

Límites a la elección del derecho aplicable al contrato internacional, a propósito de la propuesta de reforma al Código Civil Colombiano*

Limits to the choice of the law applicable to the international contract, regarding the proposed reform of the Colombian Civil Code

William Fernando MARTÍNEZ-LUNA**

RESUMEN: La autonomía de la voluntad conflictual en materia contractual es la potestad legal que tienen las partes para elegir la Ley que gobierne su relación jurídica internacional. Los legisladores, además de permitir dicha posibilidad, deben encontrar un equilibrio entre reconocer ampliamente la autonomía de los contratantes, y establecer unos límites que protejan el orden público. Colombia actualmente no regula de manera directa la autonomía conflictual, pero una propuesta de reforma al Código Civil plantea su inclusión. Este artículo pretende

* Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación "El impacto de la globalización en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías", aprobado en la Resolución 039 de 2015 de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

** Profesor Titular de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, abogado de la Universidad Santo Tomás sede Bucaramanga, Contacto: <williamf.martinezl@utadeo.edu.co.> ORCID: 0000-0002-0186-4770 Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=Mx_RGvoAAAAJ&hl=es>. Fecha de recepción: 22/02/2021. Fecha de aprobación: 28/05/2021.

identificar cuáles deben ser los límites óptimos que deben imponer los legisladores a la autonomía de la voluntad conflictual, y determinar si éstos son contemplados en la reforma.

PALABRAS CLAVE: Autonomía conflictual; contratos internacionales; ley aplicable; derecho internacional; Tratado de Montevideo.

ABSTRACT: Party autonomy in contractual matters is the legal possibility to choose the applicable law to an international contract. Legislators, must find a balance between widely recognizing the party autonomy, and establishing limits in overriding mandatory provisions. Colombia currently does not directly regulate party autonomy, but a proposal to reform the Civil Code proposes its inclusion. This article will want to identify the optimal limits that legislators should impose on the party autonomy, and establish whether they are contemplated in the reform.

KEYWORDS: Autonomy party; international contracts; applicable law; Treaty of Montevideo.

I. INTRODUCCIÓN

Celebrar un contrato con vínculos que se despliegan en más de un Estado, implica inevitablemente establecer las normas que regulan la relación jurídica. Este aspecto, impacta no solamente al Tribunal que habrá de resolver un conflicto futuro, sino, especialmente, a los propios contratantes, en cuanto a los actos preparatorios de la operación, y en su ejecución. Lo anterior, porque los extremos contratantes deben adaptar su conducta a una norma jurídica concreta y previamente conocida para evitar incertidumbres¹.

En materia contractual se ha sostenido desde antaño que el mejor juez de los intereses de las partes es sin duda el acuerdo de voluntades². En efecto, en la medida en que se alcance un consenso amplio y equilibrado en la relación jurídica internacional, no solamente respecto de las obligaciones propias del tipo contractual en concreto, sino, principalmente, en los aspectos de Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.), se reducen los riesgos e incertidumbres en el cumplimiento del contrato y en la resolución de los conflictos. Por tal motivo, un contrato internacional idóneo desde la óptica del DIPr., ha de contar con una cláusula de elección de Derecho aplicable³ (autonomía conflictual), y debe incluir la designación del Tribunal que dirimirá el litigio futuro. Respecto

¹ Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, Hague Conference on Private International Law 2016, p. 23. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>>.

² MARTINY, Dieter, “Traditional private and commercial law rules under the pressure of global transactions: The role for an international order”, en APPELBAUM, Felstiner, & GESSENER, *Rules and networks. The legal culture of global business transactions*, Oxford: Hart publishing, 2001, pp 123- 158.

³ Se utilizará la expresión “Derecho aplicable” para incluir normas de origen no estatal como los Principios de UNIDROIT. En los apartados en que

del Derecho que gobierna el contrato internacional, resulta indiscutible, que, si los contratantes logran ponerse de acuerdo en las normas jurídicas que regulan su negocio jurídico (normas materiales internas, uniformes, o incluso cuerpos jurídicos no estatales) están avanzando en su propia seguridad jurídica, pues es evidente que no hay Derecho más previsible que aquel que es designado de común acuerdo por las partes.

Precisamente una de las claves del sistema de normas de conflicto en la contratación internacional⁴, es la autonomía que tienen las partes a elegir su Derecho aplicable, es decir, es el reconocimiento legal de la autonomía conflictual⁵. La autonomía conflictual se instituyó a través de los años en un principio rector de los contratos internacionales, avalado en buena parte de los Estados, y ubicado, en muchos instrumentos jurídicos, como el primer nivel en la designación del Derecho.

Esta potestad legal de elegir el Derecho que gobierna el contrato, “satisface una exigencia de seguridad jurídica y certeza de resultado”⁶, imprescindible en el tráfico internacional actual, debido a que “las partes en un contrato son quienes mejor pueden juzgar y determinar qué conjunto de normas jurídicas mejor se adecúa a su negocio”⁷. Adicionalmente, elegir el Derecho de su contrato representa para el contratante transnacional una enorme

se use la expresión “Ley aplicable”, será indicativo de que dicha norma solo permite la elección de normas de origen estatal.

⁴ Sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales puede véase: MARTÍNEZ LUNA, William, “Régimen jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia”, en *Revista De Derecho*, núm. 52, 2019, pp. 138–163.

⁵ Considerando núm. 11 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *Derecho Internacional Privado parte especial*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 203.

⁷ Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, *Hague Conference on Private International*

ventaja práctica, en la medida en que puede adaptar su conducta contractual a unas disposiciones previamente conocidas, lo que otorga seguridad jurídica preventiva en el vínculo legal, pueden a su vez las partes, escoger una *lex contractus* adaptada a las particularidades del caso concreto, permitiendo calcular las expectativas económicas y jurídicas de su negocio⁸.

Por lo anterior, resulta trascendental que las normas de DIPr. Uniformes o internas establezcan una regulación óptima de la autonomía conflictual, para que sean los propios contratantes quienes gobiernen el destino de su contrato. Infortunadamente las normas de DIPr. Colombianas no regulan de manera directa la posibilidad de elegir de manera conjunta el Derecho del contrato internacional. Esto ha suscitado un debate jurídico acerca de la validez y límites de una cláusula en este sentido. Justamente para zanjar esta discusión de décadas, se incluyó en la propuesta de reforma al Código Civil colombiano una regulación específica para esta figura. El presente artículo pretende identificar cuáles deben ser los límites óptimos que debe imponer el legislador a la autonomía de la voluntad conflictual en Colombia. Para lograr este objetivo, se hace necesario estudiar la situación actual de la autonomía conflictual en Latinoamérica, Europa, y Colombia, para posteriormente analizar la reforma al Código Civil, y finalmente, hacer una propuesta sobre el tema.

Law, 2016. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>> (01/04/2021).

⁸ CALVO CARAVACA, ALFONSO & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, p. 116; BOGGIANO, Antonio, *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 40

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO INTERNACIONAL

A) ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El Estado moderno ha sido el responsable de salvaguardar la armonía de los aspectos sociales y económicos de sus ciudadanos, utilizando para ello, herramientas jurídicas con un mayor o menor grado de intervención o desregulación. En materia contractual, este mayor o menor grado de injerencia se traduce en un aumento o disminución de la autonomía de los particulares frente a las normas imperativas que restringen la libertad de auto determinación de los contratantes, principalmente, en cuanto al contenido mismo de las cláusulas del contrato⁹. Con la aparición de nuevos instrumentos jurídicos sobre el Derecho contractual internacional, se revive el tradicional e intenso pulso entre el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes y el interés público de la nación.

La libertad de pactos es un principio fundamental del Derecho contractual privado, sin embargo, está sujeto a un gran número de limitaciones que establecen un marco imperativo de actuación, buscando proteger los intereses legítimos de los Estados y del propio comercio internacional¹⁰. En esta disputa la autonomía de la voluntad privada ha ido ganando terreno, dotando a los particulares de amplios márgenes de autorregulación, ya sea para elegir las cláusulas contractuales que consideren necesarias desde el punto de vista material, o para incluir un pacto de orden conflictual. Sin embargo, las leyes nacionales protectoras del interés general siguen reglamentando y limitando el comportamiento de los particulares.

⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *op.cit.*, p. 196.

¹⁰ FERNÁNDEZ ROSAS, José & SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 487.

En el Derecho privado, la mayor o menor libertad de las partes se manifiesta en dos tipos de autonomía: la autonomía material y la autonomía conflictual. Ambas deben entenderse dentro del campo de las relaciones contractuales identificadas por su carácter patrimonial e internacional. La autonomía conflictual precede a la material, aunque hoy en día esta relación “sufre una profunda crisis”¹¹.

B) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD MATERIAL

A ciertos actos o manifestaciones de la voluntad de los particulares se les reconoce una eficacia jurídica. En efecto, la Ley delega en los ciudadanos su potestad de regular las relaciones sociales, y éstos llevando a cabo actos jurídicamente relevantes, ejercen dicha atribución. Es por eso, que libremente pueden determinar el contenido, alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos, mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad privada¹². La autonomía de la voluntad material se define como la libertad que tienen los contratantes de dotar de contenido a las cláusulas del contrato dentro del marco del Derecho nacional¹³. Esta autonomía material puede ejercerse en los contratos internos, donde no existe duda que la Ley de dicho Estado es la que impone los límites a este Derecho subjetivo. Asimismo, esta facultad puede utilizarse en los contratos internacionales, donde sus límites los impone el Derecho rector del contrato, de acuerdo a las reglas

¹¹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones”, en CALVO CARAVACA, Alfonso y AREAL, Santiago (Dir.), en *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp.425-475, concretamente p. 428.

¹² Cfr. Sentencia T-338 de 1993. Colombia. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹³ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *op.cit.*, p. 427.

de Derecho Internacional Privado¹⁴. De acuerdo a lo anterior, se puede establecer que la autonomía de la voluntad material es una concesión que hace la norma jurídica a los particulares para autorregularse, permitiéndoles determinar, de mutuo acuerdo, el contenido de las cláusulas de su contrato. Esta facultad concedida por la norma jurídica no es absoluta, ya que solo es posible en el ámbito del Derecho dispositivo, y adicionalmente se encuentra restringida por el propio ordenamiento¹⁵(la Ley, la moral, el orden público)¹⁶. Por lo tanto, las leyes nacionales permiten y al mismo tiempo limitan el uso de la autonomía de la voluntad material de los contratantes.

C) AUTONOMÍA CONFLICTUAL

Que la norma jurídica reconozca la libertad que tienen las partes de un contrato para elegir su Derecho aplicable¹⁷, debe ser una de las claves del sistema de normas de conflicto en el ámbito de

¹⁴ FERNÁNDEZ ROSAS, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 488.

¹⁵ En el Derecho interno español la norma que posibilita la autonomía de la voluntad material es el artículo 1255 del Código Civil que dispone: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, mientras que en el Derecho colombiano se encuentra en el artículo 1602 del Código Civil de la siguiente manera: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

¹⁶ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *op.cit.*, p.452.

¹⁷ Sobre la libertad de las partes para elegir la ley de su contrato puede verse: MARTÍNEZ LUNA, William, “El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?”, *Revista Jurídicas*, 17 (1), 2020, pp. 64-86.

las obligaciones contractuales¹⁸. Efectivamente, no contar con las partes para determinar la norma que rige su propio contrato, “puede producir una inseguridad contraproducente, debido a las diferentes soluciones de cada Estado”¹⁹. Por tal motivo, la autonomía conflictual debe ser el primer punto de conexión para establecer la *lex contractus*, pues con ella se alcanza un elevado nivel de seguridad jurídica al contar con un Derecho que es previamente conocido por las partes, situación que no es la misma al utilizar el método conflictual, pues éste puede conllevar a soluciones dispares.

La autonomía de la voluntad conflictual puede definirse como la facultad concedida por la Ley a los particulares que hacen parte de un contrato internacional, para que, de común acuerdo, definan el Derecho aplicable a su relación jurídica. Por medio de esta elección, las partes excluyen la aplicación de la Ley nacional que hubiese sido elegida mediante la norma de conflicto (en defecto de acuerdo)²⁰. Esta autonomía “potencia la seguridad y la previsibilidad en el marco del acuerdo contractual primario de las partes y reconoce que éstas pueden ser las mejor capacitadas para determinar qué conjunto de principios jurídicos es el más adecuado para la operación”²¹. Sin embargo, para que los parti-

¹⁸ Considerando núm. 11 del Reglamento (ce) no 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

¹⁹ Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, *Hague Conference on Private International Law*, 2016, p. 27. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>> (01/04/2021).

²⁰ MONROY CABRA, Marco, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Temis, 1999, p. 305.

²¹ Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, *Hague Conference on Private International Law*, p. 23, 2016. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>>. (1/04/2021).

culares puedan determinar el Derecho aplicable a su contrato, se hace necesario que la autonomía conflictual esté contemplada por la norma de conflicto del foro, y que las partes del contrato elijan una norma sustancial para regular su contrato, ya que no cabe la posibilidad del reenvío.

Son muchos los beneficios que produce al comercio internacional el hecho de que las partes puedan establecer por mutuo acuerdo el Derecho que rige su contrato. En primer lugar, otorga certeza y previsibilidad del Derecho desde el mismo momento de su elección. Por otra parte, los contratantes pueden ajustar su propia conducta de acuerdo a las normas pactadas, ya que las conocen previamente. Pueden, asimismo, escoger una *lex contractus* adaptada a las particularidades del caso²², consiguiendo seguridad jurídica preventiva en la relación contractual²³. De la misma manera, permite calcular las expectativas económicas y jurídicas del contrato²⁴, y de esta forma, las partes consiguen la realización de sus intereses materiales²⁵.

En definitiva, elegir libremente el Derecho del contrato internacional por el mutuo acuerdo entre los contratantes, resulta ser una garantía para la seguridad jurídica de su relación contractual. Sin embargo, esta posibilidad no está reglada en algunos ordenamientos jurídicos, y aquellos que la contemplan, tienen una regulación dispar, que va desde su prohibición, hasta un amplio poder decisorio, pudiendo incluso elegir normas no estatales.

De acuerdo a lo anterior, se analizarán los aspectos relevantes de la regulación de la autonomía conflictual en cuerpos jurídicos uniformes e internos.

²² BOGGIANO, Antonio, *op.cit.*, p.40.

²³ CALVO CARAVACA, ALFONSO & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *op.cit.*, p. 116.

²⁴ *Idem*

²⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p.119.

III. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME DE LA UNIÓN EUROPEA

El Reglamento Roma I (norma que regula de manera uniforme la Ley²⁶ aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea), consciente del enorme valor jurídico de un pacto de elección de Ley, ha establecido en su Art. 3, un muy amplio catálogo de posibilidades para que las partes de un contrato internacional acuerden la norma que rige su negocio jurídico. Es por eso que le otorga a la autonomía conflictual de las partes un extenso poder decisorio, ya que les permite designar la Ley a la totalidad de su contrato, o a una porción del mismo, y sin necesidad de una vinculación previa con el negocio jurídico. De la misma forma, no les impone restricciones desde el punto de vista temporal, es decir, las partes pueden perfeccionar dicho acuerdo en cualquier momento, incluso después de la firma del contrato. Adicionalmente, admite modificar una previa elección de Ley que puede estar basada en el propio Art. 3 o en otra disposición del Reglamento, e incluso el Art. 3 Reglamento Roma I accede a que las partes puedan acordar que uno o varios Derechos nacionales no serán aplicados para resolver el conflicto jurídico²⁷.

No obstante, el amplio margen de maniobra que tienen los contratos para acordar la *lex contractus*, el Art. 3 Reglamento Roma I contempla una serie de restricciones a este Derecho subjetivo. La primera restricción, impone que el acuerdo debe “manifestarse expresamente”. Esto significa que dicho acuerdo deberá incluirse en el texto mismo del contrato, o en un documento anexo, pero siempre expresando la voluntad de las partes. Si no se incluye esta cláusula, el Reglamento Roma I estipula que debe

²⁶ Para el Reglamento Roma I se hablará de “Ley” del contrato puesto que solo permite la elección de normas de origen estatal.

²⁷ MARTINY, Dieter, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en Reithmann, & Martiny, *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der chuldverträge*, VI ed., Koln. 2004, pp. 1-190.

deducirse inequívocamente, ya sea de los términos mismos del contrato, o de todas aquellas circunstancias que lo hayan rodeado. Adicionalmente, los artículos 3.3 y 3.4 Reglamento Roma I establecen más restricciones para efectuar la elección de la *lex contractus*; así, cuando todos los elementos de la relación “estén localizados en un país distinto de aquel cuya Ley se elige”, dicha elección no podrá impedir la aplicación de las leyes imperativas de ese país. Lo mismo sucede cuando los elementos de la situación jurídica estén ubicados en uno o más Estados miembros, si las partes eligen como Ley aplicable una Ley que no sea la de un Estado miembro, dicha elección se entenderá sin perjuicio de las normas imperativas del Derecho de la Unión Europea. Finalmente, una restricción de trascendencia, la constituye el hecho de que el Reglamento Roma I no permite a las partes elegir como Ley de su contrato cuerpos jurídicos no estatales, tales como los Principios de UNIDROIT o la denominada *Lex Mercatoria*.

En definitiva, el Reglamento Roma I concede todas las garantías para que un pacto de elección de Ley pueda ser perfeccionado por las partes del contrato. A pesar de esta circunstancia, hoy en día una gran cantidad de contratos internacionales no cuentan con un pacto en este sentido, lo que le impone al juez del litigio, acudir a las disposiciones sobre la Ley aplicable en ausencia de elección.

IV. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME DE AMÉRICA LATINA

A) EL TRATADO DE MONTEVIDEO 1889

Dentro de las discusiones llevadas a cabo en el congreso de Montevideo se planteó la posibilidad de establecer como regla general que las partes del contrato pudieran elegir la Ley aplicable a su negocio jurídico. Solo en caso de ausencia de esta manifestación

de la voluntad, la Ley del lugar de cumplimiento sería la encargada de dirimir cualquier conflicto entre las partes. Sin embargo, esta tesis no fue la que finalmente se acogió. El argumento principal, exponía que las partes no podían tener una libertad absoluta, ya que estaba en riesgo el orden público nacional en materia de contratos, y por tal motivo, se hacía imprescindible que la norma jurídica convencional identificara la Ley aplicable al mismo²⁸. Esta tesis quedó plasmada en los artículos 32 y 33 del Tratado de Montevideo 1889²⁹, donde se descartó toda reseña a la autonomía conflictual, y se expuso que la Ley del lugar de cumplimiento del contrato sería la llamada a dirimir los conflictos del negocio jurídico.

Sin embargo, dos grandes y divergentes tesis se tejieron en torno a la interpretación de estas disposiciones: la primera postura estimaba que, si el ordenamiento escogido mediante la norma de conflicto autorizaba la autonomía conflictual, el pacto de elección de Ley debía respetarse. De no ser así, se estarían violando los principios de orden público del lugar de cumplimiento del contrato.

La otra interpretación negaba la posibilidad de admitir la autonomía conflictual, manifestando que, si bien no fue rechazada expresamente dentro de clausulado, era claro que éste era el sentido de todos los Tratados, en donde cada categoría se rige por la Ley establecida por el punto de conexión indicado en la norma

²⁸ OPERTTI BADAN, Didier. “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en Mestre, *Los principios de UNIDROIT ;Un Derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma, UNIDROIT, 1998, p.33.

²⁹ Artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. “Artículo 33: “La misma ley rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.”

de conflicto, no dejando abierta la posibilidad de escoger una Ley distinta a la determinada por el Tratado³⁰.

Estas dos vertientes interpretativas condujeron a que el tratamiento de esta disposición no fuera homogéneo en la región, provocando una inseguridad jurídica a los operadores del comercio, toda vez que para algunos estados podría ser perfectamente válida la elección de Ley y para otros no. Por esta razón, debió retomarse el tema en el Tratado de Montevideo de 1940.

B) TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940

El Tratado de Montevideo 1940 siguió la misma línea que su antecesor convencional, unificando en el art 37³¹ lo preceptuado en los arts. 32 y 33 del Tratado de Montevideo 1889. De la misma forma, establece el lugar de cumplimiento del contrato como punto de conexión para determinar la norma aplicable. Debido a la polémica suscitada en el anterior Tratado, se prefirió, en esta ocasión, incluir dentro del propio texto del protocolo adicional, una disposición que diera claridad y seguridad jurídica a la autonomía de la voluntad conflictual, quedando redactada de la siguiente manera:

Artículo 5 “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.” Aunque en principio se mantiene la negativa a que las partes escojan la Ley del contrato, se abre la posibilidad legal –anteriormente teórica- a que, una vez identificado el Derecho nacional aplicable

³⁰ OPERTTI BADAN, Didier. “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en Mestre, *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma, UNIDROIT, 1998, p. 34.

³¹ El artículo 37 reza de la siguiente manera: “La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.”

a la relación jurídica, se analice si este Derecho permite la autonomía conflictual, de ser así, la designación de la Ley del contrato hecha por las partes cobraría total validez.

En síntesis, si la Ley del lugar de cumplimiento de la obligación admite la autonomía conflictual, las partes pueden pactar válidamente que las normas de otro Estado sean las que regulen su contrato. Los Tratados de Montevideo del 1889 y 1940 están plenamente vigentes en la actualidad, y a pesar de constituir un gran avance en el Derecho Internacional Privado latinoamericano, deben criticarse, principalmente porque las soluciones adoptadas no responden a la realidad del comercio actual, ni a las tendencias jurídicas sobre la materia, ya que establecen una gran limitación de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Estos Tratados fueron creados en un momento político y jurídico totalmente diferente, y no otorgan en la actualidad las herramientas que necesita el comercio transnacional; pero es necesario advertir, que no es culpa del propio tratado –que ya cumplió con su función– es culpa de que los Estados no han sido capaces de unificar sus criterios en torno a un Derecho convencional nuevo, a pesar de algunos intentos como la Convención de México de 1994, donde inexplicablemente el número de ratificaciones es menor.

C) CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE MÉXICO 1994

La autonomía conflictual en América Latina logra un gran avance con la aparición de la Convención de México de 1994, pues este instrumento convencional adopta de manera “cristalina este principio constituyendo todo un logro histórico”³². En efecto, el

³² BOGGIANO, Antonio, “La solución de controversias: Los principios de UNIDROIT como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros.” en Mestre, *Los principios*

artículo 7 es el encargado de permitir y limitar la autonomía conflictual, y lo hace en los siguientes términos:

“El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable”.

El primer párrafo del artículo establece una amplia libertad para que las partes puedan elegir el Derecho que regula su contrato. De esta manera, los contratantes pueden pactar un cuerpo jurídico estatal que esté vinculado con el negocio, o incluso, uno de un tercer Estado, pero limitados por las “disposiciones imperativas del foro”³³, o normas imperativas de otro Estado con el que el contrato tenga vínculos estrechos. La elección debe ser expresa, o se podrá inferir del comportamiento de las partes y del texto mismo del contrato. Asimismo, la Convención de México permite que la elección se haga sobre la totalidad del contrato o sobre una parte del mismo, es decir permite el fraccionamiento o desmembramiento del contrato (*DepeÇaje*), de esta manera, distintos Derechos regulan armónicamente diversos aspectos de un mismo contrato internacional. En la Convención la internacionalidad del contrato no puede ser producto de la voluntad de las partes³⁴; se permite la incorporación por referencia de cuerpos normativos no estatales como los Principios de UNIDROIT, pero teniendo

de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?, Roma, UNIDROIT, 1998, p. 168.

³³ Artículo 11, Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).

³⁴ OPERTTI BADAN, Didier, *op.cit.*, p.55.

siempre presente que existirá un Derecho estatal como trasfondo³⁵. En suma, la Convención de México de 1994 reconoce el valor jurídico de la autonomía de la voluntad de los contratantes, reconociéndoles una amplitud de posibilidades para establecer el Derecho que regula su contrato.

D) ANÁLISIS DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME

Después de describir brevemente los principales criterios para elegir la Ley del contrato en las normas uniformes, en la Tabla 1 se hace un análisis comparativo que permite evidenciar las similitudes y diferencias en estos cuerpos jurídicos.

Tabla. 1 Autonomía conflictual en el Derecho Uniforme

Norma	Expresa	Expreso/ tácito	Todo o parte	Se puede elegir		Modi- ficación	Conexión con el contrato	Norma imperati- va como limite	Regula existencia y vali- dez del consenti- miento
				Ley	Derecho no estatal				
Roma									
Ciudad de México 1994									
Mon- tevideo 1889									
Mon- tevideo 1942									

Fuente: Elaboración propia

³⁵ BOGGIANO, Antonio, op.cit., p. 169.

De acuerdo a la Tabla 1 se puede concluir que los Tratados de Montevideo no traen una regulación de la autonomía conflictual, como se señaló en el análisis previo. Asimismo, se puede deducir que el Reglamento Roma I y la Convención de México coinciden en permitir la elección expresa y tácita de la norma que regula el contrato, y que las partes puedan designar disposiciones distintas para una porción del mismo. Ambas legislaciones permiten también modificar una previa elección, y no exigen que la norma designada tenga conexión con el contrato. Finalmente convergen en regular la existencia y validez del acuerdo. Donde se encuentra una diferencia radical, es en la posibilidad de elegir el Derecho no estatal, puesto que el Reglamento Roma I es claro en advertir que solo se puede acordar la Ley interna de un Estado, mientras que la convención permite la designación de cuerpos jurídicos como la *Lex Mercatoria*. En suma, estos dos cuerpos jurídicos contienen una regulación precisa sobre los límites que tienen las partes para hacer uso de su autonomía conflictual, a diferencia los los Tratados de Montevideo.

V. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN LAS NORMAS DE CONFLICTO INTERNAS

El uso de la norma de conflicto uniforme se antepone a la aplicación de las disposiciones internas. Por tal motivo, si la relación jurídica se encuadra dentro del ámbito de aplicación de la norma conflictual uniforme, el juez la debe utilizar incluso para establecer los límites de la autonomía conflictual. Aunque las normas uniformes pretenden dejar casi obsoleto el uso de la Ley interna, tal como ocurre en la Unión Europea, la regulación conflictual doméstica en América Latina, siguen teniendo hoy un papel protagónico, al no conseguirse los apoyos para ratificar las Convenciones, como sucede con la Convención de México.

En materia conflictual, Colombia cuenta con disposiciones en el código civil y en el código de comercio, fragmentadas por la

obsoleta distinción entre vínculos jurídicos de carácter mercantil y civil. Estas normas de conflicto son unilaterales, es decir, solo designan cuándo es aplicable la Ley nacional, y no cuentan con reglas para establecer la Ley foránea.

De la misma forma que el Tratado de Montevideo de 1889, las normas de conflicto domésticas en Colombia no traen una regulación referente a la autonomía conflictual, el cuál debería ser el primer punto de conexión para establecer la Ley del contrato, y ha existido desde antaño un debate doctrinal acerca de la validez de una cláusula en este sentido. Por tanto, y como no existe una disposición en concreto sobre la autonomía conflictual en la legislación interna, se ha recurrido a otras disposiciones jurídicas nacionales e internacionales, para encontrar un sustento legal que avale este Derecho subjetivo.

En primer lugar, se ha acudido a los artículos 1602, 15, 16 del Código Civil. El artículo 1602 reconoce que los acuerdos alcanzados mediante el contrato constituyen una Ley de carácter particular, cuya invalidación tan solo se produce por los mismos contratantes o por aquellas causas legales establecidas en la norma. De acuerdo a esto, las partes pueden incluir en el contrato todas las cláusulas que estimen convenientes y que no sean contrarias a la Ley, la moral y las buenas costumbres, y una de estas cláusulas puede ser la elección de la Ley que regule su contrato internacional.

Justamente los artículos 15 y 16 del código civil establecen los límites de los contratantes a la hora de fijar su clausulado. El artículo 15 estipula que tan solo se podrán renunciar aquellos Derechos reconocidos por las normas jurídicas que afecten el interés particular de quién renuncia, siempre y cuando esta renuncia no se encuentre prohibida por una disposición legal, como pueden ser la obligación de alimentos, la rescisión por lesión enorme, entre otras. Por su parte el artículo 16 del código civil afirma que no pueden derogarse por acuerdos particulares las leyes “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costum-

bres”, lo que indica que por fuera de esta restricción los particulares pueden de común acuerdo establecer cláusulas a su contrato.

De esta manera, y dentro de los límites de las anteriores disposiciones, se debe considerar que una cláusula que establezca la Ley que regula un contrato internacional es perfectamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano y debe ser obligatoriamente aplicada por el juez que conozca el asunto. De igual forma, se podría acudir a los Tratados internacionales que han sido firmados pero no ratificados por el Estado colombiano y que permiten la autonomía conflictual, tal es el caso de la ya estudiada Convención de México de 1994³⁶. También se ha estimado oportuno recurrir, por medio de analogía, a la norma de arbitraje internacional.

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma que prohíba la autonomía conflictual, excepto el artículo 1328 del Código de Comercio que establece una norma imperativa para el contrato de agencia comercial: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.” Pero incluso esta disposición solo establece una restricción cuando el punto de conexión sea la ejecución del contrato dentro del territorio colombiano, lo que se traduce en la posibilidad de pactar una cláusula de elección de Ley por fuera de esta restricción, por ejemplo cuando el contrato se deba ejecutar en el extranjero.

A) PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Justamente para evitar esta incertidumbre en la elección de la Ley aplicable por parte de los contratantes, la propuesta de reforma al código civil colombiano liderada por la Universidad Nacional

³⁶ Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V).

de Colombia, plantea la inclusión directa de una regulación en tal sentido. Lo anterior, está contemplado en el artículo 27 de la propuesta en los siguientes términos:

La ley del lugar en donde deben cumplirse los negocios jurídicos rige su naturaleza, efectos y todo lo relativo a su ejecución. Salvo que la ley lo prohíba, los contratos se regirán por la ley del lugar al que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. En su defecto: a. Los efectos de los contratos de beneficencia se rigen por la ley del domicilio del benefactor; b. Se rigen por la ley del lugar de su celebración los efectos de los negocios en los cuales no pueda determinarse el lugar de su cumplimiento. Asimismo, cuando no pueda determinarse el lugar de celebración se regirá, para todos los fines, por el de ejecución.

Esta propuesta ha generado un interesante debate dentro de la doctrina nacional, por esto, a continuación, se destacarán los aspectos más importantes y se plantearán las principales incertidumbres.

En primer lugar, se debe destacar que en la propuesta se pone fin a la discusión acerca de la posibilidad de escoger la Ley del contrato, dado que presenta, sin dubitación, tal opción dentro del cláusulado. En segundo lugar, la propia norma establece dos límites de importancia para que los contratantes elijan su Ley: la elección ha de ser expresa, y debe estar vinculada con el contrato.

Esta disposición, tal como está planteada, presenta más incertidumbres que certezas, por varias razones a saber: Lo primero que ha de advertirse es que la autonomía conflictual debe ser el primer criterio a tener en cuenta para la elección de la Ley del contrato. Por eso, debe ubicarse su posibilidad y límites, antes que las normas en defecto de elección, tal como ocurre en el Reglamento Roma I, en la Convención de México, Código Civil y Comercial

de Argentina Art. 2651³⁷, la Ley de Derecho Internacional privado de Venezuela Art. 29³⁸, y el Código Civil de Perú Art. 2095³⁹. Teniendo en cuenta esta premisa general, no es comprensible que

³⁷ “Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato; e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país”.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

³⁸ “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.”

³⁹ “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación

el artículo 27 propuesto, inicie con la Ley aplicable en defecto de elección, y posteriormente, regule la autonomía conflictual. Adicionalmente, debe criticarse el hecho de no permitirse la elección tácita, y la exigencia de escoger una Ley conectada con el contrato, pues son dos disposiciones que limitan la autonomía de la voluntad de las partes, y que no tienen un efecto protector de la seguridad jurídica contractual.

Asimismo, debe cuestionarse que la norma nada regula sobre aspectos que a día de hoy se consideran básicos en la elección de la Ley del contrato, como es la posibilidad de la elección parcial, la regulación sobre la modificación de una Ley previamente elegida, incluso lo referente a la existencia y validez de la propia cláusula. Finalmente, en la propuesta se debió tratar de manera clara la opción de elegir cuerpos jurídicos no estatales, pues aunque no se prohíbe de manera directa, la expresión “Ley”, seguramente dará lugar a dicha restricción.

Por lo anterior, es claro que la propuesta de reforma al código civil no se ajusta a la realidad actual en materia de regulación de la autonomía conflictual, y debe ser replanteada. Finalmente, es importante conocer lo establecido en las normas internas latinoamericanas en materia de autonomía conflictual. La Tabla 2 pretende mostrar el panorama de algunas legislaciones internas en América Latina.

principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración”.

Tabla 2. Autonomía conflictual en normas internas

Norma	Expresa	Expreso/ tácito	Todo o parte	Se puede elegir		Modifi- cación	Cone- xión con el contrato	Norma impe- rativa como límite	Regula existencia y validez del consenti- miento
				Ley	Derecho				
Código civil y comer- cio									
Vene- zuela									
Perú									
Argen- tina									
Pro- puesta refor- ma cc									

Fuente: Elaboración propia.

La Tabla 2 muestra que tan solo la Ley Argentina cuenta con una norma que regula de manera robusta la autonomía conflictual, permitiendo la elección tácita, la elección parcial, e incluso la designación de normas no estatales. Asimismo, regula la modificación de un Derecho previamente elegido, y establece como límite la norma imperativa. Por su parte, la Ley de Venezuela contempla una regulación incipiente, pero al menos se puede elegir la norma no estatal. La Ley peruana, por su parte, prohíbe la elección tácita, y no regula los demás aspectos de importancia en la elección del Derecho aplicable al contrato, aunque finalmente protege las normas imperativas nacionales. Como se puede apreciar, el tratamiento de la elección de la Ley del contrato no es uniforme en las normas internas de los países latinoamericanos, por tanto, se sugiere seguir las directrices plasmadas en en los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de la Haya.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La posibilidad de elegir el Derecho aplicable a los contratos internacionales debe estar consagrada en todos instrumentos jurídicos de carácter interno o internacional, y debe ser la piedra angular sobre la cual se construye la seguridad jurídica contractual. Por tal motivo, se debe valorar el hecho de que la propuesta de reforma al Código Civil Colombiano contenga una regulación en tal sentido, pues despeja las dudas actuales sobre la validez y alcance de una cláusula en este sentido.

Sin embargo, los redactores de esta propuesta no atendieron a las nuevas tendencias jurídicas internacionales sobre la materia, y obviaron lo regulado por la Convención de México de 1994, el Reglamento Roma I, y otros cuerpos jurídicos modernos que resaltan la necesidad de otorgar mayor autonomía a los contratantes.

Asimismo, debe criticarse el hecho de que la propuesta no atendió las recomendaciones del “Informe del comité jurídico interamericano sobre la guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las américas”⁴⁰, que justamente conmina a los legisladores de países pertenecientes a la OEA que pretendan modificar las normas internas de carácter conflictual, a que sigan las disposiciones consagradas en los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de la Haya.

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo, se concluye que la propuesta de reforma al Código Civil colombiano no cumple con los requisitos mínimos para regular de manera óptima la autonomía conflictual en el país. Lo anterior, porque una regulación en tal sentido debe consagrar, al menos, las siguientes posibilidades y límites:

⁴⁰ Informe del comité jurídico interamericano sobre la guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las américas, OEA, CJI/doc. 577/19 rev.1, 2 8 de agosto de 2019.

Primera. Debe permitir la elección expresa y tácita del Derecho aplicable.

Segunda. No debe establecer una solemnidad al acuerdo de elección.

Tercera. Debe permitir la designación de una norma para todo o para una parte del contrato.

Cuarta. Debe reconocer y permitir la elección de cuerpos jurídicos no estatales.

Quinta. Ha de regular la modificación de un Derecho previamente establecido.

Sexta. No debe limitar la designación a un Derecho conectado con el contrato.

Séptima. Consecuente con lo anterior, debe protegerse la norma imperativa estatal.

Octava. Debe regular la existencia y validez del consentimiento expresado en la cláusula.

Novena. Debe aclarar el ámbito de aplicación del Derecho designado, para lo cual, se puede seguir al Art. 9 de los Principios de la Haya: La Ley designada rige: interpretación, derechos y obligaciones derivados del contrato, ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, la valoración de los daños y perjuicios, los diferentes modos de extinción de las obligaciones, la prescripción y la caducidad, la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato, la carga de la prueba y las presunciones legales; y las obligaciones precontractuales.

Finalmente, la autonomía conflictual es un Derecho subjetivo vital para alcanzar un elevado nivel de seguridad jurídica en materia de contratos internacionales, puesto que evita la incertidumbre que produce elegir la norma del contrato mediante el método conflictual. Por este motivo, es fundamental que los Estados cuenten con una regulación interna posible, y a su vez limite, la posibilidad de que las partes elijan el Derecho que gobierna su contrato, como mecanismo óptimo para alcanzar la seguridad jurídica contractual mediante la previsibilidad del Derecho aplicable.