

¿DERECHO A LA CARTA? LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y TRES MITOS  
DE LA CULTURA JURÍDICA COLOMBIANA

SEBASTIÁN MANTILLA BLANCO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2012

¿DERECHO A LA CARTA? LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y TRES MITOS  
DE LA CULTURA JURÍDICA COLOMBIANA

SEBASTIÁN MANTILLA BLANCO

Trabajo de Grado para obtener el Título de Abogado

Director  
EDUARDO ZULETA JARAMILLO  
Co-Director del Centro de Estudios Arbitrales

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2012

## NOTA DE ADVERTENCIA

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

## ADVERTENCIA DEL AUTOR

*“Mientras se elaboró esta monografía, la Ley 1563 de 2012 no había entrado en vigor aún. Sin embargo, dado que comenzará a regir en pocos meses, para evitar la pronta desactualización del presente trabajo, se ha tomado dicho estatuto como vigente”.*

## **RESUMEN**

*Las cláusulas mediante las cuales se escoge el derecho que regirá una relación jurídica, si bien son cada día más frecuentes en los contratos internacionales, no han sido objeto de estudios detallados, al menos en Colombia. Esta monografía se propone analizar dichas estipulaciones contractuales desde la perspectiva del derecho colombiano. Con tal fin, comienza por estudiar la ley aplicable a los contratos, para presentar más adelante el principio de autonomía conflictual y las cláusulas de ley aplicable como mecanismo para ejercerla; finalmente, plantea los escenarios procesales en los cuales se definen los efectos de las cláusulas de elección de ley.*

**PALABRAS CLAVE:** *ley aplicable, autonomía conflictual, contratos internacionales, cláusulas de ley aplicable.*

## **ABSTRACT**

*The clauses whereby the law applicable to a legal relationship is chosen, albeit are becoming increasingly common in international contracts, have not been carefully analyzed by local scholars. This document is intended to analyze choice of law clauses from a Colombian law standpoint. In this vein, it first studies the law applicable to contracts and the principle of party autonomy in private international law. Thereafter, it presents choice of law clauses as a mechanism to exercise party autonomy. Finally, it explains the procedural scenarios in which the effects of choice of law clauses are defined.*

**KEY WORDS:** *applicable law, party autonomy, international contracts, choice-of-law clauses.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>I. PRIMER MITO: TODO CONTRATO SE RIGE POR UNA LEY NACIONAL</b>	<b>3</b>
<b>1. No todo contrato se rige por normas nacionales</b>	<b>3</b>
<i>1.1. Contratos regidos por cuerpos de normas no nacionales</i>	<i>6</i>
1.1.1. Designación de un conjunto de normas no nacionales, sin hacer referencia a un documento particular	9
1.1.2. Designación de un conjunto de normas no nacionales, haciendo referencia a un documento concreto	14
<i>1.2. Contratos regidos por el derecho internacional público</i>	<i>18</i>
<b>2. No todo contrato se rige por una ley</b>	<b>21</b>
<i>2.1. Las reglas de conflicto colombianas distinguen la ley aplicable a diferentes aspectos del contrato</i>	<i>21</i>
2.1.1. <i>Ley aplicable a la capacidad</i>	<i>22</i>
2.1.2. <i>Ley aplicable a la forma</i>	<i>26</i>
2.1.3. <i>Ley aplicable al fondo</i>	<i>27</i>
2.2. <i>El derecho colombiano admite el dépeçage</i>	<i>29</i>
<b>II. SEGUNDO MITO: LAS PARTES EN UN CONTRATO "COLOMBIANO" NO PUEDEN SUSTRARSE LÍCITAMENTE DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL</b>	<b>30</b>
<b>1. El principio de territorialidad de la ley colombiana no es absoluto; el derecho colombiano reconoce la autonomía conflictual</b>	<b>31</b>
<b>2. Existe un mecanismo efectivo para ejercer la autonomía conflictual: las cláusulas de ley aplicable</b>	<b>37</b>
<b>3. Existen varias aproximaciones a los límites de la autonomía conflictual en el derecho colombiano</b>	<b>41</b>
3.1. <i>La aproximación restrictiva: sólo puede escogerse la ley aplicable al contenido obligacional de un contrato cuando éste se ejecuta en el exterior o contiene un pacto de arbitraje internacional</i>	<i>41</i>
3.2. <i>La aproximación amplia: es posible escoger la ley aplicable a los contratos internacionales</i>	<i>43</i>
3.3. <i>Reglas especiales a tener en cuenta en tratándose de contratos estatales</i>	<i>49</i>

### **III. TERCER MITO: LOS EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE SON INDIFERENTES A LAS CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 52**

<b>1. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en ausencia de una cláusula de solución de controversias</b>	<b>52</b>
<b>2. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de un pacto arbitral</b>	<b>56</b>
2.1. <i>Primer escenario: la cláusula de ley aplicable ante el tribunal arbitral</i>	56
2.2. <i>Segundo escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez colombiano ante quien se propone la excepción de compromiso o cláusula compromisoria</i>	60
2.3. <i>Tercer escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez que resuelve sobre la anulación del laudo</i>	65
2.4. <i>Cuarto escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez que decide sobre el exequátur del laudo</i>	72
<b>3. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de una cláusula de selección de foro</b>	<b>74</b>
<b>CONCLUSIÓN</b>	<b>76</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>i</b>
<b>Tratados internacionales</b>	<b>i</b>
<b>Legislación nacional</b>	<b>i</b>
<i>Colombia</i>	<i>i</i>
<i>Otros países</i>	<i>iii</i>
<b>Reglamentos de arbitraje</b>	<b>iv</b>
<b>Decisiones judiciales y laudos arbitrales</b>	<b>iv</b>
<i>Tribunales internacionales</i>	<i>iv</i>
<i>Cortes nacionales</i>	<i>vi</i>
Alemania	vi
Colombia	vi
Estados Unidos	ix
Francia	x
India	x
Italia	xi
Reino Unido	xi
	v

Suiza	xii
<b>Doctrina</b>	<b>xii</b>
<b>Otros</b>	<b>xxi</b>



# ¿DERECHO A LA CARTA? LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y TRES MITOS DE LA CULTURA JURÍDICA COLOMBIANA

SEBASTIÁN MANTILLA BLANCO<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

*Tres hombres se reunieron en un café; los tres se habían conocido tiempo atrás, cuando estudiaban abogacía en una misma facultad de derecho. Tras agotar el tradicional saludo bogotano, en el que no se acostumbra a decir “hola”, sino a formular no menos de tres preguntas (que, naturalmente, nunca se responden), tomaron asiento en una de las muchas mesas vacías del lugar. Luego de una breve conversación, uno de ellos comentó:*

*—Seguramente no han visto nada como lo que les voy a contar; un cliente italiano quiere celebrar un contrato, que se ejecutaría en Colombia, pero me pide incluir en él una cláusula que diga que el negocio se rige por los Principios UNIDROIT.*

*Otro de los comensales rió, y dijo:*

*—Yo recuerdo que algo nos enseñaron sobre esos principios, pero creí que era un tema más bien teórico... Igual, a nadie se le ocurriría que a un negocio se apliquen esas normas y nada más; todo acto jurídico se tiene que regir por una ley nacional. Pero, además, eso tendría objeto ilícito. Uno no puede sustraerse válidamente de la aplicación de la ley colombiana. El derecho es un menú del día, no un plato a la carta.*

*El comensal que había puesto el tema sobre la mesa, dañando así lo que de otro modo habría sido una cordial conversación entre viejos compañeros, dijo:*

*— Alguien me dijo que se podía, si se pacta arbitraje.*

*Los otros dos le lanzaron una mirada que combinaba asombro y burla; acto seguido, uno de ellos le respondió:*

*— ¿Cómo se le ocurre decir eso? El derecho es el mismo, sin importar quién lo aplique.*

---

<sup>1</sup> Estudiante. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

*El tercero de los asistentes a la improvisada tertulia, previendo que la discusión podría tomar más tiempo del previsto, se apresuró a cambiar el tema.*

El diálogo con el que comienza este escrito pretende mostrar lo que podría ser la aproximación desprevenida y espontánea de un abogado colombiano ante un pacto de ley aplicable. El escenario planteado no debe parecer extraño ni infrecuente; muy por el contrario, la apertura económica ha dado lugar a un crecimiento en los flujos de capital extranjero y, correlativamente, a un aumento en el número de contratos en que las partes pueden y quieren someterse a una ley diferente a la colombiana.

Con el diálogo que introduce este trabajo no se quiere implicar que la perspectiva de los interlocutores sea mayoritaria o usual en Colombia; más bien, se trata de un ejemplo que presenta tres mitos de la cultura jurídica colombiana, a saber: todo contrato se rige por una ley nacional (I); las partes en un contrato “colombiano”<sup>2</sup> no pueden sustraerse lícitamente de la aplicación del derecho nacional (II); y los efectos de las cláusulas de ley aplicable son indiferentes a las cláusulas de solución de controversias (III).

El presente documento busca analizar los tres mitos señalados arriba para, a través de ellos, estudiar el fenómeno de las cláusulas de ley aplicable en el derecho colombiano. El primer mito permitirá construir un marco teórico acerca de la ley aplicable a los contratos; el segundo llevará a la presentación del principio de autonomía conflictual y de las cláusulas de ley aplicable como mecanismo para ejercerla; finalmente, el tercero conducirá al planteamiento de los escenarios procesales en los cuales se definen los efectos de las cláusulas de elección de ley.

---

<sup>2</sup> Para los efectos de este trabajo se entiende “contrato colombiano” como aquel que tiene al menos un punto de conexión con Colombia (por ejemplo, porque se ejecuta en el territorio nacional, o porque alguna de las partes está domiciliada en el país, entre otros factores de conexión).

## I. PRIMER MITO: TODO CONTRATO SE RIGE POR UNA LEY NACIONAL

El primer *mito* que será objeto de análisis en este documento conduce al estudio del concepto de *ley aplicable*, locución que puede entenderse, de manera general y en este contexto, como el conjunto de normas que rigen una relación jurídica<sup>3</sup>. En el presente acápite se explicará por qué la ley aplicable a un contrato no es necesariamente *una ley nacional*, entendida como la que es dictada por las autoridades competentes de un Estado particular. Con tal fin, se demostrarán dos afirmaciones, a saber: no todo contrato se rige por normas nacionales (1); y no todo contrato se rige por *una ley* (2).

### 1. No todo contrato se rige por normas nacionales

Hoy en día no es preciso ni correcto afirmar que un contrato sólo puede regirse por una *ley nacional*. No sobra recordar que, al menos en este contexto, la expresión *ley nacional* se refiere a un *sistema jurídico*, más que a las normas expedidas por el legislador; en ese sentido se ha explicado que “...[l]a elección de ley... es una referencia de las partes a un sistema de derecho que dará vida al contrato. Un contrato es la criatura de su ley aplicable...”<sup>4</sup>. Esta acepción no debe parecer extraña al abogado conocedor del ordenamiento jurídico colombiano, ya que la propia Corte Constitucional, al interpretar el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, afirmó: “[e]l

---

<sup>3</sup> La locución *ley aplicable* corresponde a la traducción de *applicable law*; en relación con este punto, vale la pena agregar que en el *common law* se suele utilizar también la expresión *proper law*. Sin embargo, *applicable law* y *proper law* no son términos sinónimos. En ese sentido se ha explicado que “...el término “proper law” en la jurisprudencia inglesa obviamente denota un sistema legal per se, mientras que “applicable law” parece indicar algo menos que un sistema jurídico, es decir, bastarán principios o reglas jurídicas, lo que parece ser la corriente en codificaciones internacionales recientes”. El texto original en inglés dice: “...the term “proper law” in English jurisprudence obviously denotes a legal system per se whereas “applicable law” seems to indicate something less than a legal system, i.e., legal principles or rules will do, which increasingly appears to be the undercurrent in recent international codifications”. Véase: A.F.M. Maniruzzaman, *Choice of Law in International Contracts. Some Fundamental Conflict of Laws Issues*. En: *Journal of International Arbitration*, No. 16(4), 1999, p. 143. Sobre este particular, Antonio Aljure ha explicado con acierto que las reglas de conflicto son el medio para solucionar los conflictos de leyes en la tradición jurídica continental; la tradición jurídica del *common law*, por su parte, “...siguió en una primera época los principios y reglas del sistema continental, para después hallar una metodología propia basada en sus tres notas características: pragmática, inductiva y casuista. Estas notas son a su vez la antítesis del sistema continental, que es cartesiano, deductivo y dogmático... La incompatibilidad entre el sistema de la proper law frente al de derecho civil salta a la vista: mientras que el primero busca la ley aplicable por criterios de conveniencia y adecuación de la ley sustancial, el segundo recurre ineludiblemente a una regla de conflicto que señala la ley sustancial. Si el primero puede corregir la rigidez y la inconveniencia de la regla de conflicto en algunos casos, en otros se antoja, al menos a los ojos del segundo, como un sistema que no garantiza seguridad jurídica”. Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 131& 137.

<sup>4</sup> El texto original en inglés dice: “...the choice of a proper law... is a reference by the parties to a system of law which is to give life to the contract. A contract is the creature of its proper law...”. Robert Brown, *Choice of Law Provisions in Concession and Related Contracts*. En: *The Modern Law Review*, Vol. 39, No. 6, noviembre de 1976, p. 638.

*ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" y "orden jurídico"...*<sup>5</sup>.

Pues bien, la afirmación que sirve como título a este capítulo resulta imprecisa, ya que el adjetivo *nacional* parecería excluir disposiciones cuyo ámbito espacial de aplicación se restringe a alguna porción del territorio del Estado<sup>6</sup>. Tampoco es correcta, al menos actualmente, dado que un contrato no necesariamente se rige por normas dictadas por las autoridades de un Estado. Es cierto que la locución *ley aplicable* se ha utilizado frecuentemente para aludir al sistema jurídico estatal llamado a regir un contrato y, de hecho, en el pasado se consideró que el concepto se encontraba limitado a ese tipo de disposiciones. Así, por ejemplo, en 1929 la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó: “[c]on respecto a la cuestión de si es el derecho francés el que rige las obligaciones contractuales en este caso, la Corte hace las siguientes observaciones: [c]ualquier contrato que no sea un contrato entre Estados en su capacidad como sujetos de derecho internacional está basado en la ley doméstica de algún país...”<sup>7</sup>. En tiempos más recientes, el Convenio de Roma de 1980

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-486/93, 28 de octubre de 1993. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836/01, 9 de agosto de 2001; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-536/11, 6 de julio de 2011.

<sup>6</sup> No es poco usual encontrar cláusulas de ley aplicable bajo las cuales el contrato se rige, por ejemplo, por el derecho de un Estado federado (V.gr: Nueva York, Delaware, etc.). Véase, por ejemplo: Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. En: Cornell Faculty Publications, Cornell University, 2009.

<sup>7</sup> El texto original en inglés dice: “[a]s regards the question whether it is French law which governs the contractual obligations in this case, the Court makes the following observations: [a]ny contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country”. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Serie A, No. 20/21, Leyde Société D’Éditions A.W. Sijthoff, 1929, p. 41. Esta afirmación pareció obvia durante mucho tiempo. Así, por ejemplo, la doctrina autorizada se refería frecuentemente a la *ley nacional* como la ley aplicable a los contratos. Véase, por ejemplo: John Westlake, *A Treatise on Private International Law*, Sweet & Maxwell, 1905, p. 274. Asimismo, en 1950, la Corte de Casación francesa sostuvo que “[t]odo contrato internacional está necesariamente atado a la ley de un Estado”. El texto original en francés dice: “[t]out contrat international était nécessairement rattaché à la loi d’un État”. Cour de Cassation, *Arret Messageries Maritimes*, 21 de junio de 1950.

limitó el abanico de leyes que las partes podrían escoger como aplicables a los ordenamientos jurídicos estatales<sup>8</sup>.

El fundamento que subyace a esta aproximación fue descrito con meridiana claridad por el tribunal arbitral que conoció del caso *Aramco*, cuando sentenció: “[e]s obvio que ningún contrato puede existir in vacuo, es decir, sin estar basado en un sistema jurídico. La celebración de un contrato no se encuentra librada a la irrestricta discreción de las Partes. Está necesariamente relacionada con algún derecho positivo que le da efectos jurídicos a las manifestaciones de intención, recíprocas y concordantes, realizadas por las partes. El contrato no puede ni siquiera ser concebido sin un sistema de derecho bajo el cual es creado. La voluntad humana sólo puede crear una relación contractual si el sistema jurídico aplicable le ha reconocido primero la facultad de hacerlo”<sup>9</sup>.

A pesar de lo anterior, el estado del arte del derecho internacional privado indica que, como se mostrará a continuación, es posible que un contrato se rija por un cuerpo de normas no nacionales (1.1) o, inclusive, por el derecho internacional público (1.2).

---

<sup>8</sup> Véase: Convención de Roma sobre el Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 19 de junio de 1980, art. 3; A.F.M. Maniruzzaman, *Choice of Law in International Contracts. Some Fundamental Conflict of Laws Issues*. En: *Journal of International Arbitration*, No. 16(4), 1999, p. 143; Ulrich Magnus & Peter Mankowski, *Joint Response to the Green Paper on the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation* [en línea] [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/university\\_hamburg\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/university_hamburg_en.pdf), pp. 12-17. Esta aproximación se mantiene en la Regulación Roma I de 2008. Véase: European Parliament & European Council, *Regulation (EC) No. 593/2008*, 17 de junio de 2008, art. 3; Nils Willem Vernooij, *Rome I: An Update on The Law Applicable to Contractual Obligations*. En: *Columbia Journal of European Law*, No. 15, 2009, pp. 72-73.

<sup>9</sup> El texto original en inglés dice: “[i]t is obvious that no contract can exist in vacuo, i.e., without being based on a legal system. The conclusion of a contract is not left to the unfettered discretion of the Parties. It is necessarily related to some positive law which gives legal effects to the reciprocal and concordant manifestations of intent made by the parties. The contract cannot even be conceived without a system of law under which it is created. Human will can only create a contractual relationship if the applicable system of law has first recognised its power to do so”. *Arabian American Oil Company v. Arabia Saudita*, Laudo arbitral, 23 de agosto de 1958. En: *International Law Reports*, Vol. 27, 1963, p. 165.

## 1.1. Contratos regidos por cuerpos de normas no nacionales

El tema que será objeto de estudio en el presente acápite exige, en primer lugar, hacer una aclaración terminológica. Cuando se habla de normas *no nacionales*, no se quiere decir que tales normas no se deriven indirectamente de ordenamientos jurídicos estatales; más bien, se trata de normas que no hacen parte de un sistema jurídico particular. La terminología que debe utilizarse en este contexto no ha sido una cuestión exenta de debate. Por ejemplo, Emmanuel Gaillard y John Savage han manifestado: “[e]n general, preferimos el término “reglas transnacionales” frente a “reglas anacionales”, porque tales reglas se derivan de la convergencia de los principales sistemas jurídicos de los cuales son tomadas. Resulta entonces contraintuitivo sugerir que carecen de un vínculo con ordenamientos jurídicos nacionales. Las reglas transnacionales, a su turno, cobijan dos conceptos diferentes: primero, reglas que son comunes a varios sistemas jurídicos... y, segundo, principios generales del derecho comercial, derivados de todos los principales sistemas jurídicos y de fuentes internacionales...”<sup>10</sup>. En esta sección no se pretende entrar en discusiones terminológicas, ya que, en últimas, “...la terminología aún varía considerablemente de un autor a otro”<sup>11</sup>; en consecuencia, la expresión *normas no nacionales* se usa sin ánimo de sentar posición sobre el particular.

Ahora bien, puede haber normas que son *no nacionales* en cuanto se derivan de los puntos comunes a diversos sistemas jurídicos, sin ser particulares a ninguno de ellos<sup>12</sup>. Pero también puede darse el caso de normas que no tienen origen estatal alguno. En efecto, la existencia de principios o reglas

---

<sup>10</sup> El texto original en inglés dice: “[i]n general, we prefer the term “transnational law” to “a-national rules”, because such rules derive from the convergence of the main legal systems from which they are drawn. It is therefore counterintuitive to suggest that they have no link with national legal orders. Transnational rules in turn embrace two separate concepts: first, rules which are common to several legal systems... second, general principles of international trade law, drawn from all the main legal systems and from international sources...”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1447.

<sup>11</sup> El texto original en inglés dice: “the terminology still varies considerably from one author to the next”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1446.

<sup>12</sup> Para un ejemplo de esta aproximación, véase: Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, Laudo, 5 de noviembre de 2002.

### **III. TERCER MITO: LOS EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE SON INDIFERENTES A LAS CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 51**

<b>1. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en ausencia de una cláusula de solución de controversias</b>	<b>52</b>
<b>2. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de un pacto arbitral</b>	<b>55</b>
<i>2.1. Primer escenario: la cláusula de ley aplicable ante el tribunal arbitral</i>	<i>56</i>
<i>2.2. Segundo escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez colombiano ante quien se propone la excepción de compromiso o cláusula compromisoria</i>	<i>60</i>
<i>2.3. Tercer escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez que resuelve sobre la anulación del laudo</i>	<i>65</i>
<i>2.4. Cuarto escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez que decide sobre el exequátur del laudo</i>	<i>71</i>
<b>3. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de una cláusula de selección de foro</b>	<b>73</b>
<b>CONCLUSIÓN</b>	<b>75</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>i</b>
<b>Tratados internacionales</b>	<b>i</b>
<b>Legislación nacional</b>	<b>i</b>
<i>Colombia</i>	<i>i</i>
<i>Otros países</i>	<i>iii</i>
<b>Reglamentos de arbitraje</b>	<b>iv</b>
<b>Decisiones judiciales y laudos arbitrales</b>	<b>iv</b>
<i>Tribunales internacionales</i>	<i>iv</i>
<i>Cortes nacionales</i>	<i>vi</i>
Alemania	vi
Colombia	vi
Estados Unidos	ix
Francia	x
India	x
Italia	xi
Reino Unido	xi

Suiza	xii
<b>Doctrina</b>	<b>xii</b>
<b>Otros</b>	<b>xxi</b>



# ¿DERECHO A LA CARTA? LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y TRES MITOS DE LA CULTURA JURÍDICA COLOMBIANA

SEBASTIÁN MANTILLA BLANCO<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

*Tres hombres se reunieron en un café; los tres se habían conocido tiempo atrás, cuando estudiaban abogacía en una misma facultad de derecho. Tras agotar el tradicional saludo bogotano, en el que no se acostumbra a decir “hola”, sino a formular no menos de tres preguntas (que, naturalmente, nunca se responden), tomaron asiento en una de las muchas mesas vacías del lugar. Luego de una breve conversación, uno de ellos comentó:*

*—Seguramente no han visto nada como lo que les voy a contar; un cliente italiano quiere celebrar un contrato, que se ejecutaría en Colombia, pero me pide incluir en él una cláusula que diga que el negocio se rige por los Principios UNIDROIT.*

*Otro de los comensales rió, y dijo:*

*—Yo recuerdo que algo nos enseñaron sobre esos principios, pero creí que era un tema más bien teórico... Igual, a nadie se le ocurriría que a un negocio se apliquen esas normas y nada más; todo acto jurídico se tiene que regir por una ley nacional. Pero, además, eso tendría objeto ilícito. Uno no puede sustraerse válidamente de la aplicación de la ley colombiana. El derecho es un menú del día, no un plato a la carta.*

*El comensal que había puesto el tema sobre la mesa, dañando así lo que de otro modo habría sido una cordial conversación entre viejos compañeros, dijo:*

*— Alguien me dijo que se podía, si se pacta arbitraje.*

*Los otros dos le lanzaron una mirada que combinaba asombro y burla; acto seguido, uno de ellos le respondió:*

*— ¿Cómo se le ocurre decir eso? El derecho es el mismo, sin importar quién lo aplique.*

---

<sup>1</sup> Estudiante. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

*El tercero de los asistentes a la improvisada tertulia, previendo que la discusión podría tomar más tiempo del previsto, se apresuró a cambiar el tema.*

El diálogo con el que comienza este escrito pretende mostrar lo que podría ser la aproximación desprevenida y espontánea de un abogado colombiano ante un pacto de ley aplicable. El escenario planteado no debe parecer extraño ni infrecuente; muy por el contrario, la apertura económica ha dado lugar a un crecimiento en los flujos de capital extranjero y, correlativamente, a un aumento en el número de contratos en que las partes pueden y quieren someterse a una ley diferente a la colombiana.

Con el diálogo que introduce este trabajo no se quiere implicar que la perspectiva de los interlocutores sea mayoritaria o usual en Colombia; más bien, se trata de un ejemplo que presenta tres mitos de la cultura jurídica colombiana, a saber: todo contrato se rige por una ley nacional (I); las partes en un contrato “colombiano”<sup>2</sup> no pueden sustraerse lícitamente de la aplicación del derecho nacional (II); y los efectos de las cláusulas de ley aplicable son indiferentes a las cláusulas de solución de controversias (III).

El presente documento busca analizar los tres mitos señalados arriba para, a través de ellos, estudiar el fenómeno de las cláusulas de ley aplicable en el derecho colombiano. El primer mito permitirá construir un marco teórico acerca de la ley aplicable a los contratos; el segundo llevará a la presentación del principio de autonomía conflictual y de las cláusulas de ley aplicable como mecanismo para ejercerla; finalmente, el tercero conducirá al planteamiento de los escenarios procesales en los cuales se definen los efectos de las cláusulas de elección de ley.

---

<sup>2</sup> Para los efectos de este trabajo se entiende “contrato colombiano” como aquel que tiene al menos un punto de conexión con Colombia (por ejemplo, porque se ejecuta en el territorio nacional, o porque alguna de las partes está domiciliada en el país, entre otros factores de conexión).

## I. PRIMER MITO: TODO CONTRATO SE RIGE POR UNA LEY NACIONAL

El primer *mito* que será objeto de análisis en este documento conduce al estudio del concepto de *ley aplicable*, locución que puede entenderse, de manera general y en este contexto, como el conjunto de normas que rigen una relación jurídica<sup>3</sup>. En el presente acápite se explicará por qué la ley aplicable a un contrato no es necesariamente *una ley nacional*, entendida como la que es dictada por las autoridades competentes de un Estado particular. Con tal fin, se demostrarán dos afirmaciones, a saber: no todo contrato se rige por normas nacionales (1); y no todo contrato se rige por *una ley* (2).

### 1. No todo contrato se rige por normas nacionales

Hoy en día no es preciso ni correcto afirmar que un contrato sólo puede regirse por una *ley nacional*. No sobra recordar que, al menos en este contexto, la expresión *ley nacional* se refiere a un *sistema jurídico*, más que a las normas expedidas por el legislador; en ese sentido se ha explicado que “...[l]a elección de ley... es una referencia de las partes a un sistema de derecho que dará vida al contrato. Un contrato es la criatura de su ley aplicable...”<sup>4</sup>. Esta acepción no debe parecer extraña al abogado conecedor del ordenamiento jurídico colombiano, ya que la propia Corte Constitucional, al interpretar el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, afirmó: “[e]l

---

<sup>3</sup> La locución *ley aplicable* corresponde a la traducción de *applicable law*; en relación con este punto, vale la pena agregar que en el *common law* se suele utilizar también la expresión *proper law*. Sin embargo, *applicable law* y *proper law* no son términos sinónimos. En ese sentido se ha explicado que “...el término “*proper law*” en la jurisprudencia inglesa obviamente denota un sistema legal per se, mientras que “*applicable law*” parece indicar algo menos que un sistema jurídico, es decir, bastarán principios o reglas jurídicas, lo que parece ser la corriente en codificaciones internacionales recientes”. El texto original en inglés dice: “...the term “*proper law*” in English jurisprudence obviously denotes a legal system per se whereas “*applicable law*” seems to indicate something less than a legal system, i.e., legal principles or rules will do, which increasingly appears to be the undercurrent in recent international codifications”. Véase: A.F.M. Maniruzzaman, *Choice of Law in International Contracts. Some Fundamental Conflict of Laws Issues*. En: *Journal of International Arbitration*, No. 16(4), 1999, p. 143. Sobre este particular, Antonio Aljure ha explicado con acierto que las reglas de conflicto son el medio para solucionar los conflictos de leyes en la tradición jurídica continental; la tradición jurídica del *common law*, por su parte, “...siguió en una primera época los principios y reglas del sistema continental, para después hallar una metodología propia basada en sus tres notas características: pragmática, inductiva y casuista. Estas notas son a su vez la antítesis del sistema continental, que es cartesiano, deductivo y dogmático... La incompatibilidad entre el sistema de la *proper law* frente al de derecho civil salta a la vista: mientras que el primero busca la ley aplicable por criterios de conveniencia y adecuación de la ley sustancial, el segundo recurre ineludiblemente a una regla de conflicto que señala la ley sustancial. Si el primero puede corregir la rigidez y la inconveniencia de la regla de conflicto en algunos casos, en otros se antoja, al menos a los ojos del segundo, como un sistema que no garantiza seguridad jurídica”. Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 131& 137.

<sup>4</sup> El texto original en inglés dice: “...the choice of a *proper law*... is a reference by the parties to a system of law which is to give life to the contract. A contract is the creature of its *proper law*...”. Robert Brown, *Choice of Law Provisions in Concession and Related Contracts*. En: *The Modern Law Review*, Vol. 39, No. 6, noviembre de 1976, p. 638.

*ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" y "orden jurídico"...*<sup>5</sup>.

Pues bien, la afirmación que sirve como título a este capítulo resulta imprecisa, ya que el adjetivo *nacional* parecería excluir disposiciones cuyo ámbito espacial de aplicación se restringe a alguna porción del territorio del Estado<sup>6</sup>. Tampoco es correcta, al menos actualmente, dado que un contrato no necesariamente se rige por normas dictadas por las autoridades de un Estado. Es cierto que la locución *ley aplicable* se ha utilizado frecuentemente para aludir al sistema jurídico estatal llamado a regir un contrato y, de hecho, en el pasado se consideró que el concepto se encontraba limitado a ese tipo de disposiciones. Así, por ejemplo, en 1929 la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó: “[c]on respecto a la cuestión de si es el derecho francés el que rige las obligaciones contractuales en este caso, la Corte hace las siguientes observaciones: [c]ualquier contrato que no sea un contrato entre Estados en su capacidad como sujetos de derecho internacional está basado en la ley doméstica de algún país...”<sup>7</sup>. En tiempos más recientes, el Convenio de Roma de 1980

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-486/93, 28 de octubre de 1993. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836/01, 9 de agosto de 2001; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-536/11, 6 de julio de 2011.

<sup>6</sup> No es poco usual encontrar cláusulas de ley aplicable bajo las cuales el contrato se rige, por ejemplo, por el derecho de un Estado federado (V.gr: Nueva York, Delaware, etc.). Véase, por ejemplo: Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. En: Cornell Faculty Publications, Cornell University, 2009.

<sup>7</sup> El texto original en inglés dice: “[a]s regards the question whether it is French law which governs the contractual obligations in this case, the Court makes the following observations: [a]ny contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country”. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Serie A, No. 20/21, Leyde Société D’Éditions A.W. Sijthoff, 1929, p. 41. Esta afirmación pareció obvia durante mucho tiempo. Así, por ejemplo, la doctrina autorizada se refería frecuentemente a la *ley nacional* como la ley aplicable a los contratos. Véase, por ejemplo: John Westlake, *A Treatise on Private International Law*, Sweet & Maxwell, 1905, p. 274. Asimismo, en 1950, la Corte de Casación francesa sostuvo que “[t]odo contrato internacional está necesariamente atado a la ley de un Estado”. El texto original en francés dice: “[t]out contrat international était nécessairement rattaché à la loi d’un État”. Cour de Cassation, *Arret Messageries Maritimes*, 21 de junio de 1950.

limitó el abanico de leyes que las partes podrían escoger como aplicables a los ordenamientos jurídicos estatales<sup>8</sup>.

El fundamento que subyace a esta aproximación fue descrito con meridiana claridad por el tribunal arbitral que conoció del caso *Aramco*, cuando sentenció: “[e]s obvio que ningún contrato puede existir in vacuo, es decir, sin estar basado en un sistema jurídico. La celebración de un contrato no se encuentra librada a la irrestricta discreción de las Partes. Está necesariamente relacionada con algún derecho positivo que le da efectos jurídicos a las manifestaciones de intención, recíprocas y concordantes, realizadas por las partes. El contrato no puede ni siquiera ser concebido sin un sistema de derecho bajo el cual es creado. La voluntad humana sólo puede crear una relación contractual si el sistema jurídico aplicable le ha reconocido primero la facultad de hacerlo”<sup>9</sup>.

A pesar de lo anterior, el estado del arte del derecho internacional privado indica que, como se mostrará a continuación, es posible que un contrato se rijan por un cuerpo de normas no nacionales (1.1) o, inclusive, por el derecho internacional público (1.2).

---

<sup>8</sup> Véase: Convención de Roma sobre el Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 19 de junio de 1980, art. 3; A.F.M. Maniruzzaman, *Choice of Law in International Contracts. Some Fundamental Conflict of Laws Issues*. En: *Journal of International Arbitration*, No. 16(4), 1999, p. 143; Ulrich Magnus & Peter Mankowski, *Joint Response to the Green Paper on the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation* [en línea] [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/university\\_hamburg\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/university_hamburg_en.pdf), pp. 12-17. Esta aproximación se mantiene en la Regulación Roma I de 2008. Véase: European Parliament & European Council, *Regulation (EC) No. 593/2008*, 17 de junio de 2008, art. 3; Nils Willem Vernooij, *Rome I: An Update on The Law Applicable to Contractual Obligations*. En: *Columbia Journal of European Law*, No. 15, 2009, pp. 72-73.

<sup>9</sup> El texto original en inglés dice: “[i]t is obvious that no contract can exist in vacuo, i.e., without being based on a legal system. The conclusion of a contract is not left to the unfettered discretion of the Parties. It is necessarily related to some positive law which gives legal effects to the reciprocal and concordant manifestations of intent made by the parties. The contract cannot even be conceived without a system of law under which it is created. Human will can only create a contractual relationship if the applicable system of law has first recognised its power to do so”. *Arabian American Oil Company v. Arabia Saudita*, Laudo arbitral, 23 de agosto de 1958. En: *International Law Reports*, Vol. 27, 1963, p. 165.

## 1.1. Contratos regidos por cuerpos de normas no nacionales

El tema que será objeto de estudio en el presente acápite exige, en primer lugar, hacer una aclaración terminológica. Cuando se habla de normas *no nacionales*, no se quiere decir que tales normas no se deriven indirectamente de ordenamientos jurídicos estatales; más bien, se trata de normas que no hacen parte de un sistema jurídico particular. La terminología que debe utilizarse en este contexto no ha sido una cuestión exenta de debate. Por ejemplo, Emmanuel Gaillard y John Savage han manifestado: “[e]n general, preferimos el término “reglas transnacionales” frente a “reglas anacionales”, porque tales reglas se derivan de la convergencia de los principales sistemas jurídicos de los cuales son tomadas. Resulta entonces contraintuitivo sugerir que carecen de un vínculo con ordenamientos jurídicos nacionales. Las reglas transnacionales, a su turno, cobijan dos conceptos diferentes: primero, reglas que son comunes a varios sistemas jurídicos... y, segundo, principios generales del derecho comercial, derivados de todos los principales sistemas jurídicos y de fuentes internacionales...”<sup>10</sup>. En esta sección no se pretende entrar en discusiones terminológicas, ya que, en últimas, “...la terminología aún varía considerablemente de un autor a otro”<sup>11</sup>; en consecuencia, la expresión *normas no nacionales* se usa sin ánimo de sentar posición sobre el particular.

Ahora bien, puede haber normas que son *no nacionales* en cuanto se derivan de los puntos comunes a diversos sistemas jurídicos, sin ser particulares a ninguno de ellos<sup>12</sup>. Pero también puede darse el caso de normas que no tienen origen estatal alguno. En efecto, la existencia de principios o reglas

---

<sup>10</sup> El texto original en inglés dice: “[i]n general, we prefer the term “transnational law” to “a-national rules”, because such rules derive from the convergence of the main legal systems from which they are drawn. It is therefore counterintuitive to suggest that they have no link with national legal orders. Transnational rules in turn embrace two separate concepts: first, rules which are common to several legal systems... second, general principles of international trade law, drawn from all the main legal systems and from international sources...”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1447.

<sup>11</sup> El texto original en inglés dice: “the terminology still varies considerably from one author to the next”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1446.

<sup>12</sup> Para un ejemplo de esta aproximación, véase: Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, Laudo, 5 de noviembre de 2002.

producidos por entes ajenos a cualquier Estado no es una novedad; desde hace siglos se han evidenciado fenómenos normativos que se desarrollan por fuera de la institucionalidad estatal<sup>13</sup>. Sin embargo, parece haber sido la globalización el proceso que tornó el tema relevante en el tiempo presente; de hecho, “[l]a globalización nos recuerda que el Estado no sólo es constreñido por otros Estados y organizaciones supranacionales, sino también por organizaciones no estatales (V.gr: ONGs), comunidades (V.gr: grupos religiosos), y poderosos jugadores privados (V.gr: compañías multinacionales). Todos estos actores, de una u otra manera, juegan papeles en el mundo globalizado, que tradicionalmente habían estado reservados al Estado. Uno de esos papeles puede ser el de legislador”<sup>14</sup>.

La aplicación de normas no nacionales a los contratos ha sido, empero, objeto de intensos debates académicos. De hecho, la idea misma de un contrato sin ley nacional (*contrat sans loi*)<sup>15</sup> aún hoy no es aceptada de manera irrestricta; muestra de ello es la resolución dictada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Basilea de 1991 que, con notoria cautela, dice en su preámbulo “[e]l Instituto de Derecho Internacional... Reservando, generalmente, y especialmente en relación con el arbitraje, la cuestión de la escogencia por las partes y la aplicación de reglas de derecho diferentes de aquellas de un Estado particular; adopta la siguiente Resolución... Artículo 2.1. Las partes serán libres de escoger el derecho aplicable a su contrato. Pueden acordar la aplicación de la ley de cualquier Estado”<sup>16</sup>. Para el caso del arbitraje, el Instituto es mucho más

---

<sup>13</sup> Véase: Marc Hertogh, *What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World*. En: J. Van Schooten & J.M. Verschuuren (Eds.), *The State Legislature and Non-State Law*, 2008.

<sup>14</sup> R. Michaels, *The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*. En: *Wayne Law Review*, No. 51, 2005, p. 1211.

<sup>15</sup> Sobre el uso y significado de la expresión *contrato sin ley*, véase: Léna Gannagé, *Le contrat sans loi en droit international privé*. En: *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11.3, Netherlands Comparative Law Association, diciembre de 2007; Maja Stanivuković, *Contracts without a Proper Law in Private International Law and Non-State Law in Serbia and Montenegro*, University of Novi Sad [en línea] [http://www.pf.uns.ac.rs/attachments/499\\_Contracts%20without%20a%20proper%20law%20in%20private%20international%20law%20and%20non-state%20law%20in%20Serbia%20and%20Montenegro%20Law.pdf](http://www.pf.uns.ac.rs/attachments/499_Contracts%20without%20a%20proper%20law%20in%20private%20international%20law%20and%20non-state%20law%20in%20Serbia%20and%20Montenegro%20Law.pdf).

<sup>16</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he Institute of International Law... Reserving generally, and especially with regard to arbitration, the question of the choice by the parties, and the application of rules of law other than those of a particular State; Adopts the following Resolution... Article 2.1. The parties shall be free to choose the law applicable to their contract. They may agree on the application of the law of any State”. Institute of International Law, *The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*, Sesión de Basilea, 1991, art. 2.1.

abierto; así lo indica su resolución sobre el arbitraje entre Estados, empresas y entidades estatales, y entidades extranjeras, que dice: “...[l]as partes gozan de total autonomía para escoger las reglas y principios sustantivos que deberán ser aplicados en el arbitraje... estas reglas y principios pueden ser derivados de diferentes sistemas jurídicos nacionales, así como de fuentes no nacionales, tales como los principios del derecho internacional, los principios generales del derecho y los usos del comercio internacional”<sup>17</sup>.

Múltiples leyes de arbitraje y reglamentos de instituciones arbitrales han admitido expresamente la posibilidad de someter un contrato a un cuerpo de normas no nacionales<sup>18</sup>. Dentro de dicha tendencia, en Colombia, la Ley 1563 de 2012 dispone en su artículo 101 que, en tratándose de arbitraje internacional con sede en el territorio nacional, “[e]l tribunal decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes”<sup>19</sup>. La expresión *normas de derecho* fue tomada del artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI<sup>20</sup> que, a su

---

<sup>17</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he parties have full autonomy to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration... these rules and principles may be derived from different national legal system as well as from non-national legal sources such as principles of international law, general principles of law and the usages of international commerce”. Institute of International Law, *Resolution on Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities and Foreign Entities*, Sesión de Santiago de Compostela, 1989, art. 6.

<sup>18</sup> Generalmente, las legislaciones y reglamentos de arbitraje que admiten los pactos que designan normas no nacionales como ley aplicable utilizan la expresión “*normas de derecho*” o “*normas jurídicas*”, en lugar de “*derecho*” o “*ley*”. Véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2228-2230. Véase también: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, 2006, art. 28, núm. 1; Nuevo Código de Procedimiento Civil (Francia), reformado mediante Decreto No. 2011-48, 13 de enero de 2011, art. 1511; Cour D’Appel de Paris, *Schönenberger Systemtechnik GmbH v. SA Vens*, 25 de junio de 1993; Código de Procedimiento Civil (Países Bajos), 1 de diciembre de 1986, art. 1054, núm. 2; Código de Procedimiento Civil (Italia), reformado mediante Decreto No. 40/06, 2 de febrero de 2006, art. 822; Decreto Legislativo No. 1071 (Perú), 28 de junio de 2008, art. 57, núm. 2; Ley 19.971 (Chile), 10 de septiembre de 2004, art. 28, núm. 1; Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje*, 1 de enero de 2012, art. 21, núm. 1; London Court of International Arbitration, *Rules of Arbitration*, 1 de enero de 1998, arts. 14, núm. 2 & 22, núm. 1, lit. c; International Centre for Dispute Resolution (American Arbitration Association), *International Dispute Resolution Procedure - Arbitration Rules*, 1 de junio de 2009, art. 28, núm. 1; Stockholm Chamber of Commerce, *Rules of Arbitration*, 1 de enero de 2010, art. 22, núm. 1. Para un ejemplo de un reglamento vigente que utiliza la expresión *ley (law)*, en lugar de *normas de derecho (rules of law)*, véase: China International Economic and Trade Arbitration Commission, *Arbitration Rules*, 3 de febrero de 2012, art. 47, núm. 2.

<sup>19</sup> Subraya fuera de texto original. Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 101, inc. 1.

<sup>20</sup> Véase: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, 2006, art. 28, núm. 1.



turno, ha sido entendida en el sentido de autorizar a las partes para someter el contrato a reglas y principios que no pertenecen a un ordenamiento jurídico nacional determinado<sup>21</sup>.

Dicho lo anterior, respecto de la escogencia de normas no nacionales como aplicables a un contrato, podrían distinguirse dos escenarios. En el primero, las partes designan como aplicable un conjunto de normas no nacionales, sin referirse a un documento particular (1.1.1); en el segundo, las partes escogen como aplicables los principios y/o reglas no nacionales previstos en un documento concreto (1.1.2).

### **1.1.1. Designación de un conjunto de normas no nacionales, sin hacer referencia a un documento particular**

La designación de normas no nacionales como aplicables a un contrato puede darse de diferentes maneras. En primer lugar, es posible que las partes se refieran a los principios o reglas comunes a ciertos ordenamientos jurídicos estatales determinados. Un ejemplo de esta hipótesis se encuentra en el caso del túnel del Canal de la Mancha, en el que el concesionario, Eurotunnel, había celebrado un contrato de construcción con un grupo de compañías anglo-francesas. Las partes decidieron que su relación jurídica no se regiría por el derecho doméstico de ninguna de ellas, sino por una combinación de ambos; el querer de los contratantes encontró expresión en la cláusula 68 del contrato, que decía: “[l]a interpretación, validez y ejecución del contrato se regirá e interpretará, en todos sus aspectos, de acuerdo con los principios comunes al derecho inglés y al derecho francés, y en ausencia de dichos principios comunes, por los principios comunes del derecho comercial internacional, según han sido aplicados por tribunales nacionales e internacionales. Con sujeción, en todos los casos, respecto de los trabajos a ejecutar respectivamente en la parte

---

<sup>21</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2228; Fernando Mantilla-Serrano, *La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo?* En: Fernando Mantilla-Serrano (Coord.), *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis, 2007, p. 223.

*francesa y en la inglesa del sitio, a las normas de orden público francesas o inglesas respectivas*”<sup>22</sup>.

Una segunda hipótesis se presenta cuando las partes desean que cualquier controversia relativa a su negocio jurídico sea resuelta según el contrato mismo, sin que haya *obligación* para el adjudicador de acudir a fuentes externas, pero permitiendo que se *tengan en cuenta* ciertas normas no nacionales. Así ocurrió en el muy discutido caso *Andersen Consulting*, en el que las partes pactaron lo siguiente: “...*el árbitro decidirá de acuerdo con los términos de este acuerdo y de los Artículos y Estatutos de Andersen, S.C. En la interpretación de las disposiciones de este Acuerdo, el árbitro no estará obligado a aplicar la ley sustantiva de ninguna jurisdicción, sino que deberá guiarse por las políticas y consideraciones establecidas en el Preámbulo de este Acuerdo y los Artículos y Estatutos de Andersen, S.C., teniendo en cuenta los principios generales de la equidad*”<sup>23</sup>. En este caso, si bien se designaron reglas no nacionales como aplicables y se había hecho referencia a un documento particular (el contrato), se dejó la puerta abierta para acudir a los *principios generales de la equidad*.

Finalmente, puede ocurrir que las partes designen como aplicable un cuerpo de normas indefinido, haciendo referencia, por ejemplo, a *la lex mercatoria*, a los *principios generales de derecho*, entre otros. Sobre este particular, algún sector de la doctrina ha considerado que, en general, “...se

---

<sup>22</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject in all cases, with respect to the works to be respectively performed in the French and in the English part of the site, to the respective French or English public policy (ordre public) provisions”. Véase: House of Lords, *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, Adj.L.R. 01/21, 21 de enero de 1993.

<sup>23</sup> El texto original en inglés dice: “...the arbitrator shall decide in accordance with the terms of this Agreement and of the Articles and Bylaws of Andersen, S.C. In interpreting the provisions of this Agreement, the arbitrator shall not be bound to apply the substantive law of any jurisdiction but shall be guided by the policies and considerations set forth in the Preamble of this Agreement and the Articles and Bylaws of Andersen, S.C., taking into account general principles of equity”. Cámara de Comercio Internacional, Caso CCI No. 9797/CK/AER/ACS, 28 de julio de 2000. Para una discusión sobre este caso, véase: J.M. Bonell, *A Global Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: In Re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*. En: *Arbitration International*, No. 17, 2001, pp. 249-261.

*entiende... como selección de la lex mercatoria, expresiones tales como: principios generales de derecho, principios comunes de derecho internacional, principios comunes de las naciones civilizadas, principios comunes del derecho mercantil, etcétera”<sup>24</sup>.*

La *lex mercatoria* es un concepto amplio, al punto que, desde la perspectiva de algunos sectores de la doctrina, podría cobijar las tres hipótesis presentadas arriba. En ese sentido, por ejemplo, Emmanuel Gaillard y John Savage han explicado que “[p]ara una descripción genérica de reglas diferentes a las de un derecho nacional particular, algunos autores usan las expresiones “derecho anacional” o “reglas anacionales”, mientras que otros se refieren a “usos del comercio internacional” o a “reglas transnacionales”. Sin embargo, el término más frecuentemente usado en un sentido genérico, sea para promover el concepto o para criticarlo, es *lex mercatoria*... Para denotar reglas diferentes a aquellas de determinada jurisdicción, debemos utilizar la expresión genérica *lex mercatoria*. La expresión aparece esencialmente en escritos académicos, y cubre no sólo reglas transnacionales (que sólo pueden describirse negativamente, como todas las reglas que no se originan exclusivamente en un sistema jurídico nacional), pero también usos internacionales del comercio (es decir, las prácticas usualmente seguidas en un comercio particular)”<sup>25</sup>. De

---

<sup>24</sup> Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 68.

<sup>25</sup> El texto original en inglés dice: “[f]or a generic description of rules other than those of a particular national law, some authors use the expression “a-national law” or “a-national rules” while others refer to “international trade” or to transnational rules. However, the term most frequently used in a generic sense, whether to promote the concept or to criticize it, is *lex mercatoria*... To denote rules other than those of a given jurisdiction, we shall use the generic expression *lex mercatoria*. The expression appears essentially in academic writing, and it covers not only transnational rules (which can only be described negatively as all rules which do not originate exclusively from a particular legal system), but also international trade usages (meaning the practices usually followed in a particular trade)”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1447. Para algunos autores, la *lex mercatoria* es sinónimo de *derecho transnacional*. Sobre la equivalencia de ambas expresiones, se ha explicado que “[e]sta *lex mercatoria* moderna recibe varios nombres, incluyendo “derecho transnacional”, “el derecho internacional de los contratos”, “*lex mercatoria* internacional” y “derecho comercial internacional”. Independientemente de la denominación, el propósito es claro; se trata de regular las transacciones comerciales internacionales mediante un sistema uniforme de derecho”. El texto original en inglés dice: “[t]his modern law merchant is given various names, including “transnational law”, “the international law of contracts”, “international *lex mercatoria*” and “international trade law”. Whatever the appellation, the purpose is clear; it is to regulate international commercial transactions by a uniform system of law”. Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Kluwer Law International,

manera similar, otros autores han explicado que, en general, la *lex mercatoria* “...es concebida como una ley que no es particular a ni el producto de un sistema jurídico, sino que representa una convergencia de reglas previstas en diferentes sistemas jurídicos, o inclusive, en opinión de sus exponentes más expansivos, una colección de reglas que son enteramente anacionales y obtienen su carácter vinculante en virtud de los usos internacionales y su observancia por la comunidad de comerciantes...”<sup>26</sup>.

En ciertas jurisdicciones las cortes han establecido que la aplicación de la *lex mercatoria* no pugna en sí misma con normas de orden público<sup>27</sup>; asimismo, se ha encontrado que “[l]a aplicación de estándares internacionales [*lex mercatoria*] ofrece muchas ventajas. Aplican uniformemente y no son dependientes de las peculiaridades de ningún sistema jurídico nacional particular. Toman en debida consideración las necesidades del tráfico internacional y permiten un enriquecimiento mutuo entre sistemas que están indebidamente vinculados a distinciones conceptuales y aquellas [necesidades] que buscan una solución pragmática y justa en el caso particular”<sup>28</sup>. Sin embargo, la

---

2010, p. 25. Véase también: Abul F.M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*. En: *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999, p. 660.

<sup>26</sup> El texto original en inglés dice: “...[transnational commercial law] is conceived as law which is not particular to or the product of any one legal system but represents a convergence of rules drawn from several legal systems or even, in the view of its more expansive exponents, a collection of rules which are entirely anational and have their force by virtue of international usage and its observance by the merchant community”. Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*. En: *International and Commercial Law Quarterly*, No. 46, 1997, pp. 2-3. Asimismo, Berthold Goldman define la *lex mercatoria* como “un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias referidas o elaboradas espontáneamente en el campo del comercio internacional, sin referencia a un sistema jurídico nacional particular”. El texto original en inglés dice: “[*lex mercatoria* is] a set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law”. Berthold Goldman, *The Applicable Law: General Principles of Law: the Lex Mercatoria*. En: Julian Lew (Ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, pp. 89-90. Sobre el derecho transnacional como cuerpo autónomo de principios y reglas, véase también: Clive M. Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*. En: Chia-Jui Cheng (Ed.), *Clive M. Schmitthoff Select Essays on International Trade Law*, 1988; Berthold Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats at l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*. En: *Journal du droit international*, 1979. Otras definiciones de *lex mercatoria* pueden hallarse en: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2232-2237.

<sup>27</sup> Véase: House of Lords, *West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA et. al.*, 21 de febrero de 2007; Jarrod Wiener, *The Transnational Political Economy - A Framework for Analysis* [en línea] [http://www.jus.uio.no/lm/the.transnational.political.economy.a.framework.for.analysis.jarrod.wiener.ukc/\\_1.html](http://www.jus.uio.no/lm/the.transnational.political.economy.a.framework.for.analysis.jarrod.wiener.ukc/_1.html), pár. 76.

<sup>28</sup> El texto original en inglés dice: “[a]pplication of international standards offers many advantages. They apply uniformly and are not dependent on the peculiarities of any particular national law. They take due account of the needs of international intercourse and permit cross-fertilization between systems that may be unduly wedded to conceptual distinctions and those that look for a pragmatic and fair resolution in the individual case”. Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 8385, 2003.

*lex mercatoria* como ley aplicable adolece del problema de la *incertidumbre*; sobre este punto, F.A. Mann sostiene que “...[e]s difícil imaginar una perspectiva más peligrosa, más indeseable y más infundada, que [aquella] que niega toda medida de previsibilidad y certeza, y confiere a las partes en un contrato comercial internacional o a sus árbitros poderes que ningún sistema jurídico permite y ninguna corte podría ejercer”<sup>29</sup>.

Más allá de los debates descritos arriba y para los efectos del presente escrito, basta observar que, aun cuando se han realizado valiosos esfuerzos por precisar el concepto de *lex mercatoria*<sup>30</sup>, “[a] pesar de la atención académica que ha atraído, prácticamente ningún pacto arbitral escoge [la *lex mercatoria* como aplicable], y muy pocos laudos arbitrales han estado fundamentados en la *lex mercatoria*. Esta parquedad no es sorprendente: las partes suelen ser afortunadamente advertidas de abstenerse de escoger la *lex mercatoria* como el “derecho” aplicable a sus relaciones contractuales; más allá de lo que se diga, en su forma actual, la *lex mercatoria* carece del detalle, comprensividad y previsibilidad que las partes requieren en la mayoría de transacciones mercantiles”<sup>31</sup>. Esta afirmación podría hacerse extensiva a contratos que carecen de un pacto arbitral.

---

<sup>29</sup> El texto original en inglés dice: “[i]t is difficult to imagine a more dangerous, more undesirable and more ill-founded view which denies any measure of predictability and certainty and confers upon the parties to an international commercial contract or their arbitrators powers that no system of law permits and no court could exercise”. F.A. Mann, *England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, p. 197.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, el comentario al Preámbulo de los Principios UNIDROIT dice: “[a]lgunas veces, las partes que negocian un contrato mercantil internacional no logran ponerse de acuerdo respecto del derecho aplicable a su contrato, limitándose a estipular que el contrato quedará sujeto a los “principios generales del derecho”, los “usos y costumbres del comercio internacional”, o la “*lex mercatoria*”, etc. El concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman. Con el fin de eliminar, o por lo menos reducir considerablemente, la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos, es aconsejable para precisar su contenido recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios”. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Comentario)*, 2004, Preámbulo, §4, lit. b.

<sup>31</sup> El texto original en inglés dice: “[n]otwithstanding the academic attention it has attracted, virtually no arbitral agreements select, and a very few arbitral awards have been based on, *lex mercatoria*. This paucity of authority is not surprising: parties are well-advised not to select *lex mercatoria* as the “law” governing their contractual relations; whatever else may be said, in its current form, *lex mercatoria* lacks the detail, comprehensiveness and predictability that parties to most commercial transactions require”. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2237. De manera similar, otros autores han explicado que “[e]xiste un riesgo, sin embargo, de que mientras un cuerpo de reglas más comprensivo y específico gana aceptación en la comunidad comercial internacional,

### 1.1.2. Designación de un conjunto de normas no nacionales, haciendo referencia a un documento concreto

En algunos contratos las partes establecen que su negocio jurídico se regirá por un cuerpo de normas no nacionales, previstas en un documento determinado. Es así como, en ciertos casos, diferentes tribunales han considerado válido acordar que un contrato se rige, por ejemplo, por los Principios UNIDROIT. El uso de los Principios como ley aplicable no resulta descabellado; de hecho, el propio comentario oficial a su preámbulo dice: “...[l]os Principios constituyen un conjunto de principios y normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional. Existen razones de peso para que las partes decidan expresamente elegir los Principios como derecho aplicable al contrato. De esta manera, las partes pueden referirse a los Principios como el único derecho aplicable, o bien junto con un derecho nacional en particular para que rija aquellos aspectos que no son cubiertos por los Principios”<sup>32</sup>. El uso de los Principios puede aparecer en al menos tres circunstancias particulares.

**Primero**, cuando las partes los designan directamente como ley aplicable. En esta hipótesis, es importante que los contratantes sean muy claros al designar los Principios como las únicas normas jurídicas aplicables a su contrato; de no hacerlo así, podría ocurrir que los Principios acaben siendo aplicados sólo en cuanto no riñan con las reglas de derecho nacional que de otro modo regirían el

---

*el contenido de la lex mercatoria continúe siendo variable. En tanto sea así, el resultado de las disputas bajo un contrato regido por la lex mercatoria será difícil de predecir, y los prospectos de una solución pronta pueden dificultarse por la ausencia de un criterio frente al cual pueda medirse la probabilidad de éxito. Los negociadores de contratos deben tener en cuenta estos riesgos, si se propone la adopción de la lex mercatoria*”. El texto original en inglés dice: “[t]here is a risk, however, that until a more comprehensive and specific body of rules gains acceptance in the international business community, the content of lex mercatoria will remain variable. As long as this is so, the outcome of disputes under a contract governed by lex mercatoria will be difficult to predict, and the prospects of early settlement may be hindered by the absence of a yardstick against which the likelihood of success can be measured. Contract negotiators should be aware of these dangers if the adoption of lex mercatoria is proposed”. Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Kluwer Law International, 2010, p. 26. La misma dificultad se presenta cuando las partes hacen referencia a principios generales de derecho o a principios comunes a distintos derechos nacionales. Véase: Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Kluwer Law International, 2010, pp. 22-23.

<sup>32</sup>Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Comentario)*, 2004, Preámbulo, §4, lit. a.

negocio jurídico<sup>33</sup>. También sería posible, por ejemplo, que las partes pacten que aplicará un derecho nacional, pero sólo en cuanto no riña con los Principios UNIDROIT, o que éstos sean aplicados para interpretar el derecho nacional o confirmar la solución a que ese ordenamiento conduce<sup>34</sup>.

**Segundo**, puede ocurrir que las partes no hayan escogido la ley aplicable; en tal caso, el adjudicador no debería suponer que las partes quisieron que su contrato se rigiera por un sistema jurídico nacional, y bien podría establecer que los Principios UNIDROIT son las normas de derecho aplicables<sup>35</sup>.

Finalmente, **tercero**, podría ocurrir que las partes designen un cuerpo indefinido de normas no nacionales, como la *lex mercatoria*, y el adjudicador – juez o árbitro – acabe aplicando los

---

<sup>33</sup> Sobre este punto se ha explicado que “[l]os principios prevén expresamente la posibilidad de que las partes acuerden la aplicación de los Principios a su contrato. Si las partes desean hacerlo, deben dejar claro que los principios conforman las “normas de derecho” aplicables al contrato, excluyendo cualquier sistema jurídico nacional. Si no lo hicieren, las partes podrían encontrar que los Principios las obligan sólo en cuanto no entren en conflicto con las reglas de derecho nacional que de otro modo aplicarían al contrato”. El texto original en inglés dice: “[t]he Principles expressly provide for the possibility of parties agreeing to the application of the Principles to govern their contract. If parties wish to do so, they should make clear that the Principles are to form the applicable “rules of law” of the contract to the exclusion of any national system. If they do not, the parties may find that the Principles bind them only to the extent that they do not conflict with the rules of national law otherwise applicable to the contract”. Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Kluwer Law International, 2010, p. 26.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo: Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 5835, junio de 1996; Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 9753, mayo de 1999; Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11051, julio de 2001; Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI 12174, 2003.

<sup>35</sup> Un ejemplo de esta circunstancia aparece en el laudo dictado en el caso CCI No. 8540, que dice en su parte relevante: “[d]e acuerdo con [el demandante] la cuestión de la ley aplicable fue explícitamente discutida, si bien no en detalle, entre [el demandante] y [el demandado] en el curso de las negociaciones desarrolladas en agosto de 1993 en Georgia. [El demandante] dijo al Tribunal que propuso como ley aplicable la ley de un estado de los Estados Unidos, bien fuera Nueva York o Nueva Jersey. El señor X añadió que el demandado no quería aceptar una ley aplicable estadounidense, y quería que el contrato se rigiera por la ley de Arabia Saudita. [El demandante], no siéndole familiar la ley saudita, rechazó [la propuesta]”. El texto original en inglés dice: “[a]ccording to [Claimant] the question of the governing law of the [Agreement] was explicitly discussed, albeit not in any great detail, between [Claimant] and [Defendant] during the course of the August 1993 negotiations in Georgia. [Claimant] told the Tribunal that he proposed as the governing law the law of a State of the United States, either New York or New Jersey. Mr. X added that [Defendant] was unwilling to accept a governing law of the United States and wanted Saudi law to govern the contract. [Claimant], being unfamiliar with Saudi law, refused”. Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 8540, 4 de septiembre de 1996. En el caso citado, aunque los árbitros concluyeron que la ley aplicable era la del Estado de Nueva York, también afirmaron que compararían los resultados de aplicar dicha ley con los que se obtendrían bajo los Principios UNIDROIT. En otros casos se ha encontrado que los Principios son la ley aplicable al contrato; para algunos ejemplos, véase: Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 9761, enero de 2001; Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11601, 2002; Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 12698, 2004.

Principios UNIDROIT. Naturalmente, lo anterior no supone que los Principios sean la *lex mercatoria*<sup>36</sup>; más bien, significa que los Principios han sido considerados en ocasiones como expresión de la *lex mercatoria*<sup>37</sup>.

Ahora bien, las normas no nacionales que podrían ser aplicables a un contrato no se limitan a los resultados de los grandes esfuerzos por unificar el derecho privado; un ejemplo llamativo se encuentra en la sentencia dictada por la Corte Comercial de San Galo (Suiza) el 12 de noviembre de 2004, donde los jueces afirmaron: “[s]e formula la pregunta de si el sistema de regulación de la FIFA, como derecho anacional, puede ser objeto de una elección de ley. En el marco de la jurisprudencia ordinaria se rechaza parcialmente que pueda escogerse un derecho anacional, con el argumento de que una corte soberanamente establecida debe usar siempre el derecho nacional... Cuando [se trate de] principios de derecho, que muestren una coherencia inherente suficiente ante la preocupación por la seguridad jurídica, así como una sustancia material que tenga en cuenta el postulado de la justicia en el caso concreto, como por ejemplo los Principios UNIDROIT, será autorizada dicha remisión. El sistema de regulación de la FIFA puede asimilarse en este aspecto a los Principios UNIDROIT, dado que ofrece tanto una coherencia interna suficiente como una sustancia material, que tiene en cuenta con seguridad el postulado de la justicia en el caso concreto. Además puede atribuírsele [el carácter de] “transnacional”, dado que en todo el mundo asociaciones nacionales pertenecen a la FIFA, [y considerando además] la fuerza que sus miembros reconocen a sus estatutos, reglamentos y decisiones. A causa de esta cláusula de elección de ley válida, la Corte Comercial de San Galo en principio no debe considerar sólo el derecho suizo, sino también el sistema de regulación de la FIFA... El Reglamento de la FIFA

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, en el caso CCI No. 11256, los árbitros encontraron que los Principios UNIDROIT no necesariamente reflejan usos mercantiles, lo que supone que su contenido no coincide con el de la *lex mercatoria*. Véase: Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11256, 2003.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo: Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11018, 2002; Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, Laudo, 5 de noviembre de 2002.



*aparece ante el derecho suizo como lex specialis*”<sup>38</sup>. En otros casos, algunos tribunales han llegado a aplicar, por ejemplo, la *Shari'ah* islámica<sup>39</sup>.

De las consideraciones anteriores se puede concluir que es *posible* escoger un derecho no nacional como ley aplicable a un contrato; la pregunta realmente difícil para los casos particulares será generalmente si es *conveniente* hacer tal elección. Pues bien, cuando un negocio jurídico tenga algún punto de conexión con Colombia, habrá que tener en cuenta que la cultura jurídica colombiana no parece estar familiarizada con la aplicación de normas de origen no nacional, razón por la cual la aproximación que un adjudicador colombiano tomaría ante una cláusula del tipo que se analiza resulta impredecible. Lo anterior no significa, sin embargo, que los adjudicadores locales sean siempre reacios o ajenos a las normas no nacionales; por el contrario, existen decisiones de la propia Corte Suprema de Justicia que citan normas no nacionales, aunque sea sólo para utilizarlas como *referencia* en el análisis de algunas disposiciones del derecho local<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup>El texto original en alemán dice: “[e]s stellt sich die Frage, ob das FIFA-Regelwerk als anationales Recht Gegenstand einer Rechtswahl sein kann. Im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit wird teilweise abgelehnt, dass anationales Recht gewählt werden kann, mit dem Argument, dass ein hoheitlich eingesetztes Gericht immer staatliches Recht anzuwenden habe... Wenn Rechtsgrundsätze, die eine dem Rechtssicherheitsgedanken genügende innere Kohärenz sowie einen dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragenden materiellen Gehalt aufweisen wie z.B. die UNIDROIT Principles, so sei eine solche Verweisung zuzulassen... Das FIFA-Regelwerk kann insoweit den UNIDROIT Principles gleichgestellt werden, da es sowohl eine genügende innere Kohärenz als auch einen materiellen Gehalt aufweist, der dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit sicherlich Rechnung trägt. Zudem kann ihm auch "Transnationalität" zugeschrieben werden, da der FIFA weltweit nationale Verbände angehören, die Kraft ihrer Mitgliedschaft die Statuten, Reglemente und Entscheide der FIFA zu befolgen haben... Aufgrund dieser gültigen Rechtswahlvereinbarung hat das Handelsgericht St. Gallen grundsätzlich nicht nur schweizerisches Recht, sondern auch das FIFA-Regelwerk zu berücksichtigen... Das FIFA-Reglement ist gegenüber dem schweizerischen Recht als *lex specialis* ausgestaltet...”. Handelsgericht St. Gallen, Urteil, 12 de noviembre de 2004.

<sup>39</sup>Véase, por ejemplo: High Court of England, *Sanghi Polyesters Ltd v The International Investor (KCFC)*, Lloyds Rep 480, 2000; High Court of England, *Sayed Mohammed Musawi et. al. v. R.E. International (U.K.) Ltd. et. al.*, EWHC 2981 (Ch), 14 de diciembre de 2007. Véase también: Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 224-225.

<sup>40</sup>Véase, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de agosto de 2011; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 8 de septiembre de 2011.

## 1.2. Contratos regidos por el derecho internacional público

Al lector acucioso parecerá extraño, e inclusive erróneo, afirmar que el *derecho internacional público* puede fungir como ley aplicable a un contrato. Pues bien, aunque se trata de un derecho cuyos sujetos han sido tradicionalmente los Estados, lo cierto es que en la actualidad cuenta con una variedad enorme de *participantes*, que incluyen no sólo a los Estados, sino también organizaciones internacionales, personas naturales y jurídicas (V.gr: inversionistas), entre otros. Por tal motivo, particularmente en contratos con Estados o entidades estatales, el derecho internacional público puede - bajo ciertas circunstancias - ser escogido como la ley aplicable al negocio jurídico<sup>41</sup>.

La hipótesis que se analiza se relaciona con el conocido tema de la *internacionalización de los contratos*; este fenómeno se ha dado cuando contratistas extranjeros, al celebrar un negocio jurídico con el Estado, buscan proteger su inversión de las vicisitudes del derecho nacional, pactando que el contrato se regirá por *principios generales del derecho*, por el *derecho internacional*, o usan alguna otra expresión similar<sup>42</sup>. Por ejemplo, en algunos contratos se han insertado cláusulas como la siguiente: “[p]ara los propósitos de este Contrato las leyes de la República de Guinea Ecuatorial,

---

<sup>41</sup> En ese sentido, se ha observado que “[e]l derecho internacional público concierne principalmente, pero no exclusivamente, a los Estados. Como lo ha afirmado Rosalyn Higgins, una Ex-Presidenta de la CIJ, el derecho internacional es un proceso de toma de decisiones dinámico y no estático, en el que puede haber variedad de participantes... dentro de los ‘participantes’ a los que se refiere la Presidenta Higgins, se encuentran los individuos y compañías que presentaron reclamaciones ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y aquellos ‘inversionistas’ que buscan la protección de su inversión mediante la maquinaria del CIADI. Esto ha traído al derecho internacional público a un enfoque más agudo en lo que concierne a los particulares y a las compañías, y a sus abogados. Cada vez con mayor frecuencia, el derecho internacional puede ser especificado como el derecho sustancial aplicable a un contrato, particularmente cuando el contrato se celebra con un Estado o agencia estatal. La referencia puede hacerse al ‘derecho internacional’ como tal; o puede suceder... que se utilice en conjunto con un sistema de derecho nacional”. El texto original en inglés dice: “[p]ublic international law is concerned primarily with States, but not exclusively so. As Dame Rosalyn Higgins, a former President of the ICJ, has contended, international law is a dynamic (not static) decision-making process, in which there are a variety of participants... Amongst the ‘participants’ to whom President Higgins referred are those individuals and corporations who brought claims before the Iran-US Claims Tribunal and those ‘investors’ who seek to protect their investment through the machinery of ICSID. This has brought public international law into sharper focus so far as private individuals and corporations—and their lawyers—are concerned. Increasingly, ‘international law’ may be specified as the substantive law of a contract, particularly where that contract is with a State or State agency. The reference may be to ‘international law’ on its own; or it may be... used in conjunction with a national system of law”. Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 224-225.

<sup>42</sup> Véase: Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 73-74; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 284, ss.; R. Doak Bishop, James Crawford & W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, pp. 255, ss.; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2244-2245.

*existentes y vigentes en la Fecha Efectiva de este Contrato, así como los principios de derecho internacional generalmente aceptados, regirán este Contrato”*<sup>43</sup>. Otro ejemplo sería: “[e]ste Acuerdo tendrá fuerza de ley. Deberá dársele efecto y deberá ser interpretado y aplicado de conformidad con los principios de derecho normalmente reconocidos por los Estados civilizados en general, incluyendo aquellos que han sido aplicados por Tribunales Internacionales”<sup>44</sup>.

La teoría de la internacionalización surgió alrededor de contratos de concesión, principalmente para la exploración y explotación de hidrocarburos en el medio oriente<sup>45</sup>. Si bien desde un comienzo se admitió que los negocios jurídicos en cuestión deberían regirse por las normas del Estado receptor de la inversión, en la década de 1950 ciertos árbitros consideraron que las legislaciones locales de los países donde se ejecutaban los contratos no eran suficientemente sofisticadas. Un ejemplo representativo es el laudo dictado en *Trucial Coast v. Sheikh of Abu Dhabi* (1951), donde Lord Asquith afirmó: “[e]ste es un contrato celebrado en Abu Dhabi y a ser ejecutado en su totalidad en ese país. Si cualquier sistema de derecho doméstico fuera aplicable, sería prima facie el de Abu Dhabi. Pero dicha ley no puede considerarse razonablemente como existente. El Sheikh administra una justicia meramente discrecional con la asistencia del Corán; y sería extravagante sugerir que en esta muy primitiva región existe algún cuerpo organizado de principios jurídicos aplicables a la interpretación de instrumentos comerciales modernos”<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> El texto original en inglés dice: “[f]or purposes of this Contract the laws of The Republic of Equatorial Guinea as existing and in force on the Effective Date of this Contract and generally accepted principles of international law shall govern this Contract”. *UMC Production Sharing Contract Between the Republic of Equatorial Guinea & United Meridian International Corp.*, 29 de junio de 1992. En: R. Doak Bishop, James Crawford & W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, p. 255.

<sup>44</sup> El texto original en inglés dice: “[t]his Agreement shall have the force of law. It shall be given effect and shall be interpreted and applied in conformity with the principles of law normally recognized by civilized states in general including those which have been applied by International Tribunals”. *Oil Concession Agreement Between the Government of Abu Dhabi & Amerada Hess Petroleum Abu Dhabi Ltd.*, 13 de octubre de 1980. En: R. Doak Bishop, James Crawford & W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, p. 256.

<sup>45</sup> Para un contexto histórico detallado, véase: M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 289-299.

<sup>46</sup> El texto original en inglés dice: “[t]his is a contract made in Abu Dhabi and wholly to be performed in that country. If any municipal system of law were applicable, it would prima facie be that of Abu Dhabi. But no such law can reasonably be said to exist. The Sheikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable

En 1964, Alfred Verdross, en un conocido artículo académico, sostuvo que este tipo de contratos son instrumentos cuasi-internacionales, semejantes a un tratado internacional, y que consecuentemente podrían regirse por el derecho internacional<sup>47</sup>. A pesar de lo interesante que resulta el debate académico que la tesis planteada inicialmente por Verdross ha suscitado, según autores más recientes, su versión de la teoría de la internacionalización adolece de graves defectos, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) la parte extranjera en el contrato, al menos desde un punto de vista positivista, carece de personalidad jurídica suficiente para entrar en una relación jurídica regida por el derecho internacional; y (ii) no existe un cuerpo de normas de derecho internacional que se refiera a los contratos estatales<sup>48</sup>.

Si bien se ha buscado superar estos problemas planteando que los contratos en cuestión no se rigen por el derecho internacional público sino por un cuerpo de reglas supranacionales diferentes, “...las objeciones teóricas no pueden superarse simplemente mediante la definición del sistema supranacional aplicable como un sistema diferente al derecho internacional público... El problema con la construcción de un derecho transnacional como aplicable a los contratos de inversión extranjera es la identificación de la base jurídica del sistema. Sin el consentimiento de los Estados,

---

*to the construction of modern commercial instruments”. Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi, 1951. En: International Law Reports, No. 18. De manera similar en el caso Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co., se encontró que el derecho aplicable sería, en principio, el de Qatar. Sin embargo, acto seguido se afirmó que el derecho catari no tenía principios suficientes para interpretar el contrato en cuestión. Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co., junio de 1953. En: International Law Reports, No. 20. Véase también: Saudi Arabia v. Arab American Oil Co. (ARAMCO), 1963. En: International Law Reports, No. 27.*

<sup>47</sup> Alfred Verdross, *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*. En: *Yearbook of World Affairs*, No. 18, 1964. Sobre los autores que apoyaron la tesis de Verdross, véase: M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, p. 291.

<sup>48</sup> En ese sentido, M. Sornarajah ha afirmado: “[l]a escogencia del derecho internacional puede ser posible, pero la dificultad teórica es que, inclusive si una entidad sin estatus ante el derecho internacional puede escoger el derecho internacional como ley aplicable, no existe un cuerpo de derecho internacional aplicable a contratos entre Estados y empresas privadas extranjeras”. El texto original en inglés dice: “[t]he choice of international law may be possible, but the theoretical difficulty is that, even if an entity with no status in international law may choose international law as the law applicable, there is no body of international law applicable to contracts between states and foreign private entities”. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, p. 285. Esta idea se desarrolla en detalle dentro del mismo libro, en las páginas 292 y siguientes.

*tal sistema no puede ser establecido. El sistema actualmente existe únicamente en los imaginarios de escritores parcializados hacia su creación*”<sup>49</sup>.

Existe entonces la posibilidad de que un contrato se rija por el derecho internacional público, al menos bajo ciertas circunstancias limitadas. El tema abordado ha sido objeto de intensos debates académicos, que lo hacen particularmente amplio y complejo; por tal motivo, esta sección no ha pretendido agotarlo, sino únicamente presentarlo.

## **2. No todo contrato se rige por una ley**

Actualmente es una premisa generalmente aceptada que un contrato puede regirse por más de una ley. De hecho, el concepto mismo de *ley aplicable* no supone que *todos* los aspectos de un negocio jurídico se deban regir por un único derecho; así, por ejemplo, en el *common law* algunos autores han dicho que la ley aplicable “...*cubre la mayoría, pero no necesariamente todos los problemas jurídicos potenciales...*”<sup>50</sup>. La posibilidad de que más de una ley rija una relación jurídica no es ajena al derecho colombiano; por el contrario, las reglas de conflicto colombianas distinguen la ley aplicable a diferentes aspectos del contrato (2.1) y, más aún, el derecho patrio admite el *dépeçage* (2.2).

### **2.1. Las reglas de conflicto colombianas distinguen la ley aplicable a diferentes aspectos del contrato**

---

<sup>49</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he theoretical objections cannot be overcome merely by defining the supranational system applicable as some system other than public international law... The problem with the construction of a transnational law to apply to such foreign investment agreements is the identification of a juridical base for the system. Without consent of states, such a system cannot be established. The system at present exists only in the imaginings of writers partial to its creation”. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 298-299.

<sup>50</sup> D. Rhidian Thomas, *Commercial Arbitration - Arbitration Agreements as a Signpost of the Proper Law*. En: Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly, Annual Index 141, 1984. En el mismo sentido, en su conocida opinión en el caso *Amin Rasheed*, Lord Wilberforce explicó que la *ley aplicable* se refiere a “...*la ley que rige el contrato y las obligaciones de las partes bajo el mismo; la ley que normalmente determina su validez y legalidad, su interpretación y efectos, y las condiciones de su cumplimiento...*”. El texto original en inglés dice: “...*the law which governs the contract and the parties’ obligations under it; the law which determines normally its validity and legality, its construction and effect, and the conditions of its discharge...*”. House of Lords, *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*, AC 50, 1984.

En términos generales, las reglas de conflicto son instrumentos previstos por los ordenamientos jurídicos para resolver conflictos de leyes; en ese sentido se ha explicado con acierto que “[u]na regla de conflicto se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho describe, al igual que el de una norma de derecho sustancial, un antecedente de hecho abstracto... En la consecuencia jurídica, una regla de conflicto... no ofrece una solución sustantiva. Más bien señala meramente un ordenamiento jurídico, del cual se deducirá en un paso siguiente el análisis jurídico del caso”<sup>51</sup>.

A continuación se presentarán sucintamente las reglas de conflicto previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, mostrando cómo se fracciona el contrato en tres elementos, que pueden regirse por leyes diferentes. Con tal fin, se seguirá el siguiente orden: ley aplicable a la capacidad (2.1.1); ley aplicable a la forma (2.1.2); y ley aplicable al fondo (2.1.3)<sup>52</sup>.

### **2.1.1. Ley aplicable a la capacidad**

De conformidad con el artículo 19 del Código Civil, “[l]os colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: 1o) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los

---

<sup>51</sup> El texto original en alemán dice: “[e]ine Kollisionsnorm besteht aus Tatbestand und Rechtsfolge. Die Tatbestandseite umschreibt, gleich derjenigen einer Sachrechtsnorm, einen abstrakten Sachverhalt... Auf der Rechtsfolgenseite hält eine Kollisionsnorm... aber keine Sachlösung bereit. Vielmehr verweist sie lediglich auf eine Rechtsordnung, welcher dann in einem weiteren Schritt die rechtliche Beurteilung des Falles zu entnehmen ist”. Peter Hay & Tobias Krätzschmar, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Verlag C.H. Beck, 2010, p. 109. Véase también: Ramón Mantilla Rey, *Apuntes de derecho internacional privado*, Temis, 1982, p. 55. Sobre el concepto y alcance de las reglas de conflicto, se ha afirmado que éstas “...se enfocan a determinar la ley aplicable a las especies con elementos extranjeros y, dado que las especies en cuestión están caracterizadas por contractos sea con un orden o varios órdenes jurídicos extranjeros, sea con el orden local (ello es necesario ya que, de otra forma, la pregunta no se formularía en el foro), se deriva que las reglas de conflicto tienen la doble función de hacer aplicable, según el caso, la ley local o bien una ley extranjera... cuando nos encontramos en presencia de casos con elementos extranjeros, el juez obviamente se formula la pregunta de si debe aplicar una ley extranjera (y cuál ley extranjera), o bien la ley local, a pesar de la presencia de estos elementos. Y sólo la regla de conflicto puede darle respuesta a tal cuestión”. Edoardo Vitta, *La regla de conflicto* (Fernando Alejandro Vásquez Pando, Tr.). En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 15, 1983, pp. 480-481.

<sup>52</sup> Estos tres elementos son identificados por Antonio Aljure, con fundamento en las disposiciones relevantes del derecho colombiano. Véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 94-100. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004.

*territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión*”<sup>53</sup>.

La disposición en cita amerita tres comentarios.

**Primero**, pueden surgir dudas acerca del significado de las locuciones *ciertos actos y competencia de la Unión*. Sobre este particular se ha dicho que “...*la única interpretación razonable de la expresión “ciertos actos” es que corresponden simplemente a los que tengan efectos en Colombia, y lo relativo a la competencia nacional, para no ser redundante y conservar un efecto útil, debe referirse a actos que no tengan efecto en el país, pero gobernados por nuestra ley en los aspectos mencionados*”<sup>54</sup>. Esta posición parece razonable.

**Segundo**, no es claro si la norma citada se refiere únicamente a la aplicación de la ley colombiana a ciudadanos colombianos, o si sirve también como fundamento para considerar que la capacidad de los extranjeros se rige por la ley de su país de origen. Algún sector de la doctrina ha sostenido que nada impide interpretar el artículo 19 del Código Civil como una norma de carácter bilateral, que brinda las bases para hallar el derecho aplicable a la capacidad de los extranjeros<sup>55</sup>. Esa parece ser también la tesis acogida por la Corte Constitucional colombiana, que refiriéndose al particular afirmó: “[e]n el campo del Derecho Internacional Privado rige el principio de la aplicación de la ley personal a los nacionales de un Estado, con un doble contenido: i) positivo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural nacional de un Estado se le aplican las leyes de ese Estado; ii) negativo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural que no es nacional de un Estado no se le puede aplicar la ley de ese Estado. Este principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento personal, humano o poblacional

---

<sup>53</sup> Subraya fuera del texto original. Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 19.

<sup>54</sup> Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 94.

<sup>55</sup> Ese parece ser también el entendimiento de Antonio Aljure, quien dice sobre el particular: “[p]odrían vislumbrarse varios eventos sobre capacidad del conocimiento de un juez colombiano: - *Que el contrato sea celebrado en el extranjero por colombiano residente o domiciliado allí y por otro extranjero y que sea ejecutado en Colombia. El juez, por dépeçage, aplicaría la capacidad de nuestro código al colombiano, y al extranjero, probablemente la de su domicilio o la de su nacionalidad, según el contrato provenga de país de common law o de sistema civil, respectivamente*”. Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 94.

del mismo”<sup>56</sup>. Esta solución se ajusta además a la aproximación que sobre el mismo punto se ha seguido en otras latitudes<sup>57</sup>.

**Tercero**, aunque el texto del artículo 19 parece referirse sólo a personas naturales, nada parece impedir aplicar el mismo criterio a personas jurídicas<sup>58</sup>. El problema está en establecer cuándo se considera que una persona jurídica es *extranjera*; para el efecto, lo más razonable sería utilizar el criterio previsto en el artículo 469 del Código de Comercio, de conformidad con el cual “[s]on extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior”<sup>59</sup>.

Desde esta perspectiva, el adjudicador colombiano podría enfrentarse a las siguientes hipótesis: (i) una sociedad constituida y domiciliada en un mismo país extranjero, caso en el cual muy seguramente analizará su capacidad conforme al derecho de ese país; (ii) una sociedad constituida conforme a las leyes de un país y domiciliada en otro, circunstancia en la cual su capacidad podría analizarse conforme al derecho del lugar de constitución (aproximación usual en el *common law*) o según el derecho del lugar de su domicilio principal (aproximación usual en jurisdicciones de

---

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-395/02, 22 de mayo de 2002. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004.

<sup>57</sup> En ese sentido se ha explicado que “[b]ajo la regla continental tradicional de conflicto de leyes, la capacidad jurídica de las personas naturales, y en particular su capacidad para contratar, se rige por su derecho nacional o, si carecen de nacionalidad o tienen estatus de refugiadas, por la ley de su domicilio o residencia. Esta es la regla de conflicto que una corte francesa o alemana, por ejemplo, podría considerar aplicar al asunto de la capacidad de una persona natural... los países del common law, por su parte, generalmente favorecen el domicilio o la residencia habitual como su factor de conexión...”. El texto original en inglés dice: “[u]nder the traditional continental choice of law rule, the legal capacity of natural persons, and in particular their capacity to contract, is governed by their national law or, if they are stateless or have refugee status, by the law of their domicile or residence. This is the choice of law rule that a French or German court, for instance, might consider applying to the question of the capacity of a natural person... Common law countries, on the other hand, generally favor the domicile or habitual residence of the party as their connecting factor...”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §457.

<sup>58</sup> Un fundamento normativo para dicha extensión podría hallarse en el artículo 27 de la Ley 153 de 1887, bajo el cual “[l]a existencia y los derechos de las personas jurídicas están sujetos a las reglas previstas en los artículos 19 y 20 [de la Ley 153], respecto al estado civil de las personas”. Ley 153/87, 15 de agosto de 1887, art. 27. Si la ley asimila a las personas naturales y jurídicas en lo que concierne a su existencia y derechos, parecería razonable asimilarlas también en lo que se refiere a las normas llamadas a regir su capacidad.

<sup>59</sup> Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971, art. 469.



tradicción continental)<sup>60</sup>; y (iii) una sociedad extranjera con una sucursal en Colombia.

En la tercera hipótesis, debe recordarse que, según lo ha señalado la Superintendencia de Sociedades, “...son sucursales de compañías extranjeras, los establecimientos de comercio abiertos por éstas en el territorio nacional. Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades... Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente”<sup>61</sup>.

Por tal motivo, en la hipótesis en consideración, habría dos posibles soluciones: (i) considerar que la capacidad se rige conforme al derecho del lugar de constitución o domicilio principal de la sociedad matriz extranjera; o (ii) concluir que, si bien la sociedad matriz está constituida en el extranjero, tiene un domicilio en Colombia. Si bien ambas soluciones podrían plantearse en la práctica, la segunda adolece de un problema fundamental: sólo puede haber una sucursal de sociedad extranjera si existe una sociedad extranjera y, bajo el artículo 469 del Código de Comercio, una sociedad sólo es extranjera si está constituida y domiciliada fuera de Colombia<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> En ese sentido se ha explicado que “[e]n el derecho internacional privado de la mayoría de países continentales, la capacidad de una persona jurídica se rige por el derecho del país donde su sede principal (siège social réel) está localizada. Otros sistemas jurídicos, especialmente aquellos de jurisdicciones del common law, sujetan a las compañías a las leyes del país de constitución. El país de constitución es aquel donde los requisitos formales de registro y publicidad fueron cumplidos”. El texto original en inglés dice: “[i]n the private international law of most civil law countries, the capacity of a juridical person is governed by the law of the country where its headquarters (siège social réel) are located... Other legal systems, especially those of common law countries, subject companies to the law of the country of incorporation. The country of incorporation is that where the formal requirements of registration and publication were carried out”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §457.

<sup>61</sup> Superintendencia de Sociedades de Colombia, Doctrina jurídica y contable, No. 05, enero de 1997.

<sup>62</sup> Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971, arts. 469, ss.

### 2.1.2. Ley aplicable a la forma

La forma de un acto jurídico se rige por la ley del lugar de su formación. Esta regla, que suele expresarse con el aforismo *locus regit actum*, no está expresamente consagrada en la legislación colombiana; sin embargo, varias disposiciones indican que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico nacional<sup>63</sup>. En efecto, el artículo 21 del Código Civil establece que “..la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados”<sup>64</sup>. A su turno, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo dispone: “[l]os bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño...”<sup>65</sup>. Finalmente, en la misma línea, el Código de Comercio establece que “[l]os títulos creados en el extranjero tendrán la consideración de títulos-valores si llenan los requisitos mínimos establecidos en la ley que rigió su creación”<sup>66</sup>.

La regla enunciada admite una excepción, establecida en el artículo 22 del Código Civil, de

---

<sup>63</sup> En ese sentido se ha afirmado que “[n]i el Código Civil ni el Código de Comercio consagran expresamente el aforismo *locus regit actum* y, por eso, su fuerza en Colombia está más ligada a una interpretación sistemática del derecho positivo y a los principios de derecho internacional privado”. Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 95.

<sup>64</sup> Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 21, inc. 1. Esta norma ha sido considerada por la jurisprudencia como una excepción al principio de territorialidad de la ley. Véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1157/00, 4 de septiembre de 2000; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de septiembre de 1947.

<sup>65</sup> Subraya fuera del texto original. Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 20, inc. 1 & 2.

<sup>66</sup> Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971, art. 646.

conformidad con el cual: “[e]n los casos en que los códigos o las leyes de la Unión exigiesen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en asuntos de la competencia de la unión, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas”<sup>67</sup>.

### **2.1.3. Ley aplicable al fondo**

En cuanto al fondo del negocio jurídico, es decir, en relación con sus efectos, la legislación colombiana acoge la regla *lex loci solutionis*, bajo la cual el acto jurídico se rige por las leyes del lugar de su ejecución. Así lo indica el tercer inciso del artículo 20 del Código Civil que, haciendo referencia a los contratos celebrados en el exterior, dice: “[p]ero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión”<sup>68</sup>. Del mismo modo, el artículo 869 del Código de Comercio establece que “[l]a ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”<sup>69</sup>.

Antonio Aljure ha afirmado que la disposición citada *supra*, “...tiene una redacción próxima al unilateralismo, ya que sólo se refiere a la ley colombiana, cuando expresa que los efectos de los contratos que se ejecuten en el país se regirán por nuestra ley. Y decimos próxima, porque en el unilateralismo la regla de conflicto sólo permite la aplicación de la *lex fori* y en el caso del artículo en mención no se prohíbe la ley extranjera sino que no se menciona el evento de ejecución de contrato en el exterior”<sup>70</sup>.

El mismo autor concluye que el artículo 869 autoriza la aplicación de una ley extranjera a contratos

---

<sup>67</sup> Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 22. Sobre esta disposición, Antonio Aljure anota que “[e]l artículo 22 prohíbe suplir con escrituras privadas la exigencia de instrumentos públicos en Colombia lo que, por vía de excepción, obliga a elevar a escritura pública en el extranjero una compraventa de bien inmueble situado en el país. Sin esta norma, podría alegarse la validez de un documento privado en el caso supuesto. El artículo es, pues, una excepción al aforismo *locus regit actum*”. Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 95-96.

<sup>68</sup> Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 20, inc. 3.

<sup>69</sup> Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971, art. 869.

<sup>70</sup> Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 96-97.

ejecutados en el exterior, por las siguientes razones: (i) el texto del artículo no lo prohíbe; (ii) el principio de reciprocidad indica que, si a un contrato que se ejecuta en el país se le debe aplicar la ley colombiana, a uno ejecutado fuera del territorio nacional se le debería aplicar el derecho vigente en el lugar de ejecución; (iii) el aforismo *lex loci solutionis* es generalmente aceptado en el derecho internacional privado; y (iv) el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 indica que un contrato estatal ejecutado fuera del país se rige por el derecho del lugar de su ejecución, regla que debería extenderse a la contratación privada, siguiendo un raciocinio *a fortiori*<sup>71</sup>. La tesis descrita ha sido acogida por el Consejo de Estado colombiano, al considerar que “...si bien el artículo 869 del Código de Comercio señala que “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”, a contrario sensu, si el contrato celebrado en el exterior debe cumplirse igualmente en el exterior, para nada rige la ley colombiana...”<sup>72</sup>. Estas consideraciones podrían extenderse al artículo 20 del Código Civil.

Ahora bien, además de las reglas analizadas en los párrafos anteriores y según las circunstancias de cada caso, podría ser necesario tener en cuenta alguno de los siguientes instrumentos: (i) el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889<sup>73</sup>; (ii) el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889<sup>74</sup>; (iii) la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional

---

<sup>71</sup> Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 97.

<sup>72</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso-Administrativo - Sección Cuarta, Sentencia, 10 de noviembre de 2000. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia afirmó en sentencia del 30 de octubre de 1986: “...es conveniente recordar que Colombia adhirió al tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1888 y de 1889, por mandato de la Ley 40 de 1933. ¿Qué trascendencia tiene este hecho para el tema examinado? Tal adhesión significa ni más ni menos que en Colombia, así sea por un tratado que seguramente no será directamente aplicable a la cuestión examinada, desde hace casi un siglo se admite que el cumplimiento y ejecución en el exterior de contratos celebrados en el país por contratantes nacionales o extranjeros, se sujeten a la ley, y a la jurisdicción extranjera...”. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de octubre de 1986.

<sup>73</sup> El Tratado de Derecho Civil Internacional fue firmado en Montevideo (Uruguay) el 12 de febrero de 1889 y fue adoptado por Colombia inicialmente a través de la Ley 40 de 1933. La Ley 40 fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 18 de junio de 1987. El instrumento fue adoptado nuevamente a través de la Ley 33 de 1992 que, a su turno, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-276 de 1993. El tratado trae disposiciones relativas a la ley aplicable a la capacidad para celebrar negocios jurídicos, a la forma del acto jurídico y al fondo del mismo. Véase: Tratado de Derecho Civil Internacional, 12 de febrero de 1889; Ley 40/33, 19 de enero de 1933; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 18 de junio de 1987; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-276/93, 22 de julio de 1993.

<sup>74</sup> El Tratado de Derecho Comercial Internacional fue firmado en Montevideo (Uruguay) el 12 de febrero de 1889 y fue adoptado por Colombia inicialmente a través de la Ley 40 de 1933. La Ley 40 fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 18 de junio de 1987. El instrumento fue adoptado nuevamente a

Privado de 1979<sup>75</sup>; o (iv) el Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador de 1903<sup>76</sup>.

## 2.2. El derecho colombiano admite el *dépeçage*

La expresión *dépeçage* designa el fenómeno por el cual una misma relación jurídica puede regirse por más de una ley; empero, la aplicación de derechos diferentes a distintos aspectos de una relación jurídica contractual no siempre puede llamarse *dépeçage*; en ese sentido Ole Lando ha explicado que “[n]o puede elevarse objeción alguna contra la aplicación de más de una ley a un acuerdo complejo, que contiene elementos que [a su turno] pueden existir como contratos separados. Un contrato que es al mismo tiempo una compraventa de bienes y un contrato de distribución puede regirse por el derecho del comprador respecto de los aspectos de las ventas y por la ley del vendedor/distribuidor en lo que concierne a los aspectos de la distribución. Este no es un *dépeçage* genuino. El verdadero *dépeçage* opera cuando diferentes aspectos de un contrato se rigen por derechos distintos”<sup>77</sup>.

---

través de la Ley 33 de 1992 que, a su turno, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-276 de 1993. El tratado trae disposiciones acerca de la ley bajo la cual se determina el carácter comercial de un acto jurídico; la ley aplicable a los contratos de sociedad, seguro, fletamento, préstamo a la gruesa, etc.; el régimen de choques, abordajes o averías; letras de cambio; entre otros. Asimismo, define las jurisdicciones competentes para conocer de ciertos asuntos. Véase: Tratado de Derecho Comercial Internacional, 12 de febrero de 1889; Ley 40/33, 19 de enero de 1933; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 18 de junio de 1987; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-276/93, 22 de julio de 1993.

<sup>75</sup> La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado fue suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 y fue adoptada por Colombia a través de la Ley 21 de 1981. Este instrumento, más que consagrar nuevas reglas de conflicto, establece la obligación para los jueces de aplicar las reglas de derecho internacional privado establecidas en los tratados internacionales y, sólo en defecto de ellas, las previstas en la legislación interna. Asimismo, señala el alcance y los límites de la antedicha obligación. Véase: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 8 de mayo de 1979; Ley 21/81, 22 de enero de 1981.

<sup>76</sup> El Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador fue suscrito en Quito el 18 de junio de 1903 y fue aprobado por Colombia mediante la Ley 13 de 1905. El tratado trae normas sobre la ley que rige la capacidad, los bienes, la validez y efectos jurídicos de los contratos, entre otros. Asimismo, prevé reglas especiales acerca de contratos de matrimonio, sucesiones, la jurisdicción sobre ciertos delitos, la ejecución de sentencias y otros actos jurisdiccionales, legalizaciones, etc. Véase: Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, 18 de junio de 1903; Ley 13/05, 8 de abril de 1905. El tratado ha sido utilizado recientemente, por ejemplo, para probar la existencia de reciprocidad diplomática entre Colombia y Ecuador. Al respecto véase: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 31 de octubre de 2008.

<sup>77</sup> El texto original en inglés dice: “[n]o objection can be raised against the application of more than one law to a complex agreement containing elements which may each exist as separate contracts. A contract which is at the same time a sale of goods and a distributorship agreement may be governed by the law of the seller as regards the sales aspects and by the law of the buyer/distributor as far as the distributorship aspects are concerned. This is not a genuine *dépeçage*. The true *dépeçage* operates when separate issues in contract are governed by separate laws”. Ole Lando,

Para algunos autores, el término en cuestión “...describe la situación en que un contrato, voluntariamente o no, se encuentra sometido a dos o más leyes o sistemas, que lógicamente recaen sobre aspectos distintos del mismo. Así por ejemplo, un contrato puede estar regulado en su forma por la ley del lugar de celebración y, en sus efectos, por la ley del lugar de ejecución...”<sup>78</sup>. Desde esta perspectiva, las reglas de conflicto del ordenamiento jurídico colombiano impondrían la existencia del *dépeçage*.

Otros consideran que el *dépeçage* realmente se presenta cuando el contenido obligacional de un contrato se divide en diferentes partes, sometiéndose cada una de ellas a un derecho distinto<sup>79</sup>. Así definido, el *dépeçage* tampoco riñe con el ordenamiento jurídico colombiano; de hecho, en Colombia no existe norma alguna que impida a las partes escoger leyes diferentes como aplicables a distintas partes de un mismo contrato<sup>80</sup>. El problema práctico se presentará al determinar qué tan *conveniente* es fragmentar de esa manera el contenido obligacional de un negocio jurídico, ya que las posibles inconsistencias pueden llevar a resultados imprevistos e indeseados.

## **II. SEGUNDO MITO: LAS PARTES EN UN CONTRATO “COLOMBIANO” NO PUEDEN SUSTRARSE LÍCITAMENTE DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL**

El segundo mito de la cultura jurídica colombiana que se analizará en el presente trabajo, es aquel según el cual no es lícito sustraer un contrato que tenga algún punto de contacto con Colombia de la

---

*The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*. En: Academie De Droit International De La Hage, Recueil des Cours, 1984, p. 251.

<sup>78</sup> Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 79-80. Véase también: John O’Brien, *Conflict of Laws*, Cavendish Publishing, 1999, pp. 109-111.

<sup>79</sup> Véase: John O’Brien, *Conflict of Laws*, Cavendish Publishing, 1999, pp. 109-111; Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 448; Fabrizio Cafaggi & Sandrine Clavel, *Interfirm Networks across Europe: A Private International Law Perspective*. En: Fabrizio Cafaggi (Ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, p. 211; Yasuhiro Okuda, *Reform of Japan’s Private International Law: Act on the General Rules on the Application of Laws*. En: *Yearbook of Private International Law*, No. VIII, 2006, p. 148.

<sup>80</sup> Sobre la compatibilidad del *dépeçage* con el derecho colombiano, véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 80, ss.

aplicación del derecho colombiano. Frente a este punto, se presentarán las siguientes consideraciones: el principio de territorialidad de la ley colombiana no es absoluto, ya que el derecho patrio reconoce la *autonomía conflictual* (1); existe un mecanismo efectivo para ejercer la autonomía: las cláusulas de ley aplicable (2); y, finalmente, el debate académico ha girado alrededor de los límites - más que de la existencia - de la autonomía conflictual, habiendo varias teorías sobre los alcances del principio (3).

### **1. El principio de territorialidad de la ley colombiana no es absoluto; el derecho colombiano reconoce la autonomía conflictual**

La obediencia a la ley ha sido reconocida desde antaño como un elemento fundamental del Estado moderno; de hecho, en la teoría política el debate ha girado alrededor de la justificación de la obediencia, más que acerca de la existencia del deber de obediencia como tal<sup>81</sup>. En Colombia, el antedicho deber ha sido objeto de expresa consagración normativa. En efecto, el inciso segundo del artículo 95 de la Constitución Política de 1991 dispone que “[t]oda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”<sup>82</sup>, norma que no resulta nada novedosa, en cuanto ha estado prevista desde el siglo XIX en el ordenamiento jurídico nacional<sup>83</sup>.

Si la existencia del deber de obediencia es clara, el alcance del mismo no lo es; de hecho, esta cuestión envuelve la pregunta acerca del campo de aplicación de la ley del Estado. En el derecho colombiano, una respuesta legislativa encontró expresión en el artículo 18 del Código Civil de 1887, bajo el cual “[l]a ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”<sup>84</sup>. La norma citada es manifestación de la teoría de la *territorialidad*, explicada por el propio Andrés Bello, autor del Código Civil, en los siguientes términos: “[...] la soberanía, que en

---

<sup>81</sup> Véase: Harold J. Laski, *Authority in the Modern State*, Yale University Press, 1919, pp. 32-42.

<sup>82</sup> Constitución Política de Colombia, 20 de julio de 1991, art. 95, inc. 2.

<sup>83</sup> La Constitución de 1886 establecía que “[e]s deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Constitución Política de Colombia, 5 de agosto de 1886, art. 10.

<sup>84</sup> Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 18.

*cuanto dispone de las cosas se llama dominio, en cuanto da leyes y órdenes á las personas se llama propiamente imperio... el imperio recae ya sobre los ciudadanos, ya sobre los extranjeros. El imperio sobre los extranjeros tiene los mismos límites que el territorio; el Estado no puede dar leyes ni órdenes á los individuos que no son miembros de la asociación civil, sino mientras que se hallan en sus tierras ó sus aguas”<sup>85</sup>.*

Si bien el criterio de territorialidad nunca fue el único elemento definitorio del campo de aplicación de la ley colombiana<sup>86</sup>, lo cierto es que por mucho tiempo fue predominante. En ese sentido, Antonio Aljure ha concluido con acierto que “[e]l siglo XIX no conoció el concepto de globalización ni el auge de los contratos internacionales entre particulares y, por el contrario, con la intervención del Estado predominó un concepto de soberanía casi absoluta y de territorialidad de la ley. En los albores del siglo XX el rechazo a la ley extranjera en materia contractual fue la norma, por la aceptación en la región de la Doctrina Calvo...”<sup>87</sup>. Desde esta perspectiva, no parecía posible que los particulares se sustrajeran la ley del Estado, premisa que fue promovida precisamente por la mencionada Doctrina Calvo<sup>88</sup>. Bajo dicha doctrina, el poder de imperio se extiende sobre el territorio e implica que los contratos celebrados por extranjeros con particulares o con el Estado deben someterse, en todas las circunstancias, a las leyes y jurisdicción del Estado anfitrión<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional*, París, Librería de Garner Hermanos, 1873, p. 61. Debe agregarse que la territorialidad extrema no fue defendida sólo en América Latina. Por ejemplo, en su reconocida obra sobre derecho internacional privado, Joseph H. Beale afirmó: “[e]s bastante obvio que, dado que la única ley que puede ser aplicable en un Estado es la ley de ese Estado, ninguna ley de un Estado extranjero puede tener allí fuerza de ley”. El texto original en inglés dice: “[i]t is quite obvious that since the only law that can be applicable in a state is the law of that state, no law of a foreign state can have there the force of law”. Joseph H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Baker, Voorhis & Co., 1935, §5.4.

<sup>86</sup> Las reglas de conflicto del derecho colombiano, que en su mayoría están vigentes desde el siglo XIX, fueron examinadas en detalle en la Sección I.2.1 *supra*.

<sup>87</sup> Véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 90.

<sup>88</sup> Véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 90.

<sup>89</sup> Para la formulación original de la teoría, véase: Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, D’Amyot Librairie Diplomatique & Durand et Pedone-Lauriel Libraires-Éditeurs, 1868, Tomo I; Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d’un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Rousseau, 1896, pp. 350-351. Para un estudio reciente de la doctrina Calvo, véase: Francesco Tamburini, *Historia y destino de la “Doctrina Calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?* En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección de Historia del Derecho Internacional, No. 28, 2002. Véase también: Horacio



A tal aproximación se contraponen la llamada *autonomía conflictual*, esto es, la libertad que gozan las partes en un negocio jurídico para escoger la ley aplicable al mismo; en palabras de Stefan Leible, *[l]a autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional privado. Por autonomía privada entendemos la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual, que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma. De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas*<sup>90</sup>.

El principio de la autonomía conflictual no es de origen reciente; por el contrario, su planteamiento se atribuye generalmente a Charles Dumoulin (1500-1566), quien afirmó que las partes podían escoger las normas aplicables a un negocio jurídico a través del *pacto de lege utenda*<sup>91</sup>. La tesis fue

---

Grigera, *Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks*. En: *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 21, No. 2, 2005.

<sup>90</sup> Stefan Leible, *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales*. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, No. 1, marzo de 2011, p. 215.

<sup>91</sup> Véase: Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*, De Palma, 1978, pp. 462, ss.; Daniel Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, J.C.B. Mohr, 1995, nota 78; Tonatiuh García Castillo, *La lex contractus en los contratos internacionales*. En: Ricardo Méndez Silva (Coord.), *Contratación y arbitraje internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2010, p. 65; Stefan Leible, *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales*. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, No. 1, marzo de 2011, p. 216. Otros autores han resaltado que “...Dumoulin fue llamado por autores posteriores padre de la autonomía conflictual. La idea de la autonomía conflictual en el sentido moderno del término, sin embargo, difícilmente pudo haber cruzado por su mente. De acuerdo con autores recientes, no es probable que Dumoulin haya pretendido que la voluntad de las partes decidiera qué ley aplicar al asunto objeto del contrato cuando disposiciones imperativas de derecho sustantivo estaban involucradas. La intención de las partes fue mencionada por Dumoulin en un contexto donde él discutía las áreas del derecho sustancial en que la intención y voluntad de las partes prevalecía, y todos los ejemplos que utilizó fueron tomados de áreas del derecho donde las reglas eran directivas”. El texto original en inglés dice: “...Dumoulin was

retomada ya en el siglo XIX por Karl von Savigny, quien reconoció la importancia a la intención de las partes para establecer la ley aplicable a las obligaciones<sup>92</sup>. Jurisprudencialmente, por sólo citar algunos ejemplos, en el Reino Unido ya se hablaba en el siglo XIX y principios del siglo XX de la primacía de la intención de las partes en la determinación la ley aplicable al contrato<sup>93</sup>; asimismo, en Francia, la Corte de Casación reconoció expresamente el principio de autonomía conflictual en 1910<sup>94</sup>. Sin embargo, aún en esos países, la autonomía conflictual no estaba libre de controversia<sup>95</sup>. En otras jurisdicciones de creciente relevancia económica, como los Estados Unidos, las cortes eran aún reacias a reconocer efectos a los pactos de ley aplicable<sup>96</sup>. En cualquier caso, con el tiempo y

---

*called by later writers the father of party autonomy. The idea of party autonomy in the modern sense of the words, however, can hardly have crossed his mind. According to recent authors, it is not probable that Dumoulin intended the will of the parties to decide which law to apply in the matter of contract when mandatory provisions of substantive law were involved. The intention of the parties was mentioned by Dumoulin in a context when he discussed those parts of substantive law where the intention and will of the parties prevailed, and all the examples which he used were taken from parts of the law where the rules were directory". Ole Lando, *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*. En: Academie De Droit International De La Hage, Recueil des Cours, 1984, p. 242.*

<sup>92</sup> Friedrich Karl von Savigny, *A Treatise on the Conflict of Laws. The Limits of their Operation in respect of Place and Time* (William Guthrie, Tr.), T. & T. Clark Law Publishers, 1880, pp. 194-242; Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1981, Tomo VIII, pp. 203 & 206.

<sup>93</sup> Así, por ejemplo, en 1865 afirmó una corte inglesa: “[e]l principio general es que los derechos de las partes en un contrato deben juzgarse bajo la ley por la cual ellas pretendieron [obligarse], o bajo aquella conforme a la cual puede justamente entenderse que las partes quisieron, o debieron haber querido, vincularse a sí mismas”. El texto original en inglés dice: “[t]he general principle is, that the rights of the parties to a contract are to be judged of by the law by which they intended, or rather by which they may justly be presumed, to have bound themselves”. Court of Exchequer Chamber, *Lloyd v. Guibert*, L. R. 1 Q. B. 115, 120, 1865. En 1884, la Corte de Apelaciones de Inglaterra afirmó: “[e]l primer asunto que debemos determinar es si este contrato debe ser interpretado de acuerdo con el derecho inglés o de acuerdo con el francés. Para decidir este punto, debemos volvernos al contrato mismo, ya que está abierta para las partes [la posibilidad] de celebrar el acuerdo que les plazca respecto de la incorporación de cualquier ley extranjera a sus contratos”. El texto original dice: “[t]he first matter we have to determine is, whether this contract is to be construed according to English law or according to French. To decide this point we must turn to the contract itself, for it is open in all cases for the parties to make such agreement as they please as to incorporating the provisions of any foreign law with their contracts”. English Court of Appeal, *Jacobs, Marcus & Co. v. Crédit Lyonnais*, 12 QBD 589, 1884. De manera más específica, en 1939, una Corte inglesa sostuvo que: “...cuando hay una declaración expresa de las partes acerca de su intención de escoger la ley del contrato, es difícil ver qué reservas son posibles, en caso de que la intención expresada sea de buena fe y lícita, y asumiendo que no hay razón para rechazar la elección por razones de orden público”. El texto original en inglés dice: “...where there is an express statement by the parties of their intention to select the law of the contract, it is difficult to see what qualifications are possible, provided the intention expressed is bona fide and legal, and provided there is no reason for avoiding the choice on the grounds of public policy”. Judicial Committee of the Privy Council, *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, A.C. 277 (P.C.), 1939.

<sup>94</sup> En *American Trading v. Quebec Steamship*, la Corte de Casación francesa afirmó: “la ley aplicable a los contratos, bien en lo que concierne su formación, bien en cuanto a sus efectos y condiciones, es la que las partes han adoptado”. El texto original el francés dice: “la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant a leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptés”. Cour de Cassation, *American Trading v. Quebec Steamship*, 5 de diciembre de 1910.

<sup>95</sup> Véase, por ejemplo: Antoine Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Imprimerie Allier père & fils, 1924, Vol. 2, pár. 481.

<sup>96</sup> Así, por ejemplo, en 1931 el juez Learned Hand profirió una decisión del siguiente tenor: “[l]a gente no puede, por acuerdo, sustituir la ley de otro lugar; ellos [los contratantes] pueden, naturalmente, incorporar las disposiciones que deseen dentro de estos acuerdos - tanto un estatuto como cualquier otra [disposición] - y cuando lo hacen, las cortes tratarán de hallar el sentido del todo, hasta donde les sea posible. Pero un acuerdo no es un contrato, sino cuando la

bajo consideraciones eminentemente prácticas, se ha venido reconociendo consistentemente el principio de la autonomía conflictual en múltiples países<sup>97</sup>, tanto así que “[e]l derecho de las partes a escoger la ley que rige un contrato internacional es tan ampliamente aceptado por los países del mundo, que pertenece al núcleo común de los sistemas jurídicos”<sup>98</sup>.

También en Colombia se admitió que el principio de territorialidad no puede tener un carácter absoluto. Así, por ejemplo, en 1947 la Corte Suprema de Justicia afirmó: “[e]l rigor del sistema de la territorialidad de la ley, establecido por el art. 18 de nuestro C.C. y después por el 57 C. P. y M. se atempera por motivos de conveniencia, entre otros casos cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero, pues el comercio internacional exige el amparo de la seguridad y rapidez de los cambios. Así, el art. 20 del C.C., después de sujetar a la ley colombiana los bienes situados en el territorio nacional, dice que «esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño». Esto supone la admisión del principio de que la capacidad de las partes, los requisitos intrínsecos a los contratos, sus condiciones de formación y validez, se rigen por la ley extranjera, la del lugar de la celebración o perfeccionamiento del contrato (*lex loci contractus*)”<sup>99</sup>. Con el tiempo se ha llegado a

---

ley dice que lo es, y tratar de hacerlo uno es una tarea ridícula. Una ley debe imponer la obligación, y las partes no tienen nada que hacer al respecto; no más que cuando sus actos son extracontractuales o criminales”. El texto original en inglés dice: “[p]eople cannot by agreement substitute the law of another place; they may of course incorporate any provisions they wish into these agreements - an statute like anything else - and when they do, courts will try to make sense out of the whole, so far as they can. But an agreement is not a contract, except the law says it shall be, and to try to make it one is to pull on one's bootstraps. Some law must impose the obligation, and the parties have nothing whatever to do with that; no more than whether their acts are torts or crimes”. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *J.P.E. Gerli & Co. v. Cunard S.S. Co.*, 48 F.2d 115, 1931. En el mismo sentido, véase: Joseph H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Baker, Voorhis & Co., 1935, Vol. 2., pp. 1079-1080.

<sup>97</sup> Véase, por ejemplo: Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest of Reasonableness - General Course on Private International Law*, Hague Academy of International Law, 1994, pp. 250, ss.; Véase también: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2153.

<sup>98</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he parties' right to choose the law which governs an international contract is so widely accepted by the countries of the world that it belongs to the common core of the legal systems”. Ole Lando, *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*. En: *Academie De Droit International De La Hage, Recueil des Cours*, 1984, p. 237.

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de septiembre de 1947. Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido que “[e]l principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio. El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i) los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana, en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familia, en la medida que se trate de ejecutar actos que

aceptar, incluso legislativamente, la posibilidad de escoger la ley aplicable a un negocio jurídico, bajo ciertas circunstancias<sup>100</sup>. De esta manera, poco a poco parece haberse dejado de considerar la cláusula de ley aplicable como una estipulación contraria al ejercicio del poder de imperio del Estado, para entenderla como una solución pactada por las partes a los conflictos de leyes que podría involucrar su negocio jurídico<sup>101</sup>. No obstante lo anterior, no existe una autorización ilimitada para escoger la ley llamada a regir un contrato; generalmente habrá límites impuestos por los ordenamientos jurídicos, como se verá en los acápites que siguen.

---

*deban tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional; iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1157/00, 4 de septiembre de 2000. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004. En la misma línea, el Tribunal Superior de Buga afirmó en una reciente decisión que "...el artículo 18 del Código Civil indica que la Ley es obligatoria tanto para nacionales como para los extranjeros residentes en Colombia, indicación que pareciera cerrar toda posibilidad de conflicto entre leyes nacionales y extranjeras; no obstante su aplicación no deviene tan pacífica como se esperaba y en la actualidad como lo ha precisado conocida jurisprudencia, el asunto parece morigerado por las denominadas leyes de colisión o de elección que pueden recortar el alcance del canon estudiado, al hacer remisión normativa de un conflicto a la Ley extranjera". Tribunal Superior de Buga, Auto, 4 de febrero de 2011. Asimismo, instituciones ajenas a la rama judicial han reconocido el carácter relativo del principio de territorialidad de la ley. Por ejemplo, la Superintendencia Bancaria afirmó en respuesta a una consulta: "[e]ste principio conocido con el nombre de territorialidad de la ley, se traduce en que las leyes no obligan a las personas más allá de las fronteras, con las salvedades o excepciones de que la ley rebase los límites nacionales, resguardando bajo su imperio tanto a nacionales como extranjeros cuando quiera que se cumplan determinados supuestos de hecho... la territorialidad de la ley no es absoluta". Superintendencia Bancaria de Colombia, Respuesta a consulta, Rad. No. 2005036944-001, 26 de septiembre de 2005.*

<sup>100</sup> Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 101, inc. 1; Ley 80/93, 28 de octubre de 1993, art. 13, inc. 2-3. Aunque se encuentre derogado, puede servir como ejemplo el artículo 2 de la Ley 315/96. Véase: Ley 315/96, 12 de septiembre de 1996, art. 2.

<sup>101</sup> Esta aproximación ha sido acogida expresamente en otras jurisdicciones. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos afirmó en 1955: "[e]n lugar de considerar que las partes están usurpando la función legislativa, parece más realista considerar que están relevando a las cortes del problema de resolver un asunto de conflicto de leyes. Se podría esperar que su inclusión [la inclusión de cláusulas de ley aplicable] reduzca el litigio, y debe recomendarse por buenos redactores, [para] relevar a las cortes de problemas en la solución de ambigüedades. Decir que no puede haber una reducción del litigio porque las cortes pueden no reconocer efectos a la cláusula, es razonar hacia el pasado. Una tendencia hacia la certeza en las transacciones comerciales debe ser incentivada por las cortes". El texto original en inglés dice: "[i]nstead of viewing the parties as usurping the legislative function, it seems more realistic to regard them as relieving the courts of the problem of resolving a question of conflict of laws. Their course might be expected to reduce litigation, and is to be commended as much as good draftsmanship which relieves courts of problems of resolving ambiguities. To say that there may be no reduction in litigation because courts may not honor the provision is to reason backwards. A tendency toward certainty in commercial transactions should be encouraged by the courts". U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *Elias Siegelman v. Cunward White Star Ltd.*, 221 F.2d 189, 1955.

## **2. Existe un mecanismo efectivo para ejercer la autonomía conflictual: las cláusulas de ley aplicable**

La estipulación mediante la cual las partes, en ejercicio de la autonomía conflictual, escogen la ley aplicable a su negocio jurídico, se denomina *cláusula de ley aplicable*<sup>102</sup>. Estas cláusulas cumplen la función esencial de ofrecer seguridad sobre la interpretación y ejecución de las *obligaciones contractuales* de las partes<sup>103</sup>. Lo dicho supone que el alcance de la escogencia de ley suele limitarse al *derecho sustantivo*<sup>104</sup>, lo que a su turno tiene dos implicaciones.

**Primero**, en principio, la cláusula de ley aplicable no comprende las reglas de conflicto del ordenamiento jurídico llamado a regir el contrato<sup>105</sup>. En Colombia, esta conclusión podría hallar su fundamento en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012, que dice: “[l]a 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”<sup>106</sup>. Si bien la disposición en cita es aplicable sólo en tratándose de arbitraje internacional, el mismo criterio podría aplicarse por analogía en otros escenarios<sup>107</sup>. Esta analogía permite justificar en el derecho colombiano una premisa que es generalmente aceptada en el estado del arte actual del derecho internacional privado. Sobre este particular, George A. Bermann ha aseverado que “[u]na cuestión hermenéutica inicial es si la ley a la que se refiere la cláusula de ley aplicable es la “totalidad” de esa ley, o simplemente sus reglas de derecho sustancial (o, como a veces se les llama en este contexto, la “ley interna” de esa jurisdicción). Las partes son presumiblemente libres de escoger, o

---

<sup>102</sup> Véase: Roger LeRoy, *Fundamentals of Business Law*, South-Western Cengage Learning, 2012, p. 600; Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, p. 139.

<sup>103</sup> De hecho, “[u]na cláusula de ley aplicable ofrece una mayor previsibilidad con respecto a la interpretación y ejecución de las obligaciones contractuales de las partes, y es ordinariamente un aspecto fundamental en cualquier transacción internacional”. El texto original en inglés dice: “[a] choice-of-law clause provides enhanced predictability with respect to the interpretation and enforcement of the parties’ contractual obligations, and is ordinarily a critical aspect of any international transaction”. Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, p. 138.

<sup>104</sup> Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 138, ss.

<sup>105</sup> Sin embargo, para evitar dudas, las partes suelen excluir expresamente las reglas de conflicto del derecho aplicable. Véase: Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, p. 140.

<sup>106</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 101, inc. 1.

<sup>107</sup> Ley 153/87, 15 de agosto de 1887, art. 8.

bien la “totalidad” [de la ley] o la ley “interna”, pero se ha desarrollado una suposición fuerte (y razonable) de que, al escoger una ley, las partes no pretenden escoger sus reglas de conflicto”<sup>108</sup>.

La exclusión de las reglas de conflicto parece además útil, ya que resuelve el problema del reenvío (*renvoi*)<sup>109</sup>. El *renvoi* es la doctrina según la cual, cuando el ordenamiento jurídico de un Estado resulta aplicable, debe ser aplicado en su totalidad, incluyendo cualesquiera reglas de conflicto. Kermin Roosevelt explica la teoría en cuestión, junto con su problema fundamental, utilizando un ejemplo ilustrativo: “[l]as reglas de conflicto del foro pueden conducir también a la aplicación de la ley de otro Estado. En este punto surge una pregunta. ¿Debe la corte, cuando la ley de su foro le exige aplicar la ley de otro Estado, aplicar la ley interna de ese Estado, o debe aplicar la totalidad de la ley de ese Estado, incluyendo sus reglas de conflicto? La última parecería ser la elección obvia - aplicar la ley del Estado, al final, presumiblemente significa alcanzar los mismos resultados a los que llegarían las cortes de ese Estado - pero abre la puerta a una posibilidad alarmante. Supóngase que la ley del Estado A dirige a la aplicación del Estado B, y la corte del Estado A entiende que ello significa aplicar la totalidad de la ley del Estado B. Si las reglas de conflicto del Estado B reconducen a la ley del Estado A, es natural entender nuevamente esto como una referencia a la totalidad de la ley del Estado A, comenzando así una serie interminable de idas y venidas. La doctrina según la cual la referencia al derecho de otro Estado se refiere a la totalidad de la ley de ese Estado es la doctrina del *renvoi*...”<sup>110</sup>. De esta manera, si la cláusula de ley

---

<sup>108</sup> El texto original en inglés dice: “[a]n initial interpretation question is whether the law referred to in the choice of law clause is the “whole” of that law, including its conflict of law principles, or merely the substantive law rules (or, as they are sometimes called in this context, the “internal law” of that jurisdiction). The parties are presumably free to select either the “whole” or the “internal” law, but a strong (and reasonable) assumption has developed that, in selecting a law, the parties do not mean to select its choice of law rules”. George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003, p. 215.

<sup>109</sup> Véase: Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, p. 140.

<sup>110</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he forum’s choice-of-law rules might also direct the application of another state’s law. At this point a question arises. Should the court, when instructed by forum law to apply the law of another state, apply that state’s internal law, or should it apply the state’s entire law, including its choice-of-law rules? The latter might seem the obvious choice - applying a state’s law, after all, presumably means reaching the same results that the courts of that state would reach - but it opens the door to an alarming possibility. Suppose that State A’s law directs the application of State’s B law, and the State A court understands this to mean the entirety of State B law. If State B’s choice-of-law rules point back to State A law, it is natural again to understand this to mean the entirety of

aplicable se interpreta como referente únicamente al derecho *sustantivo* aplicable, como suele ocurrir, se previene la posibilidad de llegar a un círculo vicioso de reenvíos.

**Segundo**, los pactos de ley aplicable no suelen interpretarse como referentes a normas procesales. Es así como, en tratándose de procesos judiciales, la ley procesal del foro es la que rige el procedimiento. En Colombia, “[l]as normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”<sup>111</sup>.

En el caso del arbitraje nacional, la ley dispone que “[e]n los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley”<sup>112</sup>.

Finalmente, en tratándose de arbitraje internacional, se tiene que “[h]oy en día es un punto no controvertido que las partes se hallan en libertad de determinar el procedimiento arbitral.

---

*State A law, and an unending series of references back and forth arises. The doctrine that a reference to the law of another state is a reference to the entirety of that state's law is the doctrine of renvoi...*”. Kermit Roosevelt III, *Resolving Renvoi: The Bewitchment of Our Intelligence by Means of Language*. En: *Notre Dame Law Review*, Vol. 80:5, p. 1822. Véase también: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2212-2213.

<sup>111</sup> Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, 6 de agosto y 26 de octubre de 1970, art. 6. En el mismo sentido, el artículo 10 del Código General del Proceso dice: “[l]as normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley... Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”. Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, art. 10, inc. 1 & 3.

<sup>112</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 58.

*Asimismo, está también admitido que el derecho procesal del lugar del arbitraje carece de vocación alguna para regular el arbitraje*<sup>113</sup>. Sin embargo, ello no significa que la cláusula de ley aplicable se extienda a cuestiones procesales; por el contrario, el procedimiento se rige por normas diferentes a aquellas conforme a las cuales se decide sobre el fondo de la controversia. Así, por ejemplo, si las partes pactan que un contrato se regirá por la ley colombiana y que cualquier controversia relacionada con el mismo se someterá a arbitraje bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, los árbitros deberán dar aplicación al artículo 19 de dicho Reglamento, bajo el cual “[e]l procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”<sup>114</sup>.

Nótese que, en los tres casos y en línea de principio, la ley designada como aplicable en el contrato no se extiende a asuntos procesales<sup>115</sup>. A pesar de lo anterior, no puede adoptarse una posición radical sobre el punto en discusión, ya que, como lo ha observado George A. Bermann, “[u]n asunto que permanece curiosamente en duda es hasta dónde una cláusula de ley aplicable cubre asuntos que son aparentemente procesales. Algunos asuntos procesales no se considerarán cubiertos (y presumiblemente no podrían estarlo). Éstos incluyen reglas sobre notificaciones, alegatos, obtención de evidencia, y evidencia como tal. Sobre otros asuntos que tienen un fuerte sabor procesal, pero también claras implicaciones sustantivas - tales como términos de prescripción, cargas probatorias, etc. - los temas son menos claros y las decisiones judiciales no son consistentes”<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Fernando Mantilla-Serrano, *La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo?* En: Fernando Mantilla-Serrano (Coord.), *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis, 2007, p. 229.

<sup>114</sup> Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje*, 1 de enero de 2012, art. 19.

<sup>115</sup> Sobre esta conclusión, véase: Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, p. 140.

<sup>116</sup> El texto original en inglés dice: “[a] question that remains curiously in doubt is the extent to which a choice of law clause covers issues that are arguably procedural. Some procedural issues will not be deemed covered (and presumably could not be). These include rules on service of process, pleading, evidence-gathering and evidence itself. On other issues having a strong procedural flavor but also clear substantive implications - such as statutes of limitations, burdens of proof, etc. - matters are less clear, and court decisions are not consistent”. George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003, p. 216.



### **3. Existen varias aproximaciones a los límites de la autonomía conflictual en el derecho colombiano**

El principio de la autonomía conflictual, como se tuvo oportunidad de explicar anteriormente, no es absoluto. Sin embargo, sus límites no han sido previstos expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano; por tal motivo, al menos hasta la fecha, su delimitación no ha sido unívoca ni definitiva. En esta sección se pretende presentar dos teorías contrapuestas alrededor del punto en discusión, a saber: la aproximación restrictiva, según la cual sólo puede escogerse la ley aplicable al contenido obligacional de un contrato cuando éste se ejecuta en el exterior o contiene un pacto de arbitraje internacional (3.1) y la aproximación amplia, de conformidad con la cual sería posible escoger la ley aplicable a los *contratos internacionales* (3.2). Adicionalmente, se presentarán algunas reglas especiales que deben tenerse en cuenta en tratándose de contratos estatales (3.3).

#### **3.1. La aproximación restrictiva: sólo puede escogerse la ley aplicable al contenido obligacional de un contrato cuando éste se ejecuta en el exterior o contiene un pacto de arbitraje internacional**

Una primera posibilidad es considerar que, desde la perspectiva del derecho colombiano, únicamente es posible escoger la ley aplicable al fondo de un contrato en dos circunstancias: (i) si se ejecuta en el exterior; o (ii) si contiene un pacto de arbitraje internacional<sup>117</sup>. Esta teoría parte de tres premisas, que serán explicadas a continuación.

**Primero**, las reglas de conflicto previstas en la legislación nacional y, particularmente, el artículo 869 del Código de Comercio, son normas de orden público; como tales, no admiten pacto en contrario. Al respecto se ha afirmado que “...*para el núcleo esencial de la organización social, el hecho de que los nacionales y los extranjeros residentes en el país que celebran contratos, que a su*

---

<sup>117</sup> Para una defensa de esta teoría, véase: Jorge Suescún Melo, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Legis, 2003, Tomo II, pp. 152-153.

vez se van a ejecutar en el territorio nacional, deban someterse a las leyes colombianas, constituye [un] valor superior de nuestro ordenamiento, al ser considerado principio fundamental de la organización estatal, circunstancia aparentemente suficiente para asumir tales normas como normas de orden público...”<sup>118</sup>. Esta tesis es contraria la teoría que será presentada en la Sección II.3.2 *infra*.

**Segundo**, la ley autoriza a las partes para escoger la ley aplicable al fondo del contrato cuando éste se ejecuta fuera del país. Si bien el artículo 869 del Código de Comercio tiene - desde esta teoría - un carácter imperativo, lo que concierne el orden público es la efectiva aplicación de la ley colombiana a los contratos ejecutados en el país. *Contrario sensu*, si un negocio jurídico se ejecuta fuera del territorio nacional, la falta de aplicación del derecho (foráneo) del lugar de ejecución, en nada pugnaría con el orden público de Colombia. Un ejemplo puede resultar ilustrativo: si un contrato se ejecuta en el Reino Unido y las partes pactaron que se regirá por la ley italiana, dar efectos a ese pacto no contravendría el carácter imperativo del artículo 869 del Código de Comercio. De hecho, como se explicó anteriormente, la redacción del artículo 869 es *próxima al unilateralismo*, en cuanto no exige expresamente la aplicación de la ley del lugar de ejecución a los negocios jurídicos ejecutados en el extranjero<sup>119</sup>.

Es preciso resaltar que en este punto se ha hecho énfasis en la ley aplicable al *contenido obligacional del contrato*, por ser el asunto que despierta mayor interés práctico en relación con el tema objeto de estudio. Empero, siguiendo la misma línea argumentativa presentada en los párrafos anteriores, podría afirmarse con fundamento en las normas citadas en la Sección I.2.1 *supra* que,

---

<sup>118</sup> Rebeca Herrera Díaz, *El futuro del derecho de seguros en Colombia*. En: Sergio Rodríguez Azuero, Erick Rincón Cárdenas & Juan Jacobo Calderón Villegas (Eds.), *Temas de derecho financiero contemporáneo*, Universidad del Rosario, 2006, p. 732. Véase también: Universidad Externado de Colombia - Grupo de Investigación en Derecho Comercial Colombiano y Comparado, *Nota de relatoría de la segunda reunión - Proyecto de investigación sobre normatividad marítima nacional e internacional*, 26 de julio de 2005, p. 2; José Luis Marín Fuentes, *Análisis de la legislación colombiana sobre las sociedades comerciales extranjeras frente al derecho internacional privado*. En: *Estudios de Derecho*, Vol. LXIV, No. 143, Universidad de Antioquia, junio de 2007, nota 41.

<sup>119</sup> Véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 96-97.

cuando un contrato se celebra fuera del país y las partes acuerdan que su *forma* se regirá por un derecho diferente al vigente en el lugar de celebración, dicho pacto podría surtir efectos en Colombia. De otro lado, parece difícil que una parte escoja el derecho aplicable a su propia capacidad, ya que en cualquier caso se requeriría que un ordenamiento le reconozca capacidad para realizar dicha elección.

**Tercero**, la legislación colombiana sólo autoriza expresamente a las partes para escoger la ley sustancial aplicable a su relación jurídica cuando han celebrado un pacto de arbitraje internacional. De hecho, la Ley 1563 de 2012 dispone en su artículo 101 que “[e]l tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes”<sup>120</sup>. Naturalmente, en este caso se requiere que se presente alguno de los elementos de internacionalidad previstos en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, en tanto éste resulte aplicable<sup>121</sup>.

De las tres premisas anteriores se concluye que, desde esta aproximación, cuando un contrato se ejecuta fuera del territorio colombiano o contiene un pacto de arbitraje internacional, la ley colombiana permite que las partes escojan el derecho aplicable al negocio jurídico.

### **3.2. La aproximación amplia: es posible escoger la ley aplicable a los *contratos internacionales***

Una segunda aproximación a los límites de la autonomía conflictual en el derecho colombiano parte de considerar que las reglas de conflicto locales no impiden escoger la ley aplicable a un contrato, siempre y cuando se trate de un *contrato internacional*. Esta última locución debe entenderse como

---

<sup>120</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 101, inc. 1. Esta posibilidad ya estaba prevista anteriormente en el artículo 2 de la Ley 315 de 1996, que decía: “[e]l arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero”. Subraya fuera de texto original. Ley 315/96, 16 de septiembre de 1996, art. 2.

<sup>121</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 62, inc. 4.

alusiva a aquellos negocios jurídicos que tienen algún *elemento internacional*. La noción propuesta coincide con la aproximación que sigue el comentario oficial a los Principios UNIDROIT, según el cual “[e]l carácter “internacional” de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca “vínculos estrechos con más de un Estado”, “implique una elección entre leyes de diversos Estados” o “afecte los intereses del comercio internacional”. Los Principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de “internacionalidad” de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación)”<sup>122</sup>.

Naturalmente, esta teoría parte de la base de que el artículo 869 del Código de Comercio no es una norma de orden público. A favor de esta interpretación, se ha observado que el artículo 1328 del Código de Comercio dispone: “[p]ara todos los efectos, los contratos de agencia mercantil que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”<sup>123</sup>. Con base en la precitada norma se ha dicho que “[l]o estipulado en este artículo nos lleva a reafirmar lo planteado con respecto a la no imperatividad del artículo 869 del Código de Comercio, pues si el legislador hubiese querido que éste fuera de naturaleza imperativa y por ende no admisible pacto en contrario, hubiese incluido en él que toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita, como sucedió en el artículo 1328 de tal

---

<sup>122</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Comentario)*, 2004, Preámbulo, §1.

<sup>123</sup> Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971, art. 1328.

codificación”<sup>124</sup>. En cualquier caso, ante la ley colombiana, la teoría objeto de estudio presenta dos dificultades de orden práctico, que serán analizadas a continuación.

**Primero**, el ordenamiento jurídico colombiano no prevé una definición normativa de *elemento internacional*<sup>125</sup>. Frente a este inconveniente, Antonio Aljure ha planteado una interesante solución, basada en el derogado artículo 1 de la Ley 315 de 1996, que rezaba: “[s]erá internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: 1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes. 2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal. 3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral. 4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente. 5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional”<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Jorge Oviedo Albán, *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías. Comparación con la legislación privada colombiana*. En: Universitas, No. 101, Pontificia Universidad Javeriana, junio de 2001, §4.3.

<sup>125</sup> Véase: Antonio Aljure Salame, *La regla de conflicto en el contrato internacional*. En: Revista de Derecho Privado, No. 25, Universidad de Los Andes, octubre de 2005, p. 49.

<sup>126</sup> Ley 315/96, 16 de septiembre de 1996, art. 1. Debe agregarse que el tercer numeral de la disposición citada fue declarado condicionalmente exequible en la Sentencia C-347 de 1997, donde la Corte Constitucional aseveró: “[e]l 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. Partiendo de esta interpretación, que es la acertada para la Corte, hay que concluir que es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-347/97, 23 de julio de 1997.

Analizando la norma citada, Aljure plantea que “[l]a ley 315 de 1996, verdadera carta de ciudadanía del arbitraje internacional en Colombia, estableció los criterios para poder pactar arbitraje internacional en una relación jurídica... ¿puede decirse, por extensión o por analogía que los 5 eventos del artículo 1 de la Ley 315 son igualmente eventos en que existe contratación internacional? La pregunta parece vana y su respuesta aparentemente es negativa, pero en realidad la cuestión es trascendente y su respuesta es afirmativa. Es trascendente, porque en caso de ser afirmativa la respuesta, se desprenden estas consecuencias: [q]ue las partes pueden escoger libremente la ley sustancial aplicable al caso, que puede o no tener relación ni con las partes ni con el lugar de celebración o ejecución del contrato... De otra parte, la respuesta es positiva por varias razones: primera, porque todos los eventos del artículo 1 de la Ley 315 tienen un elemento internacional como ya se vio; segunda, por analogía, pues no estando regulada la materia específica de la contratación internacional es dable acudir a los eventos en que se permite el arbitraje internacional y tercera, porque no hay razón para que en un contrato con un elemento internacional haya total libertad para pactar cualquier ley sustancial aplicable si existe en el mismo insertada una cláusula compromisoria y no haya esa libertad, en el mismo contrato, si no existe cláusula compromisoria”<sup>127</sup>.

Si bien la Ley 315 de 1996 fue derogada por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012<sup>128</sup>, la teoría de Aljure mantiene plena vigencia; de hecho, el mismo planteamiento puede hacerse a partir del artículo 62 de la nueva Ley, bajo el cual: “[s]e entiende que el arbitraje es internacional cuando: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a

---

<sup>127</sup> Antonio Aljure Salame, *La regla de conflicto en el contrato internacional*. En: Revista de Derecho Privado, No. 25, Universidad de Los Andes, octubre de 2005, pp. 50-51.

<sup>128</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 118.

*decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional. Para los efectos de este artículo:*

*1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; 2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual*<sup>129</sup>. En opinión de quien escribe estas líneas, esta teoría satisface mejor las necesidades del tráfico jurídico que la presentada en el acápite anterior.

**Segundo**, no es claro en qué momento se determina la existencia de un *elemento internacional*.

Una primera aproximación sería considerar que corresponde a los jueces o árbitros llamados a resolver las disputas contractuales examinar si, *al momento de resolver las controversias de que se trate*, existe algún elemento internacional. Esta fue la teoría acogida por el Tribunal Superior de Bogotá al abordar un caso relativo a un contrato de transporte marítimo de mercancías. Ismocol Colombia S.A. había importado desde los Estados Unidos ciertos bienes, que fueron enviados por vía marítima, a través de la sociedad Crowley American Transport Inc. El contrato de transporte estaba sujeto a ley extranjera y la carga había sido asegurada por una aseguradora colombiana. Los bienes llegaron al puerto de Cartagena con ciertos daños, acaecidos mientras eran transportados, y la aseguradora pagó la indemnización correspondiente. Acto seguido, subrogándose en los derechos de la sociedad asegurada bajo el contrato de transporte<sup>130</sup>, demandó por responsabilidad contractual al agente marítimo (colombiano) de Crowley American Transport Inc.

En sentencia del 17 de octubre de 2008, el Tribunal afirmó: “[p]ara asumir el estudio de los recursos propuestos por las partes, es preciso advertir de manera liminar que la atención del Tribunal debe dirigirse a lo que concretamente constituye el motivo de inconformidad de los apelantes, pero es necesario previamente un breve comentario acerca de la ley aplicable, teniendo

---

<sup>129</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 62, inc. 4.

<sup>130</sup> El artículo 1096 del Código de Comercio dispone: “[e]l asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado”. Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971, art. 1096, inc. 1.

*en cuenta que la operación de transporte amparada por la póliza de seguro cubierta por la demandante se cumplió entre las ciudades de Houston y Cartagena, indicándose en el contrato de transporte que la custodia y el acarreo de las mercancías estaría sujeta a las disposiciones de la ley marítima de los Estados Unidos (COGSA). Pues bien, como la controversia que fue sometida al conocimiento de la jurisdicción es la suscitada entre la compañía aseguradora y la sociedad transportadora por el siniestro acaecido durante la referida operación de transporte con el daño parcial que sufrió la mercancía trasladada y se trata de sociedades nacionales, emerge sin duda que la normativa aplicable es la del Código de Comercio y no la ley extranjera conocida como “The Carriage of Goods by Sea Act” y las partes escogieron acudir a los jueces de la República, tanto la demandante al plantear su reclamo judicial como la demandada al no oponerse a ello en la contestación que le dio a dicho libelo”<sup>131</sup>.*

Nótese que el Tribunal consideró que el pacto de ley aplicable no podía surtir efectos, en cuanto ambas partes *de la disputa* eran nacionales. Si bien la decisión es criticable desde diferentes puntos de vista, tales como no haber examinado si en el negocio jurídico había algún elemento internacional, ni haber analizado si las reglas de conflicto colombianas permitían en ese caso pactar la aplicación de un derecho extranjero, lo que interesa en este punto es que el Tribunal estudió si el elemento internacional que consideró relevante estaba presente *al momento de resolver la controversia*, y no al momento de la celebración del contrato.

Una segunda aproximación sería considerar que la presencia de un elemento internacional se determina al momento de la celebración del contrato. Esta tesis parece acertada. Piénsese en el caso de un contrato celebrado entre una parte domiciliada en Colombia y un contratante domiciliado fuera del país, a ser ejecutado en el territorio nacional y que no tiene otro elemento internacional. Si el contratante domiciliado en el extranjero cediere su posición contractual a una parte domiciliada

---

<sup>131</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia, 17 de octubre de 2008.



en Colombia, en ausencia de elemento internacional, el juez colombiano consideraría inaplicable la cláusula de elección de ley, aplicaría su regla de conflicto (es decir, la regla *lex loci solutionis* prevista en el artículo 869 del Código de Comercio) y decidiría el caso conforme a la ley colombiana. El resultado podría ser peligroso: un contrato redactado para ser regido por un derecho diferente al colombiano puede, por ejemplo, contener disposiciones contrarias a las leyes de Colombia; en tal caso, parecería absurdo que el contrato, que era originalmente válido, acabe *deviniendo* en nulo.

### **3.3. Reglas especiales a tener en cuenta en tratándose de contratos estatales**

Cuando se analizan los límites de la autonomía conflictual en relación con contratos estatales, es preciso tener en cuenta dos disposiciones normativas adicionales: el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone en sus incisos 2 y 3: “[l]os contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia [inc. 2]. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera [inc. 3]”<sup>132</sup>. Antonio Aljure se ha ocupado de analizar detenidamente la precitada disposición; con base en su estudio, es posible concluir que la norma citada se refiere a dos supuestos de hecho diferentes<sup>133</sup>.

**Primero**, si el contrato se celebra en el exterior (inciso 2), pueden darse las siguientes hipótesis: (i) que se ejecute en Colombia, caso en el cual las partes - en principio - no podrían sustraerse de la aplicación de la ley colombiana; (ii) que se ejecute en el país donde fue celebrado, caso en el cual las partes *podrían* pactar que el contrato se regirá por el derecho de ese país; o (iii) que se ejecute en

---

<sup>132</sup> Ley 80/93, 28 de octubre de 1993, art. 13, inc. 2 & 3.

<sup>133</sup> Véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 100, ss.; Antonio Aljure Salame, *La ley aplicable al contrato estatal en Colombia*. En: Foro de Derecho Mercantil, No. 6, Legis, enero-marzo de 2005.

un tercer país, caso en el cual, opina Aljure, “...a pesar de que en presencia de pacto para arbitraje internacional no hay prácticamente contrapisa alguna, parece atrevido en el estado actual de nuestra jurisprudencia que las partes o el juez puedan optar por una ley distinta a la del país de ejecución y que no corresponda a la colombiana ni a la del país de celebración”<sup>134</sup>.

**Segundo**, cuando el contrato se celebra en Colombia pero se ejecuta en el extranjero (inciso 3), es claro que las partes pueden escoger someter el negocio jurídico a un derecho diferente al colombiano. Empero, es preciso recordar que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del inciso en cuestión “...en el entendido de que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la ley colombiana...”<sup>135</sup>. En consecuencia: (i) la celebración de estos contratos necesariamente queda sujeta a la ley colombiana; y (ii) si se ejecutan parcialmente en Colombia, sus efectos en el país deben someterse también a la legislación nacional. Dado que la norma no indica cuál ley extranjera pueden escoger las partes, parecería posible elegir cualquier ley aplicable; a pesar de ello, se ha advertido con atino que - desde una aproximación conservadora - podría entenderse que la disposición en cuestión sólo autoriza la escogencia de la ley del lugar de ejecución, bajo la regla *lex loci solutionis*<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 103.

<sup>135</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004. En dicha ocasión sostuvo la Corte: “[c]on fundamento en el artículo 4o. de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que “Los contratos que se celebren en Colombia”, deben someterse al régimen contractual nacional. Asimismo, la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica ésta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros, y por supuesto, frente al derecho al trabajo...”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004.

<sup>136</sup> Véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 103-104.

Finalmente, como se anunció al principio de este acápite, debe tenerse en cuenta el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, que reemplaza al cuarto inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993<sup>137</sup>. De acuerdo con dicha disposición: (i) los contratos financiados en un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades<sup>138</sup>; (ii) los contratos celebrados con ciertas personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional, cuyo objeto sea alguno de los señalados en el inciso 2 de la norma, pueden someterse a los reglamentos de dichas entidades<sup>139</sup>; y (iii) los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público, pueden someterse a los reglamentos de estas últimas<sup>140</sup>. La redacción y contenido del artículo 20 de la Ley 1150 aún generan dudas; por sólo citar un ejemplo, sobre el alcance de la aplicación de los reglamentos de organizaciones internacionales o personas jurídicas extranjeras, resulta dudoso si pueden excluirse por esa vía las normas de la Ley 80 que rigen los procesos de selección de contratistas<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> Véase: Ley 1150/07, 16 de julio de 2007, art. 20. El inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 disponía: “[l]os contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”. Ley 80/93, 28 de octubre de 1993, art. 13, inc. 4. El inciso había sido declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, “...en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004.

<sup>138</sup> De conformidad con el primer inciso del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007: “[l]os contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento”. Ley 1150/07, 16 de julio de 2007, art. 20, inc. 1.

<sup>139</sup> Bajo el segundo inciso del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007: “[l]os contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades”. Ley 1150/07, 16 de julio de 2007, art. 20, inc. 2.

<sup>140</sup> Según el primer párrafo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007: “[l]os contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos”. Ley 1150/07, 16 de julio de 2007, art. 20, párrafo 1.

<sup>141</sup> Sobre este punto, Antonio Aljure ha opinado lo siguiente: “...[las organizaciones internacionales] no tienen propiamente un derecho interno como los Estados, sino reglamentos internos y el tratado constitutivo de la organización. Cuando el artículo 20 permite aplicar tales reglamentos, ¿se refiere al contenido material del contrato

### **III. TERCER MITO: LOS EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE SON INDIFERENTES A LAS CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

La relación entre la cláusula de ley aplicable y la cláusula de solución de controversias de un contrato es clara para los expertos, pero no autoevidente; de hecho, aparentemente, la primera no tendría por qué verse afectada por la segunda. Sin embargo, como se mostrará en este acápite, al menos en el estado del arte actual, los efectos de una cláusula de ley aplicable dependen en sobremanera de la cláusula de solución de controversias del negocio jurídico.

En este punto se abordarán, en primer lugar, los efectos de las cláusulas de ley aplicable en ausencia de una cláusula de solución de controversias (1); acto seguido, se estudiarán los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de un pacto arbitral (2); finalmente, se analizarán los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de una cláusula de selección de foro (3).

#### **1. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en ausencia de una cláusula de solución de controversias**

En tratándose de contratos respecto de los cuales no se ha celebrado un pacto arbitral ni una cláusula de selección de foro, si de conformidad con la ley procesal colombiana un juez de la República puede declararse competente para conocer de un asunto relativo al negocio jurídico, lo hará con independencia de cualquier pacto de ley sustantiva aplicable<sup>142</sup>. El problema no está entonces en la competencia del juez, sino en la ley que deberá aplicar. De hecho, el juez

---

*con exclusión del proceso de selección de la ley 80? Nos parece que la respuesta es positiva por el fin que persigue la norma, que es facilitar la ayuda y cooperación internacional, y no se compadecería con tal fin el someter uno de estos fondos a procesos de selección cuando van a financiar más del 50% del contrato o convenio. Además, el propio artículo, que es especial, no lo exige...".* Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, p. 113-114. Para un análisis detallado de los problemas hermenéuticos que plantea el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, véase: Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011, pp. 106-117.

<sup>142</sup> El juez decidirá sobre su competencia de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil. Véase: Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, agosto 6 & octubre 26 de 1970, arts. 12-30. Esta conclusión se mantiene incólume en el marco del Código General del Proceso. Véase: Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, arts. 15, ss.

colombiano tendrá que determinar si el contrato en efecto se rige por la ley acordada por las partes, lo que supondrá establecer la *eficacia* del pacto de ley aplicable.

Para resolver acerca de la eficacia de la elección de ley realizada por las partes, el primer problema al que deberá enfrentarse el juez será la determinación de las normas con fundamento en las cuales conducirá su análisis. El asunto no resulta nada fácil de resolver.

Al referirse a las aproximaciones que las cortes estadounidenses han adoptado sobre el mismo particular, George A. Bermann ha explicado que habría tres alternativas principales, a saber: (i) aplicar la ley designada en la cláusula de ley aplicable; (ii) aplicar la ley que regiría el contrato bajo las reglas de conflicto del foro; o (iii) aplicar la ley del foro<sup>143</sup>.

Sobre la primera opción observa Bermann que “[l]a primera alternativa adolece de un elemento de autosuficiencia. ¿Por qué utilizar la ley designada en la cláusula de ley aplicable cuando es la validez y ejecutabilidad de la elección de esa misma ley la que está en discusión?”<sup>144</sup>.

La segunda opción parece a Bermann más apropiada que la primera, pero menos aceptada que la tercera<sup>145</sup>. En opinión de quien escribe este comentario, la segunda alternativa presenta un problema fundamental: implica que la cláusula de ley aplicable sería *autónoma* respecto del contrato principal. En efecto, si el juez debe utilizar las reglas de conflicto colombianas (*lex fori*) para hallar la ley aplicable a la cláusula de ley aplicable y establecer, con fundamento en esa ley, si la elección de las partes puede surtir efectos (para sólo entonces aplicar el derecho escogido por ellas), se desprende que la cláusula de ley aplicable puede regirse por un derecho diferente al aplicable al

---

<sup>143</sup> George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003, p. 218.

<sup>144</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he first alternative suffers from an element of “bootstrapping”. Why use the law designated in the choice of law clause when it is the validity and enforceability of the choice of that very law that is in issue?”. George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003, p. 218.

<sup>145</sup> George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003, p. 218.

contrato principal y, en consecuencia, tendría que ser autónoma.

La tercera opción es la que recibe mayor aceptación en la actualidad<sup>146</sup>. Desde esta perspectiva, la eficacia de una cláusula de ley aplicable involucra un conflicto de leyes, esto es, aquel que se presenta “...cuando es preciso determinar la ley aplicable al derecho en sí”<sup>147</sup>. Pues bien, es una regla generalmente aceptada que un juez estatal debe aplicar las reglas previstas por el derecho de su propio *foro* para resolver los conflictos legislativos sometidos a su consideración (*reglas de conflicto*).

Partiendo de esa premisa, se ha explicado que “[e]sta pregunta acerca de si la cláusula de ley aplicable en un contrato es eficaz o válida debe distinguirse de la segunda pregunta, sobre si la cláusula es parte de un acuerdo válido. La primera pregunta concierne el conflicto de leyes, la segunda es propia del derecho de los contratos. Una cláusula de ley aplicable es eficaz dentro del contexto del conflicto de leyes si la corte honra la elección de ley [realizada] por las partes y aplica la ley estipulada. La estipulación en un acuerdo de ley de Nueva York podrá ser eficaz bajo las reglas de conflicto de Nueva York; sin embargo, la cláusula de ley aplicable debe ser eficaz o válida bajo las reglas de conflicto del país o Estado donde se esté litigando el contrato (el foro). Sustancialmente, todos los países determinan la eficacia de una cláusula de ley aplicable, con independencia de si estipula la ley del foro o una ley extranjera, bajo las reglas de elección de ley del foro. En otras palabras, si uno litiga en Alemania un contrato regido por el derecho de Nueva York, las reglas de conflicto alemanas determinarán la eficacia de la cláusula de ley aplicable”<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> En ese sentido, refiriéndose a otras jurisdicciones, Bermann explica que “[r]especto de asuntos de validez y ejecutabilidad... las cortes estadounidenses parecen aplicar normalmente la ley del foro”. El texto original en inglés dice: “[t]o questions of validity and enforceability... US courts appear normally to apply forum law”. George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003, p. 218.

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 18 de abril de 2002.

<sup>148</sup> El texto original en inglés dice: “[t]his question of whether the governing law clause in an agreement is effective or valid must be distinguished from the second question of whether the clause is part of a valid agreement. The first question is one of conflict of laws; the second is one of contract law. A governing law clause is effective within the context of conflict of laws rules if the court honors the parties’ choice of laws and applies the stipulated law. The stipulation in an agreement of New York law may be effective under New York’s conflict of law rules; however, the

En suma, al establecer las normas con fundamento en las cuales decidirá acerca de la eficacia de una cláusula de ley aplicable, el juez colombiano debería analizar - si sigue la aproximación de mayor aceptación en otras latitudes - si sus reglas de conflicto se oponen, en ese caso, a la posibilidad de escoger el derecho aplicable al contrato. Según lo explicado en la Sección II.3 *supra*, ante esta pregunta, el juez podría adoptar una de dos posiciones: o bien considerar que sólo puede escogerse la ley aplicable al contenido obligacional de un contrato cuando éste se ejecuta en el exterior o se ha celebrado un pacto de arbitraje internacional, o bien concluir que las reglas de conflicto colombianas no prohíben escoger la ley aplicable a un contrato siempre que éste tenga algún *elemento internacional*. Hecho este análisis, pueden darse dos escenarios.

**Primero**, si la cláusula es eficaz, el juez deberá aplicar al contrato el derecho escogido por las partes. Nada impide que un juez aplique a un contrato un derecho diferente al colombiano. Muy por el contrario, los jueces no sólo *pueden* sino que muchas veces *deben* aplicar normas ajenas al ordenamiento jurídico nacional. Así lo indica el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Colombia mediante la Ley 21 de 1981, que reza: “[l]os jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”<sup>149</sup>. Más aún, el derecho procesal colombiano trae disposiciones relativas a la prueba del

---

*governing law clause must be effective or valid under the conflict of laws rules of the country or state in which the contract is being litigated (the forum). Substantially all countries determine the effectiveness of a choice of law clause, regardless of whether it stipulates the forum law or a foreign law, under the choice of law rules of the forum. In other words, if one litigates in Germany a contract governed by New York law, German conflict of laws rules will determine the effectiveness of the choice of law clause*”. Michael Gruson, *International Agreements. The Application of a Law Other Than the Law Stipulated in the Agreement*. En: Morton Moskine (Ed.), *Commercial Contracts. Strategies for Drafting and Negotiating*, Aspen Publishers, 2005, Vol. 1, §6.02.

<sup>149</sup> Véase: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 8 de mayo de 1979, art. 2; Ley 21/81, 22 de enero de 1981, art. 2.

derecho extranjero<sup>150</sup>. La utilidad práctica de esas normas se anularía si los jueces colombianos no tuvieran necesidad de considerar el derecho extranjero, sea como hecho o como derecho. En efecto, independientemente de que se tome el derecho foráneo como un *hecho* (aproximación que han seguido, por ejemplo, las cortes inglesas) o como *derecho* (tesis acogida por tribunales suizos y alemanes)<sup>151</sup>, la presencia de las normas probatorias en cuestión conducen a la conclusión de que los jueces colombianos pueden tener que dar efectos a disposiciones no previstas en el ordenamiento jurídico patrio.

**Segundo**, si la cláusula no es eficaz, el juez deberá utilizar las reglas de conflicto colombianas (*lex fori*) para hallar la ley aplicable al contrato.

## **2. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de un pacto arbitral**

En presencia de un pacto arbitral, la cláusula de ley aplicable puede ser analizada, según el caso, por al menos cuatro adjudicadores diferentes (relevantes desde el punto de vista del derecho colombiano), a saber: el propio tribunal arbitral (2.1); el juez colombiano ante quien se propone la excepción de compromiso o cláusula compromisoria (2.2); el juez que resuelve sobre la anulación del laudo (2.3); y el juez que resuelve sobre el exequátur del laudo (2.4).

### **2.1. Primer escenario: la cláusula de ley aplicable ante el tribunal arbitral**

Cuando las partes en un contrato han celebrado pacto arbitral, habrá que distinguir aquellos acuerdos bajo los cuales la sede del tribunal está ubicada en Colombia y aquellos que señalan una

---

<sup>150</sup> Véase: Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, 6 de agosto y 26 de octubre de 1970, art. 188; Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, art. 177.

<sup>151</sup> Sobre estas aproximaciones, véase: Gabrielle Kaufmann-Kohler, *The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Contents*. En: Markus Wirth (Ed.), *Best Practices in International Arbitration*, ASA Swiss Arbitration Association, 27 de enero de 2006.



sede en el extranjero<sup>152</sup>; la importancia de la distinción está en que la sede arbitral es el elemento que define si la ley colombiana es aplicable al arbitraje<sup>153</sup>. Los arbitrajes con sede en Colombia, a su turno, pueden ser *nacionales* o *internacionales*<sup>154</sup>. Es de notar que la distinción entre arbitraje nacional e internacional es propia del derecho doméstico de la sede; en ese sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha explicado que “[l]a perspectiva moderna es que el arbitraje se rige por las leyes del lugar donde tiene lugar. En consecuencia, en ese sentido todo arbitraje que tenga lugar dentro de un Estado es arbitraje doméstico en ese Estado. Sin embargo, muchos Estados dibujan una distinción entre arbitrajes que se consideran domésticos y aquellos que se consideran internacionales... muchos Estados tienen diferentes leyes, regulando arbitrajes domésticos e internacionales”<sup>155</sup>.

Ahora bien, el análisis sobre la eficacia de una cláusula de ley aplicable por un tribunal arbitral doméstico colombiano debe partir de una premisa fundamental: la *lex fori* del tribunal es la ley colombiana. En efecto, si bien los árbitros, a diferencia de los jueces estatales, generalmente no tienen un *foro*<sup>156</sup>, el propio Consejo de Estado ha concluido que “[p]ara la legislación colombiana los árbitros [nacionales] son verdaderos jueces, que desarrollan ocasionalmente la función pública

---

<sup>152</sup> Sobre este particular, es preciso anotar que la sede arbitral es un concepto *jurídico* y no *físico*; se trata, en últimas, del *domicilio jurídico* del arbitraje. Sobre este particular, véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 1250, ss.

<sup>153</sup> La aplicación de la ley de arbitraje colombiana a los arbitrajes con sede en el país se desprende del criterio de territorialidad previsto en el Código Civil. Véase: Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 18. Asimismo, para el caso del arbitraje internacional, la Ley 1563 de 2012 prevé expresamente la regla de la territorialidad, pero también establece una serie de excepciones, que conciernen el reconocimiento en Colombia de pactos arbitrales, laudos, medidas cautelares, entre otros, para casos en los cuales el tribunal tiene su sede fuera del territorio nacional. Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 62, inc. 2.

<sup>154</sup> Esta distinción se materializa en la organización de la Ley 1563 de 2012, cuya primera sección regula el arbitraje nacional o doméstico, refiriéndose la tercera sección al arbitraje internacional. Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012.

<sup>155</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he modern view is that arbitration is governed by the law of the place in which it takes place. Therefore, in that sense every arbitration taking place within a State is a domestic arbitration in that State. However, many States draw a distinction between arbitrations that are considered to be domestic and those that are considered to be international... many States have different laws governing domestic and international arbitrations”. United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement - International Commercial Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38, 2005, p. 12.

<sup>156</sup> Véase: Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1181.

*de administrar justicia*”<sup>157</sup>. Por tal motivo, el árbitro nacional debería realizar un análisis idéntico al que haría un juez estatal, según lo explicado en la Sección III.1 *supra*.

En tratándose de arbitraje internacional con sede en Colombia, el análisis sobre la eficacia de la cláusula de ley aplicable parte de una premisa completamente diferente. En efecto, la Ley 1563 de 2012 dispone en su artículo 101: “[e]l tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes...”<sup>158</sup>. La disposición citada fue tomada del artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI<sup>159</sup>, que “...atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable...”<sup>160</sup>. Con esta disposición, la legislación colombiana se puso a tono con la aproximación seguida mayoritariamente por los ordenamientos jurídicos nacionales; de hecho, “[v]irtualmente todas las leyes de arbitraje modernas reconocen que, en situaciones internacionales, las partes son libres de determinar la ley aplicable al fondo de la disputa que los árbitros deberán resolver”<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Auto, 7 de febrero de 2002. De manera similar, la Corte Constitucional colombiana ha afirmado que: “[l]os árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, toda vez que (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; (ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T058/99, 2 de febrero de 2009. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-431/95, 28 de septiembre de 1995. Vale la pena anotar que la Ley 23 de 1991 establecía que: “[l]os árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil, y responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes se asimilan”. Ley 23/91, 21 de marzo de 1991, art. 114. La disposición en cita, que modificaba el inciso 1 del artículo 45 del Decreto 2279 de 1989, fue derogada por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Empero, en ese mismo cuerpo normativo está previsto que, en arbitraje nacional, “[l]os árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil...”. Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 16, inc. 1. Por tal motivo, de la jurisprudencia constitucional y de la nueva ley, se puede deducir que la asimilación entre jueces y árbitros, originalmente prevista en la Ley 23/91, sigue vigente.

<sup>158</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 101, inc. 1.

<sup>159</sup> Véase: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, 2006, art. 28, núm. 1.

<sup>160</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 - Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*, 2008, pár. 39.

<sup>161</sup> El texto original en inglés dice: “[v]irtually all modern arbitration laws recognize that, in international situations, the parties are free to determine the law applicable to the merits of the dispute which the arbitrators are to resolve”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1421.

Si bien muchos reglamentos de arbitraje internacional ya preveían la obligación del tribunal arbitral de dar efectos al pacto de ley aplicable celebrado por las partes, el reconocimiento expreso del principio de autonomía conflictual en la legislación nacional reviste gran importancia. En efecto, “[e]l principio de autonomía también aparece en muchos reglamentos de arbitraje institucional. Sin embargo, dado que dichos reglamentos sólo son vinculantes en virtud de las intenciones de las partes, su reafirmación del principio de autonomía no es más que una afirmación de las partes acerca de su propia autonomía. Estrictamente, sólo la ley nacional puede establecer el fundamento para la autonomía de las partes y determinar las condiciones y límites dentro de los cuales ésta puede ser ejercida”<sup>162</sup>. De ahí que, siempre que haya un pacto de ley aplicable, un tribunal arbitral internacional con sede en Colombia debería dar efectos al acuerdo de las partes. Naturalmente, este planteamiento supone que, en tanto sea aplicable la ley de arbitraje de la sede, el arbitraje sea *internacional* bajo los criterios establecidos en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012<sup>163</sup>.

Es preciso anotar en este punto que, cuando las partes no han escogido directamente la ley aplicable, el tribunal arbitral internacional con sede en Colombia - que, se reitera, no tiene foro - no está obligado a aplicar las reglas de conflicto colombianas. De hecho, el segundo inciso del artículo

---

<sup>162</sup> El texto original en inglés dice: “[t]he principle of autonomy also appears in many institutional arbitration rules. However, as those rules are only binding by virtue of the intentions of the parties, their restatement of the principle of autonomy amounts to no more than an affirmation by the parties themselves of their own autonomy. Strictly speaking, only national law can provide the basis for party autonomy and determine the conditions and limits within which it can be exercised”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1421. Los autores agregan que “[e]sa ley será, o bien la ley del lugar del arbitraje, que generalmente regirá las acciones para anular el laudo, o las leyes de todas las jurisdicciones donde se desee reconocer un laudo que haya reconocido efectos a la elección de ley de las partes”. El texto original en inglés dice: “[t]hat law will be either that of the place of the arbitration, which will generally govern actions to set the award aside, or the laws of all the jurisdictions willing to recognize an award which has given effect to the parties’ choice of applicable law”. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §1421. Respecto de esta afirmación, es preciso anotar que, si bien el tribunal arbitral debe tener cuidado de que el laudo sea ejecutable, al fallar debe primar la consideración de la ley de la sede. De hecho: (i) no puede pedirse que el tribunal analice los ordenamientos jurídicos de todos los países donde las partes podrían buscar la ejecución del laudo; (ii) como se explicará en la Sección III.2.3, el laudo, en principio, sólo puede ser anulado en la sede; y (iii) si el laudo es anulado en la sede, bajo el artículo V.1.e de la Convención de Nueva York, las cortes de cualquier país parte de dicho tratado *podrían* denegar el exequátur a la decisión. Sobre este último punto, véase: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. V.1.e.; Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990; Fernando Mantilla-Serrano, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*. En: *International Law - Revista colombiana de derecho internacional*, No. 15, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre de 2009, pp. 15-40.

<sup>163</sup> Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 62, inc. 4.

101 de la Ley 1563 de 2012 dispone: “[s]i las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes”<sup>164</sup>. En consecuencia, el tribunal goza en ese caso de amplia discreción para establecer *directamente* la ley aplicable, sin necesidad de referirse siquiera a una regla de conflicto; en efecto, ese es el sentido de incluir la expresión *normas de derecho*, en lugar de *reglas de conflicto*<sup>165</sup>. No sobra recordar que, de todas maneras, el tribunal deberá tener en cuenta las normas que sobre el particular traiga el reglamento de arbitraje acordado por las partes<sup>166</sup>.

De no contar los árbitros con esta discrecionalidad, podría llegarse a situaciones absurdas. Piénsese, por ejemplo, en un contrato entre una parte domiciliada en Colombia y otra parte domiciliada en el extranjero, que se ejecutará en el territorio nacional. Supóngase que las partes no lograron llegar a un acuerdo respecto de la ley aplicable, porque cada una quería que el negocio se rigiera por las leyes de su propio domicilio. En ese caso, no parecería consistente con el querer de las partes que el tribunal arbitral aplicara la ley colombiana, bajo la máxima *lex loci solutionis* prevista en el artículo 869 del Código de Comercio.

## **2.2. Segundo escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez colombiano ante quien se propone la excepción de compromiso o cláusula compromisoria**

La existencia de un pacto arbitral no necesariamente impide la presentación de demandas judiciales; es posible que alguna controversia no se encuentre cubierta por el acuerdo de arbitraje, o que alguna

---

<sup>164</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 101, inc. 2.

<sup>165</sup> Al interpretar una disposición semejante, la Corte de Apelaciones de París consideró que, para determinar la ley aplicable al fondo de la disputa, no se exige al árbitro aplicar las reglas de conflicto de una legislación nacional específica. Véase: Cour d’Appel de Paris, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. v. Primary Coal Inc.*, 13 de julio de 1989. Otras legislaciones exigen la aplicación de las *reglas de conflicto* que el tribunal considere pertinentes. Véase, por ejemplo: New Zealand Arbitration Act, 2 de septiembre de 1996, art. 28.2.

<sup>166</sup> Muchos reglamentos prevén, en la misma línea seguida por la Ley 1563 de 2012, que el tribunal debe aplicar las *normas de derecho* que considere pertinentes. Véase, por ejemplo: Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje*, 1 de enero de 2012, art. 21, núm. 1; London Court of International Arbitration, *Rules of Arbitration*, 1 de enero de 1998, arts. 14, núm. 2 & 22, núm. 3; International Centre for Dispute Resolution (American Arbitration Association), *International Dispute Resolution Procedure - Arbitration Rules*, 1 de junio de 2009, art. 28, núm. 1; Stockholm Chamber of Commerce, *Rules of Arbitration*, 1 de enero de 2010, art. 22, núm. 1.

de las partes, en contravención al pacto, intente dar inicio a un proceso judicial ante un juez colombiano<sup>167</sup>. En tales casos, es usual que la contraparte proponga la excepción de compromiso o cláusula compromisoria<sup>168</sup>. Ante dicha excepción, en principio, el juez no debería proceder a analizar la cláusula de ley aplicable; las normas que rigen su actuación en la hipótesis objeto de estudio propenden por una mera corroboración de la existencia de un pacto arbitral válido y aplicable, sin que sea necesario o permitido establecer si la escogencia de determinada ley como aplicable puede surtir efectos.

De hecho, si se trata de un pacto para arbitraje nacional, el juez deberá dar aplicación al artículo 3 del nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, que dice: “[e]l pacto arbitral implica la renuncia de las partes ha hacer valer sus pretensiones ante los jueces... Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no lo niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”<sup>169</sup>.

En tratándose de un pacto de arbitraje internacional, el artículo 70 del mismo Estatuto dispone: “[l]a autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la

---

<sup>167</sup> Sobre la iniciación de procesos judiciales, a pesar de haberse celebrado un pacto arbitral, véase: Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 362.

<sup>168</sup> La excepción en cuestión ha estado prevista en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace tiempo. En efecto, el numeral 3 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil dice: “[e]l demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas... 3. Compromiso o cláusula compromisoria”. Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, 6 de agosto y 26 de octubre de 1970, art. 97, núm. 3. El Código General del Proceso utiliza un lenguaje casi idéntico en el numeral 2 de su artículo 100, que reza: “[s]alvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: 2. Compromiso o cláusula compromisoria”. Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, art. 100, núm. 2.

<sup>169</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 3, inc. 2 & Parágrafo.

*oportunidad para la contestación de la demanda*”<sup>170</sup>.

Finalmente, el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, aprobada mediante la Ley 39 de 1990, establece que “[e]l tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”<sup>171</sup>. El campo de aplicación de esta última disposición ha sido objeto de controversia; mientras que algunos sostienen que sólo aplica cuando el arbitraje pueda resultar en un laudo extranjero o no nacional, otros afirman que aplica siempre que el pacto arbitral sea *internacional*<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 70, inc. 1.

<sup>171</sup> Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. II.3. En Colombia, la Convención de Nueva York fue aprobada inicialmente mediante la Ley 37 de 1979. Véase: Ley 37/79, 6 de julio de 1979. Empero, mediante sentencia del 6 de octubre de 1988, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la Ley 37 argumentando que “...[l]as funciones delegadas por el Presidente titular al Ministro delegatario cuando se dan los supuestos del inciso 4o del artículo 4o del artículo 128 de la Constitución Nacional, son las “constitucionales que a él corresponde, es decir, que pueden ser tanto las administrativas como las políticas o una y otras indistintamente según lo exijan las circunstancias; pero deben quedar en cabeza del Presidente las que ha menester para conservar su status de Jefe de Estado en la misión a cumplir, mientras dure su ausencia del territorio nacional y además aquellas inherentes a la naturaleza del Jefe de Gobierno (M.P. Jairo Duque Pérez). Al efectuar una revisión de las distintas funciones que el Presidente, por medio del Decreto número 1243 de 1979, delegó al Ministro de Gobierno, no se encuentra la de sancionar las leyes (artículo 118.7 C.N), sin embargo la ley 17 de 1979 conforme aparece en el diario oficial número 35317 de 30 de julio de 1979, fue sancionada por el Doctor Germán Zea, en su calidad de Ministro Delegatario de sanciones presidenciales, sin tener competencia para ello...”. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 6 de octubre de 1988. La Convención fue aprobada nuevamente a través de la Ley 39 de 1990. Véase: Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990.

<sup>172</sup> Existen diferentes teorías acerca del ámbito de aplicación del artículo II.3 de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, en su famosa obra sobre el instrumento en cuestión, publicada en 1981, Albert Jan van den Berg sostiene que “[d]ado que la Convención aplica a la ejecución de un laudo dictado en otro Estado, podría aplicar a la ejecución de un acuerdo que se refiera a arbitraje en otro Estado”. El texto original en inglés dice: “[a]s the Convention applies to the enforcement of an award made in another State, it could apply to the enforcement of an agreement providing for arbitration in another State”. Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981, p. 57. En un escrito más reciente, el mismo autor afirma en el mismo sentido: “[p]ara resolver la cuestión de cuál pacto arbitral puede ser ejecutado bajo la Convención, sería consistente interpretar el Artículo II(3) por analogía al Artículo I, que está basado principalmente en el lugar donde el laudo es dictado. Una analogía puede hacerse también respecto de la segunda definición del Artículo I(1): un laudo que no sea considerado como nacional. En consecuencia, las cortes aplican prácticamente de manera unánime el artículo II(3) de la Convención a un pacto arbitral que se refiera arbitraje en otro Estado (contratante). No hay unanimidad sobre la aplicabilidad del artículo II(3) a un pacto arbitral para arbitraje dentro del Estado del foro. Una interpretación aceptable sería que estos acuerdos son sólo aquellos que tienen un elemento internacional. La razón para la limitación en esta categoría de acuerdos es que el propósito principal de la Convención es el arbitraje comercial internacional. Los dos criterios principales son la nacionalidad de las partes y el objeto del pacto. Esa parece ser también la interpretación [a aplicar respecto de] un pacto arbitral que no prevea la sede arbitral”. El texto original en inglés dice “[f]or resolving the question which arbitration agreement can be enforced under the Convention, it would be consistent to interpret Article II(3) by analogy to Article I, which is mainly based on the place where the award is made. An analogy can also be made to the second definition of Article I(1): an award that is considered to be non-domestic. Accordingly, the courts apply almost unanimously Article II(3) of the Convention to an arbitration agreement providing

Sin embargo, en el escenario procesal en consideración, existe el riesgo de que el juez colombiano considere relevante el pacto de ley aplicable inserto en el contrato, al menos en una hipótesis. Parece indiscutible que el juez debe establecer si en efecto hay un pacto arbitral existente, válido y aplicable<sup>173</sup>; al hacerlo, deberá tener en cuenta que el pacto es *autónomo* del contrato principal<sup>174</sup> y que una consecuencia del principio de autonomía es que la ley aplicable al pacto puede ser diferente de la que rige el contrato subyacente<sup>175</sup>. Pues bien, se han formulado múltiples propuestas acerca

---

*for arbitration in another (Contracting) State. No unanimity exists with respect to the applicability of Article II(3) to an arbitration agreement providing for arbitration within the forum State. An acceptable interpretation would be that these agreements are only those which have an international element. The reason for the limitation in this category of agreements is that the primary goal of the Convention is international commercial arbitration. The two main criteria are the nationality of the parties and the subject matter of the agreement. That seems also to be the interpretation for an arbitration agreement that does not provide for a place of arbitration".* Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958. An Overview*, International Council for Commercial Arbitration, s.f., [en línea] [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf), p. 9. Gary B. Born sostiene una posición diferente respecto de este particular, sobre el cual ha dicho lo siguiente: “[l]a mejor aproximación a los asuntos anteriores es que las disposiciones de la Convención de Nueva York sobre pactos arbitrales no se limitan a los acuerdos que producen laudos “extranjeros” y “no domésticos”, sino, en cambio, a todos los pactos arbitrales “internacionales”. La omisión de cualquier vínculo entre laudos arbitrales y pactos arbitrales en el texto de la Convención es significativa en este punto: si bien el artículo I(1) de la Convención define los laudos arbitrales a los cuales aplica la Convención, esta definición no se extiende expresamente a pactos arbitrales, ni hay indicación alguna de que la definición del artículo I(1) haya sido incorporada dentro de la definición de pactos arbitrales, sea expresa o tácitamente”. El texto original en inglés dice: “[t]he better view of the foregoing issues is that the New York Convention’s provisions regarding arbitration agreements are not limited to those agreements that produce “foreign” and “non-domestic” awards, but instead extend to all “international” arbitration agreements. The omission of any linkage between arbitral awards and arbitration agreements from the text of the Convention is significant in this regard: although Article I(1) of the Convention defines those arbitral awards to which the Convention applies, this definition does not expressly extend to arbitration agreements, nor is there any indication that Article I(1)’s definition is incorporated into the definition of arbitration agreements, either expressly or impliedly”. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 282. Sobre los conceptos de laudo extranjero y no nacional, véase: Eduardo Zuleta & Alberto Zuleta, *La relevancia de la llamada “nacionalidad de la sentencia arbitral” en la Convención de Nueva York*. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Cevallos- Editora Jurídica, 2010, pp. 326-336.

<sup>173</sup> Como se señaló anteriormente, el estándar que debe utilizar el juez al analizar el pacto arbitral, al menos bajo el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, consiste en establecer si el pacto es *nulo, ineficaz o inaplicable*. Estos criterios bien podrían utilizarse por analogía cuando la Convención no sea aplicable y no haya norma que establezca un estándar diferente para el efecto. Véase: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. II.3; Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990; Ley 153/87, 15 de agosto de 1887, art. 8. Sobre la interpretación del artículo II.3 de la Convención, véase: Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958. An Overview*, International Council for Commercial Arbitration, s.f., [en línea] [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf), p. 11.

<sup>174</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, arts. 5 & 79, inc. 2.

<sup>175</sup> En ese sentido, se ha explicado que “[l]a autonomía del pacto arbitral también significa que tales acuerdos no necesariamente se regirán por reglas de la misma naturaleza y origen que las aplicables al contrato principal. Esto es cierto si el pacto arbitral se encuentra sujeto a alguna ley nacional particular, siguiendo la aplicación de reglas de conflicto tradicionales. Es igualmente cierto si, como [ha ocurrido] en casos franceses recientes, la existencia y validez del pacto arbitral se consideran sujetas a reglas sustantivas adaptadas a la naturaleza internacional del arbitraje”. El texto original en inglés dice: “[t]he autonomy of the arbitration agreement also means that such agreement will not necessarily be governed by rules of the same nature and origin as those governing the main contract. This is true if the arbitration agreement is subject to a particular national law, following the application of traditional choice of law rules. It is equally true if, as in recent French cases, the existence and validity of the arbitration agreement are held to be governed by substantive rules adapted to the international nature of arbitration”. Emmanuel Gaillard & John

del criterio que debería seguirse para hallar la ley aplicable al pacto arbitral; una de ellas consiste en utilizar la ley escogida para el contrato principal como *factor de conexión (connecting factor)*, entendiendo que las partes quisieron que el acuerdo arbitral se rigiera por ese mismo derecho<sup>176</sup>.

Esta teoría ha sido acogida por cortes de otras latitudes en el pasado. De hecho, es poco común encontrar en los contratos una elección de ley que haga referencia específica al pacto arbitral<sup>177</sup>; por eso, cuando el contrato contiene una cláusula de ley aplicable, se ha dicho en ciertos casos que tal estipulación cobija también al pacto arbitral<sup>178</sup>. Por ejemplo, en *National Thermal Power Corp. v. The Singer Company*, la Corte Suprema de Justicia de la India afirmó: “...donde la ley aplicable al contrato es expresamente escogida por las partes, como en el presente caso, dicha ley debe, en ausencia de una intención inequívoca en contrario, regir el pacto arbitral que, a pesar de ser

---

Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §413. Sobre el mismo particular, Gary Born afirma que “[u]na de las consecuencias más directas de la presunción de autonomía es la posibilidad de que el pacto arbitral de las partes pueda regirse por una ley diferente a la aplicable al contrato subyacente”. El texto original en inglés dice: “[o]ne of the most direct consequences of the separability presumption is the possibility that the parties’ arbitration agreement may be governed by a different law than the one governing the underlying contract”. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 410. Véase también: Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 107.

<sup>176</sup> Sobre los llamados *factores de conexión* utilizados para hallar la ley aplicable al pacto arbitral, véase: Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §§426-434. En este punto es preciso señalar que los autores del libro referenciado proponen un método alternativo. Véase: Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §§435, ss.

<sup>177</sup> Véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 443-445.

<sup>178</sup> Por ejemplo, en 2003 el Tribunal Federal Suizo afirmó: “[d]e acuerdo con el artículo 178, inciso 2, de la IPRG [Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado, por sus siglas en alemán], el pacto arbitral es válido siempre y cuando sea acorde a la ley escogida por las partes, a la ley aplicable a la disputa, en particular, la aplicable al contrato principal, o a la ley suiza. La primera alternativa entra en juego únicamente si las partes han escogido una ley para su pacto arbitral, distinta de la ley aplicable al contrato principal... Dado que esto no se da en el presente caso y el contrato principal, de acuerdo con la elección de las partes, está sujeto al derecho suizo, este último rige la validez del pacto arbitral”. El texto original en alemán dice: “[g]emäss Art. 178 Abs. 2 IPRG ist die Schiedsvereinbarung gültig, wenn sie entweder dem von den Parteien gewählten oder dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren, oder dem schweizerischen Recht entspricht. Die erste Alternative kommt nur zum Tragen, wenn die Parteien für die Schiedsvereinbarung ein vom Hauptvertrag abweichendes Recht gewählt haben... Da dies im vorliegenden Fall nicht zutrifft und der Hauptvertrag kraft Rechtswahl dem schweizerischen Recht untersteht, ist dieses bezüglich der Gültigkeit der Schiedsklausel massgebend”. Bundesgericht - Zivilabteilung, Urteil, 4P.67/2003/bie, 8 de julio de 2003. De manera similar, en 2002 la Corte Suprema de Guyarat (India), afirmó: “[s]i las partes hubieran acordado que la ley aplicable al contrato sería la ley vigente en la India, pero también hubieran pactado arbitraje en un país extranjero, las leyes de la India indudablemente regirían la validez, interpretación y efectos de todas las cláusulas, incluyendo el pacto arbitral en el contrato, así como el alcance de la jurisdicción de los árbitros”. El texto original en inglés dice: “[i]f the parties had agreed that the proper law of the contract should be the law in force in India, but had also provided for arbitration in a foreign country, the laws of India would undoubtedly govern the validity, interpretation and effect of all clauses, including the arbitration clause in the contract as well as the scope of the arbitrators’ jurisdiction”. Gujarat High Court, *Nirma Ltd. v. Lurgi Energie und Entsorgung GmbH*, 19 de diciembre de 2002.



*colateral o accesorio al contrato principal, es en todo caso una parte de dicho contrato*”<sup>179</sup>.

En caso de seguir un razonamiento similar, el juez colombiano podría acabar analizando el pacto de ley aplicable al momento de decidir sobre una excepción de compromiso o cláusula compromisoria. Sin embargo, el escenario presentado parece ser más bien improbable, por dos razones.

**Primero**, la aplicación de la ley escogida para el contrato principal es uno entre muchos métodos para hallar la ley aplicable al pacto arbitral<sup>180</sup>; más aún, así como ha sido acogido en ciertos casos, ha sido rechazado en otros tantos<sup>181</sup>. En ese sentido, por sólo mencionar un ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos indicó en *Antonio Mastrobouno et. al. v. Shearson Lehman Hutton Inc. et. al.* que “[l]a cláusula de ley aplicable cubre los derechos y deberes de las partes, mientras que el pacto arbitral cubre el arbitraje; ninguna de ellas se entromete en la otra”<sup>182</sup>.

**Segundo**, generalmente se reconoce que el análisis que debe hacer el juez en estos casos es un examen *prima facie*<sup>183</sup>, por lo que podría resultar inapropiado o excesivo revisar la eficacia del pacto de ley aplicable para decidir sobre la excepción en cuestión.

### **2.3. Tercer escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez que resuelve sobre la anulación del laudo**

El escenario que se analizará a continuación, *en principio*, concierne únicamente casos donde la

---

<sup>179</sup> Supreme Court of Justice, *National Thermal Power Corp. v. The Singer Company*, 7 de mayo de 1992.

<sup>180</sup> Sobre otros métodos, véase: Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, §§426, ss.

<sup>181</sup> Para algunos ejemplos representativos, véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 447-449.

<sup>182</sup> El texto original en inglés dice: “...the choice-of-law provision covers the rights and duties of the parties, while the arbitration clause covers arbitration; neither sentence intrudes upon the other...”. U.S. Supreme Court of Justice, *Antonio Mastrobouno et. al. v. Shearson Lehman Hutton Inc. et. al.*, 514 U.S. 52, 6 de marzo de 1995. Véase también: U.S. District Court - E.D. Michigan - Southern Division, *Westbrook Inrn. LLC v. Westbrook Technologies*, 17 F.Supp.2d 681, 25 de agosto de 1998. Esta última sentencia cita el precedente de *Mastrobouno*.

<sup>183</sup> Véase: Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 362.

sede arbitral se encuentra dentro del territorio nacional. La razón es que, como bien lo ha expresado Albert Jan van den Berg, “...es una regla generalmente aceptada que la anulación de un laudo arbitral concierne la jurisdicción exclusiva de las cortes del país de origen (es decir, el país en el cual, o - más bien teóricamente - bajo cuya ley, se dictó el laudo) y debe ser decidida sobre la base de la ley de arbitraje de ese país”<sup>184</sup>.

Esta tesis ha sido acogida por el propio Consejo de Estado colombiano, que en una conocida sentencia afirmó: “[o]lvida la parte recurrente que la definición de la sede del arbitraje, efectuada por las partes en el pacto, no es un asunto accidental ya que determina, entre otros aspectos, la interacción de las cortes del lugar con el tribunal, en particular, en cuanto a la posibilidad de anulación del laudo arbitral, de acuerdo con las causales y el procedimiento de su legislación. En conclusión, al haberse pactado en la cláusula arbitral que las controversias se someterían a un tribunal organizado según las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de París, que esa ciudad fue la sede del arbitraje y que los árbitros señalaron que la *lex arbitri* sería el derecho francés, el conocimiento del recurso de anulación propuesto en su contra, no es competencia del Consejo de Estado Colombiano”<sup>185</sup>.

La acogida que ha tenido esta aproximación se explica por el artículo V.1.e de la Convención de Nueva York, cuyo texto indica que un laudo puede ser anulado por “...la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia...”<sup>186</sup>. Si bien es en principio claro que el país donde se *dicta* el laudo es la sede arbitral, que viene a ser el *domicilio jurídico* del

---

<sup>184</sup> El texto original en inglés dice: “...it is a generally accepted rule that the setting aside of an arbitral award pertains to the exclusive jurisdiction of the courts in the country of origin (i.e., the country in which, or - rather theoretically - under the law of which, the award was made) and is to be adjudicated on the basis of the arbitration law of that country”. Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958. An Overview*, International Council for Commercial Arbitration, s.f., [en línea] [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf), p. 4. Véase también: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2404, ss.

<sup>185</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso-Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 22 de abril de 2004.

<sup>186</sup> Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. II.3; Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990.

arbitraje<sup>187</sup>, la expresión “conforme a cuya ley” inserta en la disposición citada no ha sido interpretada unívocamente. De hecho, aunque generalmente se entiende que se trata de la *ley procesal* bajo la cual se surtió el arbitraje, se conoce una decisión aislada de la Corte Suprema de Justicia de la India que consideró que la norma hacía referencia a la *ley sustancial* aplicada por los árbitros<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 1250, ss. & 2408-2409. Sobre este punto en particular, Gary Born explica que: “...unas pocas decisiones judiciales nacionales han sostenido, en estas circunstancias, que laudos arbitrales han sido “dictados” fuera de la sede arbitral. Estas decisiones son consideradas perjudiciales y contradicen los objetivos de la Convención... La aproximación más común y apropiada es que el laudo es “dictado” en la sede arbitral acordada por las partes, independientemente de dónde haya sido firmado el laudo, dónde hayan tenido lugar las audiencias o dónde haya surgido la disputa”. El texto original en inglés dice: “...a few national court decisions have held, in these circumstances, that arbitral awards have been “made” outside the arbitral seat. These decisions are ill-considered, and contradict the Convention’s objectives... The more common, and proper, approach is that an award is “made” in the parties’ agreed arbitral seat, regardless of where the award was signed, where the hearings were held, or where the dispute arose”. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2409. En el mismo sentido, véase: Cour d’Appel de Paris, *Dubois et Vanderwalle v. Boots Frites BV*, 22 de septiembre de 1995; Bundesgerichtshof, Urteil, 24 de marzo de 1997. En: ASA Bulletin, No. 316, p. 330; Corte di Appello di Milano, Sentencia, 24 de marzo de 1998; Eduardo Silva Romero, *Laudo extranjero y criterio de territorialidad*. En: Guido Tawil & Eduardo Zuleta (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 96; Henri Álvarez, *La escogencia del lugar del arbitraje*. En: Revista Internacional de Arbitraje, Editorial Legis, diciembre de 2005, p. 13. En el texto principal se dice *generalmente*, porque algunas decisiones judiciales se han apartado del criterio bajo el cual el laudo se entiende haber sido dictado en la sede arbitral. Para algunos ejemplos, véase: U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *McGregor & Werner Inc. v. Motion Picture Laboratories Technicians Local*, 806 F.2d 1003, 22 de diciembre de 1986; U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Central Valley Typographical Union No. 46 v. McClathy Newspapers*, 762 F.2d 741, 23 de mayo de 1985.

<sup>188</sup> Un ejemplo representativo de la aproximación mayoritaria es el conocido caso *International Standard Electric Corp. v. Bridas S.A.*, en el cual una corte norteamericana aseveró: “[c]oncluimos que la frase en la Convención “[el país] conforme a cuya Ley, ha sido dictada la sentencia” indiscutiblemente se refería al complejo engranaje de la ley procesal del arbitraje, obtenido en las múltiples y diversas jurisdicciones de las docenas de naciones asistentes en el momento en que la Convención era debatida”. El texto original en inglés dice: “[w]e conclude that the phrase in the Convention “[the country] under the laws of which that award was made” undoubtedly referenced the complex thicket of the procedural law of arbitration obtaining in the numerous and diverse jurisdictions of the dozens of nations in attendance at the time the Convention was being debated”. U.S. District Court for the Southern District of New York, *International Standard Electric Corp. v. Bridas S.A.*, 745 F.Supp 172, 24 de agosto de 1990. En esa sentencia, la Corte cita la autorizada opinión de Albert Jan van den Berg sobre el particular. La posición minoritaria fue manifestada por la Corte Suprema de Justicia de la India en *National Thermal Power Corp. v. The Singer Company*, donde la Corte afirmó: “la escogencia del lugar del arbitraje fue... meramente accidental, dado que ellas [las partes] no expresaron intención alguna al respecto y la elección fue realizada por la Corte de la CCI por razones totalmente desvinculadas de cualquiera de las partes en el contrato. Por otra parte... el contrato mismo, incluyendo el pacto arbitral contenido en una de sus cláusulas, recuerda e importa a la India. Las disputas entre las partes bajo el contrato no tienen conexión alguna con nada inglés, y tienen la conexión más cercana con las leyes, reglas y regulaciones de la India. En estas circunstancias, el mero hecho de que el lugar escogido por la Corte de la CCI para la conducción del arbitraje sea Londres no soporta el caso de Singer sobre este punto”. El texto original en inglés dice: “...the choice of the place of arbitration was... merely accidental in so far as they [the parties] had not expressed any intention in regard to it and the choice was made by the ICC Court for reasons totally unconnected with either party to the contract. On the other hand... the contract itself, including the arbitration agreement contained in one of its clauses, is redolent of India and matters Indian. The disputes between the parties under the contract have no connection with Indian laws, rules and regulations. In the circumstances, the mere fact that the venue chosen by the ICC Court for the conduct of arbitration is London does not support the case of Singer on the point”. Supreme Court of Justice (India), *National Thermal Power Corp. v. The Singer Company*, 7 de mayo de 1992.

En Colombia las causales de anulación se dividen actualmente en dos grupos. El primero aplica en tratándose de laudos resultantes de arbitrajes nacionales<sup>189</sup>; el segundo es relevante para laudos dictados en arbitrajes internacionales (con sede en Colombia)<sup>190</sup>. Para este último caso la Ley 1563 de 2012 prevé también que “[c]uando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección [de arbitraje internacional]”<sup>191</sup>.

En ambas hipótesis - esto es, en tratándose de la anulación de laudos dictados en arbitrajes nacionales e internacionales - parece improbable que el juez de anulación analice la decisión de los árbitros sobre la ley aplicable; en efecto, a pesar de la confusión que algunas afirmaciones del Consejo de Estado pueden generar sobre el asunto<sup>192</sup>, lo cierto es que el recurso de anulación no

---

<sup>189</sup> Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, arts. 40-43.

<sup>190</sup> Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, arts. 107-110.

<sup>191</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 107, inc. 2. Sobre la renuncia al recurso de anulación en otras jurisdicciones, véase: Klaus-Peter Berger, *The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective*. En: *Fordham International Law Journal*, Vol. 12-4, 1988, pp. 605-657. Para algunos ejemplos de legislaciones nacionales que permiten la renuncia al recurso de anulación hoy en día, véase: Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado, 18 de diciembre de 1987, art. 192, núm. 1; Ley de Arbitraje de Suecia, 1 de abril de 1999 (fecha de entrada en vigencia), §51; Nuevo Código de Procedimiento Civil (Francia), reformado mediante Decreto No. 2011-48, 13 de enero de 2011, art. 1522. En Bélgica, la ley dispone que una corte local sólo puede conocer de la anulación de un laudo dictado en el país, si al menos una de las partes en el arbitraje es una persona natural nacional o residente en Bélgica, o una persona jurídica constituida en Bélgica, o que cuente con una sucursal o alguna forma de operación allí. Véase: Código Judicial de Bélgica, 19 de mayo de 1998, art. 1717, núm. 4.

<sup>192</sup> Cuando se alude a afirmaciones *confusas* del Consejo de Estado colombiano, se hace referencia a decisiones en que dicha Corporación da a entender que ciertas causales de anulación permitirían revisar el fondo de la decisión de los árbitros (aunque en realidad se esté refiriendo a los casos en los cuales el laudo resulta ser *infra, extra* o *ultra petita*). Un ejemplo se encuentra en una sentencia del año 2002, en que la Sección Tercera de ese Tribunal afirmó: “[t]anto en las primeras disposiciones sobre el recurso de anulación, artículo 672 del Código de Procedimiento Civil y decreto ley 2.279 de 1989, como en las disposiciones actuales previstas en la ley 80 de 1993, se tiene a tal recurso como instrumento de control del laudo generalmente en lo que atañe con las normas in procedendo y, excepcionalmente, en lo que concierne con los errores in iudicando, en el fondo de la decisión, y de acuerdo con las causales taxativamente señaladas por la ley. El Profesor Hernando Morales resalta el carácter extraordinario del recurso, calificación que tiene que ver con las causales, que por lo general están basadas en errores in procedendo "( ) ya que el arbitraje por naturaleza no puede tener dos instancias porque sería necesario convocar otro Tribunal de Arbitramento para prever el proceso fallado por un Tribunal anterior, lo que contraría la institución ( )". El control excepcional del laudo por errores in iudicando, aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como son cuando se dan los supuestos para modificar el laudo, a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento, el legislador le da competencia al juez sólo para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la

tiene por objeto la revisión del fondo de la decisión de los árbitros, lo que incluye el análisis que éstos hubieren realizado sobre la ley sustantiva escogida como aplicable por las partes.

En ese sentido, la propia Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado con acierto que “[e]l juez del recurso de anulación no es el superior jerárquico del tribunal de arbitramento que profirió el laudo y por regla general no puede revisar el fondo del litigio, tal como lo ha sostenido la Sala en varias de sus providencias. Adicionalmente también ha reiterado que el recurso de anulación de un laudo ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y no por errores in iudicando, lo cual significa, en principio, que no puede impugnarse el laudo en sus aspectos de mérito o de fondo. Para precisar este aspecto e insistir en la diferencia que existe entre lo que es materia de impugnación por la vía del recurso de apelación y lo que es por la vía del recurso de anulación, único recurso posible para revisar el laudo arbitral (con la salvedad hecha del recurso extraordinario de revisión), tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho. Y por error in iudicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir “en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo”, cuya consecuencia no afecta la validez

---

justicia arbitral y decididos por ésta. De las causales de anulación vigentes en la actualidad para los contratos estatales, contenidas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993, sólo permiten la revisión de la decisión arbitral por vicios de fondo y habilita al juez para entrar a corregir las deficiencias avizoradas en el laudo las contenidas en los numerales 4 y 5 que refieren, respectivamente, a lo siguiente: -"Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido" y -"No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento ( )". Esas dos causales previstas en la ley 80 de 1993 corresponden a las números 7 y 8 reguladas en el decreto ley 2.279 de 1989. El Consejo de Estado en fallo dictado el día 8 de junio de 2000 señaló que el recurso de anulación es un instrumento legal dirigido al control en vía jurisdiccional de la decisión arbitral pero sólo en lo relacionado con determinadas conductas de los árbitros y, por lo tanto, el recurso está restringido y se concreta entre otros aspectos al carácter taxativo de las causales legales de anulación”. Subraya fuera de texto original. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 4 de abril de 2002.

*formal de la sentencia, sino su propia justicia*”<sup>193</sup>. Existe, sin embargo, el riesgo de que el juez de anulación llegue a analizar la cláusula de ley aplicable en las siguientes hipótesis.

**Primero**, cuando el laudo es dictado en un arbitraje nacional, si el recurso de anulación se funda en que: (i) el pacto arbitral era inexistente, nulo o inoponible; o (ii) se falló en conciencia, debiendo haberse decidido en derecho<sup>194</sup>. En el primer caso, el riesgo es similar al que se analizó en la Sección III.2.2 *supra*, en relación con la cláusula de ley aplicable del contrato principal como *factor de conexión* para hallar la ley aplicable al pacto arbitral. En el segundo caso, si una cláusula de ley aplicable exige aplicar normas de derecho positivo y el fallo del tribunal arbitral no se ha fundamentado en normas de tal estirpe, podría decirse que se falló en conciencia y no en derecho<sup>195</sup>. Sin embargo, en este último caso, podría afirmarse, como se ha dicho en otras latitudes, que “...*no es que los árbitros hayan cometido un error sobre el derecho aplicable o una equivocación en su análisis jurídico sustantivo, sino que han adoptado un procedimiento arbitral fundamentalmente diferente al acordado por las partes...*”<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 17 de agosto de 2000.

<sup>194</sup> Estas dos hipótesis corresponden a las causales previstas en los numerales 1 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que dice: “[s]on causales del recurso de anulación: 1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral... 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 41, núms. 1 & 7.

<sup>195</sup> En efecto, en relación con esta causal, ha sostenido el Consejo de Estado que “...un laudo será en derecho cuando en su parte considerativa exponga, analice o haga referencia a cualquier disposición de naturaleza jurídica, incluido el contrato que le sirve de base a la controversia. De esta forma, cuando el juez del recurso de anulación advierte que la decisión arbitral no se sustentó en normas de derecho positivo, en los principios generales, en la doctrina, en la jurisprudencia o en el mismo contrato -norma principal que somete a las partes-, concluirá que dicho fallo se profirió en conciencia, pues si no existe argumento jurídico -cualquiera sea su fuente, o una combinación de ellas-, se entenderá que el Tribunal, a pesar de decidir, lo hizo con base en criterios ajenos al ordenamiento jurídico, esto es, según la máxima “verdad sabida, buena fe guardada”...”. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 22 de julio de 2009. Resulta pertinente recordar que las dos causales en consideración ya estaban previstas con anterioridad a la Ley 1563 de 2012, en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (que corresponde al artículo 163 del Decreto 1818 de 1998). Véase: Decreto 2279/89, 7 de octubre de 1989, art. 38, núm. 6; Decreto 1818/98, 7 de septiembre de 1998, art. 163, núm. 6.

<sup>196</sup> El texto original en inglés dice: “...it is not that the arbitrators have made a choice-of-law error or a mistake in substantive legal analysis, but they have instead adopted a fundamentally different arbitral procedure than that agreed by the parties”. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2600.

**Segundo**, si el laudo ha sido proferido en un proceso de arbitraje internacional con sede en Colombia, el riesgo descrito podría presentarse en al menos dos hipótesis: (i) si se cuestiona la validez del pacto arbitral; o (ii) si se alega que el procedimiento no fue acorde con lo pactado con las partes<sup>197</sup>. La primera hipótesis es similar al primero de los casos analizados arriba, con una diferencia relevante: la causal de anulación aplicable indica que la validez del pacto arbitral se examina bajo “...la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana”<sup>198</sup>. De esta manera, se hace un reconocimiento expreso del derecho de los contratantes para escoger la ley que regirá el acuerdo de arbitraje. Ahora bien, con la segunda hipótesis se alude al caso en que, por ejemplo, los árbitros fallan en conciencia debiendo haberlo hecho en derecho y se considera que esa circunstancia conlleva una desviación frente al procedimiento acordado por las partes, según lo indicado en el párrafo anterior<sup>199</sup>.

Vale la pena aclarar en este punto que el planteamiento de los escenarios anteriores no tiene pretensión de exhaustividad alguna; puede ocurrir que otras causales lleven, en las circunstancias de un caso particular, a la consideración de la cláusula de ley aplicable por el juez de anulación. Tales hipótesis, empero, serán más bien excepcionales, ya que “[l]a mayoría de cortes nacionales han rechazado argumentos consistentes en que los árbitros han dejado de cumplir con el pacto arbitral de las partes, aplicando la ley sustantiva ‘incorrecta’. Esto incluye casos donde los árbitros supuestamente aplicaron una ley sustantiva diferente a la escogida por las partes. Salvo cuando un

---

<sup>197</sup> Las causales a que se hace referencia están previstas en el primer numeral del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, que dice: “[l]a autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio: 1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe: a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana... d) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley”. Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 108, núm. 1, lit. a & b.

<sup>198</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 108, núm. 1, lit. a.

<sup>199</sup> De hecho, las demandas de anulación en que se denuncia que el tribunal se rehusó a dar efectos al pacto de ley aplicable suelen invocar la causal prevista en el artículo 34.2.a.iv de la Ley Modelo de la CNUDMI, que corresponde al artículo 108.1.d. de la Ley 1563 de 2012. Véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2599; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, 2006, art. 34, núm. 2, lit. a.iv; Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 108, núm. 1, lit. d.

*árbitro se rehúsa expresamente a dar efectos a una cláusula de ley aplicable que se considera válida, y en su lugar aplica algún otro sistema jurídico, la disposición que en el laudo se realice sobre asuntos de ley aplicable se encuentra dentro del mandato de los árbitros de resolver sobre el fondo de la disputa de las partes...*<sup>200</sup>.

#### **2.4. Cuarto escenario: la cláusula de ley aplicable ante el juez que decide sobre el exequátur del laudo**

En Colombia, el exequátur del laudo es el procedimiento a través del cual la Corte Suprema de Justicia *reconoce* un laudo, *generalmente* extranjero, para que surta efectos en el país<sup>201</sup>. Se dice *generalmente* porque, de conformidad con el segundo numeral del artículo 111 de la Ley 1563 de 2012, “[l]os laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento”<sup>202</sup>. Con esta disposición, el legislador colombiano zanja la discusión acerca de la existencia de laudos que, a pesar de ser dictados en Colombia, podrían ser considerados *no nacionales* y requerir reconocimiento para surtir efectos en

---

<sup>200</sup> El texto original en inglés dice: “[m]ost national courts have rejected arguments that the arbitrators failed to comply with the parties’ arbitration agreement by applying the “wrong” substantive law. This includes instances where arbitrators allegedly apply a substantive law other than that chosen by the parties. Save when an arbitrator expressly refuses to give effect to a concededly valid choice-of-law clause, and instead applies some other legal system, an award’s disposition of choice-of-law issues fall within the arbitrators’ mandate to decide the substance of the parties’ dispute...”. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2599.

<sup>201</sup> Sobre el concepto de *laudo extranjero* se ha explicado que “...cualquier laudo arbitral será, en principio, nacional para un Estado y extranjero para los demás... un laudo es nacional para el Estado donde está localizada la sede del arbitraje y extranjero para cualquier otro país”. Eduardo Zuleta & Alberto Zuleta, *La relevancia de la llamada “nacionalidad de la sentencia arbitral” en la Convención de Nueva York*. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Cevallos- Editora Jurídica, 2010, pp. 326 & 329. La calificación de un laudo como extranjero es determinante para establecer si la Convención de Nueva York resulta aplicable. Véase: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. 1.1; Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990; Eduardo Zuleta & Alberto Zuleta, *La relevancia de la llamada “nacionalidad de la sentencia arbitral” en la Convención de Nueva York*. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Cevallos- Editora Jurídica, 2010, pp. 326, ss.; Eduardo Silva Romero, *Laudo extranjero y criterio de territorialidad*. En: Guido Tawil & Eduardo Zuleta (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*, Abeledo Perrot, 2008.

<sup>202</sup> Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 111, núm. 2. La necesidad de someter este tipo de laudos al procedimiento de exequátur se presenta también en otras legislaciones que autorizan, para ciertos casos, la renuncia al recurso de anulación. Véase, por ejemplo: Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado, 18 de diciembre de 1987, art. 192, núm. 2; Ley de Arbitraje de Suecia, 1 de abril de 1999 (fecha de entrada en vigencia), §51.



el país<sup>203</sup>.

Las causales de denegación de reconocimiento y ejecución vigentes están previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York y en el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012, cuyo contenido es prácticamente idéntico<sup>204</sup>. Es preciso anotar que, si bien en la década de 1990 la Corte Suprema de Justicia había sostenido que las causales previstas en la Convención de Nueva York aplicaban *simultáneamente* con las establecidas en el Código de Procedimiento Civil<sup>205</sup>, en 2011 la Corte reconoció que el exequátur de laudos es diferente del de sentencias y que el reconocimiento de un laudo sólo puede negarse por las causales taxativamente previstas en la Convención de Nueva York<sup>206</sup>. Esta regla es consistente con la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso<sup>207</sup>.

Ahora bien, las causales en cuestión son prácticamente idénticas a las causales de anulación previstas en la Ley 1563 de 2012 para laudos dictados en arbitrajes internacionales con sede en Colombia. De hecho, mientras que estas últimas fueron redactadas con base en el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI, las causales de denegación de exequátur están basadas en el artículo

---

<sup>203</sup> En este punto se alude a los llamados *laudos no nacionales*. Sobre ese particular, véase: Eduardo Zuleta & Alberto Zuleta, *La relevancia de la llamada “nacionalidad de la sentencia arbitral” en la Convención de Nueva York*. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Cevallos- Editora Jurídica, 2010, pp. 326-336.

<sup>204</sup> De hecho, el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012 está basado en el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI; a su turno, el comentario oficial a esta última dice: “[a]l modelar las reglas sobre reconocimiento y ejecución sobre las disposiciones relevantes de la Convención de Nueva York, la Ley Modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa exitosa Convención, sin entrar en conflicto con él”. El texto original en inglés dice: “[b]y modeling the recognition and enforcement rules on the relevant provisions of the New York Convention, the Model Law supplements, without conflicting with, the regime of recognition and enforcement created by that successful Convention”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 - Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*, 2008, pár. 51. Véase también: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 112; Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. II.3; Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, 2006, art. 36.

<sup>205</sup> Las decisiones más relevantes que se inscriben en esa línea jurisprudencial, son las proferidas en los casos *Semar c. Sunward Overseas* (1992) y *Merck* (1999). Véase: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 20 noviembre de 1992; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 26 de enero de 1999; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 1 de marzo de 1999.

<sup>206</sup> La nueva aproximación de la Corte apareció en dos sentencias de 2011, dictadas en los casos *Petrotesting v. Ross Energy* y *Drummond v. Ferrovías & FENOCO*. Véase: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 27 de julio de 2011; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 19 de diciembre de 2011.

<sup>207</sup> Véase: Ley 1563/12, 12 de julio de 2012, art. 114; Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, art. 605, inc. 2.

36 de la antedicha Ley Modelo. Pues bien, según lo ha señalado la propia CNUDMI, “...*la Ley Modelo lista taxativamente las causales por las cuales puede anularse un laudo. Esta lista esencialmente refleja aquella prevista en el artículo 36(1), tomada del artículo V de la Convención de Nueva York... las causales para anular un laudo bajo la Ley Modelo son paralelas a las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo bajo el artículo V de la Convención de Nueva York...*”<sup>208</sup>. Naturalmente, la semejanza entre las causales no debe llevar a confundir la anulación con el reconocimiento y ejecución, ya que un mismo laudo nunca estará simultáneamente sometido a uno y otro procedimiento en una misma jurisdicción<sup>209</sup>.

En vista de lo anterior, el análisis que se presentó en la Sección III.2.3 *supra*. acerca del riesgo de que una cláusula de ley aplicable sea analizada por el juez colombiano competente para conocer de la anulación de un laudo dictado en un arbitraje internacional, puede extenderse al supuesto de hecho estudiado en este punto.

### **3. Los efectos de las cláusulas de ley aplicable en presencia de una cláusula de selección de foro**

La tercera hipótesis que será objeto de análisis en este capítulo corresponde a los efectos de las cláusulas de ley aplicable cuando en el contrato se ha incluido también una *cláusula de selección de foro*, es decir, “...*un acuerdo que permite o exige a las partes presentar las demandas [incoadas] entre sí ante una corte nacional determinada. Las cláusulas de selección de foro pueden ser “exclusivas” (exigen que todo litigio entre las partes sea presentado únicamente en su foro contractual, y en ningún otro lugar) o “no exclusivas” (permiten el litigio entre las partes en su*

---

<sup>208</sup> El texto original en inglés dice: “...*the Model Law lists exhaustively the grounds on which an award may be set aside. This list essentially mirrors that contained in article 36(1), which is taken from article V of the New York Convention... the grounds for setting aside an award under the Model Law parallel the grounds for refusing recognition and enforcement of the award under article V of the New York Convention*”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 - Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*, 2008, pág. 46-47.

<sup>209</sup> Véase: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 - Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*, 2008, pág. 48.

foro contractual, pero no prohíben la presentación de demandas ante otras cortes que detenten jurisdicción)”<sup>210</sup>. En presencia de tal estipulación contractual, podrían presentarse fundamentalmente dos escenarios procesales relevantes, que serán analizados a continuación.

**Primero**, si a pesar de la cláusula de selección de foro se presenta una demanda ante un juez colombiano. En este escenario, el juez posiblemente analizará su jurisdicción y competencia de conformidad con las normas procesales colombianas aplicables, sin tener en cuenta la cláusula en cuestión. De hecho, de conformidad con el artículo 1519 del Código Civil, “...la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”<sup>211</sup>. En cualquier caso, debe reconocerse que esta última disposición no ha sido analizada con detenimiento por la jurisprudencia; si bien se conoce una decisión judicial que reconoció efectos a una cláusula de elección de foro, la decisión fue finalmente revocada por el superior jerárquico por razones diferentes a la nulidad de dicha disposición contractual<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> El texto original en inglés dice: “[a] forum selection clause is an agreement which either permits or requires its parties to pursue their claims against one another in a designated national court. Forum selection agreements can be either “exclusive” (i.e., requiring that all litigation between the parties be pursued solely in their contractual forum, and nowhere else) or “non exclusive” (i.e., permitting litigation between the parties in their contractual forum, but not prohibiting claims from being brought in other courts which possess jurisdiction)”. Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010, p. 2.

<sup>211</sup> Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887, art. 19.

<sup>212</sup> En efecto, en sentencia del 27 de marzo de 2009, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá afirmó: “...[e]l a-quo concluyó que se presentaba una falta de jurisdicción para conocer del litigio, toda vez que, conforme a la cláusula 26 del contrato... las partes pactaron previamente someterse a la jurisdicción y normatividad de los Estados Unidos... debe atenderse a que, según las pretensiones postuladas, estas se encaminan, principalmente, a la declaración de existencia de un contrato de “agencia comercial” entre demandantes y demandado, y de manera subsidiaria, a que se declare la existencia de un “contrato de colaboración o intermediación”. En otras palabras, no se está solicitando que se declare incumplido el contrato denominado “Referral Agent Agreement”... sino que, por el contrario, las pretensiones se enderezan a que se declare una relación jurídica específica, gobernada por las leyes colombianas... no caben consideraciones en torno a si la cláusula 26 del “Contrato de Agente Remitido” constituye una estipulación aplicable para efectos de concluir que el conocimiento del presente asunto está reservado a la jurisdicción de los Estados Unidos de América pues, se reitera, a pesar de que dicho contrato haga parte de los fundamentos de hecho de la demanda, en sí mismo no es el objeto de las pretensiones, y por ende, al anunciarse en la demanda que la pregonada “agencia comercial”, cuya declaración de existencia persigue el actor, se desarrolló en Colombia... es este dicho el que debe tomarse en cuenta para determinar la competencia en razón del lugar de ejecución o cumplimiento del contrato cuya existencia afirma el actor. En suma, debe revocarse el auto apelado, pues equivocadamente parte de la aplicación de una estipulación contractual expresa, sin advertir que el contrato que la contiene no es el objeto de las pretensiones, sino que integra los fundamentos de hecho de la demanda, de lo que se concluye que al tratarse primordialmente de la discusión en punto a la existencia y ejecución en nuestro país de un contrato de agencia comercial, en principio deba aplicarse el artículo 1328 ibídem, a cuyo tenor “(...) los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas”, a más del artículo 869 del mismo estatuto pues, en gracia de discusión, el hecho de que lo[s] contratos invocados como antecedente se celebraran en el exterior, no obsta para que las consideraciones que eventualmente correspondan acerca de la afirmada agencia

**Segundo**, si habiéndose surtido un proceso judicial en el extranjero, se presenta una demanda de exequátur en Colombia. En esta hipótesis debe partirse de una premisa fundamental: el exequátur de sentencias es diferente al exequátur de laudos, según se indicó en la Sección III.2.4 *supra*. Las causales de denegación de reconocimiento a una sentencia judicial extranjera están previstas en el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, que será reemplazado por el artículo 606 del Código General del Proceso (cuyo texto es prácticamente idéntico a la norma vigente)<sup>213</sup>. Pues bien, con dichas causales, parece altamente improbable que la cláusula de ley aplicable llegue a ser objeto de análisis por el juez de exequátur<sup>214</sup>.

## CONCLUSIÓN

El presente escrito se ha ocupado de analizar las cláusulas de ley aplicable ante el derecho colombiano, procurando abordar los temas más relevantes en lo tocante a dichas estipulaciones. Lo ha hecho a través del estudio de tres mitos de la cultura jurídica colombiana, a saber: (i) todo contrato se rige por una ley nacional; (ii) las partes en un contrato “colombiano” no pueden sustraerse lícitamente de la aplicación del derecho nacional; y (iii) los efectos de las cláusulas de ley aplicable son indiferentes a las cláusulas de solución de controversias.

Como se espera haber demostrado, las tres afirmaciones - tal como fueron formuladas - son falsas.

---

*mercantil, o de algún otro contrato de intermediación, atiendan la legislación colombiana (lex loci solutionis)”. Tribunal Superior de Bogotá, Auto, 27 de marzo de 2009.*

<sup>213</sup> Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, 6 de agosto y 26 de octubre de 1970, art. 694; Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, art. 606.

<sup>214</sup> De hecho, no es fácil imaginar un escenario en que se considere la cláusula de ley aplicable al analizar alguna de las siguientes causales: (i) que la sentencia verse sobre derechos reales constituidos sobre bienes ubicados en Colombia; (ii) que la sentencia se oponga a leyes u otras disposiciones de orden público, exceptuadas las de procedimiento; (iii) que la sentencia no se encuentre ejecutoriada en el país de origen o no se presente en copia debidamente legalizada y autenticada (el Código General del proceso elimina la exigencia de autenticación); (iv) que el asunto sobre el cual recae sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos (nótese que la causal se refiere a la *competencia* de los jueces y no a la ley aplicada por ellos); (v) que en Colombia haya algún proceso en curso o sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto; o (vi) que, si la sentencia se ha dictado en un proceso contencioso, no se haya cumplido con el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen. Véase: Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, 6 de agosto y 26 de octubre de 1970, art. 694; Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012, art. 606.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la ley aplicable sea un plato a la carta; sólo implica que no siempre es un menú del día. De hecho, el cuestionamiento a los tres mitos planteados en la introducción muestra que: (i) no todo contrato se rige *necesariamente* por una ley nacional; (ii) es posible que las partes en un contrato, *en ciertas circunstancias*, se sustraigan lícitamente de la aplicación del derecho colombiano; y, finalmente, (iii) la eficacia de las cláusulas de ley aplicable *puede llegar a depender* en sobremanera de las cláusulas de solución de conflictos.

Nótese que, aunque la presente monografía refuta tres afirmaciones generales, no busca sentar doctrinas ni predicar verdades, ya que, como dijera el filósofo Karl Popper, “[c]uandoquiera que una teoría te parece la única posible, toma esta [circunstancia] como una señal de que no has entendido la teoría, ni el problema que pretendía resolver”<sup>215</sup>. Más que reglas, este trabajo buscó presentar debates; los tres mitos estudiados se demostraron falsos, a fin de cuentas, por desconocer las profundas discusiones teóricas y la compleja red de disposiciones normativas que rodean a las cláusulas objeto de análisis.

Esta monografía, en suma, no pretende ser más que una invitación para analizar con detenimiento, cuidado y calma las cláusulas de ley aplicable, tanto al momento de redactarlas como al tiempo de aplicarlas.

---

<sup>215</sup> El texto original en inglés dice: “[w]henver a theory appears to you as the only possible one, take this as a sign that you have neither understood the theory nor the problem which it was intended to solve”. Karl Popper, *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*, Calendon Press, 1979, p. 266.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Tratados internacionales**

Convención de Roma sobre el Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 19 de junio de 1980.

Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 8 de mayo de 1979.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958.

Tratado de Derecho Civil Internacional, 12 de febrero de 1889.

Tratado de Derecho Comercial Internacional, 12 de febrero de 1889.

Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, 18 de junio de 1903.

### **Legislación nacional**

#### ***Colombia***

Código Civil de Colombia, Ley 57/87, 15 de abril de 1887.

Código de Comercio de Colombia, Decreto 410/71, 16 de junio de 1971.

Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400/70 & Decreto 2019/70, 6 de agosto y 26 de octubre de 1970.

Código General del Proceso, Ley 1564/12, 12 de julio de 2012.

Constitución Política de Colombia, 20 de julio de 1991.

Constitución Política de Colombia, 5 de agosto de 1886.

Decreto 1818/98, 7 de septiembre de 1998.

Decreto 2279/89, 7 de octubre de 1989.

Ley 1150/07, 16 de julio de 2007.

Ley 13/05, 8 de abril de 1905.

Ley 153/87, 15 de agosto de 1887.

Ley 1563/12, 12 de julio de 2012.

Ley 21/81, 22 de enero de 1981.

Ley 23/91, 21 de marzo de 1991.

Ley 315/96, 12 de septiembre de 1996.

Ley 37/79, 6 de julio de 1979.

Ley 39/90, 20 de noviembre de 1990.

Ley 40/33, 19 de enero de 1933.

Ley 80/93, 28 de octubre de 1993.

### ***Otros países***

Código de Procedimiento Civil (Italia), reformado mediante Decreto No. 40/06, 2 de febrero de 2006.

Código de Procedimiento Civil (Países Bajos), 1 de diciembre de 1986.

Código Judicial de Bélgica, 19 de mayo de 1998.

Decreto Legislativo No. 1071 (Perú), 28 de junio de 2008.

Ley 19.971 (Chile), 10 de septiembre de 2004.

Ley de Arbitraje de Suecia, 1 de abril de 1999 (fecha de entrada en vigencia).

Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado, 18 de diciembre de 1987.



New Zealand Arbitration Act, 2 de septiembre de 1996.

Nuevo Código de Procedimiento Civil (Francia), reformado mediante Decreto No. 2011-48, 13 de enero de 2011.

### **Reglamentos de arbitraje**

Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje*, 1 de enero de 2012.

China International Economic and Trade Arbitration Commission, *Arbitration Rules*, 3 de febrero de 2012.

International Centre for Dispute Resolution (American Arbitration Association), *International Dispute Resolution Procedure - Arbitration Rules*, 1 de junio de 2009.

London Court of International Arbitration, *Rules of Arbitration*, 1 de enero de 1998.

Stockholm Chamber of Commerce, *Rules of Arbitration*, 1 de enero de 2010.

### **Decisiones judiciales y laudos arbitrales**

#### ***Tribunales internacionales***

*Arabian American Oil Company v. Arabia Saudita*, Laudo arbitral, 23 de agosto de 1958. En: *International Law Reports*, Vol. 27, 1963.

Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, Laudo, 5 de noviembre de 2002.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11018, 2002.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11051, julio de 2001.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11256, 2003.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 11601, 2002.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI 12174, 2003.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 12698, 2004.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 5835, junio de 1996.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 8540, 4 de septiembre de 1996.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 8385, 2003.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 9753, mayo de 1999.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 9761, enero de 2001.

Cámara de Comercio Internacional, Laudo, Caso CCI No. 9797/CK/AER/ACS, 28 de julio de 2000.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Serie A, No. 20/21, Leyde Société D'Éditions A.W. Sijthoff, 1929.

*Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, 1951. En: International Law Reports, No. 18.

*Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co.*, junio de 1953. En: International Law Reports, No. 20.

*Saudi Arabia v. Arab American Oil Co. (ARAMCO)*, 1963. En: International Law Reports, No. 27.

### ***Cortes nacionales***

#### *Alemania*

Bundesgerichtshof, Urteil, 24 de marzo de 1997. En: ASA Bulletin, No. 316.

#### *Colombia*

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Auto, 7 de febrero de 2002.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 4 de abril de 2002.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 17 de

agosto de 2000.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 22 de julio de 2009.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso-Administrativo - Sección Tercera, Sentencia, 22 de abril de 2004.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso-Administrativo - Sección Cuarta, Sentencia, 10 de noviembre de 2000.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04, 16 de marzo de 2004.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-276/93, 22 de julio de 1993.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-347/97, 23 de julio de 1997.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-395/02, 22 de mayo de 2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-431/95, 28 de septiembre de 1995.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-486/93, 28 de octubre de 1993.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-536/11, 6 de julio de 2011.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836/01, 9 de agosto de 2001.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1157/00, 4 de septiembre de 2000.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T058/99, 2 de febrero de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 1 de marzo de 1999.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 18 de abril de 2002.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 18 de junio de 1987.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 20 noviembre de 1992.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 26 de enero de 1999.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de agosto de 2011.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de octubre de 1986.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 30 de septiembre de 1947.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 19 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 27 de julio de 2011.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 31 de octubre de 2008.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 6 de octubre de 1988.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 8 de septiembre de 2011.

Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia, 17 de octubre de 2008.

Tribunal Superior de Bogotá, Auto, 27 de marzo de 2009.

Tribunal Superior de Buga, Auto, 4 de febrero de 2011.

#### *Estados Unidos*

U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *McGregor & Werner Inc. v. Motion Picture Laboratories Technicians Local*, 806 F.2d 1003, 22 de diciembre de 1986.

U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Central Valley Typographical Union No. 46 v. McClathy Newspapers*, 762 F.2d 741, 23 de mayo de 1985.

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *Elias Siegelman v. Cunward White Star Ltd.*, 221 F.2d 189, 1955.

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, *J.P.E. Gerli & Co. v. Cunard S.S. Co.*, 48 F.2d 115, 1931.

U.S. District Court - E.D. Michigan - Southern Division, *Westbrook Inn. LLC v. Westbrook Technologies*, 17 F.Supp.2d 681, 25 de agosto de 1998.

U.S. District Court for the Southern District of New York, *International Standard Electric Corp. v. Bidas S.A.*, 745 F.Supp 172, 24 de agosto de 1990.

U.S. Supreme Court of Justice, *Antonio Mastrobouno et. al. v. Shearson Lehman Hutton Inc. et. al.*, 514 U.S. 52, 6 de marzo de 1995.

#### *Francia*

Cour d'Appel de Paris, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. v. Primary Coal Inc.*, 13 de julio de 1989.

Cour d'Appel de Paris, *Dubois et Vanderwalle v. Boots Frites BV*, 22 de septiembre de 1995.

Cour D'Appel de Paris, *Schönenberger Systemtechnik GmbH v. SA Vens*, 25 de junio de 1993.

Cour de Cassation, *American Trading v. Quebec Steamship*, 5 de diciembre de 1910.

Cour de Cassation, *Arret Messageries Maritimes*, 21 de junio de 1950.

#### *India*

Gujarat High Court, *Nirma Ltd. v. Lurgi Energie und Entsorgung GmbH*, 19 de diciembre de 2002.

Supreme Court of Justice, *National Thermal Power Corp. v. The Singer Company*, 7 de mayo de 1992.

*Italia*

Corte di Appello di Milano, Sentencia, 24 de marzo de 1998.

*Reino Unido*

Court of Exchequer Chamber, *Lloyd v. Guibert*, L. R. 1 Q. B. 115, 120, 1865.

English Court of Appeal, *Jacobs, Marcus & Co. v. Crédit Lyonnais*, 12 QBD 589, 1884.

High Court of England, *Sanghi Polyesters Ltd v The International Investor (KCFC)*, 1 Lloyds Rep 480, 2000.

High Court of England, *Sayed Mohammed Musawi et. al. v. R.E. International (U.K.) Ltd. et. al.*, EWHC 2981 (Ch), 14 de diciembre de 2007.

House of Lords, *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*, AC 50, 1984.

House of Lords, *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, Adj.L.R. 01/21, 21 de enero de 1993.

House of Lords, *West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA et. al.*, 21 de febrero de 2007.

Judicial Committee of the Privy Council, *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, A.C. 277 (P.C.), 1939.



*Suiza*

Bundesgericht - Zivilabteilung, Urteil, 4P.67/2003/bie, 8 de julio de 2003.

Handelsgericht St. Gallen, Urteil, 12 de noviembre de 2004.

## **Doctrina**

A.F.M. Maniruzzaman, *Choice of Law in International Contracts. Some Fundamental Conflict of Laws Issues*. En: *Journal of International Arbitration*, No. 16(4), 1999.

Abul F.M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*. En: *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999.

Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958. An Overview*, International Council for Commercial Arbitration, s.f., [en línea] [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf).

Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981.

Alfred Verdross, *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*. En: *Yearbook of World Affairs*, No. 18, 1964.

Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest of Reasonableness - General Course on Private International Law*, Hague Academy of International Law, 1994.

Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional*, Librería de Garner Hermanos, 1873.

Antoine Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Imprimerie Allier père & fils, 1924.

Antonio Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, 2011.

Antonio Aljure Salame, *La regla de conflicto en el contrato internacional*. En: Revista de Derecho Privado, No. 25, Universidad de Los Andes, octubre de 2005.

Antonio Aljure Salame, *La ley aplicable al contrato estatal en Colombia*. En: Foro de Derecho Mercantil, No. 6, Legis, enero-marzo de 2005.

Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*, De Palma, 1978.

Berthold Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*. En: Journal du droit international, 1979.

Berthold Goldman, *The Applicable Law: General Principles of Law: the Lex Mercatoria*. En: Julian Lew (Ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986.

Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, D' Amyot Librairie Diplomatique & Durand et Pedone-Lauriel Libraires-Éditeurs, 1868.

Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Rousseau, 1896.

Clive M. Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*. En: Chia-Jui Cheng (Ed.), *Clive M. Schmitthoff Select Essays on International Trade Law*, 1988.

D. Rhidian Thomas, *Commercial Arbitration - Arbitration Agreements as a Signpost of the Proper Law*. En: *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Annual Index* 141, 1984.

Daniel Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, J.C.B. Mohr, 1995.

Edoardo Vitta, *La regla de conflicto* (Fernando Alejandro Vásquez Pando, Tr.). En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 15, 1983.

Eduardo Silva Romero, *Laudo extranjero y criterio de territorialidad*. En: Guido Tawil & Eduardo Zuleta (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*”, Abeledo Perrot, 2008.

Eduardo Zuleta & Alberto Zuleta, *La relevancia de la llamada “nacionalidad de la sentencia arbitral” en la Convención de Nueva York*. En: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Cevallos- Editora Jurídica, 2010.

Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998.

Fabrizio Cafaggi & Sandrine Clavel, *Interfirm Networks across Europe: A Private International Law Perspective*. En: Fabrizio Cafaggi (Ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011.

F.A. Mann, *England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984.

Fernando Mantilla-Serrano, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*. En: *International Law - Revista colombiana de derecho internacional*, No. 15, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre de 2009.

Fernando Mantilla-Serrano, *La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo?* En: Fernando Mantilla (Coord.), *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis, 2007.

Francesco Tamburini, *Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?* En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección de Historia del Derecho Internacional*, No. 28, 2002.

Friedrich Karl von Savigny, *A Treatise on the Conflict of Laws. The Limits of their Operation in respect of Place and Time* (William Guthrie, Tr.), T. & T. Clark Law Publishers, 1880.

Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1981.

Gabrielle Kaufmann-Kohler, *The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Contents*. En: Markus Wirth (Ed.), *Best Practices in International Arbitration*, ASA

Swiss Arbitration Association, 27 de enero de 2006.

Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010.

Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009.

George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2003.

Harold J. Laski, *Authority in the Modern State*, Yale University Press, 1919.

Henri Álvarez, *La escogencia del lugar del arbitraje*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Editorial Legis, diciembre de 2005.

Horacio Grigera, *Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks*. En: *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 21, No. 2, 2005.

Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Kluwer Law International, 2010.

Jarrod Wiener, *The Transnational Political Economy - A Framework for Analysis* [en línea] [http://www.jus.uio.no/lm/the.transnational.political.economy.a.framework.for.analysis.jarrod.wiener.ukc/\\_1.html](http://www.jus.uio.no/lm/the.transnational.political.economy.a.framework.for.analysis.jarrod.wiener.ukc/_1.html).

J.M. Bonell, *A Global Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: In Re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Member Firms and*

*Andersen Worldwide Société Coopérative*. En: *Arbitration International*, No. 17, 2001.

John O'Brien, *Conflict of Laws*, Cavendish Publishing, 1999.

John Westlake, *A Treatise on Private International Law*, Sweet & Maxwell, 1905.

Jorge Oviedo Albán, *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías. Comparación con la legislación privada colombiana*. En: *Vniversitas*, No. 101, Pontificia Universidad Javeriana, junio de 2001.

Jorge Suescún Melo, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Legis, 2003.

José Luis Marín Fuentes, *Análisis de la legislación colombiana sobre las sociedades comerciales extranjeras frente al derecho internacional privado*. En: *Estudios de Derecho*, Vol. LXIV, No. 143, Universidad de Antioquia, junio de 2007.

Joseph H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Baker, Voorhis & Co., 1935.

Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kr ll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

Karl Popper, *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*, Calendon Press, 1979.

Kermit Roosevelt III, *Resolving Renvoi: The Bewitchment of Our Intelligence by Means of Language*. En: *Notre Dame Law Review*, Vol. 80:5.

Klaus-Peter Berger, *The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective*. En: Fordham International Law Journal, Vol. 12-4, 1988.

Léna Gannagé, *Le contrat sans loi en droit international privé*. En: Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 11.3, Netherlands Comparative Law Association, diciembre de 2007.

M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010.

Maja Stanivuković, *Contracts without a Proper Law in Private International Law and Non-State Law in Serbia and Montenegro*, University of Novi Sad [en línea] [http://www.pf.uns.ac.rs/attachments/499\\_Contracts%20without%20a%20proper%20law%20in%20private%20international%20law%20and%20non-state%20law%20in%20Serbia%20and%20Montenegro%20Law.pdf](http://www.pf.uns.ac.rs/attachments/499_Contracts%20without%20a%20proper%20law%20in%20private%20international%20law%20and%20non-state%20law%20in%20Serbia%20and%20Montenegro%20Law.pdf).

Marc Hertogh, *What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World*. En: J. Van Schooten & J.M. Verschuuren (Eds.), *The State Legislature and Non-State Law*, 2008.

Michael Gruson, *International Agreements. The Application of a Law Other Than the Law Stipulated in the Agreement*. En: Morton Moskowitz (Ed.), *Commercial Contracts. Strategies for Drafting and Negotiating*, Aspen Publishers, 2005.

Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

Nils Willem Vernooij, *Rome I: An Update on The Law Applicable to Contractual Obligations*. En: Columbia Journal of European Law, No. 15, 2009.

Ole Lando, *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*. En: Academie De Droit International De La Hage, Recueil des Cours, 1984.

Peter Hay & Tobias Krätzschar, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Verlag C.H. Beck, 2010.

R. Doak Bishop, James Crawford & W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005.

R. Michaels, *The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*. En: Wayne Law Review, No. 51, 2005.

Ramón Mantilla Rey, *Apuntes de derecho internacional privado*, Temis, 1982.

Rebeca Herrera Díaz, *El futuro del derecho de seguros en Colombia*. En: Sergio Rodríguez Azuero, Erick Rincón Cárdenas & Juan Jacobo Calderón Villegas (Eds.), *Temas de derecho financiero contemporáneo*, Universidad del Rosario, 2006.

Robert Brown, *Choice of Law Provisions in Concession and Related Contracts*. En: The Modern Law Review, Vol. 39, No. 6, noviembre de 1976.

Roger LeRoy, *Fundamentals of Business Law*, South-Western Cengage Learning, 2012.



Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*. En: *International and Commercial Law Quarterly*, No. 46, 1997.

Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

Stefan Leible, *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales*. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, No. 1, marzo de 2011.

Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. En: Cornell Faculty Publications, Cornell University, 2009.

Tonatiuh García Castillo, *La lex contractus en los contratos internacionales*. En: Ricardo Méndez Silva (Coord.), *Contratación y arbitraje internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2010.

Ulrich Magnus & Peter Mankowski, *Joint Response to the Green Paper on the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation* [en línea]  
[http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/university\\_hamburg\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/university_hamburg_en.pdf)

Yasuhiro Okuda, *Reform of Japan's Private International Law: Act on the General Rules on the Application of Laws*. En: *Yearbook of Private International Law*, No. VIII, 2006.

## Otros

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, 2006.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 - Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*, 2008.

European Parliament & European Council, *Regulation (EC) No. 593/2008*, 17 de junio de 2008.

Institute of International Law, *Resolution on Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities and Foreign Entities*, Sesión de Santiago de Compostela, 1989.

Institute of International Law, *The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*, Sesión de Basilea, 1991.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Comentario)*, 2004.

*Oil Concession Agreement Between the Government of Abu Dhabi & Amerada Hess Petroleum Abu Dhabi Ltd.*, 13 de octubre de 1980.

Superintendencia Bancaria de Colombia, Respuesta a consulta, Rad. No. 2005036944-001, 26 de septiembre de 2005.

Superintendencia de Sociedades de Colombia, Doctrina jurídica y contable, No. 05, enero de 1997.

*UMC Production Sharing Contract Between the Republic of Equatorial Guinea & United Meridian International Corp.*, 29 de junio de 1992.

United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement - International Commercial Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38, 2005.

Universidad Externado de Colombia - Grupo de Investigación en Derecho Comercial Colombiano y Comparado, *Nota de relatoría de la segunda reunión - Proyecto de investigación sobre normatividad marítima nacional e internacional*, 26 de julio de 2005.