



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Zuleta Alarcón, Nicolás Andrés
Un estudio normativo y económico al pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato en el
ordenamiento jurídico colombiano
Revista de Derecho Privado, núm. 49, enero-junio, 2013, pp. 1-30
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033220007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**UN ESTUDIO NORMATIVO Y ECONÓMICO AL PACTO
DE LA CLÁUSULA DE DERECHO O LEY APLICABLE
AL CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO**

NICOLÁS ANDRÉS ZULETA ALARCÓN

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 49
Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7794

Un estudio normativo y económico al pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato en el ordenamiento jurídico colombiano

Nicolás Andrés Zuleta Alarcón*

RESUMEN

El intercambio mercantil transnacional ha sido un factor determinante a la hora de realizar modificaciones a la práctica contractual. La cláusula de ley sustancial aplicable al contrato es la consecuencia de esta modernización, sin embargo, la legislación y la jurisprudencia no definen sus requisitos de validez. Por lo anterior, es necesario realizar un estudio normativo de ciertas instituciones jurídicas, como el contrato internacional, la autonomía de la voluntad privada, el orden público internacional y la regla de conflicto, frente a la estipulación de la referida cláusula. Así mismo, se debe realizar un estudio económico sobre el comportamiento de las partes en el pacto de esta cláusula, con el fin de establecer la conducta más eficiente para la relación contractual.

PALABRAS CLAVES: cláusula de ley sustancial aplicable, contrato internacional, autonomía de la voluntad privada, modos de selección de ley, orden público internacional, teoría de juegos, equilibrio de Nash y regla de conflicto.

ABSTRACT

The transnational commercial exchange has been a determining factor when making modifications to contractual practices. The substantive clause law applicable to the contract is the result of this modernization; nevertheless, legislation and case law do not define the validity requirements. Therefore, it is necessary to conduct research into certain legal institutions, such as international contracts, private autonomy, international public order and the rule of conflict, against the provision of the clause. Moreover, an economic study must be conducted on the behaviour of the parties to the covenant of this clause, in order to establish the most efficient conduct for the contractual relationship.

KEYWORDS: clause substantive law applicable, international contract, private autonomy, selection modes law, international public order (policy), game theory, Nash equilibrium and conflict rule.

* Candidato a grado de Derecho con opción en Economía e Historia, en marzo de 2013 de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como monitor de la materia Contratos Civiles y Comerciales de la misma universidad e investigador del Banco Mundial. Correo: nicolaszuleta137@gmail.com.

SUMARIO

Introducción – I. EL CONTRATO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO – II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA: CLÁUSULA DE LA LEY APLICABLE – A. *Las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada en el modo de selección de la ley aplicable* – B. *El orden público internacional como limitación de la autonomía de la voluntad en la escogencia de la ley aplicable* – III. LA VALIDEZ DEL PACTO DE LA CLÁUSULA DE SELECCIÓN DE DERECHO SUSTANCIAL APLICABLE – IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN MODELO PARA EL PACTO DE LA CLÁUSULA DE LEY APLICABLE – V. LA NORMA O REGLA DE CONFLICTO: LEY APLICABLE EN DEFECTO DE LA ELECCIÓN – A. *Puntos de conexión* – 1. Ley del lugar de celebración del contrato (Lex Loci Celebrationis) – 2. Ley del lugar de ejecución del contrato (Lex Loci Executionis) – 3. La nacionalidad – 4. Lugar de ejecución de la prestación característica – B. *La regla de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano* – C. *Estipulación de la cláusula de selección de ley en el contrato de agencia comercial* – VI. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Introducción

La reducción de las barreras para el tráfico comercial internacional, el incremento de la dependencia económica entre las naciones, avivada a partir del aumento de las transacciones de carácter transnacional y el constante flujo internacional de capitales, han permitido la construcción de un escenario donde el mercado mundial es una realidad y una necesidad. El fenómeno de la globalización ha superado los mecanismos clásicos de intervención y regulación, desafiando “los tradicionales conceptos de soberanía y autodeterminación que se daban como un presupuesto para los gobiernos nacionales” (Hernández, 2010, p. 128) en la reglamentación de las relaciones negociales. La intensificación de las relaciones internacionales ha influenciado de manera sustancial la práctica contractual y la normatividad hasta ahora vigente en los ordenamientos jurídicos, toda vez que estas han cobrado un nuevo rol determinante en la globalización y en el modo de actuar de los operarios del mundo de los negocios.

En Colombia la globalización ha repercutido en la modificación de la normatividad nacional, pues esta no se encontraba acorde con las necesidades del intercambio mercantil. Por lo anterior, se expidieron normas que actualizaron el ordenamiento jurídico colombiano, entre ellas la Ley 1563 de 2012, la cual complementó y modernizó lo dispuesto en la Ley 315 de 1996, que regulaba lo concerniente al arbitraje nacional e internacional. Así mismo, se tomaron otras medidas como la derogatoria de la cláusula Calvo, con la Ley 80 de 1993 y la Ley 315 de 1996, se-

gún la cual el Estado colombiano y los particulares debían pactar la competencia de los jueces colombianos y la aplicación de la ley nacional en los contratos celebrados para las transacciones internacionales. Dicha modificación permitió actualizar la normatividad nacional a las necesidades del fluctuante y voraz mundo de los negocios internacionales.

El contrato es el mecanismo por excelencia mediante el cual se realizan las transacciones negociales. Por lo anterior, el incremento de las transacciones ha significado un aumento en la celebración de contratos, los cuales podrán elevarla cantidad de litigios si se presentan incumplimientos. De esta manera, se ha convertido en práctica común en el mundo de los negocios internacionales, someter la relación jurídica y todos aquellos escenarios que emanan de ella, y sean objeto de litigio, a la ley más favorable, tanto en lo que se refiere a la seguridad jurídica como a la eficiencia en la resolución de disputas. De ahí el origen del pacto de la cláusula de derecho o ley sustancial aplicable al contrato, pues dada la imposibilidad de redactar contratos autosuficientes por la infinidad de supuestos posibles, este debe referirse de manera subsidiaria a un ordenamiento jurídico, nacional o internacional, que permita determinar los alcances y efectos de las estipulaciones contractuales. Y que a su vez, supla los vacíos no regulados por la autonomía de la voluntad privada de las partes.

No obstante, los regímenes civil y comercial del ordenamiento jurídico colombiano y demás leyes complementarias de la materia no son claros en determinar la viabilidad jurídica del

pacto de la cláusula de derecho sustancial o ley aplicable al contrato, ya que no se han definido ciertas instituciones jurídicas relevantes para su estipulación, tal como lo sería el contrato internacional. Así mismo, se debe definir el papel que juega el principio de la autonomía privada en lo concerniente a la estipulación de la mencionada cláusula, su validez y límites frente a la normatividad nacional.

Por lo anterior, el presente artículo académico se propone contribuir a esclarecer la validez del pacto de la cláusula del derecho sustancial aplicable al contrato, a partir de la definición de la institución jurídica de contrato internacional y del principio de la autonomía de la voluntad privada. Por otro lado, realizará un análisis del comportamiento de las partes contratantes en la selección de derecho sustancial o ley aplicable al contrato internacional. Posteriormente, se efectuará el estudio de la regla de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano, cuando no existe pronunciamiento por las partes contratantes.

Con el fin de cumplir los objetivos planteados con anterioridad, la metodología de trabajo a implementar es de carácter cualitativo, a partir de la revisión doctrinal, jurisprudencial y legislativa. La estructura es la siguiente: un primer acápite respecto de la conceptualización del contrato internacional; un segundo acápite en el cual se explica la manera de operar del principio de la autonomía de la voluntad privada en el pacto de esta cláusula, sus limitaciones en el modo de selección y el orden público como restricción; el tercer acápite corresponde al estudio de la validez del pacto de la cláusula de derecho

o ley aplicable al contrato internacional; el cuarto acápite concierne al análisis económico del comportamiento de las partes contratantes; un quinto acápite aborda la regla de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano; y, finalmente, un sexto acápite correspondiente a las conclusiones obtenidas.

I. EL CONTRATO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una definición expresa sobre la noción de contrato internacional o cuáles son los parámetros para establecer el concepto de esta institución jurídica. En la normatividad nacional, tanto en el régimen civil y comercial como en diferentes instrumentos internacionales — el “Tratado de Derecho Civil Internacional” y el “Tratado de Derecho Comercial Internacional”, aprobados por la Ley 33 de 1992, además de la Ley 518 de 1999, aprobatoria de la “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”— se han regulado los aspectos formales del contrato, su formación, su existencia, su naturaleza, su validez y sus posibles efectos, es decir, “a) La capacidad de las partes contratantes; b) Los requisitos de forma del contrato; c) La naturaleza y efectos del contrato; d) La ejecución del contrato, pero no contienen una definición exacta de qué es un contrato” (Oviedo, 2003, p. 686) o qué es un contrato internacional. Por lo anterior, es necesario realizar una “interpretación analógica de ciertas materias similares que sí se tratan en la legislación nacional” (Zuleta, 2010, p. 5), además

de acudir a las fuentes auxiliares del derecho, tales como la jurisprudencia, los tratados internacionales, y subsidiariamente la doctrina, con el objeto de establecer una definición adecuada sobre la institución jurídica del contrato internacional, toda vez que “los problemas relativos a la selección de foro y la selección de ley suelen ser ajenos a las relaciones jurídicas domésticas. Es en el escenario del contrato internacional donde aparecen” (Zuleta, 2010, p. 5).

Tal como se expuso con anterioridad, al no existir un contexto normativo concreto sobre la materia de estudio, se partirá del análisis de las disposiciones que regulan el arbitraje internacional en Colombia, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, el cual consagra: “cuando no haya leyes exactamente aplicables al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen los casos o materias semejantes (...)”. La Ley 1563 de 2012, carta de navegación en lo que respecta a la regulación del arbitraje en Colombia, mantuvo los criterios objetivos y subjetivos para definir el criterio de internacionalidad del arbitraje (Bernal, 2012, p. 272), consignados en la Ley 315 de 1996.

Para establecer si habrá lícitamente arbitraje internacional en una relación jurídica transnacional (Cuberos, 2005, p. 28), además de la sumisión expresa por las partes, “la ley combina los criterios jurídicos (domicilio y cumplimiento de la obligación) con los criterios económicos (dos o más Estados interesados y comercio internacional)” (Aljure, 2000, p. 50). Según Medina (2007), los supuestos consagrados en la norma referenciada determinan el carácter internacional de una relación jurídica, por lo cual,

conforme al doctrinante, podrían asimilarse para poder conceptualizar la institución jurídica de contrato internacional. No obstante, diferentes tratadistas como Zuleta (2010) y Suescún (2003) señalan que la disposición citada se refiere a la internacionalidad de la controversia y no a la relación jurídica en sí misma.

La Ley 315 de 1996 fue demandada por inconstitucionalidad y en el examen realizado por la Corte Constitucional, quien en sentencia C-347 de 1997 con ponencia del magistrado Jorge Arango, estableció el *elemento extranjero* como factor determinante de la internacionalidad de la relación jurídica. Este supuesto también lo ha adoptado la doctrina, ya que según Aljure (2012, p. 9) “todo contrato internacional tiene al menos un elemento extranjero”. En ese sentido, “una situación privada manifiesta carácter internacional cuando presenta, al menos un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento” (Calvo & Carrascosa, 2012, p. 26). Esta posición ha sido denominada como la “tesis del elemento extranjero puro”, por cuanto se podría afirmar que cualquier relación jurídica es internacional, cuando esta presenta un elemento extranjero (Oviedo, 2003, p. 686), sea el que sea, “con total independencia de su naturaleza —elemento personal, real, local o conductista, voluntario, etc.—” (Calvo & Carrascosa, 2012, p. 27). Sin embargo, tal conclusión es ambigua y abstracta, pues puede ocurrir que cualquier elemento extranjero dote de internacionalidad a una relación jurídica contractual, tal como sería la nacionalidad de uno de los contratantes, así el resto de la relación jurídica contractual se desarrolle en un mismo Estado.

De esta manera, es necesario determinar la naturaleza del elemento extranjero, en aras de lograr establecer de manera efectiva el concepto de *relación jurídica internacional*. Zuleta (2010) manifiesta que de realizarse una interpretación analógica de la Ley 315 de 1996, “la circulación de riqueza entre países parece ser el elemento denominador común” entre los criterios de internacionalidad. Por lo anterior, se puede considerar que “el elemento fundamental de la internacionalidad de una relación contractual se da a partir de la circulación de riqueza entre las fronteras nacionales” (Zuleta, 2010, p. 7), posición que fue denominada como la “tesis del efecto internacional”. Según Calvo y Carrascosa (2012) esta posición señala que “la situación es internacional cuando presenta un repercusión transfronteriza” (p. 29), en otras palabras, una relación jurídica es internacional cuando produce efectos conectados con otros países o afecta los intereses del comercio internacional (Oviedo, 2003, p. 687).

En lo expuesto con anterioridad solamente se ha hecho referencia a la existencia de relaciones jurídicas internacionales o de contratos con elementos extranjeros, por lo que no ha sido posible realizar una definición concreta de contrato internacional. Aljure señala “que la diferencia entre un contrato internacional y uno con elementos extranjeros es de metodología” (2012, p. 9). Este autor no brinda un concepto concreto de contrato internacional, sin embargo, restringe el ámbito de la definición, pues señala la presencia del aspecto jurídico o económico en torno al contrato internacional (2012, p. 9). Por su parte, Zuleta (2010) sí define esta institución jurídica, y concluye que un contrato internacio-

nal es “aquel que tiene un elemento extranjero que hace que, de manera directa o indirecta, se establezca una relación económica transnacional entre dos o más partes” (p. 9) conjugando los criterios jurídicos y económicos.

En resumen, según las consideraciones realizadas respecto de la internacionalidad de la relación, los elementos que pueden dotarla de ese carácter, así como la definición anteriormente citada, podría entenderse por un contrato internacional aquel mediante el cual dos o más partes, configuran una relación jurídica dotada de algún elemento extranjero, objetivo o subjetivo, que conlleve una relación económica internacional que tenga contacto con más de un Estado.

Ahora bien, definida la institución jurídica de contrato internacional, se procederá a realizar un análisis de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato como representación del principio de la autonomía de la voluntad privada, dado que, como se mencionó al comienzo del texto, los problemas relativos a la selección de derecho aplicable no se presentan en relaciones limitadas al ámbito local.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA: CLÁUSULA DE LA LEY APLICABLE

La autonomía de la voluntad privada, como principio básico en el derecho contractual, implica la posibilidad de prescribir sus obligaciones, es decir “la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad” (Leible, 2010, p. 14). Tal como expo-

ne la normatividad nacional en el artículo 1602 del Código Civil: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para las contratantes”. En el mismo sentido, el estatuto mercantil se ha referido en su artículo 4 en los siguientes términos: “las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas”. En otras palabras, el principio de la autonomía de la voluntad privada “puede definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica y como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte” (Castellanos, 2006, p. 57). Por lo anterior, la autonomía de la voluntad privada es el mecanismo y medio idóneo para que los operarios del mundo de los negocios efectúen relaciones comerciales internacionales.

En la dinámica jurídica es posible diferenciar dos formas de ejercicio de la autonomía de la voluntad privada: la autonomía material y la autonomía conflictual. En lo que respecta a la primera, se entiende como “la libertad contractual que las partes tienen en el marco de un concreto Derecho material nacional, para dotar de contenido a las cláusulas del contrato –interno o internacional–” (Castellanos, 2006, p. 60). Mientras que la segunda “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” (Leible, 2010, p. 14); en ese sentir, se entiende por autonomía conflictual la potestad que las partes del contrato internacional poseen para definir según sus intereses la ley aplicable al contrato. Se debe resaltar que la autonomía conflictual, en el ámbito del derecho in-

ternacional privado, es el equivalente a la autonomía material en ámbito del derecho nacional. Para el presente artículo académico, desarrollado en el ámbito del derecho internacional privado, se acogerá la autonomía conflictual como fundamento básico del pacto de la cláusula de estudio. Por lo anterior, podría afirmarse que la autonomía de la voluntad privada conflictual es una verdadera regla de conflicto, ya que a través del pacto de la cláusula de selección de derecho se logra indicar la ley aplicable a la relación jurídica. De esta manera, la autonomía conflictual a través del pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato, es una salida de la libertad contractual a los rígidos supuestos de conexión de la relación jurídica en derecho internacional privado de cada país (Leible, 2010, p. 23).

Por regla general, “se exige que la sumisión [, de la elección de derecho por las partes,] se exprese de forma clara y precisa. Y, de otro lado, que conste la aceptación por ambas partes” (Pérez, 2001, p. 364). Esta elección puede realizarse de dos maneras: expresa o tácita (Leible, 2010, p. 26). En la primera opción, al configurarse una relación contractual de carácter internacional, las partes pueden convenir, mediante una cláusula, que se aplicará el derecho material de un determinado ordenamiento jurídico a la interpretación y las controversias que en el futuro puedan surgir de dicha relación, entre otros aspectos que las partes consideren necesarios de la relación jurídica. Igualmente, dentro de la escogencia expresa de la ley por las partes, existe una subdivisión respecto a la modalidad de elección, ya que puede ser realizada de manera positiva, es decir, que las partes escojan directamente un derecho aplicable al contrato, por

ejemplo, se podría estipular: “Este contrato está sometido al derecho colombiano”. Así mismo, la elección puede ser realizada de manera negativa, rechazando de manera concreta la aplicación de un determinado derecho, es decir: “Este contrato no se somete al derecho colombiano” (Leible, 2010, p. 26).

En lo que respecta a la escogencia tácita, esta implica que a partir de casos concretos o de un sistema de presunciones los jueces o los árbitros elijan, infiriendo o deduciendo la voluntad de las partes, el derecho aplicable al contrato. Entre las principales presunciones se encuentran: 1) la escogencia tácita de ley sustancial a partir de los usos y costumbres mercantiles imperantes; 2) la escogencia tácita de ley sustancial a partir de la incorporación en las cláusulas del contrato, de las normas de un sistema jurídico determinado; 3) escogencia tácita de ley sustancial a partir de la interpretación de la relación comercial específica de las partes y 4) la escogencia de la sede del foro o del tribunal de arbitramento, como selección implícita de la ley sustancial de dicho foro o sede (Talero, 2008, p. 290). Estos supuestos primarán a la hora de determinar el derecho o ley aplicable, sin perjuicio de que las partes contratantes puedan desvirtuarlos, cuando se presente una controversia y el árbitro o juez decidan implementarlos.

En lo concerniente al momento en el que los contratantes realizan la elección del derecho aplicable, en la práctica estos formalizan el acuerdo sobre el derecho o ley aplicable cuando concluyen el contrato, sin embargo, también pueden convenirlo posteriormente si no lo han previsto inicialmente en el contrato. No obstan-

te, se debe precisar que “la elección posterior se somete en esencia a los mismos principios que la elección inicial, y puede tomarse expresamente o de forma tácita” (Leible, 2010, p. 29). En el mismo sentido, dependerá de las partes establecer si el cambio de la ley aplicable tiene efectos *ex nunc* o *ex tunc* (Leible, 2010, p. 29). Esta elección posterior debe cumplir la función de derogar la sumisión realizada en el acuerdo anterior, “aún cuando se produzca en un documento posterior al contrato o separado de éste” (Pérez, 2001, p. 364). c) conocido el principio de la autonomía determinada relación con vocación dicho elemento” contrato; c)

Definida la forma como opera el principio de la autonomía de la voluntad privada, en lo que respecta al pacto de la cláusula de derecho aplicable al contrato internacional, es necesario establecer sus limitaciones. Por un lado, las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada en el modo de selección de la ley aplicable y, por el otro, el orden público como limitación de la autonomía de la voluntad en la escogencia de ley aplicable.

A. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada en el modo de selección de la ley aplicable

En cuanto a la autonomía de la voluntad privada para el modo de selección de la ley aplicable, surgen cuatro interrogantes respecto al alcance y limitación de esta, cuyas respuestas se desarrollarán en la presente subdivisión. En primer lugar: ¿pueden las partes regular el contrato por reglas transnacionales? La respuesta

a esta pregunta es afirmativa, en la medida que la normatividad seleccionada, que es una ley transnacional, puede operar como ordenamiento jurídico, tal como sería pactar en la cláusula que el contrato se rija por la *Lex Mercatoria* o los principios Unidroit (Talero, 2008, p. 303). Estos instrumentos, al igual que la ley nacional, pueden regular todos los aspectos relacionados con el contrato, sea la interpretación, ejecución, nulidad, resolución o terminación, cuando las partes no hayan hecho referencia a ellos. La estipulación de las reglas transnacionales tiene la ventaja de permitirle a las partes contar con un sistema jurídico neutral, este supuesto “evita la aplicación de normas nacionales desconocidas o rechazadas por alguna de las partes” (Talero, 2008, p. 303). Sin embargo, estipular una de estas reglas transnacionales como derecho o ley aplicable presenta una serie de problemas, entre los que se debe señalar la interpretación de sus fuentes y su contenido (Talero, 2008, p. 303).

El segundo interrogante es: ¿las partes tienen la posibilidad de escoger un derecho o ley sin relación alguna con ellas? Es deber señalar que no existe respuesta concreta a esta pregunta, “puede decirse que los jueces estatales no admiten en principio tal escogencia” (Aljure, 2000, p. 57). De esta manera, emplearían el método conflictual o la regla de conflicto de su foro, que en la mayoría de los casos es la *Lex Loci Executionis*, o lugar de ejecución del contrato (Aljure, 2000, p. 57). No obstante, no existe razón por la cual los jueces estatales puedan obviar las estipulaciones contractuales respecto a la ley escogida por las partes, así esta última no tenga vinculación alguna con ellas, con el contrato

o con la controversia, pues según el principio de la autonomía de la voluntad privada, las partes tienen la potestad de definir según sus intereses la ley aplicable al contrato. Según Leible (2010), “no es necesario un especial vínculo material o espacial con el derecho escogido, ni tampoco es necesario un interés especial de las partes en el derecho escogido. Las partes pueden y deben decidir sin intromisión de un poder estatal”.

El tercer interrogante es: ¿pueden las partes escoger varias leyes sustanciales que regulen el contrato? De acuerdo con la doctrina nacional mayoritaria esta respuesta es afirmativa, tal como lo exponen Aljure (2000) y Talero (2008). Cuando las partes escogen varias leyes aplicables a un mismo contrato se habla de la teoría *severability* o *dépeçage*, la cual consiste en que las partes o los jueces fraccionan un mismo contrato en distintas leyes aplicables (Aljure, 2000, p. 55). Esta teoría fue diseñada para los contratos mixtos o atípicos, es decir, un contrato que “reúne prestaciones u obligaciones provenientes de diferentes tipos de contratos” (Talero, 2008, p. 302). Esta teoría es inconveniente en la práctica porque aplicar varias leyes a un contrato puede ser fuente de conflicto, ya que los diferentes aspectos del contrato estarán sometidos a disposiciones posiblemente opuestas en razón de las tradiciones jurídicas de las legislaciones.

Finalmente, habiendo dado respuesta a los anteriores interrogantes, se procederá a resolver el último: ¿las partes tienen la posibilidad de celebrar un contrato sin ley? Según Aljure (2000) y Leible (2010), la respuesta es negativa. El supuesto de pactar un contrato sin ley nace de la

posibilidad de que las partes consideren que su contrato es autosuficiente, tema al cual se han referido Cooter & Ulen (2008) definiéndolo como “contrato perfecto”; este es entendido como:

Un contrato (...) completo. [En donde] se prevén todas las contingencias; el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes; toda la información relevante ha sido comunicada; nada puede salir mal. Un contrato perfecto es también eficiente. Cada recurso se asigna a la parte que lo valúa más; cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor costo, y los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua de cooperación entre las partes (Cooter & Ulen, 1998, p. 265).

Sin embargo, en la práctica, suponer que se puede celebrar un contrato sin ley no es factible, pues “es improbable y con frecuencia imposible [identificar todas las contingencias que se pueden presentar en la relación contractual]. Negociar y contratar es difícil y oneroso. Toma tiempo y recursos, no sólo de las partes sino de sus abogados. Ello hace que el ejercicio sea costoso. Y entre más especificidad, más onerosidad en la contratación. Por ende, raramente ocurre” (González, 2012, p. 2). En los mismos términos se ha referido Leible (2010), pues dispone que “el contrato por sí solo no puede desde luego ser el único fundamento de los derechos y obligaciones de las partes”. De esta manera, el contrato debe siempre referirse a una normatividad que supla los vacíos que la autonomía de la voluntad privada de las partes no pueda regular. Esta teoría ha sido denominada por el Análisis Económico del Derecho, como la de los “contratos inviablemente incompletos” (Salazar, 2007, p. 14).

B. El orden público internacional como limitación de la autonomía de la voluntad en la escogencia de la ley aplicable

En la subdivisión anterior se ilustró la limitación en el modo de la selección de la ley aplicable; en la presente se desarrollará la idea del orden público como limitación de la autonomía privada. Para desarrollar este imaginario se hará, en primer lugar, referencia al orden público interno, posteriormente al orden público internacional y, en último lugar, a las consecuencias e implicaciones que conlleva el pacto de la cláusula de ley aplicable cuando se vulneren estos.

La autonomía de la voluntad privada se encuentra limitada o restringida cuando se pacta en contra o se vulnera el orden público. No obstante, es necesario realizar una aclaración en cuanto a los diferentes conceptos de orden público y aquel que puede limitar efectivamente el pacto de la cláusula de ley aplicable. De igual forma, es necesario señalar la inexistencia de una definición exacta de orden público en la normatividad nacional; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de realizar los desarrollos pertinentes, con el fin de establecer las diferencias en los conceptos de orden público y su correcta implementación.

En lo relacionado con el orden público interno, el artículo 16 del Código Civil establece que: “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. Conforme a lo anteriormente expuesto, “se fija el orden público como un límite a la autonomía de la voluntad

en el desarrollo de sus transacciones civiles” (Roldán, 2010, p. 5) o, en otras palabras, aquellas normas que “tienen validez permanente y se oponen a las meramente supletivas o interpretativas de la voluntad de las partes que sólo rigen a falta de estipulaciones de los contratantes que modifiquen sus previsiones” (Holguín, 1990-1991, p. 19).

En lo concerniente a la selección de ley aplicable, se ha “establecido una noción diferente de orden público, que no se identifica con la de orden público interno o de leyes imperativas” (Holguín, 1990-1991, p. 11), el cual ha sido denominado como orden público internacional. Este no hace referencia a normas de carácter global o transnacional, sino a normas nacionales sobre las que se sustenta el sistema jurídico de cada país, donde cualquier vulneración resulta irreconciliable. Sin embargo, se debe señalar que el concepto de orden público internacional solamente tiene cabida en las relaciones transnacionales. Así pues, el “concepto de orden público internacional (...) podría definirse como una excepción (cláusula de reserva) a la aplicación de la ley sustancial designada por la ley de conflicto o al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por ir estas en contravención a los principios sobre los cuales se edifica un Estado” (Roldán, 2010, p. 7).

Esta diferenciación es necesaria, en la medida que las consecuencias e implicaciones que conllevan el pacto de la cláusula de ley aplicable pueden variar si se atenta contra uno u otro. La vulneración del orden público interno, compuesto por normas imperativas, tiene como consecuencia el desconocimiento de las con-

venciones entre particulares que atenten contra él (Holguín, 1990-1991, p. 21). Mientras que la vulneración al orden público internacional, conformado por las normas que sostienen los principios básicos de las instituciones jurídicas de cada Estado, implica impedir la aplicación de leyes, fallos o laudos extranjeros (Holguín, 1990-1991, p. 21). Por lo tanto, al encontrarnos en medio de transacciones internacionales, sujetas a posibles litigios y sentencias extranjeras con eventualidad de surtir efectos jurídicos en varios países, se exige para su reconocimiento y ejecución en determinado territorio que la relación contractual que soporta el contrato no atente contra el orden público internacional del país en el cual se pretende valer; por lo menos en el caso colombiano.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, mediante sentencia del 27 de julio de 2011, con radicado 1101020300020070195600 y ponencia de la magistrada Ruth Marina Díaz, consagró que se debe tener en cuenta el orden público internacional del Estado de Colombia para denegar un exequátur, pues la vulneración de una norma de orden público local es insuficiente para oponerse al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera. De lo expuesto por el Alto Tribunal se puede inferir el amplio margen de acción de la autonomía de la voluntad privada, pues en últimas “la libertad contractual o autonomía privada dispositiva faculta a las partes disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles”, así estos no se encuentren estrechamente relacionados con la normatividad nacional, tal como lo expuso el magistrado William Namén Vargas en sen-

tencia del 19 de octubre de 2011, con radicado 11001310303220010084701, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, solamente las normas de orden público internacional, es decir, aquellas normas de un Estado sobre las cuales se sustentan los aspectos más básicos de moralidad, estabilidad o justicia del mismo y que fijan “los límites de la tolerancia del sistema jurídico receptor a la aceptación de instituciones extranjeras” (Suescún, 2003, p. 153), son una restricción para la autonomía de la voluntad privada en la estipulación de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato internacional

III. LA VALIDEZ DEL PACTO DE LA CLÁUSULA DE SELECCIÓN DE DERECHO SUSTANCIAL APLICABLE

Habiéndose definido la institución jurídica de contrato internacional y aclarada la manera de funcionar del principio de la autonomía de la voluntad privada en el pacto de la cláusula de ley aplicable, es procedente realizar un análisis de la validez de la estipulación de esta cláusula. En el presente acápite se realizará este análisis a partir de lo consignado y desarrollado en el presente artículo académico.

Para que un acto jurídico surta todos los efectos que conlleva su existencia, requiere el cabal cumplimiento de los elementos de validez. Estos elementos de validez difieren de los de existencia del acto jurídico, en la medida que los primeros corresponden a aquellos cuya ausencia acarrea un vicio, sin afectar la existen-

cia misma del acto, pues se siguen produciendo efectos jurídicos del acto viciado, así sea de manera imperfecta. Mientras que los segundos, los elementos de existencia, son aquellos donde su ausencia condiciona el nacimiento del acto jurídico, razón por la cual no pueden producir efecto jurídico alguno.

El ordenamiento jurídico colombiano establece en el artículo 1502 del Código Civil los elementos para la validez de los actos jurídicos, los cuales son: i) capacidad de las partes; ii) consentimiento exento de vicios; iii) objeto lícito; iv) causa lícita; y, v) las formalidades exigidas por la ley. La ausencia u omisión de uno de estos requisitos puede derivar en un vicio que genere nulidad, absoluta o relativa, del acto, tal como se señala en el artículo 1740 del Código Civil, afectando su viabilidad y condenándolo a la muerte (Ospina & Ospina, 2005, p. 84). Así mismo, se debe señalar que hasta que las partes o un tercero soliciten la nulidad del acto, este sigue produciendo efectos jurídicos. En lo que respecta a la validez del pacto de la cláusula de selección de ley sustancial, además del lleno de los requisitos anteriormente mencionados dentro del acto jurídico se deben cumplir otros requisitos, para que no adolezca de algún vicio que, con posterioridad, genere una sanción jurídica.

Los problemas concernientes a la cláusula de selección de ley aplicable no se presentan en relaciones de carácter local, pues en Colombia opera el principio de territorialidad de la ley, tal como se consagra en el artículo 18 del Código Civil: “la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. Es decir, existe una imposibilidad por parte de

los contratantes de sustraer del conocimiento de la soberanía estatal, representada por los jueces, las controversias que se presentan en un contrato que regula una relación local. Por lo tanto, solamente en contratos internacionales que regulan una relación transnacional se puede pactar la cláusula de derecho sustancial aplicable.

Por otro lado, si bien el principio de la autonomía de la voluntad privada permite pactar la cláusula de ley aplicable en el contrato internacional, existe una serie de limitaciones en cuanto al modo de escogencia de la ley. Las partes tienen la posibilidad de elegir la ley aplicable al contrato internacional de manera expresa o tácita. Cuando sea de manera expresa, podrán acogerse a lo dispuesto en una ley no nacional, a una legislación que no tenga relación alguna con ellas, con el contrato internacional o escoger varias leyes que regulen el contrato. En lo que respecta a la manera tácita de selección, las partes correrán con el riesgo de que el árbitro o juez seleccione la ley a partir de presupuestos de hecho o jurídicos, los cuales podrán o no favorecer los intereses de los contratantes. Ahora bien, las partes podrán redactar contratos bastante completos, sin embargo, no es posible que puedan prever todas las contingencias y riesgos a los cuales se encuentran sometidos, por ende, deberán acudir de manera subsidiaria a una ley que actúe de manera supletiva sobre vacíos que las partes no regularon. Es decir, no hay posibilidad de que las partes celebren un contrato sin ley.

Así mismo, para que sea válido el pacto de la cláusula de ley aplicable, se deben observar las

normas de orden público internacional del Estado en donde se pretende valer la sentencia. De lo contrario podrá denegarse el reconocimiento y ejecución de esta, y no se podrán surtir los efectos deseados con la demanda.

En síntesis, del estudio normativo realizado con anterioridad respecto del pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable, se establece que además de cumplir los requisitos que dispone la ley, la cláusula deberá pactarse en un contrato internacional. De igual forma, deberá referirse en el contrato internacional a una ley aplicable que supla los vacíos de las estipulaciones contractuales. Finalmente, que se respeten por los contratantes las normas de orden público internacional del Estado donde se ejecutará lo dispuesto en la sentencia.

IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN MODELO PARA EL PACTO DE LA CLÁUSULA DE LEY APLICABLE

Teniendo en cuenta lo expuesto en el análisis normativo del pacto de la cláusula de ley aplicable al contrato, este acápite procura enseñar, a través de la teoría de juegos, entendida como “el estudio de problemas que involucran interacciones estratégicas entre los participantes” (Eslava, 2005, p. 1), el comportamiento de las partes contratantes en el pacto de la cláusula de ley aplicable. Este análisis tiene como objetivo quebrantar la visión formalista de la ciencia jurídica, ya que esta se limita a observar las normas “como un conjunto de [prescripciones] aislado cuya aplicación depende de una lógica en gran medida autónoma, e [intentará establecer]

las conexiones que hay entre normas y comportamiento” (Morales, 2011, p. 67). Así mismo, la estipulación de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato permite que las partes contratantes, a través de ella, seleccionen los ordenamientos jurídicos “que a su juicio sean claros, flexibles y neutros, es decir, sin ambigüedades, con capacidad de adaptación a las cambiantes necesidades del comercio internacional, y que traten de manera igualitaria a todas las partes involucradas en la relación jurídica” (Medina, 2007, p. 375).

El juego planteado es el siguiente: los jugadores son la parte 1 (C1) y la parte 2 (C2). En lo pertinente a las estrategias, la parte 1 puede pactar su ley nacional (Ln1) como ley aplicable al contrato o proponer una ley extranjera común (Lec), es decir, que no corresponde a ninguna de las partes contratantes. La parte 2 podrá aceptar (A) o rechazar (R). Si ha aceptado, hay acuerdo de voluntades y por ende ley aplicable al contrato. Si ha rechazado puede proponer como ley aplicable al contrato su ley nacional (Ln2) o una ley extranjera común. Una vez la parte 2 ha propuesto la ley aplicable, la parte 1 podrá aceptar o podrá rechazar.

El juego planteado con anterioridad es dinámico, con turnos limitados y con información completa, pues “al menos un jugador observa cómo actúa al menos otro jugador antes de tomar su propia decisión” (Eslava, 2005, p. 2) y a su vez “cada jugador conoce la función objetivo de cada uno de sus contrincantes” (Eslava, 2005, p. 2). Los pagos pertinentes se encuentran representados en la gráfica 1. El objetivo de plantear un juego es encontrar la combinación de

estrategias, una para cada jugador, de tal manera que cada estrategia sea la respuesta más adecuada a las estrategias de los demás jugadores (Peralta, 2011). Lo anterior se denomina equilibrio de Nash, donde “cada jugador toma la decisión que es mejor para él tomando como dada la decisión del otro jugador” (Krugman, 2008, p. 306). La posibilidad de encontrar este escenario admite la posibilidad de pronosticar cuál será la decisión de los jugadores participantes si se cumplieran los supuestos del juego.

Se debe señalar que el presente juego cumple una función teórica, en la medida que se debe mirar cada caso en concreto, con el fin de lograr realizar una asignación de valores absolutos a las notaciones presentes, de tal manera que se logre establecer un comportamiento efectivo y eficiente de las partes contratantes en el pacto de la cláusula de derecho aplicable al contrato. El juego planteado presenta la siguiente notación: $[\alpha]$ es el costo de transacción, es decir, los costos en los que incurren las partes cuando se realiza un intercambio económico, los cuales pueden ser: 1) costo de investigación, entendido como los costos generados al realizar la búsqueda en el mercado del bien objeto del contrato; 2) el costo de negociación, comprendido como el empleo de los costos necesarios para llegar a un acuerdo entre las partes; 3) el costo de información, entendido como el costo de divulgar información privilegiada descubierta en la negociación y 4) el costo de oportunidad, correspondiente al mayor o menor beneficio que pudo haber proporcionado otra alternativa de contratación.

Por otro lado se encuentra $[\delta]$, entendido como el costo de reprocesamiento, es decir, los costos

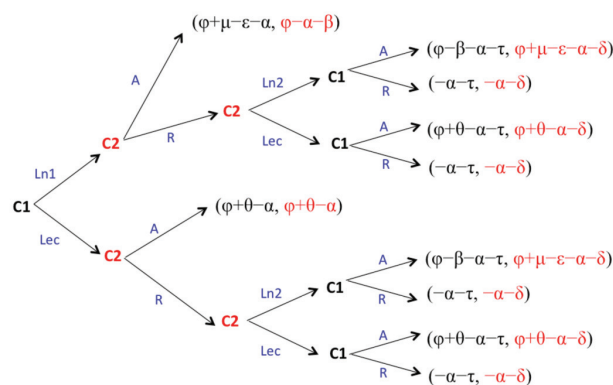
en los que incurren las partes cuando realizan modificaciones a la ley aplicable al contrato propuesta inicialmente, en otras palabras, los costos empleados en la renegociación del pacto de la ley. Así mismo, se tiene a $[\tau]$, correspondiente al costo de operación, comprendido como el costo de tiempo empleado en realizar la negociación, el cual aumenta conforme al tiempo empleado para llegar al acuerdo de voluntades. Por su parte, $[\beta]$ es el costo oculto¹, entendido como el costo que se genera por desconocer la ley de la otra parte contratante, sus instituciones jurídicas e implicaciones de un proceso judicial. Por otra lado, $[\varepsilon]$ es el costo menor estimado, el cual corresponde a la disminución del porcentaje o cálculo razonable de ganancia, el cual es generado como compensación por la selección de la propia ley, en otras palabras, es la menor ganancia obtenida por celebrar el contrato con su ley nacional.

En lo que respecta a los beneficios, se encuentra que $[\varphi]$ es el beneficio del contrato, es decir, los beneficios que se obtienen de llevar a cabo el negocio, el cual es mutuo para las partes (no significa que sea equitativo). Así mismo, nos encontramos con $[\mu]$, beneficio de ley nacional, correspondiente al beneficio que se tiene por la parte al contratar con su ley nacional, debido al conocimiento del ordenamiento jurídico y las implicaciones de un proceso judicial. Por último está $[\theta]$, beneficio de ley extranjera común, entendido como el beneficio que se obtiene por contratar con una ley extranjera común para ambas partes. Esta es desconocida para

las dos partes contratantes, lo cual las deja en un mismo plano de conocimiento, acentuando la equidad contractual y, a su vez, aumentando el porcentaje estimado de ganancia obtenido al no contratarse con su ley nacional.

Señaladas las notaciones correspondientes al juego, la gráfica 1 representa los correspondientes pagos en el comportamiento de las partes contratantes en el pacto de la cláusula o ley aplicable al contrato. Los pagos correspondientes a la parte 1 (C1) se encuentran representados con color negro, los que atañen a la parte 2 (C2) están con color rojo y las decisiones por las que pueden optar las partes se representan con color azul.

Gráfica 1.



Para efectos de este juego se tienen los siguientes supuestos: i) Si no hay acuerdo en la ley aplicable no hay contrato; ii) $\mu - \varepsilon < \theta$: establece que habrá un mayor beneficio al contratar con la ley extranjera común que con la ley nacional, como consecuencia del aumento del porcentaje o ganancia estimada, iii) $\theta > \beta$: señala que habrá un mayor beneficio en contratar con la ley extranjera común que con la ley de la otra parte, debido a los costos en los que se incurre para

1 No se asigna el costo oculto en la selección de la ley extranjera común, por cuanto opera de igual forma para ambas partes contratantes, razón por la que no se modificaría el juego planteado.

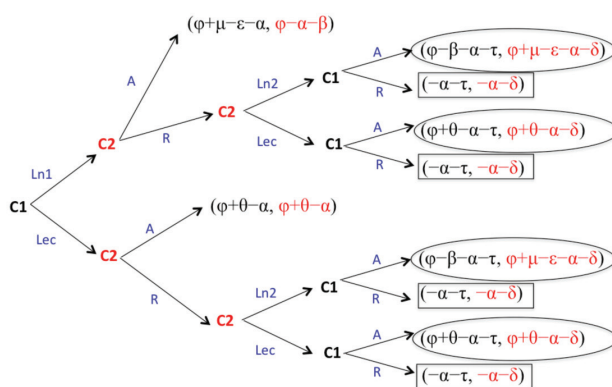
tener conocimiento de la ley y las implicaciones de un proceso judicial; iv) α , δ y $\tau > 0$: dispone que se causan mayores costos incurriendo en la transacción sin que se llegue a celebrar el contrato, debido a que se genera el costo de investigación, costo de información, costos de negociación, costo de oportunidad, costo de procesamiento y costo de operación, mas no se obtiene ningún beneficio; v) $\varphi > 0$: establece que hay un mayor beneficio cuando se contrata que cuando no se hace y φ : indica que hay acuerdo y, por ende, ley aplicable.

Según Eslava (2005), solucionar “un juego consiste en encontrar el equilibrio que represente lo que una situación en la que es racional que los agentes se ubiquen” (Eslava, 2005, p. 4). Para el presente juego dinámico con información completa, es encontrando, como se mencionó anteriormente, su equilibrio de Nash. Para cumplir este cometido, se empleará el método de inducción hacia atrás. Siguiendo a Eslava (2005) y Peralta (2011), este método consiste en iniciar desde el fin del juego y encontrar las estrategias óptimas que tiene el último jugador en turno para cada decisión del jugador del turno anterior. Obtenida esta información, se reducen las opciones que traen menor beneficio para el jugador. A continuación, se debe encontrar nuevamente la estrategia óptima, teniendo en cuenta las reducciones realizadas. El paso anterior se debe realizar hasta llegar al inicio del juego, donde se encontrará el equilibrio de Nash.

Se partirá de lo consagrado en la gráfica número 2. En esta se puede observar cómo la última acción de la parte 2 (C2) es proponer celebrar el contrato por su ley nacional (Ln2) o por una

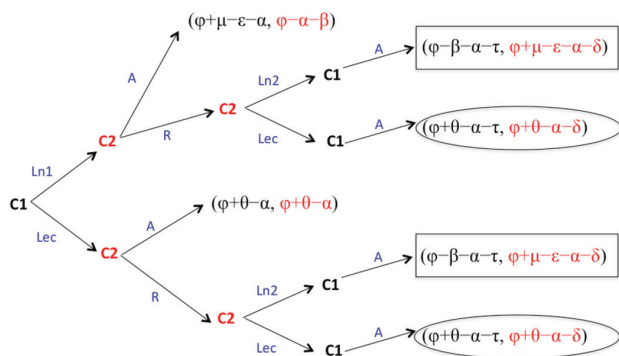
ley extranjera común (Lec). A partir de esta actuación, la parte 1 podrá aceptar (A) o rechazar (R). Si se realiza una comparación en los pagos, se puede observar que aquellos que se encuentran encerrados en óvalos reportan un mayor beneficio para la parte en turno, la parte 1 (C1), respecto de los encerrados en cuadrados.

Gráfica 2.



Aquellos encerrados en óvalos representan la aceptación de la parte 1 (C1) a la ley aplicable, independientemente de la propuesta por la parte 2 (C2). Esto indica que se obtiene el beneficio de contratar, que es mayor a los demás costos sufragados. Mientras que si rechaza la proposición de la ley aplicable, independientemente de la propuesta realizada por la parte 2 (C2), no hay acuerdo de voluntades; por ende no hay contrato y solamente se generan los costos asociados a la transacción, es decir, costos de investigación, costos de información, costos de negociación, costo de oportunidad y, además, los costos de operación. Al reducir las estrategias que reportan menor beneficio, se genera el siguiente juego (gráfica 3).

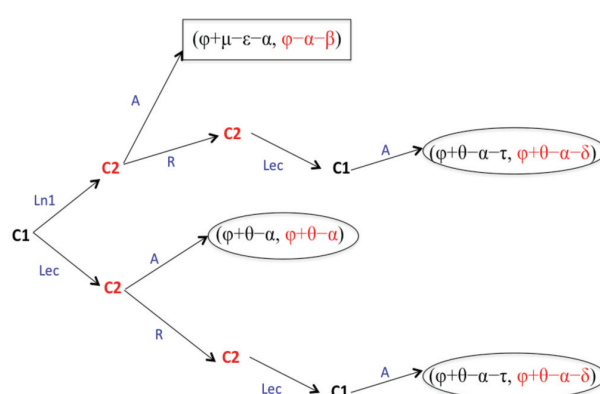
Gráfica 3.



Según la reducción de estrategias realizada, en la gráfica número 3 se puede observar cómo la última acción de la parte 1 (C1) es aceptar celebrar el contrato por la ley nacional de la parte 2 (Ln2) o por una ley extranjera común (Lec). Si se realiza una nueva comparación en los pagos, se podrá apreciar que aquellos que se encuentran encerrados nuevamente en óvalos reportan un mayor beneficio respecto de los encerrados en cuadrados para la parte 2 (C2), quien esta vez es el jugador en turno.

En los pagos encerrados en óvalos, la parte 2 (C2) obtiene el beneficio de contratar, más el beneficio de contratar con la ley extranjera común, así se generen los costos de transacción y de reprocesamiento; estos costos son menores al beneficio obtenido. Mientras que en los pagos encerrados en cuadrados, si bien la parte 2 (C2) obtiene el beneficio de contratar, más el beneficio de contratar con su propia ley, incurre en los costos de transacción, en los de reprocesamiento y el costo menor estimado. Al reducir nuevamente las estrategias que reportan menor beneficio, se genera el siguiente juego (gráfica 4).

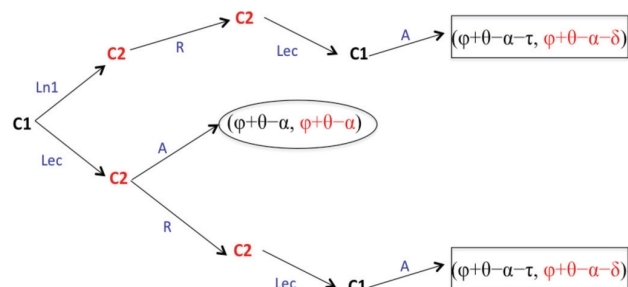
Gráfica 4.



Continuando con la reducción de estrategias menos óptimas, en la gráfica número 4 se evaluarán los beneficios por parte de la parte 1 (C1) de celebrar el negocio con su ley nacional (Ln1) o con una ley extranjera común (Lec). Si se efectúa una comparación en los pagos, se podrá observar que aquellos que se encuentran encerrados en óvalos reportan un mayor beneficio respecto del pago encerrado en cuadrado para el jugador en turno, la parte 1 (C1).

En los pagos encerrados en óvalos, la parte 1 (C1) obtiene el beneficio de contratar, más el beneficio de contratar con la ley extranjera común, así incurra en los costos de transacción y el costo de operación. Mientras que en el pago encerrado en cuadrado, si bien la parte 1 (C1) obtiene el beneficio de contratar, más el beneficio de contratar con su propia ley, incurre en los costos de transacción, en los de reprocesamiento y el costo menor estimado. Al reducir la estrategia que reporta menor beneficio se genera el siguiente juego (gráfica 5).

Gráfica 5.



Siguiendo con el método de inducción hacia atrás, eliminando las estrategias reseñadas nos encontramos ante la última etapa del juego, en la que se determinará si la parte 2 (C2) deberá aceptar ante el primer intento la ley extranjera común como ley aplicable al contrato o si, por el contrario, deberá proponer como ley aplicable su ley nacional. En vista de que el transcurso del tiempo genera una mayor cantidad de costos de operación, la parte 2 (C2) deberá aceptar en la primera oportunidad la propuesta de ley extranjera común. La gráfica número 5 demuestra lo señalado con anterioridad.

Lo anteriormente consagrado permite establecer que el juego propuesto tiene un único equilibrio de Nash, pues existe la posibilidad de que haya múltiples equilibrios de Nash o simplemente no tenga equilibrio (Eslava, 2005, p. 6). El óptimo obtenido implica las siguientes estrategias, en su orden: la parte 1 (C1) ofrece como ley aplicable al contrato una ley extranjera común (Lec) y la parte 2 (C2) deberá aceptar (A). Los pagos asociados a este equilibrio por parte de la parte 1 son: el beneficio de contratar, el beneficio de contratar con la ley extranjera menos los costos de transacción, los cuales corresponden de manera idéntica a la parte 2. En notación de teoría de juegos:

$$\text{Equilibrio de Nash} = \{(Lec, A)\}$$

este equilibrio de Nash genera los siguientes pagos: $\pi(EN) = [(\varphi + \theta - \alpha, \varphi + \theta - \alpha)]$.

Habiéndose solucionado el juego anteriormente planteado, se podría decir que teniendo en cuenta los costos y beneficios que se generan en la negociación del pacto de ley aplicable, la solución más efectiva y eficiente es aquella en la que se reducen en mayor medida los costos asociados al reprocesamiento, a la operación y la menor ganancia estimada. De esta manera, se justifica el pacto de la cláusula, maximizando los beneficios de las partes y, a su vez, conllevando a una equidad contractual. Esta equidad contractual se puede alcanzar a través del pacto de un derecho extranjero común o un derecho neutral; lo anterior procede con el fin de evitar que “con la elección del derecho la otra parte pueda sacar de ello algún provecho al conocer mejor su propio derecho” (Leible, 2010, p. 18).

La justificación de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato parte del respeto de la entidad estatal frente a los intereses de las partes contratantes, en su estipulación. Este respeto se encuentra reconocido bajo el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las partes gozan de autonomía para “configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad” (Leible, 2010, p. 14). Según Leible (2010) esta libertad conlleva, implícitamente, el respeto de los medios utilizados por los particulares para “perseguir y equilibrar sus intereses”. En otras palabras, los contratantes conocen sus necesidades, tanto en la relación contractual

material cuando dotan de contenido el contrato a través de las cláusulas como también en el pacto de la cláusula de derecho aplicable seleccionando el ordenamiento jurídico que más les conviene.

En diferentes relaciones comerciales internacionales es factible la existencia de móviles que determinen el pacto de un preciso ordenamiento jurídico. Las partes pueden encontrarse interesadas en someter la relación contractual a un derecho, que según ellas “contiene las normas más adecuadas para ese contrato o que domina el tráfico comercial internacional en ese ámbito” (Leible, 2010, p. 18). Conforme a lo expuesto por Leible (2010), es usual en el comercio internacional el pacto del derecho inglés en contratos de suministro de cereales, en razón del rol sobresaliente de la Corn Trade Association de Londres.

De igual forma, el pacto de la cláusula objeto de estudio se encuentra justificado debido a que al configurarse una relación jurídica transnacional, en la cual no es posible identificar fácilmente el derecho aplicable, las partes deberán determinarlo con el fin de evitar inconvenientes ante futuras controversias. La libertad en la elección de un derecho entraña seguridad jurídica, en cuanto que pactar un determinado derecho para regular la relación contractual implica tener un conocimiento previo de este. A partir de este conocimiento, las partes “pueden disponer lo necesario para sus negocios y adaptar su conducta jurídicamente querida a los presupuestos del ordenamiento jurídico elegido” (Leible, 2010, p. 19). Una localización objetiva no permite adecuar el comportamiento de las

partes según los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico localizado y, con ello, la posibilidad de generarse consecuencias jurídicas adversas.

En el acápite siguiente se procederá a efectuar el análisis normativo de la norma o regla de conflicto en ausencia de la autonomía de la voluntad en el contrato internacional. Para realizar el presente cometido, se realizará la conceptualización de la institución jurídica, su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano y, finalmente, a manera de ejemplificación, se abordará el pacto de la cláusula de selección de derecho o ley aplicable en el contrato de agencia comercial en Colombia.

V. LA NORMA O REGLA DE CONFLICTO: LEY APLICABLE EN DEFECTO DE LA ELECCIÓN

Después de realizado el análisis normativo de las instituciones jurídicas involucradas en el pacto de la cláusula de derecho y ley aplicable, y el análisis económico del comportamiento de las partes contratantes mediante el modelo de teoría de juegos anteriormente planteado, es necesario proceder al estudio de la norma o regla de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano.

La regla de conflicto “es aquella norma (...) que localiza la situación privada internacional en un concreto Estado, Estado cuyo ordenamiento jurídico debe regular dicha situación privada internacional” (Calvo & Carrascosa, 2012, p. 322), en otras palabras, es aquella norma dentro del

ordenamiento jurídico que localiza la relación jurídica internacional en un determinado Estado, para que mediante el derecho material de este se interprete lo relacionado con esta y eventualmente se resuelva el litigio surgido con ocasión de la situación litigiosa internacional. La regla de conflicto procede “[c]uando las partes no optan por ninguna ley aplicable a su contrato, presentán[dose] dos situaciones: i) que no se haya suscrito pacto arbitral, en cuyo caso el juez estatal es el encargado de aplicar la regla de conflicto de su ordenamiento jurídico o ii) que haya pacto arbitral” (Aljure, 2000, p. 59), sea por medio de cláusula compromisoria o compromiso arbitral, en cuyo caso los árbitros escogerán de manera directa o indirecta el régimen jurídico que ellos consideran apropiado aplicar al contrato (Talero, 2008, p. 331). En el presente acápite solamente se abordará la primera situación, pues la segunda desborda el objeto de este artículo académico.

Es necesario destacar que existe una concepción clásica o subjetiva y una concepción moderna u objetiva de la autonomía de la voluntad. En lo que respecta a la primera, ante la ausencia de pronunciamiento de las partes “el juez debe buscar la intención implícita de las partes y hallar así la ley aplicable” (Aljure, 2000, p. 60). Para ello, debe inferir esa voluntad implícita de menciones realizadas por las partes en el contrato a una ley determinada o un artículo de la misma. La segunda, dispone que “ante la ausencia de elección de ley por las partes establece que debe aplicarse la ley del Estado con el cual el contrato tiene el mayor número de vínculos” (Medina, 2007, p. 374). Aljure (2000) denomina este sistema como de la localización

objetiva del contrato, pues el juez tiene la labor de buscar la ley del país con el cual el negocio tiene mayor afinidad o, en otras palabras, encontrar su centro de gravedad, el cual se determina a partir de la prestación característica de la relación negocial.

En el derecho internacional privado se encuentra dispuesto el principio general según el cual, el juez competente aplica su propia regla de conflicto o método conflictual. Así pues, si nos encontramos ante un contrato internacional donde las partes no hayan pactado un derecho aplicable a la relación y surge un litigio con ocasión de un incumplimiento contractual, se podrá observar de esta situación, que al menos dos funcionarios judiciales de Estados diferentes tendrán competencia para conocer del litigio. Podrá ser que uno de los jueces haya aplicado la norma de conflicto de su ordenamiento y se establezca que la relación se debe regular por la ley de su formación, mientras que el juez del otro Estado aplique su norma de conflicto y concluya que el contrato se debe regular por la ley de su ejecución, entre otros supuestos, los cuales son denominados puntos de conexión, los cuales se explicarán con mayor detalle a continuación.

A. Puntos de conexión

Los puntos de conexión, “también denominados como criterio de atribución, cumplen la función de vincular apriorísticamente a una determinada categoría de situaciones o relaciones jurídicas con un concreto ordenamiento jurídico nacional” (Esplugues & Iglesias, 2008, p. 178). El establecimiento del punto de conexión depende de las políticas legislativas de cada nación. A continua-

ción mencionaremos los más comunes y posteriormente lo referente al caso colombiano.

1. Ley del lugar de celebración del contrato (*Lex Loci Celebrationis*)

La regla de ley del lugar de celebración del contrato o *Lex Loci Celebrationis* significa, como su nombre lo indica, la regulación del contrato por el derecho del país donde este se ha celebrado (Medina, 2007, p. 372). Según esta, el juez debe aplicar a los contratos internacionales, la ley del lugar donde ha sido celebrado el contrato. Esta solución se encuentra “basada en la Soberanía estatal: los actos celebrados en el territorio de un país se regulan por la Ley de ese país, (...) [debido a que] el Estado extiende su Soberanía sobre su territorio” (Carrascosa, 2003, p. 89). Sin embargo, al aplicarse este criterio de atribución se pueden presumir supuestos que no tienen cabida en la relación contractual. Es decir, las partes contratantes podrán viajar a un Estado neutral, donde ninguna de estas tenga operaciones comerciales, esto con el fin de mantener neutralidad en la negociación. De llegar a un acuerdo entre las partes, la relación contractual deberá regirse por la normatividad del lugar de la celebración del contrato, así esta no tenga relación alguna con las prestaciones establecidas, con la ejecución de estas mismas o con la nacionalidad de las partes.

2. Ley del lugar de ejecución del contrato (*Lex Loci Executionis*)

El principio *Lex Loci Executionis* establece que “la ley aplicable a la ejecución de los contratos

es la ley del lugar donde estos deben cumplirse” (Medina, 2007, p. 373). Se debe mencionar que el lugar de ejecución del contrato es la sede natural de las obligaciones y que, por lo tanto, nunca sería un lugar fortuito o ajeno a la dinámica del contrato. No obstante, se debe tener en cuenta que conforme a la práctica contractual y las necesidades del mundo de los negocios, los contratos se caracterizan por tener una variedad de prestaciones, las cuales no solamente se efectúan en un solo país. Por lo anterior, se podría presentar un conflicto de leyes entre los Estados en los cuales se haya ejecutado el contrato.

3. La nacionalidad

La nacionalidad de la persona natural o jurídica es un factor de conexión que se tiene en cuenta en diferentes normas de conflicto en el derecho internacional privado. “Responde a la idea de hacer aplicable la Ley del país en cuya comunidad social está realmente integrado el sujeto (integración social y psicológica)” (Carrascosa, 2004, p. 151). El presente criterio de atribución es simplista, en la medida que las partes contratantes podrán tener diferentes nacionalidades, lo cual conllevaría un conflicto de leyes. Tal como se mencionó en el primer acápite, correspondiente al contrato internacional en el ordenamiento jurídico colombiano, la nacionalidad de las partes no es un criterio determinante para dotar de internacionalidad una relación.

4. Lugar de ejecución de la prestación característica

La prestación característica del contrato ha sido entendida como la prestación no dineraria. En ese sentido, “la prestación característica es aquélla que distingue un tipo contractual de otros” (Castellanos, 2012, p. 75). De esta manera, se puede señalar que el contrato se regirá por la ley del país donde se desarrolle el contexto económico, es decir, de la parte “que se sumerge en un mercado extranjero crea[ndo] una corriente de comercio internacional” (Castellanos, 2012, p. 81). Sin embargo, no es pacífica ni uniforme la respuesta doctrinal, jurisprudencial y legislativa, en cuanto a la definición de la prestación característica en contratos donde no se presenta una obligación dineraria.

Según Castellanos (2012), los tribunales de Francia e Italia determinaron que la prestación característica en un contrato de concesión correspondía al concedente, mientras que los tribunales de Bélgica determinaron que esta correspondía al concesionario. En los mismos términos se ha pronunciado Medina (2007), pues señala que algunos sectores de la doctrina se han decantado por considerar la prestación característica como aquella más importante en la relación contractual en términos de onerosidad, mientras que otro sector dispone que su funcionamiento fue únicamente concebido para relaciones contractuales con existencias de obligaciones dinerarias. Por lo anterior, se ha dificultado la implementación de este criterio de atribución, pues se requerirá partir de un análisis del tipo contractual implementado y no de

las circunstancias fácticas del contrato, para determinar la prestación característica y, con ello, la ley aplicable al contrato internacional.

B. La regla de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano

El derecho privado internacional colombiano mantiene la influencia del Código Civil de Colombia de 1887, pues no se han adoptado medidas legislativas posteriores para su modificación. El artículo 20 del Código Civil establece que:

Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aún cuando sus dueños sean extranjeros o residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión.

Mientras que el artículo 869 del Código de Comercio dispone que: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”. Los artículos anteriormente mencionados son la piedra angular de la regla de conflicto en materia contractual del ordenamiento jurídico colombiano. Es necesario resaltar que ambas normas son de procedencia temporal lejana, ya

que la primera data de la Ley 57 de 1887, mientras que la segunda del Decreto 410 de 1971. En lo que respecta a la norma civil, se ha “adoptado un sistema “territorialista”, debido a que “determina la aplicación en Colombia de la ley colombiana, y “unilateralista”, en cuanto prevé la ley aplicable a los efectos en Colombia, de contratos válidamente celebrados en el extranjero sobre bienes situados en el país, sin ocuparse de definirla respecto de los efectos que dichos contratos produzcan en otros lugares” (Zapata, 2008, p. 207).

Por su parte, la norma mercantil es bastante amplia en la medida que no determina a qué tipo de contratos se ha de aplicar, así mismo, no establece cuál es la ley aplicable al contrato celebrado en el exterior, ni aquel que se ejecuta parcialmente fuera del país. Sin embargo, de un análisis a la disposición es posible establecer la ocurrencia de tres supuestos: 1) el contrato es celebrado en Colombia, pero se ejecuta en un país extranjero; 2) el contrato se celebra en el país y se ejecuta parcialmente en el país y parcialmente en un país extranjero; y 3) el contrato se celebra en Colombia y se ejecuta de manera completa en su territorio.

Para dar respuesta a las primeras situaciones se debe realizar un análisis minucioso del artículo 869 del estatuto mercantil, ya que se podría “construir una regla de conflicto que, a modo de espejo, resuelva la situación opuesta a la que sí se encuentra regulada” (Zapata, 2008, p. 224). De esta manera, aquellos contratos celebrados en el país y que se ejecuten íntegramente en el exterior se regirán por la ley del lugar donde deban cumplirse, es decir, aplicaría la teoría de la

Lex Loci Executionis. Continuando con el análisis en lo que respecta al segundo supuesto, operaría la teoría del *severability* o *dépeçage*, la cual se explicó en la sección correspondiente a las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada en el modo de selección de la ley aplicable, previendo que las prestaciones que se ejecuten en el territorio colombiano se regirán por su ley, mientras que las que se ejecuten en el extranjero se regirán por la ley del país donde se ejecuten. Finalmente, en lo que respecta a la tercera situación, la respuesta puede parecer obvia de la simple lectura del artículo, por cuanto podría entenderse que si un contrato es celebrado en Colombia y se ejecutan de manera completa sus prestaciones en su territorio, se regirá por el derecho colombiano, según el principio de la territorialidad de la ley.

No obstante, se debe aclarar que si el contrato al cual se hace referencia tiene el carácter de internacional, es decir, que la relación jurídica reglamentada a través de él se encuentra dotada de algún elemento extranjero, objetivo o subjetivo, que conlleve una relación económica internacional que tenga contacto con más de un Estado, se podrá pactar de manera lícita el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias. Según lo consagrado en la Ley 315 de 1996 y adoptado de igual manera por la Ley 1563 de 2012, se permitirá a las partes “estipular libremente la ley sustantiva aplicable a su negocio jurídico” (Suescún, 2003, p. 153). En otras palabras, “un contrato celebrado en Colombia con elementos internacionales y que se ejecute en Colombia, podría ser gobernado por una ley extranjera, si las partes así lo pactan y siempre que estipulen un arbitraje internacio-

nal para la solución de controversias” (Suescún, 2003, p. 153). De esta manera, se configura una excepción a la observancia imperativa del principio de territorialidad de la ley.

C. Estipulación de la cláusula de selección de ley en el contrato de agencia comercial

A partir del estudio normativo realizado con anterioridad, respecto a la cláusula de ley aplicable al contrato internacional y la regla de conflicto en el régimen comercial del ordenamiento jurídico colombiano, se procederá a analizar de manera concreta lo relativo a la estipulación de la cláusula referida en el contrato de agencia comercial.

El artículo 1328 del Código de Comercio dispone: “(...) los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas”. Del análisis de la disposición citada se pueden presentar dos supuestos, de los tres previstos en el análisis del artículo 869 del Código de Comercio: 1) el contrato se celebra en el país y se ejecuta parcialmente en el país y parcialmente en un país extranjero y 2) el contrato se celebra en Colombia y se ejecuta de manera completa en su territorio. Así pues, en lo tocante al primer supuesto, operaría la teoría del *severability* o *dépeçage*, es decir, un fraccionamiento del contrato en distintas leyes aplicables (Aljure, 2000, p. 55). Según esta teoría, las prestaciones que se ejecuten en el territorio colombiano se regirán por la ley nacional, mientras que las que se ejecuten en el extranjero se regirán por la ley del país donde se ejecuten. Sin embargo, para evitar la división de

la relación jurídica al existir un elemento extranjero, en el presente caso la ejecución de prestaciones en diferentes Estados, es lícito jurídicamente pactar arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias. De esta manera, el imperativo consagrado en el artículo 1328 se desvirtuaría, dada la posibilidad por las partes contratantes de seleccionar de manera autónoma el derecho o ley aplicable al negocio jurídico (Suescún, 2003, p. 153).

En lo tocante al segundo supuesto, si el contrato de agencia comercial se celebra y se ejecuta completamente en Colombia, las partes no tienen la posibilidad de estipular una ley diferente a la colombiana, conforme al principio de territorialidad de la ley. No obstante, si este contrato celebrado y ejecutado en Colombia, posee algún elemento extranjero, objetivo o subjetivo, que conlleve una relación económica internacional que tenga contacto con más de un Estado, permitiría pactar lícitamente como mecanismo de solución de controversias arbitraje internacional, por lo que una vez más, las partes podrían estipular libremente la cláusula de selección de ley aplicable en el contrato, con la legislación que según su criterio convenga a la relación jurídica.

Además de lo anterior, se deben tener en cuenta ciertas consideraciones en lo relativo a la especificidad de la ley y la posterioridad de esta en su aplicación. Según Cuberos (2005), al ser la Ley 315 de 1996 posterior y de mayor especificidad que el Código de Comercio, se debe aplicar lo dispuesto en la primera, en la medida que la norma comercial cumple un papel supletivo respecto a la arbitral. Así mismo, el autor citado hace

referencia a un sector de la doctrina disidente, el cual señala que lo consagrado en la Ley 315 de 1996 no tiene como objetivo la aplicación de la ley extranjera al contrato de agencia comercial, sino a otra serie de contratos ejecutados en Colombia, debido a que para la agencia comercial existe una norma especial, el artículo 1328 del Código de Comercio al cual se ha hecho referencia con anterioridad. Así pues, los contratos de agencia comercial con elemento extranjero, ejecutados en Colombia, se encontrarían ligados de manera imperante a la ley nacional. Siguiendo a Cuberos (2005), “esta interpretación, amparada en que aún cuando la Ley 315 sea posterior, “(...)la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general(...)”, (...), no tiene en cuenta que si bien la disposición del 1328 es especial para la agencia comercial, la de la Ley 315 es especial para aquellos contratos que incluyan cláusula arbitral internacional”. Conforme a lo anteriormente expuesto, la normativa arbitral, es decir la Ley 315 de 1996, “reúne dos criterios que le darían prevalencia: por un lado, su posterioridad y, por otro, su especialidad” (Cuberos, 2005, p. 29), respecto de la norma comercial.

VI. CONCLUSIONES

Las conclusiones obtenidas del estudio normativo y económico al pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato en el ordenamiento jurídico colombiano, además del análisis realizado al funcionamiento de la regla de conflicto en ausencia de la autonomía de la voluntad privada son las siguientes:

1. El incremento del tráfico comercial internacional, a partir de la intensificación de las relaciones negociales, ha modificado la práctica contractual. Razón por la cual se han implementado nuevos mecanismos para facilitar el intercambio mercantil, entre ellos la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato.
2. En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra definida la institución jurídica de contrato internacional. Razón por la cual se debe acudir a materias análogas, como el arbitraje, para poder definir este concepto. Entre los parámetros existentes para definirla se encuentra la internacionalidad de la relación jurídica a partir de la presencia de un elemento económico o jurídico, que lleve a la relación contractual a tener un contacto con más de un Estado.
3. La autonomía de la voluntad privada es el principio en el cual se sustenta el pacto de la cláusula de ley aplicable. Esta solamente se puede pactar en contratos internacionales, debido a que los problemas relativos a la selección de derecho aplicable no se presentan en relaciones limitadas al ámbito local.
4. Al pactarse la cláusula de derecho o ley aplicable al contrato se deben respetar los límites, en su modo de selección, para no ver afectada su validez, las normas de orden público internacional del Estado donde se pretende valer la sentencia y además los requisitos restantes, tales como la capacidad de las partes, el acuerdo de voluntades exento de vicios, objeto lícito y causa lícita.

5. El ordenamiento jurídico tiene deficiencias en lo que respecta a la definición del contrato como tal y del contrato internacional, razón por la cual se debe acudir a materias análogas para poder definir estos conceptos, para poder estipular la cláusula de escogencia de derecho o ley aplicable, sin que adolezca de alguna sanción jurídica posterior.

6. En el caso en que las partes hayan seleccionado de manera expresa la ley aplicable al contrato, el árbitro y el juez deberán respetar tal selección. Sin embargo, si la selección se realiza de manera tácita, el árbitro y el juez deberán inferir o deducir la ley aplicable a partir de diferentes presunciones, sin perjuicio de que las partes logren desvirtuarla.

7. La regla de conflicto opera a partir de puntos de conexión, los cuales vinculan la relación jurídica a un ordenamiento jurídico. Estos se encuentran determinados por políticas legislativas de cada Estado, y pueden ser: i) ley del lugar de celebración, ii) ley del lugar de ejecución, iii) nacionalidad de las partes, iv) lugar de ejecución de la prestación característica del contrato, entre otras.

8. Teniendo en cuenta los costos y beneficios que se generan en la negociación del pacto de la cláusula de derecho o ley aplicable, la solución más efectiva y eficiente es aquella en la que se reducen en mayor medida los costos asociados al reprocesamiento, a la operación y la menor ganancia estimada. De esta manera, se maximizan los beneficios de las partes y a su vez se llega a una equidad contractual.

9. En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra consagrada una norma de carácter general que reglamente lo tocante a los contratos internacionales. Así mismo, el derecho internacional privado se encuentra ausente del ordenamiento jurídico colombiano, en especial en lo que refiere al sistema de conflicto de leyes, regla de conflicto o método conflictual, pues solamente se puede acudir a los artículos 20 del Código Civil y 869 del Código de Comercio para determinar la ley aplicable al contrato internacional, además de los tratados internacionales adoptados por Colombia.

10. En Colombia se debe diferenciar ante qué régimen se está operando, sea civil o comercial, pues dependiendo de ello obra de manera distinta la regla de conflicto. En el primero se aplicará la normatividad colombiana, mientras que en el segundo es necesario mirar el caso concreto, pues se debe observar el lugar de ejecución de las prestaciones del contrato, sea parcial o totalmente en un territorio y con ello determinar si es una ley extranjera la que regirá el contrato, si serán varias leyes o si será la ley nacional, se haya pactado o no arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias.

11. En el contrato de agencia comercial, regulado en el régimen comercial del ordenamiento jurídico colombiano, es válido el pacto de arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, bajo la existencia de un elemento extranjero que dote de carácter internacional la relación y que permita, de manera lícita, la estipulación de la cláusula de ley aplicable.

Bibliografía

Doctrina

- ALJURE, A. (2000). La regla de conflicto en el contrato internacional. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes, 25, 47-63.
- ALJURE, A. (2012). *El contrato internacional*. (1^{ra} ed.). Bogotá D. C.: Legis.
- BERNAL, R. (2012). El arbitraje internacional dentro del nuevo estatuto de arbitraje en Colombia. En *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. (pp. 271-281). Bogotá D. C.: Universidad Libre.
- CALVO, A. & CARRASCOSA, J. (2012). *Derecho internacional privado*. (13^{va} ed.). Vol. I. Granada: Editorial Comares.
- CARRASCOSA, J. (2003). Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la stream-of-commerce. En Alfonso CALVO & Pilar BLANCO-MORALES. *Globalización y derecho*. (pp. 87-120). Madrid: Editorial Colex.
- CARRASCOSA, J. (2004). *Desarrollo judicial y derecho internacional privado*. Granada: Editorial Comares.
- CASTELLANOS, E. (2006). Lex mercatoria u autonomía privada en materia de contratos internacionales. En Alfonso CALVO & Jorge OVIEDO. *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*. (pp 55-118). Bogotá D. C.: Editorial Ibáñez.
- CASTELLANOS, E. (2012). *Determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. Aplicación del artículo 4 del reglamento de Roma I*. Bogotá D. C.: Editorial Ibáñez.
- COOTER, R. & ULEN, T. (1998). *Derecho y economía*. (1^{ra} ed.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- CUBEROS, F. (2005). Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, 35, 1-34.
- ESLAVA, M. (2005). Teoría de juegos: notas de Clase. Recuperado el 25 de octubre de 2012, desde: http://economia.uniandes.edu.co/profesores/planta/Eslava_Marcela/teoria_de_juegos/apuntes_de_clase
- ESPLUGUES, C. & IGLESIAS, J. L. (2008). *Derecho internacional privado*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ, F. (2012). Contratos incompletos y solución de controversias. Recuperado el 27 de octubre de 2013, desde: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Contratos%20Incompletos%20y%20Solucion%20de%20Controversias.pdf>
- HERNÁNDEZ, C. (2010). *Globalización y derecho*. (1^{ra} ed.). Bogotá D. C.: Ediciones Universidad Libre.
- HOLGUÍN, C. (1990 - 1991). La noción de orden público en el campo internacional. *Revista de*

- la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 290-291, 9-25.
- KRUGMAN, P., WELLS, R. & OLNEY, M. L. (2008). *Fundamentos de economía*. Barcelona: Editorial Reverté.
- LEIBLE, S. (2010). La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. En: Leonardo ESPINOSA. *Estudios sobre el derecho de los contratos internacionales*. (pp. 13-47). Bogotá D. C.: Universidad Sergio Arboleda.
- MEDINA, H. (2007). La ley aplicable al contrato. En: Fabricio MANTILLA & Francisco TERNERA. *Los contratos en el Derecho Privado*. (pp. 371-382). Bogotá D. C.: Universidad del Rosario y Editorial Legis.
- MORALES, C. (2011). *Las bases del análisis económico del derecho*. En: Análisis Económico del Derecho. (pp. 11-75). Bogotá D. C.: Siglo del Hombres Editores.
- OSPINA, G. & OSPINA, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. (7^{ma} ed.). Bogotá D. C.: Editorial Temis.
- OVIEDO, J. (2003). Derecho uniforme del comercio internacional: los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales. *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica: Derecho comercial y de las obligaciones*, 203, 657-731.
- PERALTA, G. (2011). *Análisis económico de derecho a contratar: una aproximación desde la teoría de juegos a la oferta y a la aceptación en el ordenamiento jurídico colombiano*. Artículo académico no publicado. Bogotá D. C.: Universidad de los Andes, Colombia.
- PÉREZ, E. (2001). *Derecho internacional privado*. (3^{ra} ed.). Madrid: Editorial Colex.
- ROLDÁN, J. (2010). El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*. No. 44. Bogotá: Universidad de los Andes. Recuperado el 18 septiembre 2012, desde: http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri73.pdf
- SALAZAR, D. (2007). Asimetrías de la información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión te, Vol. 44. mbre 2010al privado a Universidacional. ial Colex, 2001. drid.: Editorial Tecnos, 1993. órica sobre el ejercicio de la libertad contractual. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, 37, 3-56.
- SUESCÚN, J. (2003). *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. (2^{da} ed.). Tomo II. Bogotá D. C.: Universidad de los Andes-Editorial Legis.
- TALERO, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional; instituciones básicas y derecho aplicable*. (1^{ra} ed.). Bogotá D. C.: Ediciones Unian-des-Editorial Temis.
- ZAPATA, A. (2008). Colombia. En: Carlos ESPLUGUES, Daniel HARGAIN & Guillermo PALAO. *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamé-*

rica, Portugal y España. (pp. 205-254). Madrid: Ediciones Edisofer.

ZULETA, A. (2010). Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano. *Revista de Derecho Privado*. No. 44. Bogotá: Universidad de los Andes. Recuperado el 16 septiembre 2012, desde: http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri75.pdf

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-347/1997. M. P.: J. Arango.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia 1101020300020070195600, jul. 27/11. M. P.: Ruth Marina Díaz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sent. 11001310303220010084701, oct 19/11. M. P.: William Namén Vargas.

Legislación

Código Civil de Colombia.

Código de Comercio de Colombia.

Ley 315 de 1996 “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.