

January- June 2014  
Colombia  
ISSN 2216-0965

**01**  
Vol. 5



**EAFIT**  
Journal of International Law





**JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**  
01 | Volume 5 | January - June 2014  
Colombia  
ISSN 2216-0965

**EDITORIAL BOARD**

**Rafael Eduardo Tamayo**  
Editor in chief  
**Paola Carrillo Gamboa**  
Managing editor

**GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT**

Departamento de Comunicación  
**Área de Comunicación Creativa**

**OPEN JOURNAL SYSTEMS**

**Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas**

**WEBSITE**

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil>

**CONTACT US**

EAFIT Journal of International Law  
EAFIT University  
Cra 49 7 Sur 50 Medellín - Colombia  
Building 27 - 4th Floor  
Tel: (57) 4 - 261 95 00 ext. 9422  
Fax: (57) 4 - 261 92 68  
Email: [ejil@eafit.edu.co](mailto:ejil@eafit.edu.co)

# Contents

- 5** EDITORIAL  
PAOLA CARRILLO GAMBOA
- 7** COMPETENCE OF THE HONORARY  
CONSUL AS AN ADMINISTRATIVE BODY  
BASED ON ESTONIAN EXAMPLE  
KERLI VESKI AND TANEL KERIKMÄE
- 25** REFLEXIONES SOBRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO  
INTERNACIONAL EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL DERECHO  
DE LA UNIÓN EUROPEA  
WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ -LUNA
- 45** ANÁLISIS DE LA PERTINENCIA Y ADECUACIÓN DEL CONTRATO  
DE AGENCIA COMERCIAL CON RELACIÓN AL INTERCAMBIO  
DE BIENES Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL  
LUZ MARÍA SALAZAR-LOPERA
- 63** LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA  
EN EL DERECHO DE ARBITRAJE  
DANIEL RESTREPO-SOTO
- 81** EL DERECHO DE PROTECCIÓN ANIMAL Y SU RELACIÓN  
CON EL COMERCIO INTERNACIONAL  
CRISTINA MESA- ESCOBAR
- 101** FALTA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR  
INTERNACIONAL COMO SITUACIÓN QUE DESFAVORECE  
EL DESARROLLO ECONÓMICO GLOBAL  
CRISTINA ARISTIZÁBAL -JOHNSON

# Editorial

**Paola Carrillo Gamboa**

Profesora del Área de  
derecho Internacional-  
Universidad EAFIT

Es grato informar a nuestros lectores que el EAFIT *Journal of International Law* – Ejil cuenta con un nuevo aliado: La Red Colombiana de Derecho Internacional - Redcoldi, creada en el primer semestre de 2014 en el marco del I Congreso de derecho internacional: “*Hacia nuevas perspectivas del Derecho Internacional en el Siglo XXI*”, congreso que se llevó a cabo en la Universidad del Norte en Barranquilla-Colombia. Su próxima versión tendrá lugar en la ciudad de Medellín-Colombia bajo la coordinación de profesores miembros fundadores de dicha Red y pertenecientes al área de derecho internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

El Ejil y Redcoldi convergen en su interés por la difusión, a través de un escenario abierto, de productos de investigación e innovación de académicos, profesionales y estudiantes, en temas relacionados con las diferentes áreas del Derecho Internacional.

Como resultado de este esfuerzo, se busca consolidar una comunidad formada y actualizada en temas relevantes del Derecho Internacional que hasta hoy, han sido dejados en un segundo plano, sin visualizar las grandes implicaciones que dichos temas tienen para cualquier Estado bajo la dinámica de un mundo globalizado.

En esta edición, se abordan las siguientes temáticas:

En primer lugar el artículo titulado “*Competence of the Honorary Consul as an administrative body based on estonian example*”, escrito por el Jefe de la Sección Consular de la Embajada de Estonia en Helsinki y el Profesor Tanel Kerikmäe de la Escuela de Derecho de la Universidad de Tallin- Estonia. Posteriormente, encontramos dos contribuciones que centran su interés en el tema de los contratos internacionales, presentadas por el Doctor William Fernando Martínez Luna y la estudiante de último año de Derecho, Luz María Salazar , titulados “*Reflexiones sobre la ley aplicable*”

*al contrato internacional en defecto de elección en el derecho de la Unión Europea” y “Análisis de la pertinencia y adecuación del contrato de agencia comercial con relación al intercambio de bienes y servicios en el ámbito internacional”, respectivamente. Seguido, el aporte sobre arbitraje internacional a través del artículo “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”, desarrollado por el abogado Daniel Restrepo. Por otro lado, se abordará el tema de derecho de la protección animal con el artículo “El derecho de protección animal y su relación con el comercio internacional” presentado por la abogada Cristina Mesa. Para finalizar, el artículo que lleva por título “Falta de protección del consumidor internacional como situación que desfavorece el desarrollo económico global” por Cristina Aristizábal, estudiante de Derecho de la Universidad EAFIT y miembro del Semillero de investigación en derecho internacional.*

Esperamos disfruten la lectura de esta edición.



# COMPETENCE OF THE HONORARY CONSUL AS AN ADMINISTRATIVE BODY BASED ON ESTONIAN EXAMPLE

---

## LA COMPETENCIA DEL CÓNsul HONORARIO COMO UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO CON BASE EN EL EJEMPLO ESTONIO.

---

✉ By: Kerli Veski and Tanel Kerikmäe<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2013  
Fecha de aprobación: 21 de octubre de 2013

### *Abstract*

*The roots of the institute of honorary consul derive from the classical antiquity. The Vienna Convention on Consular Relations enacted both the institution of career consul as well as honorary consul. Honorary consul is an institution with long history based on international customary law, whose activities, importance and meaning have been changing over the centuries according to needs and developments of law. The appointing of honorary consuls is related to the consent of both the sending country and the receiving country to allow honorary consuls; whereas it has not been perceived that the institution itself would be in threat of dissolving in the near future – vice versa – there is a certain tendency referring to the significance of it. The paper, based on Estonian experience analyses whether the honorary consul performs public functions and whether certain constitutional limits apply in delegating public functions to honorary consuls as private persons. The state, has a dilemma in deciding whether the necessity of performing consular functions in certain area outweigh the risks which may accompany the delegation of consular functions to a private person who is a citizen of a foreign state. In Estonia, a honorary consul is appointed and his or her competence is assigned by the directive of the Minister of Foreign Affairs, the direct authorization is laid down in an administrative act. Even though an honorary consul undergoes through strict regulation and follows specific instructions, its eventual tasks are*

---

<sup>1</sup> Kweli Veski, Magister Juris, Head of consular section, Estonian Embassy in Helsinki, Embassy.Helsinki@mfa.ee

Tanel Kerikmäe, Professor of European Law, Tallinn Law School, Tallinn University of Technology, Tallin, Estonia. tanel.kerikmae@ttu.ee



*performed independently. The difference of delegating tasks to notaries is different as in case of honorary consul, the method of functional delegation prevails.*

**Key words:** *Honorary consul, Competence, International law, Public functions.*

### **Resumen**

*Las raíces del instituto del cónsul honorario se derivan de la antigüedad clásica. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares aprobó tanto la institución de la carrera de cónsul, así como el Cónsul Honorario. Cónsul Honorario es una institución con una extensa historia basada en el derecho consuetudinario internacional, es importante mencionar que sus actividades, importancia y significado han ido cambiando a través de los siglos según las necesidades y la evolución del derecho. El nombramiento de los cónsules honorarios se relaciona con el consentimiento tanto del país de origen como del país receptor para así aprobar los cónsules honorarios; mientras que no se haya percibido que la propia institución estaría en peligro de disolverse en un futuro cercano –o viceversa - hay una cierta tendencia con referencia a la importancia de la misma. El siguiente artículo, basado en la experiencia de Estonia, analiza sí el cónsul honorario ejerce funciones públicas y sí ciertos límites constitucionales se aplican en la delegación de funciones públicas a los cónsules honorarios como personas privadas. El Estado presenta un dilema al decidir si la necesidad de llevar a cabo las funciones consulares en cierta área sobrepasa los riesgos que pueden acompañar a la delegación de las funciones consulares para una persona privada que es ciudadana de un Estado extranjero. En Estonia, un cónsul honorario es nombrado y su competencia es asignada por la directiva del Ministro de Asuntos Exteriores, la autorización directa se establece en un acto administrativo. Aunque un cónsul honorario se somete a una regulación estricta y sigue las instrucciones específicas, sus tareas son realizadas de forma independiente. La delegación de tareas a los notarios no es igual que delegarlas al cónsul honorario, el método de delegación funcional prevalece.*

**Palabras clave:** *Cónsul Honorario, Competencia, Derecho internacional, Funciones públicas.*



## The Entity and Competence of Honorary Consul The incipency and development of honorary consul as an institute

The roots of the institute of honorary consul derive from the classical antiquity, from the time of development of commercial and economic relations.<sup>2</sup> The essence equivalent to contemporary substance of honorary consul, and of later established career consul, was developed in medieval European cities. The prevalent change of substance in consular sphere took place in the 16th century, where, instead of choosing consuls from local merchants, some countries began to appoint their own consuls to foreign states.<sup>3</sup> This put a start to principal difference between appointed consuls (in the future: career consuls) and consuls selected from the community of the country of destination (in the future: honorary consuls). The former started to perform certain diplomatic functions, whereas they were granted limited amount of immunities and privileges. Appointing consuls with a citizenship from the sending state to foreign states gradually became more popular; and between 18th and 19th century it was thought, contrary to previously prevalent viewpoint, that an honorary consul might get involved in a conflict of interests if he were a citizen of the country of destination,<sup>4</sup> which caused the increasing preference of appointed consul system. The latter capacitated to greater governmental control over the consular activities<sup>5</sup>

The system of career consuls similar to today's system, according to which the consuls are state public servants whose job presupposes periodical missions to foreign states and whose job description entails, more narrowly, consular assignments, and more widely, the representing of the state, developed only in the 19th century. Initially, the system of career consuls was completely independent of a diplomatic system, whereas these two were combined in different states only at the end of the 19th to beginning of the 20th century.<sup>6</sup> To abridge – the diplomatic relations evolve in a very high governmental level and are in their nature political, while consular affairs evolve in the administrative level and are usually not of political nature<sup>7</sup>

In parallel with the division of consular institution, the general rights and obligations of the career consuls and honorary consuls were changing over the centuries. The preliminary competence, which was mainly the extraterritorial judicial power,<sup>8</sup> was gradually reduced, and consuls were rather acting as representatives of their states ordered to protect the commercial and business interests of the sending state and its citizens. In order to briefly summarize the essence of consular activities, it might be said that they have performed different functions over time, some of which are in certain ways still perceptible today. Among the latter

---

2 Värk, R. Sissejuhatus rahvusvahelisse õigusse. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2005, p. 175.

3 Lee, L.T., Quigley, J., p. 6.

4 Lee, L.T., Quigley, J., p. 515.

5 *Ibid.*, p. 6.

6 Sen, B., p. 245-246.

7 Land, K. Diplomaatiline õigus ja konsulaarõigus. - Kiviorg, M, Land, K, Miil, K, Vallikivi, H. Rahvusvaheline õigus. Tallinn: Juura 2007, p. 119.

8 See also: Lee, L.T., Quigley, J., lk 7-16.



are the development of diplomatic, political, commercial and business relations, and the functions of maritime law and judicial power.<sup>9</sup>

The biggest substantial changes to consular services were brought by the first half of the 20th century (World Wars, Russian Revolution, Spanish Civil War). The post World War II immigration and emigration brought forth the former problems and constrictions of the consular work.<sup>10</sup> The focus of the institution shifted from resolving questions on international trade to providing assistance to citizens. In the interim between the World Wars, the marital and commercial spheres were gradually delegated to diplomats, as these areas were directly involved with the political and economic relations of the states, and thus the business diplomacy became more professionalized. Taking care of its citizens and enforcing their rights started to become the main domain of the consuls.<sup>11</sup>

Due to the nature of the events in the beginning of the 20th century, there were certain alterations as regards the main focus of the initial project of the Vienna Convention on Consular Relations, “the Consular intercourse and immunities,”<sup>12</sup> which was finally adopted in 1963, and shifted the prominence of consular sphere from the development of trade relations to protection of citizens.

In the light of the changes, most importantly due to the creation of the system of career consuls and its vigorous development, the importance of honorary consuls was reducing and the beginning of the 20th century reflected the popular opinion that the institution of honorary consul was deemed to perish.<sup>13</sup> There were two main sides – firstly, states which were in favour of honorary consuls; and secondly, states which disfavoured them. The significance of honorary consuls was foremost seen by smaller states (e.g. Finland, the Netherlands, Switzerland), who extensively used the honorary consuls for the purpose of representing their own interests, and saw the institution as being particularly efficient for countries with scarce national resources. In the opinion of small states whose seafarers were active sailors, their men needed individual contact persons or aiders in nearly every major port; however, such an ambition was quite impossible to have been funded from state resources.<sup>14</sup> Oftentimes, many states had to choose between whether to appoint an honorary consul to represent their state in a foreign state or a region, or not to be represented at all.<sup>15</sup> For instance, in 1957,

---

9 Lee, L.T., Quigley, J., lk 3.

10 Melissen, J. *The Consular Dimension of Diplomacy*. - Melissen, J., Fernandez A.M. (eds.) *Consular Affairs and Diplomacy*. Martinus Nijhoff Publishers 2011, p. 9-10.

11 Heijmans, M., Melissen, J., p. 5.

12 Zourek, J. Report on Consular intercourse and immunities, Special Rapporteur - Yearbook of the International Law Commission, vol. II 1957, document nr A/CN.4/108. See: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> (30.03.2013), p 72.

13 Lee, L.T., Quigley, J., p. 18-19, *Publications of the League of Nations, V. Legal, 1927, V 7, p. 4*. Zourek, J., p. 80.

14 Do Nascimento e Silva, G.E. *The Vienna Conference on Consular Relations*. - *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 13, Issue 4, 1964, p. 1223.

15 Lee, L.T., Quigley, J., lk 18.



Belgium had 385 honorary consuls and 53 career consuls; the Netherlands 470 honorary consuls and 66 career consuls and Nordic Countries had 1896 honorary consuls and 94 career consuls.

At the same time, there were opinions that the institution of honorary consul was completely redundant. There were some states who did not have any honorary consuls appointed to foreign states (for instance, China), as well as states, which did not have any appointed honorary consuls, but which nonetheless accepted them in their states (for instance, the USA).<sup>16</sup> Additionally, there were some states which, inspired by the dissensions, started to increase the number of career consuls while closing their existing honorary consuls (for instance, Uruguay, Iraq);<sup>17</sup> moreover, some started demanding assertions from the honorary consuls that the latter would not use their position for solely individual business purposes.<sup>18</sup> In order to find a compromise between the two opposing sides either favouring or disfavouring the honorary consuls<sup>19</sup>, the Vienna Convention on Consular Relations enacted both the institution of career consul as well as honorary consul, so as to grant the states the liberty to decide whether they accept honorary consuls on their territory and whether they decide to appoint honorary consuls to foreign states themselves (Art. 68).

In spite of the widely spread preferences of the 20th century seeking to abolish the institution of honorary consul as a perishing relict, after the entry into force of the Vienna Convention on Consular Relations it has been perceived that the honorary consuls are, especially for smaller states, of crucial importance; therefore, it is very unlikely that their abolishment could take place today.<sup>20</sup> Proving the practical need for honorary consuls is the presumption that in 2005 there might have been around 20 000 honorary consuls in the world.<sup>21</sup> Should it be financially worthwhile in a particular area, the primary consular institution led by honorary consul will most likely be substituted with the consular institution led by career consul; nevertheless, in other circumstances, it is still more reasonable for a state to appoint an honorary consul than not to be represented at all.

Appointing an honorary consul is an example of lucrative representation of a state in a foreign state or in a certain region – for one thing, honorary consuls do not receive remuneration, and for another, the state does not have to maintain honorary consuls from its resources since an honorary consul is able to cover its own operation expenditures. One of the downsides of honorary consuls is the fact that they are performing their consular obligations in parallel with their other responsibilities; due to that, as a rule, their rights and obligations are more restricted than those of career consuls. As an exception, one can refer to Brazil, giv-

16 Sen, B. Ik 260. Lee, L.T., Quigley, J., introduction.

17 Lee, L.T., Quigley, J., p. 516.

18 Sen, B., p. 259-260.

19 Lee, L.T., Quigley, J., p. 518.

20 Do Nascimento e Silva, G.E., Ik 1219. Lee, L.T. *Consular Law and Practice*. New York: Frederick A. Praeger 1961, p. 305.

21 Stringer, K.D., Ik 67, referred to You are Appointed. - *Hindustan Times*, 31.10.2005.



ing their honorary consuls substantially the same rights and obligations that apply to career consuls.<sup>22</sup> Owing to the complexity and versatility of consular relations, many states organize regular trainings and conferences for career consuls, which in many cases contribute to the existing disparity between the competence of honorary consuls and career consuls.<sup>23</sup> Some states have offered trainings and information days also to honorary consuls (amongst others, Estonia), which certainly increases their credibility in performing their consular functions.

Changes in the consular sphere during the second half of the 20th century were not so encompassing as they had been in the first half of the century. The developments in the consular field of the last decades are rather linked to the changing surrounding environment – the interest of and pressure by the media, as well as stronger protection of interests by individuals<sup>24</sup> can be referred to as the determinants which growingly influence the development of the consular sphere. The demand for consular protection is gradually growing from the 1990s; people travel more, amongst them are representatives of bigger risk groups – youngsters and elderly people – whereas they travel to risk areas, where the threat is more imminent and therefore the need for protection more probable.<sup>25</sup> Accompanying the open world are frequent contacts with kidnapping, forced marriages, natural disasters, which all increase the need for a more efficient and accessible consular protection.

Thus, in the form of consular relations we can see an institution with long history based on international customary law, whose activities, importance and meaning have been changing over the centuries according to needs and developments of law. The appointing of honorary consuls is foremost related to the consent of both the sending country and the receiving country to allow honorary consuls; whereas it has not been perceived that the institution itself would be in threat of dissolving in the near future – vice versa – there is a certain tendency referring to the significance of it. The most important codification of the consular relations, including the enacting of the institution of honorary consul, took place in 1963 in with the Vienna Convention on Consular Relations. Today, the institution of honorary consul, as well as its competence, is regulated both by the aforementioned Convention as well as harmonizing national laws.

## Honorary Consul in International Law

The legal theory generally refers to the relationship between international and national law by the use of two different theories – monism and dualism. According to monism, international

---

22 Lee, L.T. Quigley, J., p. 527.

23 *Ibid.*, p. 114-115.

24 Heimans, M., Melissen, J., p. 5.

25 Melissen, J., p. 5.



and national laws combine one unified legal system, while dualism treats international law and national law as two separate legal systems. International law regulates the relations between the states, while national law regulates the relations between the state and its citizens or private relations between the latter.

R. Värk has found that Estonia mostly follows the monistic approach, and thus, the international law forms an integral part of Estonian national legal order.<sup>26</sup> The Commented Edition of the Estonian Constitution, however, finds that according to the norms of the Constitution of the Republic of Estonia, it is possible to argue for both the monistic and dualistic approach.<sup>27</sup> On the one hand, Estonian legal practice has been very opened to international law; whereas on the other hand, Estonian courts have been rather moderate in directly enforcing the principles of international law. The main rule still holds that the widely accepted principles and norms of international law are directly applicable in Estonian legal system, and thus these norms can be relied on in Estonian courts. §3 (1) (2) of the Estonian Constitution therefore holds that the principles of international law have the authority, next to national legal norms, to enforce rights and obligations on Estonian public authorities and private persons.

R. Maruste specifies the aforementioned by claiming, “[I]n case of a monistic system, the norms of an international treaty can be implemented directly, there is no need for separate reception of national acts to enact them, although the latter might be done for the purpose of their more efficient implementation.”<sup>28</sup> The same viewpoint is presented by the Estonian Supreme Court, who has found that not every single international treaty is directly applicable in Estonian courts.<sup>29</sup> In order for the courts to apply an international treaty, the treaty must be clear and concrete enough; furthermore it must be directed to regulation of national relations. There is no reason to apply an international treaty if national law regulates correspondent questions in an adequate manner (RKHKo 24.10.2002, 3-3-1-43-02 p 12; RKHKo 20.12.2002, 3-3-1-58-02 p 11).

Taking the aforementioned in account, it might be claimed that the Vienna Convention on Consular Relations regulating the activities of honorary consuls forms, after Estonia’s accession, a part of Estonian national legal system; therefore, if national law does not regulate certain legal issues with adequate precision, it is possible to apply the Convention directly; whereas the latter applies to the Estonian court system as well. For that reason, a more thorough treatment of norms, regulating the honorary consuls and their activities in given Convention, is justified.

Prior to the conclusion of the Vienna Convention on Consular Relations in 1963, consular relations were based on national legal acts and on bilateral and regional consular treaties.<sup>30</sup>

---

26 Värk, R., p. 60.

27 PS commentaries § 3 p. 3.4, lk 71.

28 Maruste, R., p. 73.

29 Annus, T. Riigjõigus. Tallinn: Juura 2006, p. 206.

30 Zourek, J., lk 76; Lee, L.T., Quigley, J., p. 16.



The substance of consular relations and activities was, however, foremost dependent on customary law. The Vienna Convention on Consular Relations is thus in principal an attempt to codify customary law.<sup>31</sup> Despite the latter, the consular affairs are till today largely based on customary law, in view of the fact that the Convention has not been able to adapt to recent developments in the field.<sup>32</sup> Even though consular law is in many states regulated by national norms, consular assistance is one of the spheres which content has to be substantially developed by customary law even today. Therefore, the functions of consuls are continually dependent on international law, customs, treaties, national norms, as well as consular instructions. Moreover, the functions of consuls are changing depending on time and needs.<sup>33</sup> For instance, consuls are being granted superior competency in states where there is no diplomatic representation.<sup>34</sup>

According to Article 1 (2) of the Vienna Convention on Consular Relations, consular officers (consuls) are divided into two categories: first being professional consuls – career consular officers and second being honorary consular officers. Even though there are separate paragraphs in the Convention applying to each category, paragraph 1 of the Convention applies to them both. Article 5 of the Convention lays down the consular functions of both types of consuls. Although the Convention grants similar competence to both career consuls as well as honorary consuls, each state has the right to assign very different functions to their consular posts where the career consuls or honorary consuls are working. Article 5 of the Convention provides an extensive right to differentiate between the competence of both types of consuls as well as differences arising from the receiving state and from other circumstances – the latter clause grants the power of decision over defining the functions to the sending state, whilst such power must be concerted with the receiving state.<sup>35</sup>

The Vienna Convention on Consular Relations does not define who is an honorary consul, it is rather effectuated based on customs and traditions. As can be drawn from the previous chapter, the early institution of consuls is rather similar to today's institution of honorary consuls, although honorary consuls, unlike career consuls, are not equally accepted internationally. The powers of honorary consuls have originally differed from state to state, and as a rule, they have been narrower than powers of career consuls, which in turn constituted to the fact that while drafting the Convention, the limits of honorary consuls' functions were left pending and for the states to decide which functions are to be performed by the honorary consuls and which are not.<sup>36</sup> According to the Article 68 of the Convention, the institution of honorary consular offices has an optional character – the sending state decides whether and who they will appoint as honorary consular officer and the receiving state must be informed

---

31 Land, K., Ik 120; Lee, L.T., Quigley, J., p. 21.

32 Heimans, M., Melissen, J. p. 9.

33 Lee, L.T., Quigley, J., p. 108.

34 Sen, B., p. 268.

35 Sen, B., Ik 268.

36 Zourek, J., Ik 103.



of it and grant an acceptance of the assignment. Even though each state is free to decide whether it will receive honorary consuls on its territory and whether to appoint them abroad, it is still necessary, even after ruling in favour of honorary consuls on the national level, to act in accordance with the clauses of the Convention.<sup>37</sup>

Due to the fact that Estonian law regulates the formal consular functions quite distinctively, the next part of the work will analyze how the powers of honorary consuls are regulated in Estonian domestic law.

At this point, the functions of honorary consuls in Estonian law are being closely observed, since, as was elucidated in the previous part, the limits to powers of honorary consuls must be foremost found in national legislation, taken into account the provisions of the Vienna Convention on Consular Relations as well as customary international law.

## Honorary Consul as an Administrative Body

In summary, it is viewed whether the honorary consul is, by its nature, the delegate of public tasks according to the Estonian national law; whether the functions it performs are public functions and whether by virtue of the aforementioned, comparable constitutional limits apply in delegating public functions to honorary consuls and in national delegation of public functions to private persons. In analyzing the functions of honorary consuls, the existing regulation of Consular Act in the Republic of Estonia is considered as an underlying piece of legislation whereas the conformity of the delegated tasks with the constitution will be observed based on both, existing functions, as well as those functions which, at the moment, are only being performed by the consular officer, and which, however, are not being performed by the honorary consul. The purpose of the latter is to analyze, whether the Consular Act encompasses any other public functions which, if necessary, could be delegated to the honorary consuls, or vice versa, which should certainly not be delegated.

According to §15 (1) of the Estonian Consular Act, honorary consul is an official, appointed for a specified or an unspecified term by the Estonian Minister of Foreign Affairs, and who performs consular functions within the limits of his or her competence.<sup>38</sup> The consular functions are derived from the Consular Act and Article 5 of the Vienna Convention on Consular Relations, while the exact scope of the tasks will be determined by the directive of the Minister of Foreign Affairs (§18 (1) of the consular Act). The consular functions are determined in Chapter 4 (Provision of Consular Services) and Chapter 5 (Provision of Consular Assistance) of the Consular Act, whereby it is clearly regulated which functions are to be performed by both, consular officers as well as honorary consuls, and the consular functions that must only be fulfilled by consular officers.

---

<sup>37</sup> Lee, L.T, Quigley, J., lk 517.

<sup>38</sup> KonS (RT I 19.12.2012, 13)



By taking into account the abovementioned, that the consular functions are derived from the law and from an international convention to which Estonia is a signatory party, the honorary consul performs its functions pursuant to law, which is a form of delegating public functions. Since in the interest of the state, the main administrative authority, who must perform consular functions, is the consular officer who performs public functions, it might be argued that present functions are public functions. The primary public function for which the consular functions are imposed, is the protection of Estonia as a state, its citizens and the interest as well as rights of its legal persons in a foreign state (§13 (1) of the Estonian Constitution; §1 (1) (1) of the Estonian Consular Act); and the secondary function is to provide consular services and consular assistance to aliens and under certain circumstances to foreign citizen (§1 (1) (2) of the Consular Act).

§13 (1) second sentence of the Estonian Constitution provides that it is the duty of the state to grant its citizens protection abroad. The material scope of it encompasses foremost the diplomatic protection of Estonian citizens abroad; nevertheless, it also covers other means of protections, which do not explicitly indicate diplomatic protection. What it concerns, are the fundamental rights of a citizen, meaning that above all, the state is obliged to ensure its citizens protection, whereas §9 (2) of the Estonian Constitution does not exclude that the protection derived from § 13 (1) second sentence expands to legal persons. Therefore, the constitutional right for protection of the state is primarily applicable to Estonian citizens and under certain circumstance applicable to Estonian judicial persons. Providing consular assistance and consular services to aliens and foreign citizens is not an obligation of the state specifically arising from the constitution; nevertheless, it might be argued that by depriving certain individuals from the state's protection – individuals who are not Estonian citizens, but documented by Estonia, the owners of an alien's passport, stateless persons – might lead to violation of their fundamental rights provided that Estonian would deprive them of protection abroad. However, since the consular protection of aliens is not in the centre of attention in given paper, it will further not be touched upon. The performers of consular functions are consular officers and honorary consuls. A consular officer, according to §9 (1) of the Estonian Consular Act is a public servant in a diplomatic post, who has passed trainings for consular officers (§11) and obtained qualification and special qualification of consular officers (§10) and whom the secretary general has authorized to perform consular functions. The consular officer is officially involved with the state and is subjected to supervisory control (§13 of the Consular Act). The honorary consul is not in official state service. Even though the honorary consul is appointed by the Minister of Foreign Affairs, he or she is not in foreign service (§15 (4) of the Consular Act) and does not receive remuneration from the Estonian state (§15 (7)). Therefore, a justified question arises – if the honorary consul performs public functions, is it the delegation of public functions and does this cause the honorary consul performing public functions to be an administrative body?

By taking into account the analysis from the previous chapter, having made clear that in case a private person performs public functions, he or she is acting outside the service relation-



ship, is a person with passive legal capacity and is personally responsible for the performance of public task, he or she is an administrative body. Therefore, there is a need to answer to the question whether the honorary consul is a person with passive legal capacity and what his or her responsibility in performing public tasks is.

In order to analyse the question more thoroughly, the institution of notary, representing a private person as an administrative body, as freelance official, must be taken as a comparison.<sup>39</sup> A private person as a body in public law does not represent the state as an employer.<sup>40</sup> Neither does it embody an administrative authority, which acts in the name of state, since notaries (similarly to for instance bailiffs and to sworn translators), perform their functions individually and on their own account. While performing their occupational commitments they are independent of the state and do not receive remuneration from the state directly but charge their fees on the bases and to the extent prescribed by law.<sup>41</sup> Even though a notary is not subjected to supervisory control, the Estonian Ministry of Justice has an obligation to supervise the professional activities of notaries (§1 (1) (3); § 5 (1) of the Estonian Notaries Act).

Attention should be paid to the opinion of P. Press, stating that a notary is not a classical representative of liberal professions, since the professional activity of a notary is fully regulated by law. It is rather a profession with economical independence and freedom.<sup>42</sup> This assertion brings us back to the institution of honorary consul. The rights and obligations of an honorary consul are also fully regulated by the Vienna Convention on Consular Relations as well as the Estonian Consular Act, on account of which, a justified question might arise – is the honorary consul an independent administrative body or is it an administrative authority acting in the name of the state (similarly to a consular officer), especially while taking into account that an honorary consul must also perform its functions according the instructions of the Ministry of Foreign affairs and the representation located in the receiving state (§18 (1) of the Consular Act). The latter indicates that unlike notary, honorary consul is not materially independent of the state (the Ministry of Foreign Affairs) and is not free in its actions of translating or implementing the provisions of procedural law.<sup>43</sup> On the other hand, honorary consul, unlike consular officer, does not issue certificates or perform any other functions on the state's behalf but rather on their own behalf. He or she must perform its tasks personally (§21 (2) of the Consular Act). Although an honorary consul is a representative of the state, the latter must be viewed from an international aspect, since Estonia appoints an honorary consul to a foreign state and the honorary consul receives the right to perform its consular duties if the receiving state has granted an authorization (exequatur) (Article 12 of the Vienna Convention on Consular Relations; §8 of

39 Aedmaa, A. jt. 2004, lk 43. Andresen, E., 2003, p 7. PS kommenteeritud väljaanne § 14 p. 2.2.2, p. 192. Press, P. Notari ametikohustused ja vastutus. Master thesis: Tartu 2006. P. 12.

40 Merusk, K., Koolmeister, I., p. 68.

41 Andresen, E. 2006, p. 602.

42 Press, P., p. 13-15.

43 Andresen, E. 2001, lk 223; Press, P., lk 30; RKHKo 26.09.2000 3-3-1-35-00 p. 1



the Estonian Consular Act). The exequatur confers the honorary consul powers which the latter can enjoy in his or her dealings with the officials of the receiving state.<sup>44</sup>

From national aspect, it is fairly more important to note that even though an honorary consul undergoes through strict regulation and follows specific instructions, its eventual tasks are performed independently and he or she has the right to decide whether and what kind of public tasks permitted by law to perform.<sup>45</sup> The Ministry of Foreign Affairs (or the foreign representation in the receiving state) has the authority to provide directions and necessary information to perform certain tasks, although it might depend on whether an honorary consul requests such data, since the Ministry of Foreign Affairs does not have automatic information on the consular activities an honorary consul is performing. Moreover, an honorary consul has the final decision in whether and how to use the information obtained from the Ministry as well as whether and how to perform the task.<sup>46</sup> An honorary consul is obliged to give an overview of the performed consular tasks (§18 (3) of the Estonian Consular Act), however, as a rule it is done retrospectively and the Ministry of Foreign Affairs does not have the report of activities in real time. §19 of the Consular Act provides the organizational independence, which means that an honorary consul has an independent administration and accounting system, he or she establishes the organization of work of a consular post and covers all the expenses of the consular post autonomously.

According to §6 of the Estonian State Fees Act,<sup>47</sup> a body charging a state fee is a state or local government agency, or a rural municipality or city secretary who, pursuant to law, is required to perform an act. An honorary consul may receive remuneration fees to the extent established by the rate of state fee. It is not a state fee even though it is remuneration for performance regulated by the public law. The author thinks that unlike in case of the state fee, the recipient of service has the right to demand counter performance, even though there is no civil law contract. Only the state or a delegate who exercises its conferred powers to collect fees has the right to collect state fees;<sup>48</sup> however honorary consul has not been conferred with such powers.

The fact that honorary consul is not a state public servant was affirmed back in 1999, during the drafting of the Consular Act, when bringing the institution of honorary consul to the scope of the act was justified by stating, “in order to see honorary consuls as part of the overall system, honorary consuls should somehow be involved in the system and defined in a way which would reflect their cohesion to foreign representation. At the same time, an honorary consul cannot be seen as Estonian public servant.”<sup>49</sup> The explanatory reports of the latest

---

44 Zourek, J. 1957, p. 88.

45 KonS eelnõu SE 378 seletuskiri, p. 11.

46 *Ibid.*, p. 20, § 39

47 RLS (RT I 17. 04. 2013, 12)

48 RKHKo 14.12.2011 3-3-1-72-11, p. 10, 11. RKPJKo 08.10.2007 3-4-1-15-07 p. 17. RKTko 20.06.2008 3-2-1-55-08 p. 10.

49 Estonian parliament session: Available in Estonian: [http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content\\_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=981540022](http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=981540022) (05.04.2013)



changes in the Consular Act refer that even though honorary consuls are largely equalized with consular offices, they are formally not public servants. Therefore, taking into account the abovementioned, the author sees that an honorary consul might still be referred to as an administrative body.

The State, by delegating public functions to honorary consuls, leaves to itself certain responsibility, including the function of state supervision, in order to ensure the lawful performance of the functions (§81, §18 (2) of the Estonian Consular Act). The compensation of damage arising from the professional course of work of an honorary consul does not, according to the Estonian State Liability Act exempt an honorary consul from personal liability. Given amendment, according to which the State Liability Act is applicable in case of compensation of damages arising from the performance of public functions of an honorary consul entered into force in 01.01.2011. The explanatory report for a draft act including such amendment, states that once the act comes into force, an honorary consul, similarly to consular officers performing public functions, is liable pursuant to civil, criminal and administrative procedures. The author of given work does not agree with the aforementioned statement, since a consular officer engaged in employment relationship with the Ministry of Foreign Affairs is liable pursuant to §12 (2) of the State Liability Act, whereas an honorary consul is liable pursuant to §12 (3) of the State Liability Act. The difference stands in the fact that on the basis of §19 (3) of the State Liability Act, the person referred to in §12 (2) of the same act (therefore a consular officer) is liable to a public authority only if the damage was caused wrongfully. The author considers an honorary consul to fall within the scope of §12 (3) of the aforementioned act and a recourse claim may be filed even in a no-fault liability case. Nonetheless, §19 (2) of the Estonian State Liability Act, according to which the compensation is reduced if satisfying a claim of recourse in full would be unfair, is applicable regarding both consular officers and honorary consuls. The fact that the abovementioned amendment of the Consular Act of Estonia replaced the term “person” with the term “official” in §15 (1) does not seem to alter the situation in the eyes of the author, since regardless of whether to refer to an honorary consul as a person or an official does not transform him or her neither a public servant nor changes his or her relation with the state. Even §11 of the Code of Administrative Offences applicable before the current Administrative Procedure Act until 2002, had a functional definition to “official” – “An official is a person who has an official position in an agency, enterprise or organization based on any form of ownership and to whom administrative, supervisory, managerial, operational or organizational functions, or functions relating to the organization of movement of tangible assets, or functions of a representative of state authority have been assigned by the state or the owner.”<sup>50</sup> Such an approach has not changed up until today; rather it has been confirmed with the entry into force of the Administrative Procedure Act in 01.01.2002, where the definition of an administrative authority is also presented via functional approach (§8 (1) of the Estonian Administrative Procedure Act and with the Estonian Anti-Corruption Act (§2 (1) which came into force only in 01.04.2013.

---

<sup>50</sup> Parrest, N., Aedmaa, A., p. 16.



Even though the Estonian Consular Act designates since 2011 the state supervision over the actions of honorary consul, the author does not consider it to embody great qualitative change in the supervision of the activities of honorary consul. The drafting of the Anti-corruption Act confirmed the certainty that it is difficult for a representative state to supervise the activities of honorary consul. The termination of the activities of an honorary consul failing to perform his or her functions effectively is the only considerable counteraction.<sup>51</sup> The latter is affirmed by the applicable Consular Act, namely §24 (2), according to which the Ministry of Foreign Affairs will call for the revocation of the consular patent in cases where an honorary consul is, for instance, no longer trustworthy (§24 (2) (3) of the act) or if in the opinion of the Minister of Foreign Affairs, an honorary consul is unable to perform the functions assigned thereto (§24 (2) (4) of the act).

Thus the state, while delegating the public functions to honorary consul, has a dilemma in deciding whether the necessity of performing consular functions in certain area outweighs the risks which may accompany the delegation of consular functions to a private person who is a citizen of a foreign state (§15 (3) of the Consular Act) performing such functions simply on basis of his or her good trustworthiness and respectability (§17 (1) of the Consular Act), or not. Therefore, on the one hand it is a constitutional obligation of the state, pursuant to §13 of the Estonian Constitution, to protect its citizens abroad; and on the other the obligations also include an obligation to protect the fundamental rights, especially the rights to proceedings and order. Both principals are materially designed to protect the fundamental rights of citizens; yet, taking into account the limited resources of a state which render it impossible to have a foreign representation in every state and a consular post (as a structural unit of the Ministry of Foreign Affairs) in every major area of each country, the assigning of honorary consul might definitely be regarded as an optimal solution, especially while taking into account the essence of honorary consul and the limitations arising from the Constitution in performing the consular functions. From the aforementioned we can grasp the idea of why the assigning of honorary consuls is indispensable in the first place; the latter also largely applies to the justification for national delegation – better access to services, knowledge on the specific characters of the receiving state, as well as funds of private persons as additional resources.

Due to the fact that public functions are involved, as well as since the delegation of public functions has rendered honorary consul to an administrative body, it is important to find out in which way such delegation has taken place. Taking into account the fact that the rights and obligations of honorary consul are directly arising from law, the delegation has happened by lawful authorization. Given that honorary consul is appointed and his or her competence assigned by the directive of the Minister of Foreign Affairs, the direct authorization is laid down in an administrative act. The latter represents functional legislation, where the performance of the function is delegated, whereas the state ensures the lawful performance by organizing

---

51 Zourek, J. 1957, p. 80.



supervision and whereby the official is liable to a public authority on the bases and pursuant to the procedure provided in the State Liability Act. By following the classification as provided by R. Merusk, this would imply delegation of public functions to a private person, whereby the functions are being performed on basis of norms of public law and the private person becomes an administrative body performing the functions in person. Hence, we are dealing with indirect public administration, similar to, for instance, notaries and bailiffs.<sup>52</sup>

A major distinctiveness of notaries is, however, their greater independence from the state. A notary is independent in person, as well as from organizational and material perspective.<sup>53</sup> Honorary consul is not appointed for life, which limits the personal liability. There is no material independence, since the Ministry of Foreign Affairs gives direct instructions how to perform public functions (§18 (1) of the Consular Act). Unlike the notary, the honorary consul is not free to implement and apply provisions of procedural law.<sup>54</sup> However, by ensuring the organizational independence, honorary consuls are granted with the ability to assign their own employees and remuneration<sup>55</sup>, as well as personal liability.

Therefore, the honorary consul has certain resemblance to a private person, to whom the state has delegated public functions and who, independent of the state apparatus has become an administrative body by performing public law functions. An honorary consul is personally liable for his or her performances and is independent of the state from the organizational point of view. The tasks delegated to honorary consul stem from the law and the direct delegation is based on administrative act. The reasons for delegation are similar to the justifications for national delegation. By delegating public functions to honorary consuls, we can refer to functional delegation, which is to some extent, yet not entirely, comparable to delegation of public functions to a notary.

---

52 Merusk, K., 2000, p. 505.

53 Andresen, E. 2001, p. 221.

54 *Ibid.*, p. 223.

55 *Ibid.*, p. 222.



## Bibliography

- Aedmaa, A. jt. 2004, lk 43. Andresen, E., 2003, p. 7. PS kommenteeritud väljaanne § 14 p 2.2.2, p 192. Press, P. Notari ametikohustused ja vastutus. Master thesis: Tartu 2006. p. 12.
- Aedmaa, A. Kommunikatsioon haldusmenetluses. - *Juridica* 2005, nüm. 2
- Andresen, E. 2001, lk 223; Press, P., lk 30; RKHKo 26.09.2000 3-3-1-35-00 p. 1
- Andresen, E. Notari koht ja roll Eesti õigussüsteemis. Eesti notariaadi X aastapäev. Tallinn: Notarite Koda 2003
- Andresen, E. Riigivastutus ilma riigi vastutuseeta: notari, kohtutäituri ja vandetõlgi isiklik ametivastutus Euroopa õiguse ja riigiõiguse vaatepunktist. - *Juridica* 2006, nüm. 9
- Andresen, E. Riiklik järelevalve notari üle. - *Juridica* 2001, nüm. 4
- Annus, T. Riigiõigus. Tallinn: Juura 2006
- Commentaries of the Constitution (PS commentaries). Madise, Ü., Aaviksoo, B., Kalmo, H., Mälksoo, L., Narits, R., Pruks, P., Vinkel, P. (eds.). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. täiend. väljaanne. Tallinn: Juura 2012
- Do Nascimento e Silva, G.E. The Vienna Conference on Consular Relations. - *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, vol. 13, issue 4, p. 1223.
- Do Nascimento e Silva, G.E., lk 1219. Lee, L.T. *Consular Law and Practice*. New York: Frederick A. Praeger 1961, p. 305.
- Estonian parliament session: Disponible en Estonian: [http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content\\_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=981540022](http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=981540022), consulta: 5 de abril de 2013.
- Heijmans, M., Melissen, J. Foreign Ministries and the Rising Challenge of Consular Affairs: Cinderella in the Limelight. Clingendael Diplomatic Studies Programme Paper. Haag: Netherlands Institute of International Relations "Clingendael", June 2006. Available: [http://www.clingendael.nl/publications/2006/20060606\\_cdsp\\_paper\\_cinderella-2.pdf](http://www.clingendael.nl/publications/2006/20060606_cdsp_paper_cinderella-2.pdf)
- Land, K. Diplomaatiline õigus ja konsulaarõigus. - Kiviorg, M, Land, K, Miil, K, Vallikivi, H. *Rahvusvaheline õigus*. Tallinn: Juura 2007, p. 119.
- Lee, L.T., Quigley, J., p 18-19, *Publications of the League of Nations*, V. Legal, 1927, vol. 7, p. 4. Zourek, J., p. 80.



Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse. Tallinn: Juura, 2004.

Melissen, J. The Consular Dimension of Diplomacy. - Melissen, J., Fernandez A.M. (eds.) Consular Affairs and Diplomacy. Martinus Nijhoff Publishers 2011, p. 9-10.

Melissen, J., Fernandez A.M. (toim.) Consular Affairs and Diplomacy. Martinus Nijhoff Publishers 2011.

Merusk, K, Koolmeister, I. Haldusõigus. Tallinn. Juura. 1995

Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. - Juridica 2000, nüm. 8.

Parrest, N. Aedmaa, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: Riigikantselei 2003.  
Press, P. Notari ametikohustused ja vastutus. Master thesis: Tartu 2006

PS commentaries § 3 p. 3.4, lk 71.

Sen, B. A Diplomat's Handbook of International Law and Practice. 3. Revised Edition. Martinus Nijhoff Publishers 1988.

Stringer, K.D, You are Appointed. - Hindustan Times, consulta: 10 de octubre de 2005.

Stringer, K.D., lk 67, referred to You are Appointed. - Hindustan Times, consulta: 10 de octubre de 2005.

Zourek, J. Report on Consular intercourse and immunities, Special Rapporteur - Yearbook of the International Law Commission, vol. II 1957, document nr A/CN.4/108. See: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> consulta: 30 de marzo de 2013, p. 72.

Värk, R. Sissejuhatus rahvusvahelisse õigusse. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2005

## **Other materials:**

Commentaries to the draft law of Consular Law of Estonia, KonS eelnõu SE 378 seletuskiri

Consular Law of Estonia: KonS (RT I 19.12.2012, 13)

Estonian parliament session: Available in Estonian: [http://www.riigikogu.ee/?op=explain2&content\\_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=981540022](http://www.riigikogu.ee/?op=explain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=981540022) consulta: 5 de abril de 2013



### **Judgements of the Supreme Court of Estonia:**

RKHKo 14.12.2011 3-3-1-72-11;  
RKHKo 26.09.2000 3-3-1-35-00;  
RKPJKo 08.10.2007 3-4-1-15-07;  
RKTKo 20.06.2008 3-2-1-55-08;  
RLS (RT I 17. 04. 2013, 12)



# REFLEXIONES SOBRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

---

REFLECTIONS ABOUT APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL  
CONTRACTS IN ABSENCE OF CHOICE IN THE EUROPEAN UNION LAW

---

✉ Por: William Fernando Martínez -Luna<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2014  
Fecha de aprobación: 6 de junio de 2014

## *Resumen*

*El Convenio de Roma de 1980 fue durante más de dos décadas el cuerpo jurídico que unificó las disposiciones sobre la ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea. Dicho instrumento legal supuso una revolución en cuanto a la uniformidad de las normas de Derecho internacional Privado, pues cualquier juez de un Estado parte aplicaba la misma norma de conflicto para establecer la *lex contractus*, lo que incrementaba la seguridad jurídica al disminuir el *forum shopping*. Sin embargo, las disposiciones sobre la ley aplicable al contrato en defecto de elección de parte (Art. 4 Convenio de Roma) no fueron interpretadas de manera uniforme por la doctrina jurídica, ni por la abundante jurisprudencia de los tribunales de los Estados parte. Con la transformación del Convenio de Roma en un instrumento de la Unión Europea “Reglamento Roma I”, se aprovechó para incluir cambios en el Art. 4 buscando solucionar los múltiples problemas de su antecesor, con el fin de alcanzar un elevado nivel de seguridad jurídica. El presente artículo pretende analizar las innovaciones incluidas al precepto estableciendo un paralelo entre el Art. 4 Convenio de Roma y el Art. 4 Reglamento Roma I.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, profesor de tiempo completo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá. [williamf.martinezl@utadeo.edu.co](mailto:williamf.martinezl@utadeo.edu.co)



**Palabras clave:** *Contratos internacionales, ley aplicable, Unión Europea, Reglamento Roma I.*

### **Abstract**

*The Rome Convention of 1980 was over two decades the unifying legal body concerning the provisions on the law applicable to international contracts in the European Union. This legal instrument brought about a revolution in terms of uniform rules of private international law, because any court of a Member State would apply the same conflict rule to establish the *lex contractus*, thereby increasing legal certainty by reducing forum shopping. However, the provisions on the law applicable to the contract in absence of choice of party (Art. 4 Rome Convention) were not uniformly interpreted by the legal doctrine, or the abundant case law of the state parties. With the transformation of the Rome Convention into a European Union instrument Rome I Regulation has been used to include changes in Article 4 in order to solve the many problems of its predecessor, with a view to achieving a high level of certainty in the European Union. This article analyzes the innovations included in the provision, in order to establish a parallel between Article 4 Rome Convention and the Article 4 Rome I Regulation.*

**Key words:** *International contracts, law applicable, European Union, Rome I Regulation.*



## Introducción

El tema de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea estuvo regulado hasta 1980 por las normas de conflicto internas de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, se consideró que el hecho de tener una multiplicidad de normas de conflicto afectaba la seguridad jurídica pues no se podía prever con alto grado de certeza la ley que regularía el contrato internacional en defecto de elección de parte, y adicionalmente porque contribuía al forum shopping. Justamente para solucionar éstos y otros problemas nació el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones internacionales. Este Convenio traía en su artículo 4 la norma de conflicto general que regulaba la ley aplicable cuando las partes del contrato no habían utilizado la facultad de elegir la ley de su contrato, o cuando dicha elección no era válida; de igual forma, ésta norma de conflicto mezclaba un alto grado de flexibilidad mediante la teoría de los vínculos más estrechos, con un limitado nivel de rigidez –incluido como presunción– por medio de la teoría de la prestación característica. Esta mezcla de rigidez y flexibilidad no fue bien entendida por los jueces de los Estados parte, lo cual generó una gran cantidad de sentencias contradictorias<sup>2</sup>. Éste y otros problemas se intentaron solucionar con la transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea, el Reglamento Roma I<sup>3</sup>. Este Reglamento hizo una transformación radical del artículo 4 del Convenio de Roma buscando alcanzar un elevado nivel de previsibilidad mediante la inclusión de normas rígidas e inflexibles en su punto de conexión principal. El presente artículo pretende analizar este nuevo enfoque que el reglamento Roma I le ha dado a la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección de parte en la Unión Europea, con el objetivo de dilucidar si dicha transformación contribuye de manera efectiva a la previsibilidad de la ley aplicable al contrato como fórmula válida para alcanzar la seguridad jurídica que las relaciones contractuales en la Unión necesitan.

## La ley aplicable al contrato en defecto de elección en el Convenio de Roma de 1980.

### 1.1 La estructura del artículo 4 del Convenio de Roma.

En el Derecho internacional privado existen principalmente dos “fórmulas extremas” de regular el tema de los contratos internacionales en defecto de elección. La primera, busca iden-

- 
- 2 En este sentido puede verse cómo algunos Tribunales de los Estados parte del Convenio de Roma de 1980 estimaban que, en el contrato de distribución, la prestación característica la llevaba a cabo el distribuidor: SAP, Barcelona, de 28 de abril de 2000, Paris, 5 th ch .B, 30 September 2004, WS Parfums v. SAS Parfums Nina Ricc, Multi-members court of first instante of piraeus 3496/2007. Mientras que otros Tribunales (principalmente Francia e Italia y en menor medida Inglaterra) tenían una interpretación totalmente opuesta, y consideraban que el prestador característico en el contrato de distribución era el concedente o fabricante de las mercancías: Print Concept GmbH v. G.E.W. (EC) Limited [2001] EWCA CIV 352 Court of Appeal (Civil Division) 2 March 2001 2001 WL 239668; CA Paris, February 20, 2008, Orthogese v Stratec Medica; Optelec v. Modtronics, [2003] 1L Pr 4.
  - 3 El Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), es una norma uniforme que determina, para todos los países de la Unión Europea, la ley aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, entró en vigor el 17 de diciembre del 2009.



tificar la Ley aplicable basada siempre en el caso concreto, mediante la inclusión de disposiciones generales que se concretan de acuerdo a las propias circunstancias del contrato; y la segunda, mediante el establecimiento de disposiciones rígidas, ágiles, y precisas para ciertos tipos de contratos, que pretenden alcanzar un alto grado de seguridad jurídica, certeza de resultado y economía procesal<sup>4</sup>. El Convenio de Roma introdujo una transformación en lo que a metodología jurídica se refiere, al incorporar en un mismo precepto dos metodologías que se consideraban “contradictorias”: la metodología flexible de origen anglosajón, y la metodología rígida de origen continental<sup>5</sup>. La primera, se veía reflejada en la determinación de la Ley que presentara los vínculos más estrechos con el contrato (Art. 4.1 Convenio de Roma), mientras que la segunda, se utilizaba en las presunciones de los artículos 4.2, 4.3 y 4.4 Convenio de Roma<sup>6</sup>.

La estructura del Art. 4 Convenio de Roma supuso una modificación del método de identificación de la Ley aplicable al contrato utilizado por las Cortes de los países miembros de acuerdo a sus normas internas. Así, los tribunales de España, Italia y Portugal<sup>7</sup>, tuvieron algo más de libertad para establecer la *lex contractus* de lo que se establecían sus disposiciones internas. Para el Reino Unido, sin embargo, el Art. 4 Convenio de Roma impuso más limitaciones, puesto que los tribunales disfrutaban de una libertad “casi sin restricciones”<sup>8</sup>. Lo mismo sucedió en Francia y Grecia donde la Convención redujo el margen de maniobra de los jueces. En el caso de Los Países Bajos y Alemania, la estructura del Art. 4 Convenio de Roma tan solo supuso cambios leves en la identificación de la Ley del contrato internacional<sup>9</sup>.

El Convenio de Roma incorporaba en su Art. 4 cinco puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al contrato internacional en ausencia de elección, uno de carácter general y cuatro de carácter especial, de esta manera, se cubría jurídicamente el vacío que dejaba la carencia de una efectiva elección de Ley por los contratantes<sup>10</sup>. La doctrina ha calificado a la estructura del Art. 4 Convenio de Roma como una “combinación complicada de flexibilidad y previsibilidad”<sup>11</sup>. Esto se ha dicho porque el Art. 4 Convenio de Roma establecía un criterio

4 M. Virgos Soriano, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. García/ J. González/ S. Muñoz (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753- 825, concur. p. 780.

5 L.F. Carrillo Pozo, “Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980),” en M. Di Filippo, et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, concur. p. 20.

6 A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, “Ley aplicable al contrato internacional”, en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dir), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 73-134, concur. p. 99.

7 Vid. AAP Tarragona de 23/10/2004; TS (Sala de lo Civil), sentencia de 19 febrero 1993; SAP Navarra, de 16 de noviembre de 2001; STS, Civil, de 8 de abril de 2005.

8 Sobre la aplicación del *common law* puede verse: Amin Rasheed Corp v. Kuwait Insurance Co. [1984] AC 50, 61; Coast Lines Ltd v. Hudig and Veder Chartering NV [1972]2 QB 34; Bonython v. Commonwealth of Australia [1951] A.C. 201.

9 O. Lando, The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Common Market Law Review*, nº 24, 1987, pp. 159-204, concur. p.199.

10 C. Parra Rodríguez, *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M Bosh Editor, Barcelona, 2001, p. 320.

11 O. Lando/P.A. Nielsen, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, nº 45, 2008, pp. 1687 –1725, concur. p.1700.



flexible para la determinación de la *lex contractus* (vínculos más estrechos); aunque dicha flexibilidad, era “moderada” por unas presunciones que ayudaban a concretar la Ley más vinculada con el contrato, limitando –en principio- el poder discrecional del juez<sup>12</sup>.

Para corrientes jurídicas como la inglesa, la principal innovación del Art. 4 Convenio de Roma no radicaba en encontrar el principio de los vínculos más estrechos para establecer la Ley del contrato, puesto que este principio era “exacto” al utilizado por los tribunales ingleses, donde se debía buscar el sistema jurídico del país con el cual el contrato estuviese más estrechamente conectado, y para lograr dicho objetivo, se debía establecer el “centro de gravedad” del contrato o grupos de contratos, antes que descubrir la intención de las partes<sup>13</sup>. Por este motivo, los ingleses consideraban que el aspecto más relevante que traía el Art. 4 Convenio de Roma, lo constituía el hecho de que el Convenio hubiese recurrido a las presunciones para concretar el principio de los vínculos más estrechos<sup>14</sup>.

Este Art. 4 Convenio de Roma se fundamentaba en el principio de proximidad, pues pretendía que el contrato internacional quedara regulado por aquella Ley estatal que tuviese los lazos más cercanos con el mismo<sup>15</sup>. Es importante destacar, que la relación de proximidad debía establecerse entre el contrato internacional y un país<sup>16</sup>. En efecto, el principio de proximidad no necesariamente atendía a la cercanía del contrato con la legislación de un país determinado, sino se refería a los lazos que lo unían con todo un país, pues era un “vinculo territorial y no jurídico”<sup>17</sup>. No obstante lo anterior, algunos autores hubiesen preferido que el Convenio

---

12 Vid. M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18. Para M.A. Ancel, la estructura del Art. 4 Convenio de Roma es un claro ejemplo de las dificultades que se presentan a la hora de negociar una norma jurídica supranacional, pues se le da más importancia al hecho de alcanzar un cuerpo jurídico con un alto consenso, que a construir una disposición idónea para la regulación pretendida. Justamente esto fue lo que pasó en el Art. 4 Convenio de Roma, en aras de alcanzar un consenso entre las distintas corrientes nacionales, se aprobó una norma con un alto grado de complejidad que provocó una gran dificultad de aplicación. Vid. M.A. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002, p. 324.

13 En el *common law* el juez debía acudir a todas las conexiones del contrato: lugar de conclusión del contrato, lugar donde se lleva a cabo la prestación, el lenguaje del contrato, la moneda, la ley personal de las partes, y todas las circunstancias que rodean el contrato. Vid. J. O’ BRIEN, *Conflict of Law*, 2ª ed., Cavendish Publishing Limited, London, 1999, p. 339. Este aspecto puede verse claramente reflejado en las sentencias previas a la entrada en vigor del Convenio de Roma: *Compagnie d’Armement Maritime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation SA* [1971] A.C. 572, 587, “The parties may agree, either in express terms or in terms which can be inferred, to submit themselves to a particular system of law. If they have not done this, then governing law will be that by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection”. Vid. P. Ross Williams, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 1, (Jan., 1986), pp. 1-31, conr. p. 13.

14 R. Plender/M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009.,p.168.

15 Vid. P. A. De Miguel Asensio, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de roma de 1980”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995, pp. 1-7, versión *on line*; R. Plender/M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009.,p.167.

16 “...the applicable law is that of the country, not that of the legal system, having the closest connection with the contract”. Vid. R. Plender, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed, Sweet & Maxwell, London, 2001, parr. 6-03; en el mismo sentido vid, P. Kaye, *The new private international law of contract of the european community*, London, Dartmouth,1993, p. 172.

17 A. L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio



de Roma determinase la vinculación del contrato con un sistema jurídico y no con un país, pues consideraban que con esta posibilidad se enfatizarían puntos de conexión tales como la forma del contrato, la terminología legal, las cláusulas de jurisdicción, entre otras, que tienen un valor real y son indicativos de una implícita elección. Por su parte, consideraban que si el vínculo jurídico tenía que entenderse entre un contrato y un país, se estarían enfatizando puntos de conexión como el lugar de la firma del contrato, o el lugar de cumplimiento del contrato, los cuales, muchas veces son accidentales<sup>18</sup>. Algunos tribunales siguieron esta postura, y establecieron la conexión del contrato con un determinado sistema jurídico. Esta situación puede verse en, *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co*<sup>19</sup>.

Los puntos de conexión del Art. 4 Convenio de Roma operaban de forma excluyente y se dividían en tres bloques perfectamente identificables: el primero designaba la norma base de la disposición que fungía como “guía general” del precepto<sup>20</sup>. Dicha disposición establecía que el contrato se regiría por la Ley del país con el que el negocio jurídico presentase los vínculos más estrechos (Art. 4.1 Convenio de Roma)<sup>21</sup>. La redacción de este precepto correspondía a las soluciones mantenidas por las jurisprudencias de varios de los países contratantes como Francia y el Reino Unido, donde el juez podía “localizar objetivamente” el contrato “a partir de los diferentes índices” presentes en el contrato<sup>22</sup>. La amplitud de este criterio permitía entender que dichos vínculos podían presentarse desde el momento mismo de la conclusión del contrato, así como con posterioridad a él<sup>23</sup>. Es por eso, que el juez podía establecer la Ley más vinculada al contrato, acudiendo a todos los elementos del mismo, incluso si éstos eran posteriores a su celebración<sup>24</sup>.

de 1980”, en Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J. (dir.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143, conr. p. 87; en el mismo sentido vid. A. Briggs, *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 163.

18 “...it would have been preferable for the Convention to have referred to connection with a system of law rather than connection with a country”. P. Ross Williams, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 1, (Jan., 1986), pp. 1-31, conr. p.14; en el mismo sentido, L. Collins (ed.), *Dacey and Morris on the conflict of laws*, 13<sup>o</sup> ed, vol. II, Sweet and Maxwell, London, 2000, p.1235.

19 *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co (The Al Wahab)* House of Lords, 07 de julio 1983.

20 T. Rauscher, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: kommentar : Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011, p. 194.

21 Esta fórmula en sí misma era considerada por muchos autores como “deliberadamente vaga” obligando al juez a ubicar el centro de gravedad del contrato en cada concreto caso, situación que provoca inseguridad jurídica. Vid. A. Rodríguez Benot, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro” en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534, p. 519, en el mismo sentido, vid. G. Cordero Moss, “Performance of obligation as de Basis of jurisdiction and choice of law (Lugano and Brussels Conventions Article 5.1 and Rome Convention Article 4)”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 68, Issue 4 (1999), pp. 379-396, conr. p. 385.

22 P. Lagarde, «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 287-340, conr p. 304.

23 G. Palao Moreno, et al., *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 149.

24 M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.



El segundo grupo lo conformaban los apartados 2,3 y 4 del Art 4 Convenio de Roma, donde se establecían una serie de presunciones para determinar la Ley más vinculada con el contrato. Estas presunciones tenían como objetivo encontrar el “equilibrio deseable entre seguridad jurídica por un lado, y justicia del resultado y adaptabilidad a las circunstancias del caso concreto, por otro”<sup>25</sup>. En otras palabras, las presunciones buscaban que la Ley aplicable al contrato tuviese un alto grado de previsibilidad, y de la misma forma, que la Ley designada, fuese la más idónea para regular el contrato. El apartado 2 del Art. 4 Convenio de Roma era una disposición general que estaba “destinada a aplicarse en todo el campo del Derecho contractual”, y presumía que el contrato tenía los vínculos más estrechos con el país de la residencia habitual de la parte que debía realizar la prestación característica del contrato<sup>26</sup>. Es importante resaltar que la norma se centraba, no en el lugar donde se llevaba a cabo la prestación característica del contrato, sino en el lugar de la residencia habitual de la parte que llevaba a cabo dicha prestación<sup>27</sup>. Este punto de conexión no era un capricho del legislador, sino una política sólida que pretendía vincular al contrato con un país que era considerado el más cercano a la relación jurídica, y por lo tanto, su Ley era la más idónea para regular el litigio. Por eso no se entiende por qué muchas sentencias obviaron la aplicación de las presunciones, reemplazando el punto de conexión residencia habitual del prestador característico, en favor del lugar donde la prestación característica era llevada a cabo. Tal y como puede verse en las sentencias, *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd*; *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann*<sup>28</sup>.

Los redactores del Convenio de Roma le impusieron al Art. 4.2 una función especial: concretar el concepto demasiado amplio de los “vínculos más estrechos”<sup>29</sup>. De esta manera, se dejaba atrás la difícil tarea de determinar el lugar donde se había celebrado el contrato, o el lugar o los lugares de ejecución del mismo<sup>30</sup>. Por ello, se acudió a la teoría de la prestación característica, pues con ella se lograba identificar la Ley mayormente vinculada con el contrato, toda vez que dicha teoría, evitaba tener en cuenta elementos que no tenían relación directa con la “esencia” del contrato a la hora de establecer la *lex contractus*<sup>31</sup>. Adicionalmente, el hecho de elegir como Ley aplicable al contrato la Ley del lugar de la residencia, de la administración central, o del establecimiento del proveedor de la prestación característica,

25 A. Marín López, et al., *Derecho Internacional Privado Español*, vol II, 7ª ed., Granada, Granada, 1991, p. 341.

26 England and Wales Court of Appeal Civil Division, 27 April 2005, *PT Pan Indonesia Ltd Tbk v. Marconi Communications*, 1nI. Ltd, vid. A. Moure/Y. Lahlou, “Chronicle of private international law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, n° 2, 2006, p. 242.

27 A. Briggs, *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 164.

28 *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001, [2001] EWCA Civ 2019; *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann* Court of Appeal (Civil Division) 30 January 2002 [2002] EWCA Civ 98.

29 Tal como lo expone PAUL LAGARDE “La convention a cherché à concrétiser la notion trop vague de liens les plus étroits”, P. Lagarde, «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 287-340, concur p. 307.

30 M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

31 *ibidem*, p.19.



tenía la ventaja de ser la Ley, que la parte que llevaba a cabo la prestación característica conocía más fácilmente, sin tener que sortear las dificultades lingüísticas, y en suma, era el ordenamiento jurídico que dicha parte podía legítimamente esperar que se aplicase<sup>32</sup>.

El apartado 3 del Art 4 Convenio de Roma traía una presunción especial para los contratos que tuviesen por objeto un Derecho real inmobiliario o un Derecho de utilización de inmueble<sup>33</sup>. Dicha presunción establecía que esta clase de contratos tenía los lazos más estrechos con el país de ubicación del inmueble, y por lo tanto, dicha Ley debía regular el contrato<sup>34</sup>.

La inclusión de los contratos de transporte de mercancías dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Roma, suscitó un amplio debate dentro de las comisiones redactoras del Convenio. Debido a las características propias de éste contrato, decidieron crearle una presunción especial en el apartado cuarto del Art. 4 Convenio de Roma <sup>35</sup>. Esta presunción señalaba que “si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor”, el Convenio de Roma presumía que éste país presentaba los vínculos más estrechos con el contrato<sup>36</sup>.

El tercer grupo lo constituían las excepciones a la regla general de los Art. 4.2, 4.3 y 4.4 Convenio de Roma. Con carácter excepcional si una parte era separable del contrato y presentaba vínculos más estrechos con otro país, sería la Ley de ese país la que regularía dicha porción del contrato. El párrafo 5 exponía que si no era posible determinar la prestación característica del contrato, lo establecido en el párrafo 2 no podía ser de aplicación. En este caso, debería acudir al apartado 1 del Art. 4 Convenio de Roma, es decir, regularía el contrato la Ley del país que presentase los vínculos más estrechos. Por último, tampoco se aplicaba la regla general cuando las circunstancias del caso demostraban que el contrato tenía vínculos más estrechos con otro país, y por lo tanto, la Ley de ese país regularía el contrato.

32 Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

33 Puede verse la sentencia SAP, Almería, de 1 de julio de 2002 JUR\2002\226988, donde se aplica la ley española por ser la del lugar de ubicación del bien inmueble; de la misma forma puede verse una sentencia francesa: Schwartzkopf Henkel Production Europe v. Soprema CA Colmar, 16 March 2006, *vid. Y. Lahlou / M. Matousekova*, “Chronicle of private international law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, nº 2, Marzo 2007, *version online*.

34 Es importante destacar –tal como lo hace el Informe Giuliano/Lagarde - que la categoría de contratos que señalaba el apartado tercero del Art. 4 Convenio de Roma, esto es “contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario”, no abarcaba aquellos contratos donde su objeto fuese la “construcción o reparación” del inmueble. *Vid. M. M. Giuliano / P. Lagarde*, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p.20.

35 M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 20

36 Artículo 4.4 Convenio de Roma de 1980. Sobre este aspecto puede verse, P. Kaye, *The new private international law of contract of the european community*, London, Dartmouth,1993, pp. 191-192.



Estos puntos de conexión del Art. 4 Convenio de Roma fueron en su momento una revolución en cuanto a la forma de establecer la Ley aplicable al contrato en defecto de elección. Sin embargo, fue sin duda el artículo 4 del Convenio de Roma el que más problemas presentó en su aplicación judicial. Por tal motivo, conviene detenerse en algunos de los principales obstáculos que presentó esta disposición, ya que con este acercamiento, se podrá más adelante apreciar si los cambios incorporados al Art. 4 Reglamento Roma I, pueden realmente solucionar los inconvenientes que presentó la aplicación del Art. 4 Convenio de Roma.

## 2. Principales problemas del artículo 4 del Convenio de Roma.

La aplicación judicial del Art. 4 Convenio de Roma puso en evidencia la existencia de múltiples problemas en el uso del precepto. Dichos inconvenientes se fueron agravando con el paso de los años, en especial, al no poder ser encausados por una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>37</sup>. Los principales problemas e incertidumbres se presentaron en los siguientes aspectos:

### 2.1 Las presunciones.

La naturaleza, función y la jerarquía de las presunciones del Art. 4 Convenio de Roma, no fueron interpretadas uniformemente por los tribunales, ni incluso por la numerosa doctrina jurídica<sup>38</sup>. Por esta razón, el Art. 4 Convenio de Roma produjo una gran cantidad de posturas sobre el sentido real de la disposición, especialmente en la incierta interacción de las presunciones con la cláusula de escape del Art. 4.5 Convenio de Roma<sup>39</sup>. El enfoque jurídico dado al Art. 4 del Convenio de Roma por los operadores jurídicos se fragmentaba principalmente en dos vertientes de acuerdo al mayor o menor énfasis otorgado a las presunciones. Si por un lado se acentuaba la presunción poniéndola en el mismo grado de igualdad que el apartado 1, se estaría considerando a la presunción como “rígida”. Si por el contrario, se entendía que el papel que cumplía el apartado 2 del Art 4 era el de una simple presunción, se estaba reconociendo una concepción flexible de ésta<sup>40</sup>. Pues bien, esta heterogénea in-

37 Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010) p. 4, version *online*.

38 Vid, P. Lagarde/ A. Tenenbaum, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, n° 4, 2008, pp. 727-780, concur. p.740. Sin embargo, algunos autores consideraban que el problema no radicaba en la propia presunción sino en la forma que estaban articulados los distintos párrafos. Vid. L.F. Carrillo Pozo, “Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980),” en M. Di Filippo, et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, concur. p. 24; o como lo expresa N. Boschiero el problema del Art. 4 no recaía sobre la presunción en sí misma, sino en la relación de ésta con la cláusula de escape. “Il problema dell’art. 4 non riguarda, infatti, tanto la presunzione in sé per sé, quanto piuttosto il delicato e non del tutto chiaro rapporto che la norma stabilisce tra le varie presunzioni che oggettivizzano il criterio del collegamento più stretto e la c.d clausola di eccezione (“escape clause”) prevista nell’ultimo paragrafo della norma, che consente al giudice di ritornare al criterio di collegamento principale.” N. BOSCHIERO, “Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Pádova, 2004, pp. 319-420, concur. p. 415.

39 O. Lando/P.A. Nielsen, *The Rome I Proposal*, *Journal of private international law*, April 2007, pp. 29-51, concur. p. 36.

40 L.F. Carrillo Pozo, *El contrato internacional: La prestación característica*, *Real Colegio de España*, Bolonia, 1994, p. 74.



interpretación del rol que cumplían las presunciones al interior del Art. 4 Convenio de Roma, produjo que la ley aplicable al contrato en ausencia de elección perdiera previsibilidad, pues la designación de una u otra ley, dependía directamente de la postura acogida por el tribunal, lo que producía incertidumbre a los contratantes.

## 2.2 La teoría de la prestación característica.

La teoría de la prestación característica fue una de las principales innovaciones del Convenio de Roma, y pretendía otorgar un cierto grado de rigidez en la designación de la ley del contrato. No obstante, fue objeto de numerosas críticas por parte la doctrina jurídica, las principales fueron las siguientes: a. Se consideraba que era discriminatoria, puesto que se favorecía a la parte con más poder dentro del contrato, pues parecía que con la teoría de la prestación característica siempre ganaban las grandes empresas<sup>41</sup>. b. Subvaloraba la prestación dineraria que debía cumplir una de las partes del contrato. c. La prestación característica de un contrato no era siempre la expresión de la Ley más vinculada con el negocio jurídico. d. La crítica más recurrente, era que la teoría de la prestación característica presentaba una enorme dificultad para descubrirla en algunos contratos internacionales, como en aquéllos donde las partes se comprometían a prestaciones del mismo tipo, igualmente en los denominados contratos complejos (*joint venture*)<sup>42</sup>. Incluso en contratos donde existía un intercambio de dinero por un bien o servicio (contratos de publicidad)<sup>43</sup>. De acuerdo a lo anterior, se criticaba el hecho de que la teoría de la prestación característica sólo funcionaba para determinar la Ley aplicable a contratos donde existía un intercambio de bienes o servicios por dinero, por tal motivo, era de escasa aplicación en el modelo de comercio internacional, puesto que muchos de los contratos internacionales no cumplían con este esquema simple de intercambio de bienes o servicios por dinero<sup>44</sup>.

No obstante las numerosas críticas, se consideraba que eran dos las únicas que lograban incidir fuertemente en el funcionamiento del Art. 4.2. Convenio de Roma. En primer lugar, en algunas circunstancias la Ley de la sede del prestador característico no presentaba vínculos de importancia con el contrato, y la segunda, la constituía el hecho de que en muchos contratos

41 D. Martiny, "The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention)-Old Problems and new dilemmas", en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Estudios sobre contratación Internacional*, Colex, 2006, Madrid, pp. 11-26, concr. p.15.

42 Estos contratos presentaron especial dificultad para determinar la parte que llevaba a cabo la prestación característica en el Convenio de Roma, pues como lo expone J. Rodríguez, son acuerdos de colaboración donde normalmente las partes se comprometen a realizar obligaciones recíprocas, y como existe un equilibrio entre las partes, en muchos casos no puede identificarse un prestador característico. Por lo tanto, la identificación de la ley aplicable a este contrato debía hacerse por medio de la cláusula de cierre. Sin embargo, existían situaciones puntuales donde podía establecerse un prestador característico, por ejemplo cuando una de las partes solo se comprometía al pago de una suma de dinero y la otra era la que aportaba la transferencia tecnológica. Vid. J. Rodríguez Rodrigo, "Contratos internacionales de asociación y colaboración", en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 505-530, concr. pp.514-515.

43 C.M.V. Larson/ J. HILL, *The conflict of laws*, 3ª ed, Oxford University press, Oxford, 2006, p. 187.

44 R. Plender, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2001.parr. 6.10.



era difícil o imposible establecer cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica<sup>45</sup>, porque el contrato no era de aquellos donde existía un intercambio simple de cosas o servicios por dinero (como en la compraventa donde no existió dificultad en determinar que el prestador característico era el vendedor), sino que cada parte llevaba a cabo prestaciones con el mismo rango de importancia, lo que dificultaba o imposibilitaba determinar el prestador característico, como por ejemplo los contratos de franquicia o distribución.

En todo caso, el problema más grave que enfrentó la teoría de la prestación característica, fue la ausencia de una interpretación uniforme respecto de cuál era la prestación característica en determinados contratos. Lo anterior, generó inseguridad jurídica en el intercambio comercial internacional, puesto que dependiendo del tribunal que conociera del litigio, la prestación característica la llevaba a cabo uno u otro contratante<sup>46</sup>.

### 2.3 La cláusula de escape.

La cláusula de escape contenida en el Art. 4.5 Convenio de Roma<sup>47</sup> presentó principalmente dos problemas<sup>48</sup>: el primero de ellos, era el uso de forma generalizada y excesiva del precepto por parte de los jueces de los Estados parte. Los operadores jurídicos no atendieron al carácter excepcional de la disposición, sino que la utilizaron de forma extendida para determinar la Ley aplicable al contrato. El segundo problema, lo constituyó el hecho de que la cláusula de escape fue utilizada en muchos casos como primer y único criterio de conexión con el contrato, pasando por alto las presunciones del Art. 4 Convenio de Roma. En otras palabras, la cláusula de escape desplazó las normas generales de designación de la Ley aplicable al contrato<sup>49</sup>.

### 2.4 Ausencia de previsibilidad de la norma de conflicto.

La suma de los anteriores problemas presentados en el Art. 4 Convenio de Roma, desembocó en el inconveniente más relevante del precepto: la ausencia de previsibilidad de la

45 P. A. De Miguel Asensio, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*.

46 J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 172; En el mismo sentido, vid. P. A. De Miguel Asensio, "Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 199-219, *concr.* p. 202.

47 La cláusula de escape contenida en el Art 4.5 CR era una disposición que determinaba la ley aplicable al contrato internacional en dos eventos concretos: como una cláusula de cierre, es decir, cuando no podían funcionar las presunciones, y como cláusula de escape, cuando el contrato tenía vínculos más estrechos con un país distinto al designado de acuerdo a las presunciones. Para estos dos acontecimientos, el precepto establecía que se debía aplicar la Ley del país con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos. El artículo 4.5 rezaba de la siguiente manera: "No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país".

48 Sobre los problemas presentados con la cláusula de escape en el Convenio de Roma puede verse, J. L. Neels, "Revision of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Perspectives from international commercial and financial law", *Journal of South African Law*, vol. 2006, Issue 1 (2006), pp. 121-134.

49 A. Rodríguez Benot, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro" en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534, p. 523.



norma de conflicto. En efecto, la ley designada mediante el Art. 4 Convenio de Roma no podía ser conocida previamente por los contratantes con un alto grado de certeza, ya que los criterios interpretativos del precepto no fueron uniformes, y dependía, en todo caso, de la posición jurídica del tribunal. Lo anterior tenía una incidencia directa y negativa en el contratante internacional, puesto que no podía encausar su comportamiento comercial a una ley previamente conocida, ya fuese su propia ley o una ley extranjera, tampoco podía valorar económicamente los riesgos de litigar a nivel internacional, pues no es lo mismo invertir en información del contenido de su propia ley, que de una ley extranjera, y en definitiva, porque estas incertidumbres desestimulaban a que un contratante se enfrentase al reto de comerciar en el exterior.

La existencia de estos graves inconvenientes en la aplicación del Art. 4 Convenio de Roma, motivó a que con ocasión de la transformación del Convenio en un Reglamento de la Unión Europea, se aprovechara para incluir modificaciones a la forma de establecer la Ley aplicable en defecto de elección. Esto provocó un amplio debate doctrinal, entre los que consideraban que era necesario un cambio radical de la disposición, *versus*, quienes mantenían una posición más conservadora, que incluía unos pequeños pero importantes ajustes a la norma.

## La ley aplicable al contrato en ausencia de elección en el Reglamento Roma I.

### 3.1 Aspectos introductorios.

Bajo el régimen del Reglamento Roma I, el principal principio del Derecho internacional de los contratos continúa siendo la libertad de elección de Ley por los contratantes<sup>50</sup>. En este sentido, el Reglamento Roma I sigue la línea garantista del Convenio de Roma, otorgando a las partes del contrato una amplitud de posibilidades para hacer efectivo dicho Derecho. Solo en ausencia de tal elección, o cuando ésta no se ha hecho en debida forma de acuerdo al Art. 3 Reglamento Roma I, operan todas las disposiciones que el Reglamento Roma I ha destinado para establecer de manera subsidiaria la *lex contractus*. Por tanto, el contratante internacional dentro del transcurso de las negociaciones – o incluso con posterioridad- debe tomar la decisión de establecer un pacto de elección de Ley, o dejar que en un eventual proceso jurídico sea el juez de caso, quien basado en las disposiciones que el Reglamento Roma I ha destinado para tal efecto, determine cuál Ley nacional regirá el destino de su contrato. Por esta razón, se hace necesario que las disposiciones que determinan la Ley aplicable a falta de elección sean muy precisas, pero sobre todo, que tengan un alto grado de previsibilidad, pues esto ayudará en gran medida a tomar la decisión de elegir o no la Ley aplicable al negocio jurídico internacional<sup>51</sup>.

50 Vid. M.M. Siems /L. Herzog /E. Rosenhager, "The protection of creditors of a European private company (SPE)", *European Business Organization Law Review*, n° 12(1), 2011, pp. 147-172, *versión online*; M. Bogdan, "Contracts in cyberspace and the new Regulation Rome I", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 3, Issue 2 (Fall 2009), pp. 219-226, *concr.* p. 221.

51 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD) p. 6.



El principio de proximidad que gobernaba el Art. 4 Convenio de Roma y que también está presente –aunque en menor medida– en el Art. 4 Reglamento Roma I, pretende que el contrato internacional sea regulado por la Ley del país con el que el negocio jurídico esté más estrechamente conectado. Este principio presentó muchos problemas en la determinación de la *lex contractus* en el Convenio de Roma, pero no por la esencia misma del principio, sino por la ausencia de criterios específicos en cuanto a su aplicación<sup>52</sup>. Precisamente como una reacción a esta insatisfactoria circunstancia, es que el legislador de la Unión Europea ha enfocado todo su esfuerzo en garantizar que las normas de conflicto en el ámbito de la Unión cuenten con un alto grado de previsibilidad. Para ello, el legislador se propuso encontrar un equilibrio entre el principio de proximidad y la seguridad jurídica<sup>53</sup>. Justamente para lograr este objetivo, el Reglamento ha introducido grandes reformas al Art. 4 Convenio de Roma, enfocadas principalmente a potenciar la previsibilidad del Derecho y a reducir el poder discrecional del juez, para que su libertad de actuación sea limitada, y bajo unos requisitos precisos.

### 3.1.1 Estructura del artículo 4 Reglamento Roma I.

La estructura del Art. 4 Reglamento Roma I constituye uno de los más radicales distanciamientos con respecto a la regulación contenida en el Convenio de Roma, y “representa, en cierta medida, un equilibrio entre la necesidad de certeza y previsibilidad, por un lado, y el sometimiento del contrato a la ley del país que con el que esté más estrechamente conectado, por el otro”<sup>54</sup>. Lo primero se puede apreciar en la designación rígida para ocho de los contratos más utilizados en el comercio internacional, y lo segundo se deja entrever, en el rol secundario impuesto a la regla de los vínculos más estrechos en la cláusula de excepción y de cierre<sup>55</sup>.

Esta nueva estructura es calificada por la doctrina como más sencilla y clara que la establecida en el Convenio de Roma<sup>56</sup>. Y se considera una “gran mejora” en la designación de la Ley aplicable en defecto de elección, porque “favorece oportunamente la rigidez sobre la flexibilidad”<sup>57</sup>. Adicionalmente, el Art. 4 Reglamento Roma I permite un mayor entendimiento

52 P. A. De Miguel Asensio, “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 199-219, concur. p. 201.

53 *Ibidem*, p. 201.

54 Vid. J.J Fawcett/J.M. Carruthers/ P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 722; J.Hill/A.Chong, *International commercial disputes*, 4ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 521; B. Ubetazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008, p. 72. No obstante este radical y evidente distanciamiento con su antecesor, gobiernos como el del Reino Unido consideran que “su efecto en la práctica es probable que no sea significativamente diferente a la forma en que los Tribunales del Reino Unido aplicaron la disposición del Convenio de Roma”. Vid. Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010) p. 3.

55 U. Villani, “Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento ‘Roma I’ sulla legge applicabile ai contratti”, *Studi sulla integrazione europea*, n° 3, 2010, Septiembre 2010, pp. 577-296, concur.p. 591.

56 En este sentido, vid. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 172; E.Castellanos Ruiz, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p. 120; J.J. Forner Delaygua, “Ley aplicable a los contratos internacionales”, en E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 51-84, concur. p. 69.

57 En este sentido vid. D. Bureau/ H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, Partie spéciale, Thémis, 2007, Paris, p. 310. A pesar de que la



de la disposición y evita la dificultad interpretativa, toda vez que tiene un enfoque más esquemático que facilita un acercamiento paso a paso a la Ley que regulará el contrato, y por último porque elimina la aplicación de la *Lex fori*<sup>58</sup>.

El objetivo principal del precepto es alcanzar un alto grado de previsibilidad de la Ley aplicable, en el evento en que las partes no hayan podido realizar un acuerdo válido para determinarla<sup>59</sup>. Para lograrlo, el Reglamento Roma I en su Art. 4 establece cuatro criterios generales que se excluyen entre sí, para fijar la Ley que regulará el contrato, y su implementación dependerá de la clasificación autónoma que ha hecho el propio precepto: contratos típicos y contratos atípicos<sup>60</sup>.

Para los primeros, el Reglamento Roma I ha creado el apartado 1 del Art. 4 donde gobiernan los puntos de conexión rígidos; para los segundos el Art. 4 Reglamento Roma I trae dos disposiciones que se harán efectivas dependiendo de la participación activa de la teoría de la prestación característica, por un lado, y de los vínculos más estrechos por el otro. Por último, establece el precepto una excepción a las normas generales de designación de Ley, basada en los vínculos más estrechos, aunque con unos límites bien definidos. El Art. 4 Reglamento Roma I se divide en los siguientes cuatro apartados:

*a) Puntos de conexión rígidos. Ocho principales contratos.*

El Art. 4.1 Reglamento Roma I establece una lista de ocho de los principales contratos del comercio internacional (compraventa, prestación de servicios, que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, el arrendamiento de bien inmueble celebrado con fines de uso personal y temporal, franquicia, distribución, venta de bienes mediante subasta, y el contrato celebrado en un sistema multilateral<sup>61</sup>) y le designa a cada uno

---

doctrina inglesa –en términos generales– califica al Art. 4 Reglamento Roma I como una mejora del Art. 4 Convenio de Roma, mantiene la incertidumbre de si los tribunales ingleses abordarán la relación del Art. 4.1 y 2 con el Art. 4.3 Reglamento Roma I, de la misma forma como se abordó la relación de los artículos 4.2 y 4.5 Convenio de Roma. Ésta circunstancia la consideran vital, no solamente para los operadores y juristas ingleses, sino para cualquier operador económico de la UE que tenga relación con Inglaterra, pero en general, la consideran vital para la genuina armonización de las leyes en materia de ley aplicable al contrato en la Unión. Vid. J.J. Fawcett, “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, en N. Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 191- 224, concur. p. 209.

58 J.C.Chuah, *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 664.

59 J.J Fawcett/J.M. Carruthers/ P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 722.

60 J.J. Forner Delagüa, “Ley aplicable a los contratos internacionales”, en E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 51-84, concur. p. 69.

61 Artículo 4.1 Reglamento Roma I: “A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se registrará por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se registrará por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se registrará por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se registrará por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y



una Ley estatal específica. Se ha dejado a un lado el principio general de los vínculos más estrechos contenido en el Art. 4.1 Convenio de Roma, para pasar a un catálogo de normas rígidas de acuerdo al tipo de contrato, su objeto, o las circunstancias del mismo<sup>62</sup>. En efecto, el apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I contiene puntos de conexión rígidos que permiten identificar directamente cuál Ley nacional regulará el contrato; para la mayoría de ellos se basa en la residencia habitual de una de las partes contractuales, para otros, utiliza el lugar de ubicación del objeto contractual, y para los últimos, dependerá de las circunstancias del contrato<sup>63</sup>.

Aunque estas disposiciones rígidas se inspiran en la presunción general que traía el Convenio de Roma, en el Reglamento Roma I no son formuladas como presunciones, sino como disposiciones que deben ser aplicadas directamente por el operador jurídico, salvo las excepciones que trae el propio Art. 4 Reglamento Roma I<sup>64</sup>. A pesar de que en algunas de estas reglas fijas el resultado final es el mismo que al aplicar la prestación característica del Convenio de Roma (*ad ex.*, contrato de compraventa), el Art. 4 Reglamento Roma I establece una ruta más “directa” para obtener el resultado, pues no será necesario determinar cuál es la prestación característica de un contrato en particular<sup>65</sup>.

#### *b) Contratos distintos a los ocho.*

Cuando no sea posible catalogar al contrato dentro de la lista de los ocho, o cuando el contrato esté conformado con elementos de más de uno de esos contratos específicos, el Art. 4.2 Reglamento Roma I dispone que el negocio jurídico se regirá por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica.

En este punto, la doctrina reconoce que puede volver la dificultad contenida en el Convenio de Roma, en relación a la identificación de la prestación característica para aquellos contratos que no hacen parte de los ocho principales<sup>66</sup>. Aunque es importante recordar, que la teoría de la prestación característica ha sufrido cambios importantes en el Reglamento

---

tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley”.

62 F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión on line.

63 G. Rühl, “Contractual Obligations in European Private International Law”, en J. Basedow/ K. Hopt/ R. Zimmermann (ed.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1989515>.

64 J.C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 496.

65 J.J. Fawcett/J.M. Carruthers/ P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 723.

66 E.Castellanos Ruiz, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p.120.



Roma I, dado que ya no se inserta en la norma general de identificación de la *lex contractus*, adicionalmente porque en el Art. 4 Reglamento Roma I no opera como una presunción, y porque ha sido reformulada por el legislador de la Unión Europea.

*c) Cláusula de excepción.*

El apartado tercero del Art. 4 trae la anteriormente denominada cláusula de escape, y a la que ahora la doctrina le reconoce un carácter excepcional del cual deriva su nombre. Esta cláusula tiene aplicación, si resulta evidente que el contrato presenta un vínculo “manifiestamente más estrecho” con un país distinto al determinado por el Art. 4.1 y 4.2. Para esta especial circunstancia deberá aplicarse la Ley de ese otro país<sup>67</sup>. La cláusula de excepción ha incorporado dos requisitos que pretenden blindar la disposición para evitar los problemas presentados en el Convenio de Roma. Dichos requisitos son: que exista una vinculación manifiestamente más estrecha con ese otro país, y que ésta se presente de manera clara.

*d) Contratos por fuera de los ocho y sin prestación característica.*

Por último, el Art. 4.4 Reglamento Roma I regula la cláusula de cierre, la cual será utilizada cuando el contrato no pueda ser catalogado dentro de la lista de los ocho contratos del Art. 4.1 Reglamento Roma I, pero tampoco sea de aquellos que tenga prestación característica. La Ley reguladora será la del país que presente los vínculos más estrechos<sup>68</sup>.

En conclusión, el Art. 4 Reglamento Roma I se estructura mediante disposiciones que determinan la ley aplicable al contrato de manera rígida (norma general: Art. 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I), y de manera flexible (norma subsidiaria: Art. 4.4, y norma excepcional: Art. 4.3 Reglamento Roma I). De acuerdo a lo anterior, la norma general de identificación de la ley aplicable al contrato internacional en la Unión Europea, estará basada en disposiciones con un alto grado de rigidez, lo que beneficiará indudablemente la previsibilidad de la *lex contractus*. Sin embargo, en la cláusula de cierre (artículo 4.4) podrían volver los problemas en la identificación de los vínculos más estrechos presentados en el Convenio de Roma de 1980, aunque debe recordarse, que ésta – la cláusula de cierre- es la última instancia a la que debe acudir el juez para establecer la ley del contrato, por lo que su uso será muy limitado.

67 Considerando 20 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

68 M. Guzmán Zapater, “El Reglamento CE n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil*, n° 12, 2009, versión on line



## Conclusiones

El Reglamento Roma I ha hecho un cambio radical al artículo 4 del Convenio de Roma buscando la previsibilidad del Derecho aplicable como fórmula necesaria para alcanzar un alto grado de seguridad jurídica en el espacio judicial de la Unión Europea. Esta profunda transformación se da principalmente por el cambio de criterio en cuanto al punto de conexión de la norma de conflicto, pues se pasa de un punto de conexión con un alto grado de flexibilidad, a una norma general donde impera la rigidez (Art. 4.1 Reglamento Roma I). De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que el principal objetivo del Reglamento Roma I es incrementar la previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional para que los contratantes puedan conocer *ex ante* el derecho nacional que regulará una futura controversia en su relación jurídica, y así adaptar su conducta comercial a dichas disposiciones; debe considerarse positivo este cambio de tendencia, pues una norma de conflicto con puntos de conexión inflexibles permite solucionar uno de los principales problemas de la contratación internacional “la incertidumbre”. De esta manera será claro que un conflicto presentado en un contrato de compraventa internacional será regulado bajo las normas jurídicas del país de la residencia habitual del vendedor, o los conflictos jurídicos presentados en el contrato de distribución, no habrá duda que serán resueltos por la ley del país de la residencia habitual del distribuidor. De esta forma se evita la incertidumbre de establecer cuál es el prestador característico de la relación jurídica, situación que conllevó muchos problemas y sentencias contradictorias en la aplicación del Convenio de Roma de 1980.

También se debe valorar positivamente los puntos de conexión subsidiarios y en escala que presenta el artículo 4 del Reglamento Roma I, ya que ha disminuido y aclarado el papel que cumplía la teoría de la prestación característica, y sobre todo, ha limitado la cláusula de excepción (antes cláusula de escape) para que no tenga un uso indiscriminado por parte de los jueces de los Estados miembros.

Finalmente, se debe reconocer que no todo es positivo en este artículo 4 de Reglamento Roma I, pues deben resaltarse los múltiples problemas de adaptación del caso particular a unos puntos de conexión inflexibles. Asimismo, y aunque se pregona la previsibilidad de la ley como el principal argumento para establecer puntos de conexión rígidos, ésta solo abarca a ocho contratos (Art. 4.1 Reglamento Roma I), lo que indudablemente desembocará en un uso frecuente del Art. 4.2 donde la teoría de la prestación característica es su principal referente, y no faltarán discusiones doctrinales sobre su uso. Sin embargo, debe resaltarse que ahora sí, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede encausar la interpretación de todas las disposiciones del Reglamento, lo que garantiza para una norma uniforme, una interpretación igualmente uniforme.



## Bibliografía

- Ancel, M.A., *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002.
- Bogdan, M., *Contracts in cyberspace and the new Regulation Rome I*, Masaryk University Journal of Law and Technology, vol. 3, 2009.
- Boschiero, N., “Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali”, en: Picone P., *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Pádova, Cedam, 2004.
- Bureau, D. y H. Muir Watt, *Droit international privé*, Partie spéciale, Paris, vol. II, Thémis, 2007.
- Briggs, A., *The Conflict of law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Calvo Caravaca, A. L. y J. Carrascosa González, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en: Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González (dir.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.
- , “Ley aplicable al contrato internacional”, en: Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González (dir), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Madrid, Colex, 2006.
- Carrascosa González, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009.
- Carrillo Pozo, L.F., *El contrato internacional: La prestación característica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1994.
- , “Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)”, en: Di Filippo M., et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflicto europeo: Realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.
- Castellanos Ruiz, E., *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Madrid, 2009.
- Chuah, J.C., *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 4ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2009.
- De Miguel Asensio, P. A., “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, en: *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008.
- , “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de roma de 1980”, en: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995.



Fawcett, J.J., J.M. Carruthers y P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Fawcett, J.J., “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, en: N. Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, G. Giappichelli, 2009.

Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009.

Forner Delaygua, J.J., “Ley aplicable a los contratos internacionales”, en: E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Madrid, Bosch, 2009.

Garcimartín Alférez, F.J., “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley* (30 de mayo de 2008), No. 6957, Sección Doctrina, [en línea] disponible en: consulta: 30 de mayo de 2008.

Giuliano, M. y P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, No.327 de 11 diciembre 1992.

Guzmán Zapater, M., “El Reglamento CE No. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil*, No. 12, 2009, [en línea].

Hill, J. y A.Chong, *International commercial disputes*, 4ª ed., Oxford, Hart Publishing, p. 521, 2010; B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008.

Lagarde, P. y A. Tenenbaum, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, en: *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, No. 4, 2008.

Lagarde, P., “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en: *Revue critique de droit international privé*, 1991.

Lando, O. y P.A. Nielsen, “The Rome I Proposal”, en: *Journal of private international law*, abril 2007.

—————, “The Rome I Regulation”, en: *Common Market Law Review*, núm. 45, 2008

Lando, O., “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, en: *Common Market Law Review*, No. 24, 1987.

Larson, C.M.V. y HILL J., *The conflict of laws*, 3ª ed, Oxford, Oxford University press, 2006.



Marín López, A., et al., *Derecho Internacional Privado Español*, 7ª ed, Granada, 1991, vol. II.

Martiny, D., “The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention)- Old Problems and new dilemmas”, en: Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González, *Estudios sobre contratación Internacional*, Madrid, Colex, 2006.

Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010).

Palao Moreno, G., et al., *Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.  
Parra Rodríguez, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M Bosh, ed., Barcelona, 2001.

Plender, R. y M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2009.

Plender, R., *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed, London, Sweet & Maxwell, 2001.

Rauscher, T., *Europäisches zivilprozess - und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: kommentar : Rom I-VO, Rom II-VO*, München, Sellier, 2011.

Rodríguez, Benot A., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, en: *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006.

Rühl, G., “Contractual Obligations in European Private International Law”, en: Basedow J., Hopt K. y Zimmermann R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press , 2012, [en línea], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1989515>

Siems, M.M., L. Herzog y E. Rosenhager, “The protection of creditors of a European private company (SPE)”, en: *European Business Organization Law Review*, núm. 12(1), 2011, pp. 147-172, [en línea].

Villani, U., “Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento ‘Roma I’ sulla legge applicabile ai contratti”, en: *Studi sulla integrazione europea*, núm. 3, 2010.

Virgos Soriano, M., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en: García E., J. González y S. Muñoz (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Madrid, Civitas, 1986.



# ANÁLISIS DE LA PERTINENCIA Y ADECUACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL CON RELACIÓN AL INTERCAMBIO DE BIENES Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

---

ANALYSIS ABOUT THE RELEVANCE OF THE COMMERCIAL AGENCY AND ITS  
ALIGNMENT WITH THE INTERNATIONAL TRADE OF GOODS AND SERVICES

---

✉ Por: Luz María Salazar-Lopera<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2014  
Fecha de aprobación: 20 de abril de 2014

## Resumen

*El intercambio comercial en el ámbito internacional es de suma importancia para el desarrollo de los Estados y los mercados, lo que supone un gran auge en el manejo y conocimiento de los contratos internacionales diseñados para regular y formalizar las relaciones comerciales transfronterizas. Una de las herramientas jurídicas más usadas con dicho propósito es el contrato de agencia comercial, entendido como un negocio jurídico creado para la explotación y promoción de empresas en diferentes áreas geográficas previamente delimitadas. Esta figura requiere de sujetos conocedores de los elementos y el funcionamiento propios del comercio en cada región, con el fin de facilitar el posicionamiento de empresarios extranjeros en países diferentes al propio. De allí que, con el presente artículo se busque analizar los elementos generales de la agencia comercial, sus bondades y falencias junto con las consecuencias que trae para el comercio la inexistencia de un marco jurídico unificado a nivel internacional que regule la formación y aplicación del contrato de agencia comercial para todos los sujetos implicados en el mismo. De la misma manera, se estudiará la normatividad*

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Énfasis en Derecho Internacional. [lsalaz15@gmail.com](mailto:lsalaz15@gmail.com)



*colombiana actual relativa al contrato de agencia comercial, así como las modificaciones solicitadas por Estados Unidos a través del Tratado de Libre Comercio firmado con Colombia, con lo que se busca informar sobre el estado actual de este tipo de contrato.*

**Palabras Claves:** *Agencia Comercial, contratos, Tratado de Libre Comercio entre Colombia y E.E.U.U, ámbito internacional, Código de Comercio de Colombia.*

### **Abstract**

*The international commercial trade is crucial for the economic development of countries and the global market. In the nowadays, it is very important to study and to understand international contracts, designed to regulate the commercial relationships between parties from different countries. Commercial Agency is a contractual relationship created with the purpose of developing any business within a specific geographical area previously defined by the parties. This contractual relationship is created by a Principal and an Agent who has the knowledge about the commerce on a specific region. Hence, this type of contract is used as a legal instrument to ease the entrance of foreign businesses into different countries and achieve an international impact. The purpose of this article is to study the main elements that conforms the Commercial Agency instrument. This paper should help understand its benefits, flaws and how it is affected by the absence of an unified global regulation. The regulation of the Commercial Agency in Colombia will also be discussed in order to get awareness of the implications of building a legal bond by using this contractual figure. On the other hand, we will analyze modifications requested at this subject from the United States through the Free Trade Agreement in order to illustrate the possible scenarios faced by parties using this legal tool.*

**Key words:** *Commercial agency, contracts, U.S.- Colombia Free Trade Agreement, international commerce, Colombian Commercial Law.*



## Introducción

Todo comerciante que decide expandir su negocio a niveles transfronterizos se enfrenta a la obligación de decidir si quiere introducir su mercancía de manera directa o si por el contrario, desea confiar dicha labor a un intermediario. Para la actividad de distribución, promoción y comercialización de productos a través de estos últimos, existen diferentes figuras contractuales que han surgido con miras a satisfacer las necesidades derivadas del giro ordinario de los negocios. Una de las figuras más usadas para este propósito es el contrato de agencia comercial (en adelante agencia), el cual está definido<sup>2</sup> como la promoción y explotación de un negocio o un producto dentro de una zona prefijada, asimilándose al mandato en el sentido que implica obrar por cuenta ajena en una jurisdicción específica, bajo la visión de encargo para un tercero.

Como se verá más adelante, la agencia facilita la introducción de bienes y servicios de un Estado a otro, por cuanto permite al empresario o agenciado apoyarse en el agente para conocer el mercado, impulsar su producto en el mismo y hacerlo, en general, competitivo.

Con fundamento en la importancia del contrato de agencia para satisfacer las necesidades comerciales de la sociedad actual a un nivel transfronterizo, se pretende con este artículo indagar sobre algunas de las maneras en que la comunidad internacional, a través de diferentes instrumentos, ha intentado regularlo. A partir de este estudio, se hará evidente la necesidad de acudir a la normatividad nacional, que para los propósitos de este texto se centrará en la regulación colombiana del contrato de agencia comercial. Posteriormente, se estudiará la influencia del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y EE.UU.<sup>3</sup> en lo relativo al contrato objeto de estudio, lo que permitirá culminar con un análisis crítico del alcance y aplicabilidad de esta figura en la actualidad.

- 
- 2 Como puede observarse reiteradamente en: Jaime Alberto Mendieta Pineda, "Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial", *Revista e-mercatoria*, (Volumen 5, Número 1, 2006), p. 5, [en línea], disponible en: <http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/articulos/1692-3960/1/10.pdf>, consulta: 5 de Septiembre de 2013.
- Carlos Julio Giraldo Bustamante, "La agencia comercial en el derecho Colombiano", *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, (Enero-Junio de 2012, Número 47), p. 7-11, [en línea], disponible en: [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=1410f3b506b32c8e&attid=0.2&disp=inline&realattid=f72a2469b7656917\\_0.2&safe=1&zw&saduie=AG9B\\_P-naACgamYmYRHupFJ740o&sadet=1382654718711&sads=bsUS56EJdrs2awcAEM\\_s\\_tYdZlo](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=1410f3b506b32c8e&attid=0.2&disp=inline&realattid=f72a2469b7656917_0.2&safe=1&zw&saduie=AG9B_P-naACgamYmYRHupFJ740o&sadet=1382654718711&sads=bsUS56EJdrs2awcAEM_s_tYdZlo), consulta: 15 de Octubre de 2013.
- Edgar González López, Luz Mónica Herrera Zapata, *Análisis de laudos arbitrales en Derecho de las Telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 419.
- 3 El Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y Estados Unidos fue fruto de las negociaciones iniciadas en el 2004 entre representantes de ambos Estados. En Octubre de 2011 fue aprobado por el congreso Norteamericano y entró en vigencia el 15 de Mayo de 2012: Organización de los Estados Americanos, "Colombia-Estados Unidos, antecedentes y negociaciones", *Sitio web del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE)*, [en línea], disponible en: [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_USA/col\\_usa\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/col_usa_s.asp), consulta: 15 de Octubre de 2013.



## La Agencia Comercial en el ámbito internacional

En el ámbito internacional la agencia es una figura que no se ha regulado de manera uniforme.<sup>4</sup> Por este motivo la legislación de cada país ha entrado a jugar un papel de vital importancia a la hora de definir los elementos de este contrato y las formalidades exigidas para su celebración y ejecución. A pesar de lo anterior, se han realizado esfuerzos en el ámbito internacional por determinar sus elementos esenciales, con el fin de facilitar la contratación entre agente y agenciado, al mismo tiempo que se busca llegar a un acuerdo básico con respecto al contrato de agencia comercial a nivel transfronterizo.

Un ejemplo de lo anterior es el modelo de contrato de agencia comercial creado por la Cámara de Comercio Internacional. Este modelo está basado en la manera en que regularmente se celebra y ejecuta este contrato; además, fue creado a partir de los principios fundamentales de la contratación internacional, para facilitar las relaciones contractuales surgidas de un acuerdo transnacional.<sup>5</sup> De esta manera, las cláusulas en él consagradas reúnen los elementos básicos que deben tenerse en cuenta al momento de celebrar un contrato internacional de agencia comercial, facilitando de esta manera el acuerdo entre las partes. Para finalizar, es importante aclarar que el uso de este modelo está supeditado a la autonomía de la voluntad y sirve sólo como una guía para las partes.<sup>6</sup>

La Unión Europea por su parte desarrolló una Directiva<sup>7</sup> que regula a los agentes comerciales y pretende armonizar<sup>8</sup> ciertos parámetros para todas las normatividades internas de cada Estado miembro. Dicha armonización normativa, se entiende como:

“...los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear una afinidad esencial entre varias legislaciones (...). Es decir, son los impulsos por (sic) lograr la mayor convergencia normativa posible”<sup>9</sup>

Con esta Directiva, se logró que cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea incorporara en su legislación normas que redujeran las diferencias normativas entre estos,

4 International Chamber of Commerce, “Commercial Agency”, *Web site of the International Chamber of Commerce*, [en línea], disponible en: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/model-contracts-and-clauses/commercial-agency/>, consulta: 25 de Febrero de 2014.

5 María Elisa Camacho López, “El Contrato De Agencia Comercial: Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico”, *Revist@ e-mercatoria*, Colombia, Universidad Externado de Colombia (2008, 7 Vol.), p. 63-67 [en línea], disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/contrato.pdf>, consulta: 10 de Febrero de 2013.

6 *Ibíd.*, p. 67.

7 Unión Europea, El Consejo de las Comunidades Europea, Directivas, Directiva 86/653/CEE, relativa a los agentes del comerciales independientes y agentes comerciales, Diario Oficial n° L 382 de 31 de diciembre de 1986, pp. 0017 - 0021.

8 M.E. Camacho López, *Op. Cit.*, p. 54.

9 Maximiliano Rodríguez Fernández, *Introducción al derecho comercial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 229.



en el tema relativo al contrato internacional de agencia comercial,<sup>10</sup> lo cual facilita el proceso de contratación entre ellos.

En la mayor parte de los Estados de sur y centro América y en los países de la Unión Europea existe una tendencia proteccionista de los agentes comerciales.<sup>11</sup> Esto debido a la tradición legal que busca salvaguardar los intereses de aquellos sujetos considerados como la parte débil de la relación contractual.<sup>12</sup> Es así como, en el desarrollo de la agencia, el agenciado o director es considerado como un gran empresario que ha posicionado sus marcas y productos y en dicha medida decide ampliar sus negocios a nuevas zonas. En contraposición a esto el agente se presume como un pequeño comerciante que decide unirse a otra empresa posicionada al no tener una propia.

Es importante recordar que la finalidad de la agencia radica en la explotación de zonas geográficas desconocidas para el empresario, a través de una persona natural o jurídica que conoce el giro ordinario del comercio en dicha franja del territorio. Por esta razón el empresario decide utilizar los servicios del agente para lograr el posicionamiento, promoción y explotación de su negocio.

En tal medida, la presunción de debilidad del agente parece ser irrisoria, puesto que es el agente quien tiene los conocimientos y medios para actuar de forma independiente en la ejecución de la labor que le fue encomendada. Por lo general, en el ámbito internacional, el agente tiende a ser un comerciante con trayectoria, por lo cual no es un sujeto que se encuentre en una posición de desventaja, a pesar de ser el empresario quien va a recibir muchos de los beneficios de la labor del agente.<sup>13</sup>

Las diferencias normativas frente a los elementos del contrato de agencia hacen parte de la problemática de esta figura en el ámbito internacional. De allí que en casos como el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, se aprovecha la celebración de medios de cooperación entre países para la revaluación de elementos contrarios o impropios a la realidad de los intercambios comerciales. Esto pudo apreciarse con las demandas hechas por Estados Unidos a Colombia, que buscaban la flexibilización de la regulación relativa al contrato de agencia comercial y la modificación de algunos de sus componentes, como se explicará más adelante.

10 M.E. Camacho López, *Op. Cit.*, p. 54.

11 Felipe Cuberos de las Casas, "Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis", *Revista Universidad de los Andes, Facultad de Derecho*, (Diciembre de 2005), p. 14, [en línea], disponible en: [http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri162.pdf](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri162.pdf), consulta: 3 de Mayo de 2013.

12 Isabel García Velasco, "El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica", *Cuadernos de administración Universidad del Valle*, (2011, Vol. 27, No. 46), p. 158 [en línea], disponible en: <http://dintev.univalle.edu.co/revistasunivalle/index.php/cuadernosadmin/article/view/1555>, consulta: 8 de mayo de 2013.

13 J. A. Mendieta Pineda, *Op.Cit.*, p. 9.



Es claro que la globalización<sup>14</sup> ha ocasionado el incremento de las negociaciones entre personas naturales y jurídicas radicadas en diferentes partes del mundo. A raíz de esto, se ha hecho necesaria la estimación de normas más claras y con conciencia de la existencia de operaciones comerciales más allá de las fronteras de cada Estado y el análisis de mecanismos que permitan el libre desarrollo de estas transacciones. Como respuesta a esta situación, los diferentes Estados tendrán que evaluar y valorar la estructura normativa de sus ordenamientos jurídicos para la adaptación de sus fuentes formales. A pesar de la existencia de instrumentos para facilitar la contratación internacional de un agente comercial, siguen presentándose divergencias entre las diferentes legislaciones.

## La Agencia Comercial en Colombia

El contrato de agencia comercial es regulado de manera particular en cada país. Por esta razón y para los propósitos del presente documento se hará énfasis en la regulación colombiana para este tipo de contrato.

Las normas que regulan el contrato de agencia comercial en Colombia se encuentran comprendidas entre los artículos 1317 y 1331 del Código de Comercio. En primer lugar, la norma se encarga de definir las partes contratantes - agenciado y agente-, las obligaciones del agente y los elementos para la ejecución del contrato.

De esta manera, el artículo 1317 establece que por medio de la agencia comercial:

“... un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

En consecuencia con lo anterior, los principales elementos que componen el contrato de agencia comercial son: 1) independencia del agente. Parte contractual que debe ser un sujeto autónomo que lleva a cabo su labor de forma libre y sin subordinación alguna con respecto al agenciado o empresario;<sup>15</sup> 2) permanencia o estabilidad. La agencia o encargo encomendado se caracteriza por ser de tracto sucesivo por lo cual requiere una amplia du-

14 El Banco de la República define de manera concisa la globalización como: “un término que guarda estrecha relación con la palabra integración (integración de países, regiones, mercados, economías, costumbres, etc.) (...). Desde el punto de vista económico, la globalización ha sido promovida a través de la disminución de las regulaciones en los mercados, las transacciones de dinero, los acuerdos de libre comercio, la creación de bloques económicos y/o mercados comunes entre países y regiones, entre otros.” Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango, “Globalización”, *Sitio Web Banco de la República*, [en línea], disponible en <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayuda-detareas/economia/econo34.htm>, consulta: 25 de Octubre de 2013.

15 E. González López, L.M. Herrera Zapata, *Op. cit.*, p. 420.



ración en el tiempo;<sup>16</sup> 3) retribución. El agente en virtud de la labor realizada recibe una contraprestación por parte del director o empresario que lo contrató, ya sea un porcentaje sobre negocios cerrados o una suma prefijada;<sup>17</sup> 4) delimitación del objeto. En el contrato de agencia se observa una clara limitación del alcance de las prestaciones incluidas en el acuerdo y de las facultades concedidas al agente para realizar su labor;<sup>18</sup> y 5) exclusividad territorial. Mediante la cual se determina que en una misma zona geográfica dos agentes no pueden desarrollar una misma actividad para un mismo agenciado, así como tampoco se permite que un agente desarrolle en el mismo territorio, la misma actividad para varios agenciados (artículos 1318 y 1319 del Código de Comercio respectivamente).

El artículo 1320 del mismo Código determina el contenido del contrato de agencia comercial resaltando los siguientes elementos: las facultades del agente, el deber de especificar el ramo sobre el que versa la actividad comercial, determinar una duración definida, el territorio en el cual se desarrollará la actividad comercial y el deber de registrarse en el registro mercantil. El agente cuenta con unos deberes específicos de la agencia comercial que se basan en las instrucciones otorgadas por el agenciado y además, debe proveer al empresario (agenciado) los datos y la información relativa a las condiciones del mercado al que pretende entrar. Lo anterior con el fin de que pueda realizar una valoración de la viabilidad del negocio.

Como todo contrato, al ser bilateral es natural que exista una contraprestación a la obligación del agente. Con dicho propósito, el contrato de agencia comercial trae consigo una remuneración<sup>19</sup> a favor del agente, la cual debe ser pagada incluso cuando el mismo no realice la labor encomendada, siempre y cuando este hecho sea imputable al agenciado. La terminación del contrato de agencia se da por las mismas causas que el mandato,<sup>20</sup> el cual, según el artículo 1279 del Código de Comercio, se extingue mediante la figura de la revocación que puede ser total o parcial, salvo que las partes acuerden que el mismo es irrevocable y solo podrá terminarse por justa causa.

Una vez se termine el contrato, el empresario deberá pagar al agente una “doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor”.<sup>21</sup> Esto es lo que se conoce como cesantía comercial, la cual debe pagarse siempre que se termine el contrato, es decir, sin importar si fue con o sin justa causa.

16 C.J. Giraldo Bustamante, *Op. cit.*, pp.8-9.

17 *Ibid.*, p. 21.

18 *Ibid.*, p. 9.

19 Colombia, Congreso de la Republica, Decretos, Decreto 410 de 1971 por el cual se expide el Código de Comercio, Diario oficial No 33.339, Bogotá, Imprenta Nacional, 16 de junio de 1971, artículo 1322.

20 *Ibid.* Artículo 1324.

21 *Ibid.*



Además de la cesantía, dado el caso que el empresario revoque o termine sin justa causa el contrato de agencia de manera unilateral, debe pagar al agente una indemnización equitativa a manera de retribución por el servicio prestado. El agente también tiene derecho a recibir dicha compensación cuando sea él quien da por terminado el contrato de agencia de manera unilateral por justa causa imputable al empresario. Sin embargo, no tendrá derecho a recibir ninguna indemnización cuando es el agente quien da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada.<sup>22</sup>

La legislación colombiana<sup>23</sup> establece que todos aquellos contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio colombiano están sujetos a las leyes colombianas. Es decir, establece que la ley aplicable al contrato de agencia comercial será la del lugar de ejecución del contrato. Sobre este tema se ha generado discusión en lo relativo a la naturaleza de la norma, afirmándose por un sector de la doctrina que la misma es de orden público, debido a que todo pacto que vaya en contravía a lo dispuesto en ella sería ineficaz,<sup>24</sup> en contraposición al enfoque doctrinario en el que se discute si es una norma dispositiva con independencia de la literalidad del artículo.

De todo lo anterior, se puede afirmar que las normas de agencia evidencian la excesiva rigurosidad en cuanto a la determinación de las facultades y responsabilidades propias de cada sujeto contractual y no se detiene con ello, sino que a su vez, consagra una excesiva remuneración para el agente. Este recibe entonces tres tipos de prestación económica en el desarrollo del contrato: 1) la contraprestación que es una suma fija o una comisión por negocio que haya cerrado, 2) la cesantía comercial o retribución por la ejecución de su labor de acuerdo a la duración del contrato y 3) la indemnización en caso de terminación del contrato sin justa causa o con justa causa por parte del agente.

Es comprensible la existencia de una contraprestación por el desarrollo de la labor del agente, puesto que este es uno de los componentes necesarios debido a la naturaleza bilateral del contrato de agencia comercial. Así mismo, en algún sentido se puede entender que exista una prestación que remunere al agente por los beneficios que le ha generado al agenciado, obedeciendo a la realidad del negocio y no a una fórmula matemática preestablecida que es ajena a la relación entre las partes. Es discordante sin embargo que en el ámbito de los contratos mercantiles no se pueda terminar la relación comercial con libertad, sino que se deba obedecer a rígidas cláusulas proteccionistas de una de las partes contractuales.

22 *Ibíd.*

23 *Ibíd.* Artículo 1328.

24 Santiago Talero Rueda, "La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional", *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, (Julio-Diciembre de 2010, núm 44), p.12, [en línea], disponible en: [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=141c8c0bf6572634&attid=0.3&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B\\_P-naACgamYMmYRHupFJ740o&sadet=1382928602753&sads=L\\_Cp8T6MVzNkdyzQYu3Zs-ZRRmk&sadssc=1](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=141c8c0bf6572634&attid=0.3&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B_P-naACgamYMmYRHupFJ740o&sadet=1382928602753&sads=L_Cp8T6MVzNkdyzQYu3Zs-ZRRmk&sadssc=1), consulta: 18 de Octubre de 2013.



Esta cantidad excesiva de prestaciones a favor de una sola de las partes del contrato tiene la entidad suficiente para hacer desistir a la mayoría de empresarios de utilizar la figura de la agencia comercial para el desarrollo de sus negocios, puesto que se generan grandes costos para el agenciado con independencia del éxito de la labor contratada.<sup>25</sup> De igual forma, la exclusividad es otro elemento del contrato de agencia que se aleja de la realidad del comercio y evidencia la propensión del legislador por estructuras rígidas. Lo anterior supone un obstáculo tanto para el agente como para el agenciado, debido a que les impide desarrollar más de un negocio en la franja del territorio determinada para la ejecución de la agencia y les dificulta la ampliación de sus posibilidades de éxito en la realización de más de una actividad comercial para la obtención de beneficios.

Para finalizar, el contrato objeto de estudio posee las siguientes características: 1) el agente es un contacto interesado en el negocio; 2) es el agenciado quien asume el riesgo de inventario sin poder trasladar las pérdidas del negocio al agente; y finalmente, 3) el agente obra por cuenta de otro (agenciado), de allí que reciba un pago por realizar su gestión.<sup>26</sup> En conclusión, el contrato de agencia comercial es un instrumento a través del cual una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga para con otra, denominada empresario o agenciado, a realizar actividades relativas a la explotación o promoción de un negocio determinado dentro de una zona prefijada, de forma independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, los riesgos o daños que acaezcan de la actividad realizada.

## La Agencia Comercial en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos

Los tratados de libre comercio son acuerdos realizados por dos o más Estados con el fin de facilitar el intercambio transfronterizo de bienes y servicios,<sup>27</sup> lo cual se logra con apertura económica y flexibilidad. Por este motivo, EE. UU. solicitó a Colombia que realizara modificaciones a ciertas normas que regulan el contrato de agencia comercial, específicamente en lo relacionado con bienes. No se menciona la agencia comercial desarrollada para la promoción y explotación de un negocio de prestación de servicios, lo cual genera una doble regulación para una misma figura dependiendo del objeto de cada negocio.

De acuerdo con el Tratado, Colombia debe eliminar la cesantía comercial consagrada en el artículo 1319 del Código de Comercio, la cual es obligatoria en el contrato de agencia comercial. Por otro lado, EE.UU. solicitó que se modificaran los criterios utilizados para calcular la indemnización equitativa que tiene lugar cuando ocurre una terminación unilateral sin justa causa por parte del empresario o con justa causa por parte del agente. Esto se requirió con el objeto de que se utilicen los criterios generales en materia de responsabilidad para el cálculo

25 I. García Velasco, *Op. cit.*, p. 159.

26 E. González López, L.M. Herrera Zapata, *Op. cit.*, p. 423.

27 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, "Tratados de Libre Comercio", *Sitio web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo*, [en línea], disponible en: <http://www.mipymes.gov.co/publicaciones.php?id=3635>, consulta: 15 de Octubre de 2013.



de las indemnizaciones, lo cual ha sido aceptado. Finalmente, Colombia se comprometió a eliminar la presunción de exclusividad del territorio del agente como lo determina el Código de Comercio en el artículo 1318 ya referido. Esta modificación apunta a la posibilidad de que varios agentes desarrollen la misma actividad en un mismo territorio.

A partir de las modificaciones solicitadas por EE.UU. a Colombia, es apenas lógico preguntarse cómo se encuentra estipulado el contrato de agencia comercial en la normatividad estadounidense. Para comenzar, es importante tener presente que las partes del Tratado estipularon en el artículo 5° del Anexo 11-E qué habrán de entender cada una por contrato de agencia comercial, especificando que en EE.UU. se equiparará a todos los contratos en los que una parte se obligue a distribuir bienes comerciales para otra parte.<sup>28</sup>

La anterior disposición tiene su fundamento en el hecho que en EE.UU. no se encuentra regulado propiamente el contrato de agencia comercial a nivel nacional. Al ser EE.UU. un estado federal, las formas contractuales poseen algunas variaciones de Estado a Estado, razón por la cual se encuentran varias normatividades que tienen como finalidad proteger los intereses del equivalente al agente comercial en Estados Unidos.<sup>29</sup>

En las normas estadounidenses se estipula al igual que en Colombia el derecho del agente a recibir una comisión.<sup>30</sup> Sin embargo, en EE.UU. no existe lo que en la normatividad colombiana se conoce como cesantía comercial, pero se deja abierta la posibilidad de acudir a la figura de la responsabilidad cuando se hayan ocasionado perjuicios con la terminación del contrato que ameriten indemnización.<sup>31</sup>

En la regulación estadounidense predomina la autonomía de la voluntad a partir de la cual se permite a las partes determinar lo relativo a la indemnización, exclusividad, pago de la comisión, existencia o no de un preaviso, duración del contrato y en general todos los elementos del mismo, siempre y cuando se respeten los límites determinados por los principios generales del Common Law. Estos últimos han sido agrupados por el Instituto de Derecho Americano (ALI) en el *Restatement of the Law of Agency*.<sup>32</sup>

Con fundamento en los párrafos precedente, EE.UU. solicitó a Colombia a través del TLC que lo dispuesto en el artículo 1324 relativo a la cesantía comercial, no fuera considerado como un elemento de la esencia del contrato, es decir, que dejara de tomarse como una norma de orden

28 M.E. Camacho López, *Op. Cit.*, p. 75.

29 M.E. Camacho López, *Op. Cit.*, p. 78-79.

30 *Ibíd.*, p. 79.

31 *Ibíd.*, p. 81.

32 Agence pour le Commerce extérieur Belge, "Faire des affaires aux États-Unis par le biais d'intermédiaires (Washington et Boston)", *Sitio web de l'Agence pour le Commerce Extérieur belge*, [en línea], disponible en: [http://www.abh-ace.be/fr/reglementations/etudes\\_reglementations/](http://www.abh-ace.be/fr/reglementations/etudes_reglementations/), consulta: 21 de Marzo de 2014.



público de protección, para pasar a ser una norma dispositiva. De esta manera, tendría aplicación cuando las partes expresamente hayan pactado la existencia de la cesantía comercial.<sup>33</sup>

De dichos requerimientos por parte de EE.UU. se puede evidenciar que el contrato de agencia comercial tal y como se encuentra regulado en Colombia es objeto de fuertes críticas y está en constante análisis, incluso a nivel interno donde esta figura ha sido fuertemente debatida en la jurisprudencia de las altas cortes, como se demostrará a continuación. La posición más antigua de la Corte Suprema de Justicia se sentó en la sentencia del 2 de Diciembre de 1980.<sup>34</sup> En dicho fallo se afirmó con respecto a las normas del contrato de agencia que son estipulaciones de orden público,<sup>35</sup> y por tanto son irrenunciables sin dejar espacio a la autonomía de la voluntad.

Posteriormente, el mismo tribunal en sentencia del 28 de Febrero de 2005,<sup>36</sup> introdujo un nuevo matiz en la interpretación jurisprudencial. En este caso determinó que la eficacia de las normas del contrato de agencia depende del carácter imperativo de la normatividad, y con ello dio lugar a la creación de la figura del pago anticipado de la cesantía comercial con el fin de alivianar la carga del empresario al finalizar el contrato.<sup>37</sup>

El 19 de Octubre de 2011<sup>38</sup> la Corte Suprema de Justicia argumentó que las normas de la agencia admiten disposición de las partes en el sentido de que dicha normatividad no veda la libertad contractual y por tanto, puede ser modificada antes, durante y después del contrato, quedando al arbitrio de la autonomía de la voluntad. En esta sentencia se desmienten los argumentos de la teoría de no renunciabilidad de la remuneración del agente, al decirse que el mismo no es la parte débil de la relación contractual, por lo cual la renuncia a la prestación no conlleva un enriquecimiento injustificado.

Del último pronunciamiento jurisprudencial se desprende que el interés de la prestación remuneratoria del contrato de agencia comercial es contractual y personalísimo, mas no gremial. Por lo cual es disponible por las partes, es decir, cada agente y agenciado puede ne-

33 José Vicente Hurtado-Palomino, "La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolución del alcance del concepto de Orden Público. La renunciabilidad de la mal llamada Cesantía Comercial", *Universidad de la Sabana* (Junio de 2012, Vol. 21), p. 262 y 264, [en línea], disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2378>, consulta: 20 de Febrero de 2014.

34 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, sentencia del 2 de Diciembre de 1980.

35 Entendidas como de orden público interno de protección, por cuanto su objetivo es proteger a los agentes, es decir, la protección va dirigida a un gremio determinado. Juan Felipe Roldán Pardo, "El Estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado y el arbitraje internacional", en: *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes, Bogotá*, núm 44, Julio-Diciembre 2010, p 6.

36 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; sentencia del 28 de Febrero de 2005.

37 Gonzalo Suárez Beltran, "Un paso adelante y otro atrás", *Ámbito Jurídico*, (Num. 19, 6 de Junio de 2005), pp. 7B a 8B, [en línea], disponible en: <http://www.legis.com.co/nuevo/Juriscritica/datos/JURIS19.pdf>, consulta: 6 de Julio de 2013.

38 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas, sentencia del 19 de Octubre de 2011.



gociar su exclusión, dosificación, renuncia, forma de calcularla y celebrar todo tipo de actos lícitos alrededor de ella<sup>39</sup> atendiendo a criterios, circunstancias y necesidades particulares.

Esta última sentencia pareciera ser un primer intento de lograr algún grado de armonización entre las regulaciones de ambos Estados. Sin embargo, lo dispuesto en ella relativo a la cesantía comercial no posee fuerza vinculante, toda vez que la tarea argumentativa se dio como un *obiter dictum* sin tomarse en cuenta en la *ratio decidendi*.<sup>40</sup> De allí que aún resulte necesaria la modificación de la regulación en cuestión dado que el esfuerzo de la Corte no fue suficiente para lograr la aplicación de esta disposición a través del precedente judicial.

Este desarrollo jurisprudencial se verá entonces complementado por el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en el que se otorga a Colombia un plazo de seis meses<sup>41</sup> contados desde el momento en que entró en vigencia el mismo (el 15 de mayo de 2012), para implementar las modificaciones en la normatividad interna. Sin embargo, a la fecha no se han efectuado dichos cambios en la misma, puesto que el Congreso de la República aún debate la aprobación del Proyecto de Ley 256 de 2013, que actualmente se encuentra pendiente de primer debate en el Senado.<sup>42</sup>

No obstante, el retraso por parte de Colombia en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Tratado podría desencadenarle consecuencias desfavorables. En dicho sentido, el capítulo 21 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y EE.UU. hace referencia a la solución de controversias. Para el tema que concierne, el artículo 21.2 establece en su numeral b, que las disposiciones contenidas en el capítulo mencionado aplican cuando una parte considere que la otra ha incumplido alguna de las obligaciones contraídas con el acuerdo.

Para comenzar, el acuerdo establece que en caso de controversia entre las partes, la reclamante podrá elegir el foro para resolverla. Así las cosas, el Tratado establece el procedimiento en caso de incumplimiento del acuerdo y, en general, de cualquier controversia entre las partes.

39 Adriana Zapata, "Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia", *Revista Ámbito Jurídico*, (14 de Marzo de 2013), [en línea], disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10%28implicaciones\\_economicas\\_del\\_cambio\\_de\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_corte\\_suprema\\_sobre\\_el\\_c%29/noti-120314-10%28implicaciones\\_economicas\\_del\\_cambio\\_de\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_corte\\_suprema\\_sobre\\_el\\_c%29.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10%28implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c%29/noti-120314-10%28implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c%29.asp), consulta: 25 de Septiembre de 2013.

40 Como se explica en: Rodrigo Uprimny, "¿Es precedente judicial la nueva teoría de la "cesantía comercial" de la Corte Suprema?", *Ámbito Jurídico*, [en línea], disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12\(es\\_precedente\\_judicial\\_la\\_nueva\\_teor%C3%ADa\\_de\\_la\\_%E2%80%9Ccesant%C3%ADa\)/noti-120314-12\(es\\_precedente\\_judicial\\_la\\_nueva\\_teor%C3%ADa\\_de\\_la\\_%E2%80%9Ccesant%C3%ADa\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teor%C3%ADa_de_la_%E2%80%9Ccesant%C3%ADa)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teor%C3%ADa_de_la_%E2%80%9Ccesant%C3%ADa).asp)

41 Que se vencieron el 15 de Noviembre de 2012., Consulta: 20 de Marzo de 2014.

42 Según la página oficial del Congreso de la República de Colombia sobre el proyecto de ley 256 de 2013 relativo a la agencia comercial de bienes, [en línea], disponible en: <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/2013-07-25-15-26-44/2012-2013/article/263-por-medio-del-cual-se-regula-la-agencia-comercial-de-bienes>. consulta: 20 de Marzo de 2014.



Con base en el texto del acuerdo, si Colombia no realiza a nivel interno los cambios negociados con relación al contrato de agencia comercial, EE.UU. podría llamar a consultas a Colombia para indagar acerca de las razones por las cuales se ha dado el incumplimiento, Si con las consultas no se resuelve la inquietud, las partes pueden solicitar la reunión de la Comisión cuya función es ayudarlas a alcanzar una solución. Si el desacuerdo persiste, Colombia y EE.UU pueden acudir a la formación de un panel arbitral que tiene como función emitir un informe en el que se establecería si hubo o no incumplimiento por parte de Colombia, al mismo tiempo que puede emitir recomendaciones. Si el panel arbitral determina que hubo incumplimiento y las partes aún no llegan a una solución EE.UU. podría iniciar negociaciones con Colombia acerca de una compensación. Si 30 días después no se ha llegado a un acuerdo sobre la compensación, EE.UU. podría suspenderle a Colombia la aplicación de beneficios de “efecto equivalente”.<sup>43</sup>

## ¿Qué esperar del contrato de agencia comercial?

El contrato de agencia comercial es uno de los contratos más útiles a nivel internacional por varias razones. En primer lugar, su naturaleza hace que se favorezca el intercambio comercial a escala internacional. Por otra parte, es un contrato que ayuda a mitigar riesgos, pues emprender un negocio en un Estado diferente exige, para lograr el éxito, tener un conocimiento mínimo del mercado, el comportamiento de la moneda y cómo se maneja la competencia a nivel interno entre muchos otros factores. Razón por la cual resulta de suma utilidad poder delegar estas tareas a otra persona que conozca los elementos relevantes del lugar en donde se pretende iniciar el negocio. Por último, el contrato de agencia comercial favorece e impulsa la economía, tanto del Estado del agente como el del agenciado, por cuanto es un contrato de carácter bilateral que genera beneficios económicos para ambas partes que en definitiva, se verá reflejado en mayor o menor medida en el ámbito de la economía nacional.

Sin embargo, esta modalidad de contrato internacional presenta obstáculos importantes como los aranceles y demás tasas generadas por los procesos de paso de la mercancía de una frontera a otra. Los aranceles han sido definidos por la Organización Mundial del Comercio como: “Los derechos de aduana aplicados a las importaciones de mercancías (...)”,<sup>44</sup> cuya importancia radica, según la misma organización en que: “proporcionan a las mercancías producidas en el país una ventaja en materia de precios con respecto a las mercancías similares importadas, y constituyen una fuente de ingresos para los gobiernos”.<sup>45</sup>

43 Ministerio de Comercio Industria y Turismo, “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América. Texto final del acuerdo”, *Sitio web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo* [en línea], disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>, consulta 20 de agosto de 2013.

44 Organización Mundial del Comercio, “Aranceles”, *Sitio web Organización Mundial del Comercio* [en línea], disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tariffs\\_s/tariffs\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tariffs_s/tariffs_s.htm), consulta: 31 de mayo de 2013.

45 Organización Mundial del Comercio, “Aranceles”, *Sitio web Organización Mundial del Comercio* [en línea], disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tariffs\\_s/tariffs\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tariffs_s/tariffs_s.htm), consulta: 31 de mayo de 2013.



Estos costos encarecen significativamente el intercambio comercial para el agenciado pues es él quién los asume.

Así pues, al contrato internacional de agencia se le han impuesto barreras proteccionistas, no sólo arancelarias sino también normativas, que encarecen el intercambio comercial. Lo cual repercute en la disminución de los frutos de los negocios, no solo afectados por la excesiva rigurosidad de la ley, sino también por los factores económicos que intervienen en la negociación de los bienes. El problema de fondo en este asunto es que dichas barreras no son propias del contrato de agencia sino externas a él. Por lo tanto es un asunto que no puede ser corregido por las partes contractuales y al que se verán obligatoriamente sometidas si llevan a cabo el intercambio comercial bajo la figura del contrato de agencia.

Otro de los obstáculos que encuentra el contrato de agencia es el hecho de que no se identifica una regulación mundial que unifique los elementos esenciales del mismo, por lo cual cada Estado se vale de su normatividad interna para regular las relaciones entre agente y empresario (o agenciado). Esto genera inquietudes al momento de contratar, pues las condiciones varían de Estado a Estado, siendo unos más proteccionistas que otros, lo cual sin duda, tiene la entidad suficiente para afectar los intereses económicos de las partes. En suma, la regulación nacional del contrato de agencia termina siendo un factor decisivo a la hora de contratar, con lo cual una vez más se entorpece el libre comercio.

En lo relativo al Tratado de Libre Comercio, por la posición de EE.UU. con respecto a Colombia se puede leer entre líneas que el interés del gobierno estadounidense en cambiar la normatividad colombiana se fundamenta en la intención de armonizar las disposiciones de ambos Estados, para facilitar el intercambio comercial. Toda vez que las propuestas modificatorias de EE.UU. parecieran ir encaminadas a alcanzar algún grado de similitud entre ambas legislaciones.

Si bien la Corte Suprema ha hecho un esfuerzo por realizar una interpretación más flexible con respecto a la cesantía comercial con la sentencia del 19 de Octubre de 2011, esta característica propia del contrato de agencia comercial aún sigue siendo una norma imperativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Por este motivo, tiene sentido que actualmente se encuentre en trámite un proyecto de ley con el cual se pretende incluir en la legislación actual las modificaciones solicitadas por EE.UU a través del Tratado de Libre Comercio.

En lo que respecta a la regulación colombiana del contrato de agencia es pertinente advertir que, una vez entre en vigencia el Tratado de Libre Comercio en cuestión, tendrán aplicabilidad varias regulaciones a saber: aquella aplicable a los contratos de agencia comercial de bienes a partir de su entrada en vigencia. Otra que regulará el mismo tema pero en lo relativo a servicios, que será lo dispuesto actualmente en el Código de Comercio. Este a su vez se aplicará para aquellos casos en los que el contrato de agencia comercial de bienes se haya



celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado<sup>46</sup>. Por esta razón es de suma importancia que al momento de la celebración de un contrato de agencia comercial se tengan claros los elementos esenciales y la fecha del mismo con el fin de poder determinar cuál regulación se aplicará al caso concreto.

Aún con los obstáculos que posee, el contrato de agencia comercial favorece la expansión de los mercados, por lo cual se debe continuar en la tarea de menguar las diferencias normativas entre los Estados para así, favorecer el comercio transfronterizo.

---

46 Salvo lo relativo a la indemnización, dado que en el Anexo 11-E se estableció que dicha modificación aplicará a partir del momento en que entre en vigencia la legislación que la regule, incluso para contratos celebrados antes de esta fecha. Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Documento explicativo del proyecto de agencia comercial de bienes*, descargado de <http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=3625>.



## Bibliografía

Agence pour le Commerce extérieur Belge, “Faire des affaires aux États-Unis par le biais d’intermédiaires (Washington et Boston)”, *Sitio web de l’Agence pour le Commerce Extérieur belge*, [en línea], disponible en: [http://www.abh-ace.be/fr/reglementations/etudes\\_reglementations/](http://www.abh-ace.be/fr/reglementations/etudes_reglementations/), consulta: 21 de marzo de 2014.

Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango, “Globalización”, *Sitio Web Banco de la República*, [en línea], disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/econo34.htm>, consulta: 25 de octubre de 2013.

Camacho López, María Elisa, “El Contrato De Agencia Comercial: Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico”, *Revist@ e-mercatoria*, Colombia, Universidad Externado de Colombia (2008, 7 Vol.), [en línea], disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/contrato.pdf>, consulta: 10 de febrero de 2013.

Colombia, Congreso de la Republica, Decretos, Decreto 410 de 1971 por el cual se expide el Código de Comercio, Diario oficial No 33.339, Bogotá, Imprenta Nacional, 16 de junio de 1971.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, sentencia del 2 de Diciembre de 1980.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; sentencia del 28 de Febrero de 2005.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas, sentencia del 19 de Octubre de 2011.

Cuberos de las Casas, Felipe, “Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis”, en: *Revista Universidad de los Andes, Facultad de Derecho*, (Diciembre de 2005), p. 14, [en línea], disponible en: [http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri162.pdf](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri162.pdf), consulta: 3 de mayo de 2013.

García Velasco, Isabel, “El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica”, *Cuadernos de administración Universidad del Valle*, (2011, Vol. 27, No. 46), p. 159 [en línea], disponible en: <http://dintev.univalle.edu.co/revistasunivalle/index.php/cuadernosadmin/article/view/1555>, consulta: 8 de mayo de 2013.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio, “La agencia comercial en el derecho Colombiano”, *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, (Enero-Junio de 2012, Número 47), [en línea], disponible en: [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=1410f3b506b32c8e&attid=0.2&disp=inline&realattid=f72a2469b7656917\\_0.2&safe=1&zw&saduie=AG9B\\_P-naACgamYMmYRHupFJ740o&sadet=1382654718711&sads=bsUS56EJdrs2awcAEM\\_s\\_tYdZlo](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=1410f3b506b32c8e&attid=0.2&disp=inline&realattid=f72a2469b7656917_0.2&safe=1&zw&saduie=AG9B_P-naACgamYMmYRHupFJ740o&sadet=1382654718711&sads=bsUS56EJdrs2awcAEM_s_tYdZlo), consulta: 15 de octubre de 2013.



González López, Edgar, Herrera Zapata, Luz Mónica, *Análisis de laudos arbitrales en Derecho de las Telecomunicaciones*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 419.

International Chamber of Commerce, “Commercial Agency”, *Web site of the International Chamber of Commerce*, [en línea], disponible en: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/model-contracts-and-clauses/commercial-agency/>, consulta: 25 de febrero de 2014.

Mancero, Gabriela, Home, Melanie, “COLOMBIA: Effects of Colombia/U.S.A.’s FTA on commercial agency agreements”, *International Distribution Institute*, [en línea], disponible en: <http://www.idiproject.com/news-print.ucw?id=126>, consulta: 17 de abril de 2013.

Mendieta Pineda, Jaime Alberto, “Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial”, *Revista e-mercatoria*, (Volumen 5, Número 1, 2006), [en línea], disponible en: <http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/articulos/1692-3960/1/10.pdf>, consulta: 5 de septiembre de 2013.

Ministerio de Comercio Industria y Turismo, “Acuerdo de promoción comercial entre la Republica de Colombia y Estados Unidos de América. Texto final del acuerdo”, *Sitio web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo* [en línea], disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>, consulta 20 de agosto de 2013.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “Tratados de Libre Comercio”, *Sitio web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo*, [en línea], disponible en: <http://www.mipymes.gov.co/publicaciones.php?id=3635>, consulta: 15 de octubre de 2013.

Organización de los Estados Americanos, “Colombia-Estados Unidos, antecedentes y negociaciones”, *Sitio web del Sistema de Información sobre Comercio Exterior* (SICE), [en línea], disponible en: [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_USA/col\\_usa\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/col_usa_s.asp), consulta: 15 de octubre de 2013.

Organización Mundial del Comercio, “Aranceles”, *Sitio web Organización Mundial del Comercio* [en línea], disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tariffs\\_s/tariffs\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tariffs_s/tariffs_s.htm), consulta: 31 de mayo de 2013.

Rodríguez Fernández, Maximiliano, *Introducción al derecho comercial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Roldán Pardo, Juan Felipe, “El Estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado y el arbitraje internacional”, en: *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, Bogotá, núm. 44, Julio-Diciembre 2010, p 6.



Suárez Beltrán, Gonzalo, “Un paso adelante y otro atrás”, *Ámbito Jurídico*, (Num. 19, 6 de Junio de 2005), pp. 7B a 8B, [en línea], disponible en: <http://www.legis.com.co/nuevo/Juriscritica/datos/JURIS19.pdf>, consulta: 6 de julio de 2013.

Talero Rueda, Santiago, “La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional”, *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, (Julio-Diciembre de 2010, núm 44), p.12, [en línea], disponible en: [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=141c8c0bf6572634&attid=0.3&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B\\_P-naACgamYmMYRHupFJ740o&sadet=1382928602753&sads=L\\_Cp8T6MVzNkdyzQYu3Zs-ZRRmk&sadssc=1](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=5c60c1c6a9&view=att&th=141c8c0bf6572634&attid=0.3&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B_P-naACgamYmMYRHupFJ740o&sadet=1382928602753&sads=L_Cp8T6MVzNkdyzQYu3Zs-ZRRmk&sadssc=1), consulta: 18 de octubre de 2013.

Unión Europea, El Consejo de las Comunidades Europea, Directivas, *Directiva 86/653/CEE*, relativa a los agentes del comerciales independientes y agentes comerciales, Diario Oficial n° L 382 de 31 de diciembre de 1986 p. 0017 – 0021.

Uprimny, Rodrigo “¿Es precedente judicial la nueva teoría de la “cesantía comercial” de la Corte Suprema?”, *Ámbito Jurídico*, [en línea], disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12\(es\\_precedente\\_judicial\\_la\\_nueva\\_teoría\\_de\\_la\\_%E2%80%9Ccesant\)/noti-120314-12\(es\\_precedente\\_judicial\\_la\\_nueva\\_teoría\\_de\\_la\\_%E2%80%9Ccesant\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_%E2%80%9Ccesant)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_%E2%80%9Ccesant).asp)

Zapata, Adriana, “Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia”, *Revista Ámbito Jurídico*, (14 de Marzo de 2013), [en línea], disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10%28implicaciones\\_economicas\\_del\\_cambio\\_de\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_corte\\_suprema\\_sobre\\_el\\_c%29/noti-120314-10%28implicaciones\\_economicas\\_del\\_cambio\\_de\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_corte\\_suprema\\_sobre\\_el\\_c%29.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10%28implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c%29/noti-120314-10%28implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c%29.asp), consulta: 25 de septiembre de 2013.



# LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO DE ARBITRAJE

---

## OBJECTIVE ARBITRABILITY IN ARBITRATION LAW

---

Por: Daniel Restrepo-Soto<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 30 de abril de 2014  
Fecha de aprobación: 30 mayo de 2014

### **Resumen**

*El presente artículo busca analizar la institución jurídica del arbitraje, como método alternativo en la solución de conflictos, partiendo del papel preponderante que juega el principio de la autonomía de la voluntad privada, facultando a las partes a someter un conflicto a la jurisdicción arbitral, buscando una solución eficiente y eficaz ante un conflicto suscitado en virtud de un negocio jurídico. Sin embargo, es claro que no todo asunto es susceptible de someterse a esta jurisdicción, siendo necesario acudir a la jurisdicción ordinaria de un Estado, por ende se ha creado la figura de arbitrabilidad, la cual puede ser objetiva y subjetiva, entendiendo por la primera aquella según la cual se establece que materias pueden ser o no arbitrables; por la segunda, ha de entenderse la capacidad de una parte para someter el derecho que se discute a la jurisdicción arbitral. La arbitrabilidad se analizará desde el punto de vista de la legislación nacional interna, recurriendo también al derecho comparado y a diversos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales en pro de responder a la pregunta: ¿qué materias pueden someterse al arbitraje?*

**Palabras clave:** *Métodos alternativos en la solución de conflictos, arbitraje, arbitrabilidad, arbitrabilidad objetiva, arbitrabilidad subjetiva, autonomía de la voluntad y orden público.*

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, [drestre90@gmail.com](mailto:drestre90@gmail.com)



### ***Abstract***

*The present article analyzes the legal institution of international commercial arbitration, particularly the role of the principle of autonomy of the will of the parties to submit a dispute to arbitration jurisdiction. Also the figures of the objective and subjective arbitrability, especially the first be analyzed, seeking to answer what issues are likely to be settled by an arbitral court? from the analysis of national and international law, comparative law and jurisprudence related to the arbitrability, and from the interpretation of these rules, will be able to determine some criteria for defining the objective arbitrability.*

***Key words:*** *Alternative Disputes Resolution, arbitration, arbitrability, objective arbitrability, subjective arbitrability, freedom of contract, public policy.*



## Introducción

La realidad jurídica de muchos países latinoamericanos, especialmente de Colombia, se reduce a un escepticismo por parte de los ciudadanos para acudir a las instancias judiciales en búsqueda de resolver las diversas controversias que surgen en el ámbito de los negocios internacionales, no solo por la lentitud en el sistema judicial, sino también por la necesidad de requerir mecanismos eficientes en cuanto a la calidad de las decisiones que se tomen para ponerle fin a los conflictos, y que la misma no se limite a estar sujeta a derecho, sino también tengan en consideración las diversas especialidades jurídicas y comerciales que confluyen en el ámbito de los negocios internacionales.

Buscando resolver los problemas del sistema judicial y garantizar a los ciudadanos un acceso a la justicia eficaz y eficiente, la práctica jurídica ha creado Mecanismos Alternativos en la Solución de Conflictos (MASC) o *Alternative Disputes Resolution (ADR)*, los cuales nacen como herramientas alternas a la rama jurisdiccional, para permitirle a los ciudadanos dirimir los conflictos que surjan en virtud de un negocio jurídico de manera completamente satisfactoria.

Estos métodos están divididos principalmente en dos clases: (i) Los métodos alternativos de *autocomposición*, los cuales son los “(...) compuestos por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.”<sup>2</sup>, en este grupo, si bien hay un tercero intermediario, este no tiene la potestad para imponerle a las partes un acuerdo, es decir, el conciliador no puede tomar una decisión por las partes, debe procurar buscar acercamiento entre ellas para que sean estas quienes decidan terminar el conflicto; es decir, únicamente son las partes quienes están facultadas para decidir si llegan a un acuerdo o no. (ii) Por otro lado, se encuentran los métodos de *heterocomposición*, los cuales son aquellos que cuentan con terceros que resuelven directamente el conflicto, sin tener en consideración la autonomía de voluntad de las partes, en el sentido de que no son estas quienes deciden cómo resolver la disputa, si no que el tercero, facultado por las partes, es el encargado de decidir y ponerle fin al conflicto. Dentro de este grupo, podemos observar al arbitraje como el mecanismo por excelencia, y sobre el cual se comenzará a elaborar el presente texto como se detallará a continuación.

Es así como el presente artículo girará en torno a la arbitrabilidad en el derecho de arbitraje internacional, sin dejar de lado un breve análisis del arbitraje nacional y de inversión. Se empezará por estudiar la figura del arbitraje como MASC el cual “es, sin duda, el mecanismo más utilizado para la resolución de conflictos en el comercio internacional”<sup>3</sup>, y así profundizar en cuales asuntos son susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción del arbitraje y la ca-

2 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Paul Friedland, Rafael Llano Oddone, Horacio Grígera Naón, *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Prologo.



pacidad de las partes para someter los mismos ante dicha jurisdicción; lo anterior teniendo como fundamento el análisis de las normas nacionales e internacionales, la jurisprudencia y el derecho comparado, que rigen la materia.

## El Arbitraje en la Ley 1563 de 2012.

El arbitraje, como MASC, ha sido definido como “un proceso en virtud del cual, personas plenamente capaces, sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de una controversia susceptible de transacción, para que sea decidida por particulares, investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia”<sup>4</sup>, el cual puede ser principalmente, según la clasificación establecida en el Ley 1563 de 2012, nacional o internacional.

El arbitraje nacional, definido en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”, se centra en asuntos que tengan lugar exclusivamente dentro del territorio Colombiano, y que por exclusión, no tengan elementos que hagan que el arbitraje puedan catalogarlo como internacional. No obstante, es importante señalar, la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad privada para enmarcar un asunto al arbitraje nacional.

Por otro lado, la misma ley consagra el arbitraje internacional partiendo de los criterios señalados en la Ley Modelo: Ley de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), establece los criterios que le dan el carácter de internacional al arbitraje, los cuales son: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional (este último, no fue tomado de la Ley modelo CNUDMI). Se puede señalar, que basta la concurrencia de uno de estos elementos, para estar en el ámbito del arbitraje internacional.

Para el efecto del presente artículo, se analizará la arbitrabilidad en el arbitraje internacional, sin desconocer que para el efecto es indispensable tener en consideración la legislación nacional, entre ellas la ley de arbitraje nacional.

El pacto arbitral ha sido catalogado como un negocio jurídico formado por la manifestación de voluntad de las partes, voluntad que se ve reflejada en un pacto arbitral, el cual es un contrato autónomo al negocio jurídico principal que lo comprende, este pacto puede verse reflejado mediante una cláusula compromisoria o por un compromiso:

---

4 Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2011, p. 456.



La cláusula compromisoria “es el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes se obligan a solucionar los eventuales conflictos nacidos de un contrato por medio de un proceso arbitral”<sup>5</sup>, mientras que el compromiso es aquel pacto arbitral que se da una vez se presenta la ocurrencia de la diferencia o conflicto contractual. Este compromiso puede pactarse desde que se presenta el conflicto hasta la sentencia judicial en primera instancia.

Una vez analizada la figura del arbitraje, su clasificación en el Nuevo Estatuto Arbitral Colombiano, el principio de la autonomía de la voluntad del cual se deriva el pacto arbitral, es necesario preguntarse ¿Qué asuntos pueden ser conocidos y dirimidos por particulares que cumplen la función pública de administrar justicia como árbitros? y ¿Quiénes tiene capacidad para someter un conflicto a la jurisdicción del arbitraje internacional? Preguntas que se buscarán resolver a continuación.

## 1. Arbitrabilidad

Si bien el arbitraje ha sido reconocido como el método por excelencia para la resolución de conflictos, esto no ha sido sólo en el ámbito del comercio internacional, sino también “en aquellos donde la controversia concierne una inversión extranjera e involucra el ejercicio de poder del imperio de un Estado”<sup>6</sup>, conocido como el arbitraje de inversión. No obstante, es de anotar que no todo asunto o materia que de origen a un conflicto jurídico en el ámbito del comercio internacional o de inversión extranjera, puede ser dirimido por el arbitraje.

Para determinar cuáles de estos temas pueden ser resueltos por árbitros, se ha configurado la *Arbitrabilidad*, la cual es definida como “la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometidos a ellos a través del pacto arbitral”<sup>7</sup> o como “la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia”<sup>8</sup>.

Para un sector de la doctrina, la arbitrabilidad es un concepto que atañe estrictamente a lo contractual, esto es, los asuntos susceptibles de arbitraje están ligados directamente con cuestiones transables, es decir de libre disposición. Lo anterior, teniendo como base el principio de la autonomía de la voluntad privada y, como límite, el orden público y la legislación nacional de cada Estado. Para otro sector, este concepto se relaciona con el ámbito procesal, y no contractual, en el sentido, de que trata normas eminentemente dispositivas; sin embargo para el efecto del presente artículo, serán admitidas ambas teorías y no se entrará a tomar posición sobre una u otra.

5 Néstor Humberto Martínez Rave, *El Pacto Arbitral: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 44.

6 Eduardo Zuleta Jaramillo, *Arbitraje de Inversión en Colombia: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 582.

7 Myriam Salcedo Castro. “Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2005, p. 113.

8 Eduardo Romero Silva, *El Contrato de Arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2005, p. 84.



Como se estableció anteriormente, el contrato de arbitraje o el pacto arbitral, como negocio jurídico independiente al principal, debe cumplir con los parámetros de la teoría del negocio jurídico, esto es, requisitos de existencia, de validez y de oponibilidad, de los cuales y para el efecto del presente artículo se enunciarán brevemente los dos primeros.

Los requisitos de existencia de un negocio jurídico son: (i) objeto, (ii) causa, (iii) manifestación de voluntad, y (iv) solemnidad. Así mismo, los requisitos de validez son: (i) objeto lícito, (ii) causa lícita, (iv) consentimiento libre de vicios, entre estos se encuentra la capacidad para ser parte, y (iv) formalidades habilitantes. Lo anterior, es importante ya que la arbitrabilidad puede verse reflejada en (i) el objeto lícito, es decir que el asunto que da origen al conflicto pueda ser dirimido por la justicia arbitral, conocida como la arbitrabilidad objetiva, y (ii) en la capacidad de las partes para someter un derecho de libre disposición a esta jurisdicción.

En consecuencia, a la hora de analizar la figura del arbitraje, es trascendental realizar un estudio previo a los elementos que componen el pacto arbitral. No obstante, hay un sector de la doctrina que considera que “en aplicación del principio de autonomía, aunque la materia del litigio no fuera arbitrable, los árbitros mantienen competencia para así declararlo, es decir que la no arbitrabilidad del asunto, no entraña la invalidez del pacto”<sup>9</sup>.

A partir del análisis de la validez del pacto arbitral, se deriva la clasificación de la arbitrabilidad, en subjetiva y objetiva, como se enunciará a continuación:

*La arbitrabilidad subjetiva*, ha sido considerada como “la capacidad de la persona para someterse al arbitraje”<sup>10</sup>, es decir, la capacidad de una parte que tiene las facultades de disponer del derecho u obligación fruto de la controversia que se quiere someter al arbitraje. No podría pensarse en que quien no tiene disposición sobre un derecho decida someterlo al arbitraje. En tal sentido, y partiendo del arbitraje como un negocio jurídico, se desprende la necesidad de analizar los elementos de validez del contrato de arbitraje, especialmente la capacidad, estableciendo cuáles sujetos son incapaces de remitir las controversias al arbitraje.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia SU-174/2007, ha señalado que la arbitrabilidad subjetiva establece “quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. Si bien persiste, en algunos sistemas jurídicos extranjeros<sup>11</sup>, un debate sobre el alcance de la arbitrabilidad *ratione*

9 Adriana Zapata Suarez, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Norma sustancial aplicable al arbitramento internacional*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2013, p. 423

10 M. Salcedo Castro, *Op cit.*

11 En algunos sistemas jurídicos existe una distinción entre las entidades públicas y empresas estatales regidas por el derecho privado para efectos de la posibilidad de someter sus disputas a arbitramento; en dichos ordenamientos, mientras que prácticamente no existen restricciones para las compañías regidas por el derecho privado, incluso si son de propiedad del Estado, existen diversas restricciones en el caso de las entidades públicas en cuanto al sometimiento de controversias a arbitraje. Así, según un estudio comparado efectuado a mediados



*personae*, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva”<sup>12</sup>.

Este concepto se desarrolla con mayor amplitud en lo relacionado con la capacidad de las Entidades Estatales que participan en el arbitraje internacional, ya que en la mayoría de los Estados, está prohibido que actúen como ente estatal, “esto es, al ser parte el Estado en un convenio arbitral actúa como particular y no como una entidad soberana, por tanto, no podrá ampararse en las prerrogativas que le reconoce, o concede su propio derecho para evadir las obligaciones derivadas de la suscripción del convenio arbitral”<sup>13</sup>.

La arbitrabilidad objetiva es aquella que “se refiere a las controversias, que según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje”, estableciendo así las materias en controversia que las partes deciden sean sometidas, conocidas y resueltas por los árbitros, es decir, la arbitrabilidad objetiva responde a la pregunta “¿Qué puede someterse a arbitraje?”<sup>14</sup>.

Para resolver el anterior interrogante, la doctrina ha establecido dos posibles respuestas: Por un lado está quienes afirman que puede someterse a arbitraje aquellas materias susceptibles de transacción; mientras que otro sector, considera que son materia de arbitraje aquellas que por su naturaleza se desprenden de normas dispositivas<sup>15</sup>. Sin embargo, la legislación nacional, internacional, y los tratados internacionales, entre otros, han establecido ciertos criterios para determinar los asuntos que pueden someterse a arbitraje, como se analizará a continuación.

---

de los ochentas, (a) mientras que no existen restricciones en Austria, Gran Bretaña, Italia, los Países Bajos, Suiza, Canadá o Australia (b) en países como Bélgica y Luxemburgo las entidades públicas en principio no pueden acordar pactos arbitrales en relación con sus contratos, sean estos nacionales o internacionales, salvo excepciones establecidas expresamente en la ley para el caso de Bélgica, (c) en Francia las entidades públicas requieren permiso especial para someter sus conflictos contractuales internos –no internacionales- a arbitramento, (d) en Alemania se requiere el consentimiento del Ministro de Finanzas para que el Estado o las entidades públicas recurran al arbitramento, a excepción de lo cual no existen restricciones, (e) en Finlandia no hay restricciones para el sometimiento de disputas a arbitraje, pero las entidades públicas mantienen abierta la opción de recurrir a las cortes a pesar de la existencia de pactos arbitrales, y (f) en los Estados Unidos, aunque no existe una restricción expresa, el gobierno federal y algunos gobiernos estatales a menudo argumentan que no tienen autorización para recurrir al arbitramento, mientras que la mayoría de los gobiernos locales y las autoridades públicas cuentan con dicha autorización. Ver, a este, respecto: Böckstiegel, Karl-Heinz: “Arbitration and State Enterprises”. Kluwer Law and Taxation Publishers – ICC, 1984. Tomado de: Corte Constitucional, sentencia SU- 174 de 2007.

12 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, 14 de marzo de 2007.

13 Irma Graciela Cervantes Bravo, “Comentarios a la Ley Española de Arbitraje”, en: *Unirevistas*, Bogotá, D.C. Núm. 115, enero junio de 2008, p. 26.

14 María Fernanda Vásquez Palma, “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia”, Sitio Web Editorial Legis, [en línea], disponible en: [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad\\_objetiva\\_delimitacion\\_e\\_importancia/arbitralidad\\_objetiva\\_delimitacion\\_e\\_importancia.asp?CodSeccion=15](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp?CodSeccion=15), consulta: 2 de febrero de 2014

15 *Ibid.*



## 2. La Arbitrabilidad Objetiva en el Derecho Colombiano.

A partir de la Constitución Política de Colombia en su artículo 116, se otorgó la posibilidad de que particulares quedaran investidos de funciones públicas jurisdiccionales para dirimir un conflicto entre personal naturales o jurídicas, entre los cuales se resalta el arbitraje, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional como “una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho, no sólo porque se le ha considerado como una forma eficaz de dirimir el conflicto, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo”<sup>16</sup>.

Si bien, es claro que el arbitraje como mecanismo alternativo para dirimir los conflictos tiene un claro fundamento constitucional, tenemos que analizar el tema respecto a cuáles asuntos pueden ser sujetos de arbitraje internacional, por lo que es necesario analizar las leyes colombianas, ya que es el legislador, como poseedor de la configuración legislativa, y la rama jurisdiccional a partir de la jurisprudencia, quienes definen la arbitrabilidad objetiva, y señalar qué asuntos pueden someterse al arbitraje.

El primer desarrollo legislativo, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 de la arbitrabilidad objetiva en la legislación colombiana, se reflejó en la Ley 270 de 1996, Ley sobre Administración de Justicia, en donde en el artículo 3° No. 3 se estableció que: “Ejercen función jurisdiccional, (...): 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad (Subraya fuera de texto)”.

Lo anterior dejó entrever que la arbitrabilidad objetiva, responde a la pregunta: ¿Qué materias son susceptibles de arbitraje?, cuya respuesta ha establecido que son aquellos asuntos relacionados con la transabilidad o no de los derechos u obligaciones que dan origen al conflicto, y así lo corroboró la Corte Constitucional en sentencia C- 226/97, al afirmar que “el arbitramento debe referirse a bienes o derechos patrimoniales que puedan disponer las partes libremente”<sup>17</sup>.

Posteriormente, en la Ley 446 de 1998 se mantuvo el concepto inicial de arbitrabilidad objetiva, dicha ley señaló en su artículo 11 que “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia,

16 Corte Constitucional, Sentencia C-226-93, MP Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá D.C., 17 de junio de 1993.

17 *Ibíd.*



profiriendo una decisión llamada laudo arbitral”(Subraya fuera de texto)<sup>18</sup>; esto corroboraba la posición legislativa y jurisprudencial colombiana en señalar que únicamente los asuntos susceptibles de transacción podían ser materia de arbitraje, y que el Congreso, como titular de la configuración legislativa, y la rama jurisdiccional a partir de sus pronunciamientos, les es dable delinear qué asuntos podían ser sometidos a la jurisdicción arbitral.

La Ley 1563 de 2012, Nuevo Estatuto de Arbitraje, reafirma esta tendencia al señalar en su artículo 62° que “La presente sección(sobre arbitraje internacional) no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”, ampliando el concepto de arbitrabilidad en el sentido de establecer que todo asunto es susceptible de arbitraje, excepto aquellos asuntos en los que la ley expresamente lo señale. En consecuencia, además del orden público como límite a los pronunciamientos arbitrales, el derecho interno también es un límite, ya que es este quien define los asuntos susceptibles de arbitraje y cuáles no.

Adicionalmente, el Nuevo Estatuto de Arbitraje ha establecido en su artículo 62 que “ningún Estado, ni empresa propiedad del Estado, ni organización controlada por un Estado, podrá invocar su propio derecho para impugnar la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje”, siendo procedente señalar que la arbitrabilidad subjetiva cobra relevancia en el sentido de analizar la participación del Estado colombiano, o alguna de sus entidades, en el arbitraje, aclarando que no se discute un problema de capacidad, sino de arbitrabilidad subjetiva. Sin embargo, y para el efecto del presente artículo solo se analizara en profundidad lo relacionado con la arbitrabilidad objetiva.

En concordancia con la legislación nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado sobre la arbitrabilidad objetiva que “el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República”<sup>19</sup>. Siendo procedente señalar, que aquellos asuntos exentos de sometimiento a la justicia arbitral, deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, ya que son asuntos que por su naturaleza, las partes carecen de negociabilidad en el mismo.

18 Esta disposición de la Ley 446 de 1998, compilada luego en el Decreto 1818 de 1998, ha sido objeto de dos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En la C-672 de 1999, se consideró que tal delimitación material de la competencia de la justicia arbitral podía hacerse en ley ordinaria, pues no constituía asunto reservado al legislador estatutario; y en la Sentencia C-098/01, se consideró que la disposición no violaba el artículo 116 de la Constitución, pues al legislador le es dable imponer límites materiales a los asuntos susceptibles de arbitramento.

19 Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07



Como ya se dijo, los asuntos susceptibles de arbitraje dependen, en un principio del poder legislativo del Estado, como creador de la ley, estableciendo mediante la misma cuales asuntos son materia de arbitraje, partiendo de la regla general en que cualquier asunto es arbitrable excepto aquellos que la ley expresamente ha prohibido o que vayan en contra del orden público. Lo anterior puede observarse en los siguientes casos: (i) los asuntos relacionados con el estado civil de las personas, (ii) asuntos laborales sobre derechos ciertos e indiscutibles, (iii) la impugnación de actos o decisiones de la asamblea de accionistas o juntas de socio en las sociedades comerciales, entre otros, deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, pues no son asuntos sujetos de transacción.

No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de desarrollar con mayor especificidad los asuntos susceptibles de ser sometidos al arbitraje. En consecuencia, han sido considerados y analizados por la jurisprudencia constitucional, en otros, los siguientes casos: “en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También se ha mencionado en esta categoría, en la sentencia C-330 de 2000, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. En lo esencial, los asuntos transigibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico”<sup>20</sup>, siendo procedente señalar, que a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales se ha determinado con mayor claridad los asuntos susceptibles de ser arbitrables en el territorio colombiano, lo cual si bien en principio sería vinculante para el arbitraje nacional, también es vinculante para el arbitraje internacional, ya que una de las causales para la no aplicación de un laudo arbitral en esta clase de arbitraje es que la ley de un Estado no permita que ese asunto sea resuelto vía arbitraje, por ende, los árbitros en el arbitraje internacional deben tener en consideración la arbitrabilidad objetiva del ordenamiento jurídico colombiano.

Como conclusión, hay que señalar que la posición jurisprudencial sobre la arbitrabilidad objetiva, establece que el sometimiento por las partes a la jurisdicción arbitral, sólo se puede dar en aquellos eventos en donde los derechos sean de libre disposición, y las partes puedan renunciar en todo o en parte a estos derechos, es decir, sean transigibles.

Dejando de lado las normas internacionales ratificadas por el Estado colombiano cuyo contenido será tratado posteriormente, puede concluirse que es el legislador y la jurisdicción ordinaria como las ramas del poder público con facultades para definir la arbitrabilidad objetiva, y que tienden a señalar a los asuntos sujetos de transacción como criterio para determinar dicha arbitrabilidad.

---

20 *Ibid.*



No sólo la legislación y la jurisprudencia son quienes determinan la arbitrabilidad objetiva, también lo permite el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual es el principal fundamento jurídico para que las partes decidan someter un asunto al arbitraje, y así lo corrobora la Corte Constitucional al señalar que “En suma, el arbitramento (...) surgen de la voluntad de las partes (...) tienen como límite de conocimiento los asuntos o materias transables o transigibles (...) el legislador ordinario está facultado para determinar qué asuntos pueden ser competencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), incluyendo el arbitramento”<sup>21</sup>.

### 3. La Arbitrabilidad Objetiva en el Derecho Internacional.

El arbitraje internacional, ha sido fruto de largo desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal alrededor del mundo, lo cual se ve reflejado en diversos tratados internacionales que han sido ratificados por la mayoría de los Estados. En este sentido, el tema de arbitrabilidad objetiva no ha sido desconocido por estas normas de carácter internacional, dentro de las cuales se han detallado algunos matices para definirla.

La arbitrabilidad se ve plasmada en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, y ratificada por Colombia<sup>22</sup>, al señalar en su artículo V Numeral 2 literal A, que “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”, dejando entrever que la rama legislativa de cada Estado miembro ha de definir en su ordenamiento jurídico interno que clase de asuntos no son susceptibles de arbitraje, hasta el punto de ser una herramienta jurídica para evitar la aplicación de un laudo arbitral dentro del territorio interno de un Estado miembro.

Igualmente, la Ley Modelo CNUDMI señala en el artículo 1° No. 5 que “La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley”. Adicionalmente, el artículo 36 de la Ley Modelo consagra la posibilidad de decretar la nulidad del laudo arbitral, cuando: “la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o b) el tribunal compruebe: i) que, según

21 Corte Constitucional, Sentencia C-014/10, MP Mauricio González Cuervo, Bogotá D.C., enero 20 de 2010. Además el tribunal constitucional señaló que “Esta disposición fue declarada exequible en forma condicional por la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 2008 “en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”

22 Convención ratificada por Colombia el 25 de septiembre de 1979, la cual entró en vigor el 24 de diciembre del mismo año.



la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje (resalto fuera de texto)". Sobre este último precepto puede advertirse la arbitrabilidad subjetiva y objetiva como causales de nulidad del laudo proferido por el tribunal arbitral.

Analizando las normas internacionales anteriormente señaladas, puede concluirse lo siguiente: (i) el principio de la autonomía de la voluntad prima como criterio para señalar que asuntos son susceptibles de arbitraje, salvo que (ii) el legislador de cada Estado señale que aspectos no pueden ser sujeto de dirimirse mediante el método alternativo del arbitraje, y (iii) la arbitrabilidad objetiva, o más bien, la inarbitrabilidad de un asunto dará lugar a la inaplicabilidad del laudo arbitral.

No obstante, hay que señalar que los criterios anteriormente señalados y analizados para determinar la arbitrabilidad objetiva siguen siendo un poco ambiguos, por lo tanto, es necesario analizar y revisar cómo se ha regulado el tema en diversos Estados, como España, Alemania, Suiza y Chile, para así encontrar elementos que nos permitan determinar con mayor claridad el concepto de arbitrabilidad objetiva.

Es así como el derecho español, en la Ley 60 de 2003<sup>23</sup>, ha establecido en su artículo 2° la arbitrabilidad objetiva a las materias que sean de libre disposición conforme a derecho, es decir que "basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes". Algo similar ocurre en ordenamientos jurídicos como "los derechos suizo y alemán se refieren respectivamente a las "causas de naturaleza patrimonial" (Art. 177 de la Ley Federal Suiza sobre DIPr de 1987), y a las "pretensiones que tienen un valor económico para las partes" (Art. 1.030 de la Ley Alemana de arbitraje de 1997). La ley Modelo Uncitral, asimismo, plantea la "mercantilidad" como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad (Art. 1°)<sup>24</sup>.

Incluso, el nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional 2012 dispuso en el numeral 5 del artículo 1 que "These Rules shall govern the arbitration, except if one of them is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate, in which case that provision shall prevail", es decir que dicho reglamento no prevalece sobre asuntos que estén prohibidos o sean contrarios a la ley aplicable. Lo anterior, en concordancia con lo establecido en la Ley Federal Suiza de 1987 deja entrever dos criterios para señalar la arbitrabilidad objetiva: (i) asuntos de carácter patrimonial, y (ii) asuntos que se permitan someter al reglamento arbitral según la ley aplicable al conflicto.

Por otro lado, el derecho chileno establece la existencia de arbitrajes forzosos y voluntarios, los primeros están expresamente señalados y determinados por la legislación chilena como

23 Ley que fue reformada en sus artículos 8, 11, 14, 15, 17, 21, 28, 37, 39, 42, 43 por la Ley 11 de 2011. Lo cual permite ratificar el concepto de arbitrabilidad objetiva que se consagra en Ley 60 de 2003.

24 María Fernanda Vásquez Palma, "La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario chileno", en: *Revista Jus Et Praxis*. Talca Chile, vol.12, num.1, 2006, pp. 181-213.



por ejemplo, la liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades, o la partición de bienes, entre otros. Mientras que en los asuntos no forzosos prevalece la autonomía de la voluntad privada, salvo en los que expresamente esté prohibido someter una controversia a arbitraje, como lo son los asuntos relacionados con la separación de bienes entre cónyuges, los alimentos a menores y las causas criminales, entre otros. El derecho chileno ha detallado el ámbito de la arbitrabilidad objetiva de manera muy completa y detallada, evitando recurrir a interpretaciones o análisis sobre la materia que se discute en el arbitraje<sup>25</sup>.

La tendencia del derecho arbitral internacional se centra en establecer que todos los asuntos pueden ser arbitrables, incluso aquellas que tienen que ver con el orden público, tal y como ocurre con el derecho francés y el derecho norteamericano, los cuales parten de que “no hay razón para desconfiar de la capacidad de los árbitros para conocer de estas controversias y resolverlas igual que los jueces”<sup>26</sup>.

Adicionalmente, la realidad económica, política, social y jurídica del país, refleja un gran expansión en el ámbito internacional, especialmente con dos potencias, Estados Unidos de América (EE.UU) y la Unión Europea (UE), con quienes se ha firmado Tratados de Libre Comercio (TLC), asuntos como el arbitraje no han sido desconocidos por estos instrumentos internacionales, pues han reflejado que el método alternativo en la resolución de controversias que se suscite en virtud de dichos tratados será sometido al arbitraje, bien sea comercial internacional o de inversión, permitiendo así analizar si en estos el tema de la arbitrabilidad es tenido o no en consideración.

En primer plano, el TLC Colombia-UE<sup>27</sup>, consagra el arbitraje como método para dirimir lo relacionado con la aplicación e interpretación del tratado, el cual regula aspectos relacionados con la propiedad intelectual, intercambio de ciertos bienes comerciales, la contratación pública, entre otros, y permite señalar y establecer qué asuntos pueden ser susceptibles de arbitraje bajo los parámetros del TLC.

Sin embargo, los TLC celebrados por Colombia con EE.UU y Canadá, si consagran una especie de arbitrabilidad objetiva en el ámbito del arbitraje de inversión, señalando claramente, qué se entiende por inversión, así por ejemplo, el TLC Colombia-EUA inversión significa “todo activo de propiedad de un inversionista controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión”<sup>28</sup>.

---

25 María Fernanda Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario chileno”, en: *Revista Ius Et Praxis*. Talca Chile, vol.12, num.1, 2006, pp. 181-213.

26 Colombia, Congreso de la República, Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 12 de julio de 2012, p. 388

27 Tratado aprobado y ratificado por la Ley 1669 del 16 de julio de 2013.

28 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Tratado de Libre Comercio Colombia Estados Unidos*, 22 de noviembre de 2006, cap. 10, art. 10.28.



Puede observarse, como todas las legislaciones en mención, incluidos los tratados internacionales establecen la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad privada en lo relacionado con la arbitrabilidad objetiva. Sin embargo, se imponen como límite los asuntos que la ley prohíba expresamente. Adicional a esto, establecen criterios como la transacción, la disposición de los derechos y la mercantilidad, criterios que han sido asumidos por la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito del arbitraje internacional con base a los cuales se ha ido delimitando el criterio objetivo de la arbitrabilidad.



## Conclusiones

El arbitraje, como método alternativo en la solución del conflicto, se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual permite que las partes en un negocio jurídico determinado, decidan someter cualquier controversia suscitada por la implementación, negociación o ejecución del mismo sea sometida a la jurisdicción del arbitraje, el cual nace a la vida jurídica con base a este principio, “the primary rule that governs the law, practice and regulation of arbitration is the principle of freedom of contract”<sup>29</sup>.

La autonomía de la voluntad privada no es absoluta y tiene como uno de sus límites el orden público, siendo este una excepción a la aplicación de un laudo arbitral dentro de un territorio. Es por ello, que para analizar la arbitrabilidad, bien sea objetiva o subjetiva, es indispensable partir por el principio de la autonomía de la voluntad, y la potestad que este otorga a las partes dentro de un litigio arbitral.

La importancia del principio referido y el orden público frente a la arbitrabilidad también se ve reflejada al momento en que los árbitros analizan el reconocimiento del principio y la no afectación del orden público, so pena de nulidad o inaplicabilidad del laudo dentro de un territorio, siendo procedente que en tal caso la decisión del tribunal se base en señalar su no competencia para dirimir un conflicto con base en el orden público.

En este sentido, la arbitrabilidad objetiva, en la mayoría de los Estados, ha sido reconocida a partir del principio de la autonomía de la voluntad, ya que son las partes quienes deciden someter un asunto a la jurisdicción arbitral, ésta asignación se deriva expresamente de la autonomía de las mismas para otorgarle la competencia al tribunal arbitral. Dicho principio, como se menciono anteriormente, tiene como límite el orden público y las buenas costumbres, como también lo tienen los laudos arbitrales, que pueden ser declarados nulos por ir en contravía de estos, además de leyes especiales de cada ordenamiento interno que expresamente prohíbe que un asunto sea sometido a arbitraje.

Como pudo observarse a lo largo del presente escrito, basados en el análisis normativos, jurisprudencial y doctrinal al respecto, la ley no contiene reglas específicas en materia internacional sobre la arbitrabilidad objetiva, “pero en todo es claro que, dado el origen convencional del arbitraje internacional, el mismo no será procedente en aquellos casos en que se trata de hacer una declaración erga omnes, habida cuenta del alcance inter partes que tiene el pacto arbitral”<sup>30</sup>.

En conclusión, puede establecerse que son arbitrables tanto las controversias transigibles y aquellos donde prima la autonomía de la voluntad de las partes para decidir someterse al arbitraje, es decir, las partes tienen una facultad de disposición, y obviamente, aquellos

29 Thomas Carbonneau. *Arbitration*. West Nutshell Series, 2007, p. 36

30 Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Estatuto Arbitral Colombiano: El acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional*, Legis, p. 387.



en que no se afecta el orden público. Al ser esto tan amplio, no puede establecerse con claridad “un criterio global que determine cuáles asuntos las materias sobre las que debe girar el concepto arbitrabilidad”<sup>31</sup>. Sin embargo, hay instrumentos normativos, como los TLC que permiten determinar con mayor facilidad los asuntos arbitrables, ya que los mismos se enmarcan dentro del cuerpo normativo del tratado.

Adicionalmente, es de vital importancia la legislación y el desarrollo jurisprudencial, no sólo dentro de un territorio, sino también el elaborado por organismos internacional, así por ejemplo de la Cámara de Comercio Internacional, que pueden facilitar el estudio de la arbitrabilidad objetiva en el arbitraje internacional, estableciendo criterios un poco más determinados para dar respuesta a la pregunta, ¿qué materias pueden ser susceptibles de arbitraje?

Por último, sobre la arbitrabilidad subjetiva, puede establecerse que es un concepto menos amplio, mas determinable, gracias a los avances legislativos y jurisprudenciales, especialmente en el ámbito de la capacidad del Estado para ser parte en un litigio arbitral, como particular, dentro de un proceso de arbitraje internacional, ya que en el arbitraje de inversión su participación se vuelve casi indispensable y recurrente. Sin embargo, debe ser un elemento que los árbitros miembros del arbitraje de comercio internacional o de inversión, deben tener siempre en consideración para evitar la nulidad e inaplicabilidad de los laudos arbitrales.

---

31 Edgar Iván Robayo León, “Perspectiva y Arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, en: Revista Opinión Jurídica, Medellín, Vol. 11 Núm. 22, Julio diciembre 2012, p. 137.



## Bibliografía

Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2011, p. 456.

Carbonneau, Thomas, *Arbitration*, West Nutshell Series, 2007, p. 36.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Estatuto Arbitral Colombiano: El acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional*, Legis, p. 387.

Cervantes Bravo, Irma Graciela. “Comentarios a la Ley Española de Arbitraje”, en: *Unirevistas*, Bogotá, D.C, Núm. 115, enero junio de 2008, p. 17-48.

Colombia, Congreso de la Republica, *Ley 1563 de 2012*, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 12 de julio de 2012, p. 388

-----, *Ley 446 de 1998*, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, 7 de julio de 1998, Bogotá, Diario Oficial 43.335 del 8 de julio de 1998.

Colombia, *Constitución Política de 1991*.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-014/10*, MP Mauricio González Cuervo, Bogotá, 20 de enero de 2010.

-----, *Sentencia C-1195/01*, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----, *Sentencia C-226-93*, MP Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 17 de junio de 1993.

-----, *Sentencia SU-174/07*, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, 14 de marzo de 2007.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Tratado de Libre Comercio Colombia Estados Unidos*, 22 de noviembre de 2006, cap. 10, art. 10.28.

Friedland, Paul, Rafael Llano Oddone, Horacio Grigera Naón, *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Prólogo.

Ley Alemana de arbitraje de 1997.



Ley Española 60 de 2003.

Ley Federal Suiza de 1987, diciembre 18 de 1987.

Martínez Rave, Néstor Humberto, *El Pacto Arbitral: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 44.

Organización de las Naciones Unidas, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, [en línea], disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html), consultada: 15 de febrero de 2014

-----, “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)”, en: *La Convención de Nueva York, 6 de julio de 1988*, [en línea], disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html), consultada: 20 de febrero de 2014

Robayo León, Edgar Iván, “Perspectiva y Arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, en: *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, vol. 11, núm. 22, julio diciembre 2012, p. 137.

Romero Silva, Eduardo, *El Contrato de Arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 84.

Salcedo Castro, Myriam, “Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 113.

Vásquez Palma, María Fernanda, “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia”, *Sitio Web Editorial Legis*, [en línea], disponible en: [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad\\_objetiva\\_delimitacion\\_e\\_importancia/arbitralidad\\_objetiva\\_delimitacion\\_e\\_importancia.asp?CodSeccion=15](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp?CodSeccion=15), consulta: 2 de febrero de 2014.

-----, “La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario chileno”, en: *Revista Ius Et Praxis*. Talca Chile, vol.12, núm.1, 2006, pp. 181-213.

Zapata Suarez, Adriana, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Norma sustancial aplicable al arbitramento internacional*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 423.

Zuleta Jaramillo, Eduardo, *Arbitraje de Inversión en Colombia: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 582.



# EL DERECHO DE PROTECCIÓN ANIMAL Y SU RELACIÓN CON EL COMERCIO INTERNACIONAL

---

## INTERNATIONAL TRADE LAW AND ANIMAL RIGHTS

---

✉ Por: Cristina Mesa-Escobar<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 8 de abril de 2014  
Fecha de aprobación: 22 de mayo de 2014

### **Resumen**

*La búsqueda por satisfacer las necesidades humanas de vestido, alimentación, entretenimiento y sustento económico, nos han llevado a intervenir y explotar de manera creciente los recursos medioambientales. De esta manera los animales y sus derivados se han convertido en una de las mayores fuentes de ingreso para el hombre, especialmente en el comercio internacional. Más allá del interrogante de si las generaciones presentes y futuras podrán disfrutar del medio ambiente y la biodiversidad biológica, existe la preocupación por el trato que les damos a los animales en las diferentes prácticas comerciales. Cada vez más personas, organizaciones y estados se preocupan por el sufrimiento al cual son sometidos los animales para generar menores costos de producción y por consiguiente mayores ingresos para productores. Sin tener en cuenta otra consideración que aquella económica. El objetivo principal del presente artículo es, por un lado determinar la incidencia de las normas internacionales de protección animal en el comercio internacional y por otro, identificar si a nivel internacional existen mecanismos que protejan los derechos de los animales bajo el régimen de la OMC (Organización Mundial del Comercio).*

**Palabras clave:** *Biodiversidad biológica, protección animal, comercio internacional, normatividad internacional*

---

<sup>1</sup> Abogada Universidad EAFIT, Colombia, Abogada Prebel S. A. S., [cmesaes@eafit.edu.co](mailto:cmesaes@eafit.edu.co)



## ***Abstract***

*The search for satisfying human needs, such as clothes, feed, entertainment and economic sustenance, have led us to intervene and exploit in an increasing way the environmental resources. Hereby, animals and their derivatives have turned into one of the major sources of revenue for man, especially in the international trade. Beyond knowing if present and future generations will be able to enjoy the environment and the biological biodiversity, the greatest concern is for the treatment we give to animals in the different commercial practices. Increasingly more people, organizations and states worry about the suffering to which animals are submitted to generate minor costs of production and consequently major income for producers. Without another consideration bore in mind the economic one. The main objective of this article is, on the one hand to determine the incidence of international animal protection laws on international trade. On the other hand, identify if there are mechanisms that protect animal rights under the regime of the WTO (World Trade Organization)*

***Key words:*** *Biological biodiversity, animal protection, international trade, international law*



## Introducción

La cuestión de si los animales tienen o no derechos se ha planteado ya desde hace algunos siglos. Actitudes y facultades como la memoria, la capacidad de expresar amor, la curiosidad y la atención son prueba suficiente de que los animales, al igual que los seres humanos, son sujetos susceptibles de consideraciones morales. Sin embargo es diferente el hecho de tener simpatía hacia los animales a otorgarles una protección jurídica positiva. Por esto iniciaré con la explicación acerca de lo que significa el derecho de protección animal y la diferencia que existe entre éste y las normas que protegen a las especies o biodiversidad biológica. Debido a las diferentes implicaciones que para el comercio internacional traería una y otra norma. A partir de aquí se podrá establecer si las normas internacionales del medio ambiente protegen de manera directa a los animales o si por el contrario se enfocan en las necesidades del hombre. Finalmente me ocuparé de determinar la relación entre las normas de comercio internacional y el derecho de protección animal. Para esto realizaré, un examen de la normatividad existente en la OMC, a partir del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)<sup>2</sup> 1994, específicamente el artículo XX, el cual determina las excepciones basadas en el medio ambiente, entre otras. Igualmente se encuentra el conflicto en torno a la aplicación de restricciones al comercio como medidas unilaterales por parte de los estados, y la tensión que esto genera con el interés de la OMC por proteger la liberalización del comercio.

## Diferencias entre el Derecho de Protección Animal y la Protección a Especies o Biodiversidad Biológica

Debido a que el presente trabajo se basa en la protección del bienestar animal que como ya se mencionó implica necesariamente consideraciones morales, es importante diferenciarla de las normas medio ambientales dirigidas a proteger la fauna y flora silvestre o la biodiversidad biológica. Esto tendrá una incidencia directa en la redacción de las norma y en las implicaciones de estas en el comercio internacional. Al no haber un desarrollo normativo importante en cuanto a la protección animal, será más complejo encontrar una relación directa con la normatividad de la OMC (Organización Mundial del Comercio). A pesar de haber esfuerzos unilaterales por parte de los Estados en regular el tema, esto no se ha traducido en el desarrollo de tratados internacionales que tengan carácter de fuente formal de derecho internacional. Por el contrario se han enfocado en proteger a las especies y a que las generaciones presentes y futuras puedan disfrutar del medio ambiente, sin reconocer a la naturaleza un valor intrínseco, que se traduzca en derechos que la protejan.<sup>3</sup> Por esto es importante determinar qué implicaciones trae una norma de protección animal, es decir, cómo debe ser su estructura y fundamentos, de manera que realmente se proteja a los animales por su valor intrínseco.

<sup>2</sup> La traducción para GATT, en español, es Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles.

<sup>3</sup> María Alejandra Calle Saldarriaga, "Technical Standards and labeling measures related to Animal Welfare: An analytical view from Article XX of GATT and the TBT Agreement", en: Master in International Economic Law and Policy 2008-2009. Final Research Paper, University of Barcelona, 2009. p. 11-12



Antes que nada habrá que establecer qué se entiende por concepción antropocéntrica y biocéntrica de las normas ambientales internacionales. El antropocentrismo no profundiza en la pregunta de qué está mal con el trato cruel y por ende el sufrimiento causado a los animales no humanos. Simplemente se refieren a las consecuencias negativas que esto pueda traer para el hombre. Así las cosas, la crueldad contra los animales sería instrumental y no intrínsecamente incorrecta, y el daño causado a un animal o al medio ambiente en general puede dañar el bienestar de los seres humanos hoy y en el futuro. El antropocentrismo puede ser “fuerte” o “débil”, ya sea porque se da un valor intrínseco al ser humano únicamente o porque se da un mayor valor a los seres humanos en comparación a otros animales no humanos, justificando de esta manera casi cualquier violación a los animales para efectos del bienestar y desarrollo del hombre. Se aceptan premisas tales como la propuesta por Aristóteles donde dice que “La naturaleza se ha creado para el bienestar del hombre”, siendo el valor del resto de cosas meramente instrumental.<sup>4</sup> El biocentrismo reconoce el valor intrínseco de la fauna y la vida no humana. Esta concepción del derecho de la biodiversidad biológica se encarga de proteger todas las formas de vida, no solo aquellas que afectan o benefician directamente al hombre.<sup>5</sup>

Para quienes defienden el bienestar animal ya no se trata de la concesión que el hombre hace a los animales, es más un reconocimiento colectivo de que compartimos el planeta con otros seres que también tienen derechos como nosotros. Se puede decir que el bienestar animal no se limita a prevenir el sufrimiento o dolor de los animales, más allá de eso está el hecho de preservar su estado mental, físico y su habilidad para satisfacer las necesidades, para las cuales se encuentran destinados por su naturaleza. Todas estas preocupaciones incluyen cómo son tratados los animales domésticos, cómo son sacrificados aquellos utilizados para la alimentación humana o el modo y propósito para el cual son usados en actividades académicas y científicas. Cuando se habla de necesidades dentro del bienestar animal se hace referencia a los requerimientos fundamentales dentro de la biología del animal para obtener algún recurso o responder a cualquier estímulo del ambiente o su propio cuerpo.<sup>6</sup>

Los animales salvajes han sido sujetos de cierta atención por parte del derecho internacional debido a que son de utilidad para la conservación de los ecosistemas, que a su vez sirven al hombre. La dominación y el derecho de propiedad sobre un animal no debe ser lo que anime la simpatía que el hombre siente por ellos, así los animales salvajes deben tener también derecho a tener una vida libre de daño perpetuado por el hombre o a que éste saca ventaja de su sufrimiento para fines de moda, deportes y cualquier gratificación humana, lo cual

4 Andrew Brennan y Yeuk-Sze Lo, “Environmental Ethics”, en: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition), [en línea], disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/ethics-environmental/>, consulta: 23 de agosto de 2013.

5 Joshua J. Bruckerhoff, “Giving Nature Constitutional Protection: A Less Anthropocentric Interpretation of Environmental Rights”, en: Texas Law Review, Austin, vol. 86, 2008, p. 618

6 Barry Bousfield y Richard Brown, “Animal Welfare”, en: *Veterinary Bulletin- Agricultures, Fisheries and Conservation Department Newsletter*, vol. No. 1, núm. 4, noviembre 2010, [en línea], disponible en: [http://www.afcd.gov.hk/english/quarantine/qua\\_vb/files/AW8.pdf](http://www.afcd.gov.hk/english/quarantine/qua_vb/files/AW8.pdf), p. 1-3, consulta: 23 de agosto de 2013.



será inaceptable bajo los derechos de los animales. Será permitido matar un animal salvaje únicamente por razones de supervivencia, es decir, bajo las leyes de defensa personal, pero nunca maltratarlo o torturarlo hasta la muerte. Se encuentran también aquellos animales que por su naturaleza son salvajes, pero han sido dominados y enjaulados por el hombre, domesticándolos a la fuerza. Este es el caso de circos o zoológicos que fundamentan estas prácticas en que los animales están mejor en cautiverio que bajo las amenazas constantes de la vida salvaje. Sin embargo, esto bajo ninguna perspectiva puede ser moralmente aprobado, ya que se trata del sometimiento de un animal al cautiverio perpetuo, en muchos casos a espacio reducidos y para satisfacer intereses triviales del hombre.<sup>7</sup>

Los animales domésticos, sometidos en su totalidad al hombre, a su “amo”, han sido vistos por la sociedad y por el derecho internacional y nacional como propiedad del ser humano y de esta manera no se muestra un interés en la protección de ellos. Los Animales domésticos son sometidos a trabajo incesante por parte del hombre, tanto en el campo como en la ciudad. Los caballos, las ovejas y las vacas son algunos ejemplos de animales usados para labores humanas e incluso conejos, cerdos y pollos, sometidos por el hombre en granjas de producción de carne. A pesar de reconocer que el hombre puede ejercer cierta dominación sobre los animales domésticos, actividades como la castración con el fin de que el animal aumente su tamaño y su carne tenga un mejor sabor, son simplemente inaceptables para el bienestar animal.<sup>8</sup>

Existe una característica básica en el derecho de bienestar animal, que fue ilustrada por autores del siglo XX y es que es la capacidad de sufrimiento la que le otorga a un ser el derecho a una consideración de igual. Sentir dolor o sufrir será lo que traza la barrera entre el hombre como sujeto y los animales como objetos del derecho. Esto a su vez esboza la diferencia entre el derecho de conservación de especies o biodiversidad biológica y el derecho de protección animal. Evidentemente no se puede afirmar que todas las especies de seres vivos tienen la capacidad de sentir placer o dolor, ya que no todos cuentan con un sistema nervioso desarrollado y con funciones similares a las de un ser humano. Igualmente, aquellos mamíferos con un sistema nervioso central y periférico tendrán una actividad cerebral que en comportamientos, respuestas y ejercicios es similar a la de un ser humano. Se debe tener en cuenta también la minúscula diferencia entre la estructura genética de algunas especies y la del hombre. Así se puede decir que el sufrimiento es el punto de partida en reconocer el interés legítimo de un animal a conservarse vivo e íntegro y a no ser maltratado física o psíquicamente. Todo esto sin importar a qué especie pertenece o si ésta se encuentra, o no en vía de extinción. Por medio de los avances científicos, que cada vez delimitan más las diferencias entre los animales, sus sistemas, y capacidades, se podrá desarrollar una normatividad internacional coherente y consecuente con el bienestar animal.<sup>9</sup>

---

7 Henry S Salt, *Animal's Rights: Considered in Relation to Social Progress*, Nueva York, Macmillan & Co, 1894, p. 10-16.

8 Ibid. p. 10-16

9 Alexandra Cárdenas y Ricardo Fajardo, *El derecho de los animales*. Bogotá, Editorial Legis, 2007, p.92-98



Las normas de protección animal pueden diferir dependiendo de la teoría que se tome en relación a cómo son vistos los animales. Por un lado se debe delimitar, como se mencionó, qué animales son capaces de experimentar placer o dolor y que por lo tanto estarán cobijados por la protección del derecho internacional. Por otro lado hay que determinar si todos los usos de los animales están prohibidos o si algunos serán moralmente permitidos. Los filósofos utilitarios como Bentham y Singer no le otorgan un valor intrínseco a toda la naturaleza, lo hacen únicamente con aquellos seres capaces de sentir placer o dolor. De esta manera no todos los organismos vivos tendrán un valor *per se*, y aquellos que no lo poseen tendrán un valor instrumental para otros seres sintientes. En contraposición a esto se encuentra Regan, con una propuesta de ética deontológica. Para él ciertas prácticas son en sí mismas reprochables sin importar si existen consecuencias menos gravosas que justifiquen la muerte o el trato cruel y propone la abolición absoluta de cualquier forma de instrumentalización de los animales. Otros han ido más lejos al establecer que no importa si los organismos vivos a los que se les debe reconocer un valor moral son capaces de ingenio o conocimiento, para ellos cada organismo vivo en el planeta, sea una planta, animal o microorganismo, se le debe reconocer valor en sí mismo.<sup>10</sup> En conclusión existen muchas vertientes y teorías, pero se debe tener en cuenta que lo más importante es precisamente que los animales deben ser susceptibles de un reconocimiento a su valor moral intrínseco por parte de los humanos. Esto se traduce necesariamente en normas jurídicas que protegen su vida y su bienestar.

De otro lado encontramos la definición de protección a la biodiversidad biológica. Desde este punto de vista la protección tiene un sentido más amplio, ya que, no se tiene en cuenta únicamente los animales como seres vivos, sino que estos se encuentran enmarcados dentro del término medio ambiente, el cual incluye la fauna y la flora. Desde este punto de vista, los animales son un bien material, un objeto jurídico que pertenece a las generaciones presentes y futuras. Estas normas se conciben bajo una perspectiva antropocéntrica, que otorga protección a la biodiversidad biológica, no por su valor intrínseco, sino por lo que ella significa para el hombre. Por esto es un derecho del hombre contar con un medio ambiente sano, es un derecho colectivo que tiene como objeto que las generaciones presentes y futuras puedan disfrutar de las especies que cohabitan con él en el planeta y puedan seguir beneficiándose de ellas. Así mismo representa un deber cuidar del medio ambiente para poder crear un desarrollo sostenible a partir de él.<sup>11</sup> La biodiversidad durante años se ha entendido como la conservación, la preservación del medio ambiente y la protección de la vida salvaje. Sin embargo, es más acertado definirla como la variabilidad entre organismos vivos y el complejo ecológico al que pertenecen, lo cual incluye diversidad entre las especies y entre éstas y sus ecosistemas.<sup>12</sup> La biodiversidad comprende todas las formas de vida del planeta, es decir, tanto fauna como flora, los seres vivos y los ecosistemas donde se desarrollan. Proteger la biodiversidad es de vital importancia para una sociedad ecológicamente sos-

10 , Lori Gruen. "The Moral Status of Animals", en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012), [en línea], disponible en: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/moral-animal/>>. sp, consulta: 23 de agosto de 2013.

11 Bruckerhoff, J. J., *Op. Cit.* p. 619-620.

12 *Ibid.*, p. 617.



tenible. Los seres humanos dependen en múltiples formas de ella, por ejemplo en relación al abastecimiento de alimentos, a las investigaciones científicas y en cuanto a la calidad del aire que respiran o el agua que beben. Pero estos siguen siendo argumentos antropocéntricos de por qué se debe proteger la biodiversidad. Sin embargo, podría también introducirse argumentos biocéntricos que beneficien a la fauna y flora silvestre y propicien su protección. Para algunos incluso el enfoque antropocéntrico que se le da a este tipo de normas es la raíz del problema de la degradación medio ambiental. Sin embargo, la inclusión de un derecho de rango constitucional a un medio ambiente sano que no implique como foco principal los intereses del hombre puede aún resultar paradójico. Por lo que para la protección a la biodiversidad biológica, por el hecho de incluir todas las formas de vida y de recursos, aun es difícil establecer normas con un enfoque biocéntrico.<sup>13</sup>

Claramente la protección animal se enmarca dentro de una concepción biocéntrica de la normatividad, donde se le reconoce un valor intrínseco a los individuos como seres sintientes, llegando a un mayor nivel de protección que el generado por normas dedicadas a preservar la biodiversidad biológica. Estas últimas protegen al hombre, en el presente y futuro, de disfrutar de un medio ambiente sano y de la posibilidad de seguir explotando la naturaleza a través de un desarrollo sostenible. La importancia de hacer esta diferenciación radica, pues en las implicaciones que tienen una y otra norma, al imponer una restricción al comercio internacional, ya que aquellas que protegen a los animales por su valor inherente implican consideraciones morales y juicios acerca de si determinada actividad está bien o mal, sin fijarse en el valor económico que esta tiene. Mientras que aquellas que protegen al medio ambiente como instrumento del desarrollo del hombre contienen consideraciones en torno al máximo beneficio que éste pueda sacar de la naturaleza, por lo que siempre será enfocado a las necesidades de la interrelación entre la fauna y sus ecosistemas y el ser humano.

## **Límites y Problemática de la Normatividad Internacional Vigente relativa a la Protección Animal**

Para el derecho del comercio internacional, abordar el tema de la protección animal, en cuanto a la producción y comercialización de bienes y servicios tiene una significativa importancia. Esto en especial dentro de los mercados estadounidense, canadiense y europeo. En las legislaciones de América Latina ha sido considerado, a la vez un incentivo y una barrera a la diversificación de las exportaciones.<sup>14</sup> La discusión sobre su incorporación legítima en el derecho comercial comprende, entre otros aspectos, la equivalencia de medidas sobre el bienestar animal, la inclusión en tratados internacionales, el desarrollo de normas, directrices y recomendaciones de las organizaciones internacionales de referencia, reconocidas por la OMC y por la OIE (Organización Mundial de Sanidad Animal) y por último la práctica comercial desarrollada por los actores económicos. Cabe preguntarse

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 624.

<sup>14</sup> Marlene León Guzmán, "El Bienestar Animal en las Legislaciones de América Latina", en: *Revista de Ciencias Veterinarias de la Universidad Nacional*, Heredia, núm. 24, 2006, p. 185-221.



si el derecho internacional ha otorgado una protección a la dignidad, vida y muerte de los animales. El objetivo es, entonces realizar un examen de las normas más relevantes en derecho de protección animal a nivel internacional. Partiendo de aquí se puede determinar si éstas son concebidas para la protección directa de los animales. Igualmente es posible establecer qué aspectos deben variar para que se pueda llegar a una normatividad internacional consciente de sus derechos.

El bienestar animal se incorpora por medio de instrumentos de derecho internacional, tales como acuerdos multilaterales, bilaterales o normas de referencia internacional. Una norma relativa al bienestar animal debe contener tres aspectos: primero el moral, basado en la apreciación de la conducta humana. De esta manera la prohibición de la crueldad hacia los animales constituye una expresión de los valores morales de una sociedad y al haber cambios en ellos, se manifestarán en nuevas prohibiciones que antes eran culturalmente aceptadas, tales como las corridas de toros o peleas de gallos y perros. En segundo lugar existe un aspecto científico, motivado en la investigación del comportamiento animal y en la producción intensiva. En tercer y último lugar se encuentra la motivación comercial, que se ve reflejada en la búsqueda de los intereses del consumidor, donde se encuentran regulados temas como el transporte de animales y su sacrificio para la producción alimentaria e industrial.<sup>15</sup>

El derecho internacional el bienestar animal se ha desarrollado principalmente en manuales de buenas prácticas o en disposiciones voluntarias ajustadas a los objetivos de ingreso de los productos derivados de los mercados de destino.<sup>16</sup> Existen algunos ejemplos como las normas para proporcionar movimiento libre a los animales, suficiente aire fresco, exposición a la luz natural del día, amplio acceso al agua y al alimento, un lugar para reposar y un entorno sano que evite efectos adversos en los productos finales. También existen aquellas referidas al transporte aéreo, como la Regulación de Animales Vivos de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA),<sup>17</sup> acuático (En especial aquellas referidas a los barcos de pesca) o terrestre de animales vivos.<sup>18</sup> Por otra parte se encuentran las normas dirigidas al sacrificio de los animales, estas son las que presentan mayor desarrollo en cantidad y calidad, son incluso las normas más claras en cuanto a la regulación del bienestar animal en métodos de producción.<sup>19</sup> Existen en dos clases. Por un lado se encuentran las normas

15 *Ibid.*, p. 5-6.

16 A pesar que no hay un acuerdo respecto de una definición precisa de soft law, si hay un acuerdo respecto a su existencia. Según Aust son aquellos instrumentos internacionales que sus creadores reconocen que no son tratados pero tienen el propósito de promover su aplicación universal. Por tanto es posible definirlo como aquellos enunciados normativos no formalizados promulgados por diversos actores internacionales. *Vd.*, Anthony Aust, *Handbook of International Law 2<sup>nd</sup>*. Cambridge, Cambridge, 2011, p. 11.

17 IATA Live Animals Regulation, *Página web de IATA*, [en línea], disponible en: <http://www.iata.org/publications/Pages/live-animals.aspx>, consulta: 9 de noviembre de 2013.

18 Un ejemplo de la normatividad internacional referente a la protección animal puede ser el Código Sanitario para los Animales Terrestres y el Código Sanitario para los Animales Acuáticos de la OIE. *Vd.*, Organización Mundial de Sanidad Animal, *Página web de Sanidad Animal*, [en línea], disponible en: <http://www.oie.int/es/normas-internacionales/codigo-terrestre/>, consulta: 9 de noviembre de 2013.

19 Un ejemplo de las normas de sacrificio animal se encuentran en el Código Terrestre de la OIE, capítulo 7. Allí se establece la necesidad de garantizar el bienestar de los animales durante las operaciones de sacrificio o muerte y de manera que estas no les causen un estrés



de carácter general, que se refieren al cumplimiento de los principios del bienestar animal, estas están ligadas al control de la salud y la productividad. La segunda clase se refiere a las regulaciones específicas, de creación reciente y cuyo contenido es mucho más concreto. Estas comprenden factores como el ser humano y su seguridad durante el manejo y sacrificio de los animales, son normas que se caracterizan por describir procedimientos específicos. A pesar de esto existen muchos vacíos como la indeterminación de la autoridad competente, la confusión de las medidas de bienestar animal con aquellas de carácter sanitario y la ausencia de procedimientos.<sup>20</sup>

La inclusión de la protección al bienestar animal dentro del derecho internacional puede ser posible debido a los grandes avances científicos y legislativos que se vienen dando. Sin embargo, aun los instrumentos normativos a nivel internacional se refieren de manera indirecta a la protección animal, es decir, protegen las especies más que al individuo. Ejemplos de esto son la Carta Mundial para la Naturaleza, la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena y la CITES (Convención sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres). Sin embargo esto aún no se puede considerar como un principio de derecho internacional, debido a la ausencia de cualquier costumbre establecida o tratado internacional relacionado con una protección directa, es decir al individuo más que a la especie. Ya en el campo del comercio internacional de la OMC existen muchas cuestiones dirigidas a la protección animal que aún no se han desarrollado, como la legalidad o ilegalidad de las prohibiciones y restricciones en el comercio. Esto se ve claramente en la disputa Estados Unidos – Atún II. Allí se discute si una restricción al libre comercio y acceso a los mercados, basada en la protección a una especie animal, es o no una medida legítima a la luz de la normatividad de la OMC.<sup>21</sup>

Para el movimiento de bienestar animal es de vital importancia que se cuente con normas internacionales completas y bien aplicadas en protección de los animales. Esto brinda un marco de referencia para la implementación y el monitoreo del tratamiento adecuado de los animales y para prohibir peores abusos hacia ellos. Una normatividad con las anteriores características en el derecho internacional se basa en la posibilidad que tienen los animales como criaturas sintientes y como seres vivos, al reconocimiento, cuidado y protección del derecho, contra cualquier sufrimiento evitable en su contra. Un marco normativo brinda una red de seguridad que permite evitar el abuso y la crueldad y refleja el consenso actual de la comunidad internacional. Esto debe estar unido a la educación, que sin duda provoca mejoras duraderas. Por medio de normas internacionales construidas a partir de acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, se pueden introducir metas en protección animal. Se pueden prohibir ciertos métodos de

---

innecesario. Vd. OIE. *Código Sanitario para los Animales Terrestres*. Capítulo 7.5 Sacrificio de animales. 2010.

20 León Guzman, M., *Op. Cit.* p. 8-9.

21 Sabine Brels, “La Protección del bienestar animal: una preocupación universal que se debe considerar globalmente y seriamente en Derecho internacional”, *Web Center de los Animales con Derecho*. Universidad Autónoma de Barcelona y Fundación Afinity (2012), [en línea] disponible en: <http://www.derechoanimal.info/images/pdf/S.Brels-Animal-Welfare-Protection-in-International-Law-esp.pdf>, consulta: 23 de septiembre de 2013.



producción en productos de exportación; proteger el bienestar de los animales por medio de la implementación de estándares mínimos y requerimientos legales; prevenir actos de crueldad y reducir su sufrimiento al mínimo en casos de sacrificio; proteger la salud de los animales. Así como mejorar su calidad de vida y la salud de quienes los utilizan para el consumo y por último fomentar la responsabilidad entre sus propietarios.<sup>22</sup>

A pesar de existir acuerdos que protegen las especies en vía de extinción, no existe aún ningún tratado internacional que proteja el bienestar animal como tal. Las organizaciones protectoras del bienestar animal, como la Sociedad Mundial para la Protección Animal (WAS-PA por sus siglas en inglés) consideran que la inclusión de una normatividad completa podría solucionar muchos de los problemas relacionados con la OMC. Hay que saber que esto solo implicaría un avance parcial, ya que la adopción de cualquier tratado internacional o acuerdo sobre el tema implicaría estándares bajos de protección y sería necesaria la inclusión de la norma en las legislaciones nacionales.<sup>23</sup>

El futuro de la legislación en protección animal depende completamente de los valores de cada sociedad. De esta manera en un conflicto donde estén en competencia principios relacionados con el comercio internacional y principios de la protección del medio ambiente o bienestar animal, la solución dependerá de elementos subjetivos de los que se valga el juez o el legislador. Los derechos que se les reconocen a nivel internacional a los animales no deben ser negados bajo la base de no poder comunicarse de forma fluida por un medio verbal tradicional, por el contrario los animales pueden actuar tal como lo hacen los humanos incapaces, por medio de la representación de personas comprometidas con su bienestar.<sup>24</sup> A pesar no haber una normatividad internacional completa en relación a este tema, sin duda a nivel global el derecho se enfrenta a avances científicos innegables en cuanto a la capacidad de entendimiento y de sentir de los animales no humanos, lo que pone en la mira la expansión necesaria del derecho ambiental hacia el reconocimiento de los derechos de los animales. Y abre la posibilidad a que más estados se comprometan mediante tratados internacionales a implementar normas que protejan el bienestar animal en el comercio internacional.

## Compromiso del Comercio Internacional con la Protección Animal

En esta parte se expondrá cómo la Organización Mundial del Comercio ha acogido y entendido la protección animal, esto no solo desde las normas del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994), sino también a partir de fallos emitidos por el órgano de solución de controversias (OSD). Determinando si para la OMC, a partir de dichas interpretaciones y normas, ha sido de mayor importancia proteger a los animales o si al me-

22 WSPA, "Legislación para la Protección Animal", [en línea], disponible en: [http://www.animalmosaic.org/Images/An%20overview%20of%20animal%20protection%20legislation\\_English\\_tcm46-28491.pdf](http://www.animalmosaic.org/Images/An%20overview%20of%20animal%20protection%20legislation_English_tcm46-28491.pdf), consulta: 23 de agosto de 2013.

23 *Ibid.*

24 Emma A. Maddux, "Time to Stand: Exploring the Past, Present and Future of Non Human Animal Standing", en: *Wake Forest Law Review*, Winston Salem, vol. 47, 2012, p. 1261-1262.



nos se ha abierto el camino hacia un enfoque más consciente del trato animal, volviéndose una prioridad para el comercio internacional. Finalmente, se podrá concluir si a partir de la normatividad en protección animal y de lo examinado en el derecho comercial internacional es posible afirmar que hoy en día existe una rama del derecho ambiental, a la que se le pueda llamar protección animal, o si por el contrario apenas se está abriendo el camino para que la comunidad internacional la empiece a considerar como tal.

Es cierto que la apertura del comercio internacional trajo grandes beneficios para el mundo. No obstante, no se puede negar que la eliminación de barreras, en muchos casos entra en conflicto con otras prácticas del derecho internacional. Un ejemplo de esto es la tensión que surge entre el comercio y el medio ambiente.<sup>25</sup> A partir de aquí se pueden expresar estándares que limiten la extensión de ciertas actividades económicas.

A nivel internacional se han visto las medidas de protección animal como barreras al intercambio comercial. Sin embargo, bajo el régimen normativo de la OMC existen las llamados regulaciones técnicas, como una medida legítima que pueden tomar los estados con el objetivo de preservar el medio ambiente, la vida, la salud de animales, personas o plantas, o la calidad de los productos. Están contenidas dentro del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante OTC), y allí son definidas como “normas o disposiciones obligatorias, que especifican las características de los productos, los procesos o los métodos de producción, para la creación de productos, terminología, símbolos, embalaje, marcado o requisitos para el etiquetado”.<sup>26</sup> Se determina, además que las medidas no podrán ser más restrictivas al comercio, de lo necesario para cumplir con los objetivos legítimamente perseguidos, teniendo en cuenta los riesgos que el no cumplimiento de estos podría generar.<sup>27</sup> Así pues, los obstáculos impuestos por medidas que pretendan preservar el medio ambiente y específicamente la protección animal no deberán ser vistos como una traba al comercio internacional, si se persigue como fin legítimo por parte de un estado y no con el ánimo de implementar políticas proteccionistas a las importaciones y exportaciones. Por el contrario una barrera real al comercio debe ser entendida como una medida irreal e irrazonable. Las regulaciones técnicas existen en relación, tanto a productos agropecuarios e industriales como a sus métodos de producción y deben cumplir tres requisitos:

- Que se aplique a un producto o grupo de productos identificable;
- Que la medida determine las características del producto y
- Que el cumplimiento de las características del producto, establecidas en la medida, sean obligatorias.<sup>28</sup>

25 Pamela Joy L. Alquisada, “Reconciling Trade and Environment: GATT Article XX Exceptions, the Chapeau and the JPEPA” *Ateneo Law Journal*, Makati, vol. 53, 2009, p. 1023-1024.

26 *Ibid.*, p. 17-19

27 Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Edinburgo, Cambridge, 2005, p. 458-460.

28 *Ibid.* p. 458-460.



No se tiene claro aun si se hace referencia a regulaciones técnicas (en los términos del OTC) cuando se habla de los métodos de producción no relacionados con el producto, es decir, aquellos donde el proceso no afecta las características del producto final. Estos son donde la protección animal presenta mayor interés, ya que el hecho de cazar o pescar un animal con un método específico o el hecho de éste haber sufrido tratos crueles durante su vida, no afecta ni la carne, ni el cuero, ni los cosméticos que fueron probados en él, es decir no afecta las características del producto final.<sup>29</sup>

Otras herramientas con las que cuenta la OMC para la protección animal son el GATT Y el AGCS (Acuerdo general sobre Comercio de Servicios), en su artículo XX<sup>30</sup> y XIV, respectivamente. Estos responden a la necesidad de los estados de promover ciertos valores sociales, los cuales obligan a los gobiernos a implementar políticas que puedan generar barreras al comercio internacional y que por ende sean inconsistentes con el régimen general de la OMC. El artículo XX del GATT se puede aplicar cuando una medida que toma un estado es inconsistente con otra provisión del Acuerdo, caso en cual se invoca el artículo para justificar la aplicación de la medida inconsistente con el GATT. Por otro lado no hay una jurisdicción explícita, esto quiere decir que en principio si la medida es legítima podría afectar a otros estados, sin que signifique que esta se encuentra excluida del espectro del artículo XX o que haya una prohibición *a priori* al afectar a otro estado.<sup>31</sup> Esto último se encuentra respaldado en el caso Estados Unidos – Atún II. El cuerpo de apelaciones se pronuncia en este sentido y determina que las medidas que los estados implementen para conseguir un fin legítimo (establecido en el Acuerdo OTC y GATT 1994) no deben ser discriminatorias hacia otros estados donde las mismas condiciones prevalezcan. Lo que se estudia en este caso es si la regulación técnica impuesta por Estados Unidos discrimina los productos mexicanos basándose en su origen. Para el cuerpo de apelaciones es claro que la medida cambia las condiciones de competencia de los productos mexicanos al interior del mercado estadounidense y este impacto desfavorable se traduce en una discriminación. De esta manera la medida va en contra del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, al proveer un trato menos favorable para los productos mexicanos. Sin embargo, la decisión no se debe, únicamente a que México se vea afectado por la medida impuesta por Estados Unidos, sino a que este último falló en demostrar que las condiciones de pesca de atún para acceder a la etiqueta “Dolphin Safe” producían una significativa reducción en la mortalidad de los delfines, respecto de otros métodos de

29 Calle Saldarriaga, M. A., *Op. Cit.* p. 18.

30 El contenido del artículo XX del GATT es el siguiente: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo [el GATT] será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: ...

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; ...”

31 Van den Bossche, P., *Op. Cit.* pp. 599-602.



pesca. Así pues, el estudio de la legitimidad de una medida restrictiva al comercio va más allá de la afectación a un estado.<sup>32</sup>

Finalmente, la lectura del artículo XX del GATT se debe hacer en dos dimensiones, en primero lugar, una medida ambiental que implique una barrera al comercio debe encontrarse dentro de los literales b), g) o a) (este último referido a la excepción de moral pública) y en segundo lugar que cumpla con los requisitos del párrafo introductorio,<sup>33</sup> es decir, que no se aplique en forma que constituya “un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en los que prevalezcan las mismas condiciones” y que no sea “una restricción encubierta al comercio internacional”.<sup>34</sup> El apartado b) del artículo XX concierne aquellas políticas que tengan por objeto medidas para la protección de la vida o salud humana, animal o vegetal. Estas a su vez deben ser necesarias para cumplir con los objetivos perseguidos. La OMC ha entendido el término “necesaria” como la falta de otras alternativas bajo el GATT, es decir, esta debe ser la única medida posible para alcanzar los objetivos de preservar la vida o la salud de personas, animales o plantas y debe ser la menos restrictiva posible para el comercio internacional.<sup>35</sup> El apartado g), se refiere a métodos para la conservación de recursos no renovables, estos deben ser entendidos en un sentido amplio, es decir, no solo como aquellos minerales o “no vivos”, sino también especies vivas que puedan agotarse. Por otro lado, según la OMC para que una medida sea relativa a la conservación de los recursos naturales es necesario establecer que existe una relación sustancial entre ella y la conservación del recurso. Además para justificar la aplicación del apartado g), una medida que afecte las importaciones debe aplicarse conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional. Finalmente en la interpretación del artículo XX del GATT se debe observar que la medida sea acorde a lo estipulado en el preámbulo. Para la implementación de políticas medio ambientales se exige, entonces la aplicación de la buena fe, es decir, el derecho de los estados a la aplicación de las excepciones del GATT debe ser utilizado para proteger intereses legítimos y no como excusa para eludir las obligaciones ante la OMC. Por último no puede constituir una restricción encubierta al comercio internacional, es decir, no puede ser una forma de proteccionismo y esto será determinado caso por caso según la jurisprudencia de la Organización.<sup>36</sup>

Una de las medidas que más resultados ha dado y con la cual se ven materializadas las regulaciones técnicas y las normas de producción, en el derecho de bienestar animal es el “etiquetado ecológico”. Este promueve en el mercado la implementación de valores éticos relacionados con el medio ambiente. Estas etiquetas informan al consumidor acerca de las

32 World Trade Organization. “United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products”. *Reports of the Appellate Body*. WT/DS381/AB/R. 16 de mayo de 2012. pp. 80-115.

33 Van den Bossche, P., *Op. Cit.* pp. 599-602.

34 “Organización Mundial del Comercio (OMC). “Obstáculos Técnicos al Comercio. Sección Temas Comerciales”, Sitio web de la OMC, [en línea], disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tbt\\_s/tbt\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm), consulta: 23 de septiembre de 2013.

35 Van den Bossche, P., *Op. Cit.* p. 608-611.

36 Organización Mundial del Comercio (OMC). *Op. Cit.*, sin paginación.



características del producto que se está adquiriendo, donde se advierte no solo la calidad del mismo, sino también los métodos de producción utilizados, la eliminación de residuos, entre otros. Cada vez los consumidores reclaman la presencia de este tipo de etiquetas, por un lado con el ánimo de saber qué características tiene el producto, y por otro por la preocupación que genera saber cómo son las condiciones de vida y muerte de los animales, ya no solo en cuanto productos de consumo, sino también de belleza (por la experimentación con animales en la moda, por el uso de pieles y cuero, entre otros productos).<sup>37</sup> Sin embargo estas obran como un estándar voluntario para los productores, mientras que las regulaciones técnicas impuestas en cada estado y por medio de tratados multilaterales son de obligatorio cumplimiento. Es aquí donde radica la importancia de crear acuerdos internacionales donde se incluyan normas en cuanto a regulación de métodos de producción y de comercio internacional, con el ánimo de terminar con el unilateralismo. Sería, incluso más cómodo para los productores tener una normatividad y una organización internacional que permita la estandarización y armonización de normas en cuanto a bienestar de los animales. Así los estados se encontrarían jurídicamente obligados a cumplir con dichos estándares. De otra manera cuando un estado toma una medida como la imposición de una barrera comercial, de manera unilateral y no es apoyada por los demás estados con quienes tiene relaciones comerciales, se hará difícil su ejecución y cumplimiento.<sup>38</sup>

En la Organización Mundial del Comercio se han generado una serie de disputas relativas a la tensión que existe entre el derecho ambiental (llegando en algunos casos a debatir, de manera indirecta, el bienestar animal, tal como sucede en los casos Estados Unidos-Atún II y CE-Productos Derivados de las Focas) y la liberalización del comercio, que implica para los estados seguir los principios rectores de la OMC. Para quienes defienden el bienestar animal los tratados de libre comercio son, en gran parte los culpables del poco avance que se tiene en este tema. Para ellos la falta de voluntad de la OMC para diferenciar los productos dependiendo de los métodos utilizados para su producción significa que los estándares en protección animal están siendo ignorados a favor de intereses comerciales.<sup>39</sup>

Por otro lado los defensores del libre comercio ven a la OMC como una fortaleza, debido a que con ella se está previniendo que un solo estado imponga sus políticas de protección animal y de esta manera avalar medidas proteccionistas. Para ellos el hecho de tener en cuenta los métodos de producción significa una regulación costosa y que va en contra de los países en vía desarrollo. En este contexto, las barreras comerciales, basadas en los métodos de producción son un hecho crucial para comprender cómo la protección animal puede sobrevivir en disputas internacionales. Adicional a esto se deben tener en cuenta las excepciones contenidas en el GATT, especialmente aquella relacionada con la moral para la defensa de las regulaciones basadas en los métodos de producción.<sup>40</sup>

37 Calle Saldarriaga, M. A., *Op. Cit.* p. 18-23.

38 *Ibid.*, p. 18-23.

39 Edward M Thomas, "Playing Chicken at the WTO: Defending an Animal Welfare-Based Trade Restriction Under GATT's Moral Exception", *Environmental Affairs Law Review*, Boston, vol. 34, núm., 3, 2007, p. 608-610.

40 *Ibid.*, p. 608-610.



Es claro que para los paneles y el órgano de apelaciones es primordial la protección al libre comercio, es decir, que ninguna medida sea más restrictiva de lo necesario o que vayan en contra de los principios rectores de la OMC, tales como el trato de nación más favorable. Sin embargo en los diferentes argumentos expuestos se puede ver que existe un interés por proteger la biodiversidad, e incluso se puede decir que se protege, al menos de manera indirecta el bienestar de los animales (especialmente en los casos Estado Unidos – Atún II y Comunidades Europeas – Medidas que Prohíben la Importación y Comercialización de Productos Derivado de las Focas). No se ve un rechazo total a la protección de los animales, por el contrario considero que hay intentos por conciliar el medio ambiente y la apertura comercial. Esto se refleja al aceptar como objetivos o fines legítimos para imponer medidas restrictivas al comercio, evitar el sufrimiento o dolor de ciertos animales. Igualmente se vislumbra la tendencia de países como Estados Unidos a invocar las excepciones ambientales contenidas dentro del artículo XX del GATT, específicamente los apartados b) y g) del mismo. Pero aún no se muestra un interés por argumentar apelando a la excepción contenida en el apartado a), es decir, la excepción moral.

Además de los anteriores, existe un caso importante para la protección animal debido a que está basado en el juicio moral que se hace a los métodos de producción. Por su argumentación intenta proteger el bienestar de los animales en general y ya no de una sola especie. En marzo de 1991 el Consejo Europeo adoptó una medida que prohibía la importación para fines comerciales de ciertos bienes, incluyendo las pieles de ocho animales donde se utilizaran métodos de captura que estuvieran por debajo de los estándares internacionales de humanidad. Posteriormente se incluye una enmienda donde se incorpora a la prohibición cinco especies más.<sup>41</sup> La prohibición fue implementada debido a que se creía que los cepos, como trampas de caza hacían sufrir a los animales en el proceso. También se daba el caso de que muchos animales, a los que no estaba dirigida la trampa, quedaban allí atrapados, muriendo sin necesidad. Esta prohibición fue a lo más, simbólica, ya que los oficiales europeos no tenían los medios para verificar con qué métodos habían sido cazados los animales de los cuales provenían las pieles o materia prima que llegaba al continente y no había forma de establecer leyes en el país de origen. Sin embargo, después de esto la Unión Europea prohibió la importación de pieles de 13 estados si estos no se comprometían a adoptar estándares de caza internacionalmente aceptados.<sup>42</sup>

Aún existe una falta de aceptación a las prohibiciones dentro del intercambio comercial basadas en métodos de producción y el GATT no incluye expresamente el método como criterio válido para diferenciar los bienes o productos. Por ende los estados no se apresuran a emitir normas legales en relación a la protección animal. No obstante, esto no se encuentra fuera

---

41 El caso EC Fur Import Ban no fue adjudicado en la OMC. Se trata de una medida implementada por el Consejo Europeo, la cual fue pospuesta para su implementación, por parte de la Comisión Europea.

42 “TED Case Studies EC Fur Import Ban”, *Sitio web de American University*, [en línea], disponible en: : <http://www1.american.edu/TED/ecfur-ban.htm>, consulta: 23 de septiembre de 2013.



de discusión para la OMC, ya que en algunas circunstancias se ha sostenido que las medidas restrictivas del comercio internacional basadas en métodos de producción pueden ser aceptadas. Dichos casos no se han tratado específicamente de protección animal, pero podrían abrir las puertas a que en un futuro se acepten este tipo de medidas.<sup>43</sup>

Por otro lado la excepción de moral pública, apartado a) del artículo XX, puede ser la base para imponer barreras al comercio con el objetivo de proteger el bienestar animal. Debido a que muchos países e incluso regiones, tales como la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá o el Reino Unido, han tomado iniciativas legislativas internas basadas en la protección animal, que restringen el comercio internacional, esto podrá tener en un futuro implicaciones bajo la OMC y se puede decir que muchas de ellas serán defendidas bajo la excepción de moral pública. El problema que se presentaría aquí sería que las medidas que apliquen los países en cuanto a la protección animal (incluidas las etiquetas ecológicas) puedan ser vistas como discriminatorias y restrictivas del comercio internacional, es decir que se encuentren en contradicción con el preámbulo del artículo XX.<sup>44</sup> Un ejemplo de la implementación de la excepción en la moral pública podría preverse para la barrera comercial que se intentó imponer por parte de la Unión Europea, en el año 2006 para incrementar los estándares de bienestar a los pollos utilizados para el consumo humano e incluyó una enmienda donde prohíbe la importación de aquellos que hayan sido criados con estándares bajos de bienestar.<sup>45</sup> Esta directiva fue aprobada por el Consejo Europeo el 28 Junio de 2007 (2007/43/EC). Una disputa frente a ella, en el ámbito de la OMC sería de gran importancia y sin duda abriría puertas para que otros países implementaran restricciones al comercio internacional basadas en la excepción moral del GATT.

A pesar de todo, y aunque se han hecho esfuerzos por prohibir importaciones de pieles o animales vivos que no cumplan con estándares internacionales de bienestar animal, estos avances tienen sin duda una gran importancia a nivel local, pero dejan muchas dudas de su trascendencia a nivel internacional. Por un lado debido a que existe la dificultad del país que implementó la prohibición de determinar qué método de producción se utilizó y por otro lado, debido a que se trata como iguales a todos los productos finales que tengan las mismas características. De esta manera resulta desalentador para los estados implementar estas medidas, ya que, quienes no observan altos estándares de bienestar en sus métodos de producción, igualmente podrá tener fácil acceso a cualquier mercado a nivel internacional. Esto sin contar con que los productos extranjeros serán sin duda más competitivos que los locales debido a que a ellos no les tocará implementar mayores estándares que se traducen en mayores costos de producción.<sup>46</sup>

---

43 Thomas, E., *Op. Cit.* p.110-111

44 M.A, Calle Saldarriaga, *Op. Cit.*, p. 32-33

45 Thomas, E., *Op. Cit.* p. 624-630

46 *Ibid.*, p. 624-630.



Se puede decir entonces, que a pesar de los esfuerzos unilaterales de algunos países e incluso esfuerzos regionales, por imponer medidas que restrinjan el comercio internacional en aras de proteger los animales, han sido, aun infructuosos. A pesar de los pocos avances, disputas como las mencionadas, en definitiva abren el camino argumentativo en relación a la posibilidad de invocar la moral como excepción válida. Las medidas como las etiquetas ecológicas son un buen inicio para que los estados internamente aumenten los estándares de protección a los animales y de esta manera consumidores y productores, como actores económicos decisivos empiecen a generar un cambio en las prácticas comerciales.

Finalmente, todo recae en el hecho de estar frente a una normatividad internacional que proteja a los animales de forma indirecta o instrumental y en el problema de seguirlos viendo como objetos de utilidad para el hombre y no como individuos que merecen un reconocimiento jurídico autónomo.

Lo anterior repercute directamente en el comercio internacional, ya que este implica el intercambio de bienes y servicios entre actores económicos, a nivel internacional. Al no existir una normatividad que proteja los animales directamente, y que cree estándares de producción y comercialización, tanto de productos derivados como de animales vivos, no se podrá decir que el comercio internacional se preocupa por el bienestar de los animales. Esto se debe a varias cuestiones: primero, no existen tratados internacionales que, como se menciona, contengan una normatividad vinculante para los estados firmantes, mucho menos existe una organización internacional que se dedique específicamente a velar por que las prácticas de comercio sean acordes al bienestar animal. Segundo, Dentro del comercio internacional todos los productos finales con idénticas características son presentados como iguales, de manera que no tiene relevancia el modo en que el animal fue tratado durante su vida o si se le infligió alguna clase de sufrimiento innecesario al momento de su muerte. Esto deja como consecuencia, que al no existir acuerdos multilaterales vinculantes, ni una organización internacional que vele por el bienestar animal, primero los países que intentan crear soluciones a la explotación animal se queden solos en esto, ya que no existe nada que obligue al resto a cumplir con estándares más altos de producción. Por otro lado la OMC (la cual tiene como objetivo principal velar por la liberalización de la actividad comercial a nivel mundial), encontrará, por obvias razones más argumentos para fallar a favor de la eliminación de barreras comerciales que de la imposición de estas, por más altruistas que sean los motivos. Esto hace que para quienes han intentado imponer barreras a la importación y exportación de productos, en razón del bienestar animal aun sea muy difícil una argumentación basada en la excepción moral del GATT. Incluso sin un tratado internacional, la argumentación de los apartados b) y g) del artículo XX ha generado grandes dificultades.

Considero que aunque aún no existen normas internacionales que permitan que el intercambio comercial sea más consciente de la necesidad de proteger el bienestar de los animales, como seres sintientes, los avances que se han venido dando son un gran paso en la dirección correcta.



## Conclusión

La expedición de políticas de bienestar animal, a nivel internacional ha presentado dos inconvenientes. Por un lado, el hecho de no haber una legislación internacional en protección animal no hace posible la unificación de criterios para imponer regulaciones y estándares que los protejan. Por otro lado, no se han generado acuerdos bilaterales, a partir de los cuales puedan surgir obligaciones para los estados en cuanto a los métodos de producción de bienes derivados de los animales o incluso en animales vivos, lo que implica esfuerzos unilaterales infructuosos. En relación a esto se presenta otro inconveniente a nivel jurisprudencial, ya que es difícil para un estado defender ante la OMC una medida restrictiva al comercio basada en la prohibición de ciertos métodos de producción, debido a que el GATT (artículo III) no diferencia los productos bajo este criterio. Finalmente el camino para proteger los animales ante la OMC se ha abierto poco a poco mediante las disputas, que sin duda introducen cada vez más consideraciones morales y que han sido presentadas por parte de estados que han realizado esfuerzos significativos en cuanto a la protección directa de los animales. La OMC no está en contra de la protección a los animales de una manera tajante, por lo que será responsabilidad de los estados miembros acordar una forma de implementar medidas equitativas de protección animal que se puedan alcanzar a través del tiempo.



## Bibliografía

- Alquisada, Pamela Joy L. “Reconciling Trade and Environment: GATT Article XX Exceptions, the Chapeau and the JPEPA” *Ateneo Law Journal*, Makati, vol. 53, 2009.
- Bousfield, Barry y Brown, Richard. ““Animal Welfare”, en: *Veterinary Bulletin- Agricultures, Fisheries and Conservation Department Newsletter*, vol. No. 1, núm. 4, noviembre 2010, [en línea], disponible en: [http://www.afcd.gov.hk/english/quarantine/qua\\_vb/files/AW8.pdf](http://www.afcd.gov.hk/english/quarantine/qua_vb/files/AW8.pdf). p. 1-3, consulta: 23 de agosto de 2013.
- Brels, Sabine. “La Protección del bienestar animal: una preocupación universal que se debe considerar globalmente y seriamente en Derecho internacional”, *Web Center de los Animales con Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona y Fundación Afinity* (2012), [en línea] disponible en: <http://www.derechoanimal.info/images/pdf/S.Brels-Animal-Welfare-Protection-in-International-Law-esp.pdf>, consulta: 23 de septiembre de 2013.
- Brennan, Andrew y Lo, Yeuk-Sze, “Environmental Ethics”, en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), [en línea], disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/ethics-environmental/>, consulta: 23 de agosto de 2013
- Bruckerhoff, Joshua J. “Giving Nature Constitutional Protection: A Less Anthropocentric Interpretation of Environmental Rights”, en: *Texas Law Review*, Austin, vol. 86, 2008, p. 618
- Calle Saldarriaga, Maria Alejandra. “Technical Standards and labeling measures related to Animal Welfare: An analytical view from Article XX of GATT and the TBT Agreement”, en: *Master in International Economic Law and Policy 2008-2009. Final Research Paper*, University of Barcelona, 2009.
- Cárdenas, Alexandra y Fajardo, Ricardo. *El derecho de los animales*. Bogotá, Editorial Legis, 2007.
- Gruen, Lori. “The Moral Status of Animals”, en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012), [en línea], disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/moral-animal/.sp>, consulta: 23 de agosto de 2013.
- IATA Live IATA Live Animals Regulation, Página web de IATA, [en línea], disponible en: <http://www.iata.org/publications/Pages/live-animals.aspx>, consulta: 9 de noviembre de 2013.
- León Guzmán, Marlene. “El Bienestar Animal en las Legislaciones de América Latina”, en: *Revista de Ciencias Veterinarias de la Universidad Nacional*, Heredia, núm. 24, 2006.
- Maddux, Emma A. “Time to Stand: Exploring the Past, Present and Future of Non Human Animal Standing”, en: *Wake Forest Law Review*, Winston Salem, vol. 47, 2012, p. 1261-1262.



Organización Mundial del Comercio (OMC). “Obstáculos Técnicos al Comercio. Sección Temas Comerciales”, *Sitio web de la OMC*, [en línea], disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tbt\\_s/tbt\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm), consulta: 23 de septiembre de 2013.

Salt. Henry S. *Animal's Rights: Considered in Relation to Social Progress*, Nueva York, Macmillan & Co, 1894.

TED Case Studies EC Fur Import Ban, *Sitio web de American University*, [en línea], disponible en: : <http://www1.american.edu/TED/ecfurban.htm>, consulta: 23 de septiembre de 2013.

ThomaS, Edward M. , “Playing Chicken at the WTO: Defending an Animal Welfare-Based Trade Restriction Under GATT’s Moral Exception”, *Environmental Affairs Law Review*, Boston, vol. 34, núm., 3, 2007.

Van den Bossche Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Edinburgo, Cambridge, 2005

WSPA. “Legislación para la Protección Animal”, [en línea], disponible en: [http://www.animalmosaic.org/Images/An%20overview%20of%20animal%20protection%20legislation\\_English\\_tcm46-28491.pdf](http://www.animalmosaic.org/Images/An%20overview%20of%20animal%20protection%20legislation_English_tcm46-28491.pdf), consulta: 23 de agosto de 2013.



# FALTA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR INTERNACIONAL COMO SITUACIÓN QUE DESFAVORECE EL DESARROLLO ECONÓMICO GLOBAL

---

LACK OF PROTECTION OF THE INTERNATIONAL CONSUMER AS AN ADVERSE  
SITUATION FOR THE INTERNATIONAL ECONOMIC DEVELOPMENT

---

 Por: Cristina Aristizábal -Johnson<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 15 marzo de 2014

Fecha de aprobación: 12 de mayo 2014

## **Resumen**

*Debido a la globalización, figuras como la del Consumidor Internacional han ido tomando fuerza. A pesar de esto, dentro de los Estados no se ha desarrollado para él una protección mínima, la cual garantice todos los derechos que se le adscriben en las directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor. Este trabajo pretende demostrar la importancia de este actor para el desarrollo económico, la gravedad de las consecuencias que acarrea su falta de protección, la insuficiencia doctrinal en la materia y los elementos que es necesario tener en cuenta a la hora de hacer propuestas para su regulación.*

**Palabras Claves:** *Consumidor internacional, Desarrollo económico, Falta de protección, Vulnerabilidad, Elementos para la protección.*

---

<sup>1</sup> Cristina Aristizábal Johnson. Estudiante de derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. [carist23@eafit.edu.co](mailto:carist23@eafit.edu.co)



## ***Abstract***

*Due to globalization, concepts like International Consumer have been taking force. Despite of this, there has not been introduced any regulation tending to cover all the rights given to this Consumer in the United Nation directives for consumer protection. This article wants to show the importance of this actor for the economic development; the severity of the consequences that come with his lack of protection; the doctrinal insufficiencies in the topic; and the elements which are necessary to take into account at the time of making proposals for its regulation.*

***Key words:*** *International consumer, Economic development, Lack of protection, Vulnerability, Elements for protection.*



## Introducción

Durante los últimos años y debido a la globalización, han aparecido nuevos actores en el mundo del derecho; específicamente nos encontramos con el consumidor internacional. Como su aparición ha sido tan reciente y acelerada, para los Estados ha sido un reto ponerse al día con su regulación: los que se han percatado de su existencia lo han regulado de manera indeficiente; y los que no lo han hecho o han ignorado su importancia, no han creado normas de ninguna clase, dejando a este actor jurídicamente desprotegido.

La importancia de este ensayo radica en la falta de conciencia que la comunidad internacional tiene sobre la necesidad de proteger al consumidor internacional. Muy pocos doctri- nantes, juristas y organizaciones se han preocupado por identificar y resolver el problema, puesto que ven en ello algo que puede solucionar fácilmente el derecho interno o que puede analizarse analógicamente al comercio electrónico. Sin embargo, como se trata de una situ- ación nueva y especial, requiere una regulación igualmente específica, la cual satisfaga una protección completa de este actor.

Mi objetivo es demostrar como la falta de protección del consumidor internacional desfa- vorece el desarrollo económico global. Para lograrlo, el ensayo se desarrolla resolviendo los siguientes interrogantes: ¿quién es el consumidor internacional?; ¿porqué es importante el consumidor internacional en el desarrollo económico global?; ¿Porqué se puede afirmar que hay una falta de protección de este actor?; ¿Porqué son insuficientes las propuestas de regulación en materia del consumidor internacional?; y finalmente, ¿Cuáles son las conse- cuencias a las que lleva la falta de protección del consumidor internacional para el desarrollo económico y para el derecho?

### ¿Quién es el consumidor internacional?

Para poder desarrollar el tema, es importante primero definir a quién entendemos por con- sumidor internacional. Dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, la ley 1480 define al consumidor como “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la sat- isfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.”<sup>2</sup> El consumidor internacional, si bien tiene las mismas características que el consumidor nacional, se domicilia en un Estado dife- rente al del comerciante del cual adquiere el bien. Esto hace la relación de consumo inter- nacional más compleja que la de consumo nacional, pues puede llegar a incluir elementos adicionales como labores de importación o un contrato de transporte.

Es también importante para comprender el concepto aclarar la relación entre el consumo

---

2 Colombia, Congreso de la república, Ley, Ley 1480 por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposicio- nes, Bogotá, Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011, art.5.



internacional y el comercio electrónico, de manera que evitemos caer en el error de confundir ambas figuras. El estatuto del consumidor colombiano entiende por comercio electrónico “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios”<sup>3</sup>.

Habiendo aclarado esto, podemos entender que las diferencias entre ambas figuras son las siguientes: El consumidor internacional en la mayoría de los casos puede ser resultante de una contratación electrónica, pues este es el medio que más ha permitido la difusión del comercio internacional; sin embargo, no siempre es así, pues dicha relación jurídica puede venir también de otra clase de transacción. Adicionalmente, el comercio electrónico no siempre da lugar a la relación comerciante – consumidor, debido a que también puede llevar, por ejemplo, a relaciones entre dos comerciantes<sup>4</sup>. Finalmente, el comercio electrónico también puede dar lugar a transacciones nacionales, cuando tanto el vendedor como el consumidor se encuentran dentro del mismo Estado.

Lo anterior nos demuestra que no solo no existe identidad entre ambas figuras, sino que tampoco hay una relación genero-especie, razón por la cual quienes igualan ambas situaciones incurrir en un mal uso del lenguaje por no saber delimitar estos términos, y traen como consecuencia una falta de protección del consumidor internacional.

## La importancia del consumidor internacional en el desarrollo económico global

Una vez definido el concepto de consumidor internacional, es necesario analizar de qué forma influye en el desarrollo económico global, lo que nos permitirá ver que tan graves pueden ser las consecuencias de su falta de protección.

El Banco Mundial define desarrollo económico como “Cambio cualitativo y reestructuración de la economía de un país en relación con el progreso tecnológico y social”<sup>5</sup>. Es importante diferenciar el concepto de desarrollo económico al de crecimiento económico, pues solo es el primero el que se debe buscar en un Estado Social de Derecho. El crecimiento económico es el mero “cambio cuantitativo o expansión de la economía de un país”<sup>6</sup>, el cual, cuando se produce con un uso más productivo de todos los recursos, es decir, que se dé un crecimiento de manera “intensiva”, genera un mayor ingreso por habitante y mejora el nivel de vida<sup>7</sup> de

3 *Ibid.* Art 49.

4 María José Reyes López, et al., *Derecho privado del consumo*, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 2005, pp. 368

5 World Bank, “glosario”, sitio Web del Banco Mundial, [En línea], disponible en: <http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondsp/glossary.html>, consulta: 20 de Septiembre de 2013.

6 *Ibid.*

7 El Banco Mundial también define nivel de vida como “el grado de bienestar (de un individuo, un grupo o la población de un país), medido por el nivel de ingresos o por la cantidad de bienes y servicios consumidos”.



los individuos de una sociedad. Que el crecimiento económico se logre de forma intensiva es una condición para hablar de desarrollo económico.

En suma, vemos que el desarrollo económico lo que busca realmente es que un Estado reestructure su economía de manera que los individuos tengan un mejor nivel de vida, el cual se puede medir por la cantidad de ingresos per cápita o por la cantidad de bienes y servicios consumidos por éstos<sup>8</sup>. El desarrollo económico debe evaluarse entonces desde los individuos.

Cualquier modificación en el concepto de consumidor es un cambio en el derecho económico, por lo tanto, lo es también en la estructuración de la economía de un Estado. Si reemplazamos el enfoque tradicional que se le da a éste actor como un individuo cuyas relaciones se dan a un nivel nacional, y lo volvemos uno que se ve envuelto en una situación internacional, estamos transformando el concepto que se tenía, por uno nuevo de consumidor internacional.

El individuo como consumidor siempre va a buscar maximizar sus beneficios, de manera que actuará en aras de adquirir más bienes con la misma renta: siempre va a comprar los productos que, ajustándose a sus preferencias, tengan un precio menor. Debido a la reducción de los fletes y a la facilidad que ofrece la tecnología para hacer compras en el exterior, muchas veces a un consumidor le va a salir más barato comprar los bienes en un país extranjero, ya que allí el bien que desea tiene un costo final (incluyendo flete, impuestos, entre otros) menor al que obtendría en su propio Estado.

Lo anterior se puede dar debido a que algunos países tienen la posibilidad de producir más barato. Según Adam Smith, esto se puede justificar porque hay algunas naciones que frente a ciertos productos tienen unas ventajas absolutas. Estas ventajas pueden ser naturales como la tierra, el clima y la riqueza mineral; y ventajas adquiridas, como las habilidades y las técnicas especiales<sup>9</sup>. Posteriormente, David Ricardo expone el principio de la ventaja comparativa, el cual excluye la necesidad de una ventaja absoluta para que el comercio internacional pueda ser beneficioso para todos: si hay una nación que no tiene una ventaja absoluta en ninguno de los productos, debe dedicarse a producir el bien en el cual es menos ineficiente<sup>10</sup>.

Finalmente, otra causa de bajos costos de producción es el grado de neoliberalismo dentro de un Estado en materia de derecho laboral. Rodrik en el 2002 bautizó como *The Augmented Washington Consensus* a un nuevo set de políticas adoptadas por agencias multilaterales y economistas para finales de 1980, quienes las consideraban como necesarias para alcanzar el desarrollo económico<sup>11</sup>. Dentro estas se encuentra la flexibilización del mercado laboral,

8 World Bank, "glosario", sitio Web del Banco Mundial, [En línea], disponible en: <http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondsp/glosary.html>, consulta: 20 de Septiembre de 2013.

9 Adam Smith, *the wealth of nations*, Nueva York, Modern library, 1937, pp. 424-426

10 Robert J. Carabaugh, *Economía Internacional*, 12° Edición, México, CENGAGE Learning, 2009, pp. 31-32

11 John Marangos, *What happened to the Washington Consensus? The evolution of international development policy*, The journal of Socio-Economics 38, Greece, 2009.



es decir, mantenerlo desregulado. Esto se ve reflejado en el costo final del bien de la siguiente manera: si un comerciante se encuentra en un Estado con una baja regulación laboral, la mano de obra va a ser más barata, por lo que el costo total de producción del bien va a ser menor que el de otro comerciante cuyo Estado tenga una fuerte protección del trabajador, porque va a tener que responder por obligaciones como prestaciones sociales.

El consumidor es inteligente, y sabe que si tiene un conglomerado de oferentes global, puede maximizar su beneficio. Lo explicaré en el siguiente ejemplo: al país X le sale menos costoso producir vestidos; al país Y lámparas; y al país R zapatos. Cada uno de estos vende más barato lo que le vale menos producir, debido a que tiene una ventaja absoluta o comparativa. El consumidor A vive en el país W, que no tiene ventaja absoluta en la producción de zapatos, ni de vestidos ni de lámparas; pero sí tiene muy bajos costos en la producción de comida. Este consumidor A tiene una renta de 100, lo que en su país le alcanza para comida, y para comprar ó zapatos, ó vestidos ó lámparas; pues en el país W su precio es muy alto. Debido a la globalización y a la posibilidad de un consumo internacional, el consumidor A va a poder adquirir en cada uno de los países el producto que es bueno produciendo, por lo que ya no le va a alcanzar solamente para comprar comida y uno de los tres productos, sino que ya va a poder adquirir, con un mismo nivel de renta, comida, vestidos, lámparas y zapatos. De esta forma, el consumidor A va a aumentar su nivel de vida, pues va a poder adquirir una mayor cantidad de bienes.

De esta forma podemos concluir que el consumo internacional es clave en el desarrollo económico, pues el individuo es el que se va a ver al final beneficiado con una oferta más amplia, dentro de la cual tendrá más opciones para elegir según sus preferencias. Todo este esquema funciona si se parte de la base que hay una libre competencia y que los derechos del consumidor internacional están plenamente garantizados.

## Falta de protección que tiene el consumidor internacional

A pesar de la importancia que tiene el hecho que el consumidor internacional tenga una serie de normas que lo protejan, los Estados no han desarrollado un marco jurídico suficiente para este fin. Según las directrices de las Naciones Unidas, es importante que se les resguarden los derechos de seguridad, salud, acceso a la información, compensación efectiva, libre asociación y consumo sostenible. También considera que se les deben proteger sus intereses económicos, por medio de la toma de medidas que aseguren la libre competencia y la eficacia de los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas<sup>12</sup>.

Para poder que se dé una protección integral de todos estos derechos, es necesario: en primer lugar, la creación de una normatividad que, abarcando todos los derechos enuncia-

12 Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Directrices, *Directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor*, [En línea], disponible en: <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/un-guidelines-on-consumer-protection#.UkrfEt-KUbPx>, consulta: 23 de Septiembre de 2013



dos en las directrices de Naciones Unidas, incluya todos los elementos característicos del consumo internacional, teniendo en cuenta la diferencia de éste con el consumo nacional<sup>13</sup> y con el comercio electrónico.

Por otra parte, es necesaria la creación de organismos internacionales o la cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados, de manera que se puedan hacer cumplir las normas existentes y que resguarden los derechos que estas disposiciones no alcanzan a cubrir.

En tercer lugar, lo dicho anteriormente debe desarrollarse con una mirada a las instituciones y normatividades existentes, en el sentido que ya hay una serie de organismos que pueden ser muy útiles si cada país las acoge; favoreciendo así la eficacia de éstos, haciendo un engranaje de más simple comprensión para el consumidor y evitando saturar el sistema internacional. Adicionalmente, no bastará con que la protección esté en unos Estados y en otros no, pues la idea es lograr una oferta para los consumidores a nivel mundial en la que puedan encontrar sus derechos cubiertos con quien sea que contrate, para lo que será necesaria una normatividad con un ámbito de aplicación territorial suficientemente amplio. Finalmente, a la hora de implementar propuestas, es necesario que éstas se lleven a cabo maximizando la eficiencia de los recursos públicos, para lograr un “crecimiento económico de manera intensiva”<sup>14</sup>.

En Colombia el consumidor internacional se encuentra gravemente desprotegido. Desde la misma definición que la ley 1480 ofrece de consumidor y el desarrollo que le da a su protección, podemos ver que lo hace solo en mira de las relaciones nacionales. Además, si bien es cierto que el Estatuto del consumidor prevé la existencia del comercio electrónico y de la contratación a distancia, es una regulación insuficiente para el consumidor internacional, porque no solo olvida incluir los elementos característicos de esta relación, sino que no garantiza una protección completa de todos los derechos de este sujeto. Esto lo que hace es demostrarnos, o bien que el legislador colombiano no prevé la existencia del consumidor internacional, o bien que la está confundiendo con el comercio electrónico. Otro ejemplo de falta de protección de este actor en el ordenamiento jurídico colombiano, se da en el plano de la negociación del TLC con EEUU, pues en esta materia solo se logró implementar medidas tendientes a proteger los derechos de salud y seguridad, dejando desamparados los demás.

En la Unión Europea, el panorama tampoco es alentador. Debido al mayor y constante intercambio de bienes y servicios dentro de los miembros pertenecientes a este bloque, se hace más latente la necesidad de protección del consumidor internacional. En España, por

13 Un ejemplo de diferencia entre el consumo internacional y el nacional es que en muchos casos, en las relaciones del internacional, se incluye la obligación de transporte del bien desde el domicilio del comerciante hasta el lugar indicado por el consumidor. Lo anterior hace las políticas de cambio y retorno más difíciles y onerosas por la distancia.

14 World Bank, “glosario”, sitio Web del Banco Mundial, [En línea], disponible en: <http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondsp/glossary.html>, consulta: 20 de Septiembre de 2013.



ejemplo, existe el texto refundido de la ley para defensa de consumidores y usuarios, el cual es muy fuerte en materia de protección al consumidor, y debido a su naturaleza, podría ser aplicado a una relación de consumo internacional. En muchos países europeos podemos encontrar leyes como la española. Sin embargo, Según Elvira Méndez Pinedo, el acceso de los consumidores a la justicia en las reclamaciones transfronterizas es uno de los puntos débiles en la integración económica europea, pues no tienen órganos suficientes y eficaces que permitan una buena resolución de sus disputas<sup>15</sup>.

Debido a lo generalizada que es esta situación y a su gravedad, la comunidad de consumidores internacionales se ha unido para crear diferentes organizaciones que les han permitido alcanzar unos mínimos. Algunas de estas son: ICPEN (International Consumer Protection and Enforcement Network) que busca, a través de bases de datos, conferencias, campañas, seminarios, entre otros; lograr suficiente información para el consumidor sobre operaciones transfronterizas<sup>16</sup>. El sitio web [www.ecommerce.gov](http://www.ecommerce.gov), iniciativa de ICPEN, es donde consumidores de varios países pueden enviar sus quejas sobre el comercio electrónico transfronterizo<sup>17</sup>. ICPSC (International Consumer Products Safety Caucus), por último, consiste en el intercambio de información acerca de la seguridad de los productos<sup>18</sup>.

A pesar que estos organismos pueden ser muy útiles, no cumplen todos los requisitos mencionados anteriormente, los cuales son necesarios para que podamos decir que se están salvaguardando la totalidad de los derechos de este actor.

## Insuficiencia de la doctrina en materia del consumidor internacional

La doctrina en materia de consumidor internacional es bastante escasa y difusa. Resulta difícil saber si este silencio se debe a una mera ignorancia de la existencia de este actor, o a que los doctrinantes consideran que basta con el derecho interno (normatividad sobre consumidor nacional) y la regulación del comercio electrónico o a distancia. Lo que sí es un hecho es que hay muy poco desarrollo, y lo poco que existe se limita a situaciones muy específicas de consumo internacional, como por ejemplo, al consumidor de servicios financieros. En el caso de Colombia, dentro de lo poco que hay en el tema, nos encontramos lo siguiente: en razón al TLC con EEUU, Ortiz y Quintero realizan una serie de propuestas para mejorar la protección al consumidor<sup>19</sup>. Sin embargo, en éstas nos podemos encontrar con que, igual que

15 Elvira Méndez Pinedo, *la protección de consumidores en la Unión Europea*, Madrid, MARCIAL PONS, 1998, pp.23

16 International Consumer Protection and Enforcement Network, Sitio Web de ICPEN, [En línea], disponible en: <http://icpen.org>, consulta: 25 de Septiembre

17 International Consumer Protection and Enforcement Network, "What We Do", Sitio Web de ICPEN, [En línea], disponible en: <http://icpen.org/for-consumer-experts/what-we-do/network-activities-1>, consulta: 25 de Septiembre

18 International Consumer Product Safety Caucus, "About the ICPCSC", Sitio Web de ICPCSC, [En línea], [http://www.icpsc.org/About\\_the\\_ICPCSC.html](http://www.icpsc.org/About_the_ICPCSC.html), consulta: 25 de Septiembre

19 Alfonso David Ortiz López, Jorge Andrés Quintero Lee, "Derecho del consumidor en el marco del tratado de libre comercio con Estados Unidos de América", [En línea], disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/644/1/80765859.pdf>, consulta: 28 de Septiembre de 2013



las normas ya existentes, mantienen una postura limitada a lo nacional sobre los organismos que se necesitan, pues no buscan una mayor interconexión entre los Estados. Proponen desarrollar únicamente instituciones con EEUU, pudiendo extenderlas a también a relaciones con otros países. Adicionalmente, dichas propuestas no las desarrollan de manera que puedan proteger todos los derechos que tiene el consumidor, por lo que vistas en conjunto, son incompletas. Finalmente, si bien reconocen la existencia del consumidor internacional, no distinguen su relación con la del consumidor nacional, dejando de lado los elementos característicos del consumo internacional, los cuales es necesario tenerlos en cuenta para la elaboración de propuestas de esta clase.

Su primera propuesta es que se fortalezca la legislación interna en materia de protección al consumidor<sup>20</sup>. Frente a esta se considera que, si bien este fortalecimiento puede favorecer el consumidor nacional, esto no le ofrece ninguna garantía al consumidor internacional si no se incluyen disposiciones que le permitan tener una cobertura de todos sus derechos, para lo cual es necesario que se tengan en cuenta los elementos característicos que contiene su relación.

Una segunda propuesta es “la creación de mecanismos administrativos de expedita solución de conflictos en materia de protección al consumidor”<sup>21</sup>. Es importante que se creen entidades para resolver disputas en esta materia; sin embargo, es necesario que junto con estas se generen políticas para la ejecución de las decisiones de estos organismos en otros países, pues sin esto realmente se estaría creando una institución ineficaz. También se considera fundamental que se trate de procesos muy rápidos y poco onerosos, pues en muchos casos se tratará de disputas por una mínima cuantía.

Una tercera propuesta consiste en la creación de una Procuraduría Bilateral del Consumidor, la cual se encargaría de seguir el proceso desde el momento de la producción, hasta el momento que llegue al consumidor<sup>22</sup>. El problema con esta procuraduría es que sería un mecanismo de muy oneroso funcionamiento, por lo que sería difícil de mantener. Podría lograrse el mismo fin con la cooperación entre las autoridades de cada uno de los Estados, y no nos estaríamos saturando de instituciones que cumplan las mismas funciones. En este orden de ideas sería más eficiente, en vez de crear nuevos instrumentos, invertir capital en los organismos ya existentes, de manera que tengan un mayor presupuesto para trabajar. De ser así estaríamos generando eficiencia de los recursos públicos, lo que nos lleva a un crecimiento económico de manera intensiva.

Su cuarta propuesta es crear una comisión defensora del consumidor, donde puedan ser elevadas las quejas de los consumidores<sup>23</sup>. A pesar que se trata de una institución fundamental, debemos recordar que ya existe un mecanismo internacional que cumple esta misma función, que es el sitio web [www.ecommerce.gov](http://www.ecommerce.gov), por lo que no es necesario crear una

---

20 *Ibíd.*

21 *Ibíd.*

22 *Ibíd.*

23 *Ibíd.*



institución nueva. Inclusive, es mucho más efectivo si todos los Estados se adhieren a ésta iniciativa de ICPEN: se le garantizaría una mayor eficacia, debido a que tendría más margen de actuación por la competencia que cada país le daría para la resolución de disputas y ejecución de decisiones.

Su quinta propuesta es la creación de centros de atención directa al consumidor<sup>24</sup>, los cuales se encargarían de brindar asesoría a este actor sobre cómo proceder cuando sienta vulnerados sus derechos. Esta institución si tendría mucho sentido, y es necesario que haya una en cada Estado debido a la complejidad de la transacción y del engranaje institucional que hay para la protección de sus derechos.

Lo último que plantean es instaurar un régimen de sanciones conveniente en el que, de manera ejemplarizante, se impongan condenas contra todo agente que cometa infracciones que atenten de manera directa o indirecta los derechos que se le reconocen al consumidor<sup>25</sup>. No se considera necesario instaurar un régimen de sanciones diferente. En países con una hiperinflación legislativa como Colombia, es más eficiente hacer efectivas las sanciones que ya están consagradas, y una vez reguladas las relaciones de consumo internacional, mantener las penalizaciones existentes pero aplicándolas en esta nueva dimensión. También es importante en este caso la cooperación con otros Estados para que, una vez encontrada la responsabilidad de un comerciante de un país diferente al que pronunció la decisión, los funcionarios del Estado donde se encuentra domiciliado dicho empresario ejecuten las medidas sancionatorias.

El caso en países como Colombia es muy preocupante, pues aparte de que no se les tutela a los consumidores internacionales ninguno de sus derechos, las propuestas que se realizan para su protección son insuficientes. Lo más importante a la hora de legislar en esta materia, es que se tengan en cuenta todos los elementos necesarios para que podamos hablar de una protección completa, a saber: primero, una normatividad que abarque todos los derechos del consumidor internacional; segundo, que esta contenga todos los elementos característicos del consumo internacional; tercero, que se haga con una mirada a las instituciones y normatividades ya existentes; cuarto, que se logre una normatividad con un ámbito de aplicación territorial lo suficientemente amplio; y quinto, que las propuestas se desarrollen utilizando de manera eficiente los recursos públicos.

## Consecuencias de esta falta de protección al consumidor internacional

Dejar la distribución de los bienes y servicios al mercado genera fallas. El derecho es el encargado de corregirlas, de manera que se pueda alcanzar “la equidad y la justicia a través de la correcta redistribución de los bienes escasos”<sup>26</sup>. Adicionalmente, es objetivo del derecho lograr el equilibrio “en las relaciones sociales, bien sea entre particulares, entre particulares

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Felipe Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp 62.



con el Estado o entre Estados”<sup>27</sup>. Es el Estado quien debe nivelar nuevamente las relaciones desiguales a favor del más débil.

El derecho entonces es el encargado de salvaguardar al consumidor internacional. Sin embargo, como vimos anteriormente, éste se encuentra desprotegido, lo que puede dar lugar a dos consecuencias:

La primera consecuencia consiste en que el nivel de vida de los individuos alrededor del mundo no va a aumentar, puesto que van a preferir adquirir los bienes a un precio más alto dentro de sus países donde si tienen garantizados sus derechos, que en el exterior donde tienen inseguridad jurídica. Esto lleva a que no puedan adquirir una mayor cantidad de bienes con la misma renta, o a que no van a tener la misma capacidad de ahorro que tendrían con el consumo internacional, debido a que no resultará ningún excedente de sus transacciones. En suma, no se va a ver favorecido el desarrollo económico.

La segunda consecuencia es que, siendo el derecho una herramienta para la protección de la parte débil, se estaría quedando corto. Esta situación se produce cuando los consumidores prefieren tomar el riesgo de comprar los bienes en el extranjero, aunque no tengan las suficientes garantías. De ser así; primero, los consumidores se ven desprotegidos frente a los abusos de los empresarios, debido a que la única forma de hacer valer sus derechos sería en los tribunales del domicilio del comerciante. Segundo, si decidiera tomar acción contra el vendedor, sería algo muy oneroso para el consumidor por la lejanía y preferiría desistir de sus reclamaciones por tratarse de una mínima cuantía. Esto, aparte de mostrar la insuficiencia del derecho para lograr el equilibrio en las relaciones, estaría llevando a que se le pusieran barreras muy grandes a este actor para el acceso a la justicia.

Ambas consecuencias de la falta de protección al consumidor internacional son indeseables, tanto para el derecho como para el desarrollo económico. Es por esto que se debe tomar acción para prevenirlas antes de que la cantidad de estos actores aumente. Si permitimos que esta situación se desborde podemos afirmar que, o se está dejando de lado una gran oportunidad para aumentar el desarrollo económico, o se está siendo condescendiente con los abusos por parte de los empresarios.

---

27 *Ibíd.* Pp. 46.



## Conclusiones

El consumo internacional es clave para el desarrollo económico, pues permite mejorar el nivel de vida de los individuos. Sin embargo, esto solo podrá afirmarse si se certifica la libre competencia y el consumidor internacional tiene garantizados todos sus derechos.

A pesar de la importancia del consumidor internacional, encontramos que éste no se encuentra íntegramente protegido. Esto se debe a que no hay normatividades que resguarden todos sus derechos; y en caso de que las haya, no hay organismos que respalden el cumplimiento de estas normas.

A la hora de generar propuestas para proteger este actor, es necesario: que sean completas en el sentido de que cubran todos los derechos; que incluyan los elementos característicos del consumo internacional; que se hagan teniendo en cuenta las instituciones y normatividades ya existentes; que se busque la cooperación entre autoridades de los diferentes Estados; que ésta normatividad logre llegar a un ámbito de aplicación territorial suficientemente amplio; y que, cualquier propuesta que se realice, se implemente maximizando la eficiencia de los recursos públicos.

Es necesario generar conciencia de la falta de protección del consumidor internacional debido a las consecuencias que esto acarrea: primero, que los individuos no pueden aumentar su nivel de vida por medio del consumo internacional, desfavoreciéndose así el desarrollo económico; segundo, el derecho no está cumpliendo uno de sus objetivos fundamentales que es la protección de los más débiles, y se están poniendo grandes barreras al acceso a la justicia.



## Bibliografía

Carabaugh Robert J., *Economía Internacional*, 12° Edición, México, CENGAGE Learning, 2009.

Consumers International, “A guide to developing consumers protection law”, [En línea], disponible en: <http://www.consumersinternational.org/media/715456/a-guide-to-developing-consumer-protection-law.pdf> , Consulta: 25 de Septiembre de 2013.

Diccionario de Real Academia de la Lengua, s.v “Desarrollo” Sitio Web Real Academia de la Lengua [En línea], disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=desarrollo>; consulta: 20 de Septiembre de 2013.

International Consumer Product Safety Caucus, “About the ICPSC”, Sitio Web de ICPSC, [En línea], [http://www.icpsc.org/About\\_the\\_ICPSC.html](http://www.icpsc.org/About_the_ICPSC.html), consulta: 25 de Septiembre.

International Consumer Protection and Enforcement Network, “Who we are”, Sitio Web de ICPEN, [En línea], disponible en: <http://icpen.org/for-consumer-experts/who-we-are>, consulta: 25 de Septiembre.

International Consumer Protection and Enforcement Network, “What We Do”, Sitio Web de ICPEN, [En línea], disponible en: <http://icpen.org/for-consumer-experts/what-we-do/network-activities-1> , consulta: 25 de Septiembre.

International Consumer Protection and Enforcement Network, “Consumer protection around the world”, Sitio Web de ICPEN, [En línea], disponible en: <http://icpen.org/for-consumer-experts/consumer-protection-around-the-world> , Consulta: 25 de Septiembre.

John Marangos, “What happened to the Washington Consensus? The evolution of international development policy”, en: *The Journal of Socio-Economics*, Grecia, núm. 38, 2009.

Lima Márquez Claudia, “Insufficient Consumer Protection in the Provisions of Private International Law – The Need for an Inter-American Convention (CIDIP) on the Law Applicable to Certain Contracts and Consumer Relations”, [En línea], disponible en: <http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/Ingles-documento%20de%20apoyo%20a%20la%20convencion%20propuesta%20por%20br%20E2%80%A6.pdf> , Consulta: 28 de Septiembre de 2013.

Márquez Robledo Felipe, *Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

Méndez Pinedo Elvira, *la protección de consumidores en la Unión Europea*, Madrid, MARCIAL PONS, 1998.



Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Directrices, *Directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor*, [En línea], disponible en: <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/un-guidelines-on-consumer-protection#.Ukr-fEtKUbx> , consulta: 23 de Septiembre de 2013.

Ortiz López Alfonso David, Quintero Lee Jorge Andrés, “Derecho del consumidor en el marco del tratado de libre comercio con Estados Unidos de América”, [En línea], disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/644/1/80765859.pdf> , consulta: 28 de Septiembre de 2013.

Prada Alonso Javier, *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Madrid, MARCIAL PONS, 1998

Reyes López Maria José, *et al.*, *Derecho privado del consumo*, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 2005.

Smith Adam, *the wealth of nations*, Nueva York, Modern library, 1937

World Bank, “glosario”, *sitio Web del Banco Mundial*, [En línea], disponible en: <http://www.world-bank.org/depweb/beyond/beyondsp/glossary.html>, consulta: 20 de Septiembre de 2013.



## DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

El EAFIT Journal of International Law se interesa por escritos producto de investigaciones, análisis científicos u otras contribuciones significativas que estén relacionadas, directa o indirectamente con el derecho internacional. Otros temas afines podrán ser considerados por el comité editorial para ser incluidos en la publicación.

Los artículos presentados para ser considerados deben ser inéditos y no estar en otros procesos editoriales. La presentación de los escritos por parte de los autores no implica la obligación de publicación por parte de la revista.

Los artículos deben ser enviados por correo electrónico en formato Word. a [ejil@eafit.edu.co](mailto:ejil@eafit.edu.co) y [rtamayo1@eafit.edu.co](mailto:rtamayo1@eafit.edu.co).

Otra opción de enviar los artículos es posible a través del siguiente enlace:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#onlineSubmissions>

### Criterios generales de forma:

- La versión debe ser definitiva, en caso de que el autor desee hacer cambios después de haber sometido el texto debe expresar su intención de retirar el texto del proceso editorial.
- La extensión máxima de los artículos sometidos a evaluación será 7000 palabras incluyendo bibliografía.
- El tipo de letra debe ser Times New Roman de 12 puntos (y 10 puntos para los pies de página)
- El interlineado debe ser de 1.5
- Márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 2.5 cm.
- Numeración de páginas en la parte inferior derecha, iniciando en uno (1) en la primera página
- Los títulos no deben tener ningún tipo de numeración automática.
- El final de las líneas no debe tener guiones, ni enter dentro del mismo párrafo.
- En caso de usar abreviaturas, la primera vez que aparece la expresión debe usarse completa y la abreviatura o en paréntesis. Ej.: Tratado de Libre Comercio (TLC en adelante).
- Irán en mayúscula sostenida las siglas hasta tres letras. En las siglas de más de tres letras solo se escribirá en mayúscula inicial. No obstante, si ésta no es fácil lectura debido a la ausencia de vocales irá toda en mayúscula.
- Las expresiones en otros idiomas distintos al texto general del artículo debe tener el formato en itálicas o cursivas. Ej.: ...Por esta razón *The Taxation Act* Estadounidense debe considerarse...

### Forma de cuerpo del escrito:

- El tipo de letra del título debe ser Times New Roman de 14 puntos, preferiblemente en versales o en su defecto con mayúsculas iniciales
- Traducción del título en inglés en la línea inmediatamente siguiente, el tipo de letra debe ser Times New Roman de 12 puntos
- En la línea inmediatamente siguiente, nombre(s) completo(s) de todos y cada uno de los autor(es) de cada artículo precedido de “por” o “by”, sin abreviaturas y con apellidos unidos por un guion. El nombre de cada autor debe tener una nota al pie que incluya el nivel académico más alto obtenido, la afiliación institucional, país y el correo electrónico.
- Resumen del artículo en español e inglés (Abstract), indicado con la palabra “Resumen” que podrá tener una extensión



máxima de 250 palabras, preferiblemente en un solo párrafo. En todos los artículos de investigación e innovación se deberá incluir los objetivos principales de la investigación, alcance, metodología empleada, y principales resultados y conclusiones.

- Máximo cinco (5) “Palabras clave” con su debida traducción al inglés (Key words), que tienen como objeto incluirlas como criterios de búsqueda del artículo en sistemas digitales.
- Los títulos “Resumen”, “Abstract”, “Palabras Clave” y “Key words” deben ir en itálica y negrilla.

Al iniciar el texto del artículo se recomienda a los autores recordar la importancia de anunciar claramente la división interna del artículo y las razones de dicha división. Los títulos internos del artículo deben ser numerados manualmente con el fin de que no se alteren fácilmente en el proceso editorial, todos los títulos deben ir en negrilla, el primer nivel no requiere numeración, y los niveles inferiores inician en 1., y el subnivel en 1.1.

En caso de que el artículo contenga imágenes estas deben tener formato JPG Las imágenes no debe superar una resolución de 72 dpi y preferiblemente una medida que no sobrepase los 820 pixeles de ancho, información que puede ser verificada dando click derecho sobre la imagen en la opción “Propiedades”.

Sistema de citación y bibliografía:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

## GUIDELINE FOR AUTHORS

EAFIT Journal of International Law welcomes articles from professors, practitioners, and law students from all around the world. We consider articles related politically or economically with the international law system, as well as seek to disseminate articles of comparative law. Other related topics can be considered by editorial team for its inclusion in the publication.

All material submitted must be original. EJIL does not evaluate papers that are scheduled for publication, or are currently under review elsewhere. A request to submit a contribution to the EJIL is not a guarantee that the contribution will be published.

Articles for EJIL must be submitted via email on a Word document and emailed to: [ejil@eafit.edu.co](mailto:ejil@eafit.edu.co) and [rtamayo1@eafit.edu.co](mailto:rtamayo1@eafit.edu.co).

Another option to submit the articles can be founded in the following link:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#onlineSubmissions>

In addition to the specific criteria related to the title's form and the citation system that will be detailed right afterward, the general criterion of the form is:

- The article should be definitive, if the author wants to reform it after the paper has been sent, must express his/her intention to remove the article from the editorial process.
- Articles should have a maximum extension of 7000 words, including bibliography.
- All documents must use Times New Roman font (12 points for text and 10 points for footnotes).



- Articles should be text 1.5 spaced.
- All documents must have margins of 2.5 cm.
- Page numbering should be in the bottom right, starting at (1) on the first page.
- Titles should not have any automatic numbering.
- The end of the lines must not have dashes nor enter within the same paragraph.
- In the case of using abbreviations, the first time you must write the complete expression and the abbreviation must appear within parenthesis. Ex.: Free Trade Agreement (FTA onward in the text)
- The article should have in capital letters sustained the abbreviations of maximum three letters. The abbreviations of more than three letters should have only the first letter on capital letter. However, if the abbreviation is hard to read owed to the lack of vowels, it must be written totally on capital letters.
- The expressions written in other languages different to the general text of the document must appear on italics. Ex: ...Por esta razón *The Taxation Act* Estadounidense debe considerarse...

### Writing and presentation:

Full manuscript title must have the first letter of each word capitalized; the font must be Times New Roman, 14 points. In the following line with the same font in 12 points must be the title in English. In the next line should appear the name(s) of author(s) -a short biography in the first footnote-, and these names shall read "By:" or "Por:". Authors should provide (in the first footnote) the highest academic level obtained, their institutional affiliation, country and their e-mail address.

After the previous information, there should be included a 250-words abstract in English and Spanish (by preference each one in

one paragraph). Abstract of research and innovation articles must include: Main objective, scope, applied methodology and main results and conclusions. After the abstract, the article should also include 5 "Key words" (in English and Spanish) with the objective of including them into the search criteria of the article in digital systems. The titles: "Resumen", "Abstract", "Palabras Clave" y "Key words" must be in italics and

Authors are encouraged to remember the importance of establish clearly the internal division of the article and the reasons of that distribution.

The internal titles must be numbered manually in order to avoid mistakes in the editorial process, all the titles should be in bold, the title at fist level does not require numbering, lower levels start at 1., and sublevels at 1.1.

If the article contains photographs, graphics or other images, those should be attached on JPG format. Images must not exceed a resolution of 72 dpi, preferably images that do not exceed 820 pixels wide; this information can be verified by right clicking on the image in the option "Properties".

Footnote and reference system:  
<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

**Published by the Law School of Universidad EAFIT**

Medellín - Colombia

June 2014

**EAFIT Journal of International Law**

January - June 2014