

Libertad de elección de Ley aplicable al contrato internacional en el Derecho internacional privado colombiano*

Freedom of choice of law applicable to the international contract in Colombian private international law

JORGE OVIEDO ALBÁN*

Universidad de La Sabana

ORCID ID: 0000-0003-2174-4765

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8970

Resumen: El presente artículo analiza la libertad de elección de ley aplicable al contrato internacional en el Derecho Internacional Privado colombiano. En la primera parte, se hace referencia a las diferentes tesis existentes en la doctrina en relación con la interpretación de las normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio. Posteriormente, se identifican las decisiones judiciales que han interpretado las reglas de Derecho Internacional Privado colombianas concluyendo que es posible escoger la ley que regulará el contrato internacional. En un segundo y tercer punto se describen las reglas sobre arbitraje internacional y sobre compraventa internacional de mercaderías, para concluir que existe un sistema jurídico en Colombia favorable a la libertad de elección de ley aplicable al contrato internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado colombiano, arbitraje internacional, compraventa internacional de mercaderías, contratos internacionales.

Abstract: This article analyzes the freedom of choice of law applicable to international contracts in Colombian Private International Law. In the first part, reference is made to the different theses existing in the doctrine in relation to the interpretation of the norms contained in the Civil Code and the Commercial Code. Subsequently, the judicial decisions that have interpreted the Colombian rules of Private International Law are identified, concluding that it is possible to choose the law that will regulate the international contract. In a second and third point, the rules on international arbitration and on the international sale of goods are described, to conclude that there is a legal system in Colombia favorable to the freedom of choice of law applicable to international contracts.

Keywords: Colombian private international law, international arbitration, international sale of goods, international contracts.

Sumario: I. Introducción. II. Las reglas conflictuales en el Código Civil y de Comercio y la posibilidad de pacto de ley aplicable. III. Las decisiones judiciales favorables al pacto de ley aplicable al contrato internacional. IV. El pacto de ley aplicable en las normas sobre arbitraje internacional. V. El pacto de ley aplicable en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. VI. Consideraciones conclusivas.

*Este artículo tiene como antecedente el que bajo el título “Sobre el pacto de ley aplicable al contrato internacional en el derecho colombiano” se publicó en Boletín del Centro de Estudios de Derecho Comparado, N. 9, (2023), en vlex. La presente versión ha sido ampliada y para su preparación se han consultado y actualizado fuentes bibliográficas.

**Profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Colombia). Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Centro de conciliación y arbitraje empresarial de la Superintendencia de Sociedades (Colombia). Doctor en Derecho y Magister en Derecho Privado por la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá).

I. Introducción

1. En el Derecho Internacional Privado contemporáneo se admite como regla general para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, en los que haya diferentes elementos extranjeros como puntos de contacto con distintos ordenamientos nacionales, a la autonomía de la voluntad, en un doble alcance: material y conflictual¹. Según la autonomía material, las partes pueden determinar el contenido del contrato, ante lo cual habrá que reconocer la naturaleza supletiva de las normas respectivas, salvo los límites impuestos por las leyes imperativas. Conforme a la autonomía conflictual, las partes pueden escoger la ley que regirá el contrato². Esto facilita la realización de los intereses materiales de los contratantes en el sentido de permitir escoger las reglas que resulten más adecuadas para satisfacer sus intereses y necesidades. Además, genera seguridad jurídica preventiva, cumple una función profiláctica de eliminación de conflictos entre las partes y permite una adecuada administración de justicia³.

2. La autonomía conflictual fue reconocida en un fallo de la *Cour de Cassation* francesa de 5 de diciembre de 1910 en el caso *American Trade Company* contra *Quebec Steamship* en el que se aceptó que los contratos, en cuanto a su formación, efectos y condiciones, se rigen por la ley que hayan escogido las partes, lo que permitió que posteriormente la doctrina y legislaciones europeas la aceptaran. Igualmente en los Estados Unidos, conforme aparece señalado en la Sección 186 del *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, las partes son libres para determinar la ley aplicable a contratos internacionales⁴.

3. Actualmente es considerada una de las reglas básicas aceptadas por el Derecho Internacional Privado contemporáneo de contratos⁵, tal como lo establece el considerando 11 del Reglamento Roma I: “la libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”, y también en la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, de la Organización de Estados Americanos, en la que se afirma:

“La autonomía de la voluntad es uno de los pilares del derecho de la contratación moderna y goza de un gran nivel de aceptación en el derecho internacional privado. La base de este principio es que las partes de un contrato están en las mejores condiciones para determinar qué derecho es el que se adapta

¹ P. A. De Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, en José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., Iustel, Madrid, 2020, p. 359.

² A.L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González, Javier, “Contratos internacionales I”, en A. L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2973. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 117. M.D. Ortiz Vidal, *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Comares, Granada, 2014, p. 56.

³ Calvo Caravaca; Carrascosa González, *op. cit.*, p. 2975. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 120 - 122. Ortiz Vidal, *op. cit.*, pp. 73 - 74.

⁴ P. Mayer; V. Heuzé; B. Remy, *Droit International Privé*, 12^e édition, LGDJ, Paris, 2019, pp. 516 - 517. A. Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2011, p. 55.

⁵ B. AUDIT; L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, 8^e édition, LGDJ, Paris, 2018, p. 854. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 618. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 56. S.L. FÉLDSTEIN DE CÁRDENAS, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 63 y 71 - 73. J.M. JACQUET; P. DELEBECQUE; L. USUNIER, *Droit du commerce international*, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2021, p. 242. En el Reglamento Roma I, la libertad de elección de ley aplicable al contrato internacional está consagrada en el artículo 3.1. En las leyes de Derecho Internacional Privado adoptadas en diversos países latinoamericanos en las últimas cuatro décadas se consagra tal posibilidad. Así los artículos 2095 del Código Civil de Perú de 1984; 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998; 4º de la Ley 5393 sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales de Paraguay, de 2015; 45 de la Ley 19920 de Derecho Internacional Privado de Uruguay, de 2010; 2651 del Código Civil y Comercial argentino (Ley 26.994) de 2014; 74 y 75 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá (Ley 7) de 2014; 58 de la Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana de 2014. De igual manera, el artículo 7º de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México el 17 de marzo de 1994 en la quinta Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - V).

mejor para regir su transacción, en lugar de dejar dicha determinación al árbitro, en caso de contienda. Ello fortalece la certeza jurídica que se requiere para estimular las transacciones comerciales (...)⁶.

4. De igual forma, los Principios de La Haya sobre elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales, establecen en sus artículo 2º y 3º una amplia posibilidad de pacto, no solamente a favor de leyes estatales, sino también de instrumentos de Derecho no estatal o *soft law*:

“Artículo 2. Libertad de elección

1. Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.
2. Las partes pueden elegir:
 1. (a) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y
 2. (b) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato.
3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.
4. No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”.

“Artículo 3. Normas de Derecho

Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro”⁷.

5. Ahora bien, pese a la que al parecer es la tendencia en el contexto internacional, en Colombia todavía no se tiene claridad acerca de si es posible pactar o no la ley aplicable al contrato internacional. Sin que el objetivo de este artículo sea entrar en el análisis de las diversas posturas que existen sobre el particular, lo que se busca sostener es que tal pacto sí es viable, teniendo no solo como fundamento la interpretación propuesta de las reglas vigentes, sino también las decisiones judiciales que lo han aceptado.

II. Las reglas conflictuales en el Código Civil y de Comercio y la posibilidad de pacto de ley aplicable

6. El Código Civil vigente en Colombia adoptó la regla *locus regit actum*, toda vez que se ha interpretado el artículo 20 inc. 2º y el artículo 21 de dicho estatuto, para señalar que la validez y el régimen de formación del contrato la determina la ley del lugar de celebración⁸. Pero en cuanto a la ley aplicable a los efectos del contrato, se entiende, tanto en Derecho Civil como Comercial, que rige la ley del lugar de ejecución. La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 15 de diciembre de 1900 interpretó además que el inciso 3º de dicha norma es el que sujeta a la ley colombiana los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito de cumplirse en Colombia⁹. Así dijo puntualmente la Corte en el fallo referido:

⁶ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, Organización de Estados Americanos, 2019, p. 119.

⁷ HCCH, Hague conference on private international law, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, 2016, p. 18.

⁸ A. Zapata de Arbeláez, “El régimen jurídico de los contratos internacionales en Colombia”, en A. Zapata de Arbeláez (comp.), *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 20.

⁹ Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, M.P. Carmelo Arango, G. J., t. XV, nº 748 – 749, p. 121. Un análisis de esta sentencia puede verse en: A. Zapata de Arbeláez, “La ley aplicable al contrato internacional”, en L. V. García Matamoros y A. Agustín Aljure Salame (eds.), *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2016, pp. 195 - 196. D. Rojas Tamayo, *El derecho aplicable al contrato. Estudio comparado, crítico y prospectivo en Derecho Internacional Privado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 135 - 137.

“La forma de los contratos, o sean las solemnidades o los requisitos externos para su validez, no debe confundirse con los efectos de dichos contratos; la forma dice relación a los elementos constitutivos del acto, y los efectos son los derechos y obligaciones que produce. A la forma se refiere el inciso 2 del artículo 20, cuando habla de “los contratos celebrados válidamente en país extraño”, de donde se deduce rectamente, que según ese inciso 2, para saber si un contrato es válido sólo hay que atender a la ley vigente en el lugar y tiempo que se celebra, con las pocas excepciones que más adelante establece el mismo Código; y el inciso 3 es el que se sujeta a la ley colombiana los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito o la intención de cumplirse en Colombia (...)”¹⁰.

Por su parte, el artículo 869 del Código de Comercio, establece que:

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

7. Debe indicarse que un destacado sector de la doctrina colombiana no admite la validez del pacto de ley extranjera en el Derecho colombiano¹¹. Así, en relación con el citado artículo 869 del Código de Comercio¹², SUESCÚN MELO considera que cuando la norma dispone que los contratos celebrados en el extranjero y ejecutados en Colombia se rigen por ley colombiana, reconociendo el principio *lex loci solutionis*, se trata de una disposición de observancia imperativa, de forma que no cabe en este aspecto la autonomía de la voluntad privada¹³. La única posibilidad admitida por el autor de validez del pacto de ley extranjera, sería en los eventos en que las partes decidieren someter sus diferencias a un tribunal arbitral, puesto que la Ley 315 de 1996 (vigente al momento de publicación del texto del autor) permitía en el artículo 2° que las partes determinen el derecho aplicable al fondo de la controversia¹⁴, igual a como lo hace el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012, que corresponde al actual estatuto arbitral. Por su parte, ANTONIO ALJURE también considera que el artículo 869, por su redacción, debe entenderse como una norma de observancia imperativa¹⁵.

8. De manera contraria a estas posturas, se puede asumir que según las citadas normas las partes pueden pactar la ley que regirá el contrato internacional, con los siguientes argumentos:

- a) Según el artículo 20 del Código Civil, los bienes situados en el territorio nacional en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, disposición que se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Ahora, la norma agrega que: “pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos en que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión”, por lo cual puede inferirse que si el contrato tiene por objeto bienes sobre los cuales no tenga interés o derecho la Nación, sí admiten el valor de la autonomía conflictual, es decir: las partes pueden pactar la ley del contrato¹⁶.
- b) Por otro lado, según lo dispone el artículo 869 del Código de Comercio, el contrato celebrado en el exterior para ser cumplido en el país, en cuanto a su ejecución se regirá por la ley colombiana, sin que la norma establezca una prohibición en torno a la posibilidad para las

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, cit.

¹¹ Cfr. J. Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, t. II, 2ª ed., Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2003, p. 152 y Aljure Salame, *op. cit.*, p. 97. En un trabajo anterior me he referido ya a este asunto. Cfr. J. Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, 21 (2012), pp. 117 - 157, esp. pp. 130 a 135. Sobre la discusión en la doctrina nacional acerca de la posibilidad o no de pactar ley del contrato internacional, véase: C. Madrid Martínez, *La contratación internacional en el Derecho Internacional privado colombiano. Perspectiva comparada*, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 181 - 195.

¹² La norma establece: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país se regirá por la ley colombiana”.

¹³ Suescún Melo, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴ Suescún Melo, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ ALJURE SALAME, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶ Zapata de Arbeláez, “La ley aplicable al contrato internacional”, cit., p. 21.

partes de escoger ley extranjera, razón por lo cual se puede sostener que sí es posible pactar en contra de lo dispuesto en dicho artículo.

- c) Además, ello resulta de una interpretación sistemática del artículo 869 con el artículo 1328 del Código de Comercio. La primera disposición se encuentra ubicada en la parte general de obligaciones y contratos del Libro IV de dicho Código. La segunda, se encuentra establecida en las normas sobre el contrato de agencia comercial, y dispone que los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas, pero agrega la norma que: “toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. La razón entonces, para optar por la solución positiva, se basa en argumentar que si tratándose de agencia comercial el legislador prohibió el pacto de ley extranjera, significa que en todos los demás casos lo permite, por lo cual el artículo 869 no es de observancia imperativa¹⁷.

Todo lo anterior se sustenta además en lo establecido por el artículo 1602 del Código Civil, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)”.

- d) Una razón adicional es la que ha sostenido la profesora ADRIANA ZAPATA, que consiste en afirmar que admitir la validez del pacto de ley extranjera en los contratos celebrados en Colombia solamente en los casos en que se pacte arbitraje como medio de solución de controversias, significaría un trato discriminatorio carente de fundamento frente a los contratos cuyas controversias se sometan a la jurisdicción estatal¹⁸. Además, cabe agregar, el artículo 1328 tiene naturaleza especial por la materia regulada en el capítulo donde está ubicado, que es el contrato de agencia comercial, por lo que no podría entenderse que quedó derogado tácitamente por la ley arbitral que a pesar de ser posterior, no es una regla especial frente a la regulación sobre agencia, de forma que tratándose de contratos de agencia comercial sometidos a arbitraje internacional, la ley arbitral tiene como límite el artículo 1328¹⁹.

¹⁷ En este sentido también H. M. MEDINA CASAS, “La ley aplicable al contrato”, en F. Mantilla Espinosa; F. Ternera Barrios (dirs.), *Los contratos en el Derecho Privado*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2007, p. 376. Sobre el artículo 1328 del Código de Comercio colombiano vale la pena destacar que la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC8453-2016, referida al trámite de reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero, señaló que esta norma es de “orden público interno” y no de “orden público internacional”. Aunque la decisión de la Corte no se refirió a la posibilidad de pactar ley extranjera como aplicable al contrato de agencia internacional, señaló la Corte en las consideraciones del fallo: “Ha distinguido la doctrina que existen dos tipos de normas imperativas, aquellas que se consideran de «orden público de dirección» y las de «orden público de protección». Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico.

Solamente las de «orden público de dirección» interesan al derecho internacional privado para integrar el concepto de «orden público internacional» del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

(...)

El artículo 1328 del Código de Comercio invocado por la opositora en este trámite, pertenece al segundo grupo mencionado de las normas de orden público interno, pues si bien es imperativa u obligatoria y por ende, no puede ser desconocida ni derogada por una convención de los contratantes, fue creada en un contexto histórico – económico en el que el legislador consideró necesario brindar protección al gremio de los agentes nacionales.

(...) Aunque, ciertamente, restringe la aplicación de normas foráneas a los contratos de agencia ejecutados en territorio nacional, en tanto no corresponde a una disposición que involucre los intereses, principios y valores fundamentales del Estado colombiano no puede considerarse como parte del «orden público internacional» que puede aducirse como causal para denegar el reconocimiento del laudo cuya copia debidamente legalizada se aportó con la demanda, el cual, como también se exige de la ley o de una decisión judicial extranjera, no introduce «un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro» (CSJ SC, 19 Jul. 1994, Rad. 3894)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de junio de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez, SC8453-2016, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>. Pueden verse comentarios a esta decisión en S. TALERÓ RUEDA, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, p. 781.

¹⁸ A. Zapata de Arbeláez, “El régimen de los contratos internacionales en Colombia”, en A. Zapata de Arbeláez (comp.), *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances III*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 36.

¹⁹ Algunos autores han sostenido que el artículo 1328 del Código de Comercio cede ante la ley arbitral: C. UMAÑA TRUJILLO, “El arbitraje y la agencia mercantil: los efectos de los laudos arbitrales extranjeros frente a las normas sobre agencia mercantil”.

III. Las decisiones judiciales favorables al pacto de ley aplicable al contrato internacional

9. Pese a las diferentes posiciones doctrinales sobre el punto, se encuentra algunas decisiones judiciales que se han pronunciado a favor de admitir el valor de la cláusula de ley aplicable en un contrato. La primera de ellas corresponde a una sentencia en la que se resolvió una acción de tutela interpuesta contra una decisión del Tribunal Superior de Bogotá. En esta se había confirmado lo decidido por un juzgado civil del circuito de la misma ciudad, que rechazó de plano una demanda interpuesta contra una sociedad domiciliada en Colombia y otras dos en Estados Unidos con el fin de obtener una condena por indemnización de perjuicios a causa del incumplimiento de un contrato de compraventa, aduciendo falta de competencia territorial toda vez que la solución del conflicto debía someterse al imperio de la ley bajo la cual “fueron creados los contratos”, puesto que en la primera orden de compra de manera expresa se había pactado que la ley aplicable sería la del Estado en el cual fue escrita y en la segunda se incluyó una cláusula según la cual “este contrato se considerará celebrado en el Estado de Alabama, y sus disposiciones, interpretaciones y cumplimiento se regirán por las leyes de dicho Estado”.

10. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión del juzgado, argumentando que “no podían aplicarse exclusivamente las normas procesales colombianas”. El Tribunal negó el amparo interpuesto por el demandante contra dicha decisión, mediante providencia que fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia. La Corte acogió la acción de tutela y reconoció que se había incurrido en vía de hecho, pues se confundió el pacto de ley aplicable con el de juez competente. Además, señaló que las cláusulas incluidas en las órdenes de compra no establecían el juez competente para conocer las controversias suscitadas entre las partes, aceptando que las cláusulas se referían era al derecho sustancial que debe “gobernar la relación” y no el juez o tribunal competente para dirimir los conflictos entre ellas. Cabe destacar que la Corte no se manifestó contraria al pacto de ley aplicable a la relación contractual, dando a entender que lo acepta²⁰.

11. En cumplimiento de lo decidido en esta Sentencia de tutela el Tribunal Superior de Bogotá revocó el Auto apelado del juzgado civil del circuito y ordenó la admisión de la demanda. En las consideraciones dijo expresamente: “(...) a la flexibilidad del ordenamiento jurídico colombiano, que tolera el sometimiento de ciertos contratos a otros regímenes jurídicos, no se le apareja la declinación de la jurisdicción (...)”²¹.

12. También en Auto del Tribunal Superior de Bogotá de 1 de abril de 2016 mediante el cual se resolvió un recurso de apelación contra una decisión de un juzgado civil del circuito de Bogotá por falta de jurisdicción en un proceso en el que se demandó el incumplimiento de un contrato de compraventa de acciones de una sociedad, se consideró que es posible que las partes pacten la ley aplicable en un contrato celebrado entre sociedades con domicilio en diferentes países, y solo a falta de pacto, es que el juez debe proceder a determinar dicha ley aplicable. Además, en apoyo del Auto de 30 de abril de 2002 ya citado, distinguió entre el tema de la ley aplicable y el juez competente. El auto revocó la decisión impugnada para que en su lugar se admitiera la demanda²².

en E. Silva Romero (dir.), F. Mantilla Espinosa (coord.), *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005, p. 358, y F. CUBEROS DE LAS CASAS, “Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis”, en *Revista de Derecho Privado*, 35, (2005), pp. 28 a 29. Esta misma postura fue asumida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá mediante Auto de 10 de marzo de 2010, exp. 2007-75201. Sobre esta postura MEDINA indica: “Si bien interesante, no compartimos esta posición, pues en nuestro concepto la disposición especial que prohíbe el pacto de ley no puede ser derogada de forma tácita por una norma general que regula aspectos diferentes a los específicos del contrato de agencia. La derogatoria tácita exige unidad de materia entre las dos disposiciones que se analizan, lo cual no ocurre en este asunto”. H. M. MEDINA, “Ley aplicable a la agencia internacional”, en *Asuntos Legales*, disponible en <http://www.asuntoslegales.com.co>.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de abril de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, ref. exp. T. 1100122030002002-0109-01, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>.

²¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, auto de 30 de abril de 2002, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, Ref. Ordinario de Ace Seguros S.A. contra G.S.A. y otros.

²² Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 1 de abril de 2016, M.P. María Patricia Cruz Miranda, ref. Proceso ordinario de

13. De igual forma, en las consideraciones de una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, aunque en opinión “*obiter dicta*”, se reconoció expresamente la libertad que tienen las partes para pactar las normas aplicables (haciendo referencia a los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales) al señalar que: “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 (...)”, como también la posibilidad del juez de acudir a ellos para “interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos”²³.

14. El caso tuvo que ver con lo siguiente: se presentó demanda para que por proceso ordinario se revisara un contrato de mutuo para préstamo de vivienda, al considerar los demandantes que por circunstancias imprevistas se hizo más gravosa la deuda. El juez de primera instancia y el Tribunal de apelaciones negaron las pretensiones, lo que fue ratificado por La Corte Suprema en casación, al no admitir que en el caso en cuestión hubiera imprevisión. En las consideraciones, la sentencia de casación hace un importante recuento histórico - comparativo sobre la teoría de la imprevisión, sus requisitos, etc., y también menciona la forma como está consagrada en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y además, aunque sin decirlo expresamente, parece asumir que el artículo 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías también la incorpora²⁴.

15. En relación a la opinión expresada sobre el fallo citado en una versión en inglés de este artículo, en su excelente libro el profesor ROJAS TAMAYO hace una anotación crítica a ello, al señalar: “(...) una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia hizo creer a algunos que la elección del derecho no estatal había quedado claramente consagrada. (...) Sin embargo, el valor de esta decisión es muy discutible (...) El pasaje transcrito constituye sin duda un *obiter dictum* (...)”²⁵. De todas maneras, la crítica del profesor ROJAS no resulta pertinente, toda vez que precisamente en el artículo citado se dijo y se destacó que era una opinión *obiter dicta* de la Corte²⁶. El acápite indicado se titula: “Resumen del caso y las consideraciones *obiter dicta* de la Corte Suprema de Justicia”, y además se anota que: “Ahora bien, es cierto que estas consideraciones expresadas en la sentencia no afectan en nada la parte resolutive de la misma, pero de todas formas, si resulta relevante para las discusiones que han existido en el Derecho colombiano en torno a la escogencia de la ley aplicable al contrato internacional, y de hecho, puede esperarse que a partir de la misma se inicie una nueva etapa en la jurisprudencia colombiana sobre el particular”²⁷.

IV. El pacto de ley aplicable en las normas sobre arbitraje internacional

16. En el Derecho colombiano, la posibilidad de pactar la ley aplicable al contrato se encuentra también contenida en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012, por la cual se adoptó el régimen aplicable al arbitraje nacional e internacional²⁸. Dicha norma, que se encuentra en el capítulo sobre arbitraje internacional, dispone:

Ashville Development Limited contra Francisco Pérez y otros. De todas maneras, en las consideraciones, el Auto del Tribunal cita la Convención de Roma de 1980 la que califica como de “aplicación universal”. La referencia a dicha Convención es geográfica y temporalmente descontextualizada.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ref. 11001-3103-040-2006-00537-01, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>.

²⁴ Sobre esta sentencia, Cfr.: J. Oviedo Albán, “Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012”, en *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 3 (2013), pp. 7 - 22.

²⁵ Cfr. Rojas Tamayo, *op. cit.*, p. 352.

²⁶ Cfr. Oviedo Albán, “Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional ...”, *cit.*, p. 9.

²⁷ Cfr. J. Oviedo Albán, “Unidroit Principles as rules applicable to international contracts: With regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012”, en *Uniform Law Review*, 2014, p. 1. El título del apartado respectivo dice: “Summary of the case and the Supreme Court of Justice’s *obiter dicta* considerations”.

²⁸ Sobre este asunto, con mayor amplitud: J. Oviedo Albán, *Contratación y arbitraje internacional*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, pp. 183 - 193.

“Artículo 101. Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

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

El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

17. El citado artículo 101 del estatuto arbitral colombiano consagra la mencionada posibilidad, al establecer que las partes pueden escoger las normas de derecho conforme a las cuales el tribunal deba decidir el fondo del litigio. Una primera advertencia que cabe hacer, es que este pacto se refiere propiamente a las reglas conforme a las cuales deberá ser dirimida la controversia y no a las que rijan el pacto arbitral. Con base en esta norma, las partes podrían pactar la aplicación tanto de “leyes estatales”, o lo que es lo mismo: el ordenamiento jurídico de un Estado, como de “normas de Derecho” que no tengan tal carácter, como podría ser lo que se conoce como “instrumentos de *Soft Law*”, como es el caso de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales²⁹. Esta disposición normativa concuerda con lo establecido en el artículo 21 (versión 2012 y 2021) del Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: “las podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia (...)”.

18. Sobre ello indican DERAIS y SCHWARTZ, que: “Las “normas jurídicas” es una expresión evidentemente amplia que durante las últimas décadas ha ganado espacio en el vocabulario del arbitraje internacional. (...) desde que se promulgó la Ley Modelo, la frase “normas jurídicas” ha tendido a interpretarse de manera más amplia y también ha ganado en aceptación (...)” y, como bien afirman, se considera que esta expresión incluye las normas jurídicas que pertenezcan al derecho transnacional, a la *lex mercatoria*, o a los Principios de UNIDROIT³⁰.

19. Cabe recordar sobre el particular, el comentario oficial al preámbulo de los Principios de UNIDROIT, en el que refiriéndose a la posibilidad para los contratantes de pactar que el contrato se rija por ellos, o bien de aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes, se advierte la limitación que encuentra la libertad para escoger ley aplicable en los ordenamientos jurídicos que se refieren a leyes nacionales, de manera tal que la referencia a los Principios es normalmente considerada como una incorporación al contrato, lo cual no excluye que el derecho aplicable deba determinarse según las reglas de conflicto³¹. Por el contrario, se señala expresamente que tal posibilidad sí está abierta en el arbitraje:

“La situación es otra si las partes acuerdan someter al arbitraje las controversias surgidas del contrato. Los árbitros no se encuentran necesariamente ligados a un ordenamiento jurídico en particular. Esto es obvio en los casos en que sean autorizados por las partes a decidir como amigables componedores (*ex aequo et bono*). Aún en ausencia de este supuesto, suele estar permitido que las partes elijan normas o “reglas de derecho” diferentes al derecho nacional en la que los árbitros deben fundamentar sus decisiones (...).

De acuerdo con este enfoque, las partes quedan en libertad para elegir los Principios como el derecho aplicable al cual los árbitros deben resolver las controversias. Así, los Principios se aplicarán con

²⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A. L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. III, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 4645 - 4646. N. BLACKABY; C. PARTASIDES; A. REDFERN; M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 204 - 212. G.B. BORN, *International arbitration: law and practice*, 2nd edition, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn, 2016, pp. 260 - 262.

³⁰ I. Derains; E. Schwartz, A., *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Universidad del Rosario; Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2011, p. 352.

³¹ J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 165.

exclusión a cualquier otra legislación nacional con excepción de las normas de carácter imperativo que sean aplicables al contrato”³².

20. Ahora bien, de todas maneras, se debe señalar que el artículo 101 en comento no impide que las partes puedan escoger un ordenamiento jurídico de un estado como ley del contrato. En este caso, la norma precisa que, si ello hubiere ocurrido, se entenderá que la indicación es al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. La elección de la ley aplicable al contrato puede ser expresa, cuando de manera concreta los contratantes señalan la ley específica que habrá de regir el acuerdo. Tal acuerdo podrá referirse a una ley que en su totalidad regirá el contrato o también podría darse la posibilidad de fraccionar la ley del contrato, pactando que diferentes partes del mismo se registrarán por distintas leyes, lo que se conoce como *dépeçage*.

V. El pacto de ley aplicable en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

21. La libertad de pacto también se encuentra reconocida en el artículo 6° de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías³³. La disposición citada permite que en aquellos casos en que la Convención sea la ley del contrato, las partes puedan determinar el contenido y además excluirla, para obviamente escoger la ley que regirá en defecto de la Convención. La norma establece:

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

22. De acuerdo con esto puede afirmarse que las normas de la Convención, —salvo el caso expreso contemplado en el artículo 12 al que se refiere la norma— son de naturaleza dispositiva, es decir, las partes pueden acordar en el contrato la exclusión de la totalidad o alguna(s) de sus normas, o variar los efectos de las mismas, asumiendo que la Convención sea la ley aplicable al contrato, es decir: deberá tratarse de una operación de compraventa internacional que entre dentro del campo de aplicación de la misma³⁴.

23. Igualmente, las partes podrán excluir la aplicación de la Convención de forma expresa o tácita, total o parcial, lo que podría hacerse antes, al momento o después de la celebración del contrato³⁵.

VI. Consideraciones conclusivas

24. Con base en el anterior marco conceptual y normativo, puede afirmarse que el efecto de un pacto contractual de ley aplicable significa que toda la relación jurídica establecida entre las partes queda amparada por las normas convenidas por los contratantes. Esto quiere decir que la formación del contrato, sus efectos, interpretación, cumplimiento, incumplimiento, eventual transferencia a terceros, anulación y extinción, se deberá regir por las normas elegidas por los contratantes, que como bien se ha señalado en doctrina especializada: “se trata de una elección genérica e incondicional del Derecho de obligaciones de un determinado sistema jurídico estatal”. Adicionalmente, también se refiere a que el

³² Preámbulo (comentario), Principios UNIDROIT (2016), Ibáñez – Unidroit, Centro de Estudios de Derecho Comparado, Bogotá, 2019, p. 4.

³³ La Convención sobre Compraventa Internacional fue adoptada en Colombia por Ley 518 de 1999.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA, “Artículo 6”, en L. Díez - Pícazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 92. M.J. BONELL, “Art. 6. Parties autonomy”, en C. M. Bianca; M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 54 - 55. F. FERRARI, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, Miriam Anderson, Lorenzo Bairati (trads.), Barcelona, 2009, pp. 100 - 103.

³⁵ J. ADAME GODDARD, *El contrato de compraventa internacional*, Mc. Graw Hill, México, 1994, p. 60. M. Bridge, *The International Sale of Goods*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 608 - 609.

juez o tribunal que hubiere de dirimir las eventuales controversias surgidas entre las partes con ocasión de su relación contractual deba aplicar la ley escogida por los contratantes.

25. En la doctrina al identificar las funciones que cumple la ley del contrato, se afirma que: “con carácter general, esas funciones son tres: conferir fuerza vinculante al acuerdo y fijar las condiciones de su existencia; establecer el marco imperativo del contrato, dentro del que opera la autonomía de los contratantes; y suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato en lo no previsto por las partes”³⁶.

26. Así también se ha señalado por doctrina especializada en arbitraje internacional, al afirmar que las expresiones “ley aplicable” al contrato, “derecho de fondo”, “derecho aplicable”, se refieren al ordenamiento jurídico específico por el que se rige la interpretación y validez del contrato, los derechos y obligaciones de los contratantes, como también el cumplimiento y las consecuencias derivadas del incumplimiento³⁷.

27. Pese a algunas posiciones doctrinales que se han pronunciado en contra, puede asumirse que en Derecho contractual colombiano, salvo la excepción sobre la agencia comercial, es posible pactar la ley aplicable al contrato internacional. De esta manera, hay congruencia entre la interpretación dogmática de las reglas de derecho internacional privado vigentes, con las normas arbitrales y también las contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

³⁶ Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, cit., p. 271.

³⁷ Blackaby; Partasides; Redfern; Hunter, *op. cit.*, p. 185.