

Alcance legal y pertinencia de la Autonomía Conflictual dentro de las controversias contractuales internacionales en Colombia, un estudio a la luz del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica y España

Juan Pablo Dávalos Pardo



Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Departamento de Ciencia Jurídica y Política

Carrera de Derecho

Trabajo de Grado

Luis Félix Barriga
Docente

Septiembre de 2022

Resumen

El derecho de la contratación internacional está permeado por la incertidumbre acerca de la ley aplicable al fondo de las controversias que se susciten entre las partes de un contrato. Para esto, se han propuesto fórmulas que han tratado de resolver el asunto por vía del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en su dimensión conflictual, esto es, permitiendo que sean las mismas partes implicadas quienes, por anticipado, determinen la ley que gobernará su relación contractual, lo que ha llegado a ser un axioma en la contratación internacional. En Colombia no hay una posición diáfana ni completa al respecto, pues su ejercicio pareciera estar restringido según el instrumento jurídico al que apelen las partes para materializarlo: las cláusulas de selección o los pactos arbitrales. En orden de estudiar la situación del derecho internacional privado colombiano, en este trabajo se hace una aproximación a los estatutos que rigen la materia en Estados Unidos y España como puntos de referencia, seguido de algunas conclusiones al respecto.

Abstract

International Contracts Law faces several problems such the uncertainty about the law applicable to disputes that may arise between the parties to the contract. Thus, that issue has been resolved through the party autonomy in choice of law by appealing to the parties freedom to choose the law that would govern their relationship. Party autonomy is nowadays an axiom in international commercial law, although in Colombia there is not enough clarity about that, since it seems to be restricted regarding to the sort of provision the parties prefer to state: whether a choice of law clause or an arbitration clause. In order to site the Colombian private international law case, this paper will approach to the USA and Spain regime that would lead us at the end into some conclusions.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
I. ALGUNAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL	8
1.1. Del Contrato Internacional.....	8
1.1.1. Concepto de Contrato	8
1.1.2. Tesis para determinar cuándo se considera el contrato como internacional.....	9
1.1.3. El contrato internacional en Colombia	10
1.2. De la Autonomía de la Voluntad Privada	12
1.2.1. Dimensiones de la Autonomía de la Voluntad Privada – Autonomía Conflictual	13
1.2.1.1. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la Autonomía Privada en su dimensión Conflictual.....	13
1.2.1.1.1. Críticas a la Autonomía Conflictual.....	15
1.2.2. Límites de la Autonomía de la Voluntad Privada.....	16
1.2.2.1. Orden Público en el Derecho Interno.....	17
1.2.2.2. Orden Público Internacional.....	19
1.3. Cláusulas de selección en los Contratos Internacionales.....	20
1.3.1. Cláusulas de selección de Foro – Concepto y clasificación	21
1.3.1.1. Algunas consideraciones sobre las Cláusulas de Selección de Foro.....	22
1.3.2. Cláusulas de Selección de Ley Aplicable.....	22
1.3.2.1. Modalidades de selección de ley aplicable en los contratos internacionales	23
1.4. Arbitraje Internacional	24
1.4.1. Arbitraje Internacional - Concepto	24
1.4.1.1. Reglamentación jurídica del Arbitraje Privado Internacional – Fuentes de derecho...	25
1.4.2. Pactos de Arbitraje Internacional – Cláusulas Compromisorias y Compromisos Arbitrales.....	25

1.4.2.1. Cláusulas Compromisorias en los Contratos Internacionales	26
1.4.3. Ley aplicable al fondo de la controversia arbitral internacional	27
II. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN COLOMBIA.....	28
2.1. Cláusulas de Selección en Colombia	28
2.1.1. Regulación - Las normas de conflicto en Colombia.....	28
2.2. Arbitraje Privado Internacional en Colombia	33
2.2.1. Regulación del Arbitraje Privado Internacional en Colombia.....	33
2.2.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Colombia a través de las Cláusulas Compromisorias	35
III. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN ESTADOS UNIDOS	36
3.1. Cláusulas de Selección en Estados Unidos	36
3.1.1. Regulación - Las normas de conflicto en Estados Unidos	36
3.1.1.1. Límites Constitucionales a la aplicación de las normas de conflicto en EEUU	38
3.1.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Estados Unidos a través de Cláusulas de Selección	39
3.2. Arbitraje Privado Internacional en Estados Unidos.....	41
3.2.1. Regulación del Arbitraje Privado Internacional en Estados Unidos	41
3.2.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Estados Unidos a través de las Cláusulas de Arbitramento	43
3.2.2.1. Límites a los Pactos Arbitrales.....	44
IV. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN ESPAÑA.....	45
4.1. Cláusulas de Selección en España	45
4.1.1. Regulación. Las normas de conflicto en España - Reglamento Roma I.....	45
4.1.1.1. Ámbito de Aplicación Material del Reglamento Roma I.....	46
4.1.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en España través de Cláusulas de Selección.	47
4.2. Arbitraje Privado Internacional en España	48

4.2.1. Regulación del Arbitraje Privado Internacional en España.....	48
4.2.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en España través de las Cláusulas de Arbitramento	50
V. CONCLUSIONES	52

INTRODUCCIÓN

Con la creciente actividad de los negocios internacionales dada en las últimas décadas, los regímenes de derecho internacional privado de casi todos los países del mundo se han visto avocados a evolucionar hacia estatutos mucho más afines con las necesidades y dinámicas propias de las transacciones transfronterizas, especialmente los que mayor presencia tienen en estas.

El derecho internacional privado tradicionalmente ha regulado asuntos cuyos elementos se localizan en más de un país, planteándose tres grandes interrogantes: en primer orden, ¿cuál es el juez estatal competente o foro para conocer de las controversias que se susciten de las situaciones privadas internacionales?; segundo, ¿cuál sería el derecho aplicable a ellas? y; tercero, ¿cuáles serían los efectos que una decisión judicial o administrativa producirían en un país extranjero en el cual se pretenda ejecutar dicha decisión? (Rojas, 2018).

A ninguno de los tres interrogantes ha podido brindar respuesta efectiva el derecho internacional privado a través de las normas de conflicto debido a su alto grado de incertidumbre, por lo que en el mundo se emprendió la misión de armonizar y unificar los estatutos de derecho internacional privado de la mayor cantidad de países posible y, al mismo tiempo, dotar a las mismas partes de los contratos internacionales de la facultad de elegir el derecho aplicable a sus relaciones.

De esta forma, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, las partes de un contrato internacional acuden a instituciones como las cláusulas de selección de foro y de ley aplicable, o los pactos de arbitraje internacional para trazar y determinar la autoridad judicial, así como el derecho que estos eligen le sea aplicado a sus controversias, según sus necesidades y particularidades negociales.

Este es un razonamiento que siguen los principales estatutos de derecho internacional privado en el mundo entero, más allá de las diferencias culturales, sociales y políticas que puedan existir, y de la divergencia en las tradiciones jurídicas, bien del derecho común o del derecho civil europeo continental. Tal es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica con una tradición jurídica del derecho común, y el caso de España, miembro de la Unión Europea, con una tradición jurídica del derecho civil europeo continental, países que servirán de referencia en el estudio que ocupa este trabajo.

No obstante, en Colombia el ejercicio de la autonomía de la voluntad en su dimensión conflictual a través de instituciones parecidas y con una finalidad semejante como lo son las cláusulas de selección y los pactos de arbitraje internacional, podrían tener consecuencias jurídicas muy distintas y contradictorias. Derogar la competencia de un juez estatal para otorgársela a un tribunal de arbitramento y señalar un derecho estatal aplicable diferente al colombiano por medio de un pacto arbitral es legalmente posible en Colombia, pero hacer lo propio por medio de cláusulas de selección de foro y de ley aplicable, pareciera no serlo.

Dado tal estado de cosas, el objetivo de este trabajo de investigación es determinar el alcance legal y la pertinencia de la Autonomía Conflictual dentro de las controversias contractuales internacionales en Colombia, a partir de un estudio a la luz de los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos de Norteamérica y España.

Así, utilizando una metodología deductiva para su desarrollo, en el presente trabajo se encontrará primeramente una categorización de algunos conceptos que considero esenciales en el derecho de la contratación internacional, los cuales servirán de base para los capítulos posteriores. En el segundo, tercer y cuarto capítulo se hará una aproximación al alcance del ejercicio de la autonomía conflictual en Colombia, Estados Unidos y España, respectivamente, para finalizar con

unas conclusiones basadas en los principales hallazgos, en términos de un diagnóstico de las falencias y virtudes que pueda estar presentando el ordenamiento jurídico colombiano respecto a estos dos países de referencia.

I. ALGUNAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Este capítulo responde al objetivo de investigación número uno que consiste en *definir qué es un Contrato Internacional, la autonomía de la voluntad privada, las cláusulas de selección, y las cláusulas de arbitramento internacional.*

1.1. Del Contrato Internacional

Para los efectos de este trabajo, podemos asimilar el concepto de ‘situación privada’ (género) y el de Contrato (especie) como una misma cosa, aun cuando en una estricta definición de cada concepto se puedan perfectamente diferenciar el uno del otro. Así, los profesores Calvo y Carrascosa (s.f.), para definir qué es una “situación privada internacional” (p.10), proponen pedagógicamente un desglose del término, esto es, primero definir qué es una ‘situación privada’ y después definir cuándo es ‘internacional’.

1.1.1. Concepto de Contrato

Un contrato civil o comercial es un ejemplo de una situación privada. Una situación privada es toda relación jurídica entre particulares, también denominada relación horizontal (Hooft, 2012). Desde una concepción del derecho interno, el contrato se puede definir como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, orientado a crear una o más obligaciones (Alessandri, s.f.). El contrato es fuente de obligaciones, tal vez la más importante en el derecho privado, cuya utilidad

en los intercambios de bienes y servicios es de mayúscula importancia. Al respecto, González (1997) agrega:

El contrato constituye el principal instrumento de que disponen las personas para establecer vínculos de derecho que les permita por sí mismas regular sus propios intereses, o sea, para el adecuado ejercicio del principio de la *'libre autonomía de la voluntad'*, de relieve importancia en el área de los derechos subjetivos. (p.323)

1.1.2. Tesis para determinar cuándo se considera el contrato como internacional

Resulta más retador definir cuándo un contrato tiene el carácter de internacional, para lo cual se han propuesto una serie de tesis en la doctrina internacional:

- a) **Tesis del elemento extranjero puro.** Bajo esta tesis un contrato es internacional cuando presenta al menos un elemento extranjero, indistintamente de su naturaleza. El elemento extranjero puede ser cualquier dato que no tenga conexión con los tribunales que conocerían del asunto, sin importar su naturaleza o intensidad de extranjería, tales como el lugar de celebración, lugar de residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución del contrato, entre otros (Boggiano, 2000).
- b) **Tesis de los efectos internacionales.** Según esta tesis, un contrato es internacional en la medida que este tenga efectos en otros países o repercusiones transfronterizas. Se ha tildado a esta tesis como tautológica (Calvo y Carrascosa, s.f.), luego se ha extendido su alcance entendiendo que los efectos internacionales se presentan en tanto estos causen una circulación de riquezas entre dos o más países.
- c) **Tesis del Domicilio o Residencia de las partes.** Este es uno de los criterios más utilizados en los instrumentos de derecho comercial internacional, el cual consiste en determinar la

internacionalidad de una relación privada cuando las partes tienen su domicilio, residencia o establecimiento de sus negocios en países distintos (Rodríguez, 2009).

1.1.3. El contrato internacional en Colombia

En Colombia, ni en la ley civil ni en la ley mercantil se cuenta con una definición clara y expresa de lo que debe entenderse por ‘contrato internacional’ (Zuleta-Alarcón, 2013). Más complejo aún, no se ha fijado con precisión un criterio mediante el cual se pueda determinar cuándo un contrato tiene el carácter de internacional.

No obstante, mediante Sentencia C-347 de 1997, a través de la cual se hizo control de constitucionalidad a algunos artículos de la anterior ley de arbitramento internacional¹ relativos a la determinación de la internacionalidad del arbitraje, la Corte Constitucional se pronunció, al parecer, acogiendo a la teoría del elemento extranjero puro como criterio de determinación. Veamos:

El actor ha interpretado el numeral 3, demandado, de una sola manera: las partes tienen su domicilio en Colombia, y en la controversia no existe, o no puede existir, un solo elemento extranjero. La Corte no comparte esta interpretación, por las siguientes razones.

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio.

¹ Ley 315 de 1996.

Otra alternativa propuesta para determinar la internacionalidad de un contrato es remitirse por analogía al literal a del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 (ley de arbitramento nacional e internacional actualmente vigente), el cual reza así:

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.

La variante no parece ser sustancial en la actual ley de arbitraje internacional. Pese a que en los literales siguientes se contemplan criterios como el principio de proximidad y la teoría de los efectos internacionales, el literal citado sigue siendo propio de la teoría del elemento extranjero puro, pues bien puede ocurrir que, aunque los contratantes tengan domicilios en países distintos, el negocio jurídico sea completamente nacional.

Es conveniente tener en cuenta que la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, ratificada mediante la ley 518 de 1999, contempla un ámbito de aplicación de esta parecido, cual es, que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

Sin embargo, en la misma Sentencia C-347 de 1997 hubo un salvamento de voto por parte del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien aseguró que la nacionalidad extranjera de una de las partes es insuficiente para determinar que una relación jurídica es internacional, señalando lo siguiente:

No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional. Hoy por hoy, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, sostienen este aserto. Por el

contrario, a la luz de todos los criterios que han sido acogidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, definitivamente puede afirmarse que, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato.

En efecto, una parte de la doctrina nacional considera que el criterio principal es el propuesto en el literal c del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, a saber: cuando “[La] controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”. Sobre el particular, Alberto Zuleta (2010) sostiene que “el elemento fundamental de la internacionalidad de una relación contractual se da a partir de la circulación de riqueza a través de las fronteras nacionales” (p. 7), la cual es una posición más cercana a la tesis del efecto internacional, pero no termina de ser un criterio oficial.

En suma, la posición de la Corte y lo establecido en la Ley 1563 de 2012 parecen indicar que en Colombia el criterio de internacionalidad de los contratos es el del elemento extranjero puro. No obstante, parte de la doctrina nacional, valiéndose de la ambigüedad de los pronunciamientos de la Corte al respecto y basándose en las tendencias actuales de la contratación internacional, prefieren acogerse al criterio del efecto internacional o al del intercambio de riquezas transfronterizo, lo cual no permite llegar a una conclusión precisa, luego el reto es argumentativo en cada caso en particular para defender el carácter internacional o no de un contrato en Colombia.

1.2. De la Autonomía de la Voluntad Privada

El derecho privado y la autonomía de la voluntad han de considerarse como equivalentes desde su concepción más prístina. Bajo este supuesto, el derecho privado no es más que el conjunto de normas destinadas a proteger el pleno ejercicio de la libertad contractual de las personas, en donde

la función del Estado es evitar toda interferencia u obstáculo a las libertades individuales y a la propiedad (Arrubla, 1987).

Sin embargo, gracias a las transformaciones en la vida social, política y económica, y a los paradigmas imperantes tendientes a cada vez una mayor intervención del Estado en la vida de las personas, lo que empezó en el siglo XVIII como una reivindicación de las libertades individuales, hoy ha mutado al punto de casi desaparecer, pues ahora la “autonomía privada encaja solamente en los espacios que deja la ordenación estatal a los particulares para que inserten su actividad normativa” (Arrubla, 1987, p. 45). De ahí que en la doctrina moderna se hable de los ‘contratos dirigidos’, haciendo alusión a que las relaciones contractuales están enteramente controladas y fiscalizadas por los poderes públicos en cuanto a su contenido y forma (Alessandri, s.f.), lo cual está notoriamente alejado de lo que por definición es la Autonomía de la Voluntad Privada.

1.2.1. Dimensiones de la Autonomía de la Voluntad Privada – Autonomía Conflictual

En ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada las partes de un contrato internacional tienen la posibilidad de, por un lado, dotar de contenido el contrato para fijar las reglas que regulan aspectos específicos del devenir contractual y; por el otro, determinar el juez competente y el derecho aplicable a las controversias que se susciten del contrato. A lo primero se le ha conocido en la doctrina como *autonomía material* y, a lo segundo, como *autonomía conflictual* (Rodríguez, 2009).

1.2.1.1. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la Autonomía Privada en su dimensión Conflictual

El ejercicio de la Autonomía Conflictual les permite a las partes de un contrato internacional renunciar a lo dispuesto en las normas de conflicto. Mediante pacto expreso entre las partes de un

contrato internacional estas deciden alterar la autoridad judicial y el derecho aplicable que por defecto se señala en las normas de conflicto.

Desde finales del siglo XIX se dio un gran debate doctrinal en defensa de la autonomía conflictual. Había que preguntarse, posterior al ejercicio de la autonomía conflictual, si las normas del ordenamiento lo aceptaban para que tuviera validez, es decir, solamente había lugar a la autonomía conflictual si la ley expresamente lo permitía. Hoy dicho principio es considerado como el más importante de la contratación internacional, puesto que brinda seguridad jurídica preventiva, evitando conflictos posteriores en la determinación de la ley aplicable (Leible, 2011).

Hay, entonces, consenso en la doctrina internacional acerca de los criterios o puntos de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales. En primer plano uno de orden subjetivo, se pregunta qué ley eligieron las partes en ejercicio de la autonomía conflictual; en segundo lugar, de manera subsidiaria ante ausencia de pacto entre las partes, un criterio objetivo que surge de preguntarse cuál es el derecho “más apropiado” (Leible, 2011).

De suerte que las manifestaciones de la Autonomía Conflictual se erigen en la contratación internacional como una verdadera opción para menguar la incertidumbre intrínseca a la naturaleza de las normas de conflicto en cuanto a la determinación del derecho aplicable y el juez competente ante cualquier controversia entre las partes (Oviedo, 2012). En ese orden, las partes eligen libremente el derecho aplicable más adecuado a sus intereses, ya sea orientado a brindar seguridad jurídica al contrato, o en búsqueda de un derecho neutral para las partes, o para aprovechar el rigor técnico de cierto ordenamiento, o para lo que sea que a bien estas consideren (Fernández y Calvo, 1995).

1.2.1.1.1. Críticas a la Autonomía Conflictual

Se han esgrimido argumentos en contra del ejercicio de la autonomía conflictual. Aunque ya están zanjados y desestimados en la doctrina internacional, no está de más mencionar algunos de ellos, a saber:

- i) La voluntad conflictual deroga las normas de conflicto, las cuales son disposiciones imperativas que no admiten -por lo mismo- ser derogadas contractualmente (Calvo y Carrascosa, 2012).

Esta es una crítica que tiene lugar en los países con sistemas de derecho internacional privado más rígidos que, de hecho, son una minoría. En el mundo, debido a que las tendencias contemporáneas en la contratación internacional, la autonomía conflictual, esto es, la libertad que tienen las partes para elegir el derecho que regirá sus relaciones, es un axioma (Zappalá, 2015).

- ii) Se presta para que la parte dominante o fuerte de la relación contractual se aproveche de eso y saque ventajas a través de la imposición de un sistema legal que lo beneficie. En ese sentido, se terminarían escogiendo los sistemas legales más favorables para la parte dominante y relegando posibles sistemas legales que, aunque menos eficientes, serían más equilibrados (Bonilla, 2013).

Aunque puede llegar a ser cierto, no sería un argumento lo suficientemente fuerte como para justificar la privación del pleno ejercicio de la libertad contractual. El legislador no es omnisciente ni omnipotente para determinar qué es lo más conveniente para las personas en sus relaciones interpersonales, pues solamente los individuos pueden determinarlo a partir de sus propias experiencias y toma de decisiones voluntarias.

- iii) Reparar que las partes suelen fallar en la determinación del derecho aplicable en asuntos clave, siendo todavía un medio insuficiente para combatir la incertidumbre legal, pues es falso “que las empresas y consumidores gozan de una plena movilidad entre los distintos ordenamientos y tienen a su disposición toda la información de estos sin ningún tipo de costo” (Bonilla, 2013, p. 90).

La autonomía conflictual no es perfecta, pero perfectible. De nuevo, solamente los individuos, a partir de las experiencias propias y ajenas y la información disponible, van descubriendo el derecho que mejor se ajusta a sus necesidades, en donde los distintos sistemas jurídicos compiten análogamente como los bienes funcionan en el mercado en relación con sus consumidores.

1.2.2. Límites de la Autonomía de la Voluntad Privada

Con base en el paradigma imperante sobre la materia, se considera que la sociedad es incapaz de coordinarse a través de la iniciativa privada y que las relaciones interpersonales pueden llegar a comprometer el interés general, de suyo que se deban poner límites a la autonomía privada. Por ende, el Estado debe intervenir para conservar el orden económico, social político y moral, conjurando así las fallas del mercado y las riesgosas extralimitaciones de los particulares en sus relaciones (Arrubla, 1987).

En el caso colombiano, así lo confirmó la Corte Constitucional mediante Sentencia C-341 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería:

[L]a voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada (...) como consecuencia de (...) la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos (...) en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, (...) lo cual ha limitado

visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual. Por tanto, se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones.

Dichos límites o excepciones a la autonomía privada son el *orden público* y *las buenas costumbres*, ambos estáticos como concepto, pero dinámicos según la significación que se les quiera atribuir en una sociedad y tiempo determinado (Roldan, 2010). El orden público, a su turno, tiene dos acepciones, desde el derecho interno, y desde el derecho internacional.

1.2.2.1. Orden Público en el Derecho Interno

El orden público en el derecho privado interno se entiende como un límite a la autonomía de la voluntad privada de las partes dentro de sus relaciones contractuales. “[S]e trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por la vía contractual” (Zappalá, 2015, p.10), bien para conservar el orden social y económico del Estado, o para proteger a aquella parte que el legislador, errada o acertadamente, considera como débil en una relación, como lo serían los consumidores, los trabajadores, los menores de edad, entre otros.

En Colombia el orden público interno tiene como base legal el artículo 16 del Código Civil². De esta forma, las partes de un contrato solo podrán trazar sus propias reglas dentro la flexibilidad de las normas supletivas, sin contravenir aquellas normas del ordenamiento consideradas como imperativas.

² “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”

A pesar de las anteriores apreciaciones, no son pocas las objeciones que en la doctrina nacional e internacional se ha planteado respecto a la impertinencia del orden público en el escenario de los negocios internacionales. Sobre el particular, Francesco Zappalá (2015) comenta:

El orden público alimentado de abstracciones dogmáticas se convierte en la fuente de justificaciones para facilitar el triunfo de vanidosos nacionalismos que agravan el aislamiento de los propios nacionales inmersos en la sociedad universal, en detrimento de la inversión internacional y del progreso ineluctablemente mundializado, porque es innegable que la confusión generada por la falta de precisión y justa consideración del orden público internacional, aplana el terreno para la dificultad del reconocimiento de laudos arbitrales internacionales, con la consecuente abstención de inversión extranjera y temor de contratación internacional. (p.8)

Las disposiciones de orden público interno, entre tanto, se dividen en normas de orden público de *protección*, y normas de orden público de *dirección*. Las primeras, están relacionadas con el orden público interno en el derecho privado expuesto en los párrafos anteriores, entendida como una limitante en las relaciones contractuales de los particulares; mientras que la segunda categoría tiene una perspectiva constitucional, “conformada por aquellas normas sobre las cuales reposan los preceptos fundamentales y la estructura básica del estado o la comunidad, las cuales podrán ser de contenido político, económico o social” (Roldán, 2010, p. 6).

Desde la perspectiva constitucional o de dirección, entonces, el orden público se concibe como un ideal de bienestar y estabilidad institucional que se espera dentro de un Estado (Roldán, 2010). La Constitución no lo define, pero suele utilizar expresiones como “en tiempos de paz” para representar dicho ideal, esto es, en tiempos de ausencia de los estados de excepción regulados en

los artículos 212, 213 y 215 relativos a la guerra exterior, la conmoción interior y la emergencia económica, ecológica y social, respectivamente.

1.2.2.2. Orden Público Internacional

En el Derecho Internacional, el orden público es visto como una *excepción o reserva* a la aplicación de una ley señalada por las normas de conflicto o al reconocimiento de una decisión judicial proferida en el extranjero, por considerarse contradictoria de aquellos principios esenciales y estructurales de las instituciones de un país (Roldan, 2010).

Para que proceda la excepción de aplicación o reconocimiento de una decisión judicial extranjera por orden público internacional, esta debe ser grave y ostensiblemente lesiva de los principios estructurales del estado que la invoque. Sobre este punto se presenta un gran interrogante, pues el grado de discrecionalidad de la autoridad judicial que lo invoca es elevado, y la definición de aquellos principios varían de estado a estado, dando lugar a una ambigüedad no deseable en este tipo de asuntos donde lo que se pretende es la certidumbre a todo nivel.

Debemos entender que, en relación con el grado de control o amplitud del orden público, existen dos tesis, una maximalista y una minimalista. La primera supone un control con mayor rigidez de las sentencias y/o laudos internacionales orientado a que el respeto al orden público sea más estricto, ampliando el margen de rigor al fondo de los laudos o sentencias internacionales. La segunda, la tesis minimalista, considera que la reserva de orden público internacional debe obedecer a situaciones excepcionales (Zappalá, 2015).

Por suerte, en Colombia sobre el tema en cuestión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 06 de agosto de 2004, hizo la siguiente precisión:

[E]s importante señalar que este requisito no traduce que la decisión proferida por el tribunal extranjero, deba ser respetuosa de todas las normas imperativas que hagan parte del derecho material colombiano, como lo sugiere la parte opositora, pues ello equivaldría a decir que, por lo menos en parte, la decisión de aquel tuvo que proferirse al amparo del derecho nativo, argumento que contraría la esencia misma del exequátur, como procedimiento necesario para otorgar fuerza en Colombia a sentencias pronunciadas en un país extranjero, desde luego que al amparo del derecho que rige a la respectiva nación en la que se desarrolló el litigio.

Como se sigue de lo expresado por la CSJ, no es necesario, porque tampoco es razonable, que la decisión proferida en el extranjero se haya dictado conforme a las normas, incluyendo las imperativas, del país en donde se pretende homologar tal decisión. De otra forma, fueran imposibles o simplemente inviables las relaciones transfronterizas, lo que no es una opción en un mundo que atiende a dinámicas globales como las de hoy.

En síntesis, el orden público internacional se puede distinguir del orden público interno en tanto aquel opera como *excepción* al impedir la aplicación de una ley o decisión judicial extranjera; mientras tanto, el orden público interno pretende prohibir ciertos pactos entre particulares que desconozcan normas imperativas, luego se le puede catalogar como una *prohibición* (Roldan, 2010).

1.3. Cláusulas de selección en los Contratos Internacionales

Las cláusulas de selección son una manifestación de la autonomía de la voluntad privada en su dimensión *conflictual*. A través de ellas, las partes de un contrato internacional señalan el o los jueces competentes para conocer de sus controversias, así como el derecho sustancial aplicable a

las mismas. A las primeras se les ha denominado cláusulas de selección de foro y, a las segundas, cláusulas de selección de ley aplicable.

La distinción entre estos dos aspectos, aunque simple, no deja de ser un tema que en la práctica sigue creando confusión y dando lugar a errores en la redacción de algunos contratos internacionales. Por ese motivo, merece la pena distinguir entre las dos posibilidades que orbitan alrededor del ejercicio de la autonomía conflictual, cuales son: i) la de elegir el derecho aplicable y; ii) la posibilidad de elegir la jurisdicción o juez competente. La primera, responde a la pregunta de cuál será la ley sustancial que gobierne la relación contractual ante una eventual controversia, mientras que la segunda, responde a la pregunta de quién dirimirá las posibles controversias que se presenten en la relación contractual (Bortolotti, 2017).

1.3.1. Cláusulas de selección de Foro – Concepto y clasificación

Las cláusulas de selección de foro son elementos accidentales en los contratos internacionales, mediante los cuales las partes señalan el o los jueces que conocerían de sus eventuales controversias contractuales.

A su vez, las cláusulas de selección de foro se clasifican en cláusulas de selección de foro *exclusivas* y cláusulas de selección de foro *no exclusivas*. Las primeras pretenden derogar, aniquilar o prorrogar la competencia del juez que, según las normas procesales internas de los estados, conocerían del asunto, al tiempo que se le otorga competencia a otro de un país distinto. Las segundas, las no exclusivas, pretenden otorgarle competencia a un juez extranjero, pero no pretenden eliminar la competencia del juez natural interno, quedando, por lo tanto, dos o más jueces competentes para conocer de las controversias que se susciten del contrato internacional (Vargas, 2016).

1.3.1.1. Algunas consideraciones sobre las Cláusulas de Selección de Foro

Lo primero que debe precisarse es que las normas de competencia internacional -esto es, las normas de conflicto que señalan el juez competente para conocer de una situación privada internacional- son *unilaterales*. Ello se debe a que, por respeto a la soberanía de los estados, las normas de conflicto de un país solo pueden atribuirles competencia a los jueces de su propio país, nunca a los jueces de un país extranjero (Rojas, 2018).

El interrogante posterior es saber si tendría validez la determinación de competencia de un juez extranjero a través de una cláusula de selección de foro. Para eso, primero es necesario saber cuál es el grado de imperatividad que en cada ordenamiento se les atribuye a las normas de conflicto. Con base en lo anterior, ocupa el estudio de cada caso en particular en los que se pretenda pactar una cláusula de selección de foro, pues cada país tendrá sus propios derroteros para validar o invalidar un acuerdo de esa naturaleza.

Puesto el problema en términos prácticos, si las partes mediante una cláusula seleccionan un foro en cuyo ordenamiento las normas de conflicto son imperativas, el juez que conozca del asunto no le dará ningún tipo de validez a lo pactado por las partes y, en cambio, se atenderá a lo que dispongan las normas de conflicto. Si es el caso contrario, entonces se podrá contemplar la posibilidad de que el juez del foro seleccionado en ejercicio de la voluntad conflictual, sí pueda conocer del contrato y asuma competencia (Zuleta, 2010).

1.3.2. Cláusulas de Selección de Ley Aplicable

Las cláusulas de selección de ley aplicable son elementos accidentales en los contratos internacionales, mediante los cuales las partes eligen la ley aplicable al fondo de las controversias contractuales que puedan llegar a surgir entre ellas.

Generalmente, las normas de conflicto en materia de ley aplicable suelen ser bilaterales, es decir, que resultan dos o más derechos aplicables a una misma situación, dando lugar a lo que conocemos como *conflicto de leyes* (Hooft, 2012). En aquellos ordenamientos, como consecuencia, tendrán mayor validez las cláusulas de selección de ley aplicable, al tiempo que en los ordenamientos en los que las normas de conflicto son unilaterales, tenderán a ser mucho menos flexibles para admitir este tipo de pactos.

1.3.2.1. Modalidades de selección de ley aplicable en los contratos internacionales

Hay tantas modalidades como contratos existen, precisamente la libertad contractual conlleva a eso. Sin embargo, se han destacado en la doctrina internacional algunas modalidades entre las más comunes, como lo son:

- a) **El contrato ‘autorregulado’**. También denominado peyorativamente como contrato ‘sin ley’, al referirse a aquellos contratos internacionales que no se someten a la ley de ningún Estado, sino enteramente sometidos a la autonomía material de las partes y/o remitidos a fuentes de *Soft Law* o *Lex Mercatoria* en sentido amplio, es decir, fuentes del derecho comercial internacional no estatales (Rodríguez, 2009).
- b) **El ‘Depeçage’**. Se refiere a los casos en que el contrato internacional es sometido a varias leyes aplicables de manera parcial y fragmentada, usualmente apelando al principio *Lex Loci Solutionis* cuando el contrato tiene varias etapas de cumplimiento en distintos países, luego la ley aplicable será la del país en donde se deba ejecutar esa parte en específica del contrato (Grob, 2014).
- c) **Las Cláusulas ‘Flotantes’ de selección de ley aplicable**. Consiste en que la ley aplicable al contrato pende de condiciones formuladas y pactadas entre los contratantes, las cuales pueden consistir en acogerse al principio *Lex Fori* -por ejemplo- de modo que se aplique la ley del

lugar donde se demande (Zuleta, 2010), o señalar distintas leyes aplicables dependiendo del tipo de asunto controvertido dentro del mismo contrato (v.gr. requisitos de validez del contrato, ejecución de ciertas obligaciones, indemnidad, incumplimiento, *hardship*, entre otros).

1.4. Arbitraje Internacional

1.4.1. Arbitraje Internacional - Concepto

El arbitraje es un medio jurídico privado alternativo de los tribunales judiciales estatales. Las partes de un contrato, voluntariamente, eligen someter sus controversias presentes o futuras al arbitrio de terceros particulares para que administren justicia y emitan una decisión obligatoria denominada Laudo Arbitral, con el objeto de ponerle fin a las diferencias jurídicas surgidas entre ellas (Fernández y Calvo, 1995).

El carácter de internacional del arbitraje ha sido determinado a partir de dos grandes corrientes doctrinales confrontadas, a las cuales cada norma interna reguladora del arbitraje privado internacional podría adecuarse o acogerse: (i) **El sistema ‘monista’**. Parte del presupuesto que tanto el arbitraje interno como el internacional pretenden solucionar la misma clase de problemas e intereses. Por consiguiente, debe existir solamente un cuerpo normativo compartido para regular ambos tipos de arbitraje, pues su distinción no es relevante y; (ii) **El sistema ‘dualista’**. En este sistema se parte del hecho de que el arbitraje privado interno atiende a realidades y necesidades sociales, económicas y culturales muy distintas al arbitraje privado internacional, por lo que su regulación debe darse por separado en dos cuerpos normativos temáticos distintos (Calvo y Carrascosa, 2012).

1.4.1.1. Reglamentación jurídica del Arbitraje Privado Internacional – Fuentes de derecho

La reglamentación del arbitraje privado internacional tiene dos tipos de fuentes, las de producción internacional y las de producción interna (Boggiano, 2000).

Las fuentes internacionales suelen ser tratados internacionales sobre distintos aspectos relacionados con la materia, producto del intento por unificar el derecho internacional. Los dos tratados de mayor relevancia en el mundo sobre arbitraje internacional son: 1) La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, producido en las Naciones Unidas antes de la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) y; 2) el Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, haciendo la acotación que este último es más del resorte del derecho internacional público, que del privado.

Por su parte, las fuentes internas suelen ser estatutos o leyes internas de los estados que regulan la materia, bien separadamente o en conjunto con el arbitraje nacional. En Colombia nuestra ley de arbitraje nacional e internacional es la 1563 de 2012, la cual, sea dicho de paso, está inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional.

1.4.2. Pactos de Arbitraje Internacional – Cláusulas Compromisorias y Compromisos Arbitrales

El origen de todo arbitraje privado internacional es la autonomía de la voluntad privada. Las partes, en ejercicio de su autonomía conflictual, acuerdan someter sus controversias a la decisión

de un tercero imparcial (árbitro) elegido por ellas, mediante un negocio jurídico denominado ‘Pacto’ o ‘Convenio Arbitral’.

Los pactos arbitrales pueden ser orientados a solucionar controversias presentes o futuras. En el primer evento, el arbitraje se pacta a través de un *Compromiso Arbitral*; en el segundo, a través de una *Cláusula Compromisoria*. Encuentro pertinente hacer énfasis en las cláusulas compromisorias y omitir el estudio de los compromisos arbitrales, no sin antes hacer la precisión de que no existen diferencias sustanciales entre una institución y la otra, más que la del hecho de resolver controversias futuras o presentes, respectivamente (Cárdenas, 2019).

1.4.2.1. Cláusulas Compromisorias en los Contratos Internacionales

Una Cláusula Compromisoria es un elemento accidental dentro de los contratos internacionales, orientado a dirimir eventuales controversias futuras entre las partes, eludiendo la competencia de los jueces estatales y la ley aplicable que señalan las normas de conflicto. Este tipo de pactos contribuyen a la seguridad jurídica de la relación contractual, pues brindan certeza de que las controversias surgidas se dirimirán en arbitraje y no ante tribunales estatales de justicia, al tiempo que, comúnmente, las partes determinan también la ley sustancial aplicable a sus controversias (Cárdenas, 2019).

Desde luego, el arbitraje se presenta como una alternativa a la resolución de conflictos por conducto de una autoridad judicial estatal, realidad la cual, si bien es cierto en el plano doméstico ha sido vista con buenos ojos, en el plano internacional ha sido, definitivamente, un extraordinario instrumento en la resolución de controversias contractuales. Carbonneau (2006) agrega al respecto:

The most important reason for seeking an alternative to the courthouse, in the transnational context, include the hope for simplified commencement of proceedings and service of

process, neutrally and facilitate taking of evidence. They also include the hope for expeditious issuance of an award, confidentiality and simplified enforcement. (p.1)

1.4.3. Ley aplicable al fondo de la controversia arbitral internacional

Uno de los interrogantes más relevantes en el arbitraje privado internacional cuando el laudo debe emitirse en derecho, es acerca de la ley sustancial con base en la cual el tribunal arbitral va a decidir de fondo. Al respecto, la doctrina y los principales regímenes de arbitraje privado internacional han determinado dos puntos de conexión en cascada:

- 1) **Ley elegida por las partes.** Es el criterio principal para resolver la cuestión de la ley sustancial aplicable a la controversia. Las partes eligen las normas jurídicas aplicables al arbitraje privado internacional, pudiendo acudir a las siguientes posibilidades:
 - a) *Estatutos normativos no estatales.* Hace referencia a la *Nova Lex Mercatoria*, los Principios Unidroit, Principios Generales del Derecho Comercial Internacional, los usos del Derecho Internacional, entre otros (Zapata, 1999).
 - b) *Derecho de un estado.* Las partes también pueden elegir un derecho estatal aplicable a la controversia (Rojas, 2018), usualmente excluyendo las normas de conflicto de ese ordenamiento para evitar *reenvíos*.
 - c) *Normas de Conflicto.* Las partes pueden, sin embargo, acudir a las normas de conflicto de un ordenamiento estatal específico para determinar el derecho sustancial aplicable al fondo de la controversia (Zapata, 1999).
- 2) **Normas que los árbitros estimen “más apropiadas”.** En defecto de pacto expreso entre las partes, serán los árbitros quienes elijan el derecho sustancial aplicable al fondo de la controversia según la consideren más apropiada, pudiendo aplicar, incluso, fuentes de derecho no estatales al fondo de la controversia.

II. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN COLOMBIA

Este capítulo responde al objetivo de investigación número dos que consiste en *exponer el desarrollo y alcance que ha tenido en Colombia la Autonomía Conflictual a través de las cláusulas de selección y pactos de arbitramento en la contratación internacional.*

2.1. Cláusulas de Selección en Colombia

2.1.1. Regulación - Las normas de conflicto en Colombia

No existe en Colombia un estatuto normativo especial, ni siquiera una parte de la legislación civil o comercial que regulen las cláusulas de selección ni mucho menos que definan esta institución jurídica. En cambio, contamos con normas de conflicto dispersas en el ordenamiento, a las cuales apelamos para desentrañar su grado de imperatividad y, con esto, poder concluir la validez de las cláusulas de selección en Colombia.

Las normas de conflicto colombianas no son muy claras en su literalidad para determinar si son unilaterales o bilaterales ni su grado de imperatividad. Sin embargo, trataré de resumir las distintas posturas que sobre el tema se han planteado en la doctrina y la jurisprudencia nacional, no sin antes hacer una brevísima exposición conceptual sobre las normas de conflicto bilaterales y unilaterales.

Una norma de conflicto es bilateral cuando remite a más de un ordenamiento jurídico como ley sustancial aplicable, es decir, la norma señala la ley del foro, pero también la extranjera como aplicable al caso. Por otro lado, están las normas de conflicto unilaterales, las cuales solo remiten a un derecho sustancial aplicable -el del foro- y niegan la posibilidad de que se aplique la ley extranjera o simplemente guardan silencio al respecto (Ochoa, Zapata y Carrillo, 2019).

2.1.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Colombia a través de Cláusulas de Selección

En el contexto colombiano es discutible si las normas de conflicto del Código Civil y el Código de Comercio contemplan la posibilidad de señalar una ley extranjera aplicable a una relación contractual internacional. Haremos un breve recuento de algunas de las normas de conflicto del ordenamiento colombiano de la ley civil y comercial, acudiendo al concepto que sobre estas tienen distintos autores respecto a si admiten o no el ejercicio de la autonomía conflictual.

Empecemos con el artículo 20 del Código Civil, el cual dispone que la ley aplicable a los contratos que versen sobre bienes inmuebles en los que tenga interés la Nación será la colombiana, aun cuando haya elementos extranjeros como la nacionalidad o residencia de sus dueños por fuera de Colombia. El criterio imperante en este caso es la territorialidad de la ley o *lex rei sitae* (Ochoa, Zapata y Carrillo, 2019).

Con todo, Oviedo (2012) señala que, a su modo de entender, la precitada norma -salvo en los casos en que tenga interés la nación y, en cambio, haya un interés particular- permite aplicar una ley extranjera y, por lo tanto, se puede ejercer la autonomía conflictual. La dificultad radica en que la norma guarda silencio sobre la posibilidad acogida por el autor, es decir, no es lo suficientemente clara y expresa su bilateralidad.

Por su parte, el tenor literal de los artículos 32 y 33 de la Ley 33 de 1992, mediante la cual de aprobaron los ‘Tratados de Montevideo’, ratifican el arraigo del criterio *lex loci solutionis* para determinar la ley sustancial aplicable a los contratos internacionales, al expresar que “[L]a ley del lugar donde los contratos deben cumplirse... rige: su existencia; ...su naturaleza; ...su validez;

...sus efectos; ...sus consecuencias; ...su ejecución; ...[e]n suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.”³.

Por otro lado, respecto al artículo 869 del Código de Comercio⁴, Suescún-Melo (como se citó en Oviedo 2012) sostiene que la norma también parte del principio *lex loci solutionis*, lo que la hace imperativa, luego no se admite pacto entre las partes sobre la aplicación de ley extranjera al contrato en los casos que se cumplan los presupuestos de la norma en mención.

En contraposición, el profesor Jorge Oviedo Albán (2012) ha considerado los siguientes argumentos: i) La norma no lo prohibió, entonces, lo que no se prohíbe, es permitido; ii) Al hacer una interpretación sistemática de las normas de conflicto del Código de Comercio, el artículo 1328 sobre la ley aplicable a los contratos de Agencia dispone que todos los contratos de Agencia que se ejecuten en Colombia se regirán por la ley colombiana, y que toda estipulación en contrario se entenderá como no escrita. En este sentido, si la ley expresamente lo prohibió para el caso de la agencia comercial en particular, quiere decir que para los demás casos sí lo permite, sumado a que el artículo tiene una naturaleza especial debido al capítulo en donde está ubicado, cual es el que regula el contrato de Agencia Comercial; iii) El pacto de ley extranjera es únicamente válido en al arbitraje internacional y, si esto es así, ello denotaría un “trato discriminatorio carente de fundamento frente a los contratos cuyas controversias se sometan a la jurisdicción estatal” (Oviedo, 2012, p.134).

Por su parte, Ochoa, Zapata y Carrillo (2019) consideran sobre el artículo 869 del Código de Comercio que, si se parte del principio *lex loci solutionis*, la consecuencia natural será que en los

³ Consultado en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0033_1992.html

⁴ “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.”

casos en que el contrato se deba ejecutar en el extranjero, la ley aplicable sea la extranjera, frente a lo cual la precitada norma guardó silencio, pues solo se refirió al evento en que el contrato se ejecute en Colombia. Para una buena parte de la doctrina nacional, abre las puertas a la autonomía conflictual.

Otro factor alentador a favor de la de elección de ley aplicable entre las partes a un contrato internacional en Colombia es lo sostenido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁵, la cual admitió la aplicación de los Principios Unidroit a los contratos internacionales, en los siguientes términos:

Los *Principios* [Unidroit], 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 internos.

De lo sostenido por la CSJ, sin embargo, se puede interpretar que la libertad de acudir a los Principios Unidroit como fuente normativa del contrato por remisión, tiene una mayor relación con la autonomía material que con la autonomía conflictual, toda vez que, como quiera, la Corte

⁵ Sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-040-2006-00537-01.

precisa que los Principios se tendrán en cuenta en el contenido del contrato en tanto no contravengan normas imperativas.

En ese orden de ideas, las partes no tendrían ningún impedimento para incluir, en ejercicio de su autonomía material, fuentes del derecho internacional como los Principios Unidroit en su relación contractual, pero eso no quiere decir que las partes puedan elegir ese mismo tipo de estatutos normativos como ley sustancial aplicable al contrato (autonomía conflictual), renunciando o desplazando a la ley colombiana.

En resumen de lo expuesto hasta aquí, el ejercicio de los derechos reales se rige bajo el principio *Lex Rei Sitae* y, el criterio imperante para los demás asuntos contractuales o negociales parece ser el *Lex Loci Solutionis* que, en todo caso, no permite someterse a ley extranjera si el contrato se ha de ejecutar en Colombia, aun cuando haya sido celebrado en el extranjero.

Ante tal estado de cosas, es preferible pensar que en el caso colombiano las normas de conflicto son unilaterales, lo que quiere decir que solo le es posible a una autoridad judicial en Colombia aplicar sus propias normas sustanciales, esto es, el derecho interno colombiano, no el extranjero, negando toda cabida a las Cláusulas de Selección. Los agentes de los negocios internacionales, al no tener certeza acerca de la validez de sus pactos en ejercicio de su autonomía conflictual, se inclinan hacia el peor de los escenarios, es decir, que no es permitido, y al final optan por no contratar.

Es importante insistir que esto no sucede en el grueso de los países que conforman el grupo más activo en el comercio internacional, en donde sus normas de conflicto suelen ser bilaterales, no imperativas, y donde la autonomía de la voluntad conflictual es una regla básica, tal como se verá en los próximos capítulos.

Países iguales o menos desarrollados de la región, con tradiciones jurídicas muy similares como México, Venezuela, Bolivia, Brasil y Uruguay, adoptaron la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable los negocios internacionales⁶, la cual ha sido en esencia el texto del Reglamento Roma I, cuyas disposiciones contemplan un amplio ejercicio de la autonomía conflictual.

Muy a pesar de las múltiples interpretaciones que se puedan hacer al respecto, la ambigüedad y poca claridad de las normas de conflicto colombianas no permiten tener certeza acerca del alcance de la autonomía conflictual a través de cláusulas de selección, al no haber un criterio uniforme de fácil acceso y constatación. Los operadores jurídicos y las partes de los contratos internacionales, en consecuencia, se ven expuestos a incentivos tendientes a abstenerse de contratar por no haber reglas de juego lo suficientemente claras. Al menos ese parece ser el panorama de las Cláusulas de Selección en Colombia, veremos si con el arbitraje internacional sucede lo propio.

2.2. Arbitraje Privado Internacional en Colombia

2.2.1. Regulación del Arbitraje Privado Internacional en Colombia

La regulación interna del arbitraje privado internacional en Colombia corre por cuenta de la Ley 1563 de 2012, inspirada en la Ley Modelo sobre arbitraje internacional de UNCITRAL. Recientemente se radicó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley 009 de 2021, mediante el cual se pretende reformar el estatuto de arbitraje en Colombia, sin modificaciones sustanciales en el arbitraje internacional privado, más que la precisión de que el domicilio de las

⁶ El Artículo 7 de la Convención incorpora abiertamente la autonomía de la voluntad conflictual de las partes. Consultado en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Documentos_Apoyo_Secretaria_Tecnica-DDI_contratos_internacionales.pdf

sociedades extranjeras con sucursales en Colombia será el de la principal, y una acotación en el literal c del artículo 62 en cuanto a la internacionalidad del arbitraje.

La regulación internacional, por su parte, tiene como base la Convención de Nueva York de 1958, incorporada en el ordenamiento colombiano mediante la Ley 39 de 1990, así como la Convención de Montevideo de 1979 sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por la Ley 16 de 1981, y la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional (CSJ, 2016).

El actual estatuto de arbitraje privado internacional en Colombia es producto del todavía incipiente intento de Colombia por unificar su ordenamiento conforme a las necesidades actuales del derecho internacional (Perales, 2014). Después de varios llamados de la doctrina nacional en pro de atemperar nuestro ordenamiento con las dinámicas contemporáneas en la materia, y en vista de que el régimen procesal anterior no concordaba con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos extranjeros (CSJ, 2016), se promulgaron las leyes 1563 (sobre arbitraje nacional e internacional) y 1564 (nuevo Código General del Proceso).

La incorporación de la Ley 1563 de 2012 en el ordenamiento jurídico ha sido, sin duda, un gran avance en Colombia en términos de competitividad regulatoria y seguridad jurídica en las controversias contractuales internacionales sometidas a arbitraje, por estar atemperada a las tendencias contemporáneas de regulación de la materia a nivel mundial, lo cual se puede comprobar sumariamente con el considerable incremento del intercambio internacional de bienes y servicios desde y hacia Colombia a partir de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, respecto del

promedio en dólares de las importaciones y exportaciones durante la vigencia de la Ley 315 de 1996, anterior ley sobre arbitraje internacional en Colombia⁷.

Si bien la causalidad existente entre los mencionados indicadores y la promulgación de la Ley 1563 de 2012 exigen un análisis más riguroso que desborda por completo el alcance de este trabajo, sí es un indicio interesante acerca de los efectos positivos que pueden causar en el comercio y, con esto, en el bienestar de las personas, un marco jurídico e institucional que brinde mayor seguridad de toda índole a los agentes de los negocios internacionales.

2.2.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Colombia a través de las Cláusulas Compromisorias

El arbitraje privado internacional es el único instrumento permitido en Colombia tanto para derogar la competencia de los jueces estatales, como para señalar un derecho aplicable distinto al colombiano, sea o no estatal. El artículo 101 de la Ley 1653 de 2012 conservó la posibilidad de que, en ejercicio de su autonomía conflictual, las partes elijan las normas jurídicas aplicables al fondo del litigio cuando ha sido sometido a arbitraje.

Dicho criterio es ampliamente aceptado en Colombia, tanto que en los reglamentos internos de los centros de arbitraje internacional más concurridos del país se dispone que, a falta de selección por las partes sobre la ley aplicable al contrato, el Tribunal aplicará la que considere más apropiada⁸.

⁷ Según reporte del DANE sobre la balanza comercial histórica desde 1980 hasta lo transcurrido de 2022, a pesar de que esta sigue siendo negativa, las importaciones y las exportaciones calculadas en dólares FOB realizadas entre 2013 y 2021 casi que se duplicaron en comparación con las realizadas entre 1997 y 2012, aún si se corrigen por la inflación. Datos consultados en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional>

⁸ Ver artículo 178 del reglamento interno del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, y el artículo 3.29. del reglamento interno del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La ambigüedad y poca claridad de las normas de conflicto colombianas y sus límites al ejercicio de la autonomía conflictual mediante cláusulas de selección, se ha suplido con rotundo éxito por cuenta de la previsibilidad y claridad de la regulación aplicable al arbitraje privado internacional en Colombia, pues existe una disposición expresa que no deja dudas al respecto. En ese orden, se puede concluir que la única vía mediante la cual se puede evitar la imperatividad del artículo 869 del Código de Comercio y demás normas de conflicto colombianas, es a través del Arbitraje Internacional.

III. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN ESTADOS UNIDOS

Este capítulo responde al objetivo de investigación número tres que consiste en *exponer el desarrollo y alcance que ha tenido en Estados Unidos la Autonomía Conflictual a través de las cláusulas de selección y pactos de arbitramento en la contratación internacional.*

3.1. Cláusulas de Selección en Estados Unidos

3.1.1. Regulación - Las normas de conflicto en Estados Unidos

El primer intento por unificar las normas de conflicto en EEUU fue a través del *First Restatement*, elaborado por el ‘American Law Institute’ (ALI) basado en un conjunto pequeño de reglas y principios simples fundamentalmente territorialistas y rígidos con los cuales, según sus ponentes, se podrían resolver todas las situaciones de derecho aplicable, no solamente entre los estados de la Unión, sino también a las situaciones privadas internacionales. Hacia 1971, después de un viro de los Tribunales tendiente a apartarse de los criterios territorialistas y rígidos del *First Restatement* y, en cambio, adoptando otros principios relacionados con lo que se ha conocido como el *Interest Analysis*, se promulgó el *Second Restatement* (Garro, 2000).

Sin embargo, no han sido pocas las críticas que ha también recibido el *Second Restatement* por cuenta de su amplia indeterminación y variedad de criterios contradictorios entre sí, además de su falta de dimensión internacional, pues su estructuración ha sido principalmente pensada en conflictos de leyes entre los estados de la Unión y no entre Estados extranjeros (De Miguel, 2005).

El conflicto de leyes interestatal, así como el conflicto de los sistemas de Tribunales Federales versus los Estatales en EEUU ha sido un problema de vieja data, cuyas soluciones por sí mismas son complejas y ameritarían un estudio muy especializado (Cooter y Ulen, 1998).

Visto de esa manera, ha habido una tendencia a darle el mismo tratamiento a los conflictos de leyes de situaciones privadas internacionales análogamente como se manejan en el orden interestatal, lo cual también ha sido severamente criticado en tanto no tiene en consideración las vicisitudes y particularidades de las situaciones internacionales (Garro, 2000).

Ahora bien, los *Restatements* son principios de referencia, pero no son considerados como normas federales, es decir, no tienen suficiente fuerza vinculante. Sin embargo, estos han sido aplicados por casi la totalidad de los estados de la Unión (Rojas, 2018).

La diversidad de teorías -abstractas por demás- que se tienen como criterios de determinación de la ley aplicable, contrasta con la tradición jurídica estadounidense, la cual se basa en el predominio del antecedente judicial como herramienta evolutiva del derecho en el tiempo, propio de los sistemas del derecho común (Cooter y Ulen, 1998).

Otro instrumento de uniformización de las normas de conflicto en EEUU es el *Uniform Commercial Code* (UCC), regulación adoptada por algunos estados de la Unión, en el cual se introdujeron criterios como el *Appropriate Relation* y *Reasonable Relation*. El éxito en términos generales del UCC es admitido, empero su aporte a la determinación de ley aplicable y la

autonomía conflictual es todavía marginal y sin distinción entre los asuntos locales e internacionales (De Miguel, 2005).

La fragmentación estatal de la regulación de la ley aplicable en las situaciones internacionales es un problema que se ha sugerido corregir federalizando su regulación, tal como lo posibilita la Cláusula de Comercio de la Constitución de Estados Unidos⁹. Este sería un acierto no solamente importante en el avance de la previsibilidad de la ley aplicable a las situaciones internacionales, sino en la compatibilidad y eficacia de disposiciones unificadoras del DIPr instrumentalizadas a través de convenios internacionales, asunto que es del resorte de la regulación federal en EEUU.

3.1.1.1. Límites Constitucionales a la aplicación de las normas de conflicto en EEUU

Los dos principios fundamentales que a nivel federal, provenientes de la Constitución, existen en EEUU para trazar límites a la regulación conflictual de las situaciones internacionales por los Estados de la Unión, son las cláusulas *Due Process* y *Full Faith and Credit*.

El primer principio, el *Due Process*, condiciona la aplicación de la ley del foro en los casos en que el asunto o las partes no presenten vínculos suficientes con esta. Es este punto es en donde se unen el *Due Prucess* y el *Full Faith and Credit*, en tanto este último le brinda legitimidad a la ley de otro Estado que pudiese estar más vinculada con el caso o con las partes o, incluso, si no presenta ningún tipo de relación objetiva ni subjetiva con el Estado, este también carecería de competencia, a la luz de dichos límites constitucionales (Garro, 2000).

Ahora bien, a el conflicto de ley aplicable en los casos en que hay diversidad de estados de EEUU o extranjeros en la situación se le dio solución a partir de dos casos emblemáticos: *Erie Railroad Co. Versus Tompkins* y *Klaxon Co. Versus Stentos Electric Manufacturing Co.* El

⁹ Artículo 1, sección 8. Consultado en: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a3

Tribunal Superior de EEUU determinó en ambas oportunidades que el Tribunal Federal que conociera de un caso con los mencionados presupuestos, debía aplicar las normas sustanciales del estado en donde el Tribunal Federal tenga su sede, evitando de esta manera el *Forum Shopping* (De Miguel, 2005).

La anterior apreciación nos da luces del amplísimo grado de flexibilidad de la regulación conflictual en EEUU, a pesar de sus límites constitucionales federales. Si bien hay una fragmentación en su regulación, fruto de la ausencia de una regulación federal que lo haría muchísimo más concentrado y previsible, no deja de ser un sistema abierto y de fácil adecuación a las dinámicas contemporáneas de la contratación internacional que demandan sistemas de derecho internacional privado flexibles, a pesar de las críticas que puedan suscitarse en la doctrina estadounidense.

3.1.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Estados Unidos a través de Cláusulas de Selección

La autonomía de la voluntad conflictual de las partes ha pasado a ser un principio fundamental en EEUU a partir de la segunda mitad del siglo XX, tanto en el UCC como en el *Second Restatement*, de modo que las partes pueden escoger la ley aplicable a sus controversias, con la condición de que dicha ley tenga una *reasonable relation* (relación razonable) con la materia en cuestión (Rhul, 2007).

El UCC habilita la autonomía conflictual de las partes en la sección I-105, modificado por la nueva versión en la sección I-301¹⁰, pero de una manera más precisa se trata en el Capítulo 8, sección 187 del *Second Restatement*¹¹, en el cual se establecen los siguientes términos:

- 1) La Ley estatal elegida por las partes solo podrá aplicarse si el asunto en particular de la controversia no es regulado en el mismo contrato entre las partes.
- 2) En los casos en que no se haya regulado contractualmente el asunto de la controversia, se podrá aplicar la ley escogida por las partes, salvo que:
 - a) El estado de la ley escogida no tenga una relación sustancial con las partes o la transacción u otra relación razonable; o
 - b) La aplicación de la ley elegida sea contraria a una política fundamental de un estado que tenga un mayor interés material con la controversia que el estado de la ley escogida, y que sea el estado de la ley aplicable en ausencia de elección válida entre las partes.

De lo anterior es importante destacar que para que la elección de la ley del estado sea válida, este debe tener una *relación sustancial* con las partes o con la transacción. En la práctica, sin embargo, es común ver cómo las Cortes de los estados de la Unión no hacen un examen estricto de la relación sustancial, sino que, por ejemplo, toman como tal el domicilio de una de las partes, el lugar de celebración del contrato, el lugar en donde desarrolla sus actividades la empresa, entre otros (Rhul, 2007). En general, entonces, podemos concluir que prima la libertad conflictual de las partes, pese a las restricciones establecidas en la Sección 187.

Adicionalmente, cabe recordar que las disposiciones del *Second Restatement* sirven de mera referencia para las autoridades judiciales, pues no tienen fuerza vinculante. A pesar de ello, la

¹⁰ Como aspecto novedoso, limita la autonomía conflictual en las relaciones de derecho del consumo.

¹¹ Consultado en: <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>

aplicación de la sección 187 del *Second Restatement* ha sido acogida incluso por las Cortes de aquellos estados de la Unión que se han inclinado a aplicar predominantemente el *First Restatement* (Garro, 2000).

Tal vez conscientes de las dinámicas contemporáneas de la contratación internacional y de la flexibilidad que debe caracterizar a los regímenes actuales de derecho internacional privado, las Cortes han optado por que los límites para el ejercicio de la autonomía conflictual mencionadas anteriormente sean en la práctica un saludo a la bandera, valiéndose de su amplia abstracción y, consecuentemente, de la dificultad de prever y/o determinar que la elección de ley aplicable de las partes pueda adecuarse o no dentro de dichas condiciones.

Así, pues, el abandono de la restricción de la relación sustancial parece ser sistemático, pues la tendencia ha sido la facilitación del ejercicio de la autonomía conflictual, como es el caso de los estados de Oregon y Louisiana, en donde ya no es necesario que haya conexión o relación alguna con la ley del estado escogido. También está el caso de Texas, California, Illinois y New York, en donde se han fijado unos montos mínimos de inversión para que se pueda escoger como aplicable la ley de esos estados sin restricción alguna (Rhul, 2007).

3.2. Arbitraje Privado Internacional en Estados Unidos

3.2.1. Regulación del Arbitraje Privado Internacional en Estados Unidos

Los estatutos que regulan el arbitraje internacional en Estados Unidos a nivel federal son el *Federal Arbitration Act* (FAA), en cuyo Capítulo II se incorporó la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de Laudos Arbitrales internacionales, ratificada en 1983 y, aunque con menor entidad o relevancia, la Convención de Panamá de 1975 (OEA, 2015).

El hecho de haber ratificado ambas Convenciones desató en su momento una serie de dudas sobre las divergencias en algunas disposiciones entre la de Nueva York y la de Panamá, problema que al día de hoy todavía persiste entre los países que han ratificado las dos Convenciones. Sin embargo, Estados Unidos ha sido el único país que se ocupó por zanjar el problema, haciendo las siguientes reservas:

1) *prima la voluntad de los particulares*: o sea que se les deja a ellos la libertad de solucionar el problema de los conflictos de convenciones, eligiendo la que les parezca más conveniente en relación con el negocio y el litigio planteados;

2) *en defecto de acuerdo expreso de las partes, prevalecerá la aplicación de la Convención Interamericana si la mayoría de los litigantes son ciudadanos de Estados que han ratificado o adherido a la misma, Estados, que además deben ser miembros de la OEA*; y

3) *si la mayoría de los litigantes no son ciudadanos de Estados ratificantes de la Convención Interamericana y no son miembros de la OEA, en todos los demás casos regirá la Convención de Nueva York*. (OEA, 2015, p. 56)

A nivel estatal, cada estado tiene su propio estatuto de arbitraje internacional, en algunas ocasiones en conjunto con el arbitraje doméstico. Gracias a la proliferación de la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional en casi la totalidad de los estados del planeta, esta ha sido incorporada en algunos estados de la Unión, tales como California, Connecticut, Florida, Georgia, Illinois, Luisiana, Oregón, y Texas¹². No obstante, aunque esta no ha sido incorporada en el ordenamiento federal de los Estados Unidos, no deja de ser un referente

¹² Consultado en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

jurídico sobre la materia y, desde luego, una fuente de *Soft International Law* en los estados en que no ha sido todavía incorporada (Carbonneau, 2006).

Sin embargo, las fuentes normativas más importantes en Estados Unidos sobre Arbitraje Internacional son el FAA, la Convención de Nueva York de 1958 y las demás leyes que la han implementado, lo cual supone una serie de regulaciones e incluso interpretaciones jurisprudenciales que han hecho que, a pesar de conservarse un cuerpo normativo esencial de la Convención, esta ha tenido una adaptación en el ordenamiento jurídico federal y estatal en algunos aspectos muy al estilo de los Estados Unidos en este tipo de asuntos.

3.2.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en Estados Unidos a través de las Cláusulas de Arbitramento

Un análisis de los más modernos y principales estatutos de arbitraje internacional del globo nos conducen a concluir que se ha pretendido reivindicar la Autonomía Conflictual lo máximo posible, en paralelo a un mínimo posible de restricciones a límites a ella. El caso estadounidense, ha corrido con una suerte similar por cuenta de la incorporación de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional en algunos estados de la Unión y de la Convención de Nueva York, sumado a una histórica tradición de reivindicación de las libertades individuales, y del sólido desarrollo legal y jurisprudencial interno que se ha gestado sobre la materia, a la vanguardia del mundo (Carbonneau, 2006).

En ese orden, en aquellos estados de la Unión en donde opera la Ley Modelo de UNCITRAL, se aplica preferentemente la ley que hayan escogido las partes y, en ausencia de pacto, el árbitro aplicará la que considere más apropiada, con base en el principio de proximidad o relación más estrecha con la prestación característica.

En los demás estados se aplicarán las normas dispuestas en sus estatutos internos, así como la Convención y las leyes que la han implementado, en las que, como hemos visto, la regla de oro es la autonomía de la voluntad de las partes para escoger las normas que gobiernen sus relaciones, sin embargo, es preciso distinguir entre los varios tipos de leyes que puede regir un contrato como resultado de la voluntad de las partes.

En el arbitraje internacional es importante distinguir entre las reglas que regirán el proceso, las normas sustanciales con base en las cuales se solucionarán las controversias, y la ley aplicable para resolver los temas relacionados con la arbitrabilidad, esto es, en los casos en que no hay consenso acerca de si el asunto es arbitrable o si la controversia suscitada fue contemplada por las partes como arbitrable (Bortolotti, 2017).

Pues bien, para los efectos de este trabajo, por ley aplicable me refiero a las leyes sustanciales aplicables a la controversia señalada por pacto entre las partes, en este caso, en los pactos arbitrales o más específicamente, en las cláusulas compromisorias.

3.2.2.1. Límites a los Pactos Arbitrales

Los límites a la autonomía conflictual en los pactos arbitrales son las normas de orden público (*public policies*) y los asuntos no arbitrables, los cuales varían de país en país, aunque suelen haber asuntos comunes, tales como los relacionados con el derecho laboral y de familia, derecho del consumo e, incluso, a veces asuntos relacionados con el derecho de la competencia (Rhul, 2007).

En Estados Unidos en particular, desde 1982 con la adición de la Sección 294 al Título 35 del *U.S. Code* (USC), se empezó a flexibilizar y ampliar el espectro de asuntos arbitrables que tengan como sede los Estados Unidos o que encuentren algún tipo de conexión con ese país o que sea la ley sustancial elegida por las partes para resolver el asunto. Ciertamente, las Cortes de los Estados

Unidos suelen ser muy laxas en el sentido de no negar la arbitrabilidad de un asunto, salvo razones significativamente de peso como lo sería un mandato expreso de alguna disposición de alto grado de vinculatoriedad como lo sería una Ley emanada del Congreso que regule la materia (Carbonneau, 2006).

IV. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN ESPAÑA

Este capítulo responde al objetivo de investigación número cuatro que consiste en *exponer el desarrollo y alcance que ha tenido en España la Autonomía Conflictual a través de las cláusulas de selección y pactos de arbitramento en la contratación internacional*.

4.1. Cláusulas de Selección en España

4.1.1. Regulación. Las normas de conflicto en España - Reglamento Roma I

El estatuto de derecho internacional privado en España y, en general, para toda la Unión Europea, excepto Dinamarca, es el Reglamento No. 593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, emitido por el Parlamento Europeo el 17 de junio de 2008, mejor conocido como el Reglamento Roma I, cuyo antecedente es el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (ISCI, s.f.).

En la necesidad de unificar las normas de conflicto de los países miembros de la Unión Europea y, teniendo en cuenta la extraordinaria dificultad que hubiese comportado reformar el Convenio de Roma de 1980, se hizo el Reglamento Roma I, el cual es esencialmente el texto del Convenio¹³, pero con algunas modificaciones (Lorente, 2015).

¹³ El artículo 24 del Reglamento Roma I establece que este sustituirá al Convenio de Roma de 1980, y que se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al Reglamento. Consultado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>

Tal vez el cambio más trascendental entre un estatuto y el otro es la modificación del artículo 4 sobre la ley aplicable a los contratos en ausencia de elección entre las partes, en donde se abandonó el principio de proximidad como regla fundamental, para pasar a la remisión según la naturaleza o tipo contractual y, en los casos no enlistados o que se adecuen a más de un literal, será la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica, quedando relegado el principio de proximidad o relación más estrecha a ser un criterio residual para aquellos casos que no se ajustan a los dos criterios anteriores o aquellos casos en que, dependiendo de las circunstancias, y en aras de brindar previsibilidad y seguridad jurídica, la situación presente una relación más estrecha con un país distinto al señalado conforme a los dos criterios anteriores (Lorente, 2015).

4.1.1.1. Ámbito de Aplicación Material del Reglamento Roma I

El Reglamento se aplicará a obligaciones contractuales en materia civil y comercial, es decir, relaciones privadas horizontales -entre particulares o, si participa una entidad estatal debe estar desprovista de su poder de *Imperium* “que surgen de acuerdos de voluntades netamente patrimoniales” (Fernández y Calvo, 1995, p.524). Ahora bien, las normas de derecho internacional privado españolas no han sido derogadas por el Reglamento, sino que siguen vigentes para los asuntos que están por fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento (Calvo, 2009), como serían los enunciados en los literales del apartado 2 del artículo 1¹⁴.

Por otra parte, la obligación contractual debe tener una connotación internacional. En la doctrina europea hay consenso en la adopción del criterio del elemento extranjero puro para determinar la aplicabilidad del Reglamento. Naturalmente, pensando en la finalidad primaria del Reglamento,

¹⁴ El estado civil y capacidad de las personas naturales, asuntos de derecho de familia y sucesiones, entre otros.

cual es unificar el derecho internacional privado de los países miembro de la Unión Europea, como solución a la incertidumbre inherente a las normas de conflicto, el elemento extranjero de las situaciones privadas debería implicar un conflicto de leyes (Llorente, 2009), de lo contrario no tendría sentido alguno apelar al Reglamento, pues, si no hay conflicto de leyes, es porque se trata de un simple asunto doméstico.

4.1.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en España través de Cláusulas de Selección

El Reglamento fue pensado como un estatuto supletivo al cual apelan las partes para saber cuál es la Ley sustancial aplicable a sus controversias contractuales ante la ausencia de elección previa. Para determinar la ley aplicable al contrato, el Reglamento contempla unos criterios en cascada, teniendo como primer y más importante filtro la ley que eligieron las partes, regla básica del derecho internacional privado contemporáneo desde la década de 1980 (Calvo, 2009).

Dicho lo anterior, sabemos que la libertad de elección de la ley aplicable al contrato por las partes no solamente es posible en el régimen de derecho internacional en España, sino que constituye su más importante regla. Ahora, lo anterior no implica que el ejercicio de la autonomía conflictual en los contratos internacionales sea absoluto, sino que, por el contrario, tiene algunas vicisitudes y condiciones que estudiaremos a continuación a partir del artículo 3 del Reglamento.

Así, entonces, los profesores Calvo y Carrascosa (2012) han desagregado los elementos y condiciones que se extraen del artículo 3 del Reglamento, cuales son (i) claridad de la elección y; (ii) elección de una Ley estatal. Veamos en qué consiste cada uno.

(i) Claridad de la elección de Ley. Las partes deben manifestar su voluntad conflictual de manera inequívoca y cierta. Esto puede darse bien sea expresa o implícitamente. En el primer caso, las partes son concisas en su voluntad conflictual de que su relación contractual sea gobernada por

una Ley en particular, aun de manera verbal; en el segundo caso, no se debe entender como que se debe desentrañar la voluntad de las partes (Calvo, 2009), sino que, aun siendo implícita la manifestación de la voluntad conflictual, al menos debe ser inequívoca.

(ii) Elección de una Ley estatal. No hay restricciones para que las partes elijan cualquier ley de cualquier ordenamiento que, a su juicio, les resulte mejor, pero, en todo caso, esa Ley elegida debe ser la del ordenamiento jurídico un Estado, debe ser una Ley estatal, invalidando todo pacto entre las partes que consista en que estas elijan la *Lex Mercatoria* o cualquier fuente no estatal del derecho internacional como Ley gobernante de sus relaciones, evitando a toda costa los mal llamados ‘*Contratos sin ley*’.

No obstante, es pertinente precisar que de lo anterior no se deriva la imposibilidad de que las partes, en ejercicio de su autonomía material, incorporen al contrato disposiciones por vía de referencia fuentes de la *Lex Mercatoria* en su sentido más amplio, lo que sería diferente a elegir estas fuentes, en ejercicio de su autonomía conflictual, como ley aplicable a las controversias que se susciten de su relación contractual.

4.2. Arbitraje Privado Internacional en España

4.2.1. Regulación del Arbitraje Privado Internacional en España

La regulación del arbitraje internacional privado en España encuentra sus primeros visos de importancia desde la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley sobre Arbitraje Privado de 1953. Esta Ley presentaba recurrentes problemas en la práctica arbitral comercial al tener regulaciones anticuadas e ineficientes para la modernización del derecho internacional que desde entonces se venía gestando en el mundo, inconvenientes que terminaron de salir de relieve con la

adhesión de España al Convenio de Nueva York, cuyas disposiciones tenían un carácter mucho más actualizado y liberal (Fernández y Calvo, 1995).

Fue así como, atendiendo a dicha realidad, se promulgó la Ley 36 de 1988, la cual refrescó un poco el ordenamiento español respecto al mundo que venía en una creciente actividad del comercio internacional, gracias a su reconocible adelanto en términos de mayores libertades contractuales (Olivencia, 2011).

Más tarde a principios del siglo XXI, sin embargo, bajo el argumento del dinamismo propio del comercio internacional y la imperiosa necesidad de que el derecho esté en armonía con los hechos humanos¹⁵, se vio oportuno a criterio de sus ponentes la actualización del régimen de Arbitraje en España con la incorporación de la Ley 60 de 2003, inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional.

En ese orden, tenemos que en España actualmente el marco jurídico fundamental del Arbitraje Internacional está compuesto, por un lado, como fuentes de producción internacional, por el Convenio europeo de Ginebra de 1961 y el Convenio de Nueva York de 1958 y, por el otro, como fuente de producción interna, por la Ley 60 de 2003.

El Convenio de Ginebra de 1961 es el estatuto más importante a nivel regional en Europa, regula el reconocimiento de laudos, procedimiento arbitral y ley aplicable de los asuntos en que las partes tienen, al momento del pacto arbitral, su domicilio o residencia habitual en distintos países europeos parte del Convenio. Mientras tanto, el Convenio de Nueva York de 1958 y la Ley 60 de 2003 regulan el arbitraje internacional privado en España en los demás casos, es decir,

¹⁵ Este es el argumento central de la Exposición de Motivos de la Ley 60 de 2003 sobre arbitraje internacional en España. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>

cuando al menos una de las partes no tiene su domicilio o residencia habitual en un país parte del Convenio de Ginebra (Calvo y Carrascosa, 2012).

Como hemos visto hasta aquí, en España coexisten dos estatutos sobre arbitraje privado internacional, la Convención de Ginebra de 1961 para el escenario europeo, y el Convenio de Nueva York y la Ley 60 para las relaciones comerciales internacionales con el resto del mundo. La coexistencia de estos tres estatutos, aunque en ocasiones armónicos entre sí, no es menos cierto presenta disconformidades en la regulación de algunos puntos, como por el ejemplo el relacionado con los criterios a atender para determinar la ley aplicable al fondo de la controversia arbitral, tal como se verá en la siguiente sección.

4.2.2. Ejercicio de la Autonomía Conflictual en España través de las Cláusulas de Arbitramento

El interrogante acerca de cuál es la ley aplicable al fondo de la controversia sometida a arbitraje tiene dos respuestas distintas, dependiendo si el asunto está cubierto por el Convenio de Ginebra o por la Ley 60. Ambos estatutos responden a dicho interrogante mediante un mecanismo de puntos de conexión en cascada o escalera, los cuales coinciden en el primer y más importante criterio -la autonomía conflictual- pero difieren en el resto.

El Convenio de Ginebra de 1961 deja, en primera medida, al libre criterio de las partes la determinación de la ley sustancial aplicable a la controversia; si esto no ocurre, se resolverá el fondo de la controversia conforme a la ley que señalen las normas de conflicto que los árbitros

consideren más apropiadas¹⁶, criterio el cual es demasiado ambiguo y en cierta medida problemático si se consideran la incertidumbre inherente a las normas de conflicto.

Por su parte, la Ley 60 de 2003 contempla como primer criterio para los asuntos que se deban resolver en derecho, la ley aplicable al fondo de la controversia será la elegida por las partes y, en ausencia de elección, los árbitros aplicarán la ley que estimen más apropiada, para lo cual estos no están atados a las normas de conflicto de ningún estado si así no lo consideran, pues en realidad podrían apelar a diversos factores para determinar la ley que a su juicio sea más apropiada para resolver el fondo de la controversia¹⁷.

Volviendo al ejercicio de la autonomía conflictual, podemos ver que ambos estatutos coinciden en el primer criterio, cual sería el ejercicio de su voluntad para elegir el derecho que rija sus relaciones y futuras controversias. Este primer punto es similar, pero no idéntico.

En el Convenio de Ginebra, al utilizar la palabra “ley”, se ha entendido en la doctrina que se refiere al derecho del ordenamiento jurídico de un estado; mientras que, como se sigue de la exposición de motivos de la Ley 60, esta ha dejado la puerta abierta para que el contrato se pueda gobernar, incluso, por una fuente del derecho internacional no estatal, la *Lex Mercatoria* en sentido amplio, los Principios Unidroit, Principios y usos del derecho internacional, entre otros, así como también cabe la posibilidad de que se fraccione la ley aplicable al contrato según el tipo de asunto sobre el cual verse la controversia, pudiendo de esta forma acudir al tiempo a sistemas de derecho estatales y no estatales.

¹⁶ Artículo VII. Consultado en: http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/wp-content/uploads/2019/02/convenio_ginebra_1961.pdf

¹⁷ Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>

En suma, más allá de las diferencias expuestas y de las críticas que se puedan plantear para la mejora de sus disposiciones, en términos generales los estatutos sobre arbitraje internacional privado en España son respetuosos de la libertad contractual de las partes, tanto en su dimensión material como conflictual, circunstancia que se ajusta a las dinámicas propias de los negocios internacionales.

V. CONCLUSIONES

En Colombia, al día de hoy, pese a las diversas interpretaciones doctrinales e insuficientes pronunciamientos jurisprudenciales, todavía no tenemos claridad ni certeza acerca de la bilateralidad de las normas de conflicto colombianas ni de su grado de imperatividad ni mucho menos un estatuto que las compile o codifique.

Solamente en materia de arbitraje internacional privado hemos tenido reconocibles avances a la par del mundo civilizado, tal como se constató a partir del estudio de dos importantes referentes que representan a grandes rasgos las dos tradiciones jurídicas más notorias del mundo occidental: Estados Unidos como representante del Derecho Común, y España (la Unión Europea en general) como representante del Derecho Civil Continental.

Dichos países, aun utilizando diferentes medios y con los desaciertos que puedan tener, convergen en lo fundamental: en el entendimiento de la Autonomía Conflictual como una regla básica en la contratación internacional. Pues bien, lo que en el mundo hoy es una regla básica o un axioma, de las normas de conflicto colombianas no se entiende con claridad que se disponga lo propio, lo que conduce a un ambiente de inseguridad jurídica que nos hace ser menos competitivos ante el mundo, pues desincentiva los negocios internacionales.

La Autonomía Conflictual es la mejor y más efectiva alternativa que en el mundo ha encontrado para hacerle frente a la gran incertidumbre que por sí mismas comportan las normas de conflicto, inconveniente que el ordenamiento jurídico colombiano, por coincidencia o por virtud, logró zanjar a raíz de la promulgación de la Ley 1563 y ya desde antes con el Convenio de Nueva York de 1958.

Este debe ser un punto de partida para derrumbar todo argumento que reivindique el proteccionismo de nuestro ordenamiento jurídico, pues no se explica cómo si las partes de un contrato que mediante una cláusula compromisoria establecen el derecho aplicable a sus futuras controversias, sería perfectamente válido y hasta deseable, mientras que, si las mismas partes del mismo contrato pactan una cláusula de selección mediante la cual eligen la ley aplicable a las controversias que entre ellas se susciten, en contra de toda estimación lógica, puedan con esta conducta lesionar el orden público.

La autonomía conflictual es un axioma en el derecho de la contratación internacional de hoy. Negar su existencia u obstaculizar su cabal ejercicio, sea directa o indirectamente, por acción u omisión, parcial o totalmente, es un lujo que Colombia no se puede dar si su norte es alcanzar cada vez una mayor competitividad en el intercambio transnacional de bienes y servicios. Participar de los negocios internacionales no exige solamente ser competitivo a partir de ofrecerle al mundo bienes y servicios de mejor calidad o un menor precio, sino también una seria y rigurosa voluntad política orientada a ofrecer seguridad jurídica e institucional.

Ahora, no se trata de exigirle al Estado colombiano una mayor intromisión en las relaciones interpersonales, toda vez que sería equivocada una regulación de la materia en un sentido positivo. Todo lo contrario, el llamado consiste en establecer principios y reglas en sentido negativo, es decir, derroteros fundamentales para defender la libertad contractual de las personas frente a

cualquier amenaza injustificada que avance en contra de ella, estableciendo reglas de juego claras y mínimas como lo es el ejercicio de la autonomía conflictual, de modo que nos permita ser un país confiable.

Para lograr este ambicioso, pero necesario fin, quien escribe propone empezar por actualizar nuestro ordenamiento por una vía pragmática como lo sería la incorporación en nuestro ordenamiento de un estatuto inspirado en uno cuyo éxito esté probado, v.gr. el Reglamento Roma I o la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable los negocios internacionales, adaptándolo en lo aplicable a nuestro contexto.

Indispensable resulta, por último, no solamente la voluntad del Ejecutivo del orden Nacional y de nuestros legisladores para materializar lo que se ha propuesto hasta aquí, sino también hacer un llamado enérgico a los Jueces de la República para que se interesen en el estudio de las normas vigentes en Colombia logradas en nuestros intentos por unificar y armonizar el ordenamiento jurídico con el mundo, para que de esta manera se acompañe la promulgación de este tipo de estatutos con su aplicación efectiva, evitando que terminen siendo letra muerta, pues muy pocos de ellos los conocen y los aplican.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (s.f.). *De los contratos*. Editorial Temis.
- Arrubla, J. (1987). *Contratos mercantiles*. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE.
- Boggiano, A. (2000). *Curso de derecho internacional privado* (2da Ed.). ABELEDO-PERROT.
- Bonilla, J. M. (2013). La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación. *Revista e-Mercatoria*, 12(2), 80-139.
- Bortolotti, F. (2017). *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts. A practical guide, with ICC model contracts* (3th Ed.). International Chamber of Commerce [ICC].
- Calvo, A. L. (2009). El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas. *El Notario del Siglo XXI*, 24.
<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-24?id=1625:el-reglamento-roma-i-sobre-la-ley-aplicable-a-las-obligaciones-contractuales-cuestiones-escogidas-0-40715707597057993>
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (Ed.). (2012). *Derecho del comercio internacional*. Editorial COLEX.
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (s.f.). *Derecho Internacional Privado*. Editorial COMARES.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros/Reglamento-general>
- Cámara de Comercio de Cali. (s.f.). Del reglamento general del centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la Cámara de Comercio de Cali.
<https://www.ccc.org.co/minisite-concilarb/reglamento-y-documentos/>

- Carbonneau, T. (Ed.). (2006). *Handbook on International Arbitration and ADR*. American Arbitration Association.
- Cárdenas, J.P. (2019). Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. *Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio [Confecámaras]*. Consultado en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf>
- Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica.
- De Miguel, P. (2005). Conflicto de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. (5), 43-102. <https://eprints.ucm.es/>
- Fernández, L. y Calvo, A. (1995). *Derecho mercantil internacional* (2da Ed.). Editorial TECNOS.
- Garro, A. (2000). El Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos: Balances y Perspectivas. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 97-114.
- González, A. (1997). *Introducción al derecho* (6ta Ed.). Ediciones Librería del Profesional.
- Grob, F. (2014). La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), 229-265.
- Hoof, E. (2012). *Derecho internacional privado al alcance de todos* (1ra Ed.). Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata [EUDEM].
- Instituto Superior de Contratación Internacional [ISCI]. (s.f.). Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). <https://www.isci.institute/es/herramientas-contratos-internacionales/reglamento-ce-n-593-2008#>

- Leible, S. (2011). La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(1), 214-233. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>
- Llorente, C. (2009). La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), 160-178.
- Lorente, I. (2015). Convenio de Roma 1980 y Reglamento Roma I. Ley Aplicable a las obligaciones contractuales. El contrato de transporte de mercancías y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7(1), 269-276.
- Ochoa, M., Zapata, J., y Carrillo, P. (2019). La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia. *Revista Estudios socio-jurídicos*, 21(1), 91-120.
- Olivencia, M. (2011). El arbitraje internacional en España tras la Ley 60/2003. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 4(1), 15-28.
- Organización de los Estados Americanos – OEA. (2015). Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. *Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*. 1-555.
- Oviedo, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (21), 117-157. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82425523005>
- Perales, P. (2014). *Derecho comercial internacional* (Tomo I). Editorial TEMIS y Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional* (1ra Ed.). Universidad Externado de Colombia.

- Rojas, D. (2018). *El derecho aplicable al contrato. Estudio comparado, crítico y prospectivo en Derecho Internacional Privado colombiano* (1ra Ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Roldan, J. (2010). El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*, (44), 1-30.
- Rhül, G. (2007). Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*, 3(01), 1-41. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>
- Sentencia C-341. (2006, 03 de mayo). Corte Constitucional (Jaime Araujo Rentería, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-341-06.htm>
- Sentencia C-347. (1997, 23 de julio). Corte Constitucional (Jorge Arango Mejía, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-347-97.htm>
- Sentencia 11001-0203-000-2001-0190-01. (2004, 06 de agosto). Corte Suprema de Justicia. (Edgardo Villamil Portilla, M.P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/exequatur/Providencias/11001-0203-000-2001-0190-01%20Portugal.pdf>
- Sentencia SC12467-2016. (2016, 07 de septiembre). Corte Suprema de Justicia (Luis Armando Tolosa, M.P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/10/SC12467-2016.pdf>
- Vargas, M. (2016). Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de La Haya de 2005. *Revista Perspectiva Jurídica, Universidad Panamericana*, (6), 1-18.

Zapata, A. (1999). Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional. *Revista de Derecho Privado*, (4), 87-101.

Zappalá, F. (2015). Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional. *Revista de Derecho Público*, (34), 1-25.

Zuleta, A. (2010). Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (44), 1-35.

Zuleta-Alarcón, N. (2013). Un estudio normativo y económico al pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (49), 1-30.