

Derecho internacional privado del consumo: ley aplicable y juez competente, análisis comparativo entre el derecho colombiano y de la Unión Europea

Orlandiny Peña Ramírez



Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Bucaramanga

2021

Derecho internacional privado del consumo: ley aplicable y juez competente, análisis comparativo entre el derecho colombiano y de la Unión Europea.

Orlandiny Peña Ramírez

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

Director

Juan David Pimiento Osorio

Magister en derecho con énfasis en derecho comercial

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Bucaramanga

2021

Dedicatoria

A mis padres y familia por su ferviente apoyo durante estos años de estudio incitándome a mejorar cada día como profesional y persona.

Agradecimientos

Eterna gratitud a mi familia por ser mi pilar de apoyo durante toda mi vida, agradecido con mis amigos que me acompañaron durante estos años académicos, especial gratitud a mi director de tesis por haberme apoyado e instruido en el estudio del derecho internacional privado en el aula y luego en la dirección de este trabajo, a mi alma mater, la Universidad Pontificia Bolivariana, por haberme permitido formar como abogado en tan excelente claustro y especialmente, a la Université Paris II en donde ahondé aún más en el estudio del derecho internacional.

Un estudio de derecho comparado es aún más fructuoso cuando se dirige al esclarecimiento y a la profundización de un derecho determinado.

Henri Batiffol

Contenido

	Pág.
Introducción.....	12
1. Del derecho internacional privado general al derecho internacional privado del consumo	14
1.1 Del derecho internacional privado	15
1.1.1 Del objeto del derecho internacional privado.....	16
1.1.2 Un derecho internacional privado del consumo	20
1.2 De las fuentes del derecho internacional privado en el derecho del consumo.....	24
1.2.1 Los textos europeos	24
1.2.2 La diversidad de fuentes en el derecho colombiano.....	26
2. Del derecho internacional privado del consumo europeo.....	29
2.1 El juez competente: Reglamento Bruselas I Bis	30
2.1.1 Del juez natural.....	31
2.1.2 De la libertad contractual: cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje	39
2.2 La ley aplicable: el reglamento Roma I	45
2.2.1 La libertad de elección de ley.....	47
2.2.2 De la ley a defecto de escogencia.....	52
3. Del derecho internacional privado del consumo colombiano.....	56
3.1 Del juez competente.....	57

3.1.1 De la competencia judicial natural	59
3.1.2 De la posibilidad de elección de un juez e inserción de cláusulas de arbitraje en materia de consumo	63
3.2 De la ley aplicable al contrato de consumo.....	70
3.2.1 La determinación de la ley aplicable	71
3.2.2 Sobre la libertad contractual en materia de consumo para la escogencia de ley	78
4. Del derecho internacional privado del consumo comparado entre Colombia y la Unión Europea	82
4.1. La convergencia de los sistemas	84
4.1.1 En cuanto al foro competente	85
4.1.2 En cuanto a la ley aplicable	89
4.2 De la divergencia de los sistemas.....	90
4.2.1 En el conflicto de jurisdicciones y el arbitraje de consumo	91
4.2.2 En el conflicto de leyes.....	93
5. La libertad contractual en el DIP colombiano frente a la normativa europea	97
5.1 La libertad contractual.....	98
5.1.1 De su origen y evolución.....	99
5.1.2 La influencia de la libertad contractual en el derecho internacional privado y el derecho del consumo	104
5.2 La libertad contractual en el DIP del consumo colombiano	110
5.2.1 La tendencia hacia la libertad contractual	111

5.2.2 Una libertad contractual difusa..... 114

6. Conclusiones..... 118

Referencias Bibliográficas..... 120

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Factores de competencia internacional brindados a las partes del contrato de consumo	39
Tabla 2. Factores de competencia comparativos entre el derecho colombiano y de la Unión Europea	88
Tabla 3. Comparativo de la ley aplicable al contrato de consumo entre la Unión Europea y Colombia.....	95

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL CONSUMO: LEY APLICABLE Y JUEZ COMPETENTE, ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO COLOMBIANO Y DE LA UNIÓN EUROPEA

AUTOR(ES): ORLANDINY PEÑA RAMÍREZ

PROGRAMA: Facultad de Derecho

DIRECTOR(A): JUAN DAVID PIMIENTO OSORIO

RESUMEN

El derecho internacional privado ha conocido de una nueva serie de realidades que viene a redefinir sus reglas en favor de la protección especial necesaria para el consumidor sin que ello implique un desconocimiento del mundo del comercio en especial en el ámbito internacional, específicamente en la libertad contractual, en esta medida, se compara el ordenamiento jurídico colombiano y de la Unión Europea con el fin de conocer el alcance, limitaciones, similitudes y divergencias que se da a la libertad contractual para las cláusulas de *electio fori* y *electio iuris* en ambos ordenamientos jurídicos.

PALABRAS CLAVE:

Derecho internacional privado, derecho consumo, libertad contractual, reglas de conflicto,

V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF CONSUMER: APPLICABLE LAW AND COMPETENT JUDGE COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN COLOMBIAN AND EUROPEAN UNION LAW

AUTHOR(S): ORLANDINY PEÑA RAMÍREZ

FACULTY: Facultad de Derecho

DIRECTOR: JUAN DAVID PIMIENTO OSORIO

ABSTRACT

Private international law has been the subject of a new set of realities that redefine its rules in favour of the special protection needed for consumers without implying ignorance of the world of trade, especially in the international field, specifically in contractual freedom, to this extent, the Colombian and European Union legal systems are compared in order to know the scope, limitations, similarities and divergences that are given to the contractual freedom for the election of judge and law clauses in both legal systems.

KEYWORDS:

Private international law, consumers law, contractual freedom, conflict

V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK

Introducción

El facilitamiento de las relaciones comerciales internacionales ha generado que las relaciones de consumo internacionales se conviertan en procederes diarios, a este motivo, el derecho internacional privado debe saber responder a las necesidades tanto del comercio internacional como a la debida protección del consumidor internacional, bajo este panorama la libertad contractual se torna de un interés tal que su estudio resulta atractivo desde un punto de vista comparativo, por ello, desde la problemática de la libertad contractual en las normas de derecho internacional privado del consumo relativas a las cláusulas de *électio iuris* y *électio fori* en el derecho colombiano bajo un análisis comparado con el derecho de la Unión Europea es que se aborda la presente investigación.

Para tal fin, en el presente se pretende establecer la liberalidad de las normas de derecho internacional privado del consumo en lo relativo a la elección del juez y la ley competente en el derecho colombiano al compararlas con el derecho de la Unión Europea.

Para ello, en un primer tiempo se tendrá que identificar la regulación aplicable a estos casos en ambos ordenamientos jurídicos, analizando luego su funcionamiento, los pronunciamientos judiciales en la materia para dar una mejor entendida a la problemática, exponiendo luego los puntos de convergencia, discrepancia y liberalidad contractual entre ambos sistemas de derecho para así poder dar respuesta a la liberalidad de las normas colombianas en el derecho internacional privado sobre selección de ley y foro al ser comparadas con las europeas.

En esta medida, la investigación se marca de tipo jurídica en el cual se utilizará el método hermenéutico sistemático y el inductivo desde un punto de vista comparativo para poder dar una

cabal solución al tema que se ahonda. Teniéndose un alcance descriptivo entorno a la liberalidad de las soluciones colombiana sobre selección de ley y foro competente en los contratos de consumo internacional en comparación con la Unión Europea.

1. Del derecho internacional privado general al derecho internacional privado del consumo

El avance de la sociedad y en especial del comercio hace necesario que el derecho esté a la vanguardia de todos estos cambios. Es así como el derecho del consumo es considerada una rama contemporánea en el derecho, esta, al interrelacionarse con otras ramas, como lo es el derecho internacional privado, la convierten en aún más especial. Ante tal panorama y con la convergencia de ambas áreas de estudio, es menester estudiarlas en conjunto, en lo que se ha denominado derecho internacional privado del consumo, para poder conocer el alcance de las normas en tal área. Problemática moderna en un mundo cada vez más globalizado y competitivo, que ha situado en un ámbito internacional relaciones que antaño sólo conocía por excepción como tal, al haber sido la relación nacional la regla general, puesto que las relaciones de consumo habían sido materializadas dentro de un ámbito nacional, dejándose para las zonas fronterizas dichas problemáticas, empero, la facilidad de compra y en los métodos de esta han generado que cada día sea más común realizar transacciones de consumo a escala internacional.

Lo anterior, aunado con el objetivo de contrastar diferentes realidades jurídicas del derecho, deviene en el interés del jurista en comparar las regulaciones de derecho internacional privado del consumo entre la Unión Europea y Colombia con el fin de establecer la liberalidad de estas últimas al ser comparadas con los instrumentos comunitarios, específicamente los relativos al juez competente y la ley aplicable en un ámbito contractual.

Para ello, en los siguientes capítulos se hará un estudio de las normas de derecho internacional privado del consumo en el espacio comunitario, luego en el ámbito colombiano, analizando los factores de competencia, conflicto de leyes y autonomía de la voluntad de las

partes en materia de consumo a fin de establecer su alcance, limitaciones. Procediendo, luego, a realizar la comparación de ambos sistemas, exponiendo aquellos puntos de convergencia, discrepancia y finalmente, la liberalidad de las normas colombianas en esta aún reciente área del derecho, todo ello dentro de un alcance descriptivo de dichos puntos.

Sin embargo, antes de proceder a tales fines, es menester en un primer tiempo (1.1) abordar el derecho internacional privado y su incidencia en el derecho del consumo, para luego (1.2) adentrar en las fuentes del derecho internacional privado en el derecho del consumo, tanto en el ámbito comunitario europeo como nacional colombiano.

1.1 Del derecho internacional privado

Las diferentes relaciones jurídico-privadas que regula el derecho se pueden categorizar en las diferentes ramas estudiadas, dentro de ellas hay una que llama la atención debido a uno de sus componentes que la hacen especial a las otras. Un elemento que dificulta muchas veces las mismas relaciones y, por ende, la labor de un juez al resolver este tipo de conflictos dado el caso. Se trata del derecho internacional privado, en donde un elemento de extranjería viene a complicar la determinación del juez competente y la ley aplicable a la situación jurídica en conflicto.

Así, Monroy Cabra postula que el derecho internacional privado tiene su razón de ser en la necesidad de regular relaciones jurídicas pertenecientes a diversos ordenamientos jurídicos (Monroy Cabra, 2016, pág. 17). Esto es debido a que, a diferencia de las relaciones jurídico nacionales, estas relaciones jurídicas comportan elementos de extranjería, que pone la situación

al margen de varios sistemas jurídicos que entran en pugna con el fin de resolver tanto procedimentalmente como sustancialmente la disparidad acontecida entre las partes.

Para entender mejor toda esta problemática, se abordará en un primer tiempo (1.1.1) el objeto del derecho internacional privado, para luego profundizar (1.1.2) hacia un derecho internacional privado del consumo.

1.1.1 Del objeto del derecho internacional privado

Desde una concepción histórica, el derecho internacional privado siempre ha estado presente en los sistemas jurídicos que han existido, en la antigua Grecia dos instituciones permitían la relación con los extranjeros, a saber, el patronazgo u hospitalidad y el tratado. El primero a cargo de un ciudadano griego que se encargaba de la vigilancia del extranjero. Por el segundo, precursor de los modernos tratados internacionales en la materia, dos ciudades griegas acordaban derechos a los extranjeros debido a la lengua y civilización.

Las relaciones privadas internacionales existieron también en Roma, entre ciudadanos y no ciudadanos, aunque no existía un derecho para tales conflictos, por ello, el pretor peregrino resolvía estas situaciones basado en el buen criterio y la equidad, promulgándose así el *ex aequo et bono*. De conformidad a Aljure Salame, de esta práctica se ve el nacimiento del fenómeno del *ius gentium* (Aljure Salame, 2016, pág. 4) utilizado indistintamente tanto para el derecho internacional público como para el privado. Sin embargo, no hay certeza alguna en la forma en que se resolvían tales controversias jurídicas, lo que sí se sabe, dice el autor citado, es que tal problemática desapareció alrededor del año 212 cuando el emperador otorgó a todos los habitantes la ciudadanía romana.

Por otro lado, se podría decir que el primer gran avance en la teoría del derecho internacional privado ocurrió luego de la caída del imperio, cuando en los pueblos bárbaros empieza a surgir la regla de la personalidad de la ley, según la cual, la ley se aplica a una persona sin importar su pertenencia a un pueblo en específico y sin importancia del factor territorial, la ley persigue entonces al sujeto esté donde esté. Esta teoría, según explica el profesor Aljure Salame, hizo incapié en la arraigada territorialidad absoluta de la ley que se había venido aplicando.

Posteriormente, la primera escuela que aparece es la de los glosadores, en la Italia de finales del siglo XI, si bien, esta escuela no planteó directamente un conflicto de leyes, sí fue consciente de la diversidad de las leyes, así como del provecho de un foráneo en la aplicación de su propia ley. Luego, aparece la escuela de los postglosadores, hacia el siglo XIV, que a diferencia de su predecesor, hizo grandes aportes a este campo jurídico. Conscientes de la diversidad de leyes, inclusive dentro de un mismo país donde convergían el derecho real, el feudal, el canónico y la *lex mercatoria* entre los comerciantes, esta escuela fue propulsora de la teoría de los estatutos, la cual establece que los estatutos de una ciudad son aplicables a los casos que en dicha ciudad se solucionen, aunque habrá casos donde estos cederán ante los de otra ciudad, se hace así una distinción entre estatuto personal y real. Se atribuye, igualmente a esta escuela, la deducción de la máxima *locus regit actum* y *lex loci delicti*, para la determinación de la ley del acto según el lugar de su celebración y la ley del lugar donde se cometió el delito, respectivamente.

Finalmente, otras escuelas aparecieron a lo largo de la historia, los canonistas; que se concentraron más en los conflictos de autoridad entre el Papa y los Emperadores, los diferentes pensadores de la Francia del siglo XVI; Dumoulin que aporta a este campo jurídico el conflicto

de calificaciones y concepciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad, d'Argentré y sus aportes a la diferenciación entre las incapacidades generales y especiales, la escuela holandesa, fuertemente influenciada por las teorías d'Argentré, llegó a explicar la fundamentación de la aplicación de la ley extranjera como una cortesía del Príncipe, Savigny con su teoría del domicilio para determinación de la ley que rige la situación. Finalmente, la teoría de la nacionalidad de Mancini, que propugna, palabras más palabras menos, que la ley nacional se aplica a sus nacionales aún en país extranjero, esto bajo algunas excepciones, lo que lleva que sea aplicaba en el ámbito del estatuto personal.

Sin embargo, a fin de entender plenamente el objeto del derecho internacional privado, hay que comprender, en un primer tiempo, los elementos que su mismo nombre contiene.

Primero, internacional, esto conlleva a un elemento de extranjería, el cual, como se ha observado, es todo aquello ajeno a la realidad nacional, que puede ser desencadenado por la nacionalidad de una de las partes, el lugar de acontecimiento de los hechos o de la creación del acto jurídico, el lugar donde se encuentre un bien, el domicilio o residencia de una de las partes. Este elemento de extranjería complica la tarea del abogado y dado el caso, del juez también, puesto que entran en colisión tanto normas sustanciales como foros que buscarán su aplicabilidad al caso en especie.

Sin embargo, el hecho de ser internacional no significa necesariamente que reenvíe directamente a una normatividad internacional: precisamente, cada Estado cuenta con su propia legislación de derecho internacional privado, algunos inclusive, cuentan con tratados internacionales con el fin de uniformizar sus reglas de DIP.

Luego, lo privado, ello con el fin de diferenciarlo con el derecho internacional público, en este caso no se trata de relaciones jurídicas entre Estados o entre estos y Organizaciones

Internacionales debidamente constituidas, sino muy por el contrario, se trata de relaciones de la esfera privada de las personas naturales, las sociedades jurídicas y/o personas jurídicas.

Así, una primera aproximación al derecho internacional privado sería decir que este se encarga de las relaciones jurídico-privadas que contienen un elemento de extranjería. Sin embargo, la definición dada por (Bureau & Watt, *Droit International Privé Tome I Partie générale*, 2017, pág. 27) parece ser más apropiada:

El derecho internacional privado tiene por objeto determinar el Estado cuyas jurisdicciones son competentes para conocer del contencioso nacido de una situación con vínculos de hecho con una pluralidad de países, de indicar aquel donde el derecho debe aportar la respuesta al litigio e inclusive de definir el valor de un juzgamiento o un acto público extranjero ante el juez nacional.

Es entonces que en el derecho internacional privado hay tres grandes subramas: el conflicto de jurisdicciones, el conflicto de leyes y las condiciones del exequatur. Y es justo en este orden que se presentan las problemáticas: primero definir el *foro* competente, luego la ley aplicable y por último las condiciones para reconocer un juzgamiento o laudo extranjero. Sin lugar a duda, las tres ponen en velo la soberanía legal y territorialidad de la ley, así como sus efectos.

El conflicto de jurisdicciones resulta de la vocación de los órganos judiciales de al menos dos Estados distintos a reconocerse competentes en un mismo caso. Por su parte, el conflicto de leyes nace posterior al conflicto de jurisdicciones, y en este es el choque entre leyes que se creen tener vocación sobre un mismo hecho jurídico, ambas para resolver el problema, el juez empleará las normas de DIP que disponga su ordenamiento jurídico, las cuales pueden estar contenidas tanto en estamentos internacionales (como lo sería los reglamentos europeos o la

Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado) como ser parte de una ley de la República a través de un código, como el caso panameño o suizo donde se dispone de un Código de Derecho Internacional Privado.

Finalmente, la cuestión del reconocimiento de la decisión extranjera bien sea judicial o laudo arbitral, es la cuestión final del DIP, e igualmente es una decisión soberana de cada Estado de definir en qué condiciones decide otorgarle validez y obligatoriedad a una sentencia rendida en otro Estado.

En suma, el DIP debe consagrar normas jurisdiccionales relativas a la competencia y reconocimiento de decisiones extranjeras, así como normas sustantivas y estas son tan variadas como relaciones jurídicas se pueden dar, en este sentido, hay reglas de DIP en el derecho de familia, de sucesiones, de sociedades, de insolvencia e inclusive en el derecho del consumo, pues todas aquellas relaciones que sean susceptibles de tener un elemento de extranjería deberá prever sus consecuencias jurídicas y en un mundo cada vez más globalizado y con fronteras cada vez más en papel, e impedir que las relaciones jurídico-privadas con carácter de extranjería existan sería un absurdo.

1.1.2 Un derecho internacional privado del consumo

En un inicio, la regulación contractual era suficiente para reglar cualquier relación entorno a un contrato, se concebía a ambas partes en una igualdad de condiciones, por ello, no es sino tardíamente que, gracias al avance económico y la utilización de contratos tipos para permitir la contratación en masa con los clientes, se empieza a tocar el tema de la protección hacia la muy reciente y descubierta parte débil contractual. Poco a poco, se fue cambiando de

aquella ilusión del Código en el que las partes discutían y reglaban su contrato conforme a sus necesidades, hacia una contratación de adhesión, donde quien necesita el servicio o producto no hace más que acogerse a tales reglas o no suscribir el contrato.

Sin embargo, no han sido sólo las anteriores condiciones las que llevaron a la consagración de una nueva rama del derecho, la facilidad económica que ha traído internet, como una especie de venta a distancia, aunado a los contratos tipos, hizo despertar la necesidad de regular en favor de las partes débiles contractualmente, a fin de acabar con cláusulas denominadas abusivas en contra del consumidor.

Por esta razón, la regulación comercial y civil que vieja data regulaban las relaciones contractuales quedó rezagada frente a una nueva rama del derecho, el derecho del consumo, que si bien no cambia en gran medida las normas de contratación, sí implementa obligaciones, derechos y garantías en pro de un comercio más justo frente al inexperto consumidor, buscando además una efectividad económica de estas transacciones.

Inicialmente, como lo expone (Díaz Alabart, 2016, pág. 14), es en el mundo anglosajón donde se empieza a plantear la necesidad de elaborar una normativa que vuelva a reequilibrar las posiciones contractuales en el mercado. Creándose en 1959 una comisión en Inglaterra para el estudio de una política jurídica de protección a los consumidores, la cual elabora el informe Molony, sin embargo, se suele citar como momento inicial a nivel mundial en la temática el mensaje especial al Congreso sobre la protección de los intereses de los consumidores que dirigió el 15 de marzo de 1962 el presidente Kennedy, apoyado por las asociaciones estadounidenses de consumidores.

La antigua Comunidad Económica Europea empieza a laborar en la creación de una normativa protectora de los consumidores en los años 70, pero que por la divergencia de los diferentes sistemas jurídicos no vería la luz hasta los años 80.

Por su parte, en Colombia, la protección hacia el consumidor nace través del Decreto-ley 3466 de 1982 por el cual se dictaron normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y otras disposiciones.

Normatividad que fue innovadora y a la vanguardia del derecho en su época, pero que con el pasar de los años degeneraría en una precaria protección hacia el consumidor, motivos estos que llevaron a su actualización a través del Estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011.

Dentro de los objetivos del derecho del consumo, esgrimidos por la misma autora, no es sólo la protección del consumidor con respecto a todos los problemas derivados de la contratación con comerciantes, este es el más evidente y primordial, pero también es cierto, que otro de sus objetivos es el buen funcionamiento de los propios mercados (Díaz Alabart, 2016, pág. 16). En efecto, el tener normas claras y específicas, que permitan la previsibilidad de soluciones y un campo jurídico preestablecido, brinda tranquilidad y estabilidad jurídica tanto al comerciante para ofrecer sus productos o servicios en un mercado, como al consumidor para realizar sus transacciones.

Ahora bien, para hablar de un derecho internacional privado del consumo es necesario que existan normas de consumo y con estas la calificación de consumidor, puesto de lo contrario, de no existir esa protección a la parte débil de la relación comercial, se tendría que aplicar las normas generales del derecho comercial a relaciones contractuales. Así, una calificación es necesaria: la de consumidor.

Inicialmente, las problemáticas de consumo internacional eran excepcionales, se presentaban casi que exclusivamente en zonas fronterizas en donde por conveniencia comercial al consumidor le era más beneficioso adquirir su producto en el país vecino que en el propio.

Así, la primera cuestión que se encuentra es relativa a la calificación, un problema muy propio del DIP, y en este caso resulta sobre la calificación de consumidor, lo que para un Estado puede ser un consumidor puede que para otro no lo sea. De esta calificación que pueda brindar el derecho se desprenden varias consecuencias: la competencia judicial puede variar, así como también la ley, sobre esta, se puede hablar tanto de la responsabilidad contractual como extracontractual que puede generarse, pero para efectos de esta obra, la misma se abordará en el estudio de la ley aplicable en casos contractuales.

Por consiguiente, según (García Matamoros & Arango Montes, 2016, pág. 240) “en el alea normal de las relaciones de consumo, será contractual la responsabilidad del requerido, cuando este último sea el proveedor o vendedor del producto, al cual el consumidor final le haya comprado el mismo”.

De conformidad a los mismos autores, las reglas de conflicto en materia contractual en los diferentes sistemas de derecho internacional privado del consumo pueden clasificarse en tres categorías:

- Reglas de conflicto generales: se aplican indistintamente a pesar de ser o no una relación de consumo y por ende se utilizarán las reglas de conflicto que se emplea para cualquier relación contractual.
- Reglas de conflicto especiales: en este caso, para el derecho del consumo se tienen reglas especiales y específicas que determinan claramente cuál será la ley aplicable para el contrato del consumo.

- Autonomía de la voluntad: se trata del pacto de la ley aplicable en el contrato de consumo, algunas legislaciones lo han negado rotundamente como lo es el caso suizo, otras optan por un modelo restrictivo que “permite la autonomía de la voluntad, pero limita a su vez las leyes que las partes pueden escoger como aplicables para un caso concreto” (García Matamoros & Arango Montes, 2016, pág. 246), y finalmente, unas de modelo reductivo que permiten este tipo de cláusulas desde que la ley escogida no menos cabe las prerrogativas mínimas consagradas por la legislación de la residencia del consumidor.

1.2 De las fuentes del derecho internacional privado en el derecho del consumo

Abordada la cuestión del objeto del derecho internacional privado y de un DIP del consumo en el título anterior, es menester ahondar en el presente título lo relativo a las fuentes de esta rama del DIP.

En tratándose de un estudio comparado, se procederá en un primer tiempo (1.2.1) a abordar las fuentes europeas del derecho internacional privado, para continuar luego (1.2.2) con las fuentes colombianas que regulan o que son aplicables a las relaciones de consumo tanto en el ámbito jurisdiccional como de ley.

1.2.1 Los textos europeos

En la comunidad europea, el Derecho Internacional Privado se encuentra muy desarrollado, esto desde el ámbito normativo como jurisprudencial y doctrinario, por ello, se

cuenta con diferentes textos relativos al consumo, como por ejemplo la Directiva del 19 de mayo de 1998 que consagra una acción transfronteriza colectiva en favor de los grupos de consumidores en derecho europeo.

Sin embargo, en lo relativo a normas de DIP se puede recurrir a dos grandes reglamentos agrupando esta temática: en un primer momento, sobre la acción judicial y cláusulas de elección de *foro*, el Reglamento N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en adelante Bruselas I Bis, constituye la fuente primaria de legislación relativa al DIP y dentro del cual se encuentra una sección especialmente dedicada al derecho del consumo.

Es de notar que los factores de determinación específicos determinados por el reglamento para el contrato de consumo no va en perjuicio de la competencia establecida por los artículos 6 y 7.5. Igualmente, la competencia no menos cava acuerdos de las partes para hacer elección de un foro desde que cumpla con ciertos parámetros.

Por su parte, el Reglamento N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante Roma I, constituye la principal fuente de normas de DIP en materia contractual en la cual se incluye un articulado especial dedicado a los contratos de consumo. Es interesante de este reglamento que se basa principalmente en la autonomía de la libertad de las partes para la escogencia de ley, inclusive en casos especiales de protección como lo son el derecho del consumo o el derecho del trabajo, teniéndose así por principio la libre escogencia y a defecto de esta, factores supletivos de determinación de la ley aplicable dependiendo del caso.

En tratándose de contratos de consumo, el artículo 6 de Roma I establece la forma como debe ser determinada la ley aplicable al contrato de consumo.

Cabe resaltar que, en ambos reglamentos, no es necesario buscar fuera de ellos lo que se considera un contrato de consumo y por ende el consumidor, así, definiciones propias han sido integradas en los textos al igual que exclusiones con excepciones (art. 17 inciso 3 Bruselas I Bis) con el fin de delimitar lo que debe entender por este tipo de contratos.

1.2.2 La diversidad de fuentes en el derecho colombiano

A diferencia de la realidad comunitaria, en Colombia el estudio del DIP, así como su normatividad, ha sido muy escasa. Desde la misma Constitución se ha vendido la idea que el juez está sometido al imperio de la ley (Constitución Política de Colombia, 1991)¹, haciendo referencia a la ley colombiana y estableciendo así una soberanía y territorialidad de la ley el cual es refrendado en el mismo artículo 4 constitucional, dando la idea que la aplicación de una norma extranjera sería poco probable. Esta misma idea de territorialidad, soberanía e imposición de la ley colombiana ha sido retomada en la legislación comercial, así, verbigracia el artículo 1328 del Código de Comercio (Código de Comercio, 1971)² excluye toda posibilidad de aplicación de una ley extranjera en el contrato de agencia comercial.

Por su parte, el Código Civil contiene igualmente unas pocas disposiciones de DIP, esto en sus artículos 18 a 21.

¹ Art. 203: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.”

² Art. 1328: “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.”

En tratándose del derecho del consumo, Colombia cuenta con un Estatuto del Consumidor promulgado a través de la Ley 1480 del 2011. En este, la calificación de consumidor es bastante clara, pues está consagrada su definición en el artículo 5 inciso 3 como

“toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”

Luego, sobre el ámbito de aplicación internacional del Estatuto del Consumidor la cuestión fue zanjada por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC) a través de concepto emitido (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012) afirmó, de conformidad a la territorialidad de la ley prevista en el art. 4 constitucional, el pronunciamiento del alto tribunal constitucional en sentencia T-1157/200 y la obligatoriedad de la ley prevista en el art. 18 del Código Civil, que:

.. si los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios se encuentran en territorio de otro Estado, no estarán sometidos a las normas contenidas en la ley 1480, Estatuto de Protección al Consumidor, o del Decreto 3466 de 1982 (dependiendo de la fecha en que se generó la relación de consumo), salvo estipulación expresa en el contrato celebrado.

En consecuencia, si el negocio jurídico que generó la relación de consumo se celebró en el exterior, con una empresa extranjera, que no cuenta con sucursal o representación legal en Colombia, dicha relación de consumo desborda el ámbito de aplicación de las normas de protección al consumidor nacionales, así como el de nuestras facultades.

Habiéndose entonces establecido que la ley colombiana de consumo es sólo aplicable en el supuesto anterior descrito, queda ahora la cuestión de la posibilidad de establecer cláusulas de elección de ley. Al respecto, el mismo concepto es muy dicente al rezar que “salvo estipulación expresa en el contrato celebrado” se puede escoger la ley colombiana como aplicable al contrato, la cuestión es entonces determinar la posibilidad de escogencia de una ley extranjera para el mismo.

Por su parte, tratándose de la competencia jurisdiccional, el Estatuto del Consumidor no es muy dicente, así, hay que referirse al Código General del Proceso (Ley 1564 , 2012) (en adelante CGP) para la determinación de la competencia, igualmente para lo relativo a cláusulas de elección de foro y tratándose de acuerdos de arbitraje para el consumo, habrá que referirse al Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563, 2012) para estudiar la posibilidad de insertar este tipo de cláusulas en relaciones de consumo.

Así las cosas, se tiene que en Colombia a pesar de disponer de un Estatuto de Protección al Consumidor, el mismo contiene pocas disposiciones de derecho internacional privado, las cuales deben ser suplidas por normas generales, conforme lo expresa García Matamoros & Arango Montes *al no haber en el régimen de protección del consumidor normas especiales de competencia territorial, las precitadas reglas generales* (haciendo referencia al art. 28 del CGP) *son entonces las aplicables en las disputas en las que esté inmersa una relación de consumo.*

Es por ello por lo que, ante esta normatividad tan difusa y segregada, se hace necesario estudiar su regulación y comportamiento, así como pronunciamientos judiciales y conceptos de la SIC que puedan dar respuesta a las problemáticas en mención, con el fin de concertar el ámbito del derecho internacional privado del consumo en el Estado colombiano.

2. Del derecho internacional privado del consumo europeo

Bien se ha dicho que en la comunidad europea la plaza del derecho internacional privado ha sido de suma importancia, por ello, desde los inicios de la Unión se contó con reglamentación relativa a esta materia. Tal importancia ha implicado diversos cambios, en pro de una evolución en su reglamentación, así, en materia de conflicto de jurisdicciones se tuvo en un inicio a la Convención de Bruselas, seguida luego por el Reglamento Bruselas I, para mutar posteriormente en la aplicada en la actualidad, el Reglamento Bruselas I Bis (en adelante RBIB), inclusive en muchos países de la Unión Europea se aplica igualmente y en conjunto con el RBIB, el Convenio de la Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro firmada por la Unión Europea.

Por su parte, dicha evolución ha tenido lugar también en el ámbito de conflicto de leyes, en un primer tiempo el conflicto de leyes en materia contractual estuvo reglado por el Convenio de Roma de 1980, substituido luego por el Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales, de la misma forma, muchos estados de la comunidad han suscrito Convenios de la Haya sobre algunas formas de contratos: de venta, de representación, pero estos no harán hincapié en el presente trabajo, puesto que como se verá más adelante, el estudio se centrará principalmente en dos Reglamentos de la comunidad europea.

Adentrados en la reglamentación europea de derecho internacional privado del consumo, el presente capítulo tratará de forma separada las dos cuestiones que se estudian: el juez competente y la ley aplicable, así, en un primer título dedicado al foro (2.1), en donde se abordará el reglamento aplicable junto con algunos casos célebres relativos a la temática e

igualmente la posibilidad de inserción de cláusulas de elección de *foro*, bien sea referentes a un tribunal judicial o juez estatal; o bien en su defecto a un tribunal arbitral.

En un segundo tiempo (2.2), se profundizará en lo relativo a la ley aplicable, donde nuevamente se mirará su reglamento aplicable al igual que decisiones judiciales relevantes, estudiándose en este aparte la gran novedad de este reglamento: su principio de libertad contractual para la escogencia de la ley aplicable al contrato y su entorno frente al derecho del consumo.

2.1 El juez competente: Reglamento Bruselas I Bis

El Reglamento Bruselas I Bis (RBIB) (Parlamento Europeo y del Consejo, 2012) viene a regular los aspectos necesarios en materia de competencia judicial, por ende, es la principal fuente de derecho internacional privado en cuanto a conflicto de jurisdicciones. Substituto del Reglamento Bruselas I, este nuevo reglamento retoma muchas de las soluciones propuestas por este, así como también varias soluciones jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El reglamento tiene un ámbito de aplicación temporal, material, espacial y personal. En cuanto a su aplicación temporal, el reglamento se aplica a los litigios nacidos a partir del 10 de enero de 2015, según lo establece su artículo 81. Por su parte, la aplicación material hace referencia a los litigios en materia civil y comercial, conforme lo define el artículo primero, haciendo una lista de exclusiones en las que no se tiene al derecho del consumo.

De su lado, la aplicación espacial del reglamento es para todos los Estados miembros de la Unión, según los términos del artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea. Finalmente, su aplicación personal está ligado a los litigios que estén conectados con la UE, para ello, es necesario que el domicilio del demandado esté situado en un Estado miembro para que el reglamento tenga competencia, según lo dispone el artículo 6.1, sin embargo, este mismo artículo trae algunas excepciones destinadas a la protección de las partes débiles en las relaciones contractuales, por ello, en tratándose de litigios de consumo, la acción podrá ser entablada en el domicilio del consumidor, independientemente del domicilio del demandado dentro o fuera de la Unión, conforme al artículo 18.1 del RBIB, por ello, poco hace hincapié que el demandado esté fuera de la Unión toda vez que el consumidor puede entablar la acción en su domicilio y luego hacer valer tal juicio en país extranjero.

Para entender a cabalidad el funcionamiento del reglamento en materia del consumo, se abordará en un primer término del juez natural (2.1.1) para continuar en un segundo instante de la autonomía de la libertad en las cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje (2.1.2), abordándose así de una manera amplia y global lo relativo al conflicto de jurisdicciones en materia de consumo.

2.1.1 Del juez natural

El conflicto de jurisdicciones en materia de consumo está subsumido dentro del RBIB en la sección IV, de los artículos 17 al 19, sección que constituye un régimen autónomo dentro del reglamento cuyas reglas se aplican directamente sin necesidad de aplicar el artículo 4 del reglamento³, esto justifica que el consumidor pueda demandar a su parte contratante sin

³ Artículo 4 Reglamento Bruselas I Bis:

1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

necesidad que este tenga un domicilio en el seno de la Unión, materializando así lo predispuesto en los considerandos 14, 18 y 19 de la directiva. Esto se entiende como una garantía de protección al consumidor quien suele ser el demandante en estos conflictos, otorgándosele así el derecho de atraer su parte contratante ante el foro que le es más próximo, situado así, en la Unión.

En un primer momento, en el artículo 17 se encuentra la calificación de consumidor y contrato de consumo, según él, es un contrato de consumo el que pueda considerarse ajeno a la actividad profesional del contratante. Mediante regla jurisprudencial desarrollada bajo la antigua legislación, en el asunto Johann Gruber, se ha entendido el alcance de tal calificación, para envolver también contratos medio profesionales en el entendido que:

Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 de dicho Convenio, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2005).

El artículo, en su inciso primero, presenta una serie de casos en los cuales están llamadas a aplicarse estas reglas especiales, las cuales constituyen excepciones tanto al artículo 6.1 (competencia en caso de no domicilio del demandante en la Unión, reglada por el derecho internacional privado interno de cada Estado miembro) y al artículo 7.1.a (competencia general contractual: el foro del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de

2. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro.

base a la demanda) como lo han establecido las sentencias Pammer y Hotel Alpenhof (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2010) del TJUE, a saber las siguientes:

- cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías
- cuando se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes
- en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.

Sobre este último apartado, el TJUE ha realizado una abundante interpretación con el fin de delimitar sus requisitos y el ámbito de su aplicación, así, ha entendido, en el asunto *Mühlleitner*, que el texto no exige que el contrato entre el consumidor y el profesional haya sido celebrado a distancia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012), sino que este apartado exige únicamente dos condiciones para su aplicación: primero, que el comerciante ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último. Segundo, que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades.

De la misma manera, el tribunal, en el asunto *Lokman Emrek*, ha considerado que este numeral “no exige que exista una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado Miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor. No obstante, la existencia de tal

relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad.” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013)

Sorprendente aún fue la decisión del TJUE en el asunto Hobohm de aplicar este mismo inciso en una cadena de contratos originados en un contrato de consumo, así, para el tribunal el artículo debe interpretarse en el sentido de que puede aplicarse a un contrato, celebrado entre un consumidor y un profesional, que no se halla comprendido como tal en el ámbito de la actividad comercial o profesional «dirigida» por ese profesional «al» Estado miembro del domicilio del consumidor, pero que presenta un nexo estrecho con un contrato celebrado anteriormente entre las mismas partes en el marco de dicha actividad. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si concurren los elementos constitutivos de ese nexo y, en particular, la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos, la identidad del objetivo económico que ambos contratos, orientados al mismo objeto concreto, se proponen conseguir y la complementariedad del segundo contrato con respecto al primero, en la medida en que tiene por fin facilitar la satisfacción del objetivo económico subyacente a este último contrato. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015)

Así, mismo si el contrato objeto del litigio por sí sólo no cumple las condiciones dispuestas en el artículo 17 apartado 1 inciso c, pero es celebrado con el objetivo de darle continuidad económica a un contrato principal que sí cumple con los requisitos mencionados, se subsume entonces dentro de la protección otorgada en la materia, esto se entiende como una continuidad económica del contrato de consumo celebrado principalmente, extendiéndose así una protección al consumidor en una cadena de contratos.

Igualmente, el TJUE ha determinado en el asunto Kolassa (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015), que alguno de estos tres numerales, a saber, a al c del artículo 17 inciso 1,

deben concurrir acumulativamente con las dos condiciones dispuestas en el encabezado del artículo, a saber: la calidad de consumidor que actúa en un contexto ajeno a su actividad profesional y que se haya celebrado efectivamente el contrato entre ambas partes.

Luego, el numeral segundo del artículo trae una presunción a fin de fundamentar la competencia de los tribunales de la Unión, dispone este aparte que cuando la parte contratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro.

Finalmente, el artículo presenta una excepción relativa al contrato de transporte, el cual no gozará de la protección brindada al consumidor salvo que en el contrato se haya ofrecido por un precio global una combinación de viaje y alojamiento.

Cabe destacar, que al ser una competencia de excepción la otorgada con el fin de proteger al consumidor, la misma debe ser interpretada de manera estricta, de esta forma lo ha entendido en todos los asuntos citados el TJUE.

Una vez estudiada la calificación de consumidor, concierne ahora el estudio de los factores de competencia que se brinda a los litigios del consumo.

Como ya se ha dicho, la competencia de los jueces puede fundarse inclusive si el demandado, entendido como la parte contratante del consumidor, no está domiciliado en la Unión. Una primera aproximación a los factores de competencia se encuentra en el encabezado del artículo 17, el cual dispone que la sección IV determina la competencia en materia de litigios del consumo sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6 y 7.5.

Así, el reenvío al artículo sexto⁴, numeral primero, permite que el consumidor establezca la competencia en razón al derecho interno del Estado miembro donde se encuentre, sin embargo, este mismo artículo también reenvía al régimen de protección al consumidor, por lo que se entiende que puede haber una elección a la hora de fundar competencia. En su numeral segundo, el artículo permite que cualquier persona con independencia de su nacionalidad pueda invocar las normas de competencia disponibles para los nacionales del Estado miembro donde se encuentre, esto se entiende en razón a que muchos países, como lo es Francia, establecen factores de competencia en razón a un denominado privilegio de nacionalidad, el cual entonces puede ser disfrutado por cualquier persona domiciliada en su territorio de conformidad al numeral segundo.

Por su parte, en artículo séptimo numeral quinto establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios. Así, si una sociedad española tiene una sucursal en Polonia, los litigios relativos a la explotación de esta sucursal serán conocidos por los tribunales polacos.

Este artículo tiene gran relación con uno de los factores de competencia brindados al consumidor cuando actúa en calidad de demandante. En efecto, el artículo 17 numeral segundo, establece que cuando la parte contratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en

⁴ Artículo sexto Reglamento Bruselas I Bis:

1. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25.

2. Toda persona, sea cual sea su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar frente a dicho demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado miembro, las normas de competencia judicial vigentes en el mismo, y en particular aquellas que han de comunicar a la Comisión los Estados miembros de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a).

dicho Estado miembro. Entonces, en el caso en que una sociedad colombiana tenga una sucursal en España, dicha sucursal puede servir para fundar la competencia del litigio acontecido con ocasión a la sociedad colombiana, toda vez que se entiende que está domiciliado en dicho Estado miembro.

Otro factor de competencia dado al consumidor, esta vez más clásico, es el domicilio del demandado. En artículo 18 numeral 1 lo establece de tal manera en los siguientes términos: La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte.

La expresión “otra parte contratante” ha sido interpretada por el TJUE, en el asunto *Maletic* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013), como designando “igualmente la parte contratante del operador con el que el consumidor haya celebrado dicho contrato y que tenga su domicilio social en el territorio del Estado miembro del domicilio de ese consumidor”. Así, si un consumidor celebra un contrato con una empresa y esta a su vez contrata con otra para darle cumplimiento al consumidor, ambas empresas se verán sometidas a la competencia dada al consumidor en el artículo 18 numeral 1, esto en razón a que son relaciones jurídicas subsecuentes y con el fin de evitar procedimientos paralelos que puedan resultar en soluciones distintas e inconciliables.

Sin embargo, este artículo trae también una excepción a fin de garantizar la protección a la parte débil: el consumidor puede fundamentar la competencia del órgano jurisdiccional de su domicilio con independencia del domicilio de la otra parte. De esta manera, mismo si el demandado no está situado en un Estado miembro, son competentes para conocer del litigio los tribunales del domicilio del consumidor.

Esta protección se fundamenta, como se dijo anteriormente, en lo expresado en el considerando 14 que dispone que:

Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado

Y el considerando 18 que establece que:

En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales.

Por ello, a fin de darle cumplimiento a estas consideraciones, el legislador comunitario decidió brindar esta competencia de excepción cuando la parte contratante no esté domiciliado en la Unión.

Por su parte, cuando el consumidor está en calidad de demandado, el parte contratante únicamente dispone, como factor de competencia para fundar la acción, del domicilio del consumidor, según lo establece el artículo 18 numeral 2. Esto no es más que un factor de competencia clásico pero diferenciado de los factores de competencia en material contractual que trata el artículo 7 numeral 1 del Reglamento.

La siguiente tabla resume de manera sucinta los factores de competencia brindados a cada parte:

Tabla 1.

Factores de competencia internacional brindados a las partes del contrato de consumo

Factores de competencia	
Consumidor	Parte contratante
1. Competencia reglada por el Derecho Internacional Privado de su Estado miembro	
2. Domicilio del parte contratante	1. Domicilio del
3. Domicilio del consumidor	consumidor
4. Domicilio de la agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro	

Nota. Autoría propia

2.1.2 De la libertad contractual: cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje

Corresponde ahora el estudio de las cláusulas atributivas de jurisdicción y de arbitraje en el seno del Reglamento Bruselas I Bis y demás textos aplicables, especialmente en lo relativo a los litigios de consumo. No sin antes hacer referencia a la libertad contractual en el ámbito europeo.

La libertad contractual no está garantizada expresamente por ninguna disposición presente en los Tratados de la Unión Europea, sin embargo, según resalta (Praduroux, 2020),

muchas de las disposiciones del Tratado de la UE así como la economía de mercado y las libertades económicas constitutivas del mercado interior presuponen una tal garantía.

De esta manera, el TJUE ha tenido la ocasión de venir sobre este concepto, por primera vez en el año 1979 en el asunto 151/78 Sukkerfabriken Nykobing Limiteret pero no sería sino hasta 1990 que se le reconoce un contenido normativo.

Para la autora en mención, la naturaleza de derecho fundamental de la libertad contractual en derecho de la Unión Europea reposa sobre la Carta de derechos fundamentales. Si bien la Carta no proclama expresamente un libertad contractual, el TJUE reconoce implícitamente el valor jurídico fundamental en tanto libertad consustancial a la libertad de empresa proclamado en el artículo 16 de la Carta.

Ello se debe a una decisión reciente del TJUE a saber, el asunto C 201/15 AGET Iraklis, en el cual se aseveró que una restricción excesiva de la libertad contractual es susceptible de atentar en ella misma a la substancia del derecho a la libertad de empresa contenido en el artículo 16 de la Carta de derechos fundamentales.

Ahora bien, las cláusulas atributivas de jurisdicción o cláusulas de selección de *foro* permiten a las partes establecer por avance en el contrato, qué jurisdicción de qué país conocerá de los litigios relativos al contrato mismo, esto asegura la previsibilidad del juez competente, por lo cual tales cláusulas hacen parte de la economía del contrato.

Resulta sorprendente el estudio de tales cláusulas en un área del derecho donde se busca proteger a una parte débil, sin embargo, el RBIB admite la inclusión de cláusulas atributivas de jurisdicción en los contratos de consumo. Así, en una primera aproximación, se ahondará en las cláusulas atributivas de jurisdicción, para luego ahondar la problemática de cláusulas de arbitraje, todas ellas en litigios del consumo.

El reglamento Bruselas I Bis dispone de un apartado general sobre la prórroga de competencia y uno específico en el caso del consumo. En sus reglas generales, se dispone que las partes pueden, con independencia de su domicilio, pactar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio surgido o que pueda surgir con ocasión a una relación jurídica. Este mismo artículo, el 25, dispone igualmente que esta competencia es exclusiva, salvo pacto contrario de las partes.

Respecto de la forma en cómo debe estar incluido el acuerdo, establece este mismo artículo que debe darse a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

En su numeral segundo, dispone que toda transmisión hecha por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo será tenida como por escrita. Solucionando así dudas respecto de los medios tecnológicos para la conclusión de contratos.

Cabe resaltar, que es el derecho del Estado miembro elegido el que determinará si la cláusula es válida o no en el fondo, sin embargo, varios autores, incluido (Bureau & Muir Watt, *Droit International Privé Tome II Partie Spéciale*, 2017, pág. 342), afirman en que tal derecho no es necesariamente el de fondo del Estado miembro, sino el que designe la regla de conflicto de este Estado miembro.

De manera clásica, el reglamento en su artículo 25, numeral 5, retoma la solución dada por el asunto Benincasa (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1997) que había establecido la autonomía de la cláusula atributiva de jurisdicción en el espacio judicial europeo, de esta

manera, el artículo establece que un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato

De importancia para los litigios de consumo es lo dispuesto por este mismo artículo, 25, en su numeral 4 y en el artículo 26, numeral 2. El primero de ellos da una ineficacia de la cláusula atributiva de competencia, de las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un trust si son contrarios a lo establecido en el artículo 19 (artículo que regula las cláusulas de atributivas de competencia en el ámbito del consumo).

Por su parte, el artículo 26, numeral 2, reza que cuando el consumidor sea el demandado, el órgano judicial, antes de asumir su competencia por la cláusula, debe asegurarse que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no.

Finalmente, una regla tendiente a evitar el *fórum shopping* se encuentra en el artículo 31 numeral segundo, el cual dispone que cuando se presente una demanda ante un órgano de un Estado miembro que tiene una competencia exclusiva en virtud de una cláusula atributiva de jurisdicción, cualquier órgano de otro Estado miembro debe suspender su procedimiento hasta que el órgano elegido en el acuerdo se declare incompetente con arreglo al acuerdo. Dando así una prioridad al órgano judicial de la cláusula sobre los demás jueces, sin embargo, esto es así desde que este órgano elegido ha sido accionado en justicia.

Respecto de las reglas específicas de las cláusulas atributivas de jurisdicción en materia del consumo, su regulación se encuentra establecida en el artículo 19 del reglamento, dentro de la sección IV dedicada especialmente a los consumidores.

Establece este artículo que prevalecerán las disposiciones atributivas de competencia sobre la competencia predeterminada por el reglamento, si concurren dos condiciones cumulativas:

- El acuerdo de cláusula atributiva de jurisdicción debe ser posterior al litigio

La segunda condición dependerá de las siguientes opciones:

- Que la cláusula permita ampliar los factores de competencia brindados al consumidor, es decir, que alarguen los tribunales competentes en virtud de la sección del consumidor en el reglamento
- O que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su parte contratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.

Vale recalcar, que las demás condiciones explicadas de forma general deben también concurrir para la validez de la cláusula.

De esta forma vemos cómo se materializa lo dispuesto en el considerando 19 del reglamento, el cual dispone que debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento.

Quid ahora de las cláusulas de arbitraje en materia del consumo, la primera precisión a realizar es que el arbitraje es una de las materias que se excluye del campo de aplicación del Reglamento Bruselas I Bis. Tal exclusión histórica de los textos de derecho internacional privado

se entiende, según (Jarronsson & Idot), en razón a 3 ideales: el primero, porque el campo de competencias originarias comunitarias no comprendía el procedimiento ni la resolución de litigios. Segundo, el objeto de los textos se limitaba a repartir las competencias entre los Estados miembros. Finalmente, la tercera razón es la existencia de textos internacionales relativos al arbitraje.

Si bien varias razones han desaparecido, no lo ha sido el hecho de que el arbitraje se excluye de los textos de derecho internacional privado de la Unión Europea.

Sin embargo, la respuesta a la posibilidad de incluir cláusulas de arbitraje en contratos de consumo no está en tales textos de derecho internacional privado, sino bien por el contrario, se encuentran en directivas sustanciales sobre derechos de los consumidores y su protección.

De esta manera, el derecho derivado de la Unión Europea está constituido por diferentes tipos de cuerpos jurídicos que lo integran, dentro de los cuales se tienen a los reglamentos y las directivas, las cuales se diferencian no tanto en su obligatoriedad dado que lo serán, sino en su entrada en vigor, su necesidad de transposición y el rango de maniobra que se deja a los Estados partes.

Por ello, los reglamentos entran en vigor de manera uniforme y automática en toda la UE sin necesidad de ser transpuesta o adoptada en la legislación interna de cada Estado miembro, mientras que las directivas requieren un término para su adopción por parte de los Estados partes y se permite un margen de maniobra a los mismos para aumentar o mantener igual la protección brindada a través de la directiva, por esta razón se habla de directivas de protección mínima, donde el legislador europeo da la mínima protección requerida a su parecer pero los Estados pueden aumentarla, y directivas de protección máxima en donde su nivel de protección brindado es tal que los Estados no pueden disminuir ni aumentar tal nivel.

Así, la directiva 93/13/CEE del 05 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores aporta la solución a la problemática planteada anteriormente. Para esta directiva, es una cláusula abusiva aquellas que no han sido negociadas individualmente, pese a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Anexo a la directiva, se incluye una lista indicativa no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. De esta manera, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante, es considerada una cláusula abusiva.

Es por esta razón, que no se está permitido incluir cláusulas de arbitraje en los contratos del consumo a pesar de que el reglamento BIB permite cláusulas de atributivas de jurisdicción. Se da entonces una liberalidad mesurada a fin de garantizar la debida protección al consumidor.

2.2 La ley aplicable: el reglamento Roma I

Estudiada la competencia en materia del consumo, se procede ahora al análisis de la ley aplicable a los contratos de consumo en el espacio europeo y su normatividad.

Bien se ha señalado, el instrumento de derecho internacional privado aplicable para la designación de la ley aplicable a las relaciones contractuales es el reglamento Roma I

(Parlamento Europeo y del Consejo, 2008), sucesor del anciano Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, este nuevo reglamento recicla varias de las soluciones aportadas por su antecesor, así como también implementa los cambios jurisprudenciales presentados en vigencia del extinto Convenio de Roma.

Más allá de ello, la gran particularidad del reglamento es que tiene un alcance universal, es decir, que se aplica a todos los litigios que impliquen un conflicto de leyes en materia contractual ante un juez de un Estado miembro, sin importar que la ley que designe sea aquella o no de un Estado miembro.

En su campo de aplicación material, el reglamento se aplica en los casos de conflicto de leyes en obligaciones contractuales tanto civiles y mercantiles, excluyéndose materias tales como la aduanera, fiscales y administrativas, al igual que el estado civil y la capacidad de las personas, obligaciones derivadas de relaciones familiares, entre otras, sin que se excluya al consumo.

Se aplica, de la misma manera, para todos los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 y su entrada en vigor se hizo este mismo día.

En cuanto a un ámbito de aplicación espacial, se sobreentiende que es aplicado por las autoridades judiciales de los Estados miembros, es menester recordar que para la determinación de la ley aplicable es necesario, en un primer tiempo, que el tribunal se haya declarado competente, por ello, una vez un Estado miembro se haya declarado competente del caso en concreto, procederá a determinar la ley aplicable conforme a este reglamento, sin perjuicio que la ley designada sea la de un tercer Estado o Estado no miembro.

Finalmente, el reglamento deja un gran amplio margen de maniobra a la libertad contractual, permitiéndose así una libertad de escogencia de ley (2.2.1) como principio del

reglamento, teniéndose, de excepción, casos supletivos a defecto de falta de decisión, por ello también se hace necesario estudiar tales factores de ley en los casos del consumo (2.2.2).

2.2.1 La libertad de elección de ley

Como solución de principio a los conflictos de leyes en materia contractual, el reglamento deja un margen de libertad a las partes de escoger a qué ley someterán su contrato. De esta manera se presenta el artículo tercero del reglamento, titulado Libertad de elección, el cual propone esta solución. Además, establece que la elección se hará de forma expresa o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o las circunstancias del caso.

Empero, antes de ahondar en el estudio de este sistema, se hace necesario establecer a qué se hace referencia con la elección de ley. Se trata de una cláusula de *electio iuris* o de elección de ley, por medio de la cual las partes contratantes definen la ley que regirá el contrato que se celebra, esto permite una previsibilidad de soluciones, de derechos y obligaciones así como un régimen jurídico claro dado que el contrato no estará a la disposición del juez que lo conozca para definir la ley sino que esta ya es conocida por todos los intervinientes.

Sin embargo, la primera duda que salta es saber ¿qué tipo de ley? ¿Debe ser una ley estatal o puede ser la *lex mercatoria*? ¿Pueden ser los principios Unidroit o los Principios de derecho europeo de contratos? ¿Se permiten las cláusulas Paramount⁵? Sin donar una respuesta de fondo clara, hay que remitirse a los considerandos 13 y 14, los cuales, al servir como factores de interpretación, brindan la respuesta a tales dudas. Así, el considerando 13 dispone que el

⁵ La cláusula Paramount es aquella por la cual las partes hacen referencia en sus contratos a las disposiciones de una Convención internacional inaplicable de pleno derecho. (Bureau & Muir Watt, Droit International Privé Tome II Partie Spéciale, 2017, pág. 424)

reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un derecho no estatal o un convenio internacional. Por su parte, el considerando 14 reza que en caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas.

Así las cosas, resulta lógico pensar en que las partes pueden válidamente escoger tanto el derecho estatal como uno no estatal o convención internacional, inclusive si la misma no ha sido ratificada por el Estado donde se resuelva la controversia.

Por otro lado, el artículo tercero, numeral primero permite designar la ley a la totalidad o solo a una parte del contrato. Este desmembramiento del contrato, conocido en doctrina como *dépeçage*, ha tenido grandes críticas doctrinales, algunos consideran que es sólo el juez en sede de instancia quien lo practica, otros, más favorables a la libertad contractual, aducen que las mismas partes pueden realizarlo desde que lleguen a una solución coherente, que las leyes escogidas no sean contrarias entre sí mismas. Por su parte, otra rama de la doctrina, y es a la cual el autor sienta posición, es aquella que propugna por un desmembramiento en las leyes del contrato sólo en los casos en que es posible en relación con elementos del contrato objetivamente separables, es decir, cuando en el contrato concurren elementos de diferentes contratos, a cada cual es posible designarle una ley en específico.

Sin embargo, hacer una designación de una ley en específico, la misma se refiere a sus normas sustanciales, dejando de lado la normatividad en derecho internacional privado de la ley escogida, evitándose así situaciones de reenvío, tal como lo dispone el artículo 20 del reglamento.

Continuando con el artículo tercero, el numeral segundo permite el cambio de la ley en cualquier momento sin que tal cambio signifique impedimento para la validez formal del contrato ni en contra de los derechos de los terceros.

Por su parte, los numerales 4 y 5 sacan a colación las hipótesis de leyes de policía en presencia de elecciones de ley a países terceros, bien sea dentro o fuera de la Unión. Definidas en el artículo noveno del reglamento, las leyes de policía son disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro del ámbito de su aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable según el Reglamento.

Así, tales leyes se ven salvaguardar su lugar en los numerales en mención, ellos disponen que cuando los elementos pertinentes de la situación están localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige (hipótesis del numeral 3) o cuando tales elementos estén localizados en uno o varios Estados miembros y la ley escogida no sea la de un Estado miembro (hipótesis del numeral 4), tal elección de ley se entiende sin perjuicio de la aplicación de disposiciones de la ley de ese otro país o del derecho comunitario, dependiendo el caso, que no puedan excluirse mediante acuerdo (leyes de policía).

En otras palabras, las dos hipótesis son las siguientes:

- Un Estado miembro es competente para conocer un caso, al determinar la ley aplicable hay una elección a la ley de otro Estado miembro, sin embargo, las leyes de policía del Estado miembro competente no se descartan por el hecho de la elección de ley.
- Un Estado miembro es competente para conocer un caso, al determinar la ley aplicable hay una elección a la ley de un Estado no miembro, al igual que lo anterior,

lo que se aplica en estos casos son las leyes de policía comunitarias conforme se apliquen en este Estado miembro competente.

Finalmente, el numeral quinto hace referencia a la existencia y validez y validez del consentimiento en cuanto a la elección de ley, las cuales están sometidas a las disposiciones de los artículos 10, 11 y 13 del reglamento.

Así las cosas, el artículo 10, titulado consentimiento y validez material, somete la existencia y la validez del contrato, así como de cualquier disposición, a la ley competente según el reglamento, es decir, si hay una ley escogida, bajo esta ley, de lo contrario, según los factores de determinación del reglamento.

Aun así, establece una excepción tendiente al establecimiento de la falta de consentimiento, en el entendido que cualquiera de las partes se podrá referir a la ley del país de su residencia habitual, si de las circunstancias resulta irrazonable determinar el efecto del comportamiento según la ley determinada por el reglamento (hipótesis del párrafo anterior).

De su lado, el artículo 11, titulado validez formal, propone una serie de casos sobre la conclusión de un contrato o acto jurídico, dando principal lugar a la ley que rige el acto de fondo según el reglamento, o a su defecto, el muy famoso *locus regit actum*, bien sea de una u otra parte.

Sin embargo, es de vital importancia para la presente obra el numeral 4 de este artículo, el cual dispone que para los contratos de consumo de conformidad al artículo 6, no se aplican las reglas antes explicadas, ley de fondo según el reglamento o *locus regit actum*, sino que la validez formal está regida por la ley del país de la residencia habitual del consumidor.

Empero, una excepción a la excepción es dada en el numeral 5, el cual somete la validez formal de los contratos que tengan por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el

arrendamiento de un bien mueble, a la ley del país en que el inmueble esté situado, siempre que bajo esta ley (i) la aplicación de estas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rige el contrato y (ii) que dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.

Finalmente, el artículo 13, relativo a la incapacidad, dispone que las personas ubicadas en un mismo país sólo podrán invocar incapacidades resultantes de otros países, cuando la otra parte contratante hubiese conocido tal incapacidad, o la hubiese ignorado en virtud de negligencia por su parte. Esto se entiende porque muchos países disponen de edades diferentes para ser capaces plenamente, a fin de evitar que alguna de ellas se prevalezca de su incapacidad según la ley de su país de origen, se erigió tal regla de conformidad a la capacidad del país en donde se encuentren ubicadas ambas partes a fin de darle una previsibilidad de la ley conocida por el comerciante en su país y una continuidad jurídica a la relación contractual ya acontecida.

Antes a darle paso a los factores de conexión en el conflicto de leyes a falta de escogencia de ley, es necesario, y como punto en común con esa temática, determinar el ámbito de la ley aplicable.

Para ello, el artículo 12 brinda una respuesta tajante, bien sea la ley escogida libremente o la determinada según los factores del reglamento, la ley va a regir para:

- La interpretación
- El cumplimiento de las obligaciones que genere
- Las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las obligaciones, con inclusión de la evaluación del daño desde que la gobiernen normas jurídicas
- Los modos de extinción de las obligaciones, la prescripción y caducidad basadas en la expiración de un plazo

- Las consecuencias de la nulidad del contrato.

Del mismo sentido, establece el artículo que para las medidas del cumplimiento y las que se deban tomar en caso de este ser defectuoso, tendrá que ser en concordancia con la ley del lugar de cumplimiento.

2.2.2 De la ley a defecto de escogencia

Una metodología conflictual clásica viene a colmar la falta de elección de las partes sobre la ley aplicable, nutrida de una amplia gama de factores de localización del contrato según su objeto, la especificidad del reglamento puede llegar a ser envidiable en comparación con otras legislaciones, el reglamento da tanto una seguridad jurídica a las transacciones como una previsibilidad de soluciones.

Así, el artículo cuarto trae una gran serie de casos con el fin de localizar el contrato a algún orden jurídico de los que están en pugna según presente un vínculo más estrecho, a modo de ejemplo, el artículo establece que el contrato de compraventa de mercaderías está regido por la ley del país de la residencia habitual del vendedor, el contrato de prestación de servicios por la ley donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual, trae también una *lex rei sitae* clásica para los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, entre muchos otros más factores de localización del contrato.

Sin embargo, más allá de estos factores claros y preestablecidos, el reglamento también se dota de una cláusula de excepción, que en palabras de (Bureau & Watt, 2017) (Bureau & Watt, Droit International Privé Tome I Partie générale, 2017, pág. 626)⁶ significa dar una inseguridad

⁶ El mecanismo de la cláusula de excepción permite al juez competente de un litigio evitar la ley normalmente aplicable, en favor de aquella que presente los vínculos más estrechos con la situación que le es sometida.

jurídica e imprevisibilidad, pero que para otros es el representante de la posibilidad del juez de desplazar la ley preestablecida en favor de una ley que se adapta mejor a los factores de proximidad del contrato.

También se dota el reglamento de una dispensa del numeral 1 del artículo 3 (factores de localización de la ley aplicable al contrato), cuando varios de estos factores se apliquen o cuando ninguno de ellos tenga lugar, en estos casos, el contrato será sometido a la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. El problema resulta entonces determinar cuál es tal prestación característica.

Al igual que el reglamento BIB, el reglamento Roma I trae una sección especial dedicada al contrato del consumo, en la cual se centrará el estudio en la presente sección. Contenida en el artículo 6 del reglamento, todo este artículo representa una protección dada al consumidor.

Lo primero que se debe analizar es la calificación de consumidor en el seno del reglamento. Sin embargo, la respuesta no distará mucho de la dada por el reglamento BIB, así las cosas, para Roma I será un contrato de consumo el celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional con otra persona que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, contrato que será regido por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, además que el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

La calificación entonces no dista mucho entre ambos reglamentos, además de dar un factor de localización de la ley aplicable al contrato de consumo en principio. En este caso, según Bureau & Muir Watt, la regla de conflicto no tiene un interés de protección hacia el consumidor,

ya que la ley del país del profesional podría ser más protectriz, sino que se trata de una localización de favor en la medida que esta ley responde a las expectativas y al conocimiento del consumidor en su derecho.

Por otro lado, el artículo 6 numeral 2 permite la elección de la ley aplicable, sin embargo, tal elección no puede ser en perjuicio del consumidor, pues no puede acarrear para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley de su residencia. Así las cosas, las cláusulas de elección de ley se deben ajustar a lo establecido en el artículo tercero, además de donar una mayor protección, ser más garantistas, que la ley de la residencia del consumidor.

De no cumplirse los requisitos del numeral primero, el numeral tercero establece que la ley del contrato se determinará de conformidad a los artículos 3 (libertad de escogencia) y 4 (lista de factores de localización del contrato).

Finalmente, el numeral cuarto del artículo tercero establece una serie de contratos en específico que aún de celebrarse con un consumidor escapan de la protección dada a estos, para ellos, se aplicará conforme a sus respectivos reglamentos, se trata de los contratos de prestación de servicios cuando los servicios deban ser prestados al consumidor en un país distinto a su residencia habitual (se aplicará entonces el artículo 4, numeral 2: ley del país de la residencia habitual del prestador), los contratos de transporte distintos a los relativos a un viaje combinado, contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores

negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero; y finalmente, los que celebrados entren en el ámbito de aplicación del artículo 4, numeral 1, literal h.

En conclusión, en los contratos de consumo también se goza de la libertad contractual para la escogencia de ley con una limitante, esto es que la ley escogida debe ser más garantista que la ley de la residencia del consumidor, por otro lado, a falta de escogencia de tal ley, la ley aplicable al contrato de consumo es la ley de la residencia del consumidor desde que se cumplan las siguientes condiciones:

- Celebrado por una persona física
- Sea para un uso ajeno a la actividad comercial o profesional del consumidor
- Que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual
- O que por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o distintos países, incluido ese país
- Que el contrato esté comprendido en el ámbito de tales actividades.

A falta de cumplirse las condiciones tres y cuatro antes explicadas, el contrato se registrará por los factores generales de localización de la ley aplicable establecido en el artículo 4 del reglamento.

3. Del derecho internacional privado del consumo colombiano

Se ha señalado anteriormente que el lugar del derecho internacional privado ha sido residual en la importancia legislativa del país, disponiéndose de pocos instrumentos normativos, tanto internos como internacionales, que regulen dicha materia, dejándose así una imprevisibilidad e inestabilidad jurídica, bien lo señala (Zapata de Arbeláez, 2016) “nada es más importante que la certeza jurídica y, sin embargo, la pregunta básica de la determinación de la ley aplicable al contrato permanece sin una respuesta satisfactoria”. Ello se debe al imperioso y arcaico sistema de territorialidad establecido en el Código Civil y demás normas del DIP presentes en nuestro país, que no han permitido dar una solución concreta a los problemas básicos de esta área y que por tanto son un riesgo para la contratación internacional.

Todo esto da lugar esto al poco estudio en esta área aunada con la poca producción judicial en este contexto, teniéndose pocas sentencias al respecto, debido a que es preferible pactar la utilización de tribunales extranjeros o tribunales arbitrales internacionales que dar competencia a las autoridades judiciales colombianas poco sabedoras de esta rama del derecho por la misma falta de normas claras.

Aunado a ello, la aún nueva rama del derecho, el derecho del consumo, complica más la tarea tanto del legislador, de los doctrinantes, de los abogados y al fin de cuentas, del juez, para la aplicación conjunta de reglas de derecho internacional privado y del derecho del consumo efectuando una debida protección al consumidor sin comprometer la dinámica del comercio garantizando principios básicos como la autonomía contractual.

En este contexto de protección al consumidor por un lado y de libertad contractual por el otro, se enmarca la tarea del derecho, el cual debe regularlos de tal manera que se brinde una efectiva protección al consumidor y más aún al consumidor internacional sin que se afecten gravemente o se lleguen a anular libertades propias del derecho comercial y contractual.

Por ello, ante la falta de unidad en la materia, se debe conjugar de forma adecuada las disposiciones protectoras del consumidor junto con las reglas de competencia, su entendido en la competencia judicial internacional, al igual que las reglas de determinación de la ley aplicable, además de las reglas relativas al arbitraje en materia del consumo, con el fin de dar soluciones previsibles, armónicas, garantistas y a la vanguardia del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para esto, en un primer momento se abordará el estudio del juez competente (3.1) a los casos de consumo internacional en el derecho colombiano, incluyéndose las hipótesis de elección de juez y arbitraje de consumo, para dar paso luego al estudio de la ley aplicable (3.2) y sus posibilidades de libertad contractual en el derecho internacional privado del consumo.

3.1 Del juez competente

La determinación de la jurisdicción internacional es un tema netamente soberano de cada país, por el cual este mismo determina la competencia de sus órganos judiciales para conocer de un caso en específico, teniéndose competencia exclusiva de los tribunales, para casos de nacionalidad, bienes situados en sus territorios, entre otros y competencia concurrente, para casos cuya resolución bien puede darse en uno u otro Estado sin mayor complicación y sin poner en riesgo la soberanía estatal ni el orden público.

De tal manera, lo ideal sería contar con normas jurídicas de carácter internacional que establezcan la competencia de un país sobre un caso en específico, ante la falta de tales normas, ordenamientos jurídicos como el francés han optado por la transposición a lo internacional de normas de competencia interna⁷ para la determinación de la competencia internacional de sus tribunales.

Sobre la determinación de la competencia judicial internacional en el caso colombiano no hay normas en específico, pocas son aquellas que lo establecen, como lo es el caso del contrato de trabajo, sin embargo, ante la falta de legislación interna y específica, se seguirá la postura presentada por (Guerra Hernández, 2016) sobre la extrapolación de normas a lo internacional de las reglas de competencia interna, a fin de evitar denegaciones de justicia en ausencia de normas expresas de jurisdicción.

Por ello, en tratándose de reglas de competencia se estudiarán las contenidas en el Código General del Proceso, así como la regla especial del consumo establecida en el artículo 58 del Estatuto del Consumidor. Por su parte, al abordar la temática del arbitraje de consumo, se estudiará la ley de arbitraje. Todo ello se estudiará en relación con la jurisprudencia al respecto y pronunciamientos emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

De esta manera, en un primer momento se abordará la temática de la competencia judicial natural (3.1.1) en los casos de consumo internacional, para dar paso luego a la libertad elección de *foro* (3.1.2) tanto judicial como arbitral en el derecho colombiano del consumo desde una perspectiva internacional.

⁷ Sentencias Pelassa y Scheffel de la Corte de Casación de Francia.

3.1.1 De la competencia judicial natural

Antes de adentrar en el estudio jurisdiccional de competencia internacional en materia de consumo en Colombia, se hace necesario determinar la calidad de consumidor en el país, definición esta que servirá tanto para la material procesal como para la determinación de la ley aplicable.

Así las cosas, es en el Estatuto del Consumidor donde se encuentra el entendido de consumidor, teniéndose que⁸ consumidor es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando esta no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se tiene, además, incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

El legislador optó por dotar de una definición amplia el concepto de consumidor, permitiéndose así un mayor espectro de protección a esta parte débil de la relación contractual.

Por su parte, el Código General del Proceso es la ley procesal aplicable en el territorio colombiano. A través de sus artículos establece la distribución judicial ordinaria en el país, sin embargo, en cuanto a normas de DIP deja una plaza casi inexistente. Por ello, se aplicará su extrapolación a lo internacional de las reglas de competencia interna a fin de determinar la competencia de los tribunales colombianos, conforme lo han indicado diferentes doctrinantes, entre ellos (Guerra Hernández, 2016, pág. 358).

Esta extrapolación o traspaso a lo internacional de las reglas de competencia territorial hace referencia a pensar la norma en una forma de brindar competencia de modo internacional, a

⁸ Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, artículo 5 numeral 3.

modo de ejemplo, si la norma interna dispone que son competentes para conocer de un litigio los tribunales del domicilio del demandado, tal norma extrapolada a lo internacional dispondría que son competentes para conocer de un litigio los tribunales del país de domicilio del demandado.

Lo anterior se tendrá en relación con las normas contractuales aplicables a la protección al consumidor. Así, en tratándose de conflictos contractuales de consumo, el CGP brinda diferentes reglas aplicables a las discordias, a saber:

- a. Artículo 28 numeral 1: dispone este artículo que, en los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. Si son varios los demandados o el demandado tiene varios domicilios, el de cualquiera de ellos a elección del demandante. Cuando el demandado carezca de domicilio en el país, será competente el juez de su residencia. Cuando tampoco tenga residencia en el país o esta se desconozca, será competente el juez del domicilio o de la residencia del demandante.

Al hacer la transposición a lo internacional de esta regla, se tiene que la jurisdicción colombiana es competente en los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, si el demandado tiene su domicilio en el país. Al dirigirse la demanda contra varios o el demandado tiene varios domicilios y uno de ellos en Colombia, también hay competencia judicial para Colombia.

Igualmente, y es interesante que el legislador haya establecido una norma de DIP en este primer artículo de competencia territorial, si el demandado no tiene domicilio en el país, pero sí residencia, el juez de su residencia es competente, traspasado a lo internacional se tiene que hay competencia de los tribunales colombianos si el demandado a pesar de no tener domicilio en el país tiene efectivamente residencia en

el suelo nacional. Finalmente, cuando no tenga residencia en el país o esta se desconozca, bajo estas dos posibilidades, se dará competencia al juez del domicilio o residencia el demandante. Traspasado a lo internacional se tiene que, si el demandado no tiene residencia en Colombia o su residencia se desconoce, serán competentes los tribunales colombianos si el demandante tiene su domicilio o residencia en el país.

Así las cosas, basta que se cumplan alguno de los anteriores cuatro criterios para que se pueda fundar la competencia jurisdiccional de Colombia para conocer de un caso contractual de consumo.

- b. Otra regla de competencia extrapolable a lo internacional y aplicable a los casos de disputas contractuales de consumo es la dispuesta en el artículo 28 numeral 3, el cual establece que, en los procesos originados en un negocio jurídico (...) es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones.

Traspasada a lo internacional se tiene que los tribunales colombianos son competentes en los procesos originados en un negocio jurídico si el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones es en el territorio nacional.

Así las cosas y como claramente se lee del artículo, basta que cualquiera de las obligaciones del contrato de consumo se ejecute en Colombia para que los tribunales nacionales tengan competencia internacional para conocer del litigio.

Por su parte, el Estatuto del Consumidor en su artículo 58 establece otra norma de competencia en materia del consumo. Se trata sobre procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, con excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o populares.

Parte dándole competencia jurisdiccional a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de litigios de consumo, poniéndola a manera de prevención entre esta y el Juez competente. De ser escogida, reemplazará al juez de primera o única instancia por razón de cuantía o territorio.

Sin embargo, es interesante la competencia que se brinda en el numeral segundo, el cual dispone que es competente también el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo.

Dicha regla, extrapolada a la internacional, brinda competencia a los tribunales colombianos si el lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo haya sido en Colombia.

En suma, se puede resumir los factores de competencia judicial internacional en material contractual de consumo en favor de los tribunales colombianos así:

- Si el domicilio del demandado se encuentra en el territorio nacional.
- Si el demandado tiene varios domicilios o son varios demandados y uno de ellos tiene domicilio en Colombia.
- Ante la carencia de domicilio en Colombia del demandado, el juez de la residencia de este si esta es en Colombia.
- Ante la carencia de residencia en Colombia del demandado o el desconocimiento de esta, el juez del domicilio o residencia del demandante si es en Colombia.
- En los litigios de un negocio jurídico, si el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones se efectúe en el territorio nacional.
- Si ha sido en Colombia donde se haya comercializado o adquirido el consumo, o realizado la relación de consumo.

Cabe recalcar que es paupérrima la protección al consumidor en materia de establecimiento de la competencia judicial internacional, pues no hay norma que brinde una competencia exclusiva o garantista de sus derechos, al dejarse una competencia a prevención de la competencia especial establecida en el Estatuto del Consumidor, se brinda la posibilidad de elección de otros foros más favorables, además, al estar sometido el contrato de consumo a las reglas generales contractuales para el establecimiento de la competencia internacional, tampoco se brinda una adecuada protección, puesto que nada asegura que el consumidor en caso de ser demandado pueda excepcionar la competencia extranjera en favor de un tribunal colombiano. Todo quedaría reducido a la viabilidad del exequatur de la sentencia extranjera en Colombia.

3.1.2 De la posibilidad de elección de un juez e inserción de cláusulas de arbitraje en materia de consumo

Conviene ahora determinar el tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano de las cláusulas que otorgan competencia a un juez en materia de consumo, primero de una forma general sobre las cláusulas de selección de foro para luego especificar el tratamiento de estas cláusulas en presencia de una parte débil de la relación contractual: el consumidor.

Las cláusulas de selección de foro son una expresión de la libertad contractual, de la autonomía contractual y expresión de la voluntad de las partes, sin embargo, su tratamiento va a variar dependiendo el foro que estudie la cláusula o sobre los cuales la cláusula derogue o prorrogue competencia, por medio de esta cláusula se escoge una única jurisdicción (cláusula exclusiva) o varias jurisdicciones (cláusula no exclusiva), en el entendido de jurisdicción como los tribunales de un Estado o la capacidad de un Estado para juzgar un determinado asunto,

igualmente, en el derecho internacional privado se ha llegado a conocer de cláusulas disímiles en donde se le otorga la facultad a una de las partes en la relación contractual de actuar en varios foros mientras que a la otra se le restringe a uno solo.

Las cláusulas exclusivas de selección de foro o cláusulas de derogación, en palabras de (Bermann, 2003), operan para desplazar o excluir el *foros* que de otra manera serían competentes. Sin embargo, señala el mismo autor que se debe tener en cuenta el orden público interno dado que “una jurisdicción puede concebiblemente entender las cláusulas de selección de *foro* como inválidas en general porque interfieren con la jurisdicción judicial, una materia que se considera fuera del ámbito de la autonomía de las partes”.

Por su lado, las cláusulas no exclusivas de jurisdicción no derogan la competencia de una jurisdicción que normalmente sería competente, sino que concede jurisdicción a un Estado o a una jurisdicción que de no ser por la cláusula no tendría competencia para juzgar el litigio, es decir, amplía el rango de tribunales de disposición para demandar.

Corresponde ahora determinar el margen jurídico de este tipo de cláusulas en el ordenamiento jurídico colombiano. El Código General del Proceso, sucesor del antiguo Código de Procedimiento Civil, viene a dar respuesta a estos interrogantes. Un código nuevo en materia procesal pero que trae prácticamente las mismas soluciones de derecho internacional privado que su antecesor.

Así las cosas, el antiguo código en su artículo sexto prescribía la observancia de las normas procesales entablado que “son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.” Normativa esta que fue retomada por el CGP en términos no muy disímiles dado que el artículo 13 prescribe la

observancia de las normas procesales como “de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”

Igualmente, el artículo 23 numeral 5 del antiguo código establecía la regla según la cual “para efectos judiciales la estipulación de domicilio contractual se tendrá por no escrita”. Norma esta que fue retomada en los mismos términos por el artículo 28 numeral 3 del nuevo código.

Sin embargo, sólo una disposición vino a cambiar, se trata de la antigua norma del artículo 13 que disponía la improrrogabilidad de la competencia, cualquiera que fuera el factor que la determinara. Este mandato fue modificado por el artículo 16 del nuevo código, el cual califica únicamente como improrrogables la jurisdicción y competencia por los factores subjetivo y funcional, dejándose abierta la posibilidad de pensar en una prorrogación de jurisdicción internacional bajo otros factores.

Ahora entonces, las cláusulas no exclusivas de selección de foro en el ordenamiento jurídico colombiano, en palabras de (Londoño Zuleta, 2010), resultan perfectamente ajenas a este, pues se trata de regular la jurisdicción de cortes extranjeras.

Sin embargo, es en las cláusulas exclusivas de selección de foro en donde se tendrá una verdadera discusión jurídica. ¿Es posible a través de una cláusula pactar la exclusión de la jurisdicción colombiana en favor de una jurisdicción extranjera? La respuesta a este interrogante es negativa: el artículo 13 del CGP establece el carácter de orden público de las normas procesales, por tanto, de la jurisdicción colombiana, en los que en ningún caso puede ser derogada.

En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en un asunto relativo a una cláusula exclusiva de selección de foro a favor de la jurisdicción norteamericana, en aquella ocasión dispuso el Tribunal:

“y en los fundamentos de hecho de la demanda se incluye la afirmación de que el contrato de agencia comercial o de intermediación, habría tenido desarrollo en nuestro país (fs. 125 y 126), lo cual significa que, con independencia del debate que en torno a ello deba surtir a lo largo del proceso, este litigio debe ser resuelto ante la jurisdicción ordinaria de Colombia, conforme a la cual-lex fori-para fines judiciales está vedada la fijación de un domicilio contractual.” (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Civil, 2009)

Así las cosas, una cláusula atributiva de jurisdicción exclusiva en favor de un juez extranjero será inoperante si la jurisdicción colombiana es también competente, es decir, no se puede utilizar la cláusula exclusiva de jurisdicción para contestar la competencia judicial internacional de Colombia.

La pregunta resulta entonces sobre la admisión en Colombia de un juicio extranjero en un proceso en el que la jurisdicción Colombiana también sería competente. Para ello, el artículo 606 dispone los requisitos para el *exequatur*, estableciendo un listado de siete condiciones para su otorgamiento y los cuales no son obstáculo para la hipótesis planteada salvo el numeral cuarto: no se otorgará el *exequatur* cuando el asunto sobre el que recae sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos. Sin embargo, tal numeral no se opone a los litigios de consumo dado que estos no son de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

Así las cosas, se tiene que es factible pactar cláusulas no exclusivas de selección de foro en los asuntos de consumo, dado que estas no excluyen la competencia judicial internacional de

Colombia y su solución en país extranjero no se opone a la recepción del fallo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Analizado el tratamiento de las cláusulas atributivas de jurisdicción, conviene entonces transcurrir sobre la discusión del arbitraje en materia de consumo.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de diferencias en la que se establece, a través de un acuerdo de las partes, otorgar a un particular la capacidad para dirigir una disputa. En Colombia, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 116 inciso 4 de la norma superior, la cual dispone que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

En el ordenamiento jurídico colombiano, diferentes normas han venido a regular y enmarcar el tema arbitral, tal como lo exponen (García Prati & Ocampo Mejía, 2016), como lo fue el Código Judicial Ley 105 de 1931, el Código de Comercio Decreto 410 de 1971 en su Título III del libro sexto, así como en el Código de Procedimiento Civil, sustituidos finalmente por el Decreto 2279 de 1989.

De nuestros días, el arbitraje nacional e internacional se encuentra regulado a través del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional Ley 1563 de 2012 en cuyo artículo primero define al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes difieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

Así mismo, la cláusula compromisoria es independiente del documento que la contenga, esto implica que la nulidad o invalidez del contrato o negocio jurídico que contenga la cláusula

compromisoria no conlleva a la nulidad o invalidez del arbitraje y serán los árbitros quienes determinen tal invalidez o nulidad respecto de la cláusula.

Por otro lado, el Estatuto se refiere también al arbitraje internacional brindando diferentes criterios de conexión para la identificación de un arbitraje como internacional, teniéndose entonces 3 criterios independientes para un arbitraje internacional, a saber:

- Cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes.
- El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.
- La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Bastan con que alguna de estas tres condiciones se cumpla para decir que se está bajo el arbitraje internacional.

Por su lado, la posibilidad de pactar un arbitraje de consumo ha sido mucho más interesante, en un inicio, el Estatuto del Consumidor prohibía la figura en un intento de protección al consumidor conforme se vio en el derecho europeo, el artículo 43 del Estatuto referente a las cláusulas abusivas e ineficaces de pleno derecho disponía en su numeral 12 que las cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral eran abusivas e ineficaces de pleno derecho.

Sin embargo, la situación se tornó diferente con la expedición del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional adoptado por Colombia, debido a que una de sus derogaciones fue de

manera precisa el inciso anteriormente citado, abriéndose las puertas en el ordenamiento jurídico colombiano para el arbitraje de consumo.

Posteriormente, el Decreto 1829 de 2013 por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) dictó lineamientos sobre el arbitraje de consumo.

En su capítulo XI, titulado Pacto arbitral en contratos de adhesión, dispuso de una serie de normas relativas al tema en estudio. Así las cosas, el artículo 80 del Decreto establece la opción de pacto arbitral en todo contrato y en particular, en el de adhesión o contenido predispuesto en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918. Reza el artículo que la estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato.

Además, destaca el artículo que la aceptación será expresa, libre, espontánea y en ningún caso impuesta ni se presume por la celebración del negocio jurídico. Por otro lado, la falta de aceptación al instante de celebrar el contrato deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral.

Habiéndose establecido la factibilidad del arbitraje de consumo en el ordenamiento jurídico colombiano, se entiende también que puede haber un arbitraje internacional de consumo, aunque en este sentido tendrían que coexistir dos situaciones al mismo tiempo:

- Por un lado, cumplir con alguna de las 3 características antes mencionadas para el arbitraje internacional (artículo 62 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional).
- Además, conforme lo dispone el artículo 81 del Decreto 1829 de 2013, que la sede el arbitraje sea un Centro de Arbitraje y Conciliación del lugar del domicilio del consumidor, sin embargo, tal disposición vendría a llenar el vacío contractual de no escoger el Centro arbitral competente o la forma en cómo se designará el tribunal y su sede.

Entonces, cabe recalcar que la posibilidad del Arbitraje de consumo está limitada a Colombia, en donde se podría calificar tanto de arbitraje nacional o internacional conforme se den los requisitos mencionados y en donde todo caso tendría que llevarse ante un Tribunal Arbitral en el país. Así las cosas, la sentencia arbitral en un litigio del consumo no encontraría problemas a la hora de ser ejecutada en el país pues ya no se da ninguna de las causales del artículo 112 del Estatuto de Arbitraje para negar su reconocimiento.

El haber avalado el arbitraje del consumo elimina la posibilidad de negar el reconocimiento por las causales del numeral b sección i: controversia no susceptible de arbitraje. Se tendría que analizar entonces en cada caso la conformidad al orden público internacional de Colombia del laudo extranjero.

De esta forma, se podría también pensar en la recepción de un arbitraje extranjero de consumo en el ordenamiento jurídico colombiano puesto que no hay norma que prohíba tal posibilidad.

3.2 De la ley aplicable al contrato de consumo

Acontece ahora el segundo problema a la hora de un litigio de derecho internacional privado, luego de haberse determinado el juez competente al litigio, se debe establecer la ley aplicable a la *lite*, en el caso que nos ocupa, al contrato de consumo.

La ley aplicable nace de un problema netamente internacional, en un conflicto interno no hay cabida a tal cuestión, inclusive, en los contratos del consumo rara vez se llegaba a tal duda, pues dichos contratos eran celebrados entre personas de un mismo lugar, dejándose para espacios fronterizos estas preguntas de DIP, sin embargo, el aumento de las televentas, de las ventas por

catálogo e indudablemente de las ventas en línea, ha hecho que el problema de la ley aplicable se vuelva cada vez más frecuente.

Por ello, numerosas legislaciones han adaptado su ordenamiento jurídico ante estas nuevas realidades, es por ello, que se estudiará el ordenamiento jurídico colombiano para la determinación de la ley aplicable (3.2.1) en el contrato del consumo, partiendo de soluciones generales a la específica del caso en estudio, esto debido a la escasa legislación en derecho internacional privado en el país, para dar luego paso al estudio sobre la libertad contractual en materia de consumo en la escogencia de ley (3.2.2), a fin de saber la viabilidad de este tipo de cláusulas en contratos con consumidores en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.2.1 La determinación de la ley aplicable

En Colombia, ha existido una fuerte tendencia hacia la territorialidad de la ley y soberanía estatal, esto debido al contexto histórico en que fue expedido el Código Civil, luego de diferentes constituciones en la corta historia de vida republicana del país, así, el Código dispone en sus artículos 18 y 19 una territorialidad estricta de la ley colombiana y su ámbito de aplicación.

Territorialidad esta que ha sido interpretada y definida en pocas intervenciones judiciales, aparece por primera vez en una decisión del 30 de septiembre de 1947 de la Corte Suprema de Justicia, en el denominado caso Almacenes tía, en donde la Corte confirma la aplicación de la ley colombiana al asunto en estudio indicando que “el rigor del sistema de territorialidad de la ley, establecido por el artículo 18 de nuestro Código Civil [...] se atempera por motivos de conveniencia, entre otros casos cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero”.

Así, la Corte estipula la rigurosa territorialidad de la ley colombiana, la cual puede, a modo de excepción y por motivos de conveniencia, dar cabida a una ley extranjera. Concepto este que se convertiría en principio a través de sentencia del 26 de julio de 1995 de la Corte Suprema de Justicia al afirmar sobre el artículo 18 del Código Civil que “consagra el principio [...] de la territorialidad absoluta de la ley, por cuya virtud se somete al imperio del derecho nacional a todos los habitantes del país, sean estos nacionales o extranjeros”. Sin agregar ningún otro comentario al respecto del artículo en estudio.

Sin embargo, la territorialidad tiene sus excepciones, propuestos por el mismo código, especialmente en los artículos subsecuentes, por ello, el artículo 20 aporta tres de estas excepciones:

- el inciso primero trae la regla *lex rei sitae*: “Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.”
- el inciso segundo la regla *lex loci contractus*: “Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.”
- y el inciso tercero la regla *lex loci solutionis*: “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.”

De la misma manera, los artículos 21 y 22 aportan la regla *locus regit actum*: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados (...)” y “En los casos en que los códigos o las leyes de la Unión exigiesen instrumentos públicos para

pruebas que han de rendirse y producir efecto en asuntos de la competencia de la unión, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas” respectivamente.

Igualmente, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de analizar el contenido del artículo 20, especialmente del numeral 2, en sentencia C 249 de 2004 mencionó sobre el artículo que “con base en el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*) permite la aplicación de la ley extranjera a los contratos celebrados válidamente en país extraño, en cuanto no versen sobre bienes situados en Colombia.”

Así las cosas, la aplicación de la ley extranjera va a depender no solamente del lugar de celebración del contrato, sino también del lugar de situación del bien objeto del contrato.

Por otro lado, una regla diferente de *lex loci solutionis* cobró vida en el ordenamiento jurídico colombiano, se trata del artículo 869 del Código de Comercio que dispone que “la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”, sin embargo, no se determinó una consecuencia jurídica dado el caso se pacte en contra de esta norma, a diferencia de como sí se hizo en el artículo 1328 ídem en donde su sanción es que se tendrá por no escrita.

Se tiene entonces de estos artículos en mención, que el contrato está fraccionado entre la ley de celebración del contrato (*lex loci contractus*) y la ley de ejecución del contrato (*lex loci solutionis*), así lo señala (Rojas Tamayo, 2018), quien citando a (Savatier, 1953), menciona que “el derecho internacional privado colombiano comparte efectivamente el discurso de los partidarios de la fragmentación, para quienes “someter el contrato a una ley única es desconocer, en su ámbito respectivo, la soberanía de las leyes que se eliminan””.

Como se ha visto, la territorialidad de la ley dispuesta en el Código Civil y en el Código de Comercio junto con las escasas veces que la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, hace que se tenga un sistema difuso en cuanto al establecimiento de la ley aplicable, al respecto, (Oviedo Albán, 2012) señala que las “normas de conflicto contenidas en los Código Civil y Código de Comercio son poco claras y por su rigidez no resultan adecuadas para satisfacer los intereses de las partes en negocios internacionales...” esto genera un inconveniente tanto para el juez del contrato, así como para los abogados, doctrinantes y estudiantes en el aprendizaje y puesta en práctica del derecho internacional privado.

Por otro lado, el Código General del Proceso dispone respecto de la ley extranjera que debe ser probada, asimilándose en cierta medida a un hecho y no a un derecho plenamente válido aun así sea extranjero, en esta medida, el artículo 177 del CGP pone de presente los medios de prueba a los cuales se puede hacer valer la ley extranjera en el trámite del proceso, sin embargo, diversas dudas resaltan esta temática, si es obligación del juez aplicar la ley colombiana y ésta en su regla de conflicto conduce a una ley extranjera por ende la ley extranjera debe ser plenamente aplicada por el juez así las partes no la hayan probado, por esto debe ser obligación del foro auspiciar tal prueba, se podría llegar a pensar que dicha obligación menguaría en tratándose de derechos de libre disposición de las partes empero tal problemática resulta aún confusa en el ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo, se debe definir cuál es la ley aplicable y cómo funcionan estas reglas de conflicto unilaterales contenidas en los artículos antes mencionados. Más aún en la problemática que se torna alrededor de los contratos de consumo a nivel internacional.

Para ello, es necesario también revisar las normas establecidas en el Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011. Dentro de sus primeros artículos, específicamente el cuarto, reza que:

“Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley(...)

Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor.

En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.

En lo no regulado por esta ley, en tanto no contravengan los principios de la misma, de ser asuntos de carácter sustancial se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil.”

Así, hay una prelación en favor del Estatuto, seguida por el Comercio de Comercio y finalmente, por el Código Civil. Aunado a ello, hay que determinar a qué se hace referencia con esta mención del orden público.

Empero, el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor está también definido en el artículo 50 del mismo, el cual dispone que “Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores **ubicados en el territorio nacional** que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán (...)” (negrillas fuera de texto), agregándose una lista de obligaciones, este artículo fue interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Concepto radicado 16-002207 del 02 de marzo de 2016, manifestando que:

“(...) por disposición del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor, los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios que se encuentren

ubicados en el territorio de otro Estado, y comercialicen sus productos a través de comercio electrónico, no están sometidos a sus normas, salvo estipulación expresa del contrato celebrado. Por lo tanto, las controversias suscitadas en virtud de transacciones de comercio electrónico entre consumidores colombianos y proveedores de bienes y servicios de países miembros de la CAN, Estados Unidos y la Unión Europea, no estarán sometidas a las disposiciones del Estatuto del Consumidor, a menos que, así lo establezcan las partes. En virtud de lo anterior, tales controversias serían resueltas por esta Superintendencia, si así lo establecen las partes; pues de lo contrario, esta Entidad no es competente para resolverlas.”

De lo anterior, resulta pertinente decir que:

- En primer lugar, el concepto no hace más que ratificar la arraigada territorialidad de la ley colombiana, asegurando, nuevamente, una regla de conflicto unilateral en el derecho internacional privado colombiano. Dejando únicamente aplicación al Estatuto del Consumidor en los casos en los que productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios se encuentren ubicados en el territorio nacional. Ofreciendo una débil protección al consumidor y una inseguridad jurídica a los contratos de consumo internacional.
- Luego, el concepto avala las posibilidades de elección de ley en los contratos del consumo, sin embargo, sobre ello se ahondará en la sección B del presente Título.
- Finalmente, pareciera que la Superintendencia hace una común equivocación entre reglas de conflicto y reglas procedimentales al afirmar que sólo tendría competencia en caso de que se escogiese el Estatuto del Consumidor como ley aplicable al contrato, empero, se debe entender tal apartado no como una confusión de reglas de

conflicto y reglas procedimentales, en la medida que es justamente el Estatuto del Consumidor la norma que brinda competencia compartida a la Superintendencia de Industria y Comercio y a los Jueces Civiles dependiendo la cuantía, de resolver conflictos en materia de consumo.

Así las cosas, al no estar ubicadas tales partes en el territorio nacional, el Estatuto del Consumidor no encuentra vocación a aplicarse, se tiene entonces que resolver la duda de la ley aplicable al contrato de consumo a través de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil.

Por ende, hay que determinar la relación económica del contrato de consumo, para (Villalba Cuellar, 2011) “los contratos de consumo constituyen así una nueva categoría contractual, tomando el esquema de clasificación de los contratos, más no un nuevo tipo de contrato, tomando en cuenta la operación económica que encierran, tal como la compraventa, el arrendamiento, etc.” Teniéndose así un interés económico de por medio.

De este modo, la legislación comercial en su artículo 869 prevé la sumersión a la ley colombiana para la ejecución de todo contrato celebrado en el extranjero, pero cumplidos en el país, así las cosas, habrá una bifurcación del contrato de consumo entre la ley de su celebración y la ley colombiana para su ejecución en caso de cumplirse estas prestaciones dentro del territorio nacional.

Sin embargo, deja bastantes incógnitas esta solución planteada por el Código de Comercio, qué ley debe aplicar el foro colombiano al que se le presenta un contrato ejecutado en el extranjero, igualmente, no hay una determinación exacta de la ley del contrato dejándose así una interpretación hacia la ley de su celebración, qué pasa en los casos en los que el contrato es ejecutado tanto en el país como en el extranjero, bajo esta última cuestión, (Zapata de Arbeláez,

2016) razona exponiendo que a cada parte de la ejecución el juez deberá aplicar la ley del país de su ejecución, dándose un fraccionamiento del régimen legal de los contratos, comúnmente conocido como *dépeçage*.

El *dépeçage*, en palabras de (Reese, 1973), puede ser definido ampliamente para cubrir todas las situaciones en donde las reglas de diferentes Estados son aplicadas para gobernar diferentes temas en un mismo caso. Este fraccionamiento podría llevar a soluciones distintas e inclusive indeseadas para las partes del contrato, por ello, (Bureau & Watt, Droit International Privé Tome I Partie générale, 2017) recomiendan que se haga el *dépeçage* en los casos en que varias prestaciones de diferentes tipos se encuentren en un mismo contrato, es decir en un mismo contrato donde hayan prestaciones de diferentes tipos contratos es recomendable realizarlo para cada tipo de contrato, de esta forma se encuentra una lógica a la hora de la aplicación de la normatividad.

3.2.2 Sobre la libertad contractual en materia de consumo para la escogencia de ley

La autonomía y la libertad contractual ha permitido la inclusión de diferente tipos de cláusulas a los contratos, especialmente en los contratos internacionales que tantos cuestionamientos pueden llegar a generar. Una de estas cláusulas es la cláusula de elección de ley aplicable al contrato, la cual permite una estabilidad y seguridad jurídica a los contratantes pues sabrán bajo qué ley se están sometiendo, el alcance de la misma, sus derechos y obligaciones, acabándose con el alea de qué ley aplicará el juez que llegue a conocer de la causa, otra de las ventajas de este tipo de cláusulas es que ambos contratantes estarán sometidos a la misma ley sin que alguno de ellos esté con más o menos derechos o desventajas.

En nuestro país, según relata (Zapata de Arbeláez, 2016), el pacto de ley se tuvo como contrario a los artículos 18 y 20 del Código Civil, ya que se consideraba que atentaba al principio de territorialidad de la ley colombiana.

Sin embargo, la postura judicial ha ido cambiando en torno a la aceptación del pacto de ley, así, la Corte Suprema de Justicia en el trámite de una acción de tutela en contra de providencia judicial (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 2002) avaló el pacto sobre derecho sustancial aplicable.

En el caso concreto, las partes de un contrato de compraventa internacional de maquinaria habían escogido la ley del Estado de Alabama, Estados Unidos, para regir e interpretar su relación contractual, asignándole igualmente competencia a los tribunales extranjeros.

El Tribunal de segunda instancia había señalado que las normas de competencia territorial interna no son aplicables “sino las que a falta de tratados multilaterales o bilaterales favorecen la competencia de las autoridades del lugar donde se celebró el contrato, o las que se orientan porque las diferencias sean dirimidas por las autoridades del país donde deban cumplirse sus efectos, o las que favorecen la autonomía de contractual”.

Al respecto, esbozó la Corte Suprema que “si bien lo anterior es cierto, lo que debe aclararse es que el ámbito de aplicación de las doctrinas no lo es para determinar el juez o el tribunal, nacional o extranjero, que debe dirimir los conflictos que se presenten, salvo en la tesis de la ‘autonomía contractual’ lo relacionado con tribunales de arbitramento, sino para establecer el derecho sustancial que debe gobernar la relación”.

Señala (Zapata de Arbeláez, 2016) que, si bien el estudio de la Corte se centraba en la determinación de la validez de la cláusula de elección de foro, resulta relevante este acápite en la

medida que reconoce efectos a la autonomía contractual para establecer el derecho aplicable al fondo del contrato, en desarrollo de las doctrinas del DIP.

Puntualiza (Ochoa Jiménez, Zapata Flórez, & Carrillo Gamboa, 2019) que la jurisprudencia ha ratificado la validez del pacto de ley aplicable, abriendo la puerta para que las partes puedan acordar el derecho aplicable a un contrato con elementos de extranjería.

Señalando, además, que en materia de arbitraje internacional existía en el país hace más de dos décadas claridad sobre la validez de tales tipo de cláusulas.

Ahora bien, al estar en presencia de un contrato de consumo se podría pensar que la respuesta ante las cláusulas de pacto de ley aplicable podría variar, dado el interés de proteger a la parte débil de la relación contractual, no obstante, y conforme se señaló anteriormente, la situación no es del todo distinta.

Ello se debe, principalmente, al concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio citando anteriormente, en donde se señala que:

por disposición del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor, los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios que se encuentren ubicados en el territorio de otro Estado, y comercialicen sus productos a través de comercio electrónico, no están sometidos a sus normas, salvo estipulación expresa del contrato celebrado. Por lo tanto, las controversias suscitadas en virtud de transacciones de comercio electrónico entre consumidores colombianos y proveedores de bienes y servicios de países miembros de la CAN, Estados Unidos y la Unión Europea, no estarán sometidas a las disposiciones del Estatuto del Consumidor, a menos que, así lo establezcan las partes.

Es justamente la última frase la que valida las cláusulas de elección de ley en los contratos de consumo: si las partes establecen la ley colombiana para su contrato de consumo, las partes extranjeras estarán entonces sometidas al imperio de esta ley.

Ello implica, *contrario sensu*, que resulta factible en los contratos internacionales de consumo el pactar una ley extranjera que rija la relación. Empero, se tendrá que tener en cuenta la ejecución del contrato en el país en caso de entablar la competencia en el territorio nacional.

4. Del derecho internacional privado del consumo comparado entre Colombia y la Unión Europea

La metodología jurídica comparada nos permite confrontar las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con la finalidad de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.

Manuela Durán Bernardino

El derecho comparado tiene una aparición reciente en la esfera jurídica, en la Francia del siglo XIX con la creación de la Société de législation comparée, de gran éxito y que llevó a celebrar en 1900 el Congreso de Derecho Comparado en París para evidenciar el avance de los diferentes pueblos en materias jurídicas. Sin embargo, el derecho comparado no puede entenderse como una nueva y diferente rama del derecho dado que no tiene un ámbito de estudio en particular como lo sí lo tiene el derecho penal, el derecho comercial o el derecho internacional privado, por esto, se tiene que el derecho comparado es transversal a todas las ramas del derecho y es más un método jurídico de análisis de sistemas jurídico-positivos que una rama jurídica propiamente dicha.

Así las cosas, (Aymerich Ojea, 2003) describe al derecho comparado como aquella parte de la ciencia jurídica que se ocupa del estudio de los sistemas jurídicos de diversos países analizándolos como modelos de respuesta a problemas jurídicos definidos en términos generales, es decir, en abstracción del Estado concreto en que se planteen. Aunado a ello, se debe tener en cuenta para un óptimo estudio comparado los contextos sociales, económicos y culturales entre los sistemas jurídicos en estudio para entender plenamente el porqué de tales reglas jurídicas.

Por esto, el derecho comparado no debe solamente centrarse en el problema jurídico en estudio sino que debe tener en cuenta los demás factores que llevaron a adoptar la norma en tal sentido, los fallos judiciales que han interpretado y esclarecido la norma, los factores económicos entre otros.

De manera que se hace necesario entender los contextos en los que las normas de derecho internacional privado fueron adoptadas, así como en el contexto especial de la protección al consumidor, tanto en el ámbito colombiano como de la Unión Europea, esto porque en palabras de (Pérez Zúñiga, 2017) los sistemas jurídicos de cada sociedad se enfrentan a problemas similares, que pueden resolverse de manera muy distinta, aunque lleguen a alcanzarse también soluciones similares.

La Unión Europea nació a fin de tener un mercado único e integrado con todos sus Estados miembros, por ello, las libertades económicas y de circulación constituyen pilares fundamentales para el derecho europeo, que influencia la adopción de textos de derecho internacional privado los cuales son necesarios para el mejoramiento de las relaciones comerciales tanto en el seno de la Unión como con países externos.

Por su parte, en Colombia a pesar de tenerse una economía próspera y con buenos niveles de inversión extranjera, las normas de derecho internacional privado han quedado rezagadas en la agenda legislativa del país, motivo este que para que sigan imperando las arcaicas soluciones brindadas por el Código Civil y que se podría decir han sido retomadas por el Código de Comercio, sorprendente es aún que el legislador al adoptar el Estatuto del Consumidor no haya tenido en cuenta plenamente el derecho internacional privado en esta área y haya ofrecido pocas normas y que retoman, nuevamente, la solución de territorialidad y unilateralidad que de antaño se vienen aplicando en el país.

Sin embargo, todos estos contextos se irán desarrollando más a lo largo de las siguientes páginas en dónde se abordará en un primer lugar la temática de la convergencia de los sistemas (4.1) para proceder luego a los factores divergentes entre ellos (4.2).

4.1. La convergencia de los sistemas

Más allá de las fuertes influencias tradicionales del sistema jurídico continental, el derecho de la Unión Europea se ve también fuertemente influenciado por otras clases de familias jurídicas, como lo es el Common Law, si bien es cierto en el seno de los Estados miembros hasta recientemente el Reino Unido hacía parte y se le aplicaban los Reglamentos y Directivas emanadas por el legislador comunitario, no es menos cierto que la influencia de este País conllevó a moldear el derecho de la UE, en el fondo, ha sido una mezcla de todas estas influencias lo que ha marcado el desarrollo del derecho comunitario, que se ve reflejado en un derecho primario con su Tratado fundador creador de sus instituciones, así como un derecho derivado como lo son sus Reglamentos y Directivas que se verán fuertemente marcadas por el desarrollo jurisprudencial.

De esta manera, los Reglamentos y Directivas se dictan de una forma tan específica y clara, determinando de una manera concreta las soluciones a los problemas que ellos tratan, evitando así que los jueces les puedan brindar interpretaciones largas o extensivas.

Por otro lado, el derecho colombiano comúnmente clasificado dentro de una tendencia continental, también ha tenido la tendencia sufrida por la UE de verse influenciado por otros sistemas, así, los fallos judiciales cobran gran importancia y sentido a la hora de entender, aplicar y estudiar la norma.

En suma, ambos sistemas tienen definidas sus reglas de derecho internacional privado, sus reglas de consumo y han emitido a través de sus órganos judiciales sentencias tendientes al esclarecimiento de su propio sistema.

Es interesante notar que ambos sistemas de derecho comparten una concepción ecuaníme de consumidor, tanto los reglamentos Bruselas I Bis como Roma I al igual que el Estatuto del Consumidor, a grandes trazos permiten una identificación similar de consumidor.

Conviene ahora entonces, estudiar las similitudes que presentan ambos sistemas de derecho internacional privado del consumo en cuanto al *foro* competente (4.1.1) y posteriormente en cuanto a la ley aplicable (4.1.2).

4.1.1 En cuanto al foro competente

Se resaltarán a continuación las similitudes que presentan los sistemas de derecho internacional privado del consumo colombiano y europeo en lo relativo al juez competente.

En este sentido, sobra decir que el sistema europeo es más ordenado, claro y específico en cuanto a los conflictos de jurisdicciones y brinda seguridad a la hora de establecer propiamente cuál será el juez competente para los litigios de consumo.

Por ello permite un mejor estudio de sus reglas de conflicto de jurisdicciones y otorga una mejor protección al consumidor, esto se debe a que en caso de ser el consumidor la parte accionante del aparato judicial dispondrá de diferentes foros a los cuales puede acudir en justicia, mientras que si su contraparte es quien acciona en justicia solo podrá disponer del domicilio del consumidor como su juez competente. Esto se traduce en una seguridad y tranquilidad al consumidor quien no tendrá que ir ante tribunales lejanos salvo que así lo decida él mismo.

Por su parte, el derecho colombiano no presenta tal nivel protección como lo brinda el derecho comunitario, en Colombia, al aplicarse la teoría de la extrapolación a lo internacional de reglas de competencia territoriales internas y al no disponer de reglas internas protectoras de la competencia judicial en casos de consumo, se deja abierta la posibilidad a que haya falencias en la adecuada protección al consumidor internacional.

Así, se esgrimió anteriormente que en Colombia para los litigios del consumo se presentan los siguientes factores:

- Domicilio del demandado en Colombia: si el consumidor va a accionar en justicia pero su contraparte no está domiciliada en el país, este factor no puede ser utilizado por él, aunque sí en el sentido contrario y en todo caso el consumidor no se vería afectado gravemente en sus derechos.
- Varios domicilios o varios demandados y alguno concurre en Colombia: esta hipótesis es favorable al consumidor el cual puede demandar no solo al vendedor sino al fabricante y a la cadena comercial para hacer efectivos sus derechos, lo cual permite accionar el aparato judicial colombiano en favor del consumidor.
- El domicilio o residencia del demandante en el país: en este sentido puede ser favorable tanto para el consumidor como para su parte contractual, verbigracia, si el consumidor está situado en el extranjero se podría aprovechar este factor de competencia en favor de la otra parte contratante, de la misma forma, sirve de alivio para el consumidor en caso de que su contraparte esté situada en el extranjero.
- Si el cumplimiento de la obligación es en Colombia: en este caso se circunscribe al cumplimiento específico de la obligación que se demanda, motivo por el cual se debe

ser cuidadoso, de la misma manera beneficia tanto al consumidor como a su parte contratante.

- Si ha sido en Colombia donde se comercializó, se adquirió el consumo o se realizó la relación de consumo: nótese que este es el único factor de competencia especial que brinda el Estatuto del consumidor el cual puede, nuevamente, ser beneficioso tanto para el consumidor como para su parte contratante.

Sin embargo, nada impide que en caso de ser la parte contratante quien accione en justicia, lo realice en el Estado en donde se encuentre, esto dado que para él sería más fácil accionar su propio aparato judicial del cual tiene conocimiento, problemática resulta esta posibilidad ante la ejecución de la sentencia si el consumidor está situado en Colombia puesto que se tendría que tramitar el exequatur, aunque este mismo trámite debe realizarlo el consumidor si el demandado está situado en el extranjero y no se poseen bienes en el país que puedan asegurar el pago efectivo de la condena.

Finalmente, se resalta la protección que brinda la normatividad europea en cuanto a protección del consumidor al permitirle al demandante accionarlo en justicia únicamente en su domicilio.

En el siguiente cuadro se resume brevemente los factores comparados de competencia en materia de consumo entre Colombia y la Unión Europea.

Tabla 2.*Factores de competencia comparativos entre el derecho colombiano y de la Unión Europea*

FACTORES DE COMPETENCIA		
Unión Europea		Colombia
Consumidor	Parte contratante	Indistintamente de la parte accionante
✓ Reglada por el derecho interno de su Estado miembro	✓ Domicilio del consumidor	✓ Domicilio del demandado en Colombia
✓ Domicilio de la parte contratante		✓ Demandado tiene varios domicilios o son varios demandados y uno de ellos está en Colombia
✓ Domicilio consumidor		✓ Domicilio o residente del demandante en Colombia
✓ En la sucursal, agencia u otro establecimiento de comercio en la UE		✓ Lugar de cumplimiento de la obligación en Colombia
		✓ Si en Colombia se comercializó, se adquirió el consumo o se realizó la relación de consumo

Nota. Autoría propia.

Ahora bien, las cláusulas atributivas de jurisdicción han sido avaladas en ambos sistemas de derecho, en la Unión Europea con más facilidad y libertad que en el ámbito colombiano pero a fin de cuentas ambos sistemas permiten a sus partes pactar este tipo de cláusulas. Sin embargo, nuevamente el derecho de la Unión Europea presenta grandes ventajas en perspectiva con el colombiano, en efecto, al contar con una normatividad clara sobre el alcance, validez, consentimiento de las cláusulas atributivas de jurisdicción además de contar con ley especial respecto de este tipo de cláusulas en los contratos de consumo, le da un plus a este sistema

jurídico en cuanto a previsibilidad y estabilidad de la cláusula, situación ésta que difiere de lo avalado en Colombia en donde se ha tenido que tomar una interpretación larga y extensiva con pocos fallos judiciales al respecto que den una mayor claridad.

4.1.2 En cuanto a la ley aplicable

En lo relativo a la ley aplicable, ambos sistemas jurídicos poseen normas relativas a determinar la ley que regirá la relación contractual de consumo, el Reglamento Roma I en la Unión Europea y las diversas normas del Código Civil, Código de Comercio y el Estatuto del consumidor vienen a colmar estas cuestiones.

Si bien la solución de principio en el Reglamento europeo es la libertad contractual para la escogencia de la ley al contrato, no es menos cierto que el contrato de consumo tiene su debida protección por el legislador europeo al limitar dicha ley de escogencia por una que brinde mayores garantías y protección al consumidor.

Por su parte, en el derecho colombiano permite la inserción de cláusulas de elección de ley aunque su alcance es poco claro, además, normas de orden público interno vienen a fraccionar o realizar un *dépeçage* del contrato.

Ahora bien, ante la falta de ley escogida por las partes, el sistema europeo brinda una serie de factores de conexión del contrato para la determinación de la ley que le será aplicada al mismo, situación que dista de la solución brindada en la legislación colombiana el cual opta por un territorialismo y unilateralidad para afrontar la solución.

A fin de cuentas son pocas las similitudes que se pueden encontrar entre las reglas de conflicto del sistema europeo y colombiano, limitándose a la posibilidad en ambos de pactar la

ley aplicable, de existir métodos de determinación de la ley aplicable al contrato de consumo con la particularidad del *dépeçage* que puede llegar a sufrir el contrato en Colombia, situación esta que no sería sufrida en el ámbito europeo que por determinación única de las partes.

4.2 De la divergencia de los sistemas

Se pudo evidenciar en el título anterior que a pesar de disponer de normas de derecho internacional privado con relación al consumo, las similitudes que presentan ambos sistemas son mínimas. Nuevamente cabe recalcar que se debe al poco desarrollo en Colombia del derecho internacional privado, que a pesar de haberse dotado de un nuevo Estatuto del consumidor recientemente, no se incluyó abundantes normas en la materia y en donde se retomó la clásica solución unilateral y territorial de las normas, dejándose una pobre protección al consumidor en el ámbito internacional.

Esto no es más que prueba fehaciente del poco conocimiento en teoría del derecho internacional privado del legislador, quienes no han dado una reforma a las normas de DIP contenidas en el anciano Código Civil, a pesar de haberse notado por años su necesidad de reforma y actualización hacia nuevas tendencias que respondan mejor y satisfactoriamente a problemas actuales, puesto que es una afectación grave al comercio internacional responder con soluciones del siglo XIX y que su actualización ha dependido del avance jurisprudencial.

Por su parte, el derecho internacional privado europeo más consiente y sabedor de todas las problemáticas de consumo internacional, dotó desde vieja guardia sus Reglamentos con secciones especiales para la protección del consumidor internacional, esto da muestra de su preocupación ante tales posibilidades y de la vanguardia de su derecho antes estas problemáticas,

precisamente, para dar una mejor cabida a las libertades de circulación de mercancías, circulación de personas, prestación de servicios y circulación de capitales, pues estas no implican únicamente relaciones entre pares iguales de comerciantes, sino que son también aterrizadas al plano contractual de consumo.

Sin embargo, más allá de estas disparidades contextuales sobre las normas de DIP en ambos sistemas, es necesario destacar sus grandes divergencias, en un primer momento en el conflicto de jurisdicciones y el arbitraje de consumo (4.2.1) para darle paso luego al conflicto de leyes (4.2.2).

4.2.1 En el conflicto de jurisdicciones y el arbitraje de consumo

El conflicto de jurisdicciones entre el derecho colombiano y el derecho de la Unión Europea es abordado desde dos formas muy diferentes.

En primer lugar, a pesar de haber adoptado recientemente un nuevo código procesal, el Código General del Proceso, no hace énfasis alguna en el derecho internacional privado no determinando de esta forma su competencia judicial internacional, esto se traduce en un unilateralismo de sus normas, si bien un país no puede definir que otro país será competente para un caso en especial, sí puede definir su propia esfera judicial internacional.

Ante esta falta de definición internacional debido al unilateralismo de la norma, se procedió a extrapolarla a lo internacional para establecer de esta manera el ámbito jurisdiccional. Si bien esta es la misma solución que se tiene en otras latitudes, el derecho internacional privado colombiano resta de poca actividad judicial en el país y en la gran mayoría de casos su función está reglada por norma legal debido a que son relativos al reconocimiento de sentencias

extranjeras, teniéndose pocas decisiones relativas al conflicto de jurisdicciones motivo este que su estudio sea más que todo doctrinario.

Por su lado, el conflicto de jurisdicciones es un tema frecuente en la esfera comunitaria, en primera medida en sus Estados miembros, luego abordada y delimitada por la Unión misma bajo la influencia de todas sus partes. De esta manera, el conflicto de jurisdicciones está bien definido, delimitado e inclusive interpretado judicialmente, llegándose inclusive a proteger en materia de consumo internacional del mismo foro brindado al contrato inicial de consumo cuando el contrato subsecuente hace parte de la economía del primero, como se notó anteriormente en el asunto *Maletic*.

De la misma manera, el derecho europeo conoce de vieja data las cláusulas atributivas de jurisdicción, prestando un especial interés en su regulación: condiciones de eficacia, de validez, alcance. Tanto así, que la libertad contractual llevó a permitir este tipo de cláusulas inclusive en los contratos de consumo, libertad esta que no es del todo amplia sino que se encuentra restringida a ciertos supuestos a fin de garantizar una adecuada y debida protección al consumidor.

Si bien en el derecho colombiano, como se evidenció en páginas anteriores, también se puede pactar este tipo de cláusulas, la normatividad colombiana en la materia es difusa e imprecisa lo cual deja al juez que conozca del asunto un amplio margen de maniobra para validar o rechazar el funcionamiento de la cláusula.

Siguiendo esta corriente de la cláusula atributiva de jurisdicción, en el derecho europeo se tiene una claridad sobre su autonomía respecto del instrumento que la contiene según se pudo evidenciar tanto de la normatividad como en lo expresado en el asunto *Benincasa*, incertidumbre

esta que se tiene, por el contrario, en el derecho colombiano en donde no hay ni norma especial al respecto ni decisión judicial que valide tal solución.

Sin embargo, respecto de la cláusula de arbitraje, el derecho colombiano en su legislación sí garantiza una autonomía de esta respecto del contrato o instrumento en el que esté contenida, ¿se podrá entonces retomar esta misma solución con respecto a la cláusula atributiva de jurisdicción?

Adentrados entonces en el arbitraje de consumo, es curioso el avance que el derecho colombiano ha tenido respecto del derecho europeo, hasta la promulgación del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, el derecho colombiano al igual que el europeo calificaba como cláusula abusiva la que pactaba la utilización de arbitraje en materia de consumo, con la aparición del nuevo Estatuto, se derogó del Estatuto de consumidor la calificación de abusiva para este tipo de cláusulas, posteriormente se entró a regular a través de Decreto, siendo hoy en día una posibilidad factible para una relación de consumo el someter a la justicia arbitral las disputas de esta índole.

Por su parte, consciente del alto costo arbitral y del posible inaccess a la justicia incluso denegación de la misma, la Directiva de consumo europea sigue calificando como cláusula abusiva la utilización del arbitraje dentro de los litigios de consumo.

4.2.2 En el conflicto de leyes

De la misma manera en cómo el conflicto de jurisdicciones es abordado de forma distinta en el sistema europeo y colombiano, del mismo modo ocurre en lo relativo al conflicto de leyes.

Nuevamente la legislación colombiana al respecto es muy antigua y las normas más actuales, el Estatuto del consumidor, no hace más que retomar la misma solución unilateralista establecida en las demás normas, además del poco contenido de derecho internacional privado que la misma posee.

De esta manera, mientras que en el Reglamento europeo la solución de principio es la libertad contractual para la escogencia de la ley aplicable al contrato, en Colombia se opta por una solución territorialista que si bien va a respetar la ley de celebración del contrato, va a ver restado sus efecto en casos de cumplimiento de obligaciones en el país o de ubicación en el territorio nacional.

Igualmente, hay un *dépeçage* del contrato ante la legislación colombiana. Sin embargo, tal podría ser también la solución en el ámbito europeo, el cual permite la aplicación de varias leyes al contrato desde que sea coherente e inclusive el cambio de ley de este.

No obstante, esta no es más que una remota solución debido a que, en primer lugar, esto se realizará en caso de elegirlo las partes, en segundo lugar, el Reglamento establece normas claras sobre la ley que viene a regir el contrato en su integridad a falta de elección de ley por las partes.

Del mismo modo, en tratándose de cláusulas de elección de ley, la normativa europea dispone de reglas claras sobre su condición de existencia, validez y consentimiento al acuerdo, permitiéndose así una estabilidad y seguridad jurídica de la cláusula. Situación ésta que dista de la solución colombiana, puesto que el país no cuenta con una normativa clara y específica sobre acuerdos de selección de ley, además, estas han tenido que ser avaladas por la vía jurisprudencial.

Así, a pesar de permitirse la selección de ley aplicable al contrato en Colombia, la misma se vería dividida nuevamente debido a las normas de orden público del Código Civil, Código de Comercio y Estatuto del Consumidor. Diferencia esta con la selección de ley en el ámbito europeo en donde se tiene claridad sobre el alcance permitido a la ley elegida, que si bien no es inmodificable debido a que las leyes calificadas de policía tanto del foro como de la UE pueden desplazar esta ley, esto resta una situación meramente excepcional.

Finalmente, el reglamento europeo se dotó de una serie de factores de conexión o localización para la determinación de la ley aplicable según el tipo de contrato suscrito, además de una serie de casos especiales sobre la ley del contrato de consumo a falta de elección. E inclusive de cláusulas de excepción si considera el juzgador que es la ley de otro Estado la más próxima al contrato variando así la establecida de forma general para el contrato o en caso de que varias leyes se vean llamadas a aplicar. La siguiente tabla resume brevemente las diferencias de la ley aplicable al contrato de consumo entre los dos ordenamientos jurídicos en estudio.

Tabla 3.

Comparativo de la ley aplicable al contrato de consumo entre la Unión Europea y Colombia.

Ley aplicable al contrato de consumo	
Unión europea	Colombia
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Libertad de escogencia como principio desde que la ley escogida sea más favorable al consumidor. A defecto de escogencia se aplica: ✓ La ley de la residencia habitual del consumidor si el profesional ejerce sus actividades comerciales o profesionales 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Libertad para pactar la selección de la ley. ✓ Bifurcación de la ley del contrato en caso de ser celebrado en el extranjero y hacer alguna prestación en Colombia o que el bien objeto del contrato está situado en el país.

Ley aplicable al contrato de consumo

Unión europea	Colombia
<p>en el país de residencia del consumidor o que por cualquier medio dirija tales actividades a ese país.</p>	<p>✓ Bifurcación de la ley del contrato si fue celebrado en el extranjero y su ejecución se realiza total o</p>
<p>✓ Si las condiciones el numeral anterior no se cumplen, la ley será determinada según el tipo de contrato de conformidad al artículo 4 del Reglamento.</p>	<p>parcialmente en el país.</p>
<p>✓ Si es un tipo de contrato especial, según la directiva de cada contrato de conformidad al numeral 4 del artículo 6.</p>	

Nota. Autoría propia.

5. La libertad contractual en el DIP colombiano frente a la normativa europea

Conviene ahora establecer la liberalidad contractual que permite el ordenamiento colombiano relativo al derecho internacional privado del consumo conforme se ha ido comparando con la normativa europea. Esto permitirá saber la apertura que tiene el ordenamiento jurídico colombiano respecto de esta área, saber si hay una adecuada protección al consumidor internacional además de saber el nivel de injerencia estatal en asuntos contractuales internacionales con partes débiles, en específico con los consumidores.

Por ello, se deberá tener en cuenta todo el sistema de derecho internacional privado del consumo, no únicamente el relativo a las cláusulas de *electio fori* y *electio iuris* sino también a qué *foros* y qué ley estas derogan, en qué caso y en qué condiciones, todo ello permite una mejor comprensión de la liberalidad del derecho. Para luego poder analizar todo el sistema en su conjunto demostrando no solo su liberalidad contractual sino también sus falencias, sus aciertos y nuevas tendencias a las que el sistema jurídico en específico podría avanzar garantizando el debido juego económico junto con una adecuada libertad contractual y autonomía de la voluntad encausadas en una garantizada protección al consumidor internacional.

Empero, no es factible comenzar tal discusión directamente sin antes haber abordado el tema de la libertad contractual desde sus orígenes, los ideales políticos que la han influenciado así como sus cambios a través de los años, esto permitirá tener una mejor concepción de liberalidad contractual a la hora de ahondar en la problemática en específico que se ocupa acá: el derecho internacional privado del consumo, para luego dar paso al estudio en específico del sistema.

Así las cosas, en un primer título se abordará el tema de la libertad contractual en sus dimensiones históricas, evolutivas e influencias en las dos ramas del derecho tratadas (5.1), para posteriormente dar paso al estudio del caso específico colombiano de la libertad contractual en el derecho internacional privado del consumo comparado con el europeo (5.2).

5.1 La libertad contractual

Máxime de una libertad individual alcanzada gracias a las revoluciones del siglo XVII, tanto políticas como filosóficas que influenciaron el derecho de la época, aunque es innegable los grandes aportes que las raíces clásicas aportaron al mismo. El liberalismo reaparece luego de la fuerte era absolutista vivida en los países feudales europeos y con ella toda una corriente filosófica y política que influenciaría a la economía dando paso a un sistema capitalista imperioso.

De la misma manera, el concepto ha tenido una evolución a lo largo de su historia, así como de detractores al mismo. Toda esta libertad de todas formas no ha evolucionado como un ente independiente a otras ramas de las ciencias sociales, sino que ha sido interpretado en conjunto con varias de ellas, empero, será relativa acá su intervención en cuanto al derecho, la justicia e igualdad así como su injerencia en la economía.

Por esta razón, en un primer tiempo se centrará en estudiar el origen y evolución (5.1.1) del concepto dentro de los parámetros anteriormente descritos, para dar paso ulteriormente a la influencia de la libertad contractual en el derecho internacional privado y el derecho del consumo (5.1.2) abordándose así en todo un primer título lo relativo a la libertad contractual desde su

germen y desarrollo a través de la historia política, filosófica y del derecho así como su incidencia en las modernas ramas del derecho que se ocupa en el presente estudio comparado.

5.1.1 De su origen y evolución

La libertad en su término lato no vino a darse tardíamente en el siglo XVIII, si bien los sucesos acaecidos desde esta época influyeron notablemente en la sociedad actual, lo cierto es que desde la antigüedad se trataba el término en su acepción. Bien es cierto que los griegos trataron la libertad en sus ciudades y es en ellos en quienes se encuentra un primer acercamiento, y más aún unido al derecho, expresada bajo la idea de *isonimia* el cual se entendía como una igualdad ante la ley.

Las ideas de libertad griegas serían transmitidas por los romanos a las sociedades modernas, en especial por el derecho privado altamente individualista desarrollado por Roma, que se centró en una noción precisa del concepto de propiedad. Así, se ha entendido que hubo una tradición de libertad bajo el imperio del derecho el cual se agotaría con el advenimiento de las monarquías absolutas en la edad media.

De esta manera, hubo un cambio de paradigma: de una restricción a los poderes del Estado para inmiscuirse en asuntos privados, a una gran interferencia estatal en todos los asuntos. Así, (Southern, 1953) describe la forma en que la libertad se vivió durante estos tiempos, afirmando que “la ley no era enemiga de la libertad: al contrario el diseño de la libertad se logró gracias a la sorprendente variedad legal que evolucionó durante el periodo. Todas las clases altas como las bajas procuraban la libertad insistiendo en la ampliación del número de normas bajo las

cuales vivía” lo cual demuestra que para alcanzar un grado de libertad alguno se necesitaba de reglas que determinaran lo que estaba prohibido y regulado para así poder actuar.

Por esto, el deseo liberalista sería retomado luego de esta época de fuerte inmiscusión estatal, (Hayek, 1978) cuenta que la elaboración de tales ideas liberales sería reanudada, en primer término, por filósofos jesuitas españoles, estudiosos de los trabajos hechos por Santo Tomás de Aquino basado en Aristóteles, convirtieron tales ideas en un sistema político esencialmente liberal, especialmente en lo económico, que sería revivido posteriormente por los filósofos escoceses en el siglo XVIII.

(Vargas Hernández, 2007) expone que el liberalismo moderno como ideología emerge del individualismo radicado en la reforma protestante del siglo XVI, las revoluciones inglesas del siglo XVII y en la influencia de los pensadores de los siglos XVII y XVIII. Ello en cuanto con la primera se permitió la expresión de la libertad humana en diferentes manifestaciones, la segunda realizó una reivindicación de las libertades del pueblo inglés en contra del absolutismo monárquico, que posteriormente sería retomado por la Revolución Francesa y las ideas de la Ilustración, y los últimos influenciaron en la separación de poderes del Estado (Montesquieu en El espíritu de las leyes), ideas liberales en pro de la libertad económica, política y religiosa (Diderot y D’Alembert en La enciclopedia), y la pugna por una sociedad de hombres libres e iguales con Rousseau en el Contrato social.

Así las cosas, el liberalismo no nace de un solo golpe sino que es el fruto de diferentes revoluciones e ideologías que se gestaron alrededor de estos años de profunda convulsión social. Ahondados en la cuestión liberal en el derecho, los aportes realizados por David Hume a esta teoría moderna fueron necesarios para una interpretación del imperio de la ley, igualmente Adam Smith con su visión del orden autogenerador formado naturalmente a condición de los individuos

ser controlados por las normas legales pertinentes, entendido comúnmente como la mano invisible, prosiguió el avance del liberalismo.

Sin embargo, el liberalismo en cuanto doctrina sería dividido ideológicamente en dos: el tipo inglés denominado clásico o evolucionista, que desarrolló una doctrina política definida, y el tipo continental o constructivista, diferenciado del inglés por una más filosófica de apertura, resalta (Hayek, 1978) que está centrada en una actitud mental general; una exigencia de la emancipación de todo prejuicio y creencia que no se pudiera justificar racionalmente, y una desvinculación de la autoridad de “sacerdotes y reyes”.

Empero las diferencias dadas en uno y otro, ambos contribuyeron a los que se consideraría el liberalismo del siglo XIX, concentrado en una libertad de pensamiento, en contra de visión conservadoras y autoritarias, su fe en una acción de libertad individual.

Todas estas ideas filosóficas permearían el derecho en todas sus áreas, especialmente en el derecho civil y su regulación de los contratos. Sin embargo, tal libertad contractual no sería creada espontáneamente gracias a las ideas del liberalismo, sino que las mismas influenciaron los postulados de derecho que se traían, así las cosas, (López Monroy, 2006) relata que la autonomía de la voluntad (ligada a la libertad contractual) abarca cinco etapas:

- En el derecho romano: el contrato se encuentra íntimamente ligado a la noción de *ius*, lo cual sería el acto de obligarse a través de su misma voluntad por considerarse conveniente y que los jueces pueden ordenar cumplir.
- En la alta edad media española cuando se creó el Fuero Juzgo, regulándose los contratos de cambio y compraventa.

- La baja edad media, cuando a través de las Siete Partidas del Rey Alfonso X se estableció que el contrato es, palabras más palabras menos, la intención de obligarse unos con otros sobre una cosa cierta para dar o hacer.
- La época moderna, influenciada por un lado por las ideas de Adam Smith que se basó en la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra de 1215 en la ley 37 que brindaba una protección y seguridad jurídica a los derechos de las personas, a sus bienes y un juicio justo para proceder en contra de esto, lo cual implicó un progreso en lo económico, la liberación de la empresa.

De otro lado, es influenciada también la libertad otorgada por el derecho francés a través de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano al señalar que todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley. Esto significó una expresión individualista, dado que el límite de los derechos de cada hombre en específico se entendió en la no transgresión de los mismos derechos que los otros hombres podían disfrutar, llegándose a dar en el campo económico un principio de individualismo económico.

- Finalmente, de los sistemas jurídicos contemporáneos tres grandes influencias: por un lado, la aportada por el Código de Napoleón expresada en un individualismo absoluto sobre la posibilidad de enriquecerse sin límites. La aportada por el sistema del Common Law quien siguiendo a Adam Smith propulsa un sistema de libertad empresarial aunque impidiendo la organización monopolística por parte de estas, y finalmente la aportada por el sistema jurídico soviético con sus planes económicos planificados a fin de controlar la economía.

Así, los diferentes sucesos históricos han ido dando forma a una autonomía de la voluntad la cual ha sido, en rasgos generales y durante todos estos periodos, entendida como la

potestad reconocida por el derecho a los particulares, para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas (Carnelutti, 1951). Esto implica el principio de libertad contractual que se traduce, según (Herrera Tapias & Álvarez Estrada, 2015) en la elección autónoma de la persona para contratar o no hacerlo, la discusión en igualdad y libremente del contenido del contrato, la elección del tipo contractual a seguir así como el clausulado al cual las partes se están obligando, la manera de exteriorizar la voluntad y el respeto por las restricciones del orden público.

Empero, tal libertad no es del todo absoluta puesto que de forma general el derecho ha identificado una serie de requisitos a los cuales se deben atener los contratantes para la efectiva salvaguarda del contrato, de esta manera, las legislaciones han dispuesto que los contratos se deben dar en un margen de licitud, tanto en su causa como en su objeto, que tengan un objetivo posible, además que no se atende al orden público ni las buenas costumbres. Al hacer un estudio sobre este tópico, (Rojina Villegas, 1960) expresa que la autonomía o libertad permitida a las partes no es directa sino delegada, puesto que resulta de la misma norma que faculta para originar derechos y obligaciones, a manera que hay ciertas materias fuera del alcance de las partes por motivo de interés general.

Esta limitación impuesta por las legislaciones a ciertos aspectos se puede entender a fin de salvaguardar posiciones o concepciones superiores a las que las partes podrían pactar, del mismo modo, a fin de conservar lo denominado por (Larribou-Terneyre & Buffelan-Lanare, 2020) como el principio contemporáneo de la justicia contractual que postula el equilibrio mínimo del contrato, es decir, cierta justicia en materia contractual, esto en la medida que no todas las partes de la relación estarán en el mismo rango, sobre este mismo tópico (Sánchez Medal, 2005) explica la evolución de la justicia del contrato, estableciendo en un primer momento una justicia liberal en el contrato, prevaleciente durante todo el siglo XIX y que

buscaba la preservación y garantía en el contrato de la libertad irrestricta de las partes a toda costa. Por otro lado, una justicia igualitaria, ocupada principalmente por salvaguardar la igualdad de los contratantes antes o por encima de la libertad de las partes, esto a través de una justicia individual y correctiva como lo sería un fallo judicial (como podría ser a través de un caso de lesión o por aplicación de la teoría francesa de la imprevisión), o mediante una justicia colectiva y preventiva, a través de leyes preestablecidas que corrijan las debilidades de alguna de las partes de la relación contractual, como sería en el caso del derecho del consumo.

Así las cosas, se denota que actualmente la sociedad y el derecho conviven en una moderna concepción de estas ideas desarrolladas a lo largo de los años, por ello, la libertad política y económica van de la mano a fin de garantizar dentro de un marco legal, las libertades económicas de las personas, así como sus libertades personales e individuales a fin de evitar al máximo la coerción injusta de un tercero, bien sea este el Estado, garantizando, concretamente en el derecho, una autonomía y libertad de las partes dentro un marco preestablecido de justicia contemporánea contractual a fin de aminorar las posiciones fuertes de las partes contractuales.

5.1.2 La influencia de la libertad contractual en el derecho internacional privado y el derecho del consumo

La libertad contractual tiene un ámbito más allá del solo derecho de los contratos, irradia igualmente otras áreas del derecho en la que su desarrollo ha sido más tardío que en su ámbito original, por esta razón, además del tipo de cláusulas que entra a tenerse en cuenta, es que resulta interesante el estudio de la libertad contractual en el derecho internacional privado y en el

derecho del consumo, para posteriormente entenderlo bajo una sola rama del derecho internacional privado del consumo.

En el derecho internacional privado la autonomía de la voluntad y la libertad contractual han tenido un lugar pujante y desarrollado principalmente ante el foro, el cual poco a poco ha ido demostrando su aceptación al validar los acuerdos a los que las partes en estos contratos internacionales habían pactado.

A través de esta autonomía y libertad contractual, se permite a las partes contractuales una prerrogativa legislativa esencial, en ese sentido (Mills, 2018) expone que esta autonomía permite a las partes privadas determinar la distribución de la autoridad del Derecho privado, esencialmente privatizando una importante función de asignación de la gobernanza mundial, puesto que se permite a las partes determinar el alcance y ámbito de aplicación de la ley estatal a sus contratos.

(Vial Undurraga, 2020) asume que esta autonomía de las partes está fundamentada en diferentes motivos, por un lado el filosófico en el que la autonomía está fundada en el principio de libertad del individuo, el cual es un derecho humano aplicable tanto a la esfera personal como económica del mismo. Esto implica la libertad de contratar y de estipular los términos y condiciones del contrato, así como para escoger la ley gobernante de su contrato si para ello tienen razones de hacerlo. Otra razón es por la capacidad de las partes para definir una ley aplicable adecuada a los contratos internacionales debido a que no siempre las reglas de conflicto tienen como solución una ley favorable al contrato.

Esta autonomía y libertad implican que las partes son los mejores juzgadores de sus propios intereses, lo cual presupone una ventaja tanto económica como legal puesto que las mismas obtendrán el beneficio buscado a través de su contrato, así como tienen una seguridad

jurídica respecto del derecho que regirá su relación, dado que determinar la ley que regirá el contrato internacional es una tarea ardua y que puede resultar en diferentes soluciones dado los diferentes puntos de contacto que el contrato tiene con varias jurisdicciones.

Además, reconocer tal autonomía y libertad a las partes es reconocer que son ellos el centro de la discusión, porque es su disputa la que es cuestión de resolver, conforme lo señala (Lehmann, 2008). Además, esto se podría justiciar, conforme lo establecen (Bureau & Muir Watt, 2017) en que la globalización que ha introducido la movilidad de actores, la permeabilidad de fronteras y la interconexión de economías significa que el Estado no tiene más el dominio último del poder de decisión sobre los actores privados.

Sin embargo, tal autonomía y libertad no es seriamente cuestionada en el mundo, según relata (Basedow, 2019), quien afirma que es en países latinoamericanos y del medio oriente donde más trabas se evidencia a su aceptación, en donde se arguye que la aceptación de escogencia de ley que gobernará el contrato infringe la soberanía nacional o es equivalente a que las partes legislaran ellas mismas fuera del alcance territorial de las leyes preestablecidas.

Empero, hay razones para aseverar el porqué de tales decisiones en los países latinoamericanos, ello se debe a la casi unánime legislación adoptada por estos países, se debe recordar que Andrés Bello fue un gran referente en la redacción de leyes a nivel latinoamericano, así, el Código Civil chileno fuertemente influenciado por las ideas de Bello fue prácticamente retomado por muchos países de la región sin mayores reformas: en El Salvador en 1859, Ecuador en 1860, Colombia en 1873, mientras que otros fueron guiados por este aunque con mayores diferenciaciones como es el caso de Nicaragua en 1867, Uruguay 1868.

Lo anterior explica por qué casi la mayoría de los países latinoamericanos comparten posturas similares frente a la aceptación de la validez de las cláusulas de elección de ley, así las

cosas, (Vial Undurraga, 2020) señala que solo recientemente algunos países han sancionado reglas de conflicto de leyes como es el caso de Perú en 1984, Cuba en 1987, México en 1988, Guatemala en 1989, Panamá y Argentina en 2014, mientras que otros países rechazan tales posturas como Brasil y Uruguay, al tanto que otros países no tienen reglas claras al respecto, como es el caso de Colombia, Bolivia, Chile y Ecuador.

A pesar de ello, la tendencia internacional gira entorno a la aceptación de la autonomía privada y la libertad contractual en el derecho internacional privado, bien sea a través de reglas jurisprudenciales claras como es el caso francés, o a través de instrumentos jurídicos específicos como son las regulaciones de Suiza o Japón, e inclusive de instrumentos internacionales unificadores de las reglas de conflicto o distributivas de jurisdicción como lo son el Código de Bustamante, los reglamentos europeos Roma I, Roma II, Bruselas I Bis, así como diferentes convenciones de La Haya sobre derecho internacional privado e inclusive convenios internacionales relativos a derecho internacional privado como la Convención franco-marroquí relativa al estado de las personas, a la familia y a la cooperación judicial.

Se debe recordar que a través de la autonomía privada y la libertad contractual es que se permite derogar a las leyes, tanto sustanciales como procesales, que normalmente regirían el contrato. Por ello, la función de estos principios se podría ver resumida en tres grandes posibilidades para las partes en cuanto a derecho internacional privado se trata: la escogencia de ley, a través de cláusulas de *electio iuris*, la escogencia del juez competente, por medio de cláusulas de *electio foro*, o derogar la competencia judicial estatal en favor de una privada a través de árbitros por medio de cláusulas compromisorias.

Por otro lado, la situación de la libertad contractual en el derecho del consumo es también interesante y más aún dada las condiciones en que suscriben los contratos de consumo, puesto

que se pone en tela de juicio la libertad contractual en estos contratos de adhesión en su gran mayoría de casos.

Y es así dado que el juego del comercio, con cada día más oferentes y un amplio consumo, hace necesario que para mantenerse en tendencia, producir ganancias y vender más, satisfaciendo rápidamente al consumidor, de forma general se haya dejado a un lado las discusiones contractuales para darle paso a contratos en masa predefinidos, en donde el consumidor simplemente busca el producto de su gusto, selecciona el que mejor le apetezca conforme a sus necesidades y poder adquisitivo, para luego suscribirse sin voz alguna al contrato ya establecido por su contraparte.

Así las cosas, los contratos de consumo por adhesión menoscaban la libertad contractual y la autonomía privada ya que al no negociar íntegramente los términos del contrato, el lugar del contratante se ve preconizada a la elección del producto y el pago de la obligación, es así como suele pasarse la mayoría, por no decir todos, los contratos de consumo en la actualidad.

Por ello, una acción del estado ha sido puesta en marcha a fin de corregir el yerro que se presenta en los contratos de consumo, esto es justamente la legislación en pro del consumidor que nace como una contemporánea rama del derecho.

Esta nueva legislación viene a agregar factores de restricción a la autonomía privada y a la libertad contractual, pues el consumidor como parte débil de la relación no está en facultades de discutir su contrato conforme antaño se realizaba en la contratación, debido a que ya no hay una igualdad, ni siquiera teórica conforme esta se venía manejando, entre las partes contractuales, imponiéndose la voluntad del más fuerte.

Por esto, las regulaciones relativas al derecho del consumo traen consigo una serie de derechos y obligaciones que se deben acatar, así como la creación de mecanismos idóneos para

el efectivo cumplimiento de estas imposiciones. Sin embargo, y a pesar de las modernas regulaciones que esta área del derecho presenta, la realidad es que “la libertad de configuración del contrato se concentra con exclusividad en uno solo de los contratantes; mientras que para el adherente dicha libertad solo existe para decidir si contrata o no” conforme lo expone (Herrera Tapias & Álvarez Estrada, 2015), para quienes la libertad contractual como principio ha cedido en pro de uno nuevo denominado como dependencia contractual en donde el ostentador de la posición económicamente dominante impone a los consumidores los dictados de su arbitrio privado.

Sin embargo, tales críticas vendrían a ser zanjadas gracias a la protección brindada a los consumidores en las legislaciones a su favor, lo cual resarciría la igualdad entre las partes, porque conforme dice las autoras precitadas, sin un mínimo de igualdad de poder entre las partes que lo celebra [el contrato] es imposible hablar de libertad contractual. Esta igualdad se traduce no solo en la lista de obligaciones en cabeza de la parte fuerte contractual, sino también en los diferentes mecanismos de protección que son brindados al consumidor, igualmente el concepto de cláusula abusiva es amplio y podría contrarrestar fuerza a su oponente contractual.

A pesar de las críticas que se podrían concluir alrededor de la libertad contractual en los contratos de adhesión suscritos por los consumidores, diferentes pensadores del Common Law y de la escuela del análisis económico del derecho consideran que esto no es del todo así, arguyen que la limitación a la libertad contractual de una de las partes, el consumidor, no repercuta necesariamente de forma negativa en sus intereses.

Estos autores, dentro de los cuales se puede citar a (Aguila Real, 1991) y (Barnett, 2002), aseveran que el fin último de la libertad contractual es asegurar el debido cumplimiento de los intereses de las partes del contrato, así las cosas, poco importa si la libertad contractual se ve

afectada a una de estas partes si se obtiene el mismo resultado de satisfacción de las necesidades por parte del consumidor, no importa entonces la restricción a la libertad contractual que sufren los consumidores si ellos mismos están en la libertad de escoger libremente en un sinfín de posibilidades que el mercado pone a su favor.

Así las cosas, es el mismo mercado el que se encarga de satisfacer la necesidad del consumidor el cual va a buscar contratar con el que mejor cumpla sus expectativas, esto en un mundo cada vez más globalizado y competitivo, se traduce en una reacción de los mercados acuerdo a las necesidades de los consumidores.

Sin embargo la falta de información que se puede presentar en desfavor del consumidor, el afán por consumir y los bajos precios y calidad que pueden ofrecer otros proponentes hacen eco en la teoría anteriormente descrita.

No obstante, la afectación a la libertad contractual en los contratos de consumo por adhesión es evidente y menoscaba la autonomía privada a pesar de que el consumidor tenga conocimiento e información de a qué se está obligando con el contrato.

5.2 La libertad contractual en el DIP del consumo colombiano

Realizado una síntesis del origen y evolución del liberalismo y en especial de su influencia en la libertad contractual, así como en las ramas, de forma general, del derecho internacional privado y del derecho del consumo, es menester ahora centrarse específicamente en el caso colombiano bajo un ámbito comparativo con el derecho europeo comunitario de las reglas del derecho internacional privado del consumo.

Para ello, en los anteriores capítulos se abordó el derecho internacional privado del consumo en el espacio comunitario, se analizaron sus disposiciones, soluciones y posibilidades a las partes, posteriormente se realizó el mismo estudios en las reglas colombianas de derecho internacional privado que serían aplicables al consumo. Ulteriormente se compararon conjuntamente mostrando sus diferencias y especificidades.

Todo lo anterior, permite realizar en este momento el debido análisis de la libertad contractual en el derecho internacional privado del consumo colombiano bajo la óptica del derecho comparado y en especial del derecho de la Unión Europea.

De esta manera, se analizará en un primer momento la tendencia hacia la libertad contractual (5.2.1) que se presenta en el derecho colombiano a pesar de sus normas territoriales y unilaterales de vieja data aún presentes en el ordenamiento jurídico para dar paso, posteriormente, hacia una libertad contractual difusa (5.2.2) en donde la incertidumbre jurídica podría ser zanjada gracias a interpretaciones extensivas, armónicas y diferentes fallos y conceptos que brindarían una contemporaneidad en las soluciones de las reglas de conflicto y de jurisdicciones en el país.

5.2.1 La tendencia hacia la libertad contractual

Se evidenció que las reglas de derecho internacional privado en el ordenamiento jurídico colombiano están contenidas, principalmente, en el Código Civil de 1873 el cual, a pesar de traer soluciones modernas para la época de su expedición y de consagrar una autonomía privada y libertad contractual para las partes en el contrato, en materia de derecho internacional privado se

dotó de una fuerte territorialidad de sus normas, llegando a dividir el contrato internacional en diferentes leyes según fuera el caso (*dépeçage*) además de la unilateralidad de las mismas.

Del mismo modo, los demás instrumentos que tienen soluciones de derecho internacional privado, como el Código de Comercio, retoman las mismas soluciones de antaño que brinda el Código Civil. Sorprendentemente, y a pesar de su reciente expedición, el Estatuto del Consumidor no brinda soluciones directas en materia de derecho internacional privado y nuevamente se optó por la misma solución territorial y unilateral de las normas que traen los mencionados estamentos.

Por otro lado, el Código General del Proceso, al ser la norma procesal por excelencia en el país, tampoco se dotó de una determinación clara de su competencia judicial internacional. Por esta razón, y siguiendo la misma solución que brindaba su antecesor, el Código de Procedimiento Civil, en el país se tomó la idea del traspaso a lo internacional de las reglas de competencia territorial interna para la determinación de la competencia judicial internacional de los estrados colombianos.

A pesar de tales carencias de normas de derecho internacional privado, la interpretación de las normas jurídicas así como los escasos fallos judiciales o pronunciamientos de entidades encargadas, mencionando la Superintendencia de Industria y Comercio, han permitido vislumbrar un camino en medio del arduo y escabroso derecho del país.

Empero, la plaza de la libertad contractual en el derecho internacional privado en el país ha ido ganando poco a poco una mayor significación a pesar del obsoleto sistema jurídico que lo regula. De esta manera, se evidenció que a pesar de la fuerte territorialidad y los argumentos de la soberanía nacional, las Cortes fueron poco a poco avalando los pactos de ley en los contratos, manifestación esta, como se vio, del principio de autonomía privada y libertad contractual.

Del mismo modo, el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio, como garante de los derechos de los consumidores por expresa disposición legal del Estatuto del Consumidor, avaló la posibilidad de insertar en los contratos de consumo cláusulas tendientes a la designación de la ley aplicable a este.

De todas formas, continua la crítica del *dépeçage* en la legislación colombiana, puesto que a pesar de haberse permitido la opción a las partes de elegir la ley que regirá su contrato, en varios casos como se evidenció, la ley extranjera o la ley escogida viene a ser reemplazada por la colombiana que entrará a surtir sus efectos en materia comercial si la ejecución del contrato se realizó en el país, o en materia civil si el objeto bien del contrato se encuentra localizado en el país, ello a modo de ejemplificación del desmembramiento practicado por el derecho colombiano.

Por otro lado, paulatinamente se fue aceptando la posibilidad de las partes de escoger el *foro* competente para su contrato, si bien esta posibilidad aún no es del todo absoluta en la medida en que no es posible pactar la exclusión de la jurisdicción colombiana cuando las normas le brinden competencia, sí constituye un gran avance en materia, en la medida en que habrá la posibilidad de pactarlo.

Así las cosas, se encontró que no hay imposibilidad alguna para pactar en los contratos internacionales de consumo cláusulas tendientes a la designación de una jurisdicción internacional en especial para que conozca de los litigios relativos al contrato, desde que la misma no excluya o desconozca la competencia jurisdiccional de Colombia.

Seguidamente, la realidad del arbitraje de consumo es un hecho en el país desde la expedición del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, el cuál derogó la calificación de

cláusula abusiva que presentaba el Estatuto del Consumidor respecto de las cláusulas de arbitraje en los contratos de consumo por adhesión.

Por ello, el Decreto 1829 de 2013 regula de forma expresa y clara la manera en que se debe realizar la aceptación del arbitraje, los requisitos de la cláusula, el trámite y costo del arbitraje, el término de la opción en caso de no pactarse nada diferente en el contrato, sobre este punto es interesante notar que dicho lapso será de un año salvo pacto en contrario.

Cabe resaltar que a pesar de contarse con una regulación expresa sobre el arbitraje de consumo, a diferencia del derecho europeo en donde tal posibilidad existe en la medida que beneficie al consumidor ofreciéndole competencias diferentes a las que tendría en uso jurisdiccional estatal, en Colombia no se dio esta protección al consumidor puesto que la legislación dispone de fórmulas generales sin hacer una aclaración protectriz sobre la competencia que podría darse en un eventual arbitraje de consumo.

Así las cosas, en Colombia no hay reglas específicas, como sí ocurre en la Unión Europea, de derecho internacional privado del consumo.

5.2.2 Una libertad contractual difusa

Al no contarse en el ordenamiento jurídico colombiano de reglas específicas de derecho internacional privado, y en específico para al caso en estudio, de reglas de derecho internacional privado del consumo, su margen de maniobra deviene complicado tanto a la hora de regularlo como a la hora de estudiarlo.

Empero, la realidad es que esto conlleva a tener una libertad contractual difusa, de forma general en todo el derecho internacional privado, puesto que no hay claridad sobre el límite que

tienen las partes para poder pactar cláusulas de selección de ley o de selección de *foro* y el nivel de aceptación que las mismas tendrán en sede judicial así como la íntegra aplicación del derecho elegido.

Solamente hay una clara y establecida libertad contractual a la hora de hablarse de arbitraje de consumo, en esta materia sí se cuentan con normas específicas que regulen de forma general esta posibilidad, lo cual es un gran avance al compararse con la regla europea en donde se sigue calificando de cláusula abusiva la que induzca al consumidor a un pacto arbitral.

Así las cosas, hay un fuerte liberalismo en cuanto al arbitraje de forma general, y en específico en materia del consumo al permitirse a las partes la posibilidad de pactarlo. Se puede hablar para el caso colombiano propiamente de una libertad contractual en esta hipótesis, toda vez como se observó, el pacto debe ser informado al consumidor y hay una serie de reglas que deben ser cumplidas y tomadas en conjunto para que sean perfeccionadas.

Por otro lado, el *dépeçage* que sufre el contrato ante el mandato normativo que deben aplicar los jueces, coarta la libertad contractual de las partes puesto que estas se habían asegurado de escoger una ley conveniente y favorable a sus intereses.

Igualmente y salvo los casos del arbitraje del consumo, en el país no se cuenta con una normativa clara sobre los requisitos de consentimiento, validez ni especificidades respecto de los acuerdos de selección de ley, como sí ocurre en el ordenamiento jurídico europeo en donde tanto el Reglamento Roma I como el Reglamento Bruselas I Bis disponen claramente al respecto, dando una mayor seguridad a las transacciones contractuales que se decidan hacia una selección de ley o de foro para su contrato.

Del mismo modo, en materia jurisdiccional la posibilidad de pactar sobre el tribunal competente parece ser admitida por los jueces colombianos, ante falta de norma que regule en

específico tal hipótesis, ha correspondido a la jurisprudencia vislumbrar su solución, llegándose a la conclusión de su factibilidad a condición de no derogar la competencia territorial de Colombia, de no pactar su exclusión.

Esto significa entonces la posibilidad en los contratos de consumo de pactar en favor de una jurisdicción extranjera, lo cual no conllevaría un rechazo del juicio foráneo en el país.

Sin embargo, la falta de norma específica que regule tanto las cláusulas de *electio iuris* y de *electio fori* preconizan su utilización puesto que son consideradas como una inestabilidad jurídica.

Así mismo, al dejarse en tarea de los jueces la decisión de validarlas o anularlas, genera una desconfianza hacia su utilización, lo que significa un menoscabo a la libertad contractual, en la medida en que la jurisprudencia puede avanzar hacia su total aceptación pero puede, igualmente, retroceder y cambiar su línea jurisprudencial hacia un rechazo completo de las cláusulas de selección de ley y de selección de *foro*, haciéndose un daño a los contratos que las contengan, a la libertad contractual y al comercio internacional tan utilizador de estas figuras jurídicas.

Es cuestionable entonces que con la aún reciente expedición del Estatuto del Consumidor, y ante un legislador consciente del amplio desarrollo de la contratación en línea e internacional, no se haya dotado al Estatuto de reglas específicas de derecho internacional privado y se tenga que recurrir a las soluciones generales, las cuales no solo son obsoletas sino que presentan soluciones que pueden ser contraproducentes para una debida protección al consumidor.

Si bien es cierto que la expedición de normas en favor del restablecimiento de las condiciones de igualdad en las partes contractuales del consumo genera una justicia en favor del

consumidor y podría menguar las críticas hacia la coartada libertad contractual en estas áreas, tal ventaja se ve disminuida cuando sobre tópicos como el derecho internacional privado del consumo no hay seguridad jurídica clara ni previsibilidad de soluciones, teniéndose que recurrir a soluciones generales que pueden acabar con la protección debida del consumidor como parte débil de la relación contractual.

Así, en Colombia es factible pactar cláusulas de selección de ley y de selección de foro en contratos de consumo, al igual que en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, así como también, a factor de diferenciación con este, de pactar arbitraje de consumo, aunque es la Unión Europea quien presenta una mayor claridad y especificidad sobre el derecho internacional privado del consumo al igual que un mayor desarrollo jurisprudencial.

6. Conclusiones

El derecho internacional privado, de forma general, ha tenido un bajo desarrollo legal en Colombia, motivo este que ha impedido su estudio propiamente dicho, limitándose a plausibles hermenéuticas basadas en los pocos fallos judiciales al respecto y en la articulación de las diferentes normas jurídicas que lo engloban, como es el caso para el DIP del consumo.

Del mismo modo, las soluciones de derecho internacional privado en el país han conservado su original solución de territorialidad y unilateralidad, hecho este que se ve reflejado inclusive en los apartes más modernos que se tienen, en este sentido, al juzgador y los entes encargados de aplicar este derecho, no les queda más remedio que continuar en soluciones de antaño que resultan en buena medida obsoletas a las realidades actuales.

Empero, se evidenció que a pesar de esta falta de un derecho internacional privado moderno, y en especial de un derecho internacional privado del consumo específico, claro y predeterminado, las normas permiten una aplicación plausible de este y por medio de interpretaciones armónicas tanto de las leyes como de decisiones, se puede entablar una libertad contractual para el pacto de cláusulas de selección del juez competente o árbitro así como de escogencia de ley aplicable, libertad esta que no es del todo absoluta puesto que exige el respeto de ciertas disposiciones como se evidenció anteriormente.

Esto es una gran diferencia que se presenta con el derecho europeo el cual sí presenta una legislación clara, específica y con diversos fallos jurisprudenciales al respecto en materia del derecho internacional privado del consumo, lo cual significa una previsibilidad y estabilidad jurídica para las partes al saber el alcance de sus derechos sustanciales y procedimentales.

Igualmente, este derecho comunitario presenta también normas claras respecto de los requisitos para pactar la ley o el juez competente, la validez del consentimiento, la forma en como debe ser expresado y los medios en este puede ser exteriorizado, contrario a lo ocurrido en el derecho colombiano en donde se debe remitirse a las normas generales de contratación para salvar tales cuestiones.

No obstante, se debe resalta la diferencia relativa en la posibilidad de pactar en el derecho colombiano un arbitraje de consumo, opción esta que no está prevista en el derecho europeo que continúa calificando las cláusulas que conlleven a esta solución como abusiva.

Además, la falta de una normatividad clara y específica sobre las cláusulas de *electio iuris* y *electio fori* en general y en específico para el derecho del consumo, ponen en riesgo la igualdad y justicia que se busca a través de regulaciones protectoras como lo es el Estatuto del Consumidor en Colombia.

Por estas razones, el derecho colombiano en comparación con el derecho europeo presenta una liberalidad contractual en materia de derecho internacional privado del consumo de manera difusa, en la medida en que son pocas las disposiciones legales claras al respecto y se debe atender a análisis hermenéuticos armónicos para resolución de cuestiones que deberían ser claras y definidas por el ordenamiento jurídico, por ello, esta incertidumbre podría conllevar a cambios a los que las partes no se atendían, significando inseguridad e inestabilidad jurídica de los contratantes y una posible coartación de los derechos y salvaguardas de los consumidores en el ámbito internacional.

Referencias Bibliográficas

Doctrinales

Aguila Real, J. A. (1991). *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.

Aljure Salame, A. A. (2016). *Historia del conflicto de leyes*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Aymerich Ojea, I. (2003). Parte Primera: Introducción general. En M. G. Lavall, *Lecciones de derecho comparado* (pág. 23). Castelló: Publicacions de la Universitat Jaume I.

Barnett, R. E. (2002). *Consenting to form contracts*. Washington: Georgetown University Law Center .

Basedow, J. (2019). *4ème commission Droits de l’homme et droit international privé* . París: Institut de droit international.

Batiffol, H. (1938). *Les conflits de lois en matière des contrats. Etude de droit international privé comparé*. París: Librairie du Recueil Sirey.

Bermann, G. (2003). *Transnational Litigation In a Nutshell*. Saint Paul Minnesota: West Academic Publishing.

Bureau, D., & Muir Watt, H. (2017). *Droit International Privé Tome II Partie Spéciale*. París: Thémis Droit.

Bureau, D., & Watt, H. M. (2017). *Droit International Privé Tome I Partie générale*. París: Thémis droit.

- Carnelutti, F. (1951). *Teoria generale del diritto*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Díaz Alabart, S. (2016). *Manual de derecho del consumo*. Madrid: Editorial Reus.
- Durán Bernardino, M. (2017). El método comparado en los trabajos de investigación. En N. M. Escalona, *El derecho comparado en la docencia y en la investigación* (pág. 48). Madrid: Dykinson S.L.
- García Matamoros, L. V., & Arango Montes, P. (2016). *Teoría General del Derecho Internacional Privado: Responsabilidad por el hecho del producto*. Bogotá: Legis.
- García Prati, I., & Ocampo Mejía, E. (2016). *El arbitraje de consumo en Colombia*. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Guerra Hernández. (2016). *Conflictos de jurisdicción y competencia en el derecho internacional privado*. Bogotá: Legis.
- Hayek, F. A. (1978). *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Herrera Tapias, B., & Álvarez Estrada, J. (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. *Revistas Jurídicas*, 26-41.
- Jarronsson, C., & Idot, L. (2018). *Répertoire de droit européen: arbitrage*. Paris: Dalloz .
- Larribou-Terneyre, V., & Buffelan-Lanare, Y. (2020). *Droit civil. Les obligations*. París: Dalloz.
- Lehmann, M. (2008). Liberating the Individual from Battles Between States – Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 381-434.

- Londoño 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 Universidad de los Andes*, 24.
- López Monroy, J. (2006). *Notas elementales para los principios de la ciencia del derecho civil*. Ciudad de México: Porrúa.
- Mills, A. (2018). *Party autonomy in private international law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Monroy Cabra, M. G. (2016). *Conceptos fundamentales y fuentes del derecho internacional privado*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J., & Carrillo Gamboa, P. (2019). La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos Universidad del Rosario*.
- Oviedo Albán, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 117-152.
- Pérez Zúñiga, J. M. (2017). La importancia del método comparado en la investigación y la docencia. En N. M. Escalona, *El derecho comparado en la docencia y en la investigación* (pág. 56). Madrid: Dykinson S.L.
- Praduroux, S. (2020). Quelques remarques sur la protection de la liberté contractuelle en droit européen. *Revue de l'Union européenne*, 450 .
- Reese, W. L. (1973). Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law. *Columbia Law Review*, 58-75.

- Rojas Tamayo, D. (2018). *El derecho aplicable al contrato estudio comparado, crítico y prospectivo en el derecho internacional privado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rojina Villegas, R. (1960). *Derecho civil mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.
- Sánchez Medal, R. (2005). *De los contratos civiles*. Ciudad de México: Porrúa.
- Savatier. (1953). *Cours de droit international privé*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Southern, R. W. (1953). *The making of the middle Ages*. New Haven: Yale University Press.
- Vargas Hernández, J. G. (2007). Liberalismo, neoliberalismo, postneoliberalismo. *Revista del Magister en Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedad*, 66-89.
- Vial Undurraga, M. I. (2020). International contracts in Latin America: history of a slow pace towards the acceptance of party autonomy in choice of law. *Revista de derecho privado*, 241-276.
- Villalba Cuellar, J. C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*.
- Zapata de Arbeláez, A. (2016). La ley aplicable al contrato internacional. En *Teoría General del Derecho Internacional Privado* (págs. 189-220). Bogotá: Legis Editores S.A.

Legales y Reglamentarias

Código de Comercio. (1971). *Decreto 410 de 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.*

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá.*

Ley 1563. (2012). *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Bogotá D. C.: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.*

Ley 1564 . (2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D. C.: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.*

Parlamento Europeo y del Consejo. (2008). *Reglamento (CE) N° 593/2008 del de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).*

Parlamento Europeo y del Consejo. (2012). *Reglamento (UE) No 1215/2012 del de 12 de diciembre. Relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.*

Jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002). *Exp. T-1100122030002002010901. 18 de abril. M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2012). *Concepto del 17 de octubre N° 12-150854.*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1997). *Asunto C-269/95 del 03 de julio de 1997.*

Francesco Benincasa vs. Dentalkit s.r.l. .

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2005). *Asunto C-464/01 del 20 de enero de 2005.*

Johann Gruber vs. Bay Wa AG.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2010). *Asuntos C-585/08 y C-144/09 del 7 de*

diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2012). *Asunto C-190/11 del 06 de septiembre de*

2012. Daniela Mühlleitner vs. Ahmad & Wadat Yusufi.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2013). *Asunto C-218/12 del 17 de octubre de 2013.*

Lokman Emrek vs. Vlado Sabranovic.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2013). *Asunto C-478/12 del 14 de noviembre de 2013.*

Armin Maletic y Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH y TUI Österreich GmbH.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2015). *Asunto C-297/14 del 23 de diciembre de 2015.*

Rüdiger Hobohm vs. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien, S.L.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2015). *Asunto C-375/13 del 28 de enero de 2015.*

Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc. .

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Civil. (2009). *Auto del 27 de*

marzo. M.P.: Germán Valenzuela Valbuena. Radicado 1101310301120070015701.