con la voluntad de las partes evita la pérdida de seguridad jurídica inherente a todo método de conexión individualizante y posibilita una decisión flexible, adecuada a la multiplicidad de supuestos de hecho”. Leible, *op. cit.*, 220. Fabrizio Marrella, *Autonomia privata e contratti internazionali, in Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, 224 (a cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Milano, 2005), Mayer; Heuzé, *op. cit.*, 537 - 538. Miguel Asensio, *op. cit.*, 317.
- 5 Bernard Audit, *Droit International Privé*, sixième édition avec le concours de Louis d’Avout, 215 (Economica, Paris, 2010). Leible, *ob. cit.*, 215. Peter Nygh, *Autonomy in*

11 del Reglamento Roma I: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

Con el reconocimiento de la autonomía conflictual se intenta superar la concepción asumida durante mucho tiempo según la cual se entendía que las reglas de conflicto eran imperativas y no podían derogarse por acuerdo entre las partes. A continuación se hará referencia a la forma como se encuentra reconocida en los instrumentos de Derecho Internacional Privado, así como del Derecho Uniforme, para concluir con una referencia expresa al Derecho colombiano, al igual que las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a ello.

Como ya se anunció, en los instrumentos modernos de Derecho Internacional Privado se reconoce de forma unánime a la autonomía conflictual. En este sentido dispone el numeral 1 del artículo 3 del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio del 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (en adelante Reglamento Roma I):

Artículo 3

Libertad de elección

El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

El antecedente inmediato de esta disposición lo constituye el artículo 3.1 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo texto era el siguiente:

international contracts, 13 (Oxford, New York, 1999). Sobre los más recientes desarrollos legislativos sobre la autonomía conflictual debe verse el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Sobre el particular, en la doctrina: Calvo Caravaca, *op. cit.*, 57 - 85. Castellanos Ruiz, *op. cit.*, 56 - 110. Carrascosa González, *op. cit.*, 110 - 167. Leible, *op. cit.*, *passim*.

*Artículo 3**Libertad de elección*

1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias.

Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

En América Latina, el reconocimiento de la autonomía conflictual en materia de contratos internacionales es todavía oscuro. En efecto, los Tratados de Montevideo no establecieron dicha posibilidad y como lo destaca Santos Belandro, después de arduos debates evitaron hacer referencia a la voluntad de las partes como elemento determinante de la ley aplicable⁶. No fue sino hasta la Convención de México de 1994 que se reconocería especialmente dicha posibilidad⁷. El artículo 7 de dicho Convenio dispone:

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 [sic].

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

6 Rubén Santos Belandro, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 65 (2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998). En el mismo autor, sobre las discusiones en los trabajos preparatorios: 56 - 65. Estos tratados fueron aprobados en Colombia mediante la ley 33 de 1992. Diario Oficial No. 40.705, de 31 de diciembre de 1992. La Corte Constitucional declaró su exequibilidad mediante Sentencia C- 276, 22 de julio de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. No obstante, estos tratados no están en vigor para Colombia pues no se ha ratificado la adhesión.

7 La Convención Interamericana de 1994 fue adoptada en la quinta reunión de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado "CIDIP V" efectuada en México. A la fecha, la Convención sólo está en vigor para México y Venezuela, conforme a lo dispuesto en el artículo 28. A la fecha, los países signatarios de la Convención son: Bolivia (17 de marzo de 1994); Brasil (17 de marzo de 1994); México (27 de noviembre de 1995, depositó el instrumento de ratificación el 20 de agosto de 1996 y en vigor desde el 15 de noviembre de 1996); Uruguay, (17 de marzo de 1994) y Venezuela (17 de marzo de 1994, depositó el instrumento de ratificación el 22 de septiembre de 1995 y en vigor desde el 26 de octubre de 1995). Véase: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm.

Esta ha sido reconocida por la doctrina como una de las innovaciones más importantes hechas por la Convención de México de 1994 al Derecho Internacional Privado latinoamericano, fundada en el interés de dotar a los particulares de seguridad jurídica en el comercio internacional⁸.

Cabe señalar que aunque en otras épocas se ha considerado que las partes debieran escoger una ley que tuviere puntos de conexión con el contrato, en la actualidad la tendencia parece ser en pro de dejar en plena libertad a los contratantes, de manera que pueden escoger cualquier ley estatal así esta no tenga puntos de contacto, ni objetivos ni subjetivos con el contrato. Es lo que se desprende del artículo 3.1 del Reglamento Roma I y del artículo 7 de la Convención de México de 1994, y también así lo reconoce selecta doctrina⁹.

Debe destacarse que existe una importante diferencia entre la fórmula europea y la latinoamericana, especialmente en cuanto al significado que puede tener la “ley” y el “Derecho” a escoger, sobre todo en cuanto a la posibilidad o no que tienen los contratantes para pactar como aplicable al contrato un instrumento que no tenga el carácter de ley estatal. En el caso europeo se ha asumido que cuando las partes escogen una determinada ley como reguladora del contrato, se entiende que se refieren a las normas materiales vigentes en el respectivo Estado, con exclusión de las normas de conflicto. Es lo que surge del artículo 20 del Reglamento Roma I, norma que excluye el reenvío¹⁰.

En el Derecho europeo, la interpretación que se dio conforme a la Convención de Roma de 1980 y también se da actualmente sobre la base del Reglamento Roma I, es que los contratantes deben escoger una ley estatal, entendida como una norma dictada por los organismos del Estado constitucionalmente fa-

8 Santos Belandro, *op. cit.*, 71. Hernany Veytia, *La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, 25 *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 386 – 387 (1995).

9 Carrascosa González, *op. cit.*, 132. Castellanos Ruíz, *op. cit.*, 72. Esplugues Mota; Iglesias Buhigues, *op. cit.*, 383. En la doctrina latinoamericana: Antonio Boggiano *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 698 - 699 (4ª ed., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003).

10 Esplugues Mota; Iglesias Buhigues, *op. cit.*, 385.

cultados para ello, basándose para asumir esta postura en una interpretación restrictiva el artículo 3¹¹. Sobre esta base, resulta difícil que se admita como ley del contrato la referencia que las partes hagan a la *lex mercatoria* o a instrumentos de *soft law*, como pueden ser los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales no obstante, podrían ser incorporados “por referencia” al contenido del contrato, posibilidad admitida por el considerando 13 del Reglamento Roma I: “(13) El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”¹².

En este aspecto, la Convención de México de 1994 ha dado un paso adelante para permitir que las partes pacten como ley del contrato, instrumentos que no tengan naturaleza de derecho estatal. Ello se advierte cuando en el artículo 7 se señala que las partes podrán escoger el “derecho” aplicable al contrato. Adicionalmente, en el artículo 9, que establece las reglas para la determinación de la ley aplicable en defecto de elección, se indica que el tribunal deberá tener en cuenta principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, además de 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”, según lo dispone el artículo 10¹³.

Por el contrario, en el arbitraje internacional, sí se ha admitido que las partes puedan escoger como ley del contrato, un instrumento que no tenga la naturaleza de Derecho estatal. De

11 Fabio Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali*, 1, 283 (terza edizione, Cedam, Milano, 2009).

12 No obstante, debe señalarse que existió una propuesta hecha por la Comisión de las Comunidades Europeas en el sentido de permitir a las partes escoger como ley del contrato los principios y normas de Derecho material de los contratos reconocidos a escala internacional o comunitaria. Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005. La admisión por “referencia” de estos instrumentos, significa que las cláusulas que los incorporan se aplican, siempre que no contraríen las normas imperativas de que resulte ser la ley del contrato conforme a las normas conflictuales. Sobre el particular: Castellanos Ruíz, *op. cit.*, 75.

13 Veytia, *op. cit.*, 389 - 390.

hecho, en los reglamentos de arbitraje internacional, como el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional y el de la Cámara de Comercio Internacional de París, en lo referente a la ley aplicable al fondo de la controversia no se emplea la palabra “ley” sino “normas de derecho” o “normas jurídicas”¹⁴. Es por ello, que existe un amplio consenso en este campo sobre el valor de la *lex mercatoria* como un Derecho anacional que, ya sea las partes o los árbitros, podrían designar como aplicable al fondo de la controversia¹⁵. Resulta entonces recomendable que cuando las partes pacten que el contrato se regirá por un instrumento de *soft law* o hagan una referencia general a la *lex mercatoria* como ley del contrato, pacten adicionalmente arbitraje internacional como forma de solucionar sus conflictos, puesto que será más factible a que los tribunales arbitrales reconozcan a aquellos instrumentos como reguladores del contrato, a que lo hagan los jueces estatales.

De todas formas, cabe destacar una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, que se ha pronunciado

14 Así el artículo 35 del Reglamento de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (revisado en 2010):

“Artículo 35

1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.

2. El tribunal arbitral decidirá como *amigable componedor (ex aequo et bono)* solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”.

Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de la CCI sobre arbitraje internacional (2012):

“Normas jurídicas aplicables al fondo

1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

2. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes.

3. El tribunal arbitral tendrá los poderes de *amigable componedor* o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes”.

En la versión en inglés de ambos reglamentos se emplea la expresión “rules of law” y en la versión francesa: “les règles de droit”.

15 Mayer; Heuzé, *op. cit.*, 545 - 547. Alan Redfern; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 158 – 199 (4ª ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006). Santiago Talero Rueda, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, 292 – 331, (Universidad de los Andes - Temis, Bogotá, 2008).

favorablemente a la posibilidad de las partes de pactar como ley del contrato a los Principios de Unidroit, además de la posibilidad de acudir a ellos para interpretar la ley nacional, consideraciones que resultan relevantes para la evolución que en este aspecto pueda tener en el inmediato futuro el tema en el Derecho colombiano, y que resulta compatible con la que se verá algunos párrafos más adelante, es la tendencia que se viene abriendo camino en el país a admitir el valor de la autonomía conflictual en contratos internacionales. Los hechos fueron los siguientes:

Se presentó demanda para que por proceso ordinario se revisara un contrato de mutuo para préstamo de vivienda, al considerar los demandantes que por circunstancias imprevistas se hizo más gravosa la deuda. El juez de primera instancia y el Tribunal de apelaciones negaron las pretensiones, lo que fue ratificado por La Corte Suprema en casación, al no admitir que en el caso en cuestión hubiera imprevisión.

En las consideraciones, la sentencia de casación hace un importante recuento histórico - comparativo sobre la teoría de la imprevisión, sus requisitos, etc., y también menciona la forma como está consagrada en los Principios de Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales 2010, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y además, aunque sin decirlo expresamente, parece asumir que el artículo 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías también la incorpora. Para lo que atañe a los efectos de este artículo, se resalta en las consideraciones la opinión de la Corte al decir que las partes de un contrato pueden acoger a los Principios de Unidroit como ley del contrato mismo siempre y cuando no se viole la ley nacional imperativa. Además, insiste en que los jueces pueden asumirlos para interpretar los instrumentos internacionales o nacionales. Así lo expresó el fallo en el apartado correspondiente:

Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -Principles of International Commercial Contracts (PICC)- de

UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la “excesiva onerosidad” (hardship) y la adaptación. Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos¹⁶.

La autonomía conflictual también se encuentra reconocida en el artículo 6 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. La disposición citada permite que en aquellos casos en que la Convención sea la ley del contrato, las partes puedan determinar el contenido y además excluirla, para obviamente escoger la ley que regirá en defecto de la Convención. La norma establece:

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

En el Derecho colombiano resulta todavía discutible si las reglas de conflicto contenidas en el Código Civil y en el de Comercio reconocen o no la posibilidad que tienen las partes de escoger una ley extranjera como reguladora del contrato. La respuesta negativa ha sido respaldada por destacados sectores de la doctrina¹⁷.

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-040-2006-00537-01.

17 Sobre el particular: Alberto Zuleta Londoño, *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano*, 44 *Revista de Derecho Privado*, 29 (2010).

En el Código Civil, en el artículo 20, dispone:

Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están 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.

Esta norma sugiere que si el contrato con componentes extranjeros versare sobre bienes ubicados en el territorio sobre cuya propiedad tenga interés o derecho la nación, se aplicará la legislación colombiana. La norma en principio parecería que admite el pacto de ley extranjera cuando establece que esta disposición se entenderá, sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en contratos celebrados válidamente en país extraño, aunque posteriormente cierra dicha posibilidad al señalar que los efectos de dichos contratos que deban ejecutarse en el país, se regirán por las disposiciones de la legislación nacional en los eventos en que afectaren bienes que fueren de propiedad o interés de la nación.

Resulta complejo en la norma tratar de establecer el significado de la palabra “interés” para determinar cuándo la nación lo tiene o no sobre ciertos bienes, tema que a la fecha no ha tenido respuesta en la doctrina ni en la jurisprudencia, siendo tal vez en principio obvio el de los inmuebles en los que el interés de la nación en ellos se basa en la soberanía que el Estado tiene sobre el suelo donde están edificados¹⁸.

El otro aspecto de dicha norma que debe comentarse es que no establece nada en relación con los bienes de los particulares y en aquellos en que la nación no tuviere interés. No es claro, en consecuencia, si dicho artículo permite en estos casos que se pacte como aplicable una ley extranjera. De esta forma, puede

18 Adriana Zapata de Arbeláez, *El régimen de los contratos internacionales en Colombia*, en *Derecho Internacional de los Negocios, Alcances*, III, 18 (Adriana Zapata de Arbeláez (compiladora), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).

seguirse la posición según la cual en este artículo no se encuentra una norma de conflicto de leyes para contratos que versen sobre este tipo de bienes. Frente a ello, se asume que el Código Civil al no regular, se insiste, la regla de conflicto para contratos internacionales que deban ejecutarse en el país y que no versen sobre bienes en los que esté envuelta la propiedad o interés de la nación, admite implícitamente el valor de la autonomía de la voluntad conflictual¹⁹.

Adicionalmente, y como destaca Zapata, la jurisprudencia nacional ha asumido en los últimos años una posición favorable a la validez de pacto de ley extranjera, como es el caso del fallo de tutela de 18 de abril de 2002, y los autos de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá de 30 de abril del 2002 y 19 de diciembre del mismo año²⁰. Además, como se señaló anteriormente, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 21 de febrero de 2012 se ha pronunciado favorablemente en pro de la posibilidad de escoger como ley del contrato un instrumento de *soft law* como son los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Por otro lado, y en relación con el artículo 869 del Código de Comercio²¹, Suescún Melo expresa que cuando la norma dispone que los contratos celebrados en el extranjero y ejecutados en Colombia se rigen por ley colombiana, reconociendo el principio *lex loci solutionis*, se trata de una disposición de observancia imperativa, de forma que no cabe en este aspecto la autonomía de la voluntad privada²². La única posibilidad admitida por el Profesor Suescún de validez del pacto de ley extranjera, sería en los eventos en que las partes decidieren someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento, puesto que la Ley 315 de 1996

19 Es también la posición asumida por Zapata de Arbeláez, *op. cit.*, 21.

20 Cfr. Zapata de Arbeláez, *op. cit.*, 26 - 27.

21 La norma establece: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país se regirá por la ley colombiana”.

22 Jorge Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, II, 152 (2ª ed. Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2003). Aljure también considera que el artículo 869, por su redacción, debe entenderse como una norma de observancia imperativa. Aljure Salame, *op. cit.*, 97.

permitía en el artículo 2 que las partes determinen el derecho aplicable al fondo de la controversia²³.

No obstante la autorizada opinión, a continuación se esbozan las razones por las que se considera que dichas normas si permiten implícitamente el pacto de ley extranjera. La primera es que las normas mencionadas no excluyen tal posibilidad. Ante ello, debe entenderse que si el legislador no prohibió, las partes pueden pactar en contra de lo dispuesto en ellas. La segunda se basa en una interpretación sistemática del artículo 869 del Código de Comercio. En efecto, tal disposición se encuentra ubicada en la parte general de obligaciones y contratos del Libro IV del Código de Comercio. Además de ella, existe una regla especial contenida en el artículo 1328 del mismo código, que en materia de agencia comercial establece que el contrato celebrado en el exterior y ejecutado en Colombia, se registrará por el Derecho nacional y que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita²⁴. La razón, entonces, para optar por la solución positiva, se basa en argumentar que si tratándose de agencia comercial el legislador prohibió el pacto de ley extranjera, significa que en

23 Suescún Melo, *op. cit.*, 152. En relación con la ley aplicable, el Estatuto de arbitraje nacional e internacional expedido mediante Ley 1563 de 2012, que en el artículo 118 derogó expresamente la Ley 315 de 1996, permite al igual que su antecesora que las partes puedan pactar el derecho aplicable al fondo del litigio, lo que deberá ser observado por el tribunal arbitral. Así establece el artículo 101:

“Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.

El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado.

En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

24 El texto de la norma es el siguiente: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

En los artículos 32 y 33 de la Ley 33 de 1992 aprobatoria de los Tratados de Montevideo también se consagra el principio *lex loci executionis*, al establecer que la ley que rige en el lugar donde estos deben cumplirse, regula la forma, existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, ejecución y “en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

todos los demás casos lo permite, por lo cual el artículo 869 no es de observancia imperativa²⁵.

Una tercera razón es la que ha sostenido Zapata, consistente en afirmar que admitir la validez del pacto de ley extranjera en los contratos celebrados en Colombia solamente en los casos en que se pacte arbitramento, significaría un trato discriminatorio carente de fundamento frente a los contratos cuyas controversias se sometían a la jurisdicción estatal²⁶. Además, cabe agregar, el artículo 1328 tiene naturaleza especial por la materia regulada en el capítulo donde está ubicado, que es el contrato de agencia comercial, por lo que no podría entenderse que quedó derogado tácitamente por la ley arbitral (en su momento la Ley 315 de 1996 y actualmente la Ley 1563 de 2012) que a pesar de ser posterior, no es una regla especial frente a la regulación sobre agencia, de forma que tratándose de contratos de agencia comercial sometidos a arbitraje internacional, la Ley 315 tenía y la Ley 1563 tiene como limitante el artículo 1328²⁷.

Adicionalmente, cabe señalar que la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales presenta límites que se manifiestan ya sea en las normas que pretenden derogar, al igual que en las normas imperativas del Derecho elegido y del Derecho del foro, así como eventualmente las de un tercer Estado.

Como se advierte, las partes no pueden derogar la aplicación de normas imperativas de la ley que en principio deba regir el contrato. En ocasiones, son las propias normas las que imponen dicha limitante, como es el caso del artículo 1328 del Código de Comercio colombiano. No obstante, en caso en que las propias

25 En este sentido también Héctor Mauricio Medina Casas, *La ley aplicable al contrato*, en *Los contratos en el Derecho Privado*, 376 (Fabricio Mantilla Espinosa; Francisco Ternera Barrios (Directores académicos), Universidad del Rosario – Legis, Bogotá, 2007).

26 Zapata de Arbeláez, *op. cit.*, 36.

27 En otras épocas había sostenido en foros académicos mi adhesión a la tesis que considera que el artículo 1328 cedía ante la Ley 315, basado seguramente en los sugestivos análisis de Carlos Umaña Trujillo, *El arbitraje y la agencia mercantil: los efectos de los laudos arbitrales extranjeros frente a las normas sobre agencia mercantil*, en *El contrato de arbitraje*, 358 (Eduardo Silva Romero (Director académico), Fabricio Mantilla Espinosa (Coordinador académico), Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005). Felipe Cuberos de las Casas, *Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis*, 35 *Revista de Derecho Privado*, 28 – 29 (2005).

normas no lo dispongan corresponde verificar si se trata de reglas imperativas, conforme a las disposiciones que sobre el particular existan en los ordenamientos respectivos.

En el caso europeo, el Reglamento Roma I introduce una limitante a los contratos celebrados con consumidores, en los cuales, no obstante estar permitida la elección de ley aplicable al contrato, esta no podrá significar un desmejoramiento en los mecanismos de protección de sus derechos, tal como se establece en el artículo 6.2, cuyo apartado pertinente establece:

sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

La justificación de dicha limitante proviene de la posibilidad que resulta riesgosa para el consumidor de enfrentarse a cláusulas de escogencia de ley impuestas por la parte profesional en detrimento de sus intereses²⁸.

No obstante, el artículo 6 del Reglamento Roma I contiene una excepción poco conveniente consistente en que si se trata de contratos de prestación de servicios, cuando estos deban prestarse a consumidor exclusivamente en un país distinto de aquel en que el consumidor tenga su residencia habitual, es posible que si se incluya una cláusula de ley aplicable, que obviamente será impuesta por el empresario²⁹. Igualmente, entran dentro de dichas exclusiones los contratos de transporte organizados por un precio global que incluyen alojamiento (art. 6.4b), contratos sobre inmuebles (art. 6.4 c), contratos sobre adquisición de valores negociables mediante oferta pública de adquisición y contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva (art. 6.4. d) al igual que contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y venta sobre instrumentos financieros (art. 6.4.e)³⁰.

28 Carrascosa González, *op. cit.*, 270 - 271.

29 Carrascosa González, *op. cit.*, 273.

30 Cfr. Carrascosa González, *op. cit.*, 273 - 275.

Además de las normas imperativas resulta como limitante al pacto de ley el “orden público”. Este es un concepto cuyo contenido y alcance resulta difícil de determinar, como bien lo expresó en su momento Carlos Holguín, al señalar que el orden público internacional en materia de Derecho Internacional Privado, deben entenderse como “aquellos pocos principios esenciales de las instituciones y la legislación de un país que por su importancia excluyen la aplicación de las leyes o sentencias extranjeras”³¹. De la misma forma lo asume la doctrina extranjera, al señalar que se trata de un conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado³².

En la jurisprudencia, la Corte Suprema ha tendido en los últimos tiempos a adoptar un concepto amplio de orden público:

*“orden público” es, en último análisis, un problema de justicia que obliga a advertir la evolución de ese concepto en el espacio y en el tiempo, examen que por lo tanto ha de adecuarse siempre a criterios jurídicos actualmente en vigor y no a la consulta literal de disposiciones que cual ocurre por ejemplo con los arts. 19 y 20 del C. Civil colombiano, al tomarlas de manera aislada traen como resultado el hacer prevalecer un “orden público” defensivo y destructivo, no así el “orden público” dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo*³³.

Recientemente la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse con respecto al concepto “orden público” a propósito de la solicitud de exequátur de un laudo dictado por el Centro Internacional de Disputas -C.I.D.R.- con sede en Nueva York. En relación con una de las razones que se argumentaron para que se negara la ejecución del laudo por considerar que violaba el “orden público”, la Corte estableció, reiterando lo expuesto en el fallo de 5 de noviembre de 1995, que:

31 Carlos Holguín Holguín, *La noción de orden público en el campo internacional*, 290 – 291 *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 9 ss (1990 – 1991).

32 Cfr. Osvaldo J. Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, 1, 42 (3ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2003). Igualmente: Mayer; Heuzé, *op. cit.*, 149 - 153.

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

el concepto de “orden público” se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas³⁴.

Siguiendo el concepto adoptado en este fallo, la Corte Suprema de Justicia agregó en Sentencia del 8 de noviembre del 2011 relativa también a un exequátur de una sentencia extranjera:

Definido el orden público en función de los principios y valores fundamentales del sistema u ordenamiento jurídico, su noción atañe al núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad. Es positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica. En sentido político atañe al conjunto de principios relativos a la existencia y funcionamiento del Estado, estructura general del poder público, la libertad y derechos fundamentales de la persona como sujeto singular en relación al grupo social al cual pertenece.

Trátase de valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales.

En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular. En el ámbito internacional, la noción de orden público se remite a los principios y valores universales de la civilización, moralidad y justicia, comúnmente aceptados en el concierto de las naciones civilizadas.

De este modo, las normas foráneas en una cuestión litigiosa han de ser en su finalidad y consecuencias compatibles con los principios y valores del sistema u ordenamiento jurídico interno cuando se trata del orden público

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de julio de 2011, M.P. Ruth Marina Ruiz Rueda.

local o interno de cada Estado, o con los aceptados y compartidos en la comunidad internacional (normas de policía de derecho internacional privado que comportan elección a priori de la solución del derecho aplicable al fondo), en tratándose del orden público internacional, más que a la ley del foro (lex fori) o de la causa (lex causae), y cuya confrontación se hace con las directrices aceptadas por el Estado donde pretende aplicarse u obtenerse el exequátur de la providencia extranjera.

Empero, el orden público a efectos del exequátur de una sentencia foránea, en principio, se contiene en las leyes u otras disposiciones colombianas, exceptuadas las procesales (art. 694, 2o., C. de P.C.), es excepcional, restrictivo y se aprecia por el juzgador en perspectiva dinámica, elástica y variable (sentencias de exequátur de 19 de julio de 1994, CCXXXI, 90 y 94; 26 de julio de 1995, CCXXXVII, 209; 24 de septiembre de 1996, CCXLIII, 451; 5 de noviembre de 1996, CCXLIII, 601-602)³⁵.

Puede advertirse en consecuencia, una clara tendencia en el Derecho contemporáneo a admitir la validez del pacto de elección de ley aplicable a contratos internacionales, que resulta admisible en Colombia según los criterios esbozados máxime cuando la jurisprudencia viene acogiendo un concepto amplio de orden público internacional como se vio en los párrafos anteriores al igual que la posibilidad de pactar como ley del contrato un instrumento de *soft law*, lo que sin duda flexibiliza la rigidez con que se han interpretado con anterioridad las reglas civiles y comerciales en torno a dicha posibilidad.

II. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

No siempre las partes pactan la ley que regirá el contrato. Ante ello es necesario acudir a las reglas de conflicto para determinar cuál será la ley nacional aplicable. En este punto se procederá a identificar las reglas colombianas sobre determinación de la ley aplicable a contratos internacionales con el fin de señalar los interrogantes que estas generan, para pasar a compararlas con las reglas contenidas en los instrumentos internacionales.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de noviembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, Referencia: E-11001-0203-000-2009-00219-00.

En Estados Unidos la jurisprudencia ha tendido a aplicar el derecho que resulte más apropiado en virtud de los puntos de contacto más significativos con la relación contractual. Esta regla fue acogida en *Auten vs. Auten*³⁶. En el caso, referido a la ejecución de un contrato de separación entre los cónyuges que se había celebrado en Nueva York, que además era la ley del foro y donde estaba domiciliada una de las partes al celebrar el contrato, se decidió aplicar las leyes inglesas al considerar que el juez no debía considerar solamente la ley de celebración o cumplimiento del contrato sino la del lugar de contactos más significativos con la relación contractual. Esta regla ha sido incorporada en el *Restatement of the Law of Conflicts of Laws* s. 188, donde se establece que los puntos de contacto más significativos que deben tomarse en cuenta para establecer la relación más estrecha y así la ley aplicable son:

- a. Lugar de celebración del contrato
- b. Lugar de negociación del contrato
- c. Lugar de ejecución
- d. Lugar de la materia objeto del contrato
- e. Domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución de la persona jurídica y lugar de negocio de las partes.

Esta concepción influenció la estructuración del principio de proximidad fundamentado en que el contrato se rige por la ley con la que tenga los vínculos más estrechos que fue asumido por el Convenio de Roma de 1980 y por ende, el Reglamento Roma I, en norma que prevé la posibilidad de que las partes no pacten la ley aplicable al contrato. En este sentido, el Reglamento Roma I dispone en el artículo 4.1:

36 N.Y., 1954, 124 N. E. 2d 99. Disponible en: <http://www.uniset.ca/other/css/124NE99.html>. Cfr. Medina Casas, *op. cit.*, 375. David D. Siegel, *Conflicts*, 104 – 205 (West Group, St. Paul, 1994). Symeon C. Symeonides; Wendy Collins Perdue y Arthur T. von Mehren, *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, 113 – 116 (West Group, St. Paul, 1998).

A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará por las presunciones establecidas en los párrafos a) a h) del art. 4.1, que se refieren a ocho tipos de contratos distintos, cuya ley aplicable es siempre la de la residencia habitual del prestador característico.

El antecedente de esta norma es el artículo 4.1. de la Convención de Roma de 1980, que establecía que a falta de elección el contrato se regía por la ley del país con el que presente vínculos más estrechos, lo que se presumía señalando que el contrato tenía los vínculos más fuertes con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica, tuviere su residencia habitual en el momento de celebración del contrato, o su administración central, tratándose de una sociedad, asociación o persona jurídica³⁷.

37 El texto de la norma era el siguiente:

“Ley aplicable a falta de elección. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

«2. Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento.

«3. No obstante, lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.

«4. El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus lazos más estrechos con este país. Para la aplicación del presente apartado, se consideraran como contratos de transporte de mercancías los contratos de flete para un solo viaje u otros contratos cuando su objetivo principal sea el de realizar un transporte de mercancías.

«5. No se aplicara el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 deberán descartarse cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país”. Sobre estos criterios Castellanos Ruiz, ob. cit., 112 y sigs.

Este sistema de presunciones generó interrogantes e inconvenientes, sobre todo en cuanto a qué debiera entenderse por prestación característica. Igualmente, en cuanto a la primacía del concepto de “vínculos más estrechos” por sobre las presunciones de la norma en relación con la prestación característica, en la jurisprudencia existieron casos que hicieron que prevaleciera el primero, como por ejemplo el fallo de la SAP alicante de 12 de diciembre del 2003, según el cual los vínculos más estrechos del contrato se determinaron no sobre la base de la ley que regía en el sitio de residencia habitual de quien debía ejecutar la prestación característica, sino por el idioma y nacionalidad de los contratantes³⁸.

No obstante, otros sectores prefirieron aplicar la ley que rigiera en el país donde tenía su residencia habitual quien debía ejecutar la prestación característica, por entenderlas como “presunciones fuertes”. Castellanos cita en este sentido la SAP Barcelona 21 marzo del 2003, que en un caso de compraventa internacional en el que el vendedor (prestador característico) tenía su sede en España, decidió aplicar el Derecho español, pese a que las máquinas objeto del contrato debían instalarse en Austria³⁹.

En relación con el concepto “prestación característica”, se entendió de forma mayoritaria la prestación no dineraria objeto del contrato, como por ejemplo tratándose de compraventa sería la obligación de entregar el bien, no obstante que no hubo decisiones uniformes sobre el particular⁴⁰.

El Reglamento Roma I, como una forma de superar la incertidumbre derivada de la calificación de la prestación característica, distingue en el artículo 8 la que se entiende por tal en algunos contratos en particular:

Ley aplicable a falta de elección

38 *JUR* 2003/74059. Cfr. Castellanos Ruiz, *op. cit.*, 115.

39 *JUR* 2003/199804. Cfr. Castellanos Ruiz, *op. cit.*, 117.

40 Castellanos Ruiz, *op. cit.*, 118.

1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

Carrascosa indica que el legislador comunitario escogió estos ocho contratos teniendo en cuenta que son los más difundidos en la contratación internacional, con lo que “el legislador intenta, con ello, determinar la Ley aplicable a los mismos [sic] de un modo rígido, seguro y directo”⁴¹. En los casos de contratos que no se encuentren enumerados en la lista, o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado el artículo 4.2 establece que aquellos se regirán por la ley del país donde tenga su residencia habitual el que deba realizar la prestación característica del contrato, ante lo cual deberán ser los tribunales a quienes corresponderá hacer tal calificación

41 Carrascosa González, op. cit., 176.

para lo que seguirá siendo válido el concepto que había acogido la jurisprudencia mayoritaria de considerarla la prestación no dineraria, aunque resultará complejo determinarla en los eventos en que las prestaciones correlativas sean ambas no dinerarias.

Igualmente, el numeral 3 de dicho artículo establece una cláusula de escape conforme a la cual si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país, lo que permite cierta flexibilidad al juez a la hora de establecer como reguladora del contrato una ley con la que este presente vínculos más estrechos⁴². Finalmente, el numeral 4 establece una cláusula de cierre en la que señala que cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos⁴³.

Cabe señalar que la teoría de los vínculos más estrechos para la determinación de la ley aplicable a contratos internacionales, fue adoptada por la Convención de México de 1994 en el artículo 9º, norma que establece:

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.

La norma interamericana da un amplio margen al juez para la valoración al no estructurarse, a diferencia de la europea,

42 Esplugues Mota; Iglesias Buhigues, *op. cit.*, 455.

43 Castellanos Ruiz, *op. cit.*, 120.

sobre puntos de contrato rígidos y tampoco a presunciones⁴⁴. También cabe resaltar la posibilidad que consagra de acudir a principios adoptados por organismos internacionales, como pueden ser los Principios de Unidroit, con lo que la normativa americana permite la adopción no solo por las partes sino también por los jueces, de las reglas de la *lex mercatoria*, punto en el que resultan también más amplias que las europeas.

Ante la que parece ser una negativa de los Estados en adherir al Convenio de México, valdría la pena que los operadores jurídicos –abogados y jueces– intentaran aplicarla por lo menos en el caso colombiano, por la vía del artículo 7 de Código de Comercio, norma que establece la posibilidad de tomar decisiones con base en tratados no ratificados por Colombia. Ha de recordarse que ya en la exposición de motivos del Proyecto de 1958, antecedente del Código vigente, sobre el particular se señaló:

Los tratados internacionales con fuerza de ley constituyen reglas de derecho que operan como verdaderas leyes comerciales; por eso lo que se invoca en este cuarto lugar son los tratados que no tienen esa fuerza de ley, pero que recogen una experiencia internacional provechosamente utilizable para llenar los vacíos de las demás reglas adoptadas. Con ello se salva, una vez más, la tendencia del derecho comercial hacia su unificación internacional, con indiscutibles ventajas para el comercio del país⁴⁵.

En cuanto a las normas colombianas ya mencionadas, especialmente los artículos 869 y 1328 del Código de Comercio, puede decirse que estas consagran una regla de conflicto unilateral en el sentido que no consulta lo que pueda suceder con la ley que rija el contrato en el lugar de celebración, además de escoger como ley del contrato la colombiana a partir de un punto de conexión rígido: supone que todo el contrato se ejecutará en el país⁴⁶. No obstante, la realidad comercial muestra que esto no

44 Eugenio Hernández – Bretón, *La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina*, 9 *DeCITA*, 178, (2008).

45 Comisión Revisora del Código de Comercio, *Proyecto de Código de Comercio t. II*, 13 (Ministerio de Justicia, Bogotá, 1958).

46 Medina Casas, *op. cit.*, 374.

ocurre en todos los casos, puesto que hay prestaciones en ciertos contratos (por ejemplo, el pago del precio en la compraventa) que se ejecutan en un lugar diferente a aquel en el que se desarrollan otras de las obligaciones del contrato. Ante esto, no es claro si la norma colombiana regirá todo el contrato o si, por el contrario, este tendrá varias leyes que lo rijan.

En la doctrina colombiana, este punto ha sido advertido por Zapata, al señalar que la consecuencia de tener varias normas que rijan el contrato puede llevar a contradicciones en su aplicación e interpretación⁴⁷. Por esto, y hasta tanto no se produzca una reforma legislativa, bien podría acudir a la Convención de México de 1994, conforme a los criterios ya anotados, a fin de dar una nueva lectura de las reglas conflictuales mencionadas, de manera que por vía interpretativa pueda llegarse a una solución similar a la contenida en dicha Convención, que como se insiste, es por la que opta el Derecho Internacional Privado moderno.

III. LA LEY APLICABLE SEGÚN LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO UNIFORME

La realidad global de las relaciones económicas ha traído consecuencias jurídicas, consistentes básicamente en un intento por armonizar y unificar los instrumentos regulatorios, que brinden soluciones verdaderamente internacionales a los contratos al disciplinarlas de manera autónoma⁴⁸.

Durante las últimas décadas se ha venido consolidando el Derecho Comercial Internacional, integrado por una serie de instrumentos jurídicos de diversa naturaleza cuyo fin es regir los contratos internacionales y de esta forma reducir la incertidumbre y los problemas en cuanto a la determinación del régimen aplicable, conforme a las reglas conflictualistas del Derecho Internacional Privado. La forma como se pretende reducir dichos

47 Zapata de Arbeláez, *op. cit.*, 30 - 31. Recientemente también Aljure ha advertido la consecuencia del *dépeçage*: Aljure Salame, *op. cit.*, 97.

48 Illescas Ortiz, Rafael; Perales Viscasillas, Pilar, *Derecho mercantil internacional, el Derecho uniforme*, 31 - 32 (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003).

inconvenientes es mediante la unificación o armonización de la legislación aplicable a las transacciones comerciales, tema en el que la doctrina ha venido insistiendo desde la primera mitad del siglo XX⁴⁹.

Varios autores destacan que el Derecho Mercantil Internacional en gran parte ha sido creado sin la mediación del poder legislativo de los Estados y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme las relaciones comerciales⁵⁰, que se manifiestan en las prácticas contractuales surgidas en el mundo de los negocios, en los usos del comercio internacional, en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales y conforman un cuerpo de reglas jurídicas que rigen las operaciones económicas que en últimas constituye un Derecho objetivo separado del ordenamiento estatal que ha sido denominado “nueva *lex mercatoria*”, expresión de la “*Societas mercatorum*”, que al intentar superar los particularismos aspira a ser un derecho universal sin acudir a las reglas de conflicto del Derecho Internacional⁵¹. La expresión, recuerda la *lex mercatoria* medieval de carácter universal, que constituía un Derecho creado por los comerciantes, cuyas fuentes estaban conformadas por los usos, los estatutos de los gremios de mercaderes y la jurisprudencia de la *curiae mercatorum*⁵².

La armonización es un objetivo que han perseguido varias instituciones intergubernamentales y gremiales, tales como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la

49 Pueden verse los planteamientos de Rebel sobre las conveniencias de dotar al mundo de una legislación uniforme en Ernst Rabel, *El fomento internacional del Derecho Privado*, 218 *Revista de Derecho Privado*, 321 - 223 (1931) y Ernst Rabel, *El fomento internacional del Derecho Privado (Conclusión)*, en 219 *Revista de Derecho Privado*, 219, 263 - 375 (1931).

50 Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, 238 (Il Mulino, Bologna, 2001).

51 Galgano, *op. cit.*, 239. Francesco Galgano y Fabrizio Marrella, 227 - 228 (*Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2004). Fabrizio Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principio de Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, en *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, 19 ss (directo da Francesco Galgano, volume trentesimo, Cedam, Padova, 2003).

52 Así, Berthord Goldman, *Frontières du droit et «lex mercatoria»*, 9 *Archives de philosophie du Droit. Le droit subjectif en question*, 1772 (1964). Clive M. Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*, 129 II *Current Law and Social Problems*, (1961), reproducido en *Clive Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, 20 - 37 (edited by Chia - Jui Cheng, Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman, The Netherlands, 1988).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (Uncitral) y la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). El método utilizado para la unificación y armonización no ha sido solamente el de preparar tratados internacionales (no obstante el éxito de algunos de ellos, tal como ha sucedido con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías), sino también mediante leyes y disposiciones modelo, guías legislativas, recopilaciones de reglas y principios y contratos modelo, de forma que gran parte de los instrumentos de armonización componen el que en la doctrina ha sido denominado como *soft law*, cuyo valor normativo no depende de la voluntad legislativa de los Estados, sino de la voluntad de las partes de incorporarlos a los contratos, la decisión de los árbitros y jueces de fallar conforme a ellos al reconocerlos como manifestación de la *lex mercatoria* o en definitiva, por su propia fuerza persuasiva, tal como ha sucedido con los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales; las reglas y usos uniformes sobre crédito documentario; los términos Incoterms, etc.⁵³, todo con el fin de encontrar una regulación sustancial a los contratos internacionales, a efectos de reducir los problemas derivados del Derecho Internacional Privado⁵⁴.

De esta forma, en el Derecho Comercial Internacional se pueden encontrar normas de *hard law* y otras de *soft law*, expresiones utilizadas para agrupar a los instrumentos de naturaleza legal y a aquellos que no provienen de la voluntad del Estado sino que derivarán su fuerza coercible por la incorporación directa hecha por las partes al contrato, tal como sucede con los Principios

53 José Carlos Fernández Rozas, “Contratación comercial internacional”, en *Derecho de los negocios internacionales*, 62 – 64 (José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2011).

54 Carrascosa González, *op. cit.*, 32. Aldo Frignani y Marco Torsello, *Il contratto internazionale, Diritto comparato e prassi commerciale*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 53 – 58 (diretto da Francesco Galgano, volume dodicesimo, seconda edizione, Cedam, Padova, 2010). Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, *op. cit.*, 31 – 35. Maximiliano Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 227 ss. (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).

de Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales, conforme ya se señaló⁵⁵.

También cabe incluir dentro del Derecho de *soft law* todos aquellos instrumentos que derivan de otros centros de producción normativa, como son los contratos, o en algunos casos, los llamados “códigos de conducta” y los reglamentos de carácter profesional, que obedecen a la tendencia a dictar instrumentos de autorregulación⁵⁶. Así, debe destacarse que para lograr la unificación del Derecho Comercial Internacional no solo se ha utilizado el método legislativo propio de las codificaciones europeo continentales y las que en ellas se basan, sino también la formulación de *restatements*, o conjuntos de reglas, que en principio tendrán valor por vía de la sumisión expresa de los contratos a ellas, las cuales a su vez provienen del intento de recopilar las reglas de derecho decantadas por medio de precedentes jurisprudenciales, sin otra autoridad que la persuasiva⁵⁷. Tal es el caso de los términos Incoterms, las Reglas y Usos Uniformes sobre crédito documentario, los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, las cláusulas de la CCI para el comercio electrónico (eICC terms 2004) entre otras, que en conjunto pretenden ofrecer una respuesta a la lentitud del proceso unificador legislado.

En este punto puede verse la confluencia de las técnicas de producción del Derecho anglosajón y del Derecho europeo continental, dado que se quiere en algunos casos expedir conjuntos de normas organizadas sistemáticamente al modo de los códigos que tengan a su vez el valor de leyes en sentido estricto, cuyas principales manifestaciones vienen a ser las Convenciones

55 José Carlos Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, 187 ss (Colegios Notariales de España, Madrid, 2003). En este punto, cabe precisar, que las reglas de la *nueva lex mercatoria*, en ocasiones tendrán naturaleza consuetudinaria y en otras profesional, que devienen obligatorias por el hecho de su incorporación al contrato. Jacquet; Delebecque; Corneloup, *op. cit.*, 17 - 56. Manuel Olivencia, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual*, 201 *Revista de Derecho Mercantil*, 383 (1991).

56 Fernández Rozas, *op. cit.*, 187.

57 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *An introduction to comparative law*, 24 ss (translated by Tony Weir, 3rd edition, Oxford, New York, 1998) 24 ss.

internacionales y, por otro lado, se trata simplemente de instrumentos de naturaleza no legislativa, que servirán para ilustrar a árbitros, jueces y abogados en causas de su interés y cuando mucho podrán servir de ley contractual por vía de incorporación expresa al contrato⁵⁸.

Los instrumentos de Derecho uniforme regulan de forma directa los contratos internacionales cuando se verifiquen sus factores de aplicación, entre los que se encuentra el “geográfico”. En este sentido el artículo 1.1. (a) de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, según el cual esta se aplicará a los contratos entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando estos sean Estados contratantes o parte de esta estando además conscientes de ello al momento de la celebración del contrato, tal como se infiere del artículo 1.2⁵⁹ y sin importar si el contrato se ha celebrado y ejecutado en el mismo país⁶⁰.

En tal caso, la Convención resultará aplicable, a menos que las partes la hubieren excluido total o parcialmente, de forma expresa o tácita, conforme al artículo 6. De esta manera, se aplica excluyendo las normas de Derecho Internacional Privado que en principio resultaren aplicables⁶¹. El efecto consagrado se puede describir también en el sentido de entender que la normativa uniforme adquiere una relación de especialidad tanto frente a

58 Carrascosa González, *op. cit.*, 41 - 42.

59 Cfr. Alfonso Luis Calvo Caravaca, *Artículo 1*, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 50 (Luis Díez Picazo y Ponce de León (Director), Civitas, Madrid, 1998). Ferrari afirma que la internacionalidad debe ser manifiesta para ambas partes. “Para apreciar la apariencia a la que se acaba de hacer referencia es preciso acudir a algunos elementos objetivos establecidos de modo taxativo, como son el mismo contrato y los tratos que han mediado entre las partes, así como la información que las partes han intercambiado con anterioridad o en el momento de la celebración del contrato”. Franco Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, 62 (traducción de Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Bosch, Barcelona, 2009).

60 Tomás Vázquez Lépinette, *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, 66 (Aranzadi Editorial, Elcano Navarra, 2000).

61 Luis Fernández De La Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca, *Derecho Mercantil Internacional*, 575 (2ª edición, Tecnos, 1995). La jurisprudencia así lo ha reconocido. *Tribunale di Rimini, Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A*, Italia, 26 de noviembre de 2002, clout 608, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>.

las reglas de conflicto, como a las nacionales⁶². No obstante, la Convención no excluye del todo la aplicación de las legislaciones nacionales aplicables según las reglas de conflicto, toda vez que a ellas se puede acudir cuando no se encuentre solución al caso concreto en sus propias normas y demás fuentes que la integran, posibilidad consagrada en el artículo 7.2. De todas maneras debe destacarse que este mecanismo residual para llenar las lagunas de la Convención está supeditado a que primero se traten de encontrar soluciones en los principios en los que esta se basa, tal como lo establece el mismo artículo citado.

En Colombia no se registran fallos que hayan aplicado la Convención. Por el contrario, en un caso reciente decidido por el Tribunal Superior de Bogotá de 30 de junio de 2008, que a todas luces quedaba regido por ella, se decidió aplicar la regla de conflicto del Código de Comercio. Los hechos fueron los siguientes:

Se celebró un contrato de venta de una mercancía entre un vendedor establecido en Ecuador y un comprador establecido en Colombia. El vendedor demandó al comprador por mora en el pago del precio. En primera instancia se decidió que el comprador no había sido recurrido en mora, por lo que en el alegato en apelación, el demandante señaló que conforme al artículo 947 del Código de Comercio, el comprador debe pagar en el plazo estipulado o al recibir el bien. El tribunal estableció que según el artículo 869 del Código de Comercio, el contrato debía

62 En esta vía se ha señalado que el artículo 1º de la Convención de Viena es una regla de conflicto unilateral, cuyo fin es delimitar el ámbito espacial y material del Convenio. Beatriz Campuzano Díaz, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, 106 – 107 (Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2000). La autora bien denomina a la aplicación de la Convención según el supuesto del artículo 1º como “norma de aplicación” frente a la “norma de conflicto” del Derecho Internacional Privado. Por otro lado citando a Lemhöfer anota que “... la norma de conflicto lleva a la nacionalización de la relación jurídica, mientras que la norma de aplicación a la designación de un derecho uniforme elaborado para este tipo de relaciones”. Campuzano Díaz, *op. cit.*, 108. El artículo 90 establece que si la Convención se topare con otros acuerdos internacionales que contengan disposiciones relativas a las materias que se rijan por la misma [sic], la primera no prevalecerá sobre aquellos. En este punto no se comprenden los tratados de Derecho Internacional Privado, puesto que la Convención, como se mencionó, no regula el conflicto de leyes. Sobre este tema véase Ferrari, *op. cit.*, 21 - 24.

regirse por este, con base en lo cual accedió a las pretensiones basándose en las normas internas más intereses moratorios “a la tasa que fije la Junta Directiva del Banco de la República a la fecha del pago”.

La crítica que se puede hacer al fallo es que el Tribunal debió aplicar la Convención, en lugar del Código de Comercio según la regla del artículo 869 del mismo, la que resultaba ser la ley del contrato dado que las partes se encontraban establecidos en estados diferentes parte de la Convención a la celebración del contrato y materialmente se trataba de una operación regida por la misma, de forma que , y para la pretensión, los artículos 53 y ss., y el 78 para la indemnización e intereses.

IV. CONCLUSIONES

Como conclusiones de lo expuesto pueden plantearse las siguientes:

1. Las reglas de conflicto colombianas, consagradas en los artículos 869 y 1328 del Código de Comercio son unilaterales. Como tal, deciden a favor de la aplicación de las reglas nacionales aplicables al fondo del asunto.
2. El supuesto de hecho normativo consagrado en los artículos 869 y 1328 no tiene en cuenta los eventos en que el contrato se ejecuta parcialmente en Colombia y en el extranjero, de lo cual se infiere que podrá tener más de una ley aplicable, generándose un *dépeçage*, figura que es calificada como insegura por la doctrina pues conlleva problemas de interpretación y aplicación de las leyes del contrato. Lo anterior podría evitarse si mediante una reforma legislativa se adoptare la teoría de la prestación característica o de los vínculos más estrechos, lo que permitiría armonizar las reglas de conflicto nacionales con aquellas que rigen en países o bloques económicos como son Estados Unidos y Europa, con los cuales Colombia tiene estrechos lazos comerciales, entre otros, Tratados de Libre Comercio en proceso de implementación. A ello se podría llegar si Colombia adhiriera y ratificara la Convención Interamericana sobre determinación de la ley aplicable a contratos internacionales que trate soluciones similares a la europea y estadounidense.
3. Aunque por vía interpretativa se puede inferir que las reglas de conflicto nacionales permiten (al menos en contratos diferentes a la agencia) el pacto de ley extranjera y advertirse tendencias jurisprudenciales que la favorecen, hay sectores de la doctrina que lo rechazan, por lo que se requeriría una reforma legislativa que de manera clara permitiera tal posibilidad. En este punto vuelve a hacerse necesaria la adhesión de Colombia a la Convención

- Interamericana sobre determinación de la ley aplicable a contratos internacionales, la que sí recoge tal posibilidad.
4. Finalmente, no obstante que Colombia ha adoptado instrumentos de Derecho uniforme, como la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, esta no ha tenido la aceptación e impacto que sí en otros países. Incluso se observa un caso reciente donde los jueces no advierten su presencia y antes al contrario, favorecen la aplicación de normas nacionales a las que llegan por aplicación del artículo 869 del Código de Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Aldo Frignani y Torsello, Marco, *Il contratto internazionale, Diritto comparato e prassi commerciale*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economía* (diritto da Francesco Galgano, volume dodicesimo, seconda edizione, Cedam, Padova, 2010).
- Alfonso Luis Calvo Caravaca y Carrascosa González, Javier, *Derecho Internacional Privado*, 1 (12ª edición, Comares, Granada, 2011).
- Antonio Aljure Salame. *El contrato internacional* (Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2011).
- Beatriz Campuzano Díaz. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías* (Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2000).
- Bernard Audit. *Droit International Privé* (sixième édition avec le concours de Louis d'Avout, Economica, Paris, 2010).
- Carlos Esplugues Mota e Iglesias Buhigues, José Luis, *Derecho Internacional Privado* (5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011).
- Comisión Revisora del Código de Comercio, *Proyecto de Código de Comercio t. II*, (Ministerio de Justicia, Bogotá, 1958).
- David D. Siegel. *Conflicts* (West Group, St. Paul, 1994).
- Esperanza Castellanos Ruiz. *El Reglamento «Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles* (Comares, Granada, 2009).
- Fabio Bortolotti. *Diritto dei contratti internazionali*, 1, (terza edizione, Cedam, Milano, 2009).
- Fabrizio Marrella. *La nuova lex mercatoria. Principio de Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economía* (diritto da Francesco Galgano, volume trentesimo, Cedam, Padova, 2003).
- Francesco Galgano y Marrella, Fabrizio, *Diritto del commercio internazionale*, (Cedam, Padova, 2004).
- Francesco Galgano. *Lex mercatoria* (Il Mulino, Bologna, 2001).
- Franco Ferrari. *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías* (traducción de Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Bosch, Barcelona, 2009).
- Javier Carrascosa González. *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I* (Colex, Madrid, 2009).
- Jean Michel Jacquet; Delebecque, Philippe; Corneloup, Sabine, *Droit du commerce international* (2ª edición, Dalloz, Paris, 2010).
- Jorge Suescún Melo. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, II (2ª ed., Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2003).

- José Carlos Fernández Rozas, Arenas García, Rafael y Miguel Asensio, Pedro Alberto de, *Derecho de los negocios internacionales* (3ª edición, Iustel, Madrid, 2011).
- José Carlos Fernández Rozas. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales* (Colegios Notariales de España, Madrid, 2003).
- Luis Fernández de La Gándara y Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *Derecho Mercantil Internacional* (2ª edición, Tecnos, 1995).
- Maximiliano Rodríguez Fernández. *Introducción al Derecho Comercial Internacional* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).
- Osvaldo J. Marzorati. *Derecho de los negocios internacionales*, 1 (3ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2003).
- Peter Nygh. *Autonomy in international contracts* (Oxford, New York, 1999).
- Pierre Mayer; Heuzé, Vincent, *Droit International Privé* (10ª édition, Montchrestien, L'extenso éditions, Paris, 2010).
- Rafael Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, Pilar, *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme* (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004).
- Rubén Santos Belandro. *El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología* (2ª ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998).
- Sara L. Földstein de Cárdenas. *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995).
- Symeon C. Symeonides, Perdue, Wendy Collins; von Mehren, Arthur T., *Conflict of Laws: American, Comparative, International* (West Group, St. Paul, 1998).
- Tomás Vázquez Lépinette. *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial* (Aranzadi Editorial, Elcano Navarra, 2000).
- Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An introduction to comparative law* (translated by Tony Weir, 3ª edición, Oxford, New York, 1998).

Capítulos de libro

- Alfonso Luis Calvo Caravaca. *Artículo 1*, en *La compraventa internacional de mercaderías, comentario de la convención de Viena*, 45-59 (Luis Diez Picazo y Ponce de León (Director), Civitas, Madrid, 1998).
- Fabrizio Marrella. *Autonomia privata e contratti internazionali*, en *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, 217 - 264 (a cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Milano, 2005).
- Carlos Umaña Trujillo. *El arbitraje y la agencia mercantil: los efectos de los laudos arbitrales extranjeros frente a las normas sobre agencia mercantil*, en *El contrato de arbitraje*, 455 - 471 (Eduardo Silva Romero (Director académico), Fabricio Mantilla Espinosa (Coordinador académico), Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005).

Revistas

- Alberto Zuleta Londoño. “Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano”, 44 *Revista de Derecho Privado*, 1 - 35 (2010).
- Alfonso Luis Calvo Caravaca. El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas, 1 *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 52-133 (2009).
- Berthord Goldman. *Frontières du droit et «lex mercatoria*, 9 *Archives de philosophie du Droit. Le droit subjectif en question*, 177 - 192 (1964).
- Carlos Holguín Holguín. *La noción de orden público en el campo internacional*, 290-291 *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 9 ss (1990-1991).
- Clive M. Schmitthoff. *International Business Law: A New Law Merchant*, en II *Current Law and Social Problems*, 129 (1961), (reproducido en *Clive Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, 20-37 edited by Chia-Jui Cheng, Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman, The Netherlands, 1988).
- Ernst Rabel. *El fomento internacional del Derecho Privado (Conclusión)*, 219 *Revista de Derecho Privado*, 263-375 (1931).
- Ernst Rabel. *El fomento internacional del Derecho Privado*, 218 *Revista de Derecho Privado*, 321 - 323 (1931).
- Eugenio Hernández-Bretón. *La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina*, 9 *DeCITA*, 167 - 189 (2008).
- Felipe Cuberos de las Casas. *Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis*, 35 *Revista de Derecho Privado*, 1-34 (2005).
- Héctor Mauricio Medina Casas. *La ley aplicable al contrato*, en *Los contratos en el Derecho Privado*, 371-394 (Fabricio Mantilla Espinosa; Francisco Ternera Barrios (Directores académicos), Universidad del Rosario-Legis, Bogotá, 2007).
- Hernany Veytia. *La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, 25 *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 383 - 397 (1995).
- Manuel Olivencia. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual*, 201 *Revista de Derecho Mercantil*, 377-397 (1991).
- Stefan Leible. *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales*, 3 *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 214-233 (2011).

Casos

Colombia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de noviembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, Referencia: E-11001-0203-000-2009-00219-0.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, M.P.

William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-040-2006-00537-01.

Corte Constitucional, C- 276 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Suprema de Justicia, 5 de noviembre de 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, 27 de julio de 2011, M.P. Ruth Marina Ruiz Rueda.

Francia

Civ. 5 déc. 1910, S. 1911, note Lyon-Caen, *RDIP* 1911. 395 *JDI* 1912. 1156, *GA* 11.

España

SAP Alicante de 12 de diciembre de 2003, en *JUR* 2003/74059.

SAP Barcelona 21 marzo 2003, en *JUR* 2003/199804.

Estados Unidos

Auten vs. Auten, N.Y., 1954, 124 N. E. 2d 99.

Italia

Tribunale di Rimini, Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A, Italia, 26 de noviembre de 2002, clout 608, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>.