



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE COLOMBIA

Maestría en Derecho  
Profundización en Derecho Privado Económico

La armonización jurídica del comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en  
Colombia

Estudiante:  
Juan Camilo Pulido Riveros

Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Área curricular de Derecho  
Bogotá D.C., 2016

La armonización jurídica del comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en  
Colombia

Juan Camilo Pulido Riveros

Maestría en Derecho  
Profundización en Derecho Privado Económico

Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de Magister en Derecho

Director  
Dr. Jenner Alonso Tobar Torres

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Área curricular de Derecho  
Bogotá D.C., 2016

## ABREVIATURAS

CCI	Cámara de Comercio Internacional de Paris
C.Civ	Código Civil de la República de Colombia
C.Com	Código de Comercio de la República de Colombia
C.Constitucional	Corte Constitucional de Colombia
CNUCCIM / CISG	Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CNUDMI / UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Colombia
DIPr	Derecho Internacional Privado
DO	Diario Oficial de la República de Colombia
INCOTERMS	International Commercial Terms / Términos Internacionales de Comercio
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PDEC / PECL	Principios de derecho europeo de los contratos / Principles of European contract law
Principios de UNIDROIT	Principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	7
1. LA TRANSFORMACIÓN DEL COMERCIO Y DEL DERECHO MERCANTIL, EN LA GLOBALIZACIÓN .....	17
1.1. Desde ‘ <i>la orilla de lo global</i> ’, tendencias de la escena jurídica actual.....	29
1.1.1. La Nueva <i>lex Mercatoria</i> .....	32
1.1.2. El <i>soft law</i> .....	37
1.1.2.1. Privatización de la armonización jurídica: racionalización de la vida empresarial .	45
1.1.2.2. Hibridación del <i>hard</i> y <i>soft law</i> : diálogo de fuentes.....	52
1.1.2.2.1. Homologación de normatividad <i>blanda</i> .....	56
1.2. Desde ‘ <i>la orilla de lo estatal</i> ’, alteraciones generadas por el actual tráfico mercantil .....	64
1.2.1. Desdén al sistema conflictual.....	67
1.2.2. Promoción del arbitraje comercial .....	71
1.2.3. Alteración de los aparatos de producción normativa: desbarajuste normativo.....	77
1.2.3.1. Quiebra del tradicional modelo codificador estatal.....	80
1.2.3.2. Sacudida de la estructura de fuentes del derecho comercial .....	86
1.2.3.3. Acentuación de la importancia de interpretar .....	93
1.3. ¿Creación y consolidación de un derecho mercantil nuevo?.....	97
1.3.1. El necesario rejuvenecimiento del derecho estatal .....	101
2. LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL, ‘ <i>PUENTE</i> ’ ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL .....	106
2.1. ‘Armonización’ y ‘Unificación’: una necesaria delimitación conceptual .....	111
2.2. La convergencia jurídica en lo mercantil: panorama vigente .....	121
2.2.1. Caracterización del actual proceso de armonización .....	129
2.3. Las ‘ <i>avenidas</i> ’ del <i>Puente</i> , métodos usados para la armonización.....	138
2.3.1. Los modelos contractuales y la autonomía de la voluntad ¿armonización de facto? ...	146
2.3.2. Homologación legislativa pro-armonización: las leyes modelo y guías legislativas....	161

2.3.3. Los Restatements internacionales y su empleo: diálogo de fuentes para un manejo del derecho privado en un ambiente transnacionalizado .....	165
2.4. Los ‘vehículos’ que atraviesan el <i>Puente</i> , agencias armonizadoras .....	171
2.4.1. La Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).....	172
2.4.1.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM).....	176
2.4.2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) .....	179
2.4.2.1. Los Principios de UNIDROIT.....	182
2.4.3. La Cámara de Comercio Internacional (CCI).....	189
2.4.3.1. Los INCOTERMS ( <i>International Commercial Terms</i> ).....	191
2.4.4. La Organización de los Estados Americanos (OEA).....	193
2.5. ¿‘Grietas’ en el <i>Puente</i> ? Críticas al proceso de armonización .....	197
3. ¿QUÉ HA CRUZADO DEL ‘PUENTE’? IMPACTO DE LA ARMONIZACIÓN EN COLOMBIA.....	208
3.1. Secuelas legislativas del proceso de la armonización jurídica en Colombia.....	208
3.1.1. Carencias legislativas en lo contractual: casos meramente ilustrativos de disonancias con normas del comercio internacional .....	220
3.2. La jurisprudencia: herramienta de progreso y adaptación del derecho colombiano ante la transformación del comercio en el contexto de la globalización .....	238
3.2.1. La interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, parte del ‘ <i>imperio de la ley</i> ’ .....	246
3.2.2. Uso del derecho uniforme, cuestión de tener en cuenta el entorno de la disputa .....	252
3.2.2.1. Relevancia de la observancia de la buena fe y uso del derecho uniforme .....	254
3.2.3. Un enfoque moderno del derecho contractual comercial .....	261
CONCLUSIONES .....	281
LISTA DE REFERENCIAS .....	297

## **AGRADECIMIENTOS**

*En fin... a las personas que han hecho parte de mi historia de vida: son invaluableles todas las experiencias que he tenido con quienes, de una u otra manera, han estado en mi camino; ello me ha llevado a ser quien soy.*

A Dios.

A Dora Alba y José Ignacio, mis mayores fuentes de inspiración. Gracias por tanto.

A 'Tatai' y 'Masco', mis incondicionales compañeros de vida.

A quienes me apoyaron y me alentaron a no desfallecer en ésta aventura academica, especialmente a Dario, Alejo y 'Garda'.

Al Dr. Jenner Alonso Tobar Torres, por sus apreciados y relevantes aportes, criticas, comentarios y sugerencias, durante el desarrollo de la investigación que dio como fruto éste documento.

A la Universidad Nacional de Colombia; ámbito donde se transformó mi vida.

A las personas que han sido mis docentes; todos y cada uno de ellos, han dejado una huella en mí.

A la Fundacion Juan Pablo Gutierrez Cacerez, por el apoyo brindado durante mis estudios de maestría.

## INTRODUCCIÓN

*“El derecho ha de ser no sólo factor de conservación sino también -y ante todo- de progreso. No ha de consistir su función en preservar supersticiones insensatas sino en propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana”* Carlos Gaviria Díaz, salvamento de voto (Corte Constitucional, Sala Plena (28 de Octubre de 1993) Sentencia C-486/93 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz], 1993).

En este documento, se alude al proceso de transformación que, gracias a la globalización, ha experimentado el derecho mercantil y el comercio<sup>1</sup>, y asimismo, se pone de relieve algunas disyuntivas que ante el tráfico mercantil contemporáneo se advierten en los derechos positivos estatales<sup>2</sup>, haciéndose especial referencia al sistema jurídico colombiano<sup>3</sup>. Igualmente, se advierten fenómenos actuales que, auspiciados por la globalización, son influyentes tendencias del derecho mercantil a nivel global. En ese contexto, se refiere a la armonización jurídica del comercio internacional, destacándose el papel que ésta puede desempeñar, como *Puente* entre la globalización y el derecho mercantil estatal. De igual manera, se resaltan las vías contractual, legislativa y jurisprudencial, como los ‘escenarios’ mediante los que son recepcionados a escala estatal los instrumentos en que los métodos de armonización se materializan.

Del mismo modo, se subraya el papel que los decisores jurídicos –jueces y tribunales judiciales–, a través de su jurisprudencia, están llamados a desempeñar a fin de *poner al día*<sup>4</sup> la legislación

---

<sup>1</sup> En este escrito, por *comercio* se entienden los *intercambios voluntarios y negociados de valor entre personas para su mutuo beneficio económico*. Moreno Rodríguez (2013) señala que la palabra *comercial*, se utiliza en importantes textos internacionales de derecho contractual, también de una manera amplia, comprendiendo usualmente en el término los contratos civiles, comerciales y administrativos que existen en varias jurisdicciones del “derecho civil”, siendo la distinción desconocida en los sistemas del *common law* (pág. 40).

<sup>2</sup> Éstos enfrentan una etapa de transformación, dirigida a asegurar un adecuado funcionamiento de los sistemas políticos y sociales, y ante todo, responder a las exigencias de la economía globalizada: *“Desde esta perspectiva, el derecho privado no se sustrae a los nuevos patrones normativos y a las tendencias del sistema de economía mundial, que afectan de manera significativa las prácticas comerciales, al giro de los negocios y las relaciones entre los agentes económicos, generando (...), una constante tensión entre <<lo nacional y lo transnacional, entre lo local y lo global>>”* (Cataño Berrío, 2009, pág. 147).

<sup>3</sup> Para el caso colombiano, según la CSJ, en la actualidad los esquemas de la globalización se encuentran interferidos por el poder financiero internacional, haciendo que exista una dependencia local al mercado transnacional; apertura económica e inversión acelerada, con una correspondiente liberalización de mercados y capitales; producción, competitividad y consumo a gran escala; incremento del tráfico jurídico; y, una *lex mercatoria* universal, uniforme, dinámica, adaptada a conveniencia, a las necesidades, y configurada con costumbres, prácticas o usos supranacionales para disciplinar convergente u homogéneamente las relaciones con disminución creciente de la libertad contractual (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (30 de Agosto de 2011) Ref: Exp:11001-3103-012-1999-01957-01 [M.P. William Namén Vargas], 2011).

<sup>4</sup> Como lo anota Karl Larenz (2001) *“... el tiempo no está quieto; lo que en el momento del nacimiento de la ley operaba de un modo determinado, deseado por el legislador, puede operar posteriormente de un modo que ni el legislador ha previsto, ni, si él hubiera podido preverlo, hubiera estado dispuesto a aprobar”* (...) *“... puede también resultar que*

comercial en materia contractual; resaltándose al mismo tiempo, la idoneidad y atributos que, para la adecuación de la normatividad estatal, pueden ofrecer instrumentos que son fruto del proceso de armonización jurídica del comercio internacional. Justamente, algunos de aquellos instrumentos, incluso con carácter de *soft law*, han venido siendo amplia y progresivamente empleados, bien sea como expresión de la denominada *Nueva Lex Mercatoria*, principalmente en el ámbito académico y doctrinal, o por su propia fuerza persuasiva, v.gr. mediante algunos instrumentos como las guías legislativas y las leyes modelo, se persuade a los legisladores estatales de adoptar una norma para armonizar algún área específica del derecho; pero también, normas de derecho reconocidas globalmente, tienen el poder de aportar a la justificación de los argumentos que expone un juez o árbitro en su decisión<sup>5</sup>.

Enunciado lo precedente, conviene prevenir que como se verá, en la contratación internacional, los mecanismos de determinación del derecho aplicable del sistema de derecho internacional privado (DIPr), es decir, aquella parte del derecho estatal de cada país que determina la ley nacional aplicable a las relaciones jurídicas con componentes internacionales (Oviedo Albán, 2006, pág. 28), por regla general, se han dejado tomar ventaja respecto de la estructuración cada vez más compleja y específica de diversas transacciones mercantiles que a diario se celebran, en la medida que normas positivas estatales, en ocasiones resultan insuficientes, y ante los constantes avances del tráfico mercantil, por sí solas, además de la falta de predictibilidad que generan, no logran ofrecer respuestas

---

*una interpretación, que antes era correcta, ahora ya no lo sea. El preciso momento, en que ha dejado de ser 'correcta', no se puede fijar. Esto se basa en que los cambios subyacentes se efectúan en su mayor parte de una manera continua, no de golpe. Durante un 'tiempo intermedio' pueden ser 'defendibles' ambas cosas: el mantener una interpretación constante y el paso a una interpretación modificada, adecuada al tiempo"* (págs. 347-349). En todo caso, el continuo trasegar del tiempo genera que las normas se vayan quedando rezagadas en su formulación, lo que hace que sea imposible regular todos los comportamientos que asume un ser humano en sociedad, por lo que se hace necesario su continua actualización (León Robayo, 2015, pág. 76).

<sup>5</sup> Alexy distingue de la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y justificación externa. En la primera, se establece si la decisión se deduce lógicamente de las premisas que se aducen para justificarla, mientras que en la segunda, se defiende la aceptabilidad de estas premisas. Así, ésta última es el meollo de los argumentos jurídicos y, por ende, constituye el tema central de la teoría de la argumentación jurídica. En la justificación externa, la pregunta sustancial es la de si los argumentos que se usaron en la justificación interna son aceptables de acuerdo con las normas jurídicas. Siguiendo a Aarnio, la justificación externa busca convencer al destinatario para que acepte la interpretación: se demuestra que la elección de las fuentes jurídicas y las reglas de inferencia están justificadas. Así, el problema central de la interpretación de las normas jurídicas es la elección de las premisas y su contenido, y la manera de elegir los principios de inferencia o los valores básicos convenientes. El problema del discurso legal, se concentra entonces en la justificación externa. Para Peczenik, además de las razones jurídicas que justifican una decisión, se debe demostrar que también es justificada por motivos racionales generales. Así, la justificación de la decisión debe defenderse suficientemente en el contexto de la tradición jurídica y, así mismo, la justificación jurídica debe demostrar que cumple requisitos generales de racionalidad, ser coherente y buscar un *consenso razonable*, y que está conforme con *la ideología jurídica* de la comunidad de la que se trate (Feteris, 2007, págs. 150-243).



eficientes e idóneas<sup>6</sup>, acordes a referentes normativos aceptados globalmente, reconocidos estos últimos, incluso por algunas de las altas Cortes del Estado colombiano i.e. Corte Constitucional –en adelante C. Constitucional–, cfr. Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, y Corte Suprema de Justicia –en adelante CSJ–, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01. M.P. William Namén Vargas.

Sin embargo, el fenómeno no solamente ocurre en Colombia: “*numerosas legislaciones mercantiles nacionales no se adaptan a las necesidades del comercio internacional en función de la incertidumbre que ofrecen los mecanismos de determinación del derecho aplicable*” (Fernández Rozas, 2013c, págs. 142-143). Dicha incertidumbre, no solo aumenta los costos de transacción, sino que además, constituye una fuerte barrera para el establecimiento de relaciones comerciales y, por si fuese poco, para el ingreso de nuevos agentes y productos al mercado<sup>7</sup>. En efecto, como lo evidencia Bonilla Aldana (2013):

*“Es tal la importancia que ha tenido este fenómeno que durante el siglo XX se crearon distintas agencias con el objeto de impulsar el movimiento de integración económica mediante la elaboración de instrumentos de armonización que dieran respuesta a dicha problemática. Así, fueron creadas la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL por sus siglas en inglés) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), entre otras instituciones con objetivos similares”* (pág. 3).

De esta manera, ante la necesidad por lograr mayor predictibilidad y certeza jurídica en las transacciones comerciales internacionales propias de la globalización; pero además, por hacer que las normas comerciales sean idóneas para la época actual, y al mismo tiempo, alcanzar una adecuada orientación y limitación de las eventuales consecuencias negativas que, principalmente por la forma en la que puede llegar a ejercerse –v.gr. mediante la imposición de condiciones desfavorables para

---

<sup>6</sup> Respecto de los medios de pago, un ejemplo es que según el art. 1410 y el 1411 C.Com. el crédito documentario puede ser revocable o irrevocable; sin embargo, el crédito documentario según las reglas UCP 600, por sus siglas en Inglés, es irrevocable “*incluso cuando no haya indicación al respecto*” (Art. 3°). De lo anterior, concluye León Robayo que “*al ser entonces este documento fruto de la costumbre internacional, pero obligatorio por cuanto los bancos internacionales se han adherido voluntariamente a sus disposiciones, son sus reglas las que son aplicables a los negocios en los que existan cartas de crédito. Es decir, la revocabilidad contenida en los artículos 1410 y 1411 C.Co. colombiano resulta inocua frente a la realidad de los negocios internacionales*” (2015, págs. 144-155).

<sup>7</sup> En la contratación internacional, la obtención de certeza en cuanto al régimen aplicable es un importante beneficio. Ello permite a los comerciantes conocer, al momento de la celebración del contrato, las reglas que rigen su relación y aquellas que se aplicarían si existiese un conflicto. Así, se disminuyen los costos de transacción, aumentándose el margen de ganancia, “*producto de la menor cantidad de recursos que tendrán que destinar las partes en asesorías legales que les permitan conocer el régimen aplicable*” (Bonilla Aldana, 2013, pág. 54).

los agentes económicos menos fuertes, a través de actuaciones guiadas por la mala fe, mediante conductas que redunden en perjuicio de la contraparte o los consumidores, etcétera—, puede conllevar en el ámbito contractual el comercio contemporáneo, varias expresiones del proceso de armonización jurídica del comercio internacional se irguen como valiosas herramientas, denotando la complementariedad que dicho proceso ofrece a los sistemas jurídicos estatales.

Así las cosas, para vencer con vitalidad y audacia la inclinación a la inercia y el riesgo de anquilosamiento del texto legislado, es de ingente utilidad el uso que haga la jurisprudencia colombiana, de algunos instrumentos del proceso de armonización que experimenta el derecho comercial internacional<sup>8</sup>. Acá, vale la pena evocar el *sacudón* que provocó en el ordenamiento jurídico colombiano, las sentencias de la sala de casación civil de la CSJ de 1935<sup>9</sup>; sin embargo, hoy por hoy, con la ayuda de la armonización, no sólo mediante la jurisprudencia, puede acometerse esa labor: el proceso de armonización facilita, a los legisladores estatales, actualizar ciertos sectores de la normatividad interna y adecuarlos para ponerlos a tono con las exigencias del comercio contemporáneo, como a su vez, permite a las partes reglar su contrato adecuadamente, proveyéndoles modelos de cláusulas y contratos, pero también, mediante la puesta a disposición de *normas de derecho* que regulen el fondo de un eventual litigio.

Naturalmente, el derecho en ninguna de sus ramas está concebido para ser ajeno a la realidad; antes bien, debe tratar de estar siempre lo mas próximo posible de ella con el fin de ajustar sus pautas al contexto social en el que le corresponde operar (Franco Zárate, 2012, pág. 261). Hoy por hoy, especialmente en materia contractual, a instrumentos resultantes del proceso de armonización se les

---

<sup>8</sup> No es extraño que el punto de encuentro que tiene la liberalización del comercio, producida en las últimas décadas, y la necesaria modernización del derecho, sea la armonización jurídica. Por ello, han sido múltiples los *esfuerzos unificadores* tendientes a “*sustituir las reglas nacionales por un conjunto de disposiciones más adecuadas para satisfacer los intereses de la comunidad internacional de comerciantes*” (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 4).

<sup>9</sup> Se hace alusión a cómo la *Corte de Oro* marcó, al menos transitoriamente, una ruptura con el exacerbado formalismo que había caracterizado el sistema jurídico colombiano durante el s. XIX y las dos primeras décadas del s. XX. El estudio de los principios, en su contexto histórico, era la forma en la que la Corte le daba fundamento teórico a aquellos casos en los que la regla positiva no previa una situación determinada como v.gr. el del rompimiento del equilibrio contractual (Hernandez Velasco, 2011, pág. 242). Para ilustrar lo anterior, cfr. G.J.C.S.J. Mayo de 1935, No. 1901-1902. Tomo XLII. P, 604, Septiembre 6 de 1935, XLII, pág. 605, donde se encuentra: “*Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro; sin embargo, se la puede considerar, como lo ha aceptado la jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esa ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación civil. De aquí que la acción in rem verso, que se encamina a impedir todo enriquecimiento injusto, si no consagrada en la ley, se produce como consecuencia de la doctrina que hoy se aplica por analogía a todos los casos en que el principio de justicia lo aconseja y las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial*” (Citado en Hernandez Velasco, 2011, pág. 239).

reconoce su capacidad para servir en la actualización y modernización de la legislación interna de los Estados, bien sea vía legislativa, a través de su progresivo uso por las partes en las relaciones contractuales, o mediante el empleo de los mismos por la jurisprudencia en el contexto de controversias contractuales mercantiles<sup>10</sup>.

Por tanto, se sugiere cómo desde el ámbito jurídico, existen herramientas que, en razón a su naturaleza y progresivo éxito en el mundo de los negocios, tienen la capacidad de impregnar de soluciones *neutras*, equitativas y eficientes, y adecuadas al tiempo actual, a las legislaciones estatales, facilitando a éstas últimas su adaptación a los desafíos traídos por la globalización. Estas herramientas cuentan con la capacidad de revestir de mayor certeza jurídica la realización de los negocios mercantiles propios de la contemporaneidad, especialmente de aquellos que se han desmarcado abiertamente de la regulación positiva estatal y los no tipificados legislativamente, sin dejar de lado la observancia de los principios generales del derecho, los cuales siempre irradian el ámbito de la contratación privada, v.gr. como se verá, los Principios de UNIDROIT contemporizan a la actual práctica mercantil, algunos de los más importantes principios del derecho privado que comparten la mayoría de sistemas jurídicos del mundo<sup>11</sup>. Puestas así las cosas, a lo largo de éste escrito se exponen las razones por las que se habla de la capacidad, por parte de algunos de los instrumentos fruto del proceso armonizador, para impregnar a los sistemas jurídicos estatales de soluciones adecuadas al tiempo presente.

Así, los resultados arrojados por la investigación cobran relevancia, no solo por la insuficiente doctrina nacional que se refiere a éste tema con el énfasis aquí planteado, sino además, por las herramientas teóricas y la practicidad que la misma contiene, las cuales tienen como fin, facilitar desde el ámbito jurídico, un adecuado diseño, estructuración, ejecución y desarrollo de los negocios. Del mismo modo, éste escrito tiene valía por cuanto pone de presente fenómenos destacables dentro y fuera de los sistemas jurídicos estatales que, auspiciados por la globalización, han logrado alterar

---

<sup>10</sup> No todas las áreas del derecho nacional estarán igualmente en la necesidad de reforma, pero “*cuando se identifican aquellas que han de articularse y armonizarse con el proceso de integración debe procederse a su modernización y adecuación a las necesidades del comercio internacional, esto es, habrán de llevarse a los umbrales del siglo XXI. Las Naciones Unidas en general, y en particular la Cnudmi, comparten este objetivo, como se demuestra en recientes resoluciones de la Asamblea General*” (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 12).

<sup>11</sup> Para el caso colombiano, la aplicación de los principios generales del derecho se admitió legislativamente desde el s. XIX con la promulgación de la ley 153 de 1887, que en su artículo 8° estipula: “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”.

el derecho comercial tal como se enseña en las facultades de derecho desde hace aproximadamente dos siglos, y que probablemente, lo seguirán haciendo. Igualmente, el documento se destaca por ofrecer una mirada interdisciplinar y crítica de la globalización<sup>12</sup>, mediante el señalamiento de algunos de los perjuicios y *daños colaterales* que causa su desbocada, y en ocasiones irracional, propagación fáctica (Cfr. *Bauman, Z. (2011)*).

En ese orden de ideas, puesta en evidencia la existencia de un conjunto de normas resultantes del proceso de armonización jurídica que se experimenta en el comercio internacional, se expone la utilidad de su empleo para servir como *Puente* entre la globalización y el derecho mercantil estatal, facilitándole a éste último su acoplamiento ante las nuevas realidades sociales, mercantiles y económicas. Asimismo, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones, herramienta hermenéutica con el fin de hacer óptima, o por lo menos más acorde al contexto, la regulación local que se hace siquiera de algunos de los contratos mercantiles contemporáneos, se ponen de presente algunos de los beneficios que traería el empleo por los decisores jurídicos, de instrumentos en que los métodos de armonización se materializan<sup>13</sup>.

Así, en el primer capítulo, a partir de la transformación del comercio y del derecho mercantil en el contexto globalizado<sup>14</sup>, teniendo en cuenta que instrumentos fruto del proceso de armonización jurídica vienen siendo considerados como expresión, concreción o consolidación de la nueva *lex Mercatoria*, se alude al profuso debate existente respecto de ésta. Asimismo, desde *la orilla del derecho global*, por el gran componente de instrumentos fruto del proceso de armonización que son

---

<sup>12</sup> En un planeta donde el capital no tiene domicilio fijo y las transacciones financieras, en gran parte, están fuera del control de los gobiernos nacionales, debe caerse en la cuenta de que muchos mecanismos de la política económica ya no funcionan y que, además, se acelera la marginalización de las áreas más débiles, a la vez que se abren canales para la asignación de recursos, alejados, al menos en parte, del control de los diversos Estados nacionales (Bauman, 2015, págs. 76-77).

<sup>13</sup> Naturalmente, es más segura para las partes contractuales establecidas en países diferentes con reglas jurídicas disímiles, la aplicación de una normatividad moderna y adecuada a los intereses de la comunidad internacional de comerciales, *“máxime cuando al hilo de los instrumentos del DUCI [Derecho Uniforme del Comercio Internacional] están surgiendo o han surgido multitud de textos complementarios. Los compromisos internacionales base del DUCI y los TLC [Tratados de Libre Comercio] traen consigo un alineamiento de las estructuras jurídicas que implican un cambio en la mentalidad, de perspectiva, de transformaciones radicales en el pensamiento jurídico y en las instituciones nacionales”*(Perales Viscasillas, 2014a, pág. 20).

<sup>14</sup> Siguiendo a Flint Blanck (2014), dicho contexto está caracterizado principalmente por: la expansión de la tecnología, conocimiento de nuevos productos y servicios, mejora de comunicaciones, aumento de demanda, etcétera; la liberalización del flujo transfronterizo, disminución de restricciones; el desarrollo de servicios de apoyo a empresas y gobierno, v.gr. infraestructura de servicios financieros; la presión de los consumidores, puesto que las empresas invierten en investigación, y desarrollo de innovación y nuevos productos; y, el aumento de la competencia global, puesto que la globalización impone a muchas empresas la obligación de “globalizarse” para mantener competitividad (págs. 3-7).

de naturaleza *soft*, o *suave* en su traducción literal, se menciona al *soft law*, y se destacan desarrollos que exhiben fenómenos contemporáneos relacionados al proceso de armonización, i.e. la tendencia mundial a la privatización de la armonización jurídica como expresión de la racionalización de la vida empresarial y la hibridación que en dicho proceso se da entre elementos de *hard* y de *soft law*; dentro de esa última categoría, se destaca la homologación que a escala estatal ocurre respecto de normas blandas. Posteriormente, en el mismo capítulo desde *la orilla del derecho estatal*, se enuncian algunas distorsiones creadas y potenciadas en el ámbito del derecho mercantil por la globalización, así como los consecuentes desafíos a los que éste se enfrenta.

En el capítulo siguiente, se hace un estudio de la armonización jurídica del comercio internacional, destacándose el papel que ésta puede desempeñar para servir como *Puente* entre la globalización y el derecho comercial estatal, mediante la adecuación de éste último a la práctica mercantil actual. Allí, se caracteriza el actual proceso de armonización, y se habla del panorama contemporáneo de la convergencia jurídica en el ámbito mercantil.

Asimismo, en el capítulo segundo se refiere a los métodos usados para la armonización, es decir, las *avenidas* que atraviesan el *Puente*: se alude a algunas de las principales formas en las que el proceso de armonización se exterioriza, a fin de dejar al descubierto cómo éste es susceptible de tener múltiples y diversas manifestaciones; al respecto, cabe decir que los métodos de los que allí se tratan, fueron seleccionados por ser los prototipos de los que actualmente se valen la práctica contractual, la legislativa y la judicial, para hacer operantes instrumentos armonizadores en su praxis cotidiana, pero además, fueron escogidos teniendo en cuenta su contemporánea relevancia, su inusitada practicidad y la ausencia de vinculatoriedad de los mismos. De igual manera, en el mismo capítulo se mencionan varios de los *vehículos* que transitan dichas *avenidas*, esto es, ciertas agencias armonizadoras del derecho del comercio internacional y algunos de sus más destacables resultados. Igualmente, se visibilizan las aparentes *grietas* que tiene el *Puente*, mejor dicho, se hace alusión a las principales críticas que recibe el proceso de armonización, así como a varios de los obstáculos con los que éste se enfrenta.

En el último capítulo, puestas de presente las ventajas que tiene para la práctica mercantil el uso de los diversos instrumentos en que los métodos de armonización se materializan, se hace un recuento de lo que en el caso Colombiano *ha cruzado el Puente*, esto es, los principales efectos e impactos

que, a través de la legislación y la jurisprudencia, ha vivenciado el derecho colombiano mediante la recepción de dichos instrumentos; manifestando que aunque la vía contractual augura una clara y gran proyección, y un uso muy fructífero para las partes de un contrato mercantil, existe una gran ausencia de datos empíricos para evaluar la contribución que, *de facto*, la práctica contractual trae a la armonización, sin contar con que dicha armonización en todo caso, sería a una escala dispersa y marginal (*Cfr. Infra. 2.3.1*). Sin óbice de ello, se hace un recuento meramente ilustrativo de algunos casos que ponen en evidencia la disonancia de ciertas normas internas colombianas con las que imperan en el comercio internacional. Asimismo, para dar por finalizado el tercer capítulo, se resaltan las eventuales ventajas que, a nivel económico y jurídico, traería para el entorno colombiano la utilización jurisprudencial de algunos de los instrumentos del derecho uniforme para adecuar el derecho nacional, o el entramado contractual sujeto de, o asociado a, una controversia contractual mercantil internacional concreta.

Al respecto, se espera despertar un mayor interés frente a este tipo de temas, con el fin de proponer debates sobre herramientas que le permitan, a los ordenamientos jurídicos estatales, dotarse de mayor efectividad y capacidad de acoplamiento a las circunstancias del tráfico mercantil, actual y venidero<sup>15</sup>. Por esa razón, al poseer una considerable proyección y aptitud para dicha labor, incluso ya reconocida para el caso colombiano por dos de sus altas Cortes, en este documento se hace el análisis de una de esas herramientas: los instrumentos fruto del proceso de armonización que experimenta el derecho comercial internacional.

Lo anterior, obedece al convencimiento de que por regla general a los Estados, inmersos desde hace un buen tiempo en la economía globalizada, les concierne la tarea de ofrecer a los actores del tráfico mercantil para la realización de transacciones comerciales, indistintamente de su nacionalidad,

---

<sup>15</sup> Necesidad siempre presente en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Al respecto, Karl Larenz anota: “*en el campo del Derecho civil hallamos hoy algunos institutos jurídicos, que no están previstos en la ley misma, pero que la jurisprudencia de los tribunales, en parte sólo después de algunas vacilaciones, ha admitido y desarrollado ulteriormente, porque existe manifiestamente respecto a ellos una necesidad del tráfico*” (Subrayas ajenas al texto original) (2001, pág. 410) .

normas que procuren soluciones materiales justas<sup>16</sup>, que proyecten un alto grado de neutralidad y certidumbre, y que sean eficientes y acompasadas a la realidad del mundo de los negocios<sup>17</sup>.

Puestas así las cosas, para finalizar éste acápite introductorio es necesario indicar que, para el acometimiento de la investigación que ha dado como resultado éste escrito, se tuvo en consideración cómo el constante y natural paso del tiempo, aunado a la inusitada evolución del comercio de las últimas décadas, ha generado que normas<sup>18</sup> positivas nacionales no se correspondan con las dinámicas de las transacciones del tráfico mercantil contemporáneo, en la actualidad, inserto en una economía de mercado globalizada. En dicho escenario, se consideró que los derechos mercantiles estatales se enfrentan a múltiples desafíos que se hacen tangibles cuando, en litigios contractuales comerciales internacionales, las partes, sus asesores y el decisor jurídico, se ven abocados a las dificultades surgidas en razón a la falta de predictibilidad del DIPr de cada Estado, la constante evolución del tráfico mercantil, en contraposición de la lenta mutabilidad y, en oportunidades, *desactualización* de las legislaciones contractuales de orden local, cuya normativa suele no reflejar adecuadamente, algunas de las operaciones contractuales mercantiles de nuestros tiempos, cada vez más cambiantes, interrelacionadas, atípicas, dinámicas y complejas.

---

<sup>16</sup> Para Karl Larenz (2001): “*Todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de justicia, sólo desde la cual es capaz de justificar en última instancia su pretensión de validez (en el sentido normativo). Es lícito someter la ley a la tendencia de posibilitar soluciones que satisfagan la justicia. El juez civil entiende por una resolución ‘justa’ del caso aquella que rinde cuenta de la petición justa de ambas partes, que establece un ponderado equilibrio de intereses y, por ello, puede ser aceptada por cada parte en tanto considera también adecuadamente el interés de la parte contraria*” (pág. 345). Ahora bien, se hace necesario aclarar que la justicia ostenta un carácter relativo; para Radbruch (1967), la justicia es, por esencia, la solución de conflictos. En ese orden de ideas, todo derecho es solución de conflictos. Pero la noción del derecho participa también de la naturaleza general de la justicia: el derecho es la solución de conflictos en virtud de normas generales (págs. 61-62).

<sup>17</sup> Sin embargo, cabe aclararlo, somos conscientes de que *la ‘economía’ –el capital; o sea, dinero– transita más rápidamente; lo suficiente para mantener un paso de ventaja sobre cualquier gobierno (territorial, claro está) que intente limitar y encauzar sus movimientos*. En ese sentido, debe recordarse que al haberse reducido a cero el tiempo de viaje de las transacciones financieras, a similitud de la velocidad de los mensajes electrónicos, se introdujo una nueva dimensión a la economía, con la consiguiente aniquilación total de las restricciones espaciales al capital: éste, actualmente, *está prácticamente libre de las restricciones relacionadas con el territorio dentro del cual se origina [desplaza], aquel hacia el cual se dirige o el que atraviesa de paso*. Así las cosas, en Estados ortodoxos hoy está ausente la función de equilibrar los ritmos de crecimiento del consumo y el aumento de la productividad. En diversos momentos, esa tarea llevó a los Estados a prohibir la importación o la exportación e imponer a la demanda interna barreras aduaneras o estímulos keynesianos administrados por ellos. Sin embargo, actualmente la distinción entre el mercado interno y global, o de *interior* y de *exterior*, en todo sentido es cada vez más ardua de mantener, por lo que propulsa el fenómeno (Bauman, 2015, págs. 75-88).

<sup>18</sup> El concepto de “*norma*” no es pacífico. A este respecto, en éste escrito se comparte el criterio de Bobbio, para quien la especificidad de las normas jurídicas está en que conllevan una respuesta a la violación, en forma de sanción. Tal respuesta es externa, esto es, una respuesta “del grupo” (a diferencia de normas morales), e institucionalizada, es decir, regulada en general con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias (a *contrario sensu* de las normas sociales) (Díaz Revorio, 1997, págs. 154-156).

¿Qué hacer ante esa situación? Pues bien, en aras a proponer herramientas que permitan a los derechos mercantiles estatales responder a las realidades sociales actuales, y a las que están por venir, se consideró necesario el abordaje del proceso de armonización del derecho del comercio internacional, algunos de cuyos frutos, incluso, para el caso colombiano han sido calificados como referentes normativos del ordenamiento jurídico internacional (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2010).

A partir de allí, se consideró como hipótesis de la investigación que, por regla general, en sistemas jurídicos estatales como el colombiano, se pueden emplear instrumentos resultantes del proceso de armonización jurídica del comercio internacional en la labor legislativa y en la práctica contractual, así como en la solución de controversias contractuales mercantiles internacionales, en el último caso, siempre que no se contravengan normas de orden público del Ordenamiento jurídico internacional, ni las disposiciones contractuales que las partes hayan voluntariamente acordado.

Asimismo, se aúna a esa hipótesis la sugestión, que se hace a lo largo del texto, para el empleo de instrumentos del derecho del comercio internacional, en la construcción y/o interpretación de las soluciones ofrecidas por el derecho estatal a las controversias contractuales mercantiles nacionales, claro está, con la cautela que ello amerita, para servir de herramienta para la adecuación de las legislaciones locales.



## 1. LA TRANSFORMACIÓN DEL COMERCIO Y DEL DERECHO MERCANTIL, EN LA GLOBALIZACIÓN

“La progresiva globalización de la economía dejó en evidencia la incapacidad de las legislaciones nacionales para dar solución a los diferentes asuntos que se suscitaban con ocasión del tráfico mercantil que traspasaba las fronteras territoriales, por lo que ante la ausencia de una normatividad internacional con fuerza vinculante para las naciones se hizo necesaria la adopción de normativas propias y uniformes en los ámbitos regional y subregional, que además de facilitar las relaciones comerciales recíprocas procuraran la inserción de los países del área en el nuevo orden económico global.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (3 de Septiembre de 2015) Ref: Exp:SC11822-2015 [M.P. Ariel Salazar Ramírez], 2015).

Para el universo jurídico, fue un momento clave aquel en el que aparece en el horizonte del mundo europeo una idea nueva, la de que el derecho tiene que expresarse en leyes y consolidarse en códigos<sup>19</sup>. En el ámbito del derecho mercantil, Espinosa Pérez (2000) recalca que lo que *detuvo* el proceso de *desarrollo* del mismo, hasta entonces producto de la costumbre, la práctica comercial y los pronunciamientos de los tribunales de comercio, fue la consolidación de los Estados modernos, la abrogación del poder creador que tenían los gremios y la supresión física de éstos (pág. 102). Todo lo anterior, acarrió la unificación del marco jurídico del comercio a escala estatal y, consecuentemente, el ajuste del ámbito de aplicación del derecho al tamaño de los nuevos territorios, es decir, al alcance de los mercados en expansión (Basedow, 2010, pág. 9). Precisamente, Calvo & Carrascosa (2009) denominan “*paradoja legal de la codificación*” al proceso mediante el cual, a comienzos del siglo XIX, la codificación nacional del derecho privado exterminó los sistemas jurídicos del derecho privado que tenían un alcance y aplicación supranacional, es decir, el *derecho común* y al *ius mercatorum*; mientras que a finales de ese mismo siglo e inicios del s. XX, la economía artesanal y agrícola de alcance regional o nacional pasaba a ser una economía industrial muy internacionalizada (págs. 62-63).

Con el pasar del tiempo, el resultado de dicho fenómeno se evidenció en que el mundo de los negocios contemporáneo, que traspasa fronteras, se encontró con que, en el ámbito contractual, la

---

<sup>19</sup> Claro está, la ley ha acompañada al derecho desde sus orígenes, pero se trataba de leyes lacónicas, retenibles en la memoria del pueblo que habían acertado a preservarse en un punto sensible del alma de una comunidad y cuyo recuerdo se mantuvo por ello, completo en la memoria de ésta. Nada parecido a los Códigos de la actualidad: el derecho romano coexistió con el *ius Gentium*; y, en la edad media, no se imaginó ordenar los reinos en una malla de leyes sistemáticas y ordenadas. Sin embargo, son destacables las compilaciones, v.gr. *Las Partidas* de Alfonso X (García De Enterría, 1999, págs. 17-19).

codificación nacional se convirtió en un obstáculo para su *desarrollo*<sup>20</sup> (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 155-187). Así pues, la globalización<sup>21</sup> de finales del s. XX e inicios del XXI, ha sido la gran disruptora de ese proceso.

En efecto, a partir de las décadas de los 70's y 80' del siglo pasado, de la mano de los grandes avances en tecnología, información y comunicaciones, se ha venido presentando un acelerado proceso de desregularización de los mercados, privatización de servicios públicos, liberalización del comercio, flexibilización de los sistemas de producción, reducción de los costos de transporte e interconexión de los sistemas financieros, lo que ha venido a producir una integración del comercio y de las redes de producción e investigación, ocasionando a su vez, una mayor obtención de recursos a nivel planetario y, por consiguiente, un aumento significativo en el flujo y movimiento de capitales (Cataño Berrío, 2009, pág. 149). Coetáneamente, la integración del comercio ha sido impulsada por una importante estructura institucional global<sup>22</sup>, v.gr. las normas emanadas de la OMC<sup>23</sup>, que rigen el comercio entre las naciones, tienen como objetivo central la liberalización mundial del comercio y la facilitación al acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones (Fernández Rozas, 2013b, pág. 28). Actualmente, en razón a la ilimitada e irrefrenable difusión del

---

<sup>20</sup> Hoy en día, se realizan transacciones internacionales en un mercado en condiciones de una casi completa apertura económica, con la participación de personas situadas en diferentes países, por lo que el derecho que rige el contrato puede ser el de cualquiera de los territorios involucrados, con culturas jurídicas desemejantes y sometidas a regulaciones que, en ocasiones, pueden llegar a ser diametralmente opuestas (Bonilla Aldana, 2013, pág. 3).

<sup>21</sup> Término que hace alusión a gran variedad de aspectos, v.gr. interacción de economías nacionales, dilución de fronteras estatales, apertura económica, aumento de las transacciones comerciales entre agentes ubicados en distintos territorios estatales, etc. Para Moreno Rodríguez (2013), la *globalización* es un “*término que alude a la innegable y creciente dilución física y virtual de fronteras en el mundo, consecuencia de varios fenómenos como el avance en las comunicaciones y los transportes y la progresiva eliminación de barreras jurídicas y de diversa índole, como un importante incremento del flujo de la actividad comercial transfronteriza*” (pág. 236). Por su lado, para Rodríguez Fernández (2009) la globalización es “*el aumento de interacciones entre los agentes económicos de diferentes países que, gracias a la liberalización de las economías, tienen la posibilidad de comercializar sus bienes y/o servicios más allá de las fronteras de sus países de origen. Es decir, se trata de un mayor intercambio comercial entre comerciantes de diferentes países por la apertura económica a la que nos han sometido en las últimas décadas*” (pág. 34). Por su parte, Cataño Berrío (2009) la entiende como “*un proceso complejo, integrado por varias dimensiones, que implica un cambio en las relaciones de poder internacional y sustituye la expresión de nuevo orden mundial. (...) la globalización envuelve diversos fenómenos, que van desde el desarrollo de nuevas tecnologías y la difusión de internet (globalización de las comunicaciones); pasando por el proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, insumos, capitales, producción y consumo (globalización económica); hasta llegar a la adopción de unos patrones culturales originados en unos pocos países y promovidos por todo el planeta (globalización cultural)*” (pág. 148).

<sup>22</sup> Inconsciente o deliberadamente, las instituciones supralocales actúan con el consenso del *capital global* a fin de ejercer presiones sobre los Estados para que destruyan sistemáticamente lo que limite el libre movimiento de capitales y la *libertad de mercado*. Así, *abrir las puertas de par en par* y abandonar la idea de aplicar una política económica autónoma, es la condición preliminar, para poder recibir *ayuda financiera* (Bauman, 2015, págs. 91-92).

<sup>23</sup> Para Fernández Rozas (2013b), la OMC es el principal ente internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los Estados (pág. 28). Para Del Duca, ésta tiene la capacidad implícita de facilitar la armonización del derecho y, del mismo modo, el acercamiento del common law con el civil law (2007, pág. 657; 2012, págs. 146-148).

libre comercio y, especialmente, al movimiento de capitales sin trabas, la ‘economía’ se libera progresivamente del control político<sup>24</sup>.

Ahora bien, es necesario indicar que al hablar de *globalización* en éste escrito, se hace especial énfasis en la *globalización económica*, por la cual las economías nacionales se integran progresivamente en el marco de la economía internacional, haciendo que su evolución dependa cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas estatales<sup>25</sup>. Precisamente, de los diferentes procesos que hacen parte del fenómeno de la globalización, la globalización económica es

*“... quizá, el más visible y el que mayores consecuencias ha generado para las naciones, las empresas y las personas. (...) Si bien, no es posible considerar la globalización sólo en términos económicos, sí debe reconocerse que esa es su principal manifestación o, por lo menos, la que tiene mayores repercusiones a nivel social y político. De esta forma, la globalización tiene su ámbito de aplicación más preciso en la economía, principalmente en los niveles comercial, organizativo y financiero, configurando una serie de procesos dirigidos a la interconexión de los mercados de capitales, producción, insumos y comercio a nivel planetario, que conduzcan, finalmente, a una absoluta libertad de intercambio, a la conformación de un gran mercado global”* (Cataño Berrío, 2009, pág. 148).

El proceso de globalización económica se caracteriza, principalmente, por la supremacía del sector financiero, con autonomía frente a los demás sectores de la economía, y por la velocidad de sus operaciones en el ámbito mundial, con el apoyo de las nuevas tecnologías. Éstas últimas, eliminan el tiempo y el espacio, volviendo al capital verdaderamente global, permitiendo que las travesías de los recursos financieros parezcan ser tan inmateriales como las redes electrónicas por las que transitan, sin embargo, son capaces de dejar penosos rastros locales tangibles y reales<sup>26</sup>, como la

---

<sup>24</sup> Ante cualquier intento de los Estados por entrometerse en la vida económica, los mercados responden con medidas inmediatas. Dicha situación, desnuda la impotencia económica de los Estados (Bauman, 2015, págs. 89-90). Al respecto, Correa Delgado (2014), pone de presente que: *“Mientras que algunos plantean la discusión en términos ideológicos, al justificar un aperturismo indiscriminado en función de estrechísimos conceptos de libertad y una supuesta supremacía de los consumidores, probablemente lo único que lograrían en el largo plazo sería condenar tanto a consumidores como a productores nacionales a la supremacía de los productores extranjeros. Aunque en teoría con esta clase de esquemas los consumidores se beneficiarían en el corto plazo, en el futuro tanto consumidores y productores nacionales se perjudican, ya que, sencillamente, sin producción nacional tampoco puede haber consumo”* (págs. 150-151).

<sup>25</sup> A pesar de que el poder político sigue siendo local, estatal, el poder económico es ya extraterritorial, global: ello genera distorsiones sociales, políticas y económicas a nivel local. Una de las principales consecuencias de la nueva libertad global de movimientos es que resulta cada vez más difícil, si no imposible, lanzar una acción colectiva eficaz a partir de los problemas sociales, locales, generados por esa libertad global (Bauman, 2015, pág. 93).

<sup>26</sup> Para Correa Delgado (2014), una de las características más criticadas de la globalización, por la pérdida de las políticas nacionales, así como por los grandes destrozos que la especulación financiera internacional ha causado en los *países en desarrollo*, es la alta movilidad de capitales: *“Para reducir la volatilidad de capitales, muchos economistas desde hace ya varios años vienen manifestando la necesidad de poner ‘arena en los ejes de la carreta’ de la globalización, esto es, imponer determinadas barreras para disminuir la movilidad de capitales. (...) Por supuesto, dada la orientación de la globalización neoliberal, donde el interés que predomina no es el de los países en desarrollo sino el del capital*

‘despoblación cualitativa’, destrucción de economías regionales otrora capaces de mantener a sus habitantes, marginación de millones incapaces de hacerse absorber por la nueva economía global, etcétera (Bauman, 2015, pág. 100). En efecto, pareciera que la globalización de la economía, busca la conformación de un mercado común planetario, para lo cual se requiere generar procesos de movilidad de capitales y de intercambio de bienes y servicios con la más absoluta libertad, la mayor agilidad y los menores costos posibles<sup>27</sup> (Cataño Berrio, 2010, págs. 45-52).

La marcha autónoma de la economía, desvirtuó las tesis que la valoraban como un fenómeno que podría ser contralado fácilmente por el Estado (López Villegas, 2011, pág. 74). Tal ha sido la trascendencia de la economía que, respecto del desarrollo capitalista, el cual comenzó con la mercantilización de bienes y servicios, y la tenencia de propiedades, se ha gestado una evolución constante y permanente, a un ritmo impresionante, tanto que hoy asistimos a la mercantilización del tiempo y de las experiencias humanas:

*“Factores tales como los viajes y el turismo global, los parques temáticos, la moda, la cocina, el cine, la televisión, etc... se están convirtiendo cada vez en mayor volumen en el centro de una economía cuyo objeto comercial básico son los recursos culturales cuya dimensión internacional resulta cada vez más acusada”*<sup>28</sup> (Fernández Rozas, 2013b, págs. 32-33).

---

*internacional, estas propuestas han sido largamente obviadas”* (pág. 144). Siguiendo a Piketty (2014) *“la solución correcta es un impuesto progresivo anual sobre el capital; así sería posible evitar la interminable espiral de desigualdad y preservar las fuerzas de la competencia y los incentivos para que no deje de haber acumulaciones originarias”* (pág. 644).

<sup>27</sup> Es entendible el entusiasmo de los países avanzados por el *laissez faire*: han llegado a la frontera tecnológica, son imbatibles en cuanto a competitividad, ganan con el libre comercio y por ello tienden a impulsarlo, no obstante haber utilizado un fuerte proteccionismo para llegar a dicha situación estelar (Correa Delgado, 2014, pág. 160). Ello, con el tiempo, ha incrementado la desigualdad en todo el globo: la evolución dinámica de una economía de mercado y de propiedad privada que es abandonada a sí misma, abraza dentro de sí fuerzas importantes, relacionadas especialmente con la difusión del conocimiento, pero también poderosas fuerzas de divergencias, potencialmente amenazadoras para nuestras sociedades democráticas y para los valores de justicia social en que están basadas: *“La principal fuerza desestabilizadora se vincula con el hecho de que la tasa de rendimiento privado del capital  $r$  puede ser significativa y duraderamente más alta que la tasa de crecimiento del ingreso y la producción  $g$ . | La desigualdad  $r > g$  implica que la recapitalización de los patrimonios procedentes del pasado será más rápida que el ritmo del crecimiento de la producción y los salarios. Esta desigualdad expresa una contradicción lógica fundamental. El empresario tiende inevitablemente a transformarse en rentista y a dominar cada vez más a quienes sólo tienen su trabajo. Una vez constituido, el capital se reproduce solo, más rápidamente de lo que crece la producción. El pasado devora el porvenir. | Las consecuencias pueden ser temibles para la dinámica de la distribución de la riqueza a largo plazo, sobre todo si a esto se agrega la desigualdad del rendimiento, en función del tamaño del capital inicial, y si ese proceso de divergencia de las desigualdades patrimoniales tiene lugar a escala mundial”* (Piketty, 2014, pág. 643).

<sup>28</sup> La intensificación de la velocidad y el aumento del alcance de las interacciones establecidas entre personas por todo el mundo, con el desarrollo que en las últimas décadas han experimentado las transacciones comerciales, tanto en valor y volumen, como en su diversidad y complejidad, así como el aumento en la circulación de toda clase de servicios y bienes tangibles e intangibles (Esplugues Mota, 2011c, pág. 43) acentúa el panorama.

Ahora bien, a pesar de que las fuerzas económicas son parte fundamental de la globalización, éstas no son las únicas que la producen: una serie de factores sociales, económicos y culturales convergen en el fenómeno (Flint Blanck, 2014, pág. 8). De esta manera, la globalización es el resultado de un proceso histórico que involucra la creciente integración, generando vínculos de interdependencia. En el último cuarto de siglo, la internacionalización de la economía se ha visto acelerada por esa interdependencia bajo un triple efecto: el incremento de las sociedades transnacionales, el crecimiento de las inversiones internacionales y la deslocalización de la producción<sup>29</sup> (Fernández Rozas, 2013b, pág. 32).

A lo anterior, habría que agregar que el incesante crecimiento del peso relativo de las transacciones y las conexiones organizativas que atraviesan las fronteras nacionales, ha sido la piedra angular de la globalización; así como el impacto del comercio y la inversión han sido magnificados por el carácter cambiante y adaptable del comercio. En la actualidad, éste se ha convertido en un creciente flujo de bienes dentro de redes productivas que son organizadas de manera global en vez de nacional, siendo producidos, los bienes, a través de la integración de procesos que involucran múltiples territorios nacionales. Son los actores privados, y no los Estados, quienes están en la capacidad de crear y coordinar la estructura de esas redes globales de producción, que sobrepasan las fronteras geográficas con el fin último de alcanzar una mayor retribución por la inversión realizada<sup>30</sup> (Evans, 2007, págs. 51-57).

No debe perderse de vista: la globalización conlleva la ampliación e intensificación de las relaciones sociales, económicas y políticas. Es un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos

---

<sup>29</sup>Según Martínez Neira (1994) “*La integración de las economías y la globalización de los mercados financieros son dos de los fenómenos o desarrollo más importantes de la economía mundial contemporánea, caracterizada por la internacionalización de las relaciones comerciales de todo orden y la desregulación de los mercados*” (pág. 7). Al respecto, Fernández Rozas (2000) destaca tres hondos efectos que la globalización, inadvertidamente, ha impreso a la contemporaneidad: *i*) la interdependencia en el mercado de productos, con el consiguiente aumento de las exportaciones y de las importaciones; *ii*) la interdependencia en el mercado de trabajo, con la consecuencia de desplazamiento de trabajadores y profesionales a través de las fronteras; y, *iii*) la interdependencia en el mercado de capitales, que implica que el dinero puede invertirse a escala internacional allí donde genere mayores rendimientos (págs. 161-163). Dicha interdependencia, se manifiesta con la reiteración de las crisis económicas internacionales, como la de 2008, originada en EEUU, que afecto a los mercados de todo el planeta (Fernández Rozas, 2013b, pág. 32).

<sup>30</sup> Ello muestra lo paradójico del sistema: aunque los salarios, las jornadas laborales, pensiones y todo lo que importa a la población trabajadora sigue negociándose, y disputándose, a nivel local, los flujos de capital eluden las regulaciones políticas internas (Judt, 2011, págs. 184-185).

diferentes, y que actúa en múltiples escalas temporales y materiales<sup>31</sup> (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 95). Así las cosas, no se trata ya de un simple intercambio comercial a nivel mundial, vía exportaciones e importaciones, sino de toda una interconexión a gran escala de los mercados, que ha resultado en la concentración del poder financiero y del capital en unos conglomerados, éstos últimos, buscan establecer sus propias reglas, formas de resolución de conflictos, modelos de contratos y cláusulas contractuales, procurando la mayor y más absoluta libertad en el movimiento de sus activos<sup>32</sup> (Cataño Berrío, 2009, págs. 147-148).

A lo anterior, se suma que la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación y el proceso de aceleración de la revolución industrial, han generado inevitablemente, la apertura de las diferentes economías nacionales. De esta forma, la interdependencia económica obliga a una estrecha cooperación internacional para establecer mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial; ello conducido principalmente por dos elementos: la heterogeneidad de la economía mundial, especialmente derivada de la desigualdad de niveles de desarrollo de los Estados y de su variedad de sistemas económicos y políticos, así como de sus estructuras sociales<sup>33</sup>, y que las relaciones económicas internacionales se desarrollan entre grupos transnacionales –farmacéuticos, industriales, financieros, etcétera– y no entre Estados exclusivamente, lo que permite a los primeros imbricarse en el campo de acción de los Estados y sus mercados<sup>34</sup> (Fernández Rozas, 2013b, págs. 32-33).

---

<sup>31</sup> La globalización carece de la unidad de efectos que generalmente se da por sentada. Siendo el resultado de un conjunto de sucesos y de procesos, ésta no se atribuye a un hecho o acontecimiento específico, sino más bien a una serie de circunstancias principalmente económicas, políticas, sociales y culturales (Cataño Berrío, 2010, pág. 45).

<sup>32</sup> Siguiendo a Fernández Rozas (2013b), dichos conglomerados son grandes empresas que no responden al interés común, sea en el ámbito local o global, y que hayan, en un mercado desregulado, el terreno ideal para la búsqueda del máximo beneficio económico posible. Para ello, movilizan inmensas sumas de dinero y desplazan de un lugar a otro las actividades productivas, lo que suele generar profundos efectos desestabilizadores para la economía real, el empleo, el bienestar de la población, el medio ambiente, etcétera (pág. 32).

<sup>33</sup> En opinión de Correa Delgado, sin adecuadas instituciones de gobernabilidad mundial para la globalización, esta tan solo significará para los países pobres más dependencia, haciendo que este proceso se parezca mucho al capitalismo salvaje de los siglos XVII y XVIII, donde perdía la clase trabajadora por falta de garantías laborales mínimas. En la globalización del siglo XXI, que solo busca crear un mercado mundial y no una sociedad global, ahora son los países del Tercer Mundo los que pueden perder por falta de una acción colectiva a nivel global, compitiendo entre sí, por ejemplo, por medio de la precarización sin límites de las condiciones laborales (2014, pág. 152).

<sup>34</sup> Para ilustrar esto último, cabe traer a colación la célebre *Motion Picture Association of America* (MPAA); sobre la que Martel (2011) afirma: “A escala internacional, este brazo político de los estudios [de Hollywood] también se apoya en el congreso para favorecer la exportación de las películas de Hollywood y, con la ayuda del Departamento de Estado y de las embajadas estadounidenses, presiona a los gobiernos para que liberalicen los mercados, supriman las cuotas de pantalla y los aranceles, y suavicen la censura. Con ello y con una docena de despachos y un centenar de abogados en todo el mundo, la MPAA fomenta en el extranjero determinadas prácticas anticompetencia y concentraciones verticales que en territorio estadounidense están prohibidas por el Tribunal Supremo. En el extranjero, muchas veces se considera que actúan con <<dobles varas de medir>>” (pág. 29).

Ahora bien, respecto del derecho comercial, la globalización genera replanteamientos de paradigmas<sup>35</sup>; principalmente, en razón a que la pérdida de fronteras de los negocios, hoy por hoy tan acentuada, genera prácticas que terminan por influenciar el modo en que se diseñan, negocian, elaboran, desarrollan y ejecutan los contratos mercantiles a nivel local, desatando conflictos y entrecruzamientos a escala estatal. Sobre éste aspecto se refirió la CSJ cuando indicó:

*“Como lo predica Ulrich Beck (¿Qué es la Globalización?), <<En el plano económico, el globo ya no es ancho y grande con países alejados, sino denso y pequeño y próximo con centros de mercado (del dinero) telecomunicadamente conectados>>. Pues bien, ésta la llamada <<globalización>>, que hace del mundo la también denominada <<aldea global>>, compele a un replanteamiento de paradigmas, porque esa pérdida de fronteras establece nuevas relaciones de poder y competitividad, pero también <<unos conflictos y entrecruzamientos>>, por la propia confusión de los espacios, que no pueden seguirse manejando bajo los esquemas de los Estados nacionales con fronteras que aislaban y dividían” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (8 de febrero de 2002) Sentencia No. 5950 [M.P. José Fernando Ramírez Gómez], 2002)*

Precisamente, en Colombia la CSJ reconoció que *“es innegable que el avance de las comunicaciones, la modernización de los medios de transporte y la globalización de la economía, han favorecido el comercio internacional”*. En esa misma ocasión, además, dijo la Corte *“... que en la actualidad el tráfico mercantil se desarrolla en un escenario que supera las fronteras; es, si se quiere, universal, a diferencia de lo que acontecía antaño, cuando su ámbito propio era el de un territorio o de un país y, excepcionalmente, el escenario era transnacional”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010) Ref: exp. 05001-3103-010-2000-00012-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez], 2010).

Así las cosas, las relaciones comerciales, propias del tráfico mercantil en el contexto de la globalización actual, plantean desafíos de diversa índole a los derechos estatales. Simultáneamente, estos últimos generan obstáculos a dichas relaciones, sobre todo cuando estas relaciones tienen vínculos con distintos territorios estatales:

*“una relación de comercio internacional puede estar sometida a diversos ordenamientos que se encarguen de regular los distintos aspectos de la relación comercial, lo que genera un alto grado de incertidumbre para las partes que desconocerán la regulación que rige el vínculo contractual”* (Bonilla Aldana, 2013, pág. 3).

---

<sup>35</sup> El derecho, antes que nada, es un conjunto de palabras, frases y proposiciones. Así las cosas, el lenguaje jurídico se ha visto obligado a reaccionar y adaptarse *“a casos y especies que, en el viejo mundo de Estados y naciones más o menos autosuficientes, ni surgía ni eran, para muchos, imaginables”* (Silva Romero, 2002, págs. 4-5).

En la práctica de la contratación internacional, ello se refleja a través de una marcada preferencia por la celebración de contratos *deslocalizados*, muy detallados, que pretenden contemplar todos los aspectos relevantes, relegando al mínimo posible el impacto de la ley del contrato para colmar lagunas. Por tal razón, actualmente, una de las grandes problemáticas del comercio internacional<sup>36</sup> es la determinación del derecho que se aplica a las relaciones contractuales: la falta de predictibilidad en cuanto a la disposición que regula la relación, trae consigo un aumento en los costos de transacción para los comerciantes (Bonilla Aldana, 2013, pág. 54; De Miguel Asensio, 2013, pág. 258).

Como consecuencia de todo lo anterior, los ordenamientos jurídicos estatales están en una etapa de transformaciones, dirigidas a fortalecer el adecuado funcionamiento de los sistemas político y social, y ante todo, encargarse de las múltiples y diversas exigencias que ha impuesto la economía (Cataño Berrío, 2009, págs. 147-148), comprendiendo que hoy “*numerosas legislaciones mercantiles nacionales no se adaptan a las necesidades del comercio internacional en función de la incertidumbre que ofrecen los mecanismos de determinación del derecho aplicable*” (Fernández Rozas, 2013c, págs. 142-143).

Así las cosas, la presunta insuficiencia de las fuentes locales<sup>37</sup>, sumado a que en muchas ocasiones las regulaciones estatales tratan de diversa manera una misma situación, para la reglamentación de relaciones supranacionales, así como la falta de predictibilidad en los mecanismos de determinación del derecho aplicable y la consecuente necesidad de una reglamentación común internacional, en la actualidad, son elementos inherentes al derecho de los negocios internacionales, así como el

---

<sup>36</sup> El actual sistema de comercio internacional, siguiendo a Fernández Rozas (2009), se configura a través de una serie de principios que son el resultado de la ideología emanada de ciertas organizaciones económicas internacionales en cuya cúspide estaría la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y como brazo ejecutor a la OMC; dicha ideología se pretende elevar con alcance universal con independencia del nivel de desarrollo económico de los países participantes. De conformidad con dicha ideología, el comercio internacional debe responder a un trato carente de discriminaciones, trato de nación más favorecida y trato nacional, debe tener tendencia hacia la liberalización, disminución de obstáculos al comercio, y ha de ser previsible (págs. 88-90).

<sup>37</sup> Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales, y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del derecho uniforme, aunque sus resultados han sido tan limitados que en la actualidad la norma de conflicto no ha perdido su papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional (Fernández Rozas, 2013c, pág. 141). Junto a las deficiencias del sistema conflictual (Cfr. *infra* 1.2.1), se une “*el inconveniente de que los códigos de los distintos ordenamientos nacionales, al ser muchos de ellos del siglo pasado, no solo adolecen de graves lagunas, sino que además son instrumentos inadecuados para regular la moderna contratación internacional. Muchos de los códigos, todavía hoy vigentes, parten de una realidad preindustrial anclada en los tipos contractuales tradicionales que no pudieron prever los cambios tecnológicos, industriales y comerciales hoy operantes*” (Cfr. *infra* 1.2.3.1) (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 4).



desordenado incremento de fuentes internacionales (Fernández Rozas, 2013b, pág. 49). En suma, como lo menciona Bonilla Aldana,

*“... la necesidad de la existencia de una norma común armónica, que se aplique de forma indiferente a la jurisdicción y sea ajena a los ordenamientos domésticos, se encuentra basada en que las disposiciones locales, las normas de conflicto y la falta de certeza en cuanto a la ley aplicable constituyen obstáculos y costos adicionales que de ser eliminados se podrá obtener un mayor grado de certeza legal y una mayor rentabilidad en la operación mercantil”*<sup>38</sup> (2013, pág. 4).

De esta manera, las necesidades normativas específicas de la disputa, la existencia de leyes divergentes entre los Estados y la dificultad en la determinación de la ley aplicable a la relación contractual internacional, en caso de conflicto, han constituido obstáculos para el desarrollo del comercio internacional en el contexto globalizado, de los que éste último ha buscado librarse<sup>39</sup>:

*“La incertidumbre que genera para los agentes del comercio la inexistencia de un conocimiento fehaciente sobre el régimen legal aplicable a una transacción internacional, es una de las principales razones que desestimulan la inversión extranjera y el comercio mundial, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que uno de los principales objetivos del legislador debe ser la obtención de predictibilidad y estabilidad en las relaciones comerciales”* (Bonilla Aldana, 2013, pág. 54)

Estando así las cosas, queda en evidencia cómo la globalización involucra al derecho. Éste último, al igual que cualquier saber, está en continuo proceso de construcción; es un resultado histórico que ha sido tejido por tramas de generaciones que se suceden unas a otras con nuevas urdimbres, o destejendo para trenzar los hilos de otra manera (López Villegas, 2011, págs. 112-115).

El derecho se desarrolla con la historia y, consecuentemente, con el desarrollo de la globalización<sup>40</sup>, por lo que dado el caso, está en la capacidad de evitar, orientar y limitar las consecuencias negativas

---

<sup>38</sup> Desde que los límites políticos tradicionales han sido atravesado por el comercio, ha existido el impulso de reducir la diversidad entre los sistemas legales que lo gobiernan. Contemporáneamente, no es sino hasta finales del siglo XX que ese proceso empieza a producir resultados alentadores, por el trabajo de algunas agencias: *“la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), se han enfocado en la creación y negociación de muchos de los instrumentos de Derecho Comercial Internacional que hoy se encuentra en vigor”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 228).

<sup>39</sup> Así las cosas, la armonización jurídica se ha convertido en la principal herramienta para la creación de un ambiente propicio que promueva el desarrollo del comercio internacional, a través de la eliminación de aquellas barreras que son consecuencia de la diversidad legal existente (Bonilla Aldana, 2013, págs. 18-19).

<sup>40</sup> En este sentido, Díaz Bravo (2010) expone que junto a las dimensiones principales de la globalización, sería necesario tener muy presente la jurídica, a la que *“tal vez no sería un atrevimiento calificar como principal, pues no cabe duda de que los esquemas económicos, como los técnicos y principalmente los políticos, se plasman en leyes, reglamentos y demás manifestaciones consignadas en textos legales”* (pág. 89). En el mismo sentido, para Domingo (2009), la globalización ha transformado la faz de la tierra y los paradigmas de la modernidad han sido alterados por un cúmulo de factores que han adelantado la velocidad de reflexión y por eso *“la ciencia jurídica precisa de un cambio radical que redefine el sendero del Derecho de cara al tercer milenio”* (pág. 135).

de su establecimiento desaforado y sin planeación<sup>41</sup> (Sánchez Torres, 2011, pág. 34). De esta manera, como disciplina social, el carácter del derecho es esencialmente dinámico, en el derecho se plasma el carácter peculiar de la comunidad en cada momento, su idiosincrasia cultural y, además, en él queda reflejada su historia, sin que ello implique perder su filiación con su dimensión universal, de allí su funcionalidad<sup>42</sup>: *“por ello, es deseable que el derecho de las obligaciones y de los contratos evolucione de manera coherente con las transformaciones que se producen en el mercado donde sucede el intercambio de bienes y servicios”* (Castro De Cifuentes, 2015). Ello resulta lógico, por cuanto el surgimiento de nuevas prácticas, no sólo mercantiles, obliga al derecho a reconocer de algún modo su existencia y referirse a los efectos que normalmente producen<sup>43</sup>.

En Colombia, el carácter dinámico y funcional del derecho, así como la adquisición de un papel más relevante por parte de los jueces, se hizo más evidente a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, no solo en la aplicación del derecho, sino en la creación del mismo<sup>44</sup> (Zuluaga Gil, 2004, págs. 7-8). En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano, en aquellos eventos donde se carece de supuesto fáctico específico, autoriza a recurrir a contenidos que no están reconocidos en una norma positiva; es decir, a lo que para la C. Constitucional serían los contenidos extrasistémicos, a los que el propio sistema refiere formalmente (Hernandez Velasco, 2011, págs. 231-232). Precisamente, partiendo de la fiabilidad del legislador, la mencionada Corporación reconoció que:

---

<sup>41</sup> Para Correa (2014), es una falacia o ingenuidad extrema, la idea de que el libre comercio beneficia siempre y a todos por igual: *“Mientras que sin duda una adecuada especialización y comercio entre países con similares niveles de desarrollo puede ser de gran beneficio mutuo, una liberalización comercial a ultranza entre economías con grandes diferenciales de productividad y competitividad significa graves riesgos para los países de menor desarrollo relativo, dada la probable destrucción de su base productiva, y, con ello, la pérdida de puestos de trabajo sin capacidad de crear nuevos empleos, todo lo cual constituye una catástrofe social”* (pág. 149).

<sup>42</sup> El derecho, al contrario de ser estático, está en permanente cambio, es muy dinámico y funcional. Y cada vez lo es más pues, de una manera eficaz, es esta la única manera de responder a las apremiantes demandas que le impone la sociedad actual (Zuluaga Gil, 2004, pág. 7). Aunque el carácter dinámico del derecho *“se advierte, naturalmente, en la historia cambiante de sus contenidos; ésta es su expresión más superficial; el carácter dinámico se revela en la naturaleza misma del derecho, que también está sujeta a un proceso de continua transformación”* (López Villegas, 2011, pág. 115).

<sup>43</sup> Al respecto, Del Vecchio (1948a) advierte la labor incesante y la crisis perpetua del derecho positivo, el cual necesita de una base dogmática para sostenerse, pero *“es conducido por la naturaleza misma de las cosas a superar en cierto modo sus propios dogmas, para reunir en una más amplia esfera de verdad aquellos principios de donde ha surgido y que permanecen, en sí mismos, inagotables”* (pág. 122).

<sup>44</sup> No obstante, *“la Corte de Oro”* ya había ejercido cierta influencia sobre el particular (Cfr. *Supra not.* 9). Luego de ese momento de *desestabilización* del positivismo y del formalismo, que duraría con energía hasta comienzos de la década de 1940, la práctica judicial del derecho en Colombia volvió a estabilizarse, volviéndose a *turbar* con la constitución de 1991: desde ese año, se perturbó el consenso homogéneo que pareció cubrir el sistema de fuentes del derecho colombiano desde el siglo XIX siguiendo la tradición neo-romanista francesa (López Medina, 2007, págs. 318-319).

*“...las reglas jurídicas, aun cuando estén impecablemente diseñadas desde el punto de vista técnico, no pueden llegar a contemplar todas aquellas hipótesis de hecho que hacen parte del acontecer social. En efecto, el derecho, como fenómeno de institucionalización y sistematización de cierto tipo de reglas, principios y valores, es un proceso social que se construye históricamente”* (Corte Constitucional, Sala Plena (21 de Noviembre de 2000) Sentencia C-1547/00 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger], 2000).

Puestas así las cosas, cabe decir que antes se manifestó que la globalización involucra al derecho; pues bien, esa frase cobra mayor significación cuando se refiere al derecho comercial. Éste último, al estar profundamente permeado por la realidad económica, social y política, se ve afectado por las modificaciones que se dan en aquellas. El derecho mercantil ha sido una categoría del conocimiento histórico: nació con la declinación de la economía señorial y el resurgimiento del tráfico comercial en la baja Edad Media, haciendo que la estabilidad de las relaciones jurídicas, propias del derecho romano, fuera transformada en mutabilidad por el *ius mercatorum*; y desde aquel tiempo hasta hoy, el derecho mercantil ha sido un derecho eminentemente reformista, por ser un derecho muy relacionado con la economía y la política económica de las naciones (Roitman, 1998, pág. 67).

Sin embargo, actualmente en algunos entornos nacionales, sucede que al invocar y dar aplicación a *“disposiciones que no tienen más título válido para ello que el de resultar familiares desde las aulas universitarias, está llevando a que la brecha conceptual entre el derecho mercantil que se aplica en el país y el que existe en el mundo de los negocios, sea cada vez mayor”* (Espinosa Pérez, 2000, pág. 101). Por lo anterior, razón tuvo la CSJ cuando refiriéndose a la labor del Juez ante la inmutabilidad de la legislación comercial, expuso que:

*“... los jueces, al interpretar la ley, no pueden ser ajenos a la realidad que los circunda y, (...) en la que viven, ni desconocer el entorno en que se desenvuelven las operaciones civiles y comerciales, particularmente las reglas económicas que, según el caso, determinan su celebración y ejecución. Por eso, entonces, sin ignorar los principios y las normas que informan el ordenamiento jurídico, es deber de los jueces contemporanizar y contextualizar sus disposiciones, para no provocar interpretaciones pétreas que obstruyan el adecuado desarrollo del mundo de los negocios, a fortiori en un ambiente de indiscutida globalización y, por tanto, de internacionalización, como el actual”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (29 de Julio de 2005) Ref: Exp: 110013103018 1893 20302-02 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo], 2005).

De esta manera, tal como lo expresa Rodotá (2005), si como juristas queremos vencer los desafíos que trae consigo la globalización, requerimos de fuerza intelectual para comprender que se nos pide una renovación de los instrumentos jurídicos, el cuidado de lo universal en un mundo que ve

amenazado la diversidad y la disposición de trabajar sobre principios más que sobre detalles<sup>45</sup>. Ante los desafíos que la globalización ha planteado al derecho, no podemos resignarnos a contemplar impávidos como los mismos se engrandecen y multiplican sin que este último reaccione: el derecho debe proveer normas prudentes para encaminar las relaciones sociales por la senda del respeto, la convivencia, la justicia y la equidad.

Por tal motivo, razón tiene Vargas Gómez-Urrutia (2000) cuando parte de la base de que el derecho debe concebirse como un sistema para lograr la solución justa de los conflictos de intereses, o, citando a L. Díez-Picazo, como un sistema para lograr un *iustum* concreto; de ahí que no se conciba al derecho como un sistema cerrado de normas preexistentes y automáticamente impuestas<sup>46</sup>. Por esta razón, en la aplicación e interpretación de la norma, en aras de alcanzar el ideal de igualdad, justicia y equidad en las relaciones contractuales, el papel y la tarea del decisor jurídico es fundamental y lo ha sido para impulsar los cimientos sobre los que se ha edificado un sistema mucho más severo en torno a la protección contractual de la parte débil, especialmente en materia de protección a los derechos del consumidor<sup>47</sup>, máxime estando éstos obligados en términos jurídicos, comunicativos y éticos, a explicar y justificar sus decisiones a través de motivaciones razonadas, por lo que cuentan con herramientas que le permiten hacer funcionar como bisagra, entre la realidad y el derecho, la decisión adoptada.

Así las cosas, resulta necesario pasar a referirnos a las tendencias y los desafíos que se ciernen sobre el derecho comercial a escala global, pues como lo dijera Gaillard (2010): “*el hecho de que todos los derechos [estatales] no evolucionen al mismo ritmo no significa que no se pueda, desde una perspectiva dinámica, dilucidar las tendencias que se van dibujando en la sociedad internacional*”<sup>48</sup> (pág. 59).

---

<sup>45</sup> Así mismo, son indispensables los cambios en los modelos de educación; las facultades de Derecho están llamadas a formar profesionales que se habitúen a las necesidades del nuevo contexto socioeconómico y legal. Los abogados deben responder a los desafíos de la globalización asumiendo un rol activo en ese proceso (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 102), trabajando comprometidos por la realización y garantía de la justicia y la equidad.

<sup>46</sup> Para la autora, la norma, en este evento, no sería una formulación de validez general, sino una pauta o guía para permitirnos investigar y buscar ese *iustum* objetivo. Así entendido, el derecho existe en el tiempo y se cristaliza en la norma que lo crea; no obstante, en su búsqueda para lograr ese *iustum*, el intérprete no crea el derecho, sino que lo recrea, adaptándolo, complementándolo y readaptándolo en cada caso concreto (pág. 137).

<sup>47</sup> Algunos de ellos, en el caso colombiano, han sido recogidos en normas recientemente expedidas v.gr. Ley 142 de 1994, Ley 1328 de 2009, Circular 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera, Ley 1480 de 2011, etcétera.

<sup>48</sup> En la actualidad, se percibe fuertemente en el comercio internacional un impulso armonizador. Para Bonilla Aldana, los procesos de armonización constituyen un instrumento importante en el desarrollo del comercio internacional, debido a que permiten la reducción de los costos de transacción asociados, el aumento del grado de certeza en cuanto al régimen

Justamente, como algunos de los instrumentos fruto del proceso de armonización jurídica vienen siendo denotados como expresión, concreción o consolidación de la llamada *Nueva Lex Mercatoria*, ésta última a continuación es tratada como una de las propensiones más influyentes de la escena jurídica mundial. Asimismo, desde la *orilla del derecho global*, por el gran componente de instrumentos fruto del proceso de armonización que son de naturaleza *soft* –o *suave* en su traducción literal–, se alude al *soft law* desde la perspectiva armonizadora; luego, se pone de presente algunas vicisitudes sufridas al interior de los derechos mercantiles estatales. Lo anterior, con la intención de pasar a abordar, en el segundo capítulo, el fenómeno de la armonización jurídica del comercio internacional, como *Puente* que sirva para la adecuación y/o actualización del derecho estatal.

### 1.1. Desde ‘la orilla de lo global’, tendencias de la escena jurídica actual

*“La promoción de elementos normativos del derecho privado, de carácter uniforme para el concierto de las Naciones, resulta un elemento civilizador, que consulta las tendencias universalistas de nuestro tiempo. Universalismo jurídico éste que difiere de las formas tranestatales, interesadas en la expansión de formas de dominación política, de algún modo expresadas, en ese vasto universo del derecho durante el período romano clásico, o en la manifestación expansionista de la difusión religiosa, a través de un derecho igualmente con aspiraciones universales”* (Corte Constitucional, Sala Plena (10 de febrero de 1994) Sentencia C-048/94 [M.P. Fabio Moron Diaz], 1994).

En el ámbito del derecho contractual mercantil, las distintas corrientes de la escena jurídica actual, transitan conforme a los cimientos que son necesarios para el adecuado desarrollo de los negocios, esto es, la certidumbre, la eficiencia y, claro está, la previsibilidad en los negocios. De esta forma, las diversas corrientes de la escena jurídica actual, que tienen múltiples *ondulaciones*, transitan conforme los *encargos* impuestos por la globalización y buscan, en todo caso, facilitar los intercambios comerciales y económicos<sup>49</sup>. Así, desde la perspectiva jurídica, la visión formalista y positivista tradicional resulta insuficiente para explicar los continuos cambios que se están dando

---

aplicable y hacen más eficiente la operación mercantil (2013, pág. 4). Por su parte, Espinosa Pérez (2000) va más allá cuando sentencia que *“se comprende por qué el proceso evolutivo del derecho mercantil habrá de conducir <<... a la consagración moderna de la lex mercatoria, es decir, la transformación de un Derecho legal divorciado de la realidad, en un derecho vivo, nacido de los usos del comercio>>”* (pág. 110).

<sup>49</sup> A nivel internacional, incluso se percibe ya una concientización de que hasta las reglas generales establecidas en un instrumento internacional ya no resultan suficientes y deben suplementarse por reglas que en grados variables estén enfocadas hacia los problemas (*problem-oriented*) surgidos más recurrentes y sean específicas a los hechos (*fact-specific*), conducido ello por la complejidad del comercio y las finanzas transfronterizas (Goode, 2010, pág. 78). Así las cosas, la globalización y el ágil ritmo de la innovación tecnológica, innovación impresa a su turno, al desarrollo comercial, hacen que sea difícil prever todos los problemas, propiciándose la búsqueda de soluciones adecuadas a las dificultades detectadas en las transacciones mercantiles, para facilitarlas (Fernández Rozas, 2013b, pág. 71).

entre los sistemas jurídicos y el ambiente social en el que se desenvuelven, así como para palpar la permeabilidad de los confines del derecho<sup>50</sup> (Fernández Rozas, 2009, pág. 112).

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que, para la facilitación de esos intercambios comerciales y económicos, el proceso de armonización es impulsado no solo por organismos de la esfera pública, y que se registran un sinnúmero de iniciativas en la órbita privada. Al respecto, Moreno Rodríguez (2010) a nivel global destaca los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>51</sup> (Cfr. *Infra* 2.4.3); así mismo, aunque será tratado con mayor profundidad (Cfr. *Infra* 2.3.1), manifiesta que:

*“Existen también contratos estándares aceptados dentro de determinados círculos económicos, como las condiciones de contratos internacionales para la construcción de obras de ingeniería civil del año 1987, elaboradas bajo auspicios de la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (FIDIC), conocidas comúnmente como contrato FIDIC; o los formularios estándares internacionales de la Grain and Feed Trade Association con respecto a productos agrícolas, también de gran utilización en el comercio exterior. Contratos modelo son también propuestos por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, como el de venta internacional de bienes perecederos de UNCTAD/WTO International Trade Centre, en tanto que el Banco Mundial y organismos de financiación europeos cuentan con lineamientos (guidelines) a este respecto”* (Moreno Rodríguez, 2010, págs. 264-265)

En efecto, hoy día sucede con considerable demostración que, aún sin mediación de los Estados, se originan instrumentos para reglar de manera uniforme relaciones mercantiles más allá de unidades políticas territoriales estatales y regionales<sup>52</sup> (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 236): a este respecto, Kuznetsova (2012) llama la atención sobre la forma activa en la que se llevan a cabo los procesos

---

<sup>50</sup> Estando integrado por un conjunto de reglas, principios y elementos propios, un sistema jurídico orienta la convivencia dentro de una sociedad, dado que marca los límites de acción de las personas, autoridades y la administración de justicia. Cada uno, no solo es una expresión cultural, sino que implica un esfuerzo de comprensión respecto del sentido de la norma, el contexto en el cual se ha elaborado y las consecuencias en las relaciones de sujetos pertenecientes a distintas construcciones jurídicas: *“La existencia de sistemas jurídicos y, dentro de él, de un mayor número de ordenamientos, no debe ser considerada como un obstáculo al comercio internacional, que debe ser superado con reglas uniformes adoptadas a nivel internacional o con mecanismos de entendimiento y coordinación legislativa. No es cuestión de identificar cuál sistema es mejor sino si es eficiente con respecto a la seguridad y confianza de las partes”* (Sierralta Ríos, 2010, pág. 152).

<sup>51</sup> Se presenta a sí misma como una organización empresarial mundial, con sede en París, que agrupa a varios miles de empresas de más de 130 países. Las actividades desarrolladas por ésta son muy amplias (cabe resaltar el arbitraje y la resolución de conflictos, la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, y la lucha contra la corrupción), destacándose que desarrolla una amplísima actividad de reglamentación, de naturaleza privada, en el ámbito del comercio internacional (Esplugues Mota, 2011c, págs. 54-55). Tal como lo indica Fernández Rozas (2013b), *“hoy día se observa el incremento de las fuentes internacionales, tanto desde la perspectiva de los tratados, como de la costumbre internacional. Esta segunda dimensión se produce tanto en el ámbito de la Uncitral, como de la Cámara de Comercio Internacional de París...”* (pág. 49).

<sup>52</sup> Según Perales Viscasillas (2014a) *“la integración económica regional propicia una integración jurídica que ya no puede ser regional sino que ha de aspirar a una uniformidad internacional en la que las relaciones jurídicas se tornen más estables, predecibles, seguras y confiables, y en definitiva, en la cual se aspire a compartir el mismo conjunto de normas jurídicas...”* (págs. 7-8).

de armonización del derecho contractual en el marco de la comunidad internacional. Un claro ejemplo de esa armonización es el trabajo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>53</sup> (Cfr. *Infra.* 2.4.2) en la adopción de los principios sobre los contratos comerciales internacionales (Principios de UNIDROIT)<sup>54</sup> (Cfr. *Infra.* 2.4.2.1), que para la autora, no sólo se han convertido en una base consolidada para la formación de la *lex mercatoria*, sino que además, sirven como estándares fiables para la regulación de relaciones contractuales a nivel local por los sistemas legales nacionales (pág. 242).

Es tanta la importancia de ese tipo de instrumentos de *soft law*, para el derecho comercial, que refiriéndose a los Principios de UNIDROIT, a los Principios del Derecho Contractual Europeo – PDEC o PECL<sup>55</sup>, al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, a los *Trust Principles*, a la *Insurance Initiative*, y a los *Principles of European Tort Law* (Cfr. *Infra.* 2.3.3 y 2.4.2.1), Magnus (2012) expresa:

*“All these sets of principles resemble acts, statutes or international conventions like one egg the other; they strive for comprehensive codifications of their respective fields. However, because of their private or, at best, half-official character, they lack the force of law and must trust that they convince by their quality. This also is expressed by their being named ‘principles’. The majority of the groups participating in their creation have a pure European background and aim at the adoption of European Principles; but the UNIDROIT group is explicitly globally oriented and aims at the development of globally acceptable principles. In any event, all these sets of principles are the fruits of an intense comparison of law. They are also general in the sense that they generalize or modify national solutions in their respective fields”* (pág. 165).

---

<sup>53</sup> Organización intergubernamental independiente con asiento en Roma, cuyo objetivo es el estudio de los medios y métodos en pro de la modernización, armonización y coordinación del derecho privado –en particular el derecho comercial– entre los Estados o grupos de Estados, y, en fin, la elaboración de instrumentos de derecho uniforme, de principios y reglas (UNIDROIT, s.f.).

<sup>54</sup> Siguiendo a Del Duca, los Principios de UNIDROIT fueron ideados para los contratos celebrados entre comerciantes en un contexto internacional. Son un intento por presentar normas comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, seleccionando las soluciones más adaptables a las exigencias del comercio internacional. Los Principios reflejan la regla más convincente para las transacciones transfronterizas, por lo que su expansión se ha basado en la persuasión de la calidad académica de los mismos; fueron redactados al estilo de los Códigos Europeos (civil law) y usan una terminología particular para el específico sistema jurídico que pretende normar, el internacional (2007, pág. 654; 2012, págs. 143-144).

<sup>55</sup> El trabajo académico tiene un papel protagónico en la armonización del derecho europeo, dicha perspectiva sirve para comprender las razones para que la armonización haya tomado distintos marcos, oficiales y no oficiales o académicos. El proceso de armonización del derecho contractual europeo comenzó en los 80’s con dos proyectos. El primero, y más importante, los PECL, que fueron preparados bajo la dirección del profesor Ole Lando; en segundo lugar, y con menor influencia, el Código elaborado por el Profesor Harvey McGregor, publicado en 1993 y que ha sido traducido a diferentes idiomas (Tomás Martínez, 2013, pág. 398). Para Del Duca, la discusión y el desarrollo de los PECL responden al gran esfuerzo de la comisión Lando por armonizar una gran variedad de derechos contractuales de los Estados Europeos. Armonización que resulta necesaria debido a las presiones económicas existentes por un mercado abierto y la facilitación del comercio. Los PECL proveen un restatement, y combina soluciones nuevas con algunas otras ya existentes en unos Estados. Los redactores intentaron modernizar el derecho contractual existente con algunas soluciones consideradas deseables para el desarrollo del derecho contractual europeo (2007, págs. 650-651; 2012, págs. 134-135).

Por lo anterior, y sin perjuicio de las demás corrientes influyentes de la escena jurídica actual, teniendo en cuenta que instrumentos fruto del proceso de armonización jurídica vienen siendo considerados como expresión, concreción o consolidación de la *nueva lex Mercatoria*, ésta a continuación pasa a tratarse. Inmediatamente luego, considerando que gran parte de esos instrumentos poseen una naturaleza *suave*, asimismo se alude al *soft law*.

### 1.1.1. La Nueva lex Mercatoria

*“La Lex mercatoria es una denominación usada para identificar a un conjunto normativo, con carácter supranacional, es decir, desligado del poder/capacidad de los Estados para dictar normas, con autonomía e independencia respecto a los ordenamientos estatales, y que es considerada la ley apropiada para la regulación de las relaciones económicas internacionales. Expresión latina, con la que se evoca, como es evidente, un fenómeno histórico representado en el ius gentium...”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 307).

Una de las corrientes más influyentes en la escena jurídica de nuestro tiempo, es la aparición de la *Nueva lex Mercatoria*; tanto así que para Fernández Rozas (2009), el desenvolvimiento de proyección universal de ésta constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el derecho de los negocios internacionales<sup>56</sup> (pág. 107). Ello, máxime teniendo en cuenta que, sin intervención estatal directa, hoy en día se producen normas para regular relaciones mercantiles, y prácticas comerciales, más allá de unidades políticas territoriales dentro de la órbita del mercado que traspasa fronteras<sup>57</sup>; proceso que, Moreno Rodríguez (2013) resalta, se ha acentuado en años recientes con la globalización. Para Moreno Rodríguez, renace de alguna manera un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes de la edad media, llegando incluso a que organismos internacionales proponen su concreción en cuerpos normativos como

---

<sup>56</sup> Haciendo referencia a la incidencia de la *nueva Lex Mercatoria* sobre el orden jurídico colombiano, León Robayo (2015) va mucho más lejos al afirmar: *“Todavía se está lejos del momento en que este orden jurídico transnacional [la nueva lex mercatoria] se convierta en fuente directa de creación del derecho comercial colombiano, a través de su reconocimiento por una ley formal expedida por el Congreso de la República. Bastaría con que una disposición fuera ubicada dentro del esquema de fuentes en la costumbre internacional y, por supuesto, como normativa aplicable en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes para regir sus contratos. No obstante, su incorporación a través del sistema de principios, y la adhesión que de ellos se hace a través de la autonomía de la voluntad, a lo que se une su aplicación e interpretación en los fallos judiciales y arbitrales que garantizan su reconocimiento, le permite a la nueva Lex Mercatoria hacer parte del sistema de creación del derecho comercial colombiano”* (pág. 248).

<sup>57</sup> De esa manera, los procesos armonización, que en principio no tienen un propósito diferente que el de regular de una manera más adecuada la actividad de los comerciantes en el ámbito internacional, reflejan una faceta de uno de los principales componentes del desarrollo que ha tenido la autorregulación del comercio por los agentes que en él participan (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 222).



convenciones o instrumentos peculiares, ejemplificando dicho fenómeno con lo sucedido con los Principios de UNIDROIT<sup>58</sup>,

*“que no están destinados a ser ratificados por los países, pero que al resumir en reglas y principios las prácticas generalizadas del comercio exterior en la materia pueden, entre varias aplicaciones, ser adoptadas por las partes como reglas en sus contratos o servir como guías a árbitros y juzgadores...”* (pág. 220).

Ahora bien, a pesar de la falta de certidumbre que actualmente produce la *Nueva Lex Mercatoria*, la idea subyacente de ésta, es la de superar la incertidumbre que resulta perjudicial para la eficiencia de las relaciones comerciales internacional respecto del derecho aplicable. Al ser internacional la relación jurídica que regula, y no nacional, se suele afirmar que los contratos comerciales internacionales, estando en continuo avance los intereses de las transacciones internacionales, deben ser sujetos de un sistema que sea igualmente capaz de desarrollarse de manera flexible<sup>59</sup> (Cordero Moss, 2010, pág. 47).

Como ya se mencionó, el derecho comercial, desde sus orígenes y a lo largo de su historia, se ha transformado para ofrecer respuestas ante los incesantes cambios del tráfico económico, adaptándose a las transformaciones que vienen con cada ciclo histórico (Oviedo Albán, 2006, pág. 25). De esa manera, exhibe su propósito de servir eficientemente de cara a los retos planteados, para y por los agentes del tráfico mercantil. Pues bien, hoy por hoy se habla de un retorno a la génesis del derecho comercial, donde una *Nueva Lex Mercatoria*, de pretendida proyección universal, algunas veces sobrevalorada, hace que se recuerde al *ius mercatorum* medieval; no sólo por el vigor de su base consuetudinaria, la relativa autonomía de su producción, e incluso, el frecuente recurso del arbitraje comercial, sino por la predominancia de los intereses de los agentes del tráfico económico<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> En cuanto a la identificación de los Principios de UNIDROIT como *Lex Mercatoria*, resulta interesante apreciar como los preámbulos de las versiones 2004 y 2010 establecen que los Principios son reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, y esto debe hacerse cuando las partes hayan acordado que su convenio se rija por ellos. Igualmente, señalan que ellos pueden ser aplicados cuando las partes acuerden que su contrato se rija por los *principios generales del derecho*, la *nueva lex mercatoria* o expresiones semejantes, y también si estas no escogieron expresamente un derecho específico que lo regule (León Robayo, 2014, pág. 34).

<sup>59</sup> Para Goode (2010), la autonomía del derecho del comercio internacional, teoría motivada por un fuerte deseo de sus proponentes de liberar las transacciones internacionales de los *constreñimientos* del derecho nacional, hace pensar en que la referencia a unas reglas transnacionales posee algunas ventajas: *a)* evita tener que acudir a normas diseñadas primordialmente para transacciones domésticas; *b)* el recurso a principios de derecho transnacional sustantivo evita tener que lidiar con cuestiones de DIPr, con el consecuente *fórum shopping*; y, *c)* se percibe como neutral al derecho transnacional (pág. 84).

<sup>60</sup> Aunque podría hacerse cierto paralelismo entre la ‘antigua’ y la ‘nueva’ *lex mercatoria*, dado que ambas presuntamente están formadas por usos que constituyen derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera, universal;

No obstante, actualmente no hay nada más incierto que la *Nueva Lex Mercatoria*: no existe si quiera coincidencia sobre el alcance de la idea de ésta. Para algunos, es un orden jurídico autónomo, independiente a los sistemas jurídicos nacionales, siendo ésta la acepción más ambiciosa<sup>61</sup>; para otros, es un cuerpo de reglas sustantivas o de fondo, suficiente para decidir una disputa, que opera como alternativa a los derechos nacionales que resultarían aplicables. Desde una óptica más restrictiva, se le concibe como un simple complemento al derecho aplicable, considerándola como una consolidación gradual de los usos y expectativas establecidas en el comercio internacional<sup>62</sup> (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 238-239).

Fernández Rozas (2013c) admite la existencia de un debate, pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la así llamada *Nueva Lex Mercatoria*. Para el autor, ese debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, pero aún es incipiente en América Latina; sectores amplios de la doctrina del DIP'r directamente desconocen su existencia y, por si fuera poco, entre aquellos que la reconocen concurren varias posturas que intentan encuadrar teóricamente el fenómeno observado<sup>63</sup>. Fernández Rozas, en apretada síntesis, clasifica esas posturas atendiendo a los

---

que son propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho que regirá la relación, existen notables diferencias entre las mismas, sin mencionar el álgido debate que aún existe entre quienes proclaman y apologizan su existencia, o el otro, aún inconcluso, sobre su conceptualización.

<sup>61</sup> Es conocida la discusión teórica sobre si este conjunto de reglas y prácticas puede ser considerado como un sistema legal u ordenamiento jurídico que se aplique por su propio valor, sin necesidad de fundarse en un derecho nacional. Para Samtleben (2010), los críticos de ésta teoría usan como argumento la incoherencia y casualidad de esta normativa, la cual carece de la integridad y estabilidad propias de un sistema jurídico; no obstante, para dar respuesta a esta crítica, según el autor, se han elaborado instrumentos tales como los Principios de UNIDROIT. Aquí no se trata más de derecho vivo, entendiendo a la *lex mercatoria* como *los usos y costumbres, las normas y los principios que resultan de la práctica diaria de los operadores del comercio internacional*, que surge de la práctica diaria de los operadores del comercio internacional, sino de una creación artificial, no espontánea, hecha por profesores de derecho comparado (págs. 423-424).

<sup>62</sup> Son muchas las controversias alrededor de la nueva *lex mercatoria*, al punto que hasta se debate si su creación responde a una creación deliberada vía *formulating agencies* como v.gr. la CCI o no, nutriéndose de normas específicas que resultan apropiadas para relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente v.gr. principios generales del derecho, entendidos como un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal sino que se desprende de la comparación de los derechos nacionales, fuentes internacionales tales como convenios internacionales, jurisprudencia de los tribunales internacionales, etcétera; y el grado de su eficacia, que va a ser considerado desde un simple recurso interpretativo, hasta un verdadero *ordenamiento supraestatal* (Fernández Rozas, 2013b, pág. 41).

<sup>63</sup> Goode (2010) resume el desacuerdo sobre la nueva *lex mercatoria*, así: “*No existe un acuerdo sobre lo que la lex mercatoria abarca. Para algunos se trata meramente de otro rótulo para el derecho comercial transnacional y por lo tanto abarca todos los tipos de armonización, formales e informales. Para otros, se trata de un producto de la así denominada creación espontánea de normas internacionales a través del uso internacional del comercio, evidenciando reglas de las cámaras de comercio, las cláusulas de los contratos standard, y los principios generales y las reglas y restatements formulados por agencias internacionales. Se propone a la lex mercatoria como un conjunto de reglas que*

siguientes criterios: el ámbito de materias que abarca, su eventual juridicidad y las técnicas normativas utilizadas (pág. 137)<sup>64</sup>.

Así las cosas, las principales discusiones ya no se centran en su existencia, sino más bien en establecer sus características y condiciones de aplicación, así como su papel frente al desarrollo de los contratos internacionales. Las críticas más fuertes que se le hacen, recaen en la delimitación de sus fuentes, su pretensión de plenitud, su contenido y efectivas oportunidades de aplicación (Tobar Torres, 2012, pág. 249). En este contexto, Cordero Moss (2010) resalta que:

*“La teoría de la lex mercatoria (...) ha recibido apoyo convincente de ciertos círculos académicos, pero ha sido acogida con escepticismo por la práctica judicial. Las principales razones para este escepticismo son: que resulta muy difícil determinar cuál es el contenido exacto de la lex; que los principios que pueden ser determinados como parte de la lex son, en su mayoría, vagos y, por tanto, no pueden ser usados para decidir conflictos específicos de carácter técnico-legal, y que el contenido de la lex es bastante fragmentario, dejando muchas lagunas en la ley. Algunos de estos aspectos negativos pueden ser solucionados por los restatements, las sistematizaciones y la normalización de la lex que han sido producidas en los últimos años y, en particular, por la Troika [la autora hace referencia a la CISG, los Principios de UNIDROIT y los PDEC]” (pág. 47).*

Al margen de las muchas controversias que se ciernen entorno a la nueva Lex Mercatoria, deben valorarse estas construcciones teniendo en cuenta que puede esconderse, subrepticamente, una labor de marketing por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en el ámbito mercantil internacional, buscando poner en presencia del mercado, soluciones de controversias contractuales mercantiles internacionales. Además, desde el plano ideológico, podría sostenerse que la construcción de la *lex mercatoria* beneficia solamente a las partes fuertes y países desarrollados,

---

*no solo pueden ser aplicadas por árbitros ex post, sino que pueden ser elegidas por las partes como derecho aplicable para sus contratos” (págs. 85-86). A su turno, Operti Badán y Fresnedo de Aguirre (2010) describen el desacuerdo que gira en torno al fenómeno aludido, en los siguientes términos: “...la doctrina mantiene un debate en cuanto a la defensa o rechazo de la lex mercatoria –sin que eso obste al reconocimiento de su existencia–, desarrollada en los años 60’s y refutada en cuanto al propio contenido de la misma. Los partidarios buscan incluir dentro de ella toda suerte de normas no vinculadas entre sí por principios generales del orden jurídico, como la jerarquía, pilar básico de la doctrina kelseniana. Puede verse que una definición amplia que incluya los usos y costumbres del comercio, los principios de UNIDROIT y la Convención de Viena, da cuenta de una recopilación de carácter práctico, sin ajustarse a un ordenamiento regular de las fuentes, a tal punto que llega a tomar en cuenta la jurisprudencia de aplicación de dicha lex mercatoria. Esto último genera, obviamente, dificultades y eventuales contradicciones, así como un fraccionamiento en función del país donde dicha fuente se desarrolla” (pág. 392).*

<sup>64</sup> A lo que el autor añade: “En rigor, y al margen de si existe un tertium genus de carácter espontáneo, si la soberanía es una noción intrínseca al derecho y si el derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico trasnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales están particularmente definidos. Pero no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del derecho hablar de un orden jurídico trasnacional, existe en este sector un importante “optimismo juridizante” que se decanta claramente partidario de que la nueva lex mercatoria conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado” (pág. 137).

y no sería más que una doctrina del *laissez-faire*, asegurando el cumplimiento obligatorio del contrato. Aunque esas críticas no carezcan totalmente de fundamento, son únicamente los acuerdos legítimamente negociados lo obligatorios para las partes y, además, el principio *pacta sunt servanda* no es de por sí desfavorable para ninguna de ellas (Fernández Rozas, 2009, pág. 108; Moreno Rodríguez, 2013, pág. 379).

Lo anterior, teniendo en cuenta que se ha establecido una práctica jurídica que funciona cuando, al margen de los ordenamientos jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales, con un sistema normativo y unos procedimientos de arreglo de controversias privativos que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el derecho nacional y el derecho internacional, las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción ni a ningún derecho material estatal. En ese orden de ideas, pareciera que el derecho de los negocios internacionales se configura hoy por hoy, en un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas, dotado de mecanismos que aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional, adquiriendo un aspecto inacabado y poliforme. En los procesos de normación de este *ordenamiento*, al no poder realizarse en su totalidad a través de instituciones estatales o internacionales, instituciones privadas, que provienen de la *autojuridificación* de fragmentos sociales altamente diversos, asumen un marcado protagonismo. La sustracción de la pretensión reguladora de los ordenamientos nacionales y el internacional, y la aspiración a un nivel regulador autónomo, es lo novedoso del actual fenómeno<sup>65</sup> (Fernández Rozas, 2013b, págs. 43-45).

Cabe decir que, en el ámbito del derecho comercial internacional<sup>66</sup>, la regulación originada en las organizaciones internacionales públicas, –como la CNUDMI, con la elaboración de tratados, cláusulas modelo, contratos tipo, leyes modelo, etcétera; en un terreno similar, se sitúan los Principios de UNIDROIT que, si bien no constituyen un verdadero código, contribuye a profundizar

---

<sup>65</sup> Según Perales Viscasillas (2014a): “*se evidencia un sistema propio y específico, que ciertamente revela en algunos aspectos un compromiso entre diferentes reglas jurídicas, pero que está construido sobre la idea de facilitar el intercambio comercial, bajo la influencia del desarrollo de la práctica comercial y a la sombra de una permanente aplicación e interpretación propia conforme a los principios de uniformidad, internacionalidad y buena fe*” (pág. 10).

<sup>66</sup> “*Dentro de este marco, es notorio el papel que cumplen los comerciantes desde la historia de los tiempos para regular sus negocios, ajustándose a unas fórmulas de tipo privado y flexible, que les permitan proveer de certeza a los agentes económicos, al menos cuando sus relaciones se desarrollan en un terreno no contencioso*” (Operti Badán & Fresnedo De Aguirre, 2010, pág. 393).

con amplitud la regulación de esta figura–, o privadas –entre éstas, cabe recordar el trabajo de la CCI, así como la autodenominada Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, encabezada por el profesor Ole Lando, cuyo carácter no es oficial, pero aun así despertó el interés de la Unión Europea y ha tenido una amplia difusión al interior de ella–, aunque se relacionan y pueden ser usadas como una forma de su expresión, debe ser distinguida de la nueva Lex Mercatoria cuya evolución, lentamente continúa gestándose con el paso del tiempo. No obstante, el debate y desarrollo teórico acerca de ésta última, puede superponerse con otros temas aquí abordados.

Puestas así las cosas, ante un régimen de contratación internacional tan disperso y dísimil como el actual, en el afán de unificar criterios jurídicos, se han creado instituciones, tales como la CNUDMI (Cfr. *Infra.* 2.4.1), el UNIDROIT (Cfr. *Infra.* 2.4.2), la CCI (Cfr. *Infra.* 2.4.3), la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, etcétera, con el propósito de reducir obstáculos al libre mercado a través de la armonización jurídica del comercio internacional. Los instrumentos que producen dichas instituciones, suelen ser clasificados dependiendo de su vinculatoriedad, en documentos de hard law y de soft law (Peña Nossa, 2014, págs. 175-176). Precisamente, la teoría de la nueva *Lex Mercatoria* se ha interrelacionado con varios de esos instrumentos, algunos de los cuales, a pesar de carecer de fuerza vinculante, han sido denotados como expresión, concreción o consolidación de la primera.

### 1.1.2. El soft law<sup>67</sup>

*“...goza de cierta normatividad; una que podría llamarse blanda, porque el soft law ejerce una influencia y se le da deferencia sin ser percibido como obligatorio en el sentido clásico de la palabra. ¿Es esta normatividad más fuerte cuando las normas de soft law están contenidas en un código blando, a diferencia de no estar codificadas? A primera vista, la fuerza de una norma no debiera variar dependiendo de su forma, codificada o no codificada. Mirando con mayor detención, sin embargo, esto es menos obvio. (...) definimos la codificación como un proceso que organiza normas para formar una estructura lógica y coherente. Dicha organización facilita la identificación y comprensión de la norma. Ya que las reglas son más fáciles de localizar y entender, también son más fáciles de aplicar. Ya que la naturaleza humana tiene la tendencia a favorecer la solución fácil y las transacciones de negocios que tienen el beneficio de la predictibilidad, no debiera sorprender que las reglas codificadas tengan mayor normatividad que aquellas no codificadas”* (Kaufmann-Kohler, 2010, pág. 125).

---

<sup>67</sup> En este apartado, hacemos énfasis en el soft law, en el ámbito del derecho comercial internacional, que tiene por fuente de creación, fuera del ámbito de la soberanía tradicional estatal, los agentes no estatales. No haremos, directamente, referencia al *softer law* comprendido como estándares extralegales que, aunque su origen no es legal, son relevantes para la evaluación y solución de conflictos legales (León Robayo, 2015, pág. 208).

El *soft law* consiste en todas aquellas reglas y principios generales no coercitivos, que regulan los contratos transnacionales, y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones; o, al servir de guía para la toma de decisiones de árbitros y jueces, al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido la ley aplicable que regulen sus convenios (León Robayo, 2014, pág. 36). Para De Carolis (2010), el *soft law* abarca “*todos esos conjuntos de reglas que tienen un carácter no vinculante, incluyendo no solo los conjuntos de principios y similares, sino también las leyes modelo*” (págs. 44-45).

En la actualidad, el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad permite la adaptabilidad a los cambios, ya que son las nuevas realidades las que van transformando al derecho. Así las cosas, hoy por hoy, el *soft law* se instaura como una fuente alternativa, que se caracteriza por la carencia de coercitividad, desapego a la rigidez de la legalidad y por la indeterminación en su contenido (Cortés Cabrera, 2014, pág. 59).

Puestas así las cosas, el *soft law* alude a textos cuya normatividad no tiene fuerza de obligar en sí misma –por lo que su clave radicaría en la descripción de los fenómenos que comprende y la sujeción al concepto de *Derecho* que se adopte (Cortés Cabrera, 2014, pág. 59)–, a diferencia de otros instrumentos como las convenciones o los tratados internacionales, que una vez producida su incorporación al derecho interno y dándose sus condiciones de aplicación, resultan inmediatamente aplicables a una transacción salvo que las partes decidan excluirlos, tal como sucede con la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM o CISG)<sup>68</sup>(*Cfr. Infra. 2.4.1.1*), sino que dependen, para su eficacia, del

---

<sup>68</sup> La CNUCCIM, elaborada por la UNCITRAL, es el instrumento vinculante del derecho uniforme más notable en el globo. Al respecto, menciona Perales Viscasillas que esa es la institución que puede responder a los problemas jurídicos universales que se plantean en el comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Para dicha autora, UNCITRAL ha legitimado su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada; sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales y del arbitraje comercial internacional, como el UNIDROIT o la CCI (2014a, págs. 4-5). Respecto de la UNCITRAL, la C. Constitucional en sentencia del 23 de julio de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía), señaló que al ser su objeto principal la elaboración y puesta a disposición de normas que unifican el derecho comercial internacional, ésta, al encargarse de la compilación de las tendencias más relevantes que se dan al seno del derecho comercial a nivel internacional, reconoció implícitamente la idoneidad que éste tipo de instrumentos, en razón a su vigencia y correspondencia con el contexto del comercio contemporáneo, tiene para regir las relaciones mercantiles. En dicha ocasión, dijo la corporación que: “... la UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la

acuerdo de voluntades de las partes (Perales Viscasillas, 2014d, pág. 333). Pues bien, no debe de pasarse por alto que:

*“el orden jurídico internacional ya no es un universo cerrado, y hoy los miembros de la comunidad internacional juegan un rol activo en la generación de soluciones, pudiendo acordar nuevas fórmulas para crear derechos, cubriendo lagunas en las cuales la legislación es insuficiente, ineficaz o carece de consenso, o satisfaciendo nuevos intereses de la comunidad internacional, que de otro modo se tornarían complejos, al mismo tiempo de ir enriqueciendo aún más el soft law, dotándolo de nuevas características para dar respuesta a nuevos problemas”* (Cortés Cabrera, 2014, pág. 59).

El carácter vinculante del que carece el soft law, propio de tratados o convenciones internacionales, es al mismo tiempo el talón de Aquiles de éstos últimos: su concreción demanda demasiados esfuerzos y los países no están en la obligación de ratificar el instrumento. Ello, aunado al tiempo y recursos necesarios que se invierten para su gestación, y que por la rigidez y múltiples dificultades de la armonización vía instrumentos de *hard law* pueden perderse, motiva la armonización mediante la elaboración de instrumentos de *soft law*. En efecto, *“uno de los rasgos esenciales del régimen del soft law, en contraposición al hard law, es la participación y aporte de recursos de actores no gubernamentales en la construcción, operación e implementación de instrumentos del soft law”* (Cortés Cabrera, 2014, pág. 61).

Aunque éste último no puede ser impuesto coactivamente recurriendo a la fuerza pública, ello no significa que carezca de normatividad o que no llegue a ser acatado. Sobre el particular, Kaufmann-Kohler (2010) anota que:

*“A pesar de su falta de exigibilidad, los sujetos pasivos de una norma de soft law pueden percibirlo como vinculante e, incluso si no lo hacen, pueden decidir acatarla. Existen diversas razones para este comportamiento, las que son explicadas mejor por psicólogos que por juristas. Estas incluyen en su mayoría un sentido de respeto por la autoridad del <<legislador del soft law>>, autoestima, conformismo social, conveniencia, búsqueda de predictibilidad y certeza, el deseo de pertenecer a un grupo, y el temor a la humillación pública. Sin embargo, el grado de normatividad varía de una norma a la otra. Algunas normas de soft law son más blandas que otras. Lo mismo ocurre con las normas de hard law. En otras palabras, hay una escala móvil de blandura y dureza (o normatividad) en cualquier norma”* (pág. 109).

Algunos instrumentos surgidos del proceso de armonización que poseen naturaleza *soft*, son textos que se caracterizan por la posibilidad de su constante revisión y porque, sin asumir altos costos, permiten armonizar los sistemas jurídicos existentes, pues en su formación basada en el sistema de consenso (Cfr. *Infra*. 2.2.1), participan prestigiosos juristas y representantes de la mayoría de las

---

*comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos”* (Corte Constitucional, Sala Plena (23 de Julio de 1997) Sentencia C-347/97 [M.P. Jorge Arango Mejía],1997).

naciones del mundo, así como de todas las tradiciones jurídicas (León Robayo, 2015, pág. 205). Puestas así las cosas, teniendo en consideración que el desarrollo de instrumentos de soft law obedece al imperativo comercial de asegurar el derecho aplicable a la concreta transacción comercial internacional, éstos han venido arraigándose progresivamente, en una clara oposición a las legislaciones nacionales que suelen caracterizarse por, de un lado, implicar alto grado de incertidumbre a la transacción mercantil internacional y, por el otro, obstaculizarlas dificultando la rapidez, seguridad y confianza que es inherente a la actividad comercial transfronteriza (Fernández Rozas, 2009, pág. 105). En la práctica, se evidencia que diversos agentes de sistemas jurídicos estatales han hecho uso del soft law para complementar sus propias normas, principalmente, en función de facilitar el desarrollo del comercio.

Estando así las cosas, la elaboración y puesta a disposición de condiciones generales de contratación, modelos contractuales y cláusulas tipo, así como recomendaciones, manuales, directrices, términos uniformes, reglas estándar, leyes modelo y guías de distinto alcance, etcétera, son de las principales manifestaciones que tiene el soft law. No obstante, y sin perjuicio del desarrollo de dichos instrumentos, actualmente la más notable manifestación del soft law, y de la privatización de la armonización jurídica (*Cfr. Infra. 1.1.2.1*), es el desarrollo de *Restatements Internacionales*, desarrollados en medios académicos o en el seno de organismos internacionales (*Cfr. Infra. 2.3.3 y 2.4.2.1*).

Sobre los factores que han determinado el éxito de éstos últimos, pueden destacarse el carácter internacional de las cuestiones de estudio; además, influye el conocimiento limitado de instituciones estatales sobre las cuestiones objeto de reglamentación privada; así mismo, el surgimiento de derecho no estatal se ve favorecido por la necesidad de rapidez en la toma de decisiones y/o en la elaboración normativa. Un último factor es el corporativismo, el cual se ve expresado en la habilidad de los grupos para regular sus propias materias. Todos esos factores han aportado al innegable crecimiento de la elaboración no estatal del derecho, que podría incluso ser considerado como el *renacimiento* de una estructura corporativa de la sociedad en la civilización occidental (Basedow, 2010, págs. 25-27).

Sobre la elaboración no estatal del derecho, cabe decir que, bajo la etiqueta de la autonomía de la voluntad, los Estados, individualmente o en conjunto, han dejado extensas áreas del comercio



internacional libres de regulación, reservándose una parcela intocable en términos de orden público o de “normas de policía”<sup>69</sup>, cediendo espacio a la normación de esas áreas por parte de *agencias*<sup>70</sup> y a la autorregulación de los particulares. Paradójicamente, esa *des-legalización* produjo que actores privados hayan invadido el espacio dejado por los Estados. De esa manera, los actores no estatales, aprovechando un papel que es posible sólo en raras ocasiones en los procesos legislativos tradicionales, puesto que normalmente no pueden participar en la elaboración, aplicación y cumplimiento del hard law, al no ser, en su mayor parte, reconocidos como actores legítimos del sistema internacional (De Carolis, 2010, pág. 61), han tenido una ventana abierta para adentrarse en la regulación del comercio, y lo han hecho. Según Cordero Moss (2010), ello ha favorecido que:

*“prosperen los contratos autónomos: las fuentes del soft law proveen regulaciones y modelos útiles, y las partes desarrollan mecanismos, para la regulación de sus respectivos intereses, que no dependen de la ley aplicable y que pueden ser utilizados más allá de las fronteras”* (pág. 49).

El *soft law*, al tiempo que ha ganado una creciente importancia, y notable expansión, en el derecho internacional de las últimas décadas, ha adquirido cada vez más la forma de una colección de *reglas* o *códigos blandos*: la blandura de dichos instrumentos puede deberse a que su contenido es demasiado vago para ser aplicado a hechos específicos, v.gr. un tratado internacional que solo establece objetivos y principios, como es, por ejemplo, el caso de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, o a que su sustento (instrumento) carece de fuerza vinculante, este es el caso de una recomendación, compilación de principios de origen privado, o código de conducta (Kaufmann-Kohler, 2010, págs. 107-109).

Según Cordero Moss (2010), las fuentes del soft law han demostrado ser *extremadamente útiles* en *ámbitos específicos de aplicación* –como ejemplo, la autora menciona la ley modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (Cfr. *Infra.* 1.2.2, 2.3.2 y 3.1), los INCOTERMS (Cfr. *Infra.* 2.4.3.1), las reglas UCP600 (reglas y usos uniformes relativos a los créditos

---

<sup>69</sup> Respecto de las normas de policía, “[u]na célebre frase de Franceskakis las describe como <<leyes cuya observancia es necesaria para la salvaguarda de la organización política, social y económica de un país; su característica distintiva reside en esta idea de organización>>, por ejemplo, las normas que reprimen las cláusulas que limitan la competencia. Por otro lado, la aplicación de las normas de policía es <<un complemento necesario, sin el cual el recurso a la ley de la autonomía no podría ser justificado>>. Puede tratarse de normas de policía del foro o incluso de normas de policía extranjeras (cuando tienen una conexión con la situación)” (Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya, 2010, pág. 361).

<sup>70</sup> Para Rodríguez Fernández (2009) “el término ‘agencias’ describe un aspecto de las actividades de organizaciones internacionales, pero apropiadamente cubre todas ‘las nuevas’ organizaciones legislativas internacionales. Un número significativo de agencias ha surgido en los últimos 100 años” (pág. 249).

documentarios, publicación 600 de la CCI) (*Cfr. Infra. 3.1.1. >Crédito Documentario*)– y, a su vez, pueden ser utilizadas como elementos de integración del contrato de las partes (pág. 49): el *soft law* muestra su eficacia en la medida en que constituya una verdadera opción para los comerciantes y que tenga una difusión real que lo haga accesible a las partes contratantes (Fernández Rozas, 2009, pág. 105).

De ésta manera, algunas instituciones, en ocasiones con el apoyo de los Estados, que poseen la capacidad de incidir en la regulación del comercio internacional, lo hacen a través de producción normativa que rige ese específico *campo social*<sup>71</sup>. A su vez, los partícipes del tráfico mercantil internacional, al usar y servirse de modo consciente o espontáneo de esos instrumentos normativos, les otorgan validez al interior de la comunidad de comerciantes. Esa práctica, asidua y en constante expansión, contribuye a reproducir (*autoreproducción al interior del comercio internacional*) ese proceso de normación (*autonormación*), haciendo que las estructuras operantes del comercio internacional, y los Estados, se familiaricen y habitúen paulatinamente al fenómeno que, convirtiéndose en una normalidad, cada vez más abandona la excepcionalidad<sup>72</sup>.

El sistema de reglamentación de las transacciones mercantiles internacionales, reduce y busca reducir, las implicaciones de las reglamentaciones normativas estatales, –¿presuntamente?– desfasadas e inadecuadas a la realidad jurídica actual, generadas en el seno del derecho estatal (*Cfr. Infra. 3.1.1*). Nótese que el proceso de armonización, por el uso del *soft law*, no se ve debilitado en su construcción, simplemente ha *evolucionado*, mediante la transformación y flexibilización de los métodos y técnicas utilizados para alcanzarla: el sistema ha precisado de una acomodación a las realidades concretas que se producen al interior de la comunidad global de comerciantes, en procura de mayor seguridad jurídica y eficiencia para la realización de negocios (Fernández Rozas, 2009, pág. 119) (*Cfr. Infra. 2.3*).

---

<sup>71</sup> Así, la armonización se encuentra, en la actualidad, centrada en la acción de organismos dedicados a ésta tarea, los cuales utilizan también diversas técnicas de reglamentación y muestran atención, en múltiples grados heterogéneos, a ciertos sectores del ordenamiento jurídico (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 16), dándole un aspecto poliforme a la regulación que halla el comercio internacional.

<sup>72</sup> Por si fuera poco, algunos de esos instrumentos que han tenido como fin la unificación del derecho, a través de la compilación de principios o la creación de normas de derecho no estatales generado en medios académicos o en el seno de organismos internacionales, al ser reconocidos de múltiples maneras en distintos escenarios del *mundo jurídico*, se proyectan en éste con un gran poder de convicción y persuasión.

En los últimos tiempos, se ha vivido una fuerte explosión en el desarrollo de esas *normas voluntarias*, aplicándose a la mayoría de sectores industriales de la economía y el intercambio comercial a nivel global. Lo anterior, es justificado por el hecho de que, sin soportar los costos de negociación que supone un proceso formal, el soft law tiene la capacidad de avanzar hacia la unificación del derecho. No obstante, un abuso de éste podría responder, según los casos, a una búsqueda de fuga del derecho que pretende un nuevo realismo jurídico, tendiente a la identificación del fundamento del derecho con su doctrina (Cortés Cabrera, 2014, págs. 67-68).

Como vehículo para la armonización, el soft law, por su flexibilidad, ha alcanzado una enorme importancia (Cfr. *Infra.* 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3). Las partes contractuales pueden adoptarlo de forma voluntaria, y puede cumplir varios objetivos a la vez. Gopalan (2004) pone como ejemplo a los Principios de UNIDROIT: *normas de derecho neutro* que reflejan un equilibrio de intereses, cuya elaboración estuvo exenta de intervención directa de gobiernos. Cuando las partes no llegan a un acuerdo sobre el derecho aplicable al contrato, los Principios de UNIDROIT permiten la adopción de normas neutras sin incurrir en grandes gastos; además, han sido utilizados para modernizar derechos estatales. Su neutralidad se entiende al conocer la manera en la que se elaboraron. Al haberse creado como *restatements*, los precedió un amplio estudio de derecho comparado donde se identificaron diferencias y similitudes de respuestas, en los distintos sistemas jurídicos. Después de esa identificación, se buscaron respuestas innovadoras adecuadas al tráfico mercantil contemporáneo que no fueran propias de algún sistema jurídico en particular (pág. 156) (Cfr. *Infra.* 2.3.3 y 2.4.2.1).

Sobre el carácter *soft law* o *derecho blando*, en traducción literal, asignado a los *Restatements Internacionales*, esto es, tanto a los Principios de UNIDROIT, como a los PECL, Perales Viscasillas (2014c) refiere que éstos son:

*“textos normativos que no tienen fuerza obligante en sí mismos, lo que facilita su actualización y revisión, pues dependen para su eficacia del acuerdo de las partes, a diferencia de otros instrumentos como las convenciones o los tratados internacionales, que una vez producida su incorporación al derecho interno y dándose sus condiciones de aplicación resulta inmediatamente aplicables a una transacción, salvo que las partes decidan excluirlas, como sucede con la Convención de Viena de 1980. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de su evidente labor doctrinal, la práctica arbitral y jurisprudencial demuestran que cada vez más los principios se aplican como normas jurídicas aunque las partes no los hayan incluido ni expresa ni implícitamente en sus contratos”* (pág. 25).

Así pues, de éste acápite, conviene tener presente que la función del soft law, en el marco de las transacciones comerciales internacionales, puede concebirse principalmente desde dos perspectivas:

- i) en relación al legislador estatal, es susceptible de configurar una *directriz habilitante*, v.gr. a través de una directiva comunitaria en el ámbito de la UE, pero también puede perseguir un *efecto dinamizador* abriendo nuevas áreas de expansión del derecho. En éste último sentido, el soft law trata de procurar la unificación del derecho sin soportar los costes de negociación que supone un proceso *hard* y, de esa manera, abrir la posibilidad de insertar en el razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente al ordenamiento nacional como *ratio scripta* (Cfr. *Infra. 3.1*); y,
- ii) en relación al marco judicial, donde se contempla la posibilidad que tienen los intérpretes para utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones. El uso de esas *normas*, aunque condicionado a que se utilice como argumento adicional es factible, e incluso es útil para evidenciar una serie de postulados que existen en determinados círculos jurídicos, y que implícitamente, sirven para fundamentar una decisión<sup>73</sup>(Cfr. *Infra. 3.2*) (Fernández Rozas, 2013b, pág. 69).

Asimismo, es provechoso retener que, aunque podrían mantenerse exclusivamente en el margen del derecho comercial internacional<sup>74</sup>, independientemente de su grado de codificación y sofisticación,

---

<sup>73</sup> Esto último, teniendo en consideración que la argumentación cumple un papel fundamental en el derecho: se espera que alguien que presenta una tesis jurídica exponga argumentos que la respalden. Así pues, la aceptabilidad de una tesis jurídica depende de la calidad de su justificación (Feteris, 2007, pág. 19).

<sup>74</sup> Para Rodríguez (2009), este es una nueva rama del derecho; el derecho comercial internacional, incorpora un conjunto de normas de conducta, convenciones internacionales, leyes, y reglamentos de carácter permanente y obligatorio; ha sido creada por los comerciantes mismos y por los Estados, ya sea directa o indirectamente; su creación obedece a la conservación del orden económico y social de un grupo de comerciantes dedicados a la realización de sus actividades en el ámbito internacional: la *societas mercatorum* (pág. 188). Por su parte, Goode lo define como “*el producto de varios instrumentos –convenciones internacionales, leyes modelo, reglas uniformes contractualmente incorporadas, restatements internacionales y el paralelismo legislativo o judicial consciente o inconsciente– que llevan a la armonización del derecho comercial en la esfera internacional*” (2010, pág. 76). Para Oviedo Albán (2013, Abril/Junio), el Derecho Comercial Internacional se encuentra integrado por “*una serie de instrumentos jurídicos de diversa naturaleza cuyo fin es regir los contratos internacionales y de esta forma reducir la incertidumbre y los problemas en cuanto a la determinación del régimen aplicable, conforme a las reglas conflictualistas del Derecho Internacional Privado*” (pág. 50). A su turno, Fernández Rozas (2000) indica que es inexistente un Derecho del Comercio Internacional común a todos los Estados; por lo que para definir al mismo, debe combinarse distintas fuentes de producción jurídica, de origen institucional, convencional e interno. A partir de allí, llega a la definición de ese ordenamiento como “*el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes*” (not. 13). Abstrayendo los principales elementos de las anteriores definiciones, podemos referir que el derecho del comercio internacional abarca: (i) un conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad

disponibles para servir en las relaciones entre particulares como *reglamentación blanda* y como *soporte blando* para la solución de controversias privadas; el soft law recibe, con diferente alcance y por distintas vías, importantes dosis de carácter vinculante, haciendo que en la práctica se mezclen elementos *soft* y *hard*: cuando las tienen en cuenta el Estado, las organizaciones internacionales y supranacionales, se abre la puerta a su aplicabilidad general. A ello se suma la obligatoriedad que como la misma ley reciben, con alcance particular, cuando las partes las incluyen en los contratos, así como cuando autorizan a los juzgadores a utilizarlas (Fernández Arroyo, 2010, págs. 55-56).

Ilustrado lo anterior, cabe pasar a expresar que las crecientes iniciativas armonizadoras del derecho del comercio internacional, en el proceso de creación de los instrumentos de derecho uniforme sin la participación activa del Estado como legislador, es una *privatización de la armonización jurídica* atribuible a la dificultad intrínseca que tienen los Estados para regular adecuadamente el comercio y ponerse de acuerdo para producir instrumentos internacionales vinculantes<sup>75</sup> (López Rodríguez, 2006, pág. 133). A continuación, pasa a hacerse referencia a ése último fenómeno.

#### **1.1.2.1. Privatización de la armonización jurídica: racionalización de la vida empresarial**

*“En un mundo en el que reinan diferentes sistemas legales e incertidumbre acerca del régimen jurídico aplicable, las partes o agentes del comercio internacional deberán siempre preocuparse acerca de las diferentes reglas que se le pueden aplicar a su operación”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 243).

Como hasta acá se ha bosquejado, las reglas aplicables a los negocios actualmente relevan una mezcla multifacética de normas originadas de iniciativa privada, pública o en la cooperación de ambas. Pues bien, la creciente elaboración de normas creadas fuera de la institucionalidad estatal,

---

del comercio internacional, y que provienen de distintas fuentes: nacionales (desde una concepción amplia), tratados internacionales, reglamentaciones profesionales, usos internacionales, etcétera; (ii) la regulación respecto del ejercicio del comercio transfronterizo; y, (iii) la regulación de relaciones que afectan vínculos localizados en Estados diferentes. Así mismo, se caracteriza por regular las relaciones privadas comerciales de carácter internacional; contar con jurisdicción propia y apropiada para sus intereses; reconocer una pluralidad de partícipes; y, contar con un procedimiento especial de producción jurídica. (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 194-205).

<sup>75</sup> Cada vez más, instrumentos no vinculantes, elaborados sin la participación activa de los Estados, tales como los Principios de UNIDROIT, los PECL, los INCOTERMS, las reglas UCP 600, etc., son ampliamente utilizados en la práctica mercantil. Acá, conviene recordar que, pese a los numerosos problemas que suscita el mercado para el interés público, es innegable que se manifiesta una tendencia general al interior de éste a la autorregulación, que en una perspectiva muy amplia podemos entender como *“el conjunto de reglas dirigidas al establecimiento de estándares cualitativos en un sector específico del comercio o la adopción de algunas pautas acordadas previamente por los propios agentes del mercado, que determinan los lineamientos y estándares en su funcionamiento”* (Fernández Rozas, 2009, pág. 102), desarrollándose respuestas jurídicas concretas a necesidades específicas.

que algunos podrían asimilar a la compilación de “usos”<sup>76</sup> –cuyo surgimiento se daba, originariamente, de forma espontánea a través de la conducta descoordinada de ciertos círculos de negocios–, ha dado lugar a que *de facto*, reglas no estatales rijan la vida económica. Recuérdese: los usos *espontáneos*, en la época medieval, eran un cuerpo de reglas no escritas difundidas por comunicación oral; el uso era la repetición similar espontánea de actos.

En la actualidad, los usos comerciales ya no surgen espontáneamente de la conducta descoordinada de ciertos círculos: son resultado de los intereses del mundo de los negocios que, organizados en asociaciones, tratan cuestiones de modo deliberado y racional, y como resultado a los nuevos problemas, redactan instrumentos relacionados a la práctica contractual mucho antes que puedan detectarse los hábitos y costumbres surgidos espontáneamente de manera independiente, e influyen, innegablemente, en el proceso de armonización del derecho comercial internacional<sup>77</sup>. Así las cosas, la elaboración autónoma de normas es la evidencia más clara de la racionalización de la vida y de la conducta empresarial<sup>78</sup> (Basedow, 2010, págs. 9-24).

Además de existir ejemplos de lo anterior en el campo de los estándares técnicos, la gobernanza empresarial, la contabilidad y el derecho deportivo, son destacables las reglas elaboradas por la CCI (Cfr. *Infra*. 2.4.3):

*“En particular, los Términos comerciales uniformes, más conocidos como Incoterms, y las Reglas y usos uniformes para los créditos documentarios (RUU), gozan de aplicación mundial... El*

---

<sup>76</sup> Según el artículo 9 de la CNUCCIM, respecto del *uso* es irrelevante el elemento subjetivo; éste debe haber tenido un uso regular tal, que se justifique la expectativa de que el mismo será observado con relación a la transacción en cuestión (Goode, 2010, pág. 92).

<sup>77</sup> Muestra del surgimiento actual, no espontáneo, de los usos del comercio internacional, son las Reglas y Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentario, sobre las que Goode (2010) anota que *“las mismas pueden ser evidencia de un uso pre-existente, pero esto no será cierto para todos los términos, ya que inevitablemente existirán algunas desviaciones para mejorarla práctica actual; de hecho, algunas de las <<reglas>> son meras indicaciones precautorias de una práctica deseable, tales como la necesidad de evitar un detalle excesivo en un crédito... Cada revisión introduce cambios, y normalmente toma varios años para que algunos sectores de la comunidad bancaria siquiera tengan noticia de la existencia de una nueva revisión. Por tanto, siempre existe un periodo de tiempo en el cual los cambios efectuados por una nueva revisión toman vigencia solo mediante la incorporación expresa o implícita a un contrato, obligatorios para las partes de ese contrato en particular, pero no para los participantes de la práctica en general, como en el caso de un uso. No puede negarse que los códigos de prácticas, si bien tienen un origen contractual, pueden hacer una contribución poderosa al derecho comercial transnacional, al engendrar nuevos usos cuya obligatoriedad no depende de una incorporación contractual expresa”* (Subrayas ajenas al texto original) (pág. 90).

<sup>78</sup> Del mismo modo, el desarrollo de normas fuera de la institucionalidad estatal, hoy por hoy, da pie para el diseño y creación artificial, y difusión, de los usos propuestos: en tanto que los usos no derivan su obligatoriedad de la incorporación expresa o implícita en los contratos; en cambio, las normas *soft* elaboradas por entes ajenos a la institucionalidad estatal, aunque suelen engendrar nuevos usos cuya obligatoriedad solo devendrá con la práctica reiterada, si requieren de incorporación para ser vinculantes, razón por la cual éstos deben distinguirse (Goode, 2010, pág. 90).

*reconocimiento general de estos cuerpos de reglas no cayó del cielo sino que se ha ido desarrollando a través del tiempo. Inicialmente los Incoterms y las RUU no eran más que un intento de reconciliar comprensiones nacionales divergentes mediante un compromiso internacional deliberado. La utilización continuada de estos compromisos como una referencia en las negociaciones internacionales y en la educación profesional de operadores comerciales y de banqueros, los ha transformado paulatinamente en usos comerciales en el transcurso de una o dos generaciones”* (Basedow, 2010, pág. 13).

Ahora bien, considerando que existen numerosos ejemplos de normas imperativas disímiles en los distintos sistemas jurídicos estatales y que al interior de éstos, naturalmente, hay múltiples lagunas relacionados a la contratación privada, el conocimiento del derecho aplicable es fundamental para la ejecución de la mayoría de los contratos internacionales, así como para la interpretación, calificación e integración del mismo<sup>79</sup> (Cordero Moss, 2010, pág. 49). De esta forma, siguiendo a Perales Viscasillas (2014c), y comprendiendo el proceso de armonización “... *persigue disminuir las incertidumbres acerca del derecho aplicable, ya que será solo uno, lo que evidentemente acrecentará la confianza entre las partes contratantes máxime si, como sucede generalmente, los instrumentos que componen el derecho uniforme son neutrales y flexibles tanto en su contenido como en su aplicación*” (pág. 21), se entiende la marcada presencia del soft law en los métodos

---

<sup>79</sup> Al respecto, la CSJ tiene precisado que: “*es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-. (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (...) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos. (...) Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevénida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de Diciembre de 2011) Ref.: Exp. 2000-01474 [M.P. Arturo Solarte Rodríguez], 2011)*

utilizados dentro del proceso de armonización jurídica que experimenta actualmente el comercio internacional<sup>80</sup>.

Así, con miras a desarrollar respuestas jurídicas concretas a sus necesidades, en la comunidad de comerciantes es innegable la tendencia general, en diferentes grados, a la autorregulación que se manifiesta de múltiples formas (Fernández Rozas, 2013b, pág. 53). Lo anterior, sin mencionar la influencia que éstos últimos pueden generar en distintos foros encargados de la *codificación* del derecho comercial internacional<sup>81</sup>. Al respecto, Fernández Arroyo (2010) pone de presente que, siempre que no signifique la adquisición de compromisos espurios, no parece descabellado que quienes más interesados están en la aprobación de determinadas reglamentaciones participen efectivamente a ese fin<sup>82</sup>. Por su parte, sobre el particular, Goode (2010) afirma:

*“Debemos reconocer la realidad de que la comunidad comercial, en virtud de su conocimiento íntimo de las interioridades del comercio y las finanzas, es la mejor equipada para identificar a los problemas e idear soluciones, y que las organizaciones internacionales comerciales deben ser actores principales desde el vamos en los proyectos de armonización. Al mismo tiempo, debemos asegurarnos de que los demás intereses sean respetados, y el lugar en el cual situar el equilibrio puede variar de un Estado a otro. El objetivo de una convención internacional no puede ser el de limitarse a reproducir disposiciones previstas en contratos-standard”*<sup>83</sup> (pág. 103).

Ahora, es perceptible que, por un lado, aunque a las normas creadas fuera de la institucionalidad estatal se les imposibilita su pretensión de universalidad, por el otro lado, el fenómeno deja al

---

<sup>80</sup> No debe parecer extraño que la liberalización del comercio en las últimas décadas y, asimismo, la necesaria modernización del derecho mercantil, tengan como punto de encuentro la armonización jurídica; y que por ello, sean múltiples los esfuerzos unificadores realizados a lo largo del siglo pasado y comienzo de éste, por *sustituir* reglas nacionales por un conjunto de disposiciones para satisfacer los intereses de la comunidad internacional de comerciantes (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 4).

<sup>81</sup> Si bien, existen riesgos de esa influencia, de actores privados en el marco de la actividad de las organizaciones internacionales, no tiene por qué merecer en general una valoración negativa, siempre que se mantenga dentro de unos parámetros que respeten los intereses de los Estados miembros representados, y siempre que, claro está, dichos foros no terminen por dejar de lado sus genuinas funciones encomendadas.

<sup>82</sup> Al mismo tiempo, sobre la apertura a instituciones privadas y particulares para participar en la realización de los trabajos preparatorios de cualquier instrumento de derecho comercial, manifiesta que, “... *lejos de ser criticable debería alentarse y extenderse, de modo tal que todas las instituciones, públicas y privadas (los mismos que especialistas de reconocida solvencia), sean bienvenidas en caso de manifestar su intención de realizar estudios, proyectos y foros de discusión, que puedan contribuir al desarrollo y optimización del derecho que elabora la organización en cuestión. Eso permitiría conseguir una privatización más democrática y descentralizada, lo que suele hacer más eficiente cualquier proceso privatizador*” (Fernández Arroyo, 2010, pág. 74).

<sup>83</sup> Continúa mencionando el autor: “*No siempre se entiende bien esto. Algunos abogados de la industria del leasing que se quejaron porque las disposiciones dispositivas de la Convención de UNIDROIT sobre el Leasing Financiero Internacional no reflejaba las cláusulas típicas de un leasing financiero, con sus cláusulas del estilo <<pase lo que pase>> para el pago del canon, sus disposiciones sobre daños en caso de terminación o incumplimiento, y similares. (...) el objetivo de todo derecho transnacional es mantener un balance o equilibrio entre los distintos intereses en juego. Lo mismo ocurre con el leasing. Si los arrendadores desean derechos adicionales, deben hacer lo que siempre han hecho, esto es, negociar para que sus cláusulas tipo sean aceptadas*” (Goode, 2010, pág. 103).



descubierto que los Estados no son los únicos productores de normas. Aunque tradicionalmente la codificación, surgida a propósito de la afirmación de los Estados soberanos, se tomaba como una actividad típica de las entidades públicas; en la actualidad, se ve desenvolverse un creciente protagonismo de una verdadera *codificación privada* en el ámbito del comercio internacional<sup>84</sup>. Ese protagonismo, sugiere que los intereses públicos y privados van de la mano, y les interesa, salvo en contadas circunstancias, el progreso mutuo; así pues, es en el derecho comercial internacional donde esa *cooperación* ha alcanzado su máxima expresión (Fernández Arroyo, 2010, pág. 52). El resultado: un conjunto normativo, aun en evolución, segmentado, amorfo y disperso es, actualmente, el que regula de facto el comercio internacional.

Moreno Rodríguez (2013), haciendo alusión a lo que él considera *derecho transnacional* o *lex mercatoria*, describe el fenómeno en los siguientes términos:

*“Diversos textos, algunos destinados a obtener sanción estatal y otros no, han contribuido a consolidar en tiempos recientes el renacido derecho transnacional o lex mercatoria. De hecho, hoy día proliferan, cada vez con mayor ímpetu, un entramado de normas, dimanantes de procesos mundiales, regionales y locales a este respecto, desarrollados tanto en la órbita pública como privada. El fenómeno, sin embargo, no se reduce sólo al plano normativo: existen también emprendimientos que apuntan a homogenizar técnicas interpretativas y a acercar el entendimiento sobre cómo se opera técnicamente en los distintos regímenes jurídicos, con lo que en estos tiempos adquiere un notorio auge la utilización de los aportes de la disciplina conocida como derecho comparado. A esta suerte de anarquía ordenada –o al menos en proceso de ordenación– del derecho comercial internacional de nuestros días se ha desembocado luego de vaivenes históricos...”* (pág. 261).

Pues bien, cabe recordar que en sus inicios, el derecho comercial –*law merchant* o *ius mercatorum*– operaba como *derecho* surgido de la práctica mercantil; para que la transformación de la originaria autorregulación comercial pasara a ser derecho estatal, influyeron factores del contexto histórico<sup>85</sup>. Actualmente, el marco jurídico de los negocios internacionales no consiste primariamente en el

---

<sup>84</sup> El término *codificación* alude al proceso mediante el cual se recopilan una serie de normas para formar una estructura lógica y coherente. Existen distintos tipos de codificación: la codificación como *compilación*, cuyo propósito es reflejar el estado actual del derecho mediante la recopilación y organización de normas existentes, v.gr. el Código de Justiniano, cuyo objeto era sistematizar el Derecho Romano, y la codificación como *innovación*, cuyo propósito es innovar, crear nuevas reglas, ocupan los extremos del espectro. En realidad, en la mayoría de los casos existe una combinación de los dos tipos de codificación. Aunque, tradicionalmente, el término *codificación* está asociado al proceso realizado por un Estado, últimamente, se extiende a la codificación realizada por actores distintos a un Estado: organizaciones internacionales como UNIDROIT o la conferencia de la Haya de DIPr, u organizaciones privadas tales como la CCI o la International Bar Association (Kaufmann-Kohler, 2010, págs. 111-112).

<sup>85</sup> En aquel contexto histórico, se consolidaban los Estados-Nación, con el correspondiente interés en la rentabilidad de las operaciones económicas y la prosperidad que se daba al interior de sus territorios; la codificación del derecho comercial se direccionaba en ese sentido. El desarrollo de la infraestructura dentro de cada país, ayudó a crear relaciones comerciales donde antes no había mercados nacionales: así, a escala nacional, se tuvo como efecto que se unificara el marco jurídico.

derecho estatal; en la práctica mercantil, el mismo no puede separarse claramente de las normas creadas fuera de la institucionalidad estatal. Pero,

*“es oportuno definir qué se entiende por <<regla no estatal>>. O en otros términos, ¿cuál es el contenido de estas reglas? Desgraciadamente, la referencia a la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho o los principios del derecho del comercio internacional no ayuda a determinar el contenido concreto de las reglas. No obstante, no puede ser considerada como imprecisa o incierta la referencia a los Principios Europeos del derecho de los contratos o a los Principios de UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional, pues dichos instrumentos enuncian reglas acuñadas para regir los contratos del comercio internacional y forman así una codificación de reglas esenciales”* (Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya, 2010, pág. 351).

Estando así las cosas, es necesario señalar que las controversias que se generan en torno al origen privado o público de las normas que regulan el comercio internacional, en ocasiones no son conceptualmente precisas y, en gran medida, son simplemente formales. Lo anterior, por cuanto las agencias armonizadoras suelen codificar usos existentes y promover algunos que se considera deseable uniformar para la práctica mercantil internacional; esto es, usan y combinan la codificación en sus dos facetas, al *compilar* mediante la recopilación y organización de normas existentes, y al *innovar*, creando nuevas normas (Cfr. *Supra. Not. 84*). En ocasiones, algunas normas que son promulgadas formalmente por legisladores nacionales, de forma *independiente* o con la inspiración en un instrumento formulado por alguna de aquellas agencias, i.e. leyes modelo, *restatements* internacionales, guías legislativas, etcétera, o adoptadas a través de convenciones internacionales, hacen lo mismo (Petsche, 2010, págs. 486-487).

Consecuentemente con todo lo anterior, el rol que juegan los actores privados en el ámbito de la elaboración autónoma de normas internacionales del derecho comercial, es demasiado obvio para no verlo; incluso, muchas veces el impacto de las influencias de diferentes grupos de presión hace depender el éxito o fracaso de los intentos de reglamentación de determinadas materias. De esta forma, el uso de procedimientos de producción normativa que fomentan la participación autónoma de agentes del comercio internacional, sumada a las influencias, positivas y negativas de los grupos privados, se evidencian incluso en la UNCITRAL y en UNIDROIT, y además también se manifiestan, aunque con matices, a escala regional: la OEA en América, la OHADA en África y la UE en Europa<sup>86</sup> (Fernández Arroyo, 2010, págs. 59-74).

---

<sup>86</sup> Respecto del impacto de las organizaciones regionales en la unificación del derecho comercial internacional y, más precisamente, del derecho de compraventa, Franco Ferrari refiere que, a pesar del alcance aparentemente universal de la CNUCCIM –ésta no constituye un derecho universal porque, al igual que cualquier otra convención de derecho uniforme, no está en vigor en todos los Estados del mundo–, la unificación regional, coexistiendo con la unificación en

Subsiguientemente, el desarrollo de normas no vinculantes, acogidas por partes, jueces y árbitros, hace que, hoy por hoy, la proliferación de instrumentos de soft law no sorprenda<sup>87</sup>. Se presenta con mayor probabilidad su auge, si se considera que es cada vez más frecuente que los Estados no tienen la competencia, ni la inclinación para moverse a la misma velocidad en que los comerciantes de hoy día requieren para sus transacciones. Como derivación de lo anterior, los legisladores privados están llenando un vacío en el comercio internacional, y los agentes de éste último, mediante su uso, han sabido responder.

---

aparición universal lograda por la CNUCCIM, puede jugar un papel activo en relación incluso a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la CNUCCIM (2010, págs. 227-229). Según el autor, “... las regiones están destinadas a desempeñar un protagonismo en la unificación del derecho de compraventa. Esto es así no solo en los contratos de compraventa fuera del ámbito de aplicación de la CVIM [CNUCCIM] que representa el esfuerzo unificador más importante en la materia, sino también para aquellos que caen en la órbita de aplicación de la CVIM. En ocasiones, la misma CVIM proporciona el fundamento jurídico que permite dichos esfuerzos de unificación regional [como los arts. 9, 90, 92 y 94 de la CNUCCIM]. E incluso, en los casos en que la CVIM no contenga tales disposiciones, las regiones seguirán proporcionando el contexto en el cual los operadores jurídicos interpretarán la CVIM, aunque para hacerlo vayan en contra de las disposiciones de la CVIM. Así, las regiones ocupan un lugar de protagonismo, y continuarán ocupándolo en el futuro. Los intentos de unificación universal, como la CVIM, no podrán –y tampoco parece que esa sea su intención–, reducir ese protagonismo” (pág. 244).

<sup>87</sup> Por ejemplo, los Principios UNIDROIT, en varias oportunidades, en controversias contractuales mercantiles internacionales han sido aplicados sin haber sido si quiera incorporados por las partes. En algunas oportunidades como expresión de la *nueva lex mercatoria*, v.gr. en el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia del cinco (05) de noviembre de 2002, el laudo No. 12111 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del seis (06) de junio de 2003, el Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc, con sede en San José (Costa Rica) del treinta (30) de abril de 2001, el laudo No. 9029 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con sede en Roma (Italia) de marzo de 1998, el laudo No. T-9/07 de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la de la Cámara de Comercio de Serbia del veintitrés (23) de enero de 2008; en algunas otras, como expresión de los principios generales del derecho, de los usos y costumbres ampliamente aceptados y expresiones semejantes, v.gr. como en el laudo No. 7110 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de junio de 1995, del laudo del Tribunal arbitral Ad Hoc, con sede en Nueva York (EEUU), el laudo No. 8502 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de Noviembre de 1996, el ludo No. 8264 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de abril de 1997, el Laudo No. 7365/FMS de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del cinco (05) de mayo de 1997, el laudo No. 8873 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de julio del 1997, el laudo No. 9474 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de febrero de 1999, el laudo No. 9479 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de febrero de 1999, el laudo No. 9797/CK/AER/ACS de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del veintiocho (28) de julio de 2000, el laudo del tribunal arbitral ad Hoc, con sede en Bruselas (Bélgica) del diecinueve (19) de agosto de 2005; en algunas otras, se les ha usado ante la ausencia de toda elección por las partes del derecho aplicable al contrato, v.gr. en el laudo No. 7375 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del cinco (05) de junio de 1996, el laudo No. 8261 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del veintisiete (27) de septiembre de 1996, el laudo No. 9419 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de septiembre de 1998, el laudo No. 10385 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de Marzo del 202, el laudo No. 117/1999 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 2001, el laudo No. 302/1997 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia del veintisiete (27) de julio de 1999, el laudo No. 10422 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de 2001, el laudo No. 88/00 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia del veinticinco (25) de enero de 2001, el laudo del Tribunal Arbitral ad hoc, con sede en Buenos Aires (Argentina) del diez (10) de diciembre de 1997 (arbitraje ex aequo et bono), el lado del tribunal Arbitral de Ciudad de Panamá (Panamá) del veinticuatro (24) de febrero del 2001 (arbitraje ex aequo et bono), el laudo No. 15089 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del quince (15) de septiembre del 2008, etcétera (Tobar Torres, 2009, págs. 60-108).

En suma, las partes comerciales del mercado global, no están en la necesidad de un legislador nacional, ni del visto bueno de algún Estado que valide esos procesos de creación normativa internacional, o el empleo de los instrumentos en los que dichos procesos se personifican; precisamente, la *aplicación por persuasión* de ese tipo de instrumentos es una de las principales características de la privatización de la armonización jurídica (Gopalan, 2004, pág. 168; López Rodríguez, 2006, págs. 133-134).

Ahora bien, es necesario pasar a hacer alusión al fenómeno que sucede cuando el soft law se combina con elementos de carácter vinculante, haciendo que ocurra una hibridación entre éste y el hard law. Dicha hibridación, se da en la formulación de instrumentos frutos del proceso de armonización; igualmente, ésta puede pasar, al igual que lo que sucede respecto de la recepción estatal de los instrumentos en que los métodos de armonización se materializan, tanto en la práctica contractual<sup>88</sup>, como cuando se incorpora, por transcripción o remisión tácita o expresa, un instrumento *soft* en el contrato; en la legislativa, como cuando se expide una norma que remite a un instrumento soft, o cuando ésta se inspira en un instrumento de dicha naturaleza; y en la jurisprudencial, como cuando se emplean instrumento soft en la construcción y/o interpretación de las soluciones.

### **1.1.2.2. Hibridación del hard y soft law: diálogo de fuentes**

*“... las fuentes del soft law proveen regulaciones y modelos útiles, y las partes desarrollan mecanismos, para la regulación de sus respectivos intereses, que no dependen de la ley aplicable y que pueden ser utilizados más allá de las fronteras”* (Cordero Moss, 2010, pág. 49).

A pesar de que la CNUCCIM, un tratado internacional, es el instrumento de derecho uniforme del comercio internacional más importante, al sembrar las bases de la armonización en la esfera del derecho contractual internacional actual (*Cfr. Infra. 2.4.1.1*), cabe decir que el dispendioso, largo y complejo proceso que se requiere adelantar en la elaboración de tratados internacionales, pareciera

---

<sup>88</sup> La armonización que puede operar mediante ese escenario de recepción (*Cfr. Infra. 2.2.1*), sería una armonización dispersa o marginal, por cuanto depende que su empleo se dé, *más o menos uniforme*, por parte de los agentes del tráfico mercantil; de allí, los riesgos y las potencialidades que este escenario de recepción de instrumentos que materializan los métodos de armonización, tiene por ofrecer. En efecto, entre sus principales fines, además de la evidente imposición de ciertas prácticas y estandarización de términos, los modelos contractuales tienen la capacidad de alcanzar cierto grado de armonización; no obstante, la práctica contractual no puede asegurar un empleo uniforme de dichos modelos, razón que hace pensar en lo difícil que resulta alcanzar la armonización por la vía contractual (*Cfr. Infra. 2.3.1*).

ser una labor de Sísifo: muchos de los tratados se mantienen en letra muerta por la ausencia de las ratificaciones requeridas, o han sido dejados de lado por Estados que son actores relevantes en la escena del comercio internacional<sup>89</sup>.

En suma, los tratados han demostrado una limitada capacidad para adaptarse a las necesidades del comercio transfronterizo<sup>90</sup>. Por ello no sorprende que, en la actualidad, se reconozca que los tratados y convenciones internacionales deben reservarse únicamente para sectores especiales que requieren un alto grado de uniformidad y, para la gran mayoría de los casos, el enfoque de armonización por distintas vías es preferible: en particular, la desconfianza hacia la unificación a través de convenciones internacionales ha dado lugar a instrumentos de armonización híbridos que combinan elementos de *hard* y *soft law*. Esa *hibridación*, a nivel internacional, es efecto de la alteración de los aparatos de producción normativa, que a su turno, es consecuencia de la *globalización jurídica* (De Carolis, 2010).

Al respecto, Goode, Kronke, & McKendrick (2015) destacan el diálogo que se da entre las convenciones de *hard law* e instrumentos del *soft law*; para ellos, el *derecho duro* y el *blando* se comunican entre sí: existe la evidencia de una creciente tendencia a complementar instrumentos, ya sea para ampliar el alcance del instrumento original o para cumplir objetivos adicionales. El trabajo de UNIDROIT evidencia lo anterior, además de la importancia del fortalecimiento de la cooperación entre las organizaciones intergubernamentales. Un claro ejemplo de ello es la existencia de instrumentos de derecho contractual: los Principios de UNIDROIT, como los PECL, en lugar de reinventar soluciones respecto de las ofrecidas por la CISG, cuando las mismas eran aceptadas al

---

<sup>89</sup> Respecto de la armonización, una desventaja de los tratados internacionales es la dificultad para su enmienda. Por el contrario, instrumentos no vinculantes ofrecen gran flexibilidad al respecto: ningún proceso parlamentario es necesario para esto último, sin contar el menor tiempo que en promedio han tardado dichos proyectos normativos. Para Magnus, en ello ha influenciado el contexto histórico: “*Although the development of the UNIDROIT and Lando Principles began in the 1970’s, both sets principles benefited from the climate of internationalization and globalization that followed the fall of the Berlin Wall in 1989, and they have considerably added to that climate, which particularly in Europe, is favourable to international harmonization and unification of law*” (2012, págs. 172-173).

<sup>90</sup> Aunque un tratado asegura mayor grado de uniformidad, la elección de una agencia que trabaja por la elaboración de un instrumento que propenda por la armonización del derecho, cuando se tiene la expectativa de que el instrumento de armonización será adoptado por el Estado, estará entre un tratado internacional, donde existe una expectativa razonable de que el Estado aceptará un texto común sin demasiadas excepciones, y un modelo de ley, éste es más adecuado cuando se considera que será difícil llegar a un acuerdo sobre un texto común y, asimismo, cuando se prevea que los Estados requieren adaptar el texto común a sus necesidades específicas. Sin embargo, la unificación por medio de tratados internacionales ha revelado, desde hace un buen tiempo, sus límites: ha sido un proceso fragmentario que, proporciona normas uniformes únicamente para ciertos tipos de transacciones o aspectos específicos relacionados con determinados tipos de transacciones (De Carolis, 2010, pág. 44).

interior del tráfico mercantil, adoptaron las mismas. En cambio, solo cuando encontraron que ello no era así, ambos instrumentos afirmaron su propia autonomía. En otras palabras, la CNUCCIM (Cfr. *Infra.* 2.4.1.1), por un lado, y los *Restatements Internacionales* (Cfr. *Infra.* 2.3.3), por el otro, son instrumentos complementarios. Al mismo tiempo, múltiples modelos contractuales suelen remitir a los Principios de UNIDROIT y/o a la CISG como derecho de fondo (Cfr. *Infra.* 2.3.1). Justamente, ese dialogo de fuentes, apoyado por organizaciones armonizadoras, al respaldar la adopción y uso de instrumentos consonantes de otras organizaciones, a la larga, abona el terreno para que, de manera sistemática, se aúnen los esfuerzos por lograr una adecuada armonización, algunos incluso usan el término de *codificación* (págs. 170-171).

Así pues, la hibridación que viene dándose entre el hard y el soft law, hace que su distinción, en ocasiones, tienda a desdibujarse<sup>91</sup>. La inclusión generalizada de compromisos jurídicos no vinculantes en instrumentos vinculantes o de *hard law*, muestra que no siempre está claro dónde *el derecho* finaliza y el *soft law* comienza a aparecer. Por el contrario, algunos instrumentos de *derecho blando* pueden tener contenido normativo específico *más duro* que los compromisos *soft* de instrumentos vinculantes<sup>92</sup>. Asimismo, independientemente del desarrollo de los instrumentos donde puede hallarse, el soft law se hibrida con el hard law, cuando el primero recibe dosis de vinculatoriedad, esto es, cuando es homologado por el estado (v.gr. mediante un procedimiento legislativo o judicial) o por las partes de un contrato.

Las razones para ese desarrollo son dos:

---

<sup>91</sup> Cada vez es más complicado distinguir la línea que separa el hard, del soft law, sobre todo porque es extraño encontrar a los instrumentos de ésta última clase en forma aislada. Al contrario, se usa el soft law como *precursor* –a pesar de que ello puede conllevar a una relajación de la fuerza vinculante de compromisos adquiridos internacionalmente por los Estados, al mismo tiempo, pueden encender un proceso de aprendizaje social: con el transcurrir del tiempo, los instrumentos no vinculantes pueden dar forma a modificar las prácticas de los Estados y sus expectativas, conduciendo a la aparición de una costumbre o de un instrumento jurídico vinculante. Igualmente, puede darse que un determinado conjunto normativo haya sido formulado, de forma no vinculante con la posibilidad, o incluso con la aspiración, de endurecer las disposiciones de un tratado existente, o convirtiéndose en un catalizador para el establecimiento de una costumbre internacional– o como *complemento* de instrumentos de hard law, también para llenar vacíos de instrumentos de derecho duro –las recomendaciones emitidas por un organismo especializado respecto de la interpretación de una norma de derecho duro, es buen ejemplo de ello– (De Carolis, 2010, págs. 57-58).

<sup>92</sup> Como ejemplo, De Carolis (2010) usa los tratados internacionales con disposiciones imprecisas o indeterminadas, en donde se incluyen en normas *hard*, obligaciones *soft*. Asimismo, el autor indica que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que pueden surgir obligaciones jurídicamente vinculantes, entre Estados, creados a través de acuerdos orales, declaraciones unilaterales, actas de reunión, intercambio de misivas, reservas y declaraciones interpretativas, es decir, todos los medios que, generalmente, usan los Estados con el fin de negar o limitar las obligaciones legales derivadas de compromisos de hard law (pág. 57).

- i) por un lado, la producción de conjuntos normativos híbridos es uno de los efectos de la *globalización jurídica*: el efecto más importante que la globalización imprimió en el derecho fue la marcada disminución de la importancia de la soberanía estatal y la concomitante proliferación de conjuntos normativos internacionales, instituciones y actores no estatales. Como resultado, se da que la regulación de actividades sociales, especialmente en lo relacionado al campo económico y en el plano mundial, se está convirtiendo, cada vez más, en producto de la interacción de Estados, organizaciones internacionales, grupos de trabajo, organizaciones no gubernamentales y otros actores no estatales, en lugar de la exclusiva expresión de la soberanía estatal; y,
- ii) por el otro, los redactores de normatividad internacional eligen deliberadamente herramientas de armonización híbridos, para combinar algunas ventajas del hard y el soft law, evitando los costos asociados al primero<sup>93</sup> (De Carolis, 2010, pág. 59).

Sin perjuicio de todo lo anterior, la verdadera prueba sobre la normatividad del soft law, se da con la práctica que de ellos hagan las Cortes y Tribunales<sup>94</sup>: Fernández Arroyo (2010) llama a ese fenómeno, en el que el soft law pierde su blandura y se convierte en hard law, *homologación pública de las reglas originalmente privadas*. Por su parte, De Carolis destaca que, más importante que la aplicación por la ratificación o la promulgación en la legislación nacional, es el uso que se da de

---

<sup>93</sup> La ventaja más importante del *hard law* es que éste incrementa la credibilidad de los compromisos estatales adquiridos y, por ende, aumenta la cooperación entre ellos. Por el contrario, su mayor inconveniente son los altos costos que implica, por la vinculatoriedad que representa para el Estado, sumado a que la cooperación estatal se ve limitada por arduos y demorados procesos de ratificación. Al contrario, una de las principales ventajas del *soft law* son sus bajos costos; éste es más fácil de lograr que el derecho duro, proporcionando compromisos entre actores con marcados intereses, valores, características y niveles de compromisos distintos. La negociación de un acuerdo vinculante es un proceso largo y costoso entre Estados heterogéneos; por el contrario, el soft law permite a los Estados adaptar el instrumento a sus situaciones particulares, en lugar de tener que modificar características internas nacionales con el fin de adaptarse a un único texto. Así mismo, puede ser catalizador de costumbres o *moldeador* de prácticas. Igualmente, el soft law da flexibilidad en su aplicación, y facilita fórmulas de cooperación. En ocasiones, el derecho suave proporciona facilidades para adentrarse en muchas áreas temáticas del comercio internacional, dando lugar a procesos de aprendizaje sobre el impacto de las normas en tiempo real, evitando quedar encapsulados en acuerdos vinculantes (De Carolis, 2010, págs. 59-61).

<sup>94</sup> Pero, claro está, esa no es la única forma de hacer vinculantes dichos instrumentos: Los legisladores, por ejemplo, cuando promulgan una legislación basada en una ley modelo hacen que se convierta en hard law lo que antes era soft law, v.gr. la ley 527 incorpora en Colombia la ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; así mismo, la ley 1116 hace lo propio con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia Transfronteriza y, a su turno, la ley 1563 incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial Internacional. Por su parte, la ley 1676 es una adaptación de la ley modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias, que a su vez encuentra su fundamento principal en las legislaciones del Estado de Ontario en Canadá y el Código de Comercio Uniforme de los EEUU (Bonilla Sanabria, 2014).

dichos instrumentos por parte de agentes del comercio internacional, de tribunales y jueces (2010, pág. 49).

Así pues, además de darse en la órbita judicial, dicha homologación de normatividad blanda es susceptible de operar también en el ámbito legislativo y en el de la práctica mercantil; en algunos entornos, esa homologación es más significativa que en otros. Lo anterior, al suceder respecto de instrumentos fruto del proceso de armonización, hace que éste último fenómeno se propague por todo el mundo, y sea aún más influyente en todos los ámbitos relacionados a la contratación mercantil.

#### **1.1.2.2.1. Homologación de normatividad blanda**

*“Quien se revela contra la idea de un derecho no estatal y demuestra no poder concebir otro derecho que no sea el dictado por ley del Estado o por una convención entre Estados, olvida que el derecho es una realidad mucho más antigua que el estado-nación y que nuestra civilización, en términos jurídicos, ha tenido vigencia y prosperado sin la existencia del Estado nacional como lo entendemos hoy, durante unos quince siglos”* (Escuti, 2011, pág. 256).

Al comprender al mundo como campo de actuación, el comercio internacional ha coartado la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad, conforme con su propia concepción del mercado, las respuestas jurídicas a las transacciones que se ejecutan (Fernández Rozas, 2009, pág. 88), en todo o en parte, en su territorio<sup>95</sup>. En el ámbito jurídico, se ha implantado de facto la necesidad por acomodarse a los vaivenes propios de los negocios transfronterizos y de aquellos que, aunque durante su ejecución no atraviesan fronteras, guardan características y elementos foráneos, y por ende extraños, a la regulación mercantil estatal. Ello ha conducido a que se genere, en el comercio internacional, una demanda de normas reguladoras que no son satisfechas –ni pueden serlo, en razón de múltiples factores– por organizaciones estatales ni por las internacionales, lo que explica que diversas instituciones privadas estén creando un derecho autónomo con pretensión de validez global (Fernández Rozas, 2009, pág. 104).

---

<sup>95</sup> Ello no implica que los Estados hayan perdido el control de importantes esferas de la actividad pública, como la oferta monetaria y los instrumentos esenciales de la política económica. A pesar de ello, diversos fenómenos –ligados, especialmente, al poder del aparato financiero (v.gr. la actuación de organismos independientes del sector privado)– parecieran diluir progresivamente el papel de estos, y su soberanía, en el vasto mercado global (Fernández Rozas, 2013b, págs. 53-54).



Algunas de esas *normas* se ajustan, y a su vez, reflejan la praxis comercial y contractual de la transacción normada. Entonces, podría y por qué no sugerirlo, debería aprovecharse para utilizarse en la construcción y/o interpretación de las soluciones ofrecidas por el derecho estatal a las controversias contractuales mercantiles, en aras de arrojar la mejor solución posible, esto es, lo más justa y eficiente posible<sup>96</sup>, y asimismo, para adecuar –complementar o reinterpretar– la normativa interna, claro está, con la cautela que ello amerita<sup>97</sup>. Esto último, se reconoció por la CSJ, al manifestar que el juzgador, durante su labor hermenéutica, puede integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos<sup>98</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas], 2012).

Haciendo alusión a los Principios de UNIDROIT, Del Duca manifiesta que en la práctica, los mismos han sido utilizados como guía por legisladores, como guía para la redacción de contratos internacionales, como elección por las partes para que gobierne su contrato y, del mismo modo, han sido aplicados en procesos judiciales –según el autor, los principios suelen citarse a menudo en

---

<sup>96</sup> Siguiendo a Peczenik, la teoría de una respuesta correcta única no es aceptable: “*El procedimiento de la discusión racional muestra que, en casos difíciles, no hay criterios fijos para determinar cuál es la respuesta correcta. Dentro de su marco de referencia, los abogados intentan llegar a la mejor solución posible y pretenden que sus soluciones sean intersubjetivamente sólidas. Sin embargo, la aceptación de esa pretensión depende de que se disponga de criterios suficientes para evaluar la aceptabilidad de la solución. La combinación de las fuentes jurídicas, las reglas de las fuentes y las reglas de argumentación ofrecen algunos criterios, pero estos no son perfectos. (...) La historia del derecho muestra que las concepciones acerca de la ‘respuesta correcta’ varían en épocas diferentes. Aquello que se considera como la solución correcta en un momento dado puede ser menos aceptable en un momento posterior. Además, la aceptabilidad es un concepto relativo: lo que es aceptable para una persona no es aceptable automáticamente para otra persona*” (Feteris, 2007, pág. 238).

<sup>97</sup> Siguiendo a Peczenik, la justificación de una decisión judicial debe mostrar que la decisión no sólo se justifica por razones jurídicas sino también por motivos racionales generales. Por tanto, se necesitan dos modos diferentes de justificación: una *justificación jurídica contextualmente suficiente* y una *justificación profunda*. “*El primer modo muestra que la justificación de la decisión se puede defender suficientemente en el contexto de la tradición jurídica. El segundo modo muestra que los puntos de partida legales y las reglas de argumentación se pueden defender haciendo referencia a razones morales generales*” (Feteris, 2007, pág. 213).

<sup>98</sup> Para el *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law* (2010), los tribunales nacionales deberían ser capaces de interpretar y complementar el conjunto de principios que regula la ley del contrato, aunque fueran cuerpos normativos no estatales, de la misma manera como interpretan y complementan el derecho nacional. En sus palabras: “*It is widely recognized that disputes arising out of commercial contracts referred to arbitration may be subject to non-State-based rules selected by the parties. The situation is different before judicial authorities. Judges are bound by the law and may not, in principle, apply rules that are not an integral part of the legal system they are subject to. In addition, the courts consider principles incomplete, as opposed to domestic legal systems governing the issues in a more comprehensive fashion. It should be noted, however, that the courts ought to be able to interpret and supplement a set of principles of contract law in the same way as they interpret and supplement domestic law, especially since application and interpretation of the Incoterms, for instance, does not seem problematic to them. This implies that it is at least possible for domestic courts to consider application of an instrument that tends towards principles and that is not part of the domestic law*” (pág. 892).

procedimientos de arbitraje y en tribunales nacionales<sup>99</sup>. Según Del Duca, algunas naciones los han utilizado para la elaboración de normas de interpretación, e incluso han servido de modelo para realizar reformas en legislaciones estatales<sup>100</sup>. Además, si las partes de un contrato utilizan la terminología inserta en los Principios, contarán con una terminología neutra, no propia de ningún sistema jurídico estatal en específico, con una definición uniforme para normar su contrato (2007, pág. 654; 2012, págs. 143-144).

---

<sup>99</sup> Resulta importante traer a colación que los Principios de UNIDROIT han gozado de una extensa aplicabilidad como instrumento de interpretación, tanto de textos de derecho uniforme internacional (V.gr. ello ha ocurrido en los laudos Nos. SHC-4318 y SHC-4366 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Federal de Comercio e Industria de la ciudad de Viena, Austria del quince (15) de junio de 1994; el laudo No. 8128 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de 1995; el fallo de la Corte de Apelación de Grenoble, Francia del veintitrés (23) de octubre de 1996; el laudo No. 229/1996 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia del cinco (05) de junio de 1997; el laudo No. 8817 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de diciembre de 1997; el laudo No. 9117 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de marzo de 1998; el fallo del dieciséis (16) de octubre de 2002 de la Corte de Apelación de Hertogenbosch, Países Bajos; el Laudo No. 97/2002 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia del seis (06) de junio de 2003; el laudo No. 147/2005 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia del treinta (30) de Enero del 2007; el laudo No. 8547 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de enero de 1999; el fallo del Tribunal de Padua (Italia) – Sección Este, del diez (10) de enero de 2006; el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela del nueve (09) de Octubre de 1997 (Partes: Bottling Company VS. Pepsi Cola Panamericana S.A.), etcétera), como de derecho interno (V.gr. en el laudo del tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Zúrich (Suiza) del veinticinco (25) de noviembre de 1994; el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc con sede en Auckland (Nueva Zelanda) de 1995; el laudo No. 8240 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de Julio de 2005; el fallo de la Corte de Apelación de Grenoble (Francia) del veinticuatro (24) de enero de 1996; el laudo No. 5835 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de junio de 1996; el laudo No. 8486 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de septiembre de 1996; el laudo No. 8540 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del cuatro (04) de septiembre de 1996; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica y Cámara Agraria de la República Checa del diecisiete (17) de diciembre de 1996, Número: Rsp 88/94; el fallo de la Corte Federal de Australia del treinta (30) de junio de 1997, Número: 558; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de septiembre de 1998, número: 8908; el laudo de la C Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de marzo de 1999, número: 9594; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de mayo de 1999, número 9753; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del 2000, número 10021; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de agosto del 2000, número 9651; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de diciembre de 2000, número 10346; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de junio de 2001, número 9950; el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de diciembre de 2001, número 11295; el fallo de la Corte Federal de Australia del doce (12) de febrero de 2003, número NG733 de 1997; fallo de la Corte Suprema de Polonia del seis (06) de noviembre de 2003, número IIICZP 61/03; Decisión Administrativa de la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero –OPIC- (EEUU) del dos (02) de agosto de 2005; el laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI del veinticinco (25) de enero de 2007; el fallo del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil) del día dieciséis (16) de mayo de 2007, número 506/2007; el fallo del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil) del nueve (09) de julio de 2007, número: 812/2007; el laudo de la Cámara Arbitral Nacional e Internacional de Milán (Italia) de marzo de 2008; el laudo del Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del veintitrés (23) de julio de 2008, número ARB/05/21, etcétera) (Tobar Torres, 2009, págs. 108-157).

<sup>100</sup> Los Principios han servido como modelo en muchos países para la elaboración de nueva legislación en el campo del derecho contractual en general o respecto a determinados tipos de transacciones; ello se ha evidenciado especialmente en los países que hicieron una transición hacia la economía de mercado, tales como Rusia, China, Estonia, Lituania y República Checa, pero también en algunos *países desarrollados*, tales como Alemania, Holanda y, más recientemente, España. Asimismo, han servido para la restauración del derecho privado en Ucrania (De Carolis, 2010, pág. 66; Kuznetsova, 2012, págs. 242-245).

Por su lado, Moreno Rodríguez (2010) anota que:

*“... no habría argumento convincente para interpretar con cánones o estándares distintos una operación internacional de una doméstica. ¿Por qué la buena fe, por ejemplo, debería ser diferente en uno u otro caso análogo, en cuanto a las derivaciones que en la práctica se vayan aceptando del principio? Más acorde con la <<transnacionalización>>, el <<universalismo>> y la <<igualdad>>, en el sentido que venimos exponiendo, sería, ante la duda interpretativa, recurrir a la solución uniforme que haya emergido, en su caso, en aplicación de la Convención de Viena, con lo que se –según viene ocurriendo de manera reiterada en el derecho comparado– introducen al derecho doméstico, de fuera, <<por la ventada>>, criterios relevantes relacionados con la labor hermenéutica. El jurista nacional –y ni qué decir el vinculado al quehacer transfronterizo– que encara cuestiones de interpretación contractual debe estar, pues, adecuadamente al tanto de los desarrollos normativos, casuísticos y doctrinarios preponderantes en el mundo” (págs. 259-260).*

En este contexto, la reglamentación poco efectiva de algunas relaciones contemporáneas por parte de legislaciones estatales, v.gr. respecto de contratos atípicos, de fenómenos como la interdependencia contractual, de contratos cuya práctica abiertamente se ha desmarcado de la regulación estatal, etcétera, hace pensar, con la finalidad de responder a las exigencias concretas del comercio actual, en la posibilidad de adaptar, armonizar y modernizar éstas últimas de la mano de instrumentos fruto del proceso de armonización jurídica. Acá, cabe resaltar la posibilidad que tienen los intérpretes –el decisor jurídico– para utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones (Fernández Rozas, 2009, págs. 132-133). En esta instancia, es preciso aclarar que la labor de interpretar o suplementar otros textos internacionales o el derecho nacional no uniforme es uno de los objetivos más ambiciosos y de mayor importancia práctica que puede desarrollar el derecho uniforme, dándose la posibilidad de que se apliquen dichos textos sin ser parte del derecho aplicable al interior de un Estado.

Respecto del uso de esas reglas no estatales, para la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya,

*“Es ampliamente reconocido que los litigios derivados de los contratos comerciales sometidos al arbitraje pueden ser llevados por las partes a reglas no estatales. La situación ante las autoridades judiciales no es, sin embargo, la misma. Los jueces están obligados por la ley y no pueden en principio aplicar reglas que no son parte integrante del sistema de derecho al cual ellos están sujetos. Adicionalmente, los tribunales suelen considerar que los principios son incompletos, por oposición a los sistemas nacionales de derecho que regulan las cuestiones de manera más exhaustiva. No obstante, hay que destacar que los tribunales deberían poder interpretar y completar un conjunto de principios de derecho contractual así como interpretan y completan el derecho nacional, tanto más cuando parecen no encontrar dificultades al aplicar e interpretar los Incoterms. Esto indica que es al menos posible para los tribunales nacionales trabajar con un instrumento que se aproxima a los principios y que no forman parte del derecho nacional” (2010, págs. 351-352).*

En esta instancia, cabe recordar que el uso o la referencia a estos instrumentos, es una forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad y, que cuando las partes han incorporado el soft law a su contrato, haciendo que se convierta en parte del mismo, lo *soft* pierde su blandura y se convierte en hard law para las partes:

*“permitir la designación del derecho no estatal no necesariamente implica despojar al contrato de regulación normativa, es decir, no estaríamos ante un contrato únicamente regulado por sus propias estipulaciones. Ciertamente, aunque el derecho no estatal no tenga carácter vinculante, sí lo sería de mediar intención de las partes en este sentido. Elegir la norma aplicable implica llevar al máximo el principio de autonomía. A su vez, se lograría con ello un relacionamiento más balanceado y transparente entre las partes”* (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 316).

Así las cosas, la aplicación voluntaria del *soft law* puede ser una importante fuente de armonización, es decir, el amplio reconocimiento y uso de las normas elaboradas por respetadas y prestigiosas organizaciones internacionales, se constituye en la actualidad, en un importante foco de armonización. Si el uso de éstos instrumentos se da por las partes contractuales, puede ocurrir una armonización a escala dispersa, respecto de los términos contractuales que las partes usan por ejemplo; en dicho ámbito, se destacan los INCOTERMS y Reglas y usos uniformes para créditos documentarios, elaboradas por la CCI; pero también, los Principios de UNIDROIT, que además de proporcionar una fuente adicional de reglas contractuales apropiadas para las partes interesadas, cumple con muchas necesidades prácticas del comercio internacional, v.gr. provee herramientas para la interpretación de normas uniformes que gobiernen determinadas transacciones, sirven de inspiración a legisladores estatales, etcétera (Del Duca, 2007, págs. 632-633; 2012, págs.114-116).

La incorporación contractual de reglas no vinculantes promulgadas por organizaciones internacionales trae a la mente diverso número y variedad de instrumentos. Goode, Kronke, & McKendrick (2015) ponen de presente que a pesar de su carácter no vinculante, algunos de ellos son especialmente exitosos y, *literalmente*, gobiernan en todo el mundo el área del derecho de la que tratan. Para los autores, la primera categoría son los INCOTERMS, la segunda consiste en los modelos contractuales y condiciones generales de contratación y la tercera es, siendo la más interesante, con más potenciales destinatarios y usuarios: no sólo redactores de contratos, sino legisladores nacionales e internacionales, tribunales arbitrales y cortes estatales, las codificaciones y *restatements*, elaborados por reconocidas organizaciones internacionales, tales como los Principios de UNIDROIT y los PECL (págs. 169-170).

Como lo señala Najurieta (2011),

*“esta ‘puesta a disposición de las partes’ de contenidos sustanciales y de reglas flexibles impacta positivamente en un aumento de la previsibilidad jurídica y marca una tendencia a la uniformidad en la solución de los conflictos contractuales en un proceso global de convergencia”* (pág. 363).

En efecto, no parece extraño en los contratos internacionales, la inclusión de una cláusula de elección referida a conjuntos normativos no estatales; no se plantean especiales dificultades cuando la incorporación opera por referencia, en el ámbito de la autonomía material, como sucede v.gr. en los *INCOTERMS*, en cambio, se suscitan dudas adicionales cuando lo que se plantea es si la referencia a conjuntos normativos de alcance general puede ser equiparada a la elección de la ley de un país como aplicable al contrato (De Miguel Asensio, 2013, págs. 326-327).

Téngase presente que el proceso de armonización, así como el uso del soft law, responde a las peculiaridades del comercio contemporáneo transfronterizo. La contratación internacional, marcada fuertemente por principios, usos y costumbres no recogidos muchas veces en regulaciones domésticas, que se muestran inapropiadas para dicho fin, contiene reglas peculiares:

*“... caracterizan a los contratos internacionales, entre otras cosas, la emergencia recurrente de nuevos tipos contractuales, la multiplicidad frecuente de acuerdos complejos multiestatales de gran atipicidad y la celebración y ejecución de convenios en distintas sedes, varios incluso de índole virtual. De allí que la autonomía de la voluntad, tanto para determinar el contenido de los acuerdos como para remitirse a sistemas jurídicos sofisticados, o en muchos casos a reglas de origen no estatal, sea hoy más que nunca necesaria para la conducción de los negocios internacionales”* (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 307) (Subrayas ajenas al texto original).

La idoneidad atribuida a algunos de esos instrumentos ha sido tal, que la C. Constitucional, haciendo un estudio de la constitucionalidad del artículo 1616 del C.Civ<sup>101</sup>, se refirió a la CNUCCIM y a los

---

<sup>101</sup> En aquella ocasión, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la C.P., cuatro ciudadanos solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 1616 del C.Civ (que reza: “**ARTICULO 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios.** Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”), el cual regula la responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Entre otros argumentos, los demandantes consideraban que la norma acusada vulnera el preámbulo de la Constitución en tanto establece un límite a la indemnización de perjuicios en los casos en los que no haya dolo por parte del deudor, lo que impide la indemnización integral cuando los perjuicios superen el monto de los daños previsibles. Consideraban que la indemnización debe reparar de manera integral y completa a la víctima, colocándola en la misma situación en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso. Sin embargo, la Corte consideró que la norma acusada no despoja a la parte cumplidora de la tutela resarcitoria en la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. La Corte entendió

Principios de UNIDROIT como “*referentes normativos del ordenamiento jurídico internacional*”, al indicar que:

“(…) *en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit, acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios*” (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2010).

Incluso, se está produciendo recurrentemente, el fenómeno de la internacionalización o reinterpretación de los derechos nacionales, hasta llegar a alterar soluciones domésticas tradicionales (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 441). Al respecto, Moreno Rodríguez anota que, en el medio latinoamericano, con importantes decisiones de máximas instancias judiciales colombianas, de 2010 y 2011, en que se recurre a los Principios de UNIDROIT y a la *lex mercatoria*<sup>102</sup>, Colombia es ejemplo de cómo el derecho no estatal se invoca también para la interpretación o reinterpretación de los derechos locales en jurisdicciones latinoamericanas<sup>103</sup> (2013, pág. 320).

A pesar de lo afirmado por Moreno Rodríguez respecto de dichas decisiones; en las mismas, se refirió al derecho uniforme no tanto como herramienta interpretativa, sino más como apoyo para la justificación de la argumentación tomada –fines comparativos–. En todo caso, son pasos importantes para la modernización del derecho contractual a escala local: se prevería que los jueces jerárquicamente inferiores replicaran su ejemplo, y usaran instrumentos de derecho uniforme en la justificación de sus decisiones y como herramienta interpretativa, claro está, cuando esto sea de provecho para lograr la aceptabilidad del fallo tomado. No se pierda de vista que el juez está obligado probar la decisión proferida a la luz del sentido común y jurídico para justificar la aceptabilidad del

---

que esta limitación no resulta irrazonable ni caprichosa toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual y encuentra respaldo en referentes internacionales como la CNUCCIM y los Principios de UNIDROIT, que acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión como baremo del monto de los perjuicios, reafirmando así la razonabilidad de la interpretación.

<sup>102</sup> (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2010); (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Agosto de 2011) Ref.:exp. 11001-3103-026-2000-04366-01 [M.P. William Namén Vargas], 2011).

<sup>103</sup> A su vez, el autor menciona que en Brasil, en 2011 el Tribunal de cuentas recurrió a los Principios de UNIDROIT para corroborar, dentro del plano comparatista, la decisión a la que arribó (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 321).

fallo que profiere<sup>104</sup>. Con ello, se estaría dando un dialogo de diversas fuentes jurídicas que en todo caso, permite un manejo adecuado del derecho privado en un entorno globalizado.

Puestas así las cosas, se entiende que la proliferación de estos temas, relativos a la armonización del derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, se ha visto acrecentadamente motivada, no sólo por el realce del soft law, por la insuficiencia del sistema conflictual de los distintos ordenamientos nacionales y por el auge experimentado por los intercambios mercantiles, debido en parte, a la mejora y rapidez de los medios de transporte y de las comunicaciones (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 4), sino además, por la presunta inocuidad de algunos códigos nacionales para regir relaciones contractuales mercantiles contemporáneas transfronterizas<sup>105</sup>.

El nuevo contexto, caracterizado por el libre mercado y una reorientación de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos, favorece la autorregulación o creación de normas sin la participación directa de los Estados, al tiempo que arroja luces de las razones por las cuales se han transformado, sobretodo en los últimos tiempos, los métodos y técnicas utilizadas en los procesos de armonización (Fernández Rozas, 2013b, págs. 47-53) (*Cfr. Infra.* 2.3). En el estadio actual de la evolución del derecho, se evidencia que la reglamentación de los negocios internacionales y la resolución de las controversias que generan, presentan ingredientes materiales y conflictuales, sustanciales y procesales, interestatales y transnacionales. Por eso, en ninguna de las áreas jurídicas tradicionales encaja enteramente el estudio del derecho comercial internacional, y su impacto en los derechos estatales y en la adaptación de la normatividad interna que, implícita o explícitamente genera (Fernández Arroyo, 2010, pág. 53).

---

<sup>104</sup> Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener en cuenta que: *The advantage of judge-made general principles or their application by the courts is that they usually fit the case and generally meet the requirements of practice. Moreover, court decisions are binding, and when there is a single supreme court, such as the ECJ, it means that there is a strong central institution which can further uniformity. On the other hand, judges can produce only case-by-case solutions; they cannot systematically developed the law. On the national level, they have wide discretion on whether or not to take foreign solutions into account. This makes it difficult for even a central court to create and uphold a consistent system of general principles* (Magnus, 2012, pág. 171).

<sup>105</sup> Abascal (2006) sentencia que, lo que él llama derecho *privado* uniforme internacional, se considera en general más adecuado que el sistema de conflicto de leyes (págs. 129-130). Acá, debe aclararse por ello que si bien, la búsqueda de relaciones jurídicas claras, seguras y estables ha sido el eje sobre el cual ha girado el movimiento de unificación jurídica internacional de los contratos comerciales internacionales, a nivel local y para los efectos de éste trabajo, interesa hacer énfasis en el aspecto de su utilización para *ajustar* el derecho nacional.

## 1.2. Desde ‘la orilla de lo estatal’, alteraciones generadas por el actual tráfico mercantil

“la dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (05 de Junio de 1992) Sentencia T-406/93 [M.P. Ciro Angarita Barón], 1992).

La globalización, expansiva de la penetración de la ideología capitalista en el orbe, ocasionó que las funciones tradicionales de la economía perdieran su componente nacional; un componente que no sólo afecta la libre circulación de las mercancías, sino que se extiende a la propia organización productiva y distributiva que se desplaza y distribuye en diversos países, ya no a través de empresas multinacionales, sino por medio de conglomerados económicos globales. Unas entidades sin fronteras que responden esencialmente al método de la “deslocalización”, desbordando el marco tradicional de las economías nacionales<sup>106</sup> (Fernández Rozas, 2009, pág. 84).

Al afectar la totalidad de las naciones, el fenómeno ha implicado un cambio en gran parte de las concepciones y técnicas, cambios evidenciables en la vida diaria, con los correspondientes derechos y obligaciones que las relaciones contractuales generan, que en el ámbito jurídico a su turno, producen la necesidad de una reglamentación acorde a la praxis dada en tráfico mercantil. Así, la globalización ha acarreado una necesaria adecuación de los diferentes sistemas jurídicos, especialmente en el campo del derecho comercial, para el acondicionamiento de éste último, pero también, para la facilitación del desarrollo de las prácticas económicas. Ello, naturalmente, ha roto los tradicionales esquemas formales de los sistemas jurídicos estatales; y a su vez, ha provocado la flexibilización de los instrumentos jurídicos para hacer posible la realización de tales prácticas<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> La internacionalización de la producción bajo éste régimen, según Bellamy Foster (2015), sigue un patrón, caracterizado por que la producción es descentralizada, pero el control centralizado (su alcance es global, pero sus propiedades y sus dueños tienen una clara base *nacional*). En consecuencia, el proceso de expansión de la inversión directa en el extranjero supone un flujo constante de ganancias del Sur al Norte, esto es, de la periferia al centro del poder del capital multinacional (pág. 59).

<sup>107</sup> Los modos de producción, mercadeo y comercialización de los bienes y servicios, y los movimientos de capital, se adelantan ahora bajo la concepción de un mercado global, y ya no bajo la antigua concepción de un mercado local; por lo que se hace manifiesto que en la actualidad, los modos de regulación tradicional no cumplen su cabal cometido, y que el derecho hoy no tiene la misma capacidad de asegurar la función para la cual se había instituido como modo privilegiado de regulación social (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 94). Siguiendo a Del Duca (2012), el replanteamiento de las categorías tradicionales del derecho, especialmente en torno al internacional y al comparado, son generadas por una gran cantidad de cuestiones de derecho privado, tales como el surgimiento de entidades comerciales internacionales, nuevos fenómenos contractuales, así como también, el paso que algunos Estados han dado de economías planificadas a economías de mercado (págs. 108-109). Al respecto, sobre la armonización actual, Del Duca (2012) reflexiona: *Are the traditional techniques and categories of law for producing harmonized international legislation responsive to the needs of the twenty-first century?* (pág. 109).



Acá, es necesario recordar que en la tradición jurídica que proviene de los romanos, ni el derecho era estatal, según se lo concibe en tiempos recientes, ni los juzgadores eran expertos en derecho (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 41). Así las cosas, en la elaboración del derecho comercial, los particulares precedieron a los Estados, por lo que nada obsta para que los primeros regulen sus relaciones al margen del marco jurídico implantado por estos últimos, fenómeno que cuenta con características propias de nuestra época. La existencia de principios o reglas producidas por entes ajenos a cualquier Estado no es una novedad, existen fenómenos normativos desarrollados por fuera de la institucionalidad estatal desde hace siglos:

*“Sin embargo, parece haber sido la globalización el proceso que tornó el tema relevante en el tiempo presente; de hecho, la globalización nos recuerda que el Estado no solo es constreñido por otros Estados y organizaciones supranacionales, sino también por organizaciones no estatales (...), comunidades (...), y poderosos jugadores privados”* (Mantilla Blanco, 2013, pág. 28).

En ese orden de ideas, aunque los tratados internacionales, como instrumentos por los cuales los Estados convencionalmente adoptan normas comunes, deberían ser los más aptos para el logro de la unificación, y así ser empleados como normas sustanciales en la solución de litigios, presentan la abismal desventaja de la dificultad de su concreción y su ratificación, debido a peculiaridades propias de cada Estado<sup>108</sup>. Al respecto, haciendo alusión a la CNUCCIM, Del Duca (2012) anota:

*“... it took more than a half-century for governments to achieve consensus on a harmonized text, and the subsequent delay in obtaining ratification by governments of the harmonized text is a matter of concern. Future demands for harmonized law generally will not afford a half-century of lead time between recognition of the need and production of the harmonized law. Where governments are not able to agree on the content of the harmonized law, use of the soft-law voluntary application approach may facilitate the development of consensus more rapidly and efficiently by having interested stakeholders representing the various interest groups mutually develop the consensus and voluntarily utilize the rules the develop”* (pág. 112).

De esa manera, a pesar de que es un tratado internacional, el instrumento de derecho uniforme más importante, esto es la CNUCCIM, en el contexto de la globalización económica, caracterizada por un ágil desarrollo de las transacciones mercantiles y económicas, la necesidad de revisar el derecho surge de forma continua y, por lo tanto, el proceso largo y complicado de enmienda de los tratados

---

<sup>108</sup> Otro de los inconvenientes, es que *“...negociaciones difíciles entre países con tradiciones jurídicas diferentes, muchas veces llevan a que se transija y que, como consecuencia, el texto final del tratado contenga concesiones que, además de no ser las más aptas, lleven a que las partes insatisfechas rechacen finalmente su ratificación. En esfuerzos por obtener ratificaciones, se idean varios mecanismos como las “reservas”, que terminan atentando contra la unificación, amén de crear una falsa ilusión de unidad. También los redactores suelen excluir tópicos que no cuentan con consenso, lo cual lleva a que, aunque los tratados sigan proliferando, sean muy estrechos en cuanto a su alcance”* (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 273).

frena reformas necesarias (De Carolis, pág. 44). Así las cosas, la rigidez de los tratados internacionales y su consecuente inflexibilidad, hace que en la actualidad se prefieran opciones armonizadoras des-estatalizadas. De ese modo, aunque años antes la forma primaria de armonización eran los tratados internacionales, instrumentos que tardaban, y lo siguen haciendo, décadas en ver la luz (Goode, 2010, pág. 77), actualmente, no se percibe la gran predominancia que antes se le atribuyó a ese medio para el logro de la armonización<sup>109</sup>(Cfr. *Infra*. 2.3).

Así, los pros y contras de la armonización alcanzada por *nuevos* tipos de normas merecen discusiones profundas y contextualizadas a la nueva realidad:

*“Until the 1980s, the instruments of international unification of law, commercial law in particular, were almost exclusively the international conventions. However, unification by international conventions always depends on the ratification of the respective convention. Even in the case of the outstandingly successful CISG, thirty years after its conclusion less than half of all nations have ratified it. And without a central court to interpret a convention, its mere ratification does not guaranty that it will be uniformly interpreted and applied. One also has to acknowledge that it is not easy and that it takes a long time to amend and modernize international conventions. For two or three decades, the means of international unification have, therefore, been diversified. Model laws, guides, and in particular, sets of principles have enriched the arsenal of harmonization and unification means. One would think that it is a great disadvantage that they have no binding force and can only be applied if they are voluntarily accepted by private parties or by legislators. Will parties ever do that? On the other hand, making acceptance voluntary may also be seen as an advantage to the extent that these soft means of unification must, as Profesor Bonell put in, ‘persuade by their intrinsic merits.’”* (Magnus, 2012, pág. 171)

Precisamente, los problemas que acarrear los tratados internacionales para la armonización<sup>110</sup>, aunado a otros factores como las deficiencias de los sistemas de DIPr, el inusitado crecimiento del

---

<sup>109</sup> En rigor, el proceso de armonización ha usado preferentemente el tratado internacional de carácter multilateral como cauce de positivización, lo que a su vez, ha representado ventajas e inconvenientes. Ventajas por proporcionar certeza en la materia unificada; inconvenientes por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de ese tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional. Basta mencionar que los convenios de derecho uniforme no han adquirido, por lo general, un número importante de Estados parte, siendo la excepción el ámbito de los transportes y, más recientemente, el de la compraventa internacional de mercaderías (Fernández Rozas, 2013b, pág. 65).

<sup>110</sup> Sobre los principales problemas que acarrear los tratados internacionales para la armonización del derecho y/o para su uniformidad, se destaca que: i) los procesos de negociación son en la práctica, lentos; ii) su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales suele ser, aún, más lento; y, iii) la interpretación que se da en cada Estado del mismo instrumento puede ser disímil –la incorporación del convenio se vincula a la recepción y aceptación de los tratados por jueces nacionales en el proceso de aplicación del derecho, pudiéndose ver dificultados por elementos que dificulten su puesta en práctica de una sana asimilación del derecho unificado (v.gr. interpretación exclusiva a través de categorías jurídicas nacionales, normas de orden público estatales contradictorias al tratado)–. A ello se suma el eventual “déficit democrático” (posible desvinculación de los redactores del proyecto y de los negociadores, con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan); el que por ser resultado de intereses muchas veces antagónicos, se da lugar a textos ambiguos que ofrecen numerosas dificultades para el intérprete; el que por la rigidez que entrañan muchas soluciones convencionales, la rápida evolución del comercio puede volver obsoleta en un breve espacio de tiempo convenios que no incorporen mecanismos flexibilizadores en su articulado, etcétera. Aunado a todo lo anterior,

comercio transfronterizo, la búsqueda por la reducción de costos de transacción para la contratación internacional, la consolidación de cierta tendencia de organizaciones intergubernamentales a generar soluciones transnacionales a problemas del comercio internacional, etcétera, no sólo han acarreado alteraciones en los sistemas jurídicos estatales; sino que también, han sido alicientes para la proliferación de instrumentos fruto del proceso de armonización, donde la convergencia de la *legislación sustantiva* creada para el comercio internacional, se ha desarrollado por la interacción conjunta, y en ocasiones descoordinada, de diversos organismos internacionales (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, págs. 163-165).

A su turno, la proliferación de esos instrumentos ha hecho que se generen medios alternativos en el proceso de armonización, como v.gr. la compilación de normas en *restatements internacionales*, creados al exterior de la institucionalidad estatal, que a su vez, en distintos grados impacta la forma en la que se solucionan las controversias mercantiles; pero además, al mismo tiempo genera alteraciones jurídicas a nivel estatal<sup>111</sup>. Algunas de éstas últimas, a continuación serán tratadas.

### 1.2.1. Desdén al sistema conflictual

“...estas normas desconocen el carácter internacional de las relaciones contractuales al ubicarlas dentro de un contexto local, es decir, al asignarles una ley estatal para su regulación” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 234).

En el comercio internacional, la jurisdicción competente y el derecho aplicable al fondo del asunto, cobran vital importancia dado que si dichos elementos son conocido de antemano por las partes de un contrato, la relación jurídica estará revestida de mayor seguridad, a comparación de cuando éstos son desconocidos con antelación: las lagunas, ambigüedades o divergencias interpretativas sobre el derecho aplicable no solo entorpecen la solución de eventuales controversias, sino que puede

---

está que en algunas áreas del derecho existirán diferencias irreconciliables entre los sistemas legales nacionales, por lo que su uniformidad, mediante tratados, será rechazada de plano. Para aquellos casos, se ha usado otros métodos de armonización, especialmente las leyes modelo (Del Duca, 2007, pág. 631; Fernández Rozas, 2013b, págs. 65-66; Rodríguez Fernández, 2009, págs. 239-240).

<sup>111</sup> Ello se hace fácilmente comprensible si se observa que “los medios alternativos de la armonización de la ley comercial, como la codificación de la costumbre o de los usos comerciales, en la mayor parte de los casos, evitan los escollos de las convenciones internacionales. Ese tipo de armonización no tiene límites determinados y asegura una convergencia flexible y eficaz entre sistemas legales diferentes. Es por eso que se ha señalado que la búsqueda de la armonización debe presentarse sin acudir a la unificación o codificación de las normas. La armonización siempre ha ocurrido y ocurrirá por métodos diferentes a la adopción de leyes. Los esfuerzos para negociar y redactar leyes uniformes son sinónimos de un proceso que ya se ha adelantado previamente, no de su causa” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 266).

contribuir enormemente a su aparición, por lo que, para la optimización de la marcha de los negocios, la claridad sobre el derecho aplicable resulta indispensable<sup>112</sup> (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 34-52).

Pues bien, los inconvenientes presentados por el DIPr<sup>113</sup>, como mecanismo de determinación del derecho aplicable en las relaciones jurídicas que cuentan con un elemento internacional<sup>114</sup>, en razón a la poca previsibilidad y consecuente incertidumbre que ofrece al comercio internacional, se aúna a los alicientes del proceso de armonización. En efecto, las reglas de conflicto de cada Estado, al buscar determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente, intentan destrabar el conflicto que tiene puntos de contacto con más de un ordenamiento jurídico, por lo que llevan a decidir cuál de esos ordenamientos conectados es al que le corresponde regular la relación y/o los tribunales de que país deben resolver el litigio que puedan suscitarse al respecto (Esplugues Mota, 2011b, pág. 209; Oviedo Albán, 2006, pág. 28); por ello, se dice que “*no proporcionan una solución acorde con la rapidez de las transacciones ni otorgan certeza en cuanto al régimen legal aplicable a la relación contractual, ya que, como ninguna otra normatividad, estas difieren de un ordenamiento a otro*” (Bonilla Aldana, 2013, pág. 4).

Las reglas de conflicto son instrumentos previstos por los ordenamientos jurídicos para resolver conflictos de leyes<sup>115</sup>. Su supuesto de hecho describe, al igual que el de una norma de derecho

---

<sup>112</sup> Para Esplugues Mota, el desarrollo del comercio internacional ha resaltado la necesidad de lograr un cierto grado de armonización normativa en relación al mismo, como forma de alcanzar un nivel de seguridad suficiente para sus partícipes (2011c, pág. 53). Precisamente, según Fernández Rozas (2013b), el propósito de la uniformidad es, en las relaciones comerciales internacionales, ofrecer una mayor certeza jurídica a las partes en la contratación (pág. 58).

<sup>113</sup> Según Oviedo Albán (2006), entre las principales consecuencias de la utilización de dichas reglas se encuentran: a) *Las Decisiones claudicantes*, en la medida en que se pueden producir decisiones judiciales con soluciones diferentes en países distintos cuyo contenido sea contrario o incompatible; b) el *Forum Shopping*, en la medida en que las partes buscarán acudir a autoridades judiciales de uno u otro Estado, con el fin de lograr la ley más favorable a sus intereses; y consecuentemente, c) *Inseguridad Jurídica*, toda vez que las decisiones pueden variar de un Estado a otro, en la medida en que cada tribunal tenderá a aplicar exclusivamente un ordenamiento jurídico y no otro. (págs. 31-32). Por si lo dicho fuera poco, Moreno Rodríguez (2013) señala que “... *dentro del conflictualismo clásico hay nuevamente varias <<escuelas>>, con toda la incertidumbre que ello conlleva. Lo que si queda claro es que –como bien lo destaca Juenger– estas escuelas conflictualistas, en todas sus vertientes, recompensan a quienes buscan un foro de su conveniencia (forum shoppers), pues la decisión sobre disputas internacionales se produce acorde con las reglas del foro donde se litiga, lo cual frustra la búsqueda de la comunidad internacional de certeza y predecibilidad para sus transacciones*” (pág. 226).

<sup>114</sup> La determinación de la ley aplicable surge únicamente si lo que se enfrenta es una relación de carácter internacional (Zapata De Arbeláez, 1998, pág. 91). Por ello debe converger un elemento de extranjería en la relación jurídica y, consiguientemente, su vinculación con más de un ordenamiento jurídico para que el DIPr entre a operar (Esplugues Mota, 2011a, pág. 66).

<sup>115</sup> Justamente, son llamadas *reglas de conflicto*, porque “*pretenden solucionar el posible conflicto de leyes nacionales que puede llegar a darse en el caso en que la relación privada tenga puntos de relación con más de un ordenamiento,*

sustancial, un antecedente de hecho abstracto; al tiempo que, en la consecuencia jurídica, una regla de conflicto no ofrece una solución sustantiva, sino más bien, simplemente señala, en ocasiones arbitrariamente, un ordenamiento jurídico, del cual se deducirá en un paso posterior el análisis jurídico del caso<sup>116</sup> (Mantilla Blanco, 2013, pág. 45). Por eso se le ha denominado como una clase de regla indirecta, ya que no establece directamente cual es la solución sustantiva, sino que reenvía la misma a un ordenamiento jurídico estatal; razón por la cual, se dice que son esencialmente localizadoras, van hacia el derecho sustantivo estatal valiéndose de elementos denominados puntos de conexión, puntos de contacto o circunstancia de conexión<sup>117</sup> (Santos Belandro, 2012, pág. 291).

Para el caso colombiano, el desarrollo del sistema de DIPr es incipiente, especialmente en el ámbito contractual, donde el artículo 20 del C.Civ y el 869 del C.Com<sup>118</sup> conforman el núcleo normativo del sistema de conflicto de leyes colombiano en materia de contratos, convirtiéndose en la

---

*determinando cuál de ellas será la aplicable al fondo de la relación jurídica”* (Oviedo Albán, 2013, Abril/Junio, pág. 45). Ello genera mucha incertidumbre, por cuanto el régimen legal no es el mismo en los diferentes ordenamientos jurídicos, debido a que cada ordenamiento puede eventualmente contener disposiciones diversas, y porque normas similares pueden poseer carácter imperativo en un determinado ordenamiento y no tenerlo en otro (Vigotti, 2005). Por ello, con las reglas de conflicto, se da una situación poco beneficiosa para los comerciantes: *“Ellos se tendrán que ver sometidos a la incertidumbre del desconocimiento del régimen aplicable a la relación y al aumento de los costos de transacción como consecuencia de la necesidad de evitar posibles efectos negativos en el futuro”* (Bonilla Aldana, 2013, pág. 4). Precisamente, según Perales Viscasillas (2014a), *“la búsqueda de relaciones jurídicas seguras y estables ha sido el eje sobre el cual ha girado el movimiento de unificación jurídica internacional de los contratos comerciales internacionales, motivada a su vez por los cambios tecnológicos, comerciales e industriales y por la globalización que se ha producido en gran parte de las economías del mundo”* (pág. 3).

<sup>116</sup> Puede ser arbitraria la localización de los contratos internacionales dentro de un sistema nacional determinado, debido a que una gran parte de dichas transacciones presentan vinculaciones de importancia similar con distintos órdenes nacionales y, lo que es más frecuente, otra gran parte de ellas se desarrolla en plazas comerciales de carácter transnacional donde la referencia estatal puede quedar muy debilitada (Fernández Rozas, 2013c, pág. 140).

<sup>117</sup> Esos puntos de conexión pueden ubicarse en dos grandes sectores: Puntos de contacto fácticos y puntos de conexión jurídicos. Para Santos Belandro *“Los primeros son los que contienen una mención de hecho, que generalmente es de fácil comprensión. [V.gr. lugar donde se presenta la demanda]. Los puntos de conexión jurídicos, en cambio, encierran aspectos que necesitan ser interpretados, y aquí se presenta el problema de la búsqueda de una interpretación uniforme sobre el plano internacional de los puntos de contacto jurídicos, entre los que figura el punto de conexión domicilio. La aspiración última es que los puntos de contacto jurídicos sean interpretados de igual manera por todos los Estados que los utilizan, ya que de no lograrse la uniformidad de interpretaciones, el punto de contacto interpretado por cada Estado “a su manera”, remitirá a un Derecho diferente, lo que es nefasto para un funcionamiento uniforme de la regla de conflicto”* (2012, págs. 291-292). No obstante, la aspiración mencionada por Santos respecto de la uniformidad de interpretación de las reglas de conflicto por cada Estado, no solo es utópica, desconoce el hecho de que cada Estado legisla teniendo en consideración distintos puntos de conexión.

<sup>118</sup> Éste último reza *“La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley Colombiana”*. Sobre éste artículo, Aljure Salame (2011) indica que tiene una redacción próxima al unilateralismo, puesto que únicamente refiere a la ley colombiana, cuando expresa los efectos de los contratos que se ejecuten en Colombia que se regirán por la ley del país. *“Y decimos próxima, porque en el unilateralismo la regla de conflicto sólo permite la aplicación de la lex fori y en el caso del artículo en mención no se prohíbe la ley extranjera sino que no se menciona el evento de ejecución de contrato en el exterior”* (págs. 96-97).

herramienta perteneciente a ese ordenamiento jurídico del cual, para operar, se ha venido valiendo el comercio internacional y el régimen de inversiones<sup>119</sup> (Zapata De Arbeláez, 2010, págs. 13-21).

Claro está, los resultados de las normas de DIPr son a menudo inciertos. Para Fernández Rozas (2013c), es innegable que el método conflictual carga con cierta ineficacia por más que haya realizado un importante impulso de adaptación a un entorno económico y social muy diverso del que lo vio nacer; para el autor,

*“se ha llegado a afirmar que “el conflictualismo padece una enfermedad consustancial para alcanzar los objetivos y valores que se propone”. Las reglas de conflicto, es cierto, tienden a “nacionalizar” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales, y precisamente el intento de resolver ese insatisfactoria situación motivó el desarrollo del derecho uniforme, aunque sus resultados han sido tan limitados que en la actualidad la norma de conflicto no ha perdido su papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional”* (pág. 141).

Puestas así las cosas, a pesar de que para algunos, las soluciones conflictuales en la contratación internacional, desempeñan un papel importante para cubrir las múltiples lagunas no reguladas que aún posee el derecho uniforme, y para resolver las situaciones en las que se producen insuperables divergencias interpretativas de dicho derecho por parte de los operadores jurídicos (Fernández Rozas, 2013b, pág. 52), no obstante, actualmente pareciera ocurrir todo lo contrario: en razón a su pendiente consolidación, es el derecho uniforme el que, hoy por hoy, está llamado a adecuar, y colmar las lagunas, del derecho estatal, en aras de facilitar el desarrollo del tráfico mercantil contemporáneo. Lo precedente, denota la complementariedad que el proceso de armonización tiene por ofrecer a los distintos sistemas jurídicos estatales del mundo.

Pues bien, el cúmulo de inconvenientes de las reglas de conflicto, junto a la disparidad de puntos de contacto y la existencia de un conjunto de excepciones y condicionantes a lo que debería ser el normal funcionamiento del sistema de DIPr, genera poca previsibilidad de la respuesta aportada por la norma conflictual (Esplugues Mota, 2011b, págs. 207-208). Así las cosas, frente a ésta clase de inconvenientes para el comercio internacional, ha surgido la necesidad de crear soluciones y disposiciones armónicas que disminuyan las divergencias entre los distintos ordenamientos,

---

<sup>119</sup> Únicamente, la fuerza que aún gravita de la soberanía nacional de los Estados, junto al insuficiente desarrollo de la cooperación internacional, pueden explicar la vigencia, aun prevalente, del tradicional método del DIPr como medio para solucionar los conflictos derivados del tráfico mercantil internacional (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 233).

eliminen la incertidumbre en cuanto a la ley aplicable y reduzcan los costos de transacción<sup>120</sup> (Bonilla Aldana, 2013, pág. 4).

Lo anterior, se hace palpable en el ámbito del arbitraje comercial: hoy por hoy, en lugar del sistema conflictual, en el ámbito del comercio internacional, es resaltable el viraje dado hacia la estimulación, fuera de la órbita estatal, de la solución de disputas mercantiles por medio del arbitraje<sup>121</sup>. En efecto, desde la década de los 80's del siglo pasado, los tribunales arbitrales, en controversias comerciales internacionales, intentando remediar las deficiencias del sistema conflictual, han gozado de mayor discreción a la hora de determinar la ley aplicable<sup>122</sup>.

### 1.2.2. Promoción del arbitraje comercial

*“El arbitraje es un mecanismo idóneo de protección y defensa de derechos en el contexto nacional y especialmente transnacional. Su dinámica moderna, carente de excesivos formalismos, permite a los actores internacionales adelantar los procedimientos de conformidad con las normas que más se ajustan a sus necesidades, tomando en consideración factores de tradición jurídica, cultura, lengua, religión, etcétera”* (Rey Vallejo, 2007, pág. 5).

Poco a poco, alejándose del rígido sistema conflictual y sus deficiencias, además de la presunta inadecuación que por regla general tiene el derecho estatal para resolver disputas internacionales, los tribunales arbitrales internacionales, como foros preferidos para la resolución de diferencias en la ejecución de los negocios internacionales, han logrado con éxito hacer frente a esas deficiencias mediante el desarrollo de una serie de enfoques innovadores: por un lado, han hecho *ajustes* al tradicional método de conflicto de leyes, mediante la aplicación acumulada de las leyes de conflicto

---

<sup>120</sup> El auge experimentado por los intercambios comerciales, desde principios del siglo pasado, motivó la necesidad de unificar sustantivamente el derecho aplicable a los intercambios internacionales, *“habida cuenta de que el derecho internacional privado y su sistema conflictual se revelaban insuficientes para cubrir el amplio elenco de cuestiones que producían los contratos mercantiles”* (Perales Viscasillas, 2014a, págs. 3-4).

<sup>121</sup> El arbitraje se constituye, en la actualidad, como una consecuencia de la complejidad, rigidez, lentitud y elevado costo de la solución jurisdiccional. A ello se suma, en el tráfico mercantil internacional, la desconfianza hacia las jurisdicciones nacionales por una eventual discriminación y nacionalismo (Fernández Rozas, 2013a, pág. 641). En lo que respecta a las transformaciones que ha impreso la globalización al derecho internacional, y más precisamente, a los mecanismos de solución de controversias, Burgos Silva (2011) destaca que *“la transformación ha consistido en un crecimiento de las instancias como tal, en un empoderamiento progresivo que les permite tomar decisiones aun en contra de la voluntad e intereses del Estado y en una intensificación del uso social del mismo en cuanto referente hoy casi obligado en los imaginarios de la cultura jurídica de los diversos países”* (págs. 27-28).

<sup>122</sup> Al respecto, Moreno Rodríguez (2013) señala que el tribunal arbitral, actualmente, puede evitar el específico e inicial problema de determinar el derecho aplicable conforme al DIPr dando aplicación directa a normas de derecho de origen no estatal v.gr. los principios de UNIDROIT y los PECL, cuyo uso aumenta día a día por, entre otras, la ventaja de evitar el empleo del método conflictual (pág. 214).

de los países involucrados, la aplicación de principios generales de conflictos de leyes, etcétera<sup>123</sup>. Por el otro, en ocasiones, teniendo en cuenta las necesidades normativas específicas de la disputa, han rechazado el precepto básico del conflicto de leyes, el cual es la resolución del conflicto mediante la competencia entre derechos estatales y la selección de uno de ellos, mediante la aplicación de cuerpos normativos transnacionales, en lugar de algún derecho estatal (Petsche, 2010, págs. 476-493). Ello parece bastante razonable, suponiendo que por regla general, los árbitros, en la escogencia del derecho aplicable a la controversia, usarán su discreción para favorecer los intereses de ambas partes.

En efecto, los tribunales arbitrales internacionales se han alejado de la aplicación *estricta* de leyes nacionales, y al parecer en conexión a los derechos estatales, se han ido desplazando hacia la aplicación de un derecho *transnacional*<sup>124</sup>. Esa tendencia constituye un *salto cuántico*<sup>125</sup>: “*Arbitral tribunals do no longer modify how the applicable domestic law is determined; their decisions affect the substance of what the applicable law is*” (Petsche, 2010, pág. 485).

Por eso, desde ahora debe ponerse de presente que el proceso de armonización jurídica, además de ser tema de interés en el ámbito del derecho comercial, en general, y del derecho contractual, en

---

<sup>123</sup> Aunque mediante ésta práctica se tenga por fin el mejoramiento de la predecibilidad y equidad a la hora de la escogencia del derecho aplicable, ello no altera una característica esencial del conflicto de leyes: el hecho de que la ley aplicable, será una ley nacional de un país en particular. Este enfoque, por lo tanto, no responde adecuadamente a las necesidades normativas específicas de las relaciones comerciales internacionales (Petsche, 2010, pág. 485).

<sup>124</sup> La progresiva privatización de la resolución de litigios comerciales, sustentada en la idea de potencialidad del arbitraje y otros medios de resolución de controversias no estatales, es apoyada por los Estados a través de la continua elaboración de legislaciones estatales *pro-arbitraje*, así como la aceptación masiva de los textos internacionales que disciplinan distintos aspectos del mismo. Igualmente, los reglamentos de arbitraje y, cada vez más, los sistemas jurídicos nacionales han ido abriendo paso a la aplicación de reglas no estatales. Su aplicabilidad, en el arbitraje, no plantea grandes discusiones cuando han sido estipuladas por las partes, en cambio, recibe varias respuestas cuando su aplicación es *espontánea* por parte de los juzgadores (Fernández Arroyo, 2010, págs. 57-58). Cabe destacar que en la órbita del arbitraje mercantil, es muy frecuente el uso del derecho uniforme: para Petsche (2010), a menudo éste es usado sin necesidad de especificar su naturaleza u origen; frecuentemente, es utilizado para abordar ciertas *ramas* del derecho, especialmente partes del *núcleo común*, esto es, los principios generales del derecho, i.e. Principios de UNIDROIT, o para determinar los usos comerciales. Curiosamente, como lo destaca el autor, los tribunales arbitrales han usado instrumentos del proceso de armonización, incluso existiendo una cláusula en la que las partes hayan sometido su litigio a una ley nacional (págs. 488-491).

<sup>125</sup> A pesar de esa postura doctrinal, en su interesante estudio sobre los laudos de la CCI, Grande (2008) concluye que a contrario de lo que se podría esperar, “[l]o único constante en las decisiones arbitrales es la remisión a los usos y las costumbres, y el reconocimiento de la universalidad de principios generales del comercio mayormente plasmados en instrumentos internacionales (convenciones internacionales o principios Unidroit). Como aquellos principios surgen mediante la internacionalización del derecho doméstico, esto podría indicar que no existe un derecho autónomo especialmente creado al margen de los derechos locales. De lo anterior, y debido a que los usos y las costumbres se desarrollan junto con el derecho de fuente local, podría postularse que el derecho del comercio internacional se estaría gestando en estrecha relación con los derechos domésticos” (pág. 241).



particular, así como del derecho internacional y del DIPr<sup>126</sup>, es de ingente importancia para el arbitraje comercial<sup>127</sup> (Rivera, 2007, pág. 507), y ello se explica, principalmente, porque:

*“... en un mundo sin fronteras, donde las marcas –que identifican a las empresas– tienen alcance planetario, lo que se logra con una trama tan extensa como compleja de relaciones contractuales, y en el que la eficiencia se ha convertido también en un valor jurídico, la fuente de la regulación de esa madeja contractual no puede limitarse al derecho estatal. Ésta sería una solución ineficiente: si los contratos de licencia de marca o diseño, de transferencia de tecnología, de distribución, franquicia, agencia, etc., tuvieran múltiples contenidos –ajustados a los de cada país en los que se celebren o ejecuten– y a su vez estuviesen sujetos a múltiples leyes aplicables y a distintos tribunales judiciales estatales para su interpretación, cumplimiento y extinción, ello generaría costos de transacción que neutralizarían los efectos de reducción de costos que produce el fabricar o comercializar a nivel global. Por ello, toda la ingeniería jurídica elaborada por las empresas tiende a superar esa ineficiencia y para ello buscan como objetivo inicial prescindir en la medida de lo posible del derecho estatal”* (Rivera, 2007, págs. 524-525).

Asimismo, debe de ponerse de presente que la armonización jurídica es diferente a la generación a-nacional de normas. La segunda puede enmarcarse en la primera, pero de ninguna manera la agota. Precisamente, el arbitraje comercial, además de ser uno de las áreas del derecho que más se ha favorecido por el proceso de armonización jurídica, es el escenario en donde se hace más visible el reconocimiento a normas desarrolladas fuera del ámbito estatal<sup>128</sup>.

Ahora, si los tribunales arbitrales han tenido éxito en la aplicación de *normas de derecho* transnacionales, la capacidad para hacerlo se ha basado, al menos en parte, en un contexto legislativo muy favorable: por un lado, se han beneficiado del amplio reconocimiento formal que han tenido por parte de los legisladores estatales para recurrir a tales reglas; y por el otro, han tenido a su disponibilidad conjuntos de normas elaboradas para el comercio internacional por distintas agencias armonizadoras. Así las cosas, los tribunales arbitrales, hoy por hoy, no sólo tienen la capacidad, sino

---

<sup>126</sup> El derecho uniforme posee un contenido material, es decir, suele suministrar la norma directamente aplicable al caso y, consecuentemente, relegar la misión del DIPr (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 9).

<sup>127</sup> Al respecto, Rey Vallejo (2007) destaca que ante el vacío normativo dentro del cual se desenvuelve el comercio mundial, se propicia el ambiente para el desarrollo de la figura del arbitraje, el cual es y será la fuente principal de resolución de conflictos: *“Su dinámica y universalidad lo han convertido en el sistema ideal para abordar los litigios que surgen en transacciones tan complejas como las que implican el establecimiento de una inversión extranjera...”* (pág. 21).

<sup>128</sup> Según Perales Viscasillas (2014a) no solo por sus ventajas implícitas, el arbitraje se presenta como la mejor alternativa en pro de potenciar los procesos de integración económica, sino además, por las complicaciones existentes en los procedimientos judiciales tradicionales: *“La desconfianza en los sistemas judiciales nacionales –lentos, poco especializados y con una magistratura anclada en sus principios nacionales y poca o nula formación internacional– constituyen un obstáculo muy poderoso a la inversión extranjera”* (pág. 14).

que también, cuentan con los medios para dar aplicación al derecho fruto del proceso de armonización, como también a normas meramente a-nacionales<sup>129</sup> (Petsche, 2010, pág. 488).

En efecto, las leyes estatales han abierto la posibilidad para que, en tratándose del arbitraje comercial, se de aplicación a normas a-nacionales, fruto del proceso de armonización o no: Gaillard (2010) destaca que las leyes modernas sobre arbitraje, en diversos grados, han *rescatado* a los árbitros del *yugo* de las reglas de conflicto, permitiéndoles aplicar al fondo del asunto *normas de derecho*, en lugar de un *derecho*, comprendidas las normas que no han tenido creación en un derecho estatal determinado (pág. 45); a lo que el mismo autor agrega que, en razón a que el derecho doméstico de cierto número de Estados parecía inadecuado para responder a las necesidades del comercio internacional, se desarrolló la idea de que los árbitros deberían decidir el asunto, ya no seleccionando un derecho con la ayuda de una regla de conflicto, sino cuando ello fuere necesario recurriendo, ante estipulación contractual o ante el silencio de las mismas, a normas sustantivas adaptadas a las necesidades del comercio internacional: “*Como lo ha señalado el profesor Loquin, el método refleja un ‘darwinismo jurídico’ que consiste en ‘seleccionar, entre todas las fuentes del derecho, las reglas que sean más aptas para satisfacer las necesidades del comercio internacional’*” (págs. 55-56).

Precisamente, el *soft law* encuentra su máximo apoyo en el arbitraje<sup>130</sup>. Según Kaufmann-Kohler (2010), en el área del procedimiento arbitral, existe un proceso de codificación del *soft law* que combina la *compilación*, de soluciones existentes, con la *innovación*, de soluciones deseables, de la

---

<sup>129</sup> En el contexto de la globalización, el arbitraje se ha convertido en el medio normal para resolver las controversias en un amplio espectro de materias relativas al comercio y a la economía global. En ese ámbito, Fernández Arroyo (2010) admite que, por diversas vías y con diferente alcance, particulares así como de poderes públicos, le han inyectado dosis considerables de carácter vinculante, incluso, a reglas privadas surgidas en este contexto. Principalmente, una de las facetas de esa *homologación* de la *codificación privada* se da a través de la práctica arbitral (págs. 55-57). Al respecto, como lo destaca Perales Viscasillas (2014a), “*La interacción que se produce entre el movimiento de unificación del derecho sustantivo aplicable a los contratos y al arbitraje mercantil internacional[,] y la supresión de las barreras al comercio mediante la creación de zonas de libre comercio por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales de integración económica mundial o regional[,] representa uno de los resultados más patentes de la globalización – entendida como integración y armonización jurídica– del comercio internacional. Se trata de fenómenos que si bien podrían ser independientes[,] en realidad discurren paralelos en la consecución de seguridad y estabilidad en las relaciones contractuales de corte internacional, en la facilitación, incremento y economicidad del intercambio de bienes, servicios y personas*” (pág. 3).

<sup>130</sup> De ahí que para algunos, un abuso de éste en la práctica del arbitraje pueda responder, dependiendo del caso, a una búsqueda de fuga del derecho que pretende convertir *la lex mercatoria* en fuente del derecho, cuando no proponer un nuevo realismo jurídico que identificaría al derecho con su doctrina. Estaríamos ante un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, no obstante, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter predilectamente dispositivo (Fernández Rozas, 2013b, pág. 69).

regulación existente<sup>131</sup> (Cfr. *Supra* 1.1.2.1). Ese proceso, que se ve favorecido por la globalización y el subsecuente debilitamiento del poder regulatorio estatal, al dejar amplias zonas para el desarrollo de la autonomía de los actores no estatales, es impulsado por la “*comunidad epistémica global del arbitraje*” (pág. 127).

Justamente, el proceso de armonización del arbitraje del comercio internacional, está caracterizado por una fuerte hibridación entre instrumentos del *hard* y el *soft law*, así como por la homologación de normas *blandas* (Cfr. *Supra* 1.1.2.2 y 1.1.2.2.1). Prueba de ello, es la ley modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985. Fue creada con la intención de armonizar la regulación del arbitraje del comercio internacional y adaptarla a las necesidades de la práctica arbitral y, su carácter *soft*, facilitó una onda expansiva de reformas legislativas estatales a nivel global debido, tal vez, a que su no recepción podría implicar no ajustarse a estándares internacionales y, consecuentemente, aislar al país del resto de la comunidad internacional de arbitraje, haciendo que los extranjeros no acudan a sus tribunales y obligando a que sus nacionales tengan que acudir a tribunales foráneos; a la vez que permitió a cada país, adecuar el texto a sus necesidades internas: ello ha dado lugar a que se considere, incluso, a esa ley modelo como un uso comercial o parte de la nueva *lex mercatoria* (De Carolis, 2010, pág. 62). Su recepción por los Estados, donde se ha acogido legislativamente como leyes, ha dado lugar a homologación de normas *soft*, y a formas híbridas del derecho: son normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales<sup>132</sup>.

Así las cosas, Colombia no ha sido ajena a dicho fenómeno: La ley 1563 de 2012, “*por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*” (D. O.: 48.489 de 12 de julio de 2012), igualándose a múltiples leyes de arbitraje y reglamentos de institutos arbitrales en todo el mundo, dispone en su artículo 101 que, en tratándose de arbitraje

---

<sup>131</sup> En la actualidad, la codificación que se hace en el campo del comercio internacional vía *soft law* implica compilación e innovación en distintas proporciones. Probablemente, una de las principales razones para el éxito de este tipo de instrumentos son las proporciones bien medidas de ambos ingredientes (Kaufmann-Kohler, 2010, pág. 121).

<sup>132</sup> Otro ejemplo de ese tipo de hibridación se encuentra en la “*Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*” por medio de la cual UNCITRAL, a través de un mecanismo de *soft law*, esto es la recomendación, busca unificar, a través de su fuerza persuasiva, una interpretación más amplia de disposiciones de *hard law* (la Convención de Nueva York -1958-) (De Carolis, 2010, pág. 63).

internacional, “*el tribunal decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes*”, admitiéndose así la posibilidad, en Colombia, de someter un contrato a un cuerpo de normas no estatales. Ese tipo de leyes, han empoderado a los tribunales arbitrales para aplicar “*rules of law*” que, se considera una expresión apropiada para referirse a las normas transnacionales, cuyo fin puede ser la armonización o no<sup>133</sup>. La práctica de las principales instituciones arbitrales en el mundo, confirman esa tendencia (Petsche, 2010, pág. 488).

En ese sentido, Mantilla Blanco (2013) recuerda que la expresión *normas de derecho* fue extraída del artículo 28 de la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI, reformada en 2006, que, “...*a su turno, ha sido entendida en el sentido de autorizar a las partes para someter el contrato a reglas y principios que no pertenecen a un ordenamiento jurídico nacional determinado*” (págs. 29-30). Para De Ly (2012), el artículo 28 *ejusdem*, así como muchas leyes estatales de arbitraje, autorizan a los árbitros a aplicar *normas de derecho* escogidas por las partes, en oposición al derecho estatal, o a falta de elección, a aplicar el derecho que determinen por las reglas de conflicto que consideren aplicables (págs. 153-154). En la misma dirección, Moreno Rodríguez (2013) concuerda al afirmar que la expresión *normas de derecho* se entiende más amplia que el término *ley*, y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que pudieron haber sido elaboradas en un plano internacional (pág. 245).

Este panorama es el general<sup>134</sup>. Para el caso de los países latinoamericanos, Fernández Rozas (2013c) destaca que, liderada sobre todo por la UNCITRAL, se registra una nítida labor pedagógica en materia de unificación legal y jurisprudencial en materia de arbitraje. Para el autor, a la hora de legislar en materia de arbitraje, el efecto de la ley modelo elaborada por la UNCITRAL ha sido determinante:

---

<sup>133</sup> Para Aljure Salame (2009), ese tipo de normas reconoce a la *lex mercatoria*. A pesar del autor, ése tipo de normas no *reconoce* a la nueva *lex mercatoria*, pero si abre espacios para que ello ocurra. Sobre el particular, refiriéndose a la teoría de la nueva *lex mercatoria*, el autor anota: “*En el plano interno es reconocida en especial por el derecho francés en el artículo 1496 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, que utiliza la expresión ‘regles de droit’ y no ley interna que impediría la aplicación de la lex mercatoria. Lo mismo sucede con el artículo 1054 del Código de Procedimiento Civil Holandés. En el ámbito internacional la reconoce el artículo 28, la ley tipo de arbitraje CNUDMI...*” (pág. 367).

<sup>134</sup> Siguiendo a Del Duca (2012), muchas normas han sido promulgadas con base en esa ley modelo, en por lo menos Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Bielorrusia, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chile, China (Hong Kong Special Administrative Region, Macaus Special Administrative Region), Croacia, Chipre, Egipto, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Cisjordania, Kenia, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Omán, Paraguay, Perú, Corea del Sur, Rusia, Singapur, España, Sir Lanka, Tailandia, Tunes, Ucrania, parte del reino Unido (Bermuda y Escocia), cinco estados de EEUU (California, Connecticut, Illinois, Oregon y Texas), Zambia y Zimbabwe (págs. 113-114).

*“a partir de aquí, América Latina está mucho más activa en sus esfuerzos para resolver conflictos a través de la mediación o el arbitraje. Por citar un dato estadístico: si la práctica de la Cámara de Comercio Internacional de París registraba en 1990 del total de casos recibidos el 2.3% de asuntos de arbitraje internacional que incluían al menos una parte de algún país de América latina, en 1998 el porcentaje pasó a ser del 8.3%, y en la actualidad el porcentaje supera el 10%”* (pág. 135).

En este punto, cabe destacar que a pesar de que numerosas leyes contemporáneas sobre arbitraje les conceden a los tribunales, y a las partes, el derecho de aplicar *normas de derecho*, éstas no les indican cómo hacer su elección. Por lo tanto, los árbitros suelen enfrentarse a la difícil tarea de *identificar o formular* normas de derecho transnacional. Sin embargo, esa tarea se ha visto facilitada por una serie de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, que persiguen la progresiva armonización del derecho del comercio internacional (Petsche, 2010, págs. 488-489). Acá, cabe insistir en la valía y preponderancia del proceso de armonización jurídica del comercio internacional, con el fin de facilitar, al árbitro o juez, la identificación de *esas* normas de derecho transnacional.

Sin perjuicio de lo expresado en este acápite, cabe decir que los procesos de armonización no solamente impactan el arbitraje, sino que también tiene efectos en los tribunales judiciales estatales. No obstante, aunque muestran su mayor expresión en los primeros, en relación al marco judicial el fenómeno incentiva a utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones, tal como una de las funcionalidades del soft law (Cfr. *Supra* 1.1.2 y 1.1.2.2.1).

### **1.2.3. Alteración de los aparatos de producción normativa: desbarajuste normativo**

*“Hasta el organismo mismo de las Naciones Unidas, a través de su Comisión para el Derecho mercantil Internacional (UNCITRAL según sus siglas más difundidas, en inglés), se encuentra desplegando ingentes esfuerzos a partir de mediados de los años sesenta del siglo XX, que apuntan a lograr un derecho uniforme, o un derecho ‘más uniforme’, a través de distintas técnicas de elaboración normativa aplicadas a áreas centrales del comercio internacional, como la compraventa, el comercio electrónico, el arbitraje, las garantías mobiliarias y los pagos internacionales, por citar ejemplos de gran relevancia”* (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 230).

La concepción formalista del derecho<sup>135</sup>, apoyada en su convicción de perdurabilidad de la regulación como privativa del Estado soberano, todo dentro de los límites de su territorio o dentro

---

<sup>135</sup> Entendida como el hábito intelectual de los estudiosos del derecho para quienes un problema jurídico se resuelve predominante o exclusivamente, mediante el análisis, más o menos detallado, de las reglas de origen legislativo que se han promulgado al respecto. Siguiendo a López Medina “... *se asume que en nuestro sistema de derecho* [colombiano]

de los vínculos que mantiene con otras naciones, enfrenta a las nuevas fuentes normativas. Aún hoy, los Estados ignoran la capacidad de autorregulación de ese nuevo grupo social –*societas mercatorum*–, así como la regulación dirigida a normar sus relaciones comerciales transfronterizas; desentendiéndose a su vez, de las distintas características de las operaciones que este grupo hace y de las diferencias sustanciales existentes respecto de las operaciones que hoy se consideran meramente locales y que han sido sujeto directo de regulación estatal: “*Pero, lo más grave es que la concepción clásica a la que hacemos referencia parece ser ajena al fenómeno de la globalización o, más bien, parece no admitir siquiera la existencia del proceso mismo*” (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 99-100).

Para el caso colombiano, la C. Constitucional, desde sus orígenes, advirtió ya de la pérdida de predominancia de la capacidad reguladora estatal<sup>136</sup>, en contraposición a la relevancia adquirida por los principios y la jurisprudencia en los sistemas normativos, cuando, destacando la funcionalidad del derecho, expresó que:

*“El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad...”* (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (05 de Junio de 1992) Sentencia T-406/93 [M.P. Ciro Angarita Barón], 1992).

De esa manera, pese a los numerosos problemas que suscita el mercado para el interés público, se manifiesta una tendencia general a la autorregulación, desarrollando respuestas jurídicas concretas

---

*las reglas jurídicas se definen de manera exclusiva por los pronunciamientos formales que hace el derecho. Las normas sobre fuentes, a su vez, son enunciados jurídicos que el derecho hace sobre sí mismo, tratando de dar reglas claras y completas sobre cómo una proposición puede ser considerada como derecho válido y vigente dentro de una comunidad”* (2007, pág. 266).

<sup>136</sup> Se diluye progresivamente el papel de los Estados como actor de las relaciones internacionales en un vasto mercado global. Indicadores de esta cuestión sobran: la generalización de las agencias independientes tales como bancos centrales, administraciones bursátiles, centros estratégicos, etc. carentes de valoración ideológica y de legitimidad representativa alguna; el papel de las instituciones privadas como las agencias de calificación de solvencia (juegan un rol fundamental en la creación del orden y la transparencia en el mercado de capitales global actuando al margen de los Estados, a través de su autoridad de valoración de las deudas de los gobiernos); la actuación de organismos independientes del sector privado (v.gr. el *International Accounting Standards Committee*, que ha trabajado intensamente para crear normas uniformes contables para las empresas y los gobiernos); el auge del arbitraje comercial internacional, etcétera (Fernández Rozas, 2013b, págs. 53-54).

a las necesidades de los partícipes del comercio internacional<sup>137</sup> (Fernández Rozas, 2013b, pág. 53). Así las cosas, el establecimiento del libre mercado ha traído consigo un reacomodo de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos, los cuales han visto disminuidas sus tareas, por lo que deben ahora ocuparse prioritariamente por asegurar que la libre competencia en el mercado y que los servicios públicos administrados por privados, cumplan su cometido. “*Este nuevo contexto <<favorece la autorregulación o creación de normas sin la participación directa de los poderes públicos>>*” (Fernández Rozas, 2013b, pág. 53).

En efecto, tal ha sido el impacto económico y comercial que ha producido la globalización, que está va acompañada no solo de una transformación gradual de la estructura de la organización política y económica, sino además, de una transformación de los aparatos de producción normativa:

*“En efecto, los espacios de tiempo presente parecen ser los espacios abiertos del mercado, del comercio, de la economía y las finanzas libres, del intercambio de circulación de objetos y personas; espacios que proponen un Derecho nuevo, sin barreras, sin fronteras o por fuera de ellas, y que ha hecho pensar en un sistema jurídico que no tenga ya, en un determinado territorio, su centro propio de existencia y referencia; un Derecho que, por lo mismo, esté en irremediable conflicto con el positivismo jurídico ligado al Estado. Sin duda, el problema que se deriva de la situación descrita y que se revela hoy en toda su magnitud, es un problema de fuentes del Derecho: El interrogante sobre la producción normativa, esto es, saber quién está legitimado para producir derecho y cómo se pueden y deben combinar todas esas normas de la más variada proveniencia para controlar un fenómeno que, parece ser, es autosuficiente; fuentes de producción normativa del Derecho que deben tener un solo propósito: direccionar la globalización al punto de evitar que los efectos negativos del proceso se expandan y afecten a aquellos menos protegidos y que a su vez logre que los efectos positivos del proceso se amplíen o, mejor aún, globalicen y beneficien a todos por igual”* (Subrayas ajenas al texto original) (Edgar Cortes, citado por: Rodríguez Fernández, 2009, págs. 98-99).

Lo anterior, entre otras cosas, ha conducido a que los agentes del tráfico mercantil globalizado, haciendo uso para determinar el contenido de sus contratos, se sustraigan de las regulaciones domésticas y de los inconvenientes de los sistemas de conflicto de leyes, generando prácticas, usos o costumbres derivadas de la repetición de fórmulas contractuales y de la estandarización de muchas de ellas; a veces incluso sugeridas por instituciones tales como la CCI o cristalizadas en cuerpos normativos por instituciones como UNIDROIT (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 220).

---

<sup>137</sup> Por ello, ante el incremento del comercio internacional, se hace cada día más indispensable la adopción de normas que regulen adecuadamente esa materia: “*Normas que suplan de manera eficiente las necesidades de los agentes del comercio internacional y que le otorguen un reconocimiento a las operaciones que realizan*” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 98), y que, de igual manera, permitan garantizar la neutralidad en su elaboración, y la materialización de la justicia y equidad en las soluciones dadas a las controversias suscitadas en las relaciones contractuales mercantiles internacionales.

Es así como la alteración de los aparatos de la producción normativa, se hace evidente en la práctica internacional relativa a la redacción de contratos, donde se constata cierta autonomía con respecto a las legislaciones nacionales, observándose una marcada tendencia de los operadores a desarrollar soluciones y reglas novedosas, típicamente para dar respuesta a problemas prácticos (De Miguel Asensio, 2013, págs. 257-258). Sin embargo, y como lo pone de presente De Carolins, se corre el riesgo de que la incertidumbre que se deriva de la pluralidad de leyes nacionales que podría regir un asunto, en el futuro mediato, se troque por la incertidumbre que se presentaría al enfrentarse a fuentes, de carácter nacional, internacional y no estatal, que podrían traslaparse sobre un mismo tema (2010, págs. 61-62).

Puestas así las cosas, la alteración de los aparatos de producción normativa genera múltiples consecuencias, entre las que pueden resaltarse muchos otros fenómenos jurídicos. A continuación, por cuanto sirven para poner en evidencia el desbarajuste normativo que se experimenta a nivel estatal, tres de ellos son tratados.

### **1.2.3.1. Quiebra del tradicional modelo codificador estatal**

*“de tiempo en tiempo es necesario proceder a una adaptación de los derechos antiguos a las realidades sociales nuevas” (Le Fur, 1967, pág. 20).*

A nivel local, una de las principales manifestaciones del desbarajuste actual de la producción normativa, es la quiebra del tradicional modelo codificador estatal. Las últimas décadas han expuesto la honda crisis que afrontan las codificaciones comerciales de carácter nacional en diversos países del planeta<sup>138</sup>. En efecto, el adormecimiento de los códigos llevó a que el derecho mercantil, de por sí flexible y continuamente cambiante, se concibiera como un derecho fosilizado, donde perviven las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios, siendo remplazados por otros no registrados por los códigos (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 266).

---

<sup>138</sup> Respecto del C.Com (Decreto 410 del veintisiete (27) de marzo de 1971), León Robayo (2015) indica que se trata de un cuerpo normativo vigente desde hace más de 40 años, y que su vigencia ha permanecido en el tiempo, pero que ha sobrevivido estructuralmente gracias a diferentes modificaciones propias del acontecer de los hechos: *“En efecto, en su articulado no aparece regulación alguna sobre fenómenos que incluso gravitaban alrededor de la esfera económica para la época de su redacción, como son las prácticas restrictivas de la competencia, los abusos de monopolios y oligopolios, los grupos societarios y el comercio electrónico, por nombrar algunos”* (pág. 79).



En ese sentido, relacionado a este fenómeno está la aparición de numerosos procesos de integración regional<sup>139</sup>,

*“pero quizás de mayor trascendencia aún [1,] es otro proceso que se ha iniciado sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX y promete dominar el escenario mundial de los años que se vienen, tal es el de pasar de la uniformidad lograda dentro de los derechos nacionales a la homogenización internacional, fundamentalmente para las relaciones de cambio o comerciales”* (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 268-269).

La estructura sistemática y reflexiva de las codificaciones riñe con el dinamismo de la vida social: para Pájaro Moreno (2015), esta última demanda con urgencia nuevas regulaciones, que a veces es más fácil atender por vía de leyes especiales, que con reformas a los códigos, ya que estos suponen adaptar sus complejas categorías conceptuales, su estructura orgánica, o la numeración de sus artículos. Según Pájaro Moreno, todo código envejece y está llamado a extinguirse, por lo que sería vano pensar que se trata de un producto terminado, destinado a regir a la sociedad a perpetuidad; tarde o temprano, la realidad reclamará adecuar los marcos normativos a las nuevas y cambiantes necesidades, haciéndose necesario la reforma del código o la expedición de nuevas leyes<sup>140</sup> (págs. 236-237). *A contrario sensu*, para Rivera (2011) el hecho de que los códigos envejezcan no implica renunciar al método si se concibe a la codificación como un proceso esencialmente dinámico; puesto que, lo caduco es la ilusión racionalista de consagrar en un código el derecho de manera definitiva, permanente, estable: el derecho muda, cambia constantemente, y ello debe reflejarse en el Código, el que es una exigencia sistemática de cada derecho (pág. 316). Por su parte, sobre el particular, León Robayo (2015) anota:

*“Respecto de la codificación, Portalis, una de las figuras más destacadas de la comisión redactora del Código Civil Francés, al presentar su discurso preliminar a Napoleón, indicó <<jamás las leyes podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades son tan variadas, el comercio entre hombre tan activo, los intereses tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador preverlo todo>>. Casi un siglo después, Carnelutti entendió que la codificación en algún momento de la historia iba a terminar en crisis, ocasionada por la inflación legislativa. Así, el doctrinante señaló: <<Se comprende que cuanto más progresa una*

---

<sup>139</sup> Sin perjuicio de la tensión que pueda existir entre la unificación regional y la internacional –así como de sus vertientes, v.gr. la duplicidad de textos legales, la competencia entre agencias regionales y las internacionales, la representatividad regional en las organizaciones internacionales– no es menos cierto que los procesos son complementarios: *“Incluso la regional puede servir de base para la internacional cuando se torna excesivamente complicada, por razones de una mayor representatividad o por los intereses en juego resultando la unificación regional un primer paso, que puede o no ser definitivo, en aras de una armonización a mayor escala”* (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 13).

<sup>140</sup> En la misma dirección, Escuti (2011) expresa que la codificación es un tema casi utópico; porque el comercio, como se ha visto en la historia, resulta poco propicio al encierro y a la rigidez de los códigos: recuérdese el surgimiento del derecho comercial (*ius mercatorum*) como un derecho dinámico, elaborado por las corporaciones de comerciantes a través de sus usos y prácticas, donde su aplicación estaba a cargo de tribunales de comercio, integrados por los propios comerciantes (pág. 259).

*sociedad, y con ella el derecho, tanto más se multiplica el número de leyes. La comparación entre un código antiguo, y un código moderno, o aun con un sistema de códigos modernos, pone en evidencia esta multiplicación [...]. En determinado momento, en los países de leyes escritas, cada una de las proposiciones de las leyes, llamadas precisamente artículos, se agrupan en cierto conjuntos que son los modernos códigos [...] pero esos códigos, hoy, no contienen ni aún siquiera la mayor parte de leyes; además de ellos hay una cantidad notabilísima de otras leyes que diríamos extravagantes: son tantas, que a fin de facilitar su conocimiento y manejo, muchas de ellas están recogidas, por iniciativa privada[,] en otros códigos>>” (pág. 74).*

Así las cosas, cabe advertirlo, el siglo pasado se caracterizó por el cambio del tradicional modelo codificador, la incidencia de la internacionalización de la economía y el intervencionismo del Estado en relaciones mercantiles, además de la “descodificación” con la proliferación de leyes especiales (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 268). De esa manera, aunque en la superficie se vislumbra el mantenimiento del prestigio por parte de los Códigos –a pesar de que hayan perdido, hace un bastante tiempo, su aspiración de plenitud y exclusividad–, por debajo de esa apariencia externa existen varios fenómenos que han afectado gravemente la situación privilegiada que, en épocas pasadas, se le asignaba al modelo codificador, como v.gr. la expansión del valor normativo de una norma supra-legal, la Constitución<sup>141</sup>. La desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, las cuales complementan o ejecutan las leyes, ha sido otro fenómeno concatenado<sup>142</sup> (García De Enterría, 1999, págs. 37-48).

Eventos que se presentan en la órbita del derecho comercial internacional –tales como el uso de modelos contractuales, elaborados bajo sistemas jurídicos extraños; normas desactualizadas; surgimiento de figuras contractuales ajenas a la legislación estatal; deberes secundarios de conducta imprecisos e indeterminados en la celebración, ejecución y terminación de los contratos; convenciones y negocios mercantiles no regulados estatalmente (atipicidad considerable); desjudicialización de conflictos y desregulación de gran parte del derecho privado, etcétera–, han venido convirtiéndose en serios *dilemas* para los Códigos estatales. Por regla general, éstos representan una regulación mercantil concebida para reglar asuntos contractuales que, en nuestros días, han perdido vigencia para dar paso a figuras novedosas que han variado sus elementos, no se

---

<sup>141</sup> Para García de Enterría, ello se explica, históricamente, entre varias razones a que “la única manera efectiva de proteger los derechos fundamentales es insertarlos en una norma superior e inmune a la ley y cuya posible revisión requiera, directa o indirectamente, del consenso efectivo de la comunidad” (1999, pág. 42).

<sup>142</sup> Las materias reguladas en los Códigos pierden valor, ya no son actuales y, en situaciones bastante frecuentes, entran en contradicción con leyes especiales, reglamentos u otros instrumentos legales (Fernández Rozas, 2013b, págs. 38-40).

compadecen ya con las disposiciones contenidas en el código y no se ven limitados por fronteras estatales.

Respecto del caso colombiano, la codificación mercantil se ha dejado tomar amplia ventaja respecto de la estructuración cada vez más compleja y específica de las más diversas transacciones mercantiles transfronterizas que a diario se celebran<sup>143</sup>, en la medida que las normas positivas internas parecen resultar insuficientes para el nivel internacional<sup>144</sup>. No por la indiferencia del derecho legislado estatal, dejarán de ocurrir los eventos que denotan y evidencian su desactualización de cara a la regulación de las relaciones contractuales mercantiles internacionales<sup>145</sup>.

La permanente y ágil evolución del tráfico mercantil parece haber fracturado la forma en que “tradicionalmente” se ha regulado el comercio por parte de los Estados; y es que, si el C.Com parece dar la impresión que se da un continuo y permanente *statu quo* al interior de la comunidad de comerciantes, la globalización nos da cuenta de un comercio que en realidad es multiforme, ágil y cambiante, y que se desarrolla al interior de fenómenos desorganizados que atienden a múltiples factores, pero que en todo caso extiende sus consecuencias fácticas a nivel local<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Ello se debe a que el advenimiento del comercio global y globalizado, en el que los mercados nacionales están interconectados, genera un inmenso crecimiento de las transacciones tanto en valor y volumen, como en su diversidad y complejidad (Goode, 2010, pág. 77); lo que resulta en una creciente y marcada especialización, con contratos, estructuras y mercados cada vez más complejos y sofisticados que solo pueden ser plenamente comprendidos por especialistas y que, generalmente, son desconocidos por las legislaciones y los legisladores estatales.

<sup>144</sup> La insuficiencia de la legislación comercial colombiana para regular las relaciones contractuales mercantiles transfronterizas, es hoy día latente. Dicha insuficiencia, fue caracterizada por la CSJ en los siguientes términos: “*Los avances científicos, industriales y tecnológicos, el notorio y acentuado desarrollo de las comunicaciones, el expansionismo de los mercados y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada ‘posmodernidad’, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en un buen número de veces, in toto, no se ajustan a las formas típicas que, ab antique, consagran y desarrollan las leyes u ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de convenciones atípicas o de fenómenos como el conocido con el rótulo de ‘conexidad contractual’, sin perjuicio del empleo de diversas denominaciones que expresan simétrica idea vinculatoria (contratos conexos; cadena de contratos; coligados; grupo de contratos; redes contractuales, lato sensu; etc.)*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (25 de Septiembre de 2007) Ref.: Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo], 2007).

<sup>145</sup> Si bien, Castro de Cifuentes (2015) se refiere a varias propuestas puntuales para modernizar algunas instituciones clásicas del ordenamiento civil y del comercial colombiano relativas a las obligaciones y contratos, la pregunta que surge para ella, se fundamenta en las mismas causas, y es muy similar a la que nos planteamos en este escrito: *¿Cómo lograr que las normas jurídicas en efecto sean idóneas para su época sin que se llegue a un escenario de inseguridad jurídica causada por incesantes reformas?*.

<sup>146</sup> El fenómeno de la globalización alteró los planteamientos clásicos del capitalismo burgués, el nacionalismo estatal y la concepción clásica de soberanía. Consecuentemente, es natural que el comercio haya desbordado y no responda ya al esquema demoliberal de las economías estatales, que en el plano internacional se traducían en tres principios básicos:

Como ya se anunció, una de las principales razones para que se diga que los códigos están cada vez más lejos de aportar soluciones acompasadas al dinámico contexto mercantil globalizado en el que ellas se desenvuelven, es la lenta mutabilidad de la legislación comercial para comprender y atender a las singularidades propias de cada una de las operaciones mercantiles contractuales que se dan en el comercio contemporáneo. Para ilustrar lo afirmado, resulta conveniente traer a colación un ejemplo expuesto por León Robayo (2015) sobre la carta de crédito en el ordenamiento jurídico colombiano y su regulación en el C.Com<sup>147</sup>: según el art. 1410 y el 1411 C.Com el crédito documentario puede ser revocable o irrevocable; sin embargo, el crédito documentario según las reglas UCP 600<sup>148</sup> es irrevocable “*incluso cuando no haya indicación al respecto*” (Art. 3°). Concluye de lo anterior León Robayo –citando a Rodríguez Azuero– que:

*“al ser entonces este documento fruto de la costumbre internacional, pero obligatorio por cuanto los bancos internacionales se han adherido voluntariamente a sus disposiciones, son sus reglas las que son aplicables a los negocios en los que existan cartas de crédito. Es decir, la revocabilidad contenida en los artículos 1410 y 1411 C.Co. colombiano resulta inocua frente a la realidad de los negocios internacionales”* (págs. 144-155).

Puestas así las cosas, para conseguir el objetivo trazado en este escrito, esto es, lograr que las normas comerciales sean idóneas para la época actual, y al mismo tiempo, alcanzar una adecuada orientación y limitación de las eventuales consecuencias negativas que, principalmente la forma en la que se puede llegar a ejercer, puede conllevar en el ámbito contractual el comercio contemporáneo, es de elocuente significación y utilidad, el uso que se haga de instrumentos frutos del proceso de armonización que, en la actualidad, experimenta el derecho comercial internacional<sup>149</sup>.

---

La libertad de comercio, el libre cambio y la igualdad de trato entre el extranjero y el nacional (Fernández Rozas, 2000). Así pues, nos encontramos ante un fenómeno económico a gran escala que posee autonomía propia y que se mueve en el marco de formas jurídicas novedosas en el plano internacional, pero que se enfrenta a formas jurídicas “anticuadas” en el plano local.

<sup>147</sup> El art. 1408 del C.Com la define como “*el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos*”.

<sup>148</sup> Reglas y usos uniformes para Créditos documentarios creadas y actualizadas por la CCI. Según Robayo, *desde su puesta en vigencia, hace ya más de 80 años, esta preceptiva ha buscado mitigar la confusión creada en el comercio internacional por la promoción de diferentes normas nacionales que trataban de regular, de forma independiente, las prácticas en los créditos documentarios*.

<sup>149</sup> Considerar la praxis del derecho comercial en un entorno globalizado, producirá el desplazamiento del interés hacia nuevos aspectos de ese derecho y, como ya se vive, la búsqueda de mecanismos expeditos para la solución de controversias (Peña Castrillón, 2010, pág. 391). Además, y simultáneamente, la búsqueda por salvaguardar los intereses sociales y colectivos de cada comunidad, que pueden verse involucrados en el fenómeno.

De esa forma, ante la tarea por actualizar y adaptar las normas internas a los desafíos que la globalización plantea en el ámbito mercantil por los legisladores estatales; y asimismo, ante la necesidad de las partes contractuales por encontrar mecanismos que faciliten el desenvolvimiento de su actividad en el tráfico económico; pero además, y sin perder de vista que los jueces no siempre pueden deducir automáticamente una decisión a partir de una norma general, por lo que éstos están obligados a interpretar las normas jurídicas y elegir entre interpretaciones rivales: para tomar una decisión aceptable, deben justificar la interpretación de la norma jurídica; es necesario afirmar que los instrumentos por medio de los cuales se materializan los métodos que usa el proceso de armonización jurídica del comercio internacional, pueden proveer grandes herramientas a esos efectos.

De lo anteriormente propuesto, puede verse un efecto práctico cuando, haciendo alusión a una disposición del derecho español, Perales Viscasillas (2014c) señala:

*“El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada lex mercatoria (Ley Comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal [la autora se refiere a la CNUCCIM –al igual que en España, en Colombia la CNUCCIM hace parte de su derecho interno, al haber sido incorporada al mismo por la ley 518 de 1999–], debe servirnos para integrar el artículo 1124 C.C. siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica”* (pág. 46) (Subrayas fuera del texto original).

Para finalizar éste acápite, cabe mencionar que siguiendo a Fernández Rozas (2013b), debe admitirse que la ruptura del modelo de codificación tradicional incorpora nuevas tendencias hacia la unificación a partir de la verificación de las (desafortunadas) consecuencias de la todavía existente separación del Derecho privado en Civil y Comercial. Así, con Fernández Rozas, es posible constatar el registro de claros movimientos partidarios de la unificación del derecho de las obligaciones y contratos (pág. 39).

### 1.2.3.2. Sacudida de la estructura de fuentes del derecho comercial

*“... la estrategia formalista-positivista de reducir el problema de fuentes a las normas positivas legisladas que regulan su jerarquía y coordinación es, por varias razones incompleta. Dicha estrategia no da cuenta de varias formas de producción jurídica tradicional que deben ser tenidas como fuentes de derecho efectivas, a pesar de la resistencia del legalismo tradicionalista; en ello concuerdan varias teorías reformistas del derecho, al ir, poco a poco, extendiendo el ámbito de los modos de producción del derecho a las llamadas fuentes auxiliares”* (López Medina, 2007, pág. 316).

Una de las principales consecuencias que a nivel jurídico ha traído consigo la globalización al derecho mercantil, es la visibilización de que la rigidez de su escala de fuentes<sup>150</sup> se ha convertido en una realidad cada vez más lejana, que ya no goza de consenso ni validez; su estaticidad ha quedado en entredicho, especialmente, y para el caso colombiano<sup>151</sup>, por los fenómenos de la constitucionalización del derecho privado y por la transnacionalización de los negocios comerciales<sup>152</sup> (León Robayo, 2015, págs. 25-182).

Después de todo, diversas instituciones privadas *“que provienen de la ‘autojuridificación’ de fragmentos sociales altamente diversos”*, al adelantar procesos de normación, han producido el colapso de la jerarquía normativa con la proliferación de conjuntos autónomos de normas no estatales, siendo este espacio ocupado por la división centro/periferia propia del derecho global, evidenciándose un proceso extremadamente asimétrico de *autoreproducción jurídica* (Fernández Rozas, 2009, pág. 105).

No se pierda de vista, que la globalización acentuó la tendencia hacia la internacionalidad de las transacciones mercantiles originando un aumento de los protagonistas en presencia, la existencia de

---

<sup>150</sup> Éstas refieren a aquellos actos o hechos pasados de los que derivan la creación, modificación o extinción de normas jurídicas, comprendiendo este sentido el principio u origen de una norma, así como el lugar donde nace o se produce algo (Noguera Calderón, 2011, pág. 15). Para la C. Constitucional: *“Dos son, esencialmente, los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o el espontáneo. (...) Es el tema que los doctrinantes de la teoría general del derecho tratan bajo el rubro de “las fuentes formales”. Con sus habituales claridad y tino, Eduardo García Maynez las ha definido como “procesos de creación de las normas jurídicas”*” (Corte Constitucional, Sala Plena (1 de Marzo de 1995) Sentencia C-083/95 [M.P. Carlos Gaviria Díaz], 1995).

<sup>151</sup> Ese cambio en la concepción de fuentes, en Colombia, ha sido particularmente fuerte en dos momentos: 1936-1940 y en el que empieza a partir de 1991. Dichos momentos, originaron nuevas reglas sustantivas de resolución de conflictos sociales y, paralelamente, reacomodaciones muy notorias en el poder relativo de las fuentes del derecho, en ambos casos, en beneficio del empoderamiento formal de la jurisprudencia de las Altas Cortes (López Medina, 2007, págs. 296-298).

<sup>152</sup> Acá, vale la pena recordar que la puja por el control de las fuentes del derecho es una confrontación de las ramas de poder público y, detrás de esas ramas, entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender la sociedad y el Estado, en la que cada grupo interesado usa sus recursos político-constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema (López Medina, 2007, págs. 267-268).

un *ordenamiento jurídico internacional* –ciertamente discutida, pero aceptada en Colombia (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2010)– y la consolidación de peculiares procedimiento de controversias al margen del Estado. Pero también, ha propiciado la convergencia jurídica en lo mercantil, la aproximación de las principales familias jurídicas del mundo, un acercamiento entre los ordenamientos interno e internacional y, en ocasiones, la armonización de sectores de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de vigencia no se corresponde empero con las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea (Fernández Rozas, 2009, pág. 106). Así las cosas, instrumentos surgidos al interior del proceso armonizador, o más bien, su empleo y difusión, han evidenciado el desorden y desvirtuado la supuesta rigidez de la jerarquía normativa que se concebía de antaño en el derecho, con la proliferación de, principalmente, conjuntos autónomos de normas de derecho de producción no estatal<sup>153</sup>.

Como lo pone de presente Sierralta Ríos (2010), los diferentes sistemas jurídicos que existe en el mundo, especialmente en cuanto a las obligaciones, han sido impactados por el desarrollo del comercio internacional: son tres los textos fundamentales del derecho uniforme los que, influenciando el derecho interno de muchos países y afectando a los sistemas jurídicos con nuevos desafíos, han impactado el derecho y han contribuido a la promoción de la *globalización jurídica*, esto es, la CNUCCIM, los Principios de UNIDROIT y los PDEC (págs. 151-152). Sobre los dos últimos, Magnus (2012) expresa:

*“These offer full regulation of the fields they cover and invite parties to use them instead of national law. To this extent, they are intended to substitute for the applicable national law. They are further intended to function as an interpretation aid and gap-filler for international conventions, as well as for domestic law. Moreover, they want to be used as model for national and international legislation”* (pág. 167).

El fenómeno es destacable especialmente en materia de arbitraje comercial internacional, donde existe un pluralismo jurídico manifestado en la diversidad de origen y naturaleza de las normas, tanto respecto del procedimiento como del fondo sobre el litigio, susceptibles de ser aplicadas por los tribunales. En ese ámbito, concurren normas de origen público y privado, así como normas que comparten elementos del *soft* con el *hard law*, dentro de las que figuran no solo disposiciones

---

<sup>153</sup> No todo derecho es producto de la legislación formal reconocida como legítima por el Estado. El derecho preexistente es imperfecto –contiene vacíos, ambigüedades y contradicciones– y existen fuentes del derecho legítimas –como la doctrina y la jurisprudencia– que permiten resolver esos defectos. De esa manera, no se concibe al derecho como un cuerpo de normas plenamente determinado (López Medina, 2007, págs. 273-315).

corporativas, como v.gr. reglamentos de arbitraje, condiciones generales de contratación, contratos tipo, etcétera, sino también, usos, jurisprudencia arbitral, compilación de reglas y principios, etcétera. No obstante, ese pluralismo jurídico no sería posible sin la amplia libertad reconocida por los derechos estatales, a las partes y a los árbitros, de escoger las normas que regirán la forma y el fondo del litigio (*Cfr. Supra 1.2.2*).

Para León Robayo (2015), la importancia que adquiere la multiplicidad de disposiciones se da, principalmente, por dos razones:

*“- La primacía de la autonomía de la voluntad, la cual se traduce, entre otros asuntos, en la escogencia del derecho aplicable y la designación de los árbitros, de manera que la jurisdicción estatal quede por fuera del conflicto y que la decisión sea aplicable a los usos y costumbres aceptados internacionalmente.*

*- El trabajo de los expertos de organizaciones internacionales y de entidades arbitrales que gracias a su experiencia y conocimientos previos, en su labor como árbitros o abogados, presentan al público reglamentos específicos, adaptados y adecuados para resolver sus conflictos, desde un punto de vista sustancial y procedimental. Algunos de estos documentos facultan a los árbitros para escoger la ley aplicable ente el silencio de las partes...”* (págs. 225-227).

Para el caso colombiano, tanto el fenómeno globalizador en materia económica, como el cambio de organización estatal que trajo consigo la Constitución Política de 1991, además de la denominada constitucionalización del derecho privado, con la resistencia que ésta última ha generado, hicieron visible que la estructura tradicional de las fuentes del derecho se transforma en su construcción (León Robayo, 2015, págs. 25-182).

Al respecto, para López Medina (2007), en Colombia el sistema de fuentes es un recurso de poder político escaso por el cual compiten diversos actores. Ese conflicto teórico ya había tenido una clara expresión (1935-1940), que se terminó por normalizar dentro de un sistema jurídico positivista, eminentemente (*Cfr. Supra Not. 9*). Desde 1991, no obstante, la unanimidad de ese tradicionalismo ha sido perturbada de nuevo, por la aparición de un *movimiento jurídico* que busca, mediante varias iniciativas, variar la tradicional concepción de fuentes del derecho, mediante la ampliación del valor jurídico del precedente jurisprudencial. Así las cosas,

*“el antiformalismo de los treinta y el antiformalismo de los últimos años constituyen, en conjunto, una serie de teorías del derecho que tratan de identificar y reforzar las varias fuerzas que parecen estar desintegrando la hegemonía absoluta del positivismo legalista en nuestro medio [el colombiano]”* (págs. 319-320).



En ese sentido, para Quinche Ramírez (2014) la transformación del sistema de fuentes es un hecho innegable, bastando observar el comportamiento del sistema jurídico y el de sus usuarios para percibir las dimensiones del fenómeno; el que está relacionado a la saturación y crisis del modelo de la legalidad, y a la multiplicación de los focos de producción normativa<sup>154</sup> (págs. 30-33). En ese mismo sentido, García López (2011) advierte que las fuentes tradicionales han tenido que dejar sitio, y a veces inclinarse ante la jurisprudencia y el derecho transnacional; “*resultado: pues que no se sabe dónde está la jerarquía, dónde está el orden, y estamos ante un desorden y en una crisis de las fuentes...*” (pág. 27).

En la misma dirección, González Jaramillo & Macías González (2014) destacan que en Colombia, influye en este fenómeno el hecho de que la C. Constitucional haya instaurado un sistema de precedentes que respeta el valor de la ley pero que le da un carácter de fuente formal del derecho a la jurisprudencia; haciendo que dentro de todo el sistema normativo, la jurisprudencia constitucional tenga la última palabra, y por tanto, deba ser acata so pena de prevaricato (Sentencia C-335 de 2008). Para esos últimos autores, esa modificación del sistema de fuentes ha tenido un respaldo por el mismo legislador; en efecto, no puede pasarse por alto que la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–) y la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso –CGP–), señalan como deber de los jueces y de las autoridades administrativas, el respeto del precedente judicial emanado de la C. Constitucional, la CSJ y el Consejo de Estado. Así las cosas, en Colombia la jurisprudencia de la C. Constitucional instauró el precedente judicial como fuente formal del derecho, pero ello fue reforzado y garantizado por el legislador (pág. 137) (Cfr. *Infra* 3.2).

Lo anterior, es evidenciado por Jaramillo Jaramillo (2012) cuando destaca que la crisis de las fuentes formales del Derecho explica la *expansión competencial* de los jueces en la actualidad y su renovado papel en “*esta nueva lectura del sentenciador contemporáneo*” (págs. 180-184). Pero también, la multiplicación de las fuentes del derecho, a escala internacional, regional y nacional, conduce a los juristas a abandonar el positivismo legi-céntrico, para reconocer el pluralismo jurídico bajo todas sus formas. Ese fenómeno provoca una mutación de la concepción del orden jurídico transformado

---

<sup>154</sup> Con la globalización, la erosión de la soberanía nacional y la desregulación, acontecen dos sucesos contrarios, en la medida en que el derecho estatal experimenta fuertes desplazamientos y competencia desde el derecho internacional, y que adicionalmente, los focos de producción normativa se multiplican, tanto en el derecho interno, como en el internacional, compitiendo y presionándose entre sí (Quinche Ramírez, 2014, pág. 32).

en pluralidad de espacios normativos; por ello, hay que admitir la coexistencia de normas y buscar los medios de coordinarlos, sin querer necesariamente jerarquizarlos (Fauvarque-Cosson, 2010, pág. 225).

Así las cosas, entonces se explica, tal como lo pone de presente Del Vecchio (1948b), que para desarrollarse correctamente, en la práctica judicial, de ser necesario se obliga a acudir a la *ratio legis*, y a ascender de grado en grado hasta los *principios*<sup>155</sup> –los más influyentes en la escena del comercio internacional son contemporizados y desarrollados por algunos de los instrumentos del derecho uniforme–, ante la realidad siempre nueva de los hechos a los cuales la norma positiva ha de aplicarse (pág. 138). Por otro lado,

*“... cuando las normas particulares faltan, bien porque el legislador no haya previsto ciertos casos contingentes, o porque, a pesar de haberlos previsto, haya dejado deliberadamente de regularlos, aparece más manifiesta la necesidad de recurrir a aquellos principios de la razón jurídica natural, que constituyen las bases necesarias para definir toda relación humana y social. De esta necesidad ha dado testimonio solemne nuestro legislador [se refiere al sistema jurídico italiano, pero aplica a muchos otros, v.gr. el colombiano], reconociendo precisamente en los principios generales del derecho el medio supremo para integrar sus propios preceptos”* (Del Vecchio, 1948b, pág. 138).

Pues bien, hoy en día, existe mayor claridad sobre las influencias recíprocas y el universalismo subyacente en materia jurídica; ello, por cuanto en el derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho, debe ceder ante el hecho de que se debate con cuestiones similares, de modo que normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren, a su vez, soluciones símiles (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 257; Edlund, 2012, pág. 8). Es más, debería sobreponerse la realidad: los sistemas jurídicos habitan un continente de principios; estos últimos, a su vez, irradian y diseminan sus implicaciones en distintos grados de alcance respecto de los ordenamientos estatales. No son principios que hundan sus raíces en un ordenamiento jurídico en particular, pero si los irradian todos.

---

<sup>155</sup> En Colombia, la C. Constitucional tiene por sentado que el “reconocimiento de los principios del derecho natural como un criterio para ilustrar la Constitución en casos dudosos no desconoce el mandato de promover la seguridad jurídica ni la obligación de las autoridades de otorgar el mismo trato, dado que no supone un riesgo extraordinario de indeterminación o inestabilidad de la interpretación de la Carta. En efecto (i) acudir a los principios del derecho natural solo puede ocurrir cuando la dificultad interpretativa ya existe y lo único que se pretende es superar la duda, sin desconocer ni desplazar las normas objeto de aplicación. En adición a ello (ii) el margen para la identificación de principios de derecho natural se encuentra limitado por la carga de argumentación que se exige cuando se pretenda justificar su aplicación. A su vez (iii) la remisión a los principios del derecho natural tiene por objeto arribar a una solución razonable y proporcionada, tal y como de tiempo atrás lo ha admitido esta Corporación” (Corte Constitucional, Sala Plena (13 de Mayo de 2015) Sentencia C-284/15 [M.P. Mauricio González Cuervo], 2015).

Visto lo precedente, no es factible afirmar que exista un sistema rígido de fuentes del derecho mercantil basado en el respeto exclusivo de la ley, de conformidad con los viejos cánones decimonónicos. Al contrario, se trata de un esquema absolutamente dinámico, el cual debe partir de la Carta Política como cúspide de la “pirámide normativa” de cada ordenamiento jurídico<sup>156</sup>. Así, queda demostrado que el derecho no es reductible a la ley, su fin es resolver casos conforme a las necesidades de la vida presente, y no conforme al anticuario conceptual de los abogados (López Medina, 2007, pág. 317).

A grandes rasgos, León Robayo (2015) resume el fenómeno que viene tratándose en éste acápite, así:

*“A pesar de que la definición de lo que debe entenderse por este concepto [“las fuentes del derecho”] es clara y unánime, y, no obstante las fuentes se denominen de una u otra forma, la definición de cuáles son las fuentes es un asunto que todavía se encuentra en construcción. En efecto, mientras tradicionalmente se sugería que en el sistema anglosajón se partió de la jurisprudencia como fuente material del derecho, en el romano germánico se tuvo a la ley como su origen principal. Sin embargo, estos dos criterios han comenzado a variar en su fundamento, por cuanto, en el primer caso, la globalización, ha dado lugar a que estos países deben establecer normas jurídicas rígidas que regulen materias comunes. En el segundo, por su parte, se ha visto como la constitucionalización del derecho ha dado lugar a que el sistema basado en la ley adquiera una subordinación a la influencia del juez, a través de la aplicación directa de la norma fundamental, el precedente y la jurisprudencia”* (pág. 29).

---

<sup>156</sup> Recuérdese que para Kelsen (1982), el fundamento de validez de un orden normativo es la norma fundante básica, pues la validez de una norma solo puede derivarse de otra norma. Esa norma de la cual se deriva la validez, es metafóricamente, una norma superior en relación con una inferior, pero esa búsqueda no puede ir hasta el infinito, tiene que concluir en una norma que se supone es la última, a la cual denomina norma fundante básica, es la norma suprema. Todas las normas cuya validez puede remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Para Kelsen, esa norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden. Para Kelsen, puesto que la norma fundante básica es el fundamento de la validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Cuando se presentan “conflictos normativos” no se cuestiona si las normas son verdaderas o falsas, sino si son válidas o inválidas. La Norma fundante básica posibilita interpretar el material propuesto al conocimiento jurídico, como un todo dotado de sentido, lo que significa que puede ser descrito en oraciones que no se contradigan lógicamente entre sí. Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma del nivel inferior, ello quiere decir que es visto como correspondiente a una norma de nivel superior. En la visión Kelseniana, las normas de un orden jurídico positivo valen porque la norma fundante básica, –que es regla base de su producción–, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez cuando ese orden jurídico sea eficaz. Tan pronto la constitución, –y ello significa: El orden jurídico instaurado sobre esa base–, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas, pierde su validez.

En suma, no debe perderse de vista que la concepción dominante europea del s. XIX fue la doctrina de división de poderes de Montesquieu, en la que el legislador tenía como tarea formular normas claras e inequívocas y el juez aplicarlas a casos concretos; se suponía que los jueces subsumen los hechos del caso bajo la norma jurídica general. No obstante, durante el s. XX se modificaron tales ideas acerca de esas tareas, en razón a los continuos desarrollos de la sociedad y a la imposibilidad de prever todos los casos posibles; por imposición de los hechos, el legislador debe limitarse a la formulación general de reglas que el juez debe interpretar. Para la toma de una decisión, subsecuentemente, el juez tiene que justificar su decisión acerca de la interpretación de la norma (Feteris, 2007, págs. 27-28).

De allí, el peso que tienen actualmente ciertas fuentes del derecho, especialmente la jurisprudencia. Pero también, de allí la importancia de cuerpos normativos extraterritoriales que, además de sus demás funciones, y de alterar *de facto* las estructuras de fuentes del derecho mercantil en la escala estatal, sirven para justificar con ese *derecho impropio* la interpretación de normas estatales o internacionales.

Puestas así las cosas, la flexibilización de las fuentes apunta pues, a un desarrollo más flexible del derecho y, en la esfera internacional, incluso por parte del propio *legislador*<sup>157</sup>; en ese ámbito, la flexibilización como tendencia general del derecho encuentra una primera manifestación en los procedimientos de producción normativa, éstos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del derecho de los negocios, apareciendo así el concepto de *soft law* o *droit assourdi* (Fernández Rozas, 2013b, págs. 68-69).

Consecuentemente, el desbarajuste de la normatividad mercantil, expresada por la alteración de los aparatos de producción normativa y la quiebra del tradicional modelo codificador estatal, con la subsiguiente sacudida de la estructura de fuentes del derecho comercial, tal vez como en ningún otro momento de la historia jurídica, hace que se acentúe la importancia de la interpretación.

---

<sup>157</sup> Hoy por hoy, dentro de las fuentes del derecho mercantil, es viable hallar otras estructuras que permiten entender el origen del derecho comercial que se encuentra incluso por fuera de los ordenamientos jurídicos estatales “y que tiene su formación en las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y en el acogimiento que de sus principios han hecho especialmente los organismos internacionales de armonización en materia mercantil” (León Robayo, 2015, pág. 183).

### 1.2.3.3. Acentuación de la importancia de interpretar

*“Debido a que el legislador no puede prever todos los casos posibles y los nuevos desarrollos de la sociedad, debe, por necesidad, limitarse a una formulación general de las reglas que el juez debe interpretar de tal modo que también se puedan aplicar a los nuevos casos (...) los jueces tienen una tarea de mayor alcance: gozan de cierta amplitud para interpretar las normas jurídicas y formular normas concretas para los casos específicos. En consecuencia, los jueces no siempre pueden deducir automáticamente una decisión a partir de una norma general. Deben interpretar las normas jurídicas y elegir entre interpretaciones rivales. Para tomar una decisión final aceptable, en su interpretación deben tener en cuenta que tienen que justificar su decisión acerca de la interpretación de la norma jurídica” (Feteris, 2007, págs. 27-28).*

Para la época actual, los hechos de los que se vienen hablando esconden cambios sustanciales en la concepción de las leyes<sup>158</sup> y el modelo codificador, y asimismo, hacen palpable el carácter dinámico y funcional del Derecho. Dicho carácter, se evidencia además, con el desmoronamiento de la vieja creencia de la completitud del texto legislado, de la norma creada:

*“cada vez, con mayor intensidad, al operador jurídico, y muy concretamente al juez, le corresponde, en un marco de libertad más amplio, proponer desde el enunciado normativo la solución al caso concreto y no simplemente limitarse a aplicar el precepto jurídico al supuesto factico” (Zuluaga Gil, 2004, pág. 7).*

No se pierda de vista que, para justificar la aceptabilidad de la decisión que prefiere, el juez está obligado probar el fallo proferido a la luz del sentido común y jurídico:

*“Primero, debe mostrar que la decisión se puede justificar porque se deduce de una norma que tiene mejores consecuencias que cualquier otra norma alternativa posible. Y lo hace mediante lo que MacCormick denomina argumento consecuencialista. Segundo, al sopesar la conveniencia de las consecuencias de su interpretación de la norma, el juez debe apelar a ciertos valores y principios morales generales. Debe mostrar que la decisión es consistente con esas normas (“explicando” y “distinguiendo” los precedentes desfavorables) y se apoya en analogías de casos legales existentes (o disposiciones legales) o en ‘principios generales’ del derecho, preferiblemente en los que establecen en obiter dicta los jueces con su autoridad, o los autores respetables. En otras palabras, el juez debe mostrar que la decisión es consistente con las normas jurídicas existentes y coherente con los principios legales generales” (Feteris, 2007, pág. 136).*

De esa forma, ante el panorama caracterizado por la incidencia de la internacionalización de la economía, el cambio de actitud de los Estados en materia económica –con el nacimiento del derecho económico como expresión de la conducta de los poderes públicos en la actividad comercial, llegando a la cúspide de esa evolución, a través de la constitucionalización de los principios

---

<sup>158</sup> Para Schmitt, la ley es una ley-medida, que más que definir un orden abstracto con pretensión de permanencia, por el contrario, pretende resolver un problema concreto y singular, lo que implica –bajo la apariencia de una norma abstracta–, una “medida” también singular para afrontar e intentar resolver dicho problema (García De Enterría, 1999, pág. 50).

ordenadores de la economía, con la *constitución económica*– y la quiebra tradicional del modelo codificador debido a la especialización normativa, el decisor jurídico de la actualidad debe ser, y es, aunque inadvertidamente en la mayoría de los casos, un agente racionalizador e integrador del derecho dentro del Estado<sup>159</sup>. En suma, como lo dijera la C. Constitucional:

*“Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado”* (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Agosto de 2001) Sentencia C-836/01 [M.P. Rodrigo Escobar Gil], 2001).

En el último cuarto del siglo pasado, se asistió a cambios en una escala sin precedentes que arrojaron como efecto en el ámbito jurídico, entre muchos otros, un profundo desarrollo en el contenido y volumen del derecho comercial internacional, hasta alcanzar unos niveles desconocidos con anterioridad (Esplugues Mota, 2011c, pág. 43), y un aumento del proceso de producción de instrumentos armonizadores, esta última circunstancia, relacionada profundamente con el fenómeno de la transformación de los aparatos de producción normativa. Así pues, la actividad económica contemporánea<sup>160</sup>, y de forma especial, la estructuración cada vez más compleja de negocios y contratos de índole comercial, fluyen bajo una regulación que escapa de la codificación comercial estatal, y que desde tiempo atrás, ha desbordado su alcance, independientemente de que la celebración o ejecución de los contratos se dé dentro o fuera del territorio estatal; razón por la cual, la labor del interprete no puede reducirse a descubrir cuál fue el estado de la cultura vigente en

---

<sup>159</sup> Para Alexy, una declaración normativa es verdadera o aceptable si el juicio es el resultado de un discurso racional. En su teoría de la argumentación, Alexy propone normas jurídicas específicas que tienen como fin garantizar que se arribe a un resultado racional. Además de cumplir con los requisitos generales de racionalidad, dichas reglas deben acatar los requisitos legales específicos de seguridad jurídica, justicia y legitimidad. A su turno, para Aarnio, la justificación es racional únicamente si el proceso de justificación se ha conducido de manera racional y si el resultado final de este proceso es aceptable para la comunidad legal (Feteris, 2007, págs. 151-210).

<sup>160</sup> Sin la existencia de ésta, no solo se limitaría el consumo de los Estados, sino que ello supondría una elocuente reducción de los mercados, lo que representaría un freno del desarrollo tecnológico, industrial y comercial (Fernández Rozas, 2000, págs. 161-162), con una correspondiente desmejora en las posibilidades de desarrollo y bienestar para las sociedades.

determinado tiempo, sino que debe adaptar las normas a las necesidades y realidades actuales, para llegar a la mejor solución posible<sup>161</sup>.

Siguiendo a Aarnio, la argumentación debe ser complementada con fuentes jurídicas, esto porque la interpretación en el Derecho, sólo se puede justificar cuando se basa en fuentes jurídicas. Así las cosas, el tipo del problema legal, las fuentes jurídicas disponibles y las reglas de interpretación del sistema jurídico, harán depender el tipo de argumentación que se emplee y la manera de combinar los diversos argumentos (Feteris, 2007, págs. 193-194). Así pues, a nivel local, instrumentos de la armonización jurídica del comercio internacional tiene la potencialidad de servir para justificar la argumentación de una decisión, dependiendo claro está, del tipo de problema legal.

Lo anterior, con mayor razón si han tenido dicho uso por las altas Cortes de un Estado: en Colombia, la C. Constitucional reconoció la existencia del ordenamiento jurídico internacional, y en ese contexto se ha referido a la CNUCCIM y a los Principios de UNIDROIT, como *referentes normativos* de ese ordenamiento (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2010). De la misma manera, la CSJ ha manifestado que:

*“Los Principios [de UNIDROIT], simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas], 2012).

Puestas así las cosas, el intérprete debe ser consiente que está en la tarea de hacer servir a los hechos actuales, las normas vigentes. En síntesis, debe adaptar y crear (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2008, pág. 152). De ésta manera el derecho se enriquece, progresa y evoluciona teniendo en cuenta

---

<sup>161</sup> Cuando un juez decide cuál es la interpretación correcta de cierta norma jurídica, ha elegido una entre varias interpretaciones alternativas de esa norma. El poder del juez para elegir una de varias interpretaciones, no obstante, es limitado. Su decisión debe ser acorde con la *certidumbre jurídica*. Siguiendo a Aarnio, ello significa que se debe llegar a la decisión de manera apropiada, y que debe concordar con una ley válida y con las normas sociales. El juez tiene la obligación de justificar su decisión, para demostrar que actuó de acuerdo con el requisito de *certidumbre jurídica*, mostrando que empleó su poder discrecional de manera aceptable (Feteris, 2007, pág. 189).

dos fuerzas básicas: “*La primera resulta de la consideración de las necesidades sociales y de la adecuación del texto a las mismas (...); la segunda brota del propio sistema legislativo, o sea, del examen de su espíritu general, de la propia lógica interna que presidió su formación*” (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2008, pág. 151). Recuérdese que la interpretación es siempre una operación total, sin cismas entre los hechos y el derecho, puesto que este último está predeterminado en la valoración que a los hechos se les dé y debe, también, adaptarse a ellos.

El término “interpretación” tiene múltiples acepciones: cuando se trata de normas, la interpretación puede resultar en,

*“un razonamiento jurídico dirigido a responder correctamente a la pregunta sobre el significado de un texto, pregunta que puede plantearse sobre el texto mismo (¿Qué significa ese precepto?) o sobre la relación entre un objeto y ese texto normativo (¿se encuentra ese objeto en el ámbito de aplicación de ese precepto?)”.*

De ese modo, en uno de sus aspectos, se interpreta un texto legal para introducir una nueva disposición normativa, que constituye la interpretación legal del caso; la decisión que se adopte se deriva de esa interpretación<sup>162</sup> (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 138-139).

Siguiendo a Aarnio, la interpretación, para que sea aceptable, debe ser coherente con las fuentes jurídicas y con los métodos de interpretación aceptados generalmente en la comunidad legal; la pregunta acerca de si la interpretación es coherente con las fuentes jurídicas y los métodos de interpretación aceptados, depende a su vez, del consenso sobre *los puntos de partida*, las normas y los valores de la comunidad legal dada (Feteris, 2007, pág. 201). La interpretación, además, está íntimamente ligada a la argumentación, la cual, a su turno, interviene como elemento dinámico y racionalizador del derecho, desde la producción de la norma hasta su aplicación (Zuluaga Gil, 2004, págs. 10-11). Por eso, los sistemas jurídicos estatales están en capacidad de responder a los desafíos

---

<sup>162</sup> La interpretación jurídica se aloja en un conjunto de actividades necesarias para adelantar la aplicación del derecho, consistente en adecuar a la realidad y a la vida social los dictados de las normas, sea cual fuere el origen o la fuente de las mismas. La aplicación de la norma requiere de un proceso interpretativo previo de la misma, y toda interpretación se hace a su vez en función de la aplicación; así, la interpretación hace parte de los dos grandes momentos de la vida del derecho: “*participa en la función creadora –propia del legislador– y a la vez condiciona la aplicación de las normas. Por eso, interpretar es algo más que descubrir el sentido de la norma; es atribuir a ésta un determinado sentido*”. | Por consiguiente, el significado de las normas jurídicas depende efectivamente del proceso de interpretación; razón por la cual, condición *sine qua non* para la aplicación de la norma es conocer su sentido, y el conocimiento de éste sólo vendrá a través de la interpretación. Es así como en el proceso hermenéutico, en el momento de atribuir un significado a un enunciado normativo, el decisor jurídico tendrá mayor participación que los demás agentes –v.gr. el legislador, las partes de una controversia, etcétera–, en la medida que no tratará tan sólo de descubrir el significado de la norma, sino también de atribuírselo válidamente (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 133-139).



que se les presentan en materia contractual mercantil, entre otras, a través de la interpretación jurisprudencial<sup>163</sup>; ésta permite que los sistemas jurídicos estatales puedan responder a esos desafíos, por cuanto, al igual que la realidad social,

*“...la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex auctoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su «contenido sustancial», utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, Diritto Civile, Tomo 3, Il contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Mila, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenirlo efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (7 de febrero de 2008) Ref.: Exp. 2001-06915-01 [M.P. William Namén Vargas], 2008).*

### **1.3. ¿Creación y consolidación de un derecho mercantil nuevo?**

*“Asistimos a un mundo en creciente proceso de globalización, impulsado principalmente desde la economía y la integración de los mercados. No obstante, desde un punto de vista jurídico la comunidad internacional <<mantiene un elevado grado de fraccionamiento>>. Esto afecta directamente la continuidad de las relaciones jurídicas enabladadas entre los particulares de distintos Estados y las expectativas de seguridad en su resolución legal” (Corte Constitucional, Sala Plena (16 de Octubre de 2014) Sentencia SU-768/14 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio], 2014).*

El auge del arbitraje mercantil internacional, que se ha convertido en un utensilio esencial en la consolidación del derecho de los negocios internacionales<sup>164</sup>; aunado al movimiento de armonización del derecho sustantivo aplicable a los contratos, con el consecuente surgimiento de asociaciones altamente involucradas en la estandarización de contratos y procedimientos; el advenimiento del comercio global, con mercados nacionales interconectados y fragmentación de los procesos de producción que trascienden fronteras, y la consecuente supresión de las barreras que de

---

<sup>163</sup> Ésta es la que realizan los tribunales y, en concreto, los jueces; es la interpretación “más auténtica”, ya que son los jueces los obligados a decidir cada caso en particular. Estos conocen la singularidad de cada conflicto y son quienes, gozan de mayor independencia política y se sitúan al margen de los posibles intereses ideológicos o políticos que el legislador pudiere tener en la elaboración de los preceptos normativos (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 142).

<sup>164</sup> Puesto que su empleo en los diversos Estados, para la resolución de conflictos, es cada vez más considerable, evidenciándose una notable mejora de las condiciones objetivas y subjetivas en su desarrollo, capaz de atender a demandas de “justicia alternativa” reclamadas por agentes económicos para facilitar los intercambios comerciales y las inversiones. Así, el arbitraje comercial internacional responde al especial interés de los operadores económicos, en que los intercambios comerciales internacionales se desarrollen sin obstáculos ni incertidumbres por medio de la unificación de los cauces procesales que aseguren el adecuado funcionamiento de los mecanismos arbitrales. Dicha unificación fue, en primer lugar, emprendida entre los países de economía de mercado y los países de economía planificada y, más adelante, dentro del dialogo entre el *civil law* y el *common law*, produciéndose resultados destacados. El éxito del arbitraje comercial internacional, le ha hecho más competitivo e interdependiente de otras instituciones legales y políticas, iniciando nuevos derroteros desde lo comercial a los litigios en materia de inversiones extranjeras (Fernández Rozas, 2013a, págs. 639-641).

antaoño, existen para el comercio internacional; el crecimiento del número de organizaciones no gubernamentales transnacionales; el notorio incremento de los activos de las empresas con operaciones internacionales, al punto que algunas de ellas exceden el PIB de varios países; la vocación de los Estados para relacionarse económicamente con el exterior; la internacionalización de la empresa, consecuencia del estudio de las posibilidades que le ofrecen los mercados internacionales; así como el aumento de la importancia del derecho privado, debido al paso de economías planificadas a economías de mercado, etcétera, todas ellas secuelas atribuidas a la globalización (Fernández Rozas, 2000, págs. 161-169; Goode, 2010, págs. 77-78; Moreno Rodríguez, 2013, págs. 270-271; Perales Viscasillas, 2014, pág. 3), provoca en el derecho un doble efecto: conduce a la superación de la estatalidad de éste, ocasionando una ultranacionalidad del derecho estatal, es decir, su aplicación fuera de los confines nacionales del Estado que lo ha elaborado, pero a la vez, actúa por encima del principio de nacionalidad, puesto que se genera la formación de un derecho no estatal, destinado a reglar las relaciones económicas paraestatales (Escuti, 2011, pág. 260).

Así las cosas, ese último efecto explica que actualmente se presente una corriente que busca una ley uniforme y global del contrato y de la ley comercial; incluso, llegando a hablarse de la encarnación de la nueva *lex mercatoria*, o de la materialización y concretización de la “*globalización del derecho*”<sup>165</sup> (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 98). No obstante, ello está lejos de engendrarse; actualmente, el derecho que norma el comercio internacional está en continua y permanente evolución, lo que arroja una imagen fragmentaria de dicha regulación.

Precisamente, lo anterior fue reconocido por la C. Constitucional cuando expresó que:

*“Asistimos a un mundo en creciente proceso de globalización, impulsado principalmente desde la economía y la integración de los mercados. No obstante, desde un punto de vista jurídico la comunidad internacional <<mantiene un elevado grado de fraccionamiento>>. Esto afecta directamente la continuidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares de distintos Estados y las expectativas de seguridad en su resolución legal”* (Corte Constitucional, Sala Plena (16 de Octubre de 2014) Sentencia SU-768/14 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio], 2014).

En este punto, resulta conveniente recordar que el derecho comercial internacional ha recibido una sustancial impronta del *ius mercatorum*, elaborado por la sociedad de comerciantes medieval; una

---

<sup>165</sup> Fenómeno reconocido implícitamente por la C. Constitucional, cuando en la sentencia del 23 de abril de 2014 – Sentencia C-259 de 2014- aludió a la a “*globalización jurídica*”.

noción histórica, cuya tradición es, cuando menos, igual en la que se basó el DIPr a partir del “conflicto de estatutos” (Fernández Rozas, 2013b, págs. 37-38). Aunque existen serios estudios históricos que ponen en duda la real existencia de la *lex mercatoria medieval* (Cfr. Kadens, Emily (2012)), la doctrina predominante nos recuerda que ese derecho especial se desarrolló paralelamente en el tiempo a las decisiones de los denominados “tribunales consulares”, fue construido por los propios comerciantes y para los comerciantes –al margen de la soberanía estatal, a partir de la sucesión de una serie de circunstancias peculiares y caracterizado por la desvinculación del poder político que no solo se proyectaba en el ámbito de la producción normativa, sino en el arreglo de las controversias–, y procedió de costumbres, fue aplicado por los tribunales especiales y elaborado por comerciantes agremiados. Éste, a su vez, se caracterizó por su condición interlocal adquirida con ocasión de las ferias, y también, con relación al comercio y la navegación marítima (Fernández Rozas, 2013b, pág. 38).

Sobre el particular, para Castrillón y Luna (2011), al igual que el *ius mercatorum*, el derecho comercial internacional es un derecho cosmopolita, cuyo ámbito territorial de aplicación alcanza en nuestra época todo el mundo, por lo que es un derecho desnacionalizado que trasciende fronteras al igual que el comercio (pág. 13). Actualmente, nos encontramos con que la creciente importancia de la regulación del comercio internacional está asociada a la expansión de los negocios transfronterizos<sup>166</sup>, los cuales se caracterizan por la presencia de particulares riesgos e incertidumbres ligados a la coexistencia de ordenamientos jurídicos y jurisdicciones estatales<sup>167</sup>; destacándose el desarrollo de métodos para hacer frente a esas exigencias: aunque el fenómeno global es de contenido eminentemente económico, se aprecia como en el ámbito jurídico, los ordenamientos han sido influidos por reajustes geopolíticos, económico, sociales y tecnológicos, sobre todo desde la última década del siglo pasado. Dichos métodos, se manifiestan especialmente

---

<sup>166</sup> Fernández Rozas (2013b) destaca, por su especial relevancia, como sectores reguladores de la actividad comercial internacional: la tutela de los bienes inmateriales y la libre competencia; la constitución, establecimiento fuera del Estado de constitución, transformación y movilidad de las sociedades; el régimen de la contratación comercial internacional en general y de sus principales modalidades, como los contratos de compraventa, transporte, garantías, distribución y transferencia tecnológica; el tratamiento de los procedimientos concursales en el ámbito internacional; y las características y funcionamiento del arbitraje comercial internacional (págs. 44-45).

<sup>167</sup> La globalización, al ser un proceso de creciente número de economías nacionales mutuamente interconectadas a través del intercambio de bienes, servicios y factores de producción, ha hecho que las transacciones internacionales hayan crecido de manera descomunal durante los últimos años (Oviedo Albán, 2006, pág. 30). Ello ha generado, en distintos grados, implantes y desplazamientos de todo tipo, incumbiendo aspectos jurídicos. En consecuencia, materialmente resulta imposible que los derechos nacionales se sustraigan de este fenómeno, o de las implicaciones y/o repercusiones que a nivel local se generan.

a través del acondicionamiento de ordenamientos nacionales y del impacto de los procesos de integración, así como en la adaptación de la práctica negocial, el recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias y el paulatino desarrollo de la normatividad internacional transnacional<sup>168</sup> (Fernández Rozas, 2013b, pág. 44).

Las dinámicas del comercio, han hecho que el mismo se desenvuelva en un mundo interdependiente, globalizado y competitivo; estando en cabeza del derecho, adaptarse a fin de regular adecuada y eficientemente, las relaciones producidas al interior del tráfico mercantil de nuestros tiempos. Justamente, el carácter pragmático del derecho comercial le es atribuido gracias a la capacidad de adaptación que éste ha demostrado tener para servir como herramienta de regulación y de solución de conflictos a los agentes del tráfico mercantil a lo largo del paso de los años, y de las transformaciones que los mismos le han impreso a la forma en la que se desarrolla el comercio. Así, el derecho mercantil se ha acoplado a los diferentes cambios históricos experimentados por las distintas sociedades, por lo que tanto su formación, como su proyección, obedecen y responden al proceso histórico sufrido en cada época, y especialmente, a los factores económicos, políticos y sociales que en ellas se han experimentado.

Por eso, la estructura económica y político-social de cada época, ha marcado profundamente el contenido del derecho mercantil, no siendo ésta la excepción: en la época medieval surgió un derecho consuetudinario; en la absolutista, se asumió ese derecho y se convirtió en legislado; en la post-revolucionaria, se codificó. A su turno, en la época de la postguerra, se sembraron las bases para la crisis de la codificación decimonónica; mientras que actualmente, se vincula el derecho mercantil con la tendencia de armonización, a la supranacionalidad, y a la extensión de una nueva *lex mercatoria* que regule las relaciones internacionales (*Cfr. Supra. I.1.1*). Estando así las cosas, el

---

<sup>168</sup> Ante la cuestión de si es posible una producción democrática del derecho en la dimensión global, Rodotá (2005) afirma que “*la creación de normas globales*” aparece como el resultado de la actuación de sujetos carentes de legitimación democrática, del abandono de procedimientos transparentes y sujetos a control, de la prevalencia de intereses particulares. No obstante, indica que “*para corregir esta situación no resulta acorde con la realidad pensar en reconstruir, en el ámbito global, las condiciones de funcionamiento de los procesos normativos, típicas de los Estados nacionales. Estamos entrando en una fase en la que el sistema de las fuentes del derecho se caracteriza por la multiplicidad y en la que las situaciones que deben ser objeto de regulación están fuera de la dimensión nacional*”, donde sentencia que “*Sobre este escenario actúan diversos sujetos, cada uno de los cuales toma para sí una parte del poder que antes estaba unificado en las manos del sujeto nacional y que, a diferencia de cuanto sucedía (y en parte sucede todavía) en los Estados nacionales, ejercitan este poder por fuera de todo control y visibilidad, cerrándolo en manos de oligarquías políticas y económicas siempre más restringidas, y contradicen así el fundamento de la democracia como <<gobierno del pueblo>> y como <<gobierno en público>>*” (pág. 15).

desarrollo y los continuos avances en todos los ámbitos, producto y a la vez, instrumento del sistema capitalista, coadyuvan a la creación y consolidación de un derecho mercantil nuevo, “*que lo es porque en cada evolución del sistema capitalista, el <<reto>> económico-político-social exige al derecho –y dentro de él especialmente al derecho mercantil– nuevas <<respuestas>>. La dialéctica del <<reto–respuesta>> funciona, una vez más, en la historia*”<sup>169</sup> (Broseta Pont, 2001, pág. 174).

Pues bien, el proceso vivenciado en la actualidad, como lo sostuviera el Maestro Hinestrosa (2013), ha generado en el derecho “*una socialización absoluta interna e internacional, que impone formas, patrones, estilos, mentalidades, concordantes con la variedad, la magnitud y la frecuencia de los tratos...*”. En ese sentido, se está creando y consolidando un derecho mercantil nuevo. No obstante, no puede compararse ligeramente el proceso actual que enfrenta el derecho mercantil internacional, con el *ius mercatorum* de la edad media (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2009); en la actualidad, el desarrollo de la comunidad internacional,

*“integrada en fórmulas políticas estatales y supraestatales, introduce un elemento de organización, control e intervención impensable en aquellas épocas, y, en consecuencia, resultaría inconcebible que los particulares pudiesen organizar a su medida una actividad de tamaño interés público internacional”* (Fernández Rozas, 2000, pág. 188).

De esta forma, solo con el paso del tiempo podrán delinearse, con exactitud, las formas y contornos de ese derecho que, hoy por hoy, continúa transformándose ante la nueva realidad social y económica imperante en el globo, con las consecuencias que ello implica a nivel local.

### **1.3.1. El necesario rejuvenecimiento del derecho estatal**

*“... de veras nada nuevo hay bajo el sol: dos mil años han transcurrido desde que Cicerón proclamó las virtudes del universalismo jurídico. Lo <<nuevo>>, por decirlo de alguna forma, es lo que damos por sentado; que el derecho se origina y se confina a los Estados nacionales, nefasta herencia de los últimos siglos cuyos efectos dañinos –los malos hábitos tardan en morir– aún perduran con inusitada fuerza. Ello en contra de una concepción jurídica universal a la que se llegó en épocas de esplendor del *ius Gentium* romano, conjunción entre la praxis cosmopolita de entonces y la particular influencia helénica, que le sirvió de soporte intelectual”* (Moreno Rodríguez, 2010, págs. 249-250).

---

<sup>169</sup> Precisamente, haciendo un análisis de la costumbre mercantil, en el año de 1986, la CSJ reconoció la importancia del proceso histórico en la formación del derecho comercial al enunciar que “(...) *la costumbre es fuente del derecho y en especial del Derecho mercantil, dado el proceso histórico de su formación*” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (10 de julio de 1986) Expediente No. 7R-1361 [M.P. Hernando Gómez Otálora], 1986).

Expuestas así las cosas, no puede hacerse *oídos sordos* ante la transformación de paradigmas jurídicos que ha alcanzado la globalización; cambios que terminarán por afectar drásticamente al derecho, y especialmente, al derecho mercantil tal como se conoce hoy en día. Concebido legislativamente para regular asuntos que atendían a un concepto de territorialidad e inmutabilidad, el derecho comercial ahora ostenta la responsabilidad de servir de telón de fondo a contratos cada vez más complejos, atípicos<sup>170</sup>, en ocasiones interdependientes, con la aptitud de sufrir múltiples fenómenos durante su cumplimiento, y cuya ejecución se da independientemente del cruce o no de las fronteras de los territorios estatales (*Cfr. Infra. 3.1.1*).

Como se dijo, el derecho comercial, desde sus orígenes y a lo largo de su historia, ha evolucionado y logrado ofrecer respuestas ante los incesantes cambios del tráfico económico, adaptándose ante las transformaciones traídas con cada ciclo histórico, con el propósito de servir eficientemente de cara a los retos planteados, para y por los agentes del tráfico mercantil. Ante la cuestión de cómo contemporizar, adecuar y/o contextualizar para nuestra época las normas mercantiles estatales, garantizando seguridad jurídica y apuntando a la materialización de justicia en el ámbito contractual<sup>171</sup>, se nos ofrecen instrumentos resultantes del proceso de armonización como una provechosa herramienta.

Al respecto, Moreno Rodríguez (2013) señala que el escenario actual está marcado por una vuelta al universalismo, debido a la globalización, así como a la incidencia a este respecto de los procesos mundiales, regionales y locales de homogenización normativa, como los propiciados por UNCITRAL, UNIDROIT, o los bloques regionales e incluso la armonización espontánea mediante

---

<sup>170</sup> Sobre la atipicidad contractual, ha dicho la CSJ que “*la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por “las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público”; en segundo lugar, por “las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales” y, finalmente, ahí sí, “mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante” (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (13 de diciembre de 2002) Ref.: Exp. 6462 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo], 2002).*

<sup>171</sup> El derecho contemporáneo tiene el constante propósito que asegurar que el contrato corresponda al ideal de justicia. Ello no implica sustituir la decisión de los contratantes por la de las autoridades estatales, pues se estaría desconociendo la importancia y función del contrato; más bien, significa “*asegurar que las partes puedan adoptar la decisión que más les convenga, que lo hagan libremente, que en aquello sobre lo cual no existe deliberación se preserve la justicia y que durante la ejecución del contrato se conserve el reequilibrio querido por los contratantes, incluyendo los riesgos que cada uno haya asumido*” (Cárdenas Mejía, 2009a, pág. 693).

la adopción de normatividad local, siguiéndose modelos prestigiosos; asimismo, el autor da cuenta del aumento en la estandarización de prácticas internacionales a instancias de instituciones privadas; así como también, señala que se desarrolla un nuevo derecho internacional que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad<sup>172</sup> y de la utilización de diversas técnicas de derecho uniforme (pág. 237).

El marco jurídico encargado de atender los negocios que se ejecutan, en todo o en parte, dentro del territorio estatal, no debería obstaculizar el tráfico mercantil de la contemporaneidad, a partir de sus múltiples *dificultades* a este respecto y, *a contrario sensu*, debería facilitarlos ofreciendo soluciones que sean justas y eficientes (*Cfr. Infra. 3.1.1*). Qué mejor manera de hacerlo, que a la luz de referentes normativos ampliamente aceptados en la órbita del derecho contractual, cuando las peculiaridades del caso lo hicieren necesario<sup>173</sup>. Simultáneamente, situados en los ordenamientos jurídicos estatales, lo anterior es una oportunidad para que, desde la creación y aplicación del derecho, se adecúen los sistemas jurídicos nacionales de cara a las realidades de la actualidad, teniendo en cuenta la idoneidad y adecuación que para dicha labor se le ha reconocido a algunos de los instrumentos que son fruto del proceso armonizador; y a su vez, facilitar la incursión de nuevos productos y participes nacionales al tráfico mercantil internacional, así como el ingreso de inversión extranjera al Estado, con la ventajas que ello conlleva, ofreciéndoles a los agentes comerciales herramientas jurídicas aptas y adecuadas para dicha labor.

No se olvide que, debido a que la globalización de los mercados ha impuesto *de facto* en las economías y sistemas jurídicos un exigente nivel de adaptación a los negocios celebrados en un sinnúmero de jurisdicciones, en la actualidad, ningún país logra escapar siquiera a una globalización gradual de sus asuntos financieros, comerciales, económicos y técnicos; máxime, teniendo en

---

<sup>172</sup> Para Fernández Rozas (2013c), la autonomía de la voluntad, desde la perspectiva del comercio internacional, “*ejerce una función de localización que responde a unas exigencias de seguridad jurídica, de certeza en el resultado y de previsibilidad, y que no son en modo alguno ajenas a otra importante manifestación de dicha autonomía: la designación del concreto procedimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por medio de una cláusula compromisoria*” (págs. 137-138).

<sup>173</sup> Cada modelo productivo, o modelo económico, ha generado como parte de la superestructura del mismo, un determinado tipo de derecho; cada modelo de organización social ha requerido de una determinada forma de expresión jurídica, sin que la época actual sea la excepción a dicha regla. Por ello, resulta conveniente destacar que debido a que en la actualidad es tan alto el volumen de negocios, más diversos han de ser los instrumentos reguladores, pues más amplio es el abanico de problemas que enfrenta la comunidad para su regulación. Esto se convierte, a su vez, en un factor influyente respecto del grado de libertad dado a los comerciantes que, actualmente, tienen para hacer su propio derecho y para diseñar sus propios instrumentos, estructuras y reglas aplicables (Goode, 2010, págs. 83-106).

consideración que los esquemas de integración existentes apuntan a una apertura total de las fronteras, respecto de la economía, y a la creación de redes mundiales de comercio (Rey Vallejo, 2007, pág. 4).

Nunca antes, como en las últimas décadas, se había producido un crecimiento tan acelerado en ese campo, lo cual ha definido cambios sustanciales en la vida de las sociedades y en las relaciones entre Estados; en palabras de Rey Vallejo (2007):

*“Hoy en día, los negocios se caracterizan por su notoria complejidad y el innegable aumento en el grado de responsabilidad que conllevan las decisiones de los actores públicos y privados internacionales; el desarrollo de las comunicaciones y la tecnología ha permitido que las transacciones se realicen en tiempo real y los mercados cada vez estén más interconectados, descentralizados y deslocalizados. Esta creciente integración ha generado mayores libertades de comercio, de inversión de capital y de establecimiento de negocios en otros países”* (pág. 4).

Como ha sido bosquejado, la advertencia de que la legislación colombiana, al igual que muchas otras en el orbe, pareciera desconocer las profundas y profusas implicaciones que tiene para la sociedad los efectos del comercio contemporáneo en general, y para el ámbito jurídico estatal en particular, sumado a la pasividad legislativa a este respecto<sup>174</sup>, pone de manifiesto la disociación que, en la actualidad, parece existir entre los sistemas de DIPr de cada Estado con la legislación interna que se encarga de regular las relaciones contractuales en el ámbito comercial<sup>175</sup> y la práctica en la que algunas de ellas se desenvuelven<sup>176</sup>. Es en este panorama, donde parece incongruo pretender seguir reglando la praxis jurídico-mercantil aisladamente del fenómeno puesto de presente en las anteriores líneas (*Cfr. Infra. 3.1.1*). Por lo anterior, los instrumentos del proceso armonizador resultan ser herramientas provechosas para contemporanizar, contextualizar, interpretar, adecuar y/o

---

<sup>174</sup> Sin que sea necesario mencionar la, en ocasiones, curiosa ¿lamentable? forma de legislar; en oportunidades, sin apreciación mínima de lo que se innova, cuando ello se pretende; direccionada por prejuicios infundados o por intereses oscuros; avalando propuestas contradictorias; apuntando ilegítimamente al beneficio de intereses económicos particulares; dando preferencia al favorecimiento de beneficios económicos por encima de aspectos ambientales y/o sociales, sin consideración alguna, etcétera.

<sup>175</sup> La legislación comercial a través del artículo 822 del C.Com., hace aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, directamente los principios que gobiernan la formación de los actos, contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse (Suescun Melo, 1993): Si el C.Com no fue diseñado para regular las relaciones comerciales contractuales propias de la economía globalizada del siglo XXI, mucho menos el C.civ, que data del siglo XIX y sus normas son ajenas al ámbito mercantil.

<sup>176</sup> A nivel local, la legislación comercial no previó, ni pudo haber previsto, una economía globalizada e interdependiente, donde las transacciones comerciales no se ven obstaculizadas por fronteras nacionales; sino solamente, una economía incipientemente industrializada y, en todo caso, en el contexto de relaciones contractuales de carácter eminentemente “nacional”, de lenta mutabilidad y/o transformación. El C.Com, como las otras disposiciones que regulan las relaciones contractuales entre comerciantes, no fue diseñado para regular transacciones propias de una economía globalizada, como la experimentada recientemente en Colombia. Mucho menos, fue pensado para regular las operaciones propias de la economía globalizada del s. XXI (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2009).



complementar la legislación comercial estatal, vía interpretación jurisprudencial; ello, para el caso colombiano, fue aceptado por la CSJ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas], 2012).

Puestas así las cosas, aunque las legislaciones comerciales estatales suelen desatender las diferentes particularidades, constantemente cambiantes, de cada asunto que se da en el seno del tráfico mercantil internacional, ello no impide que al conocer casos en particular, los decisores jurídicos puedan adecuar la interpretación de las normas legisladas, a efectos de generar las mejores soluciones posibles, engranadas a dichas particularidades. De esa manera, los juristas requieren ser conscientes de que “... *los intereses comerciales están esencialmente dirigidos a asegurarse de que el derecho facilite las transacciones*” (Goode, 2010, pág. 95). Por ello, deben encaminarse a dicho objetivo sin perder de vista otros igual o aún más importantes, como el aseguramiento de reglas *neutras*, justas y equitativas para los partícipes de dichas transacciones<sup>177</sup>. De este modo, la Jurisprudencia está llamada a instituirse como un mecanismo primordial, del que puede valerse el sistema jurídico para progresar y adaptar el derecho mercantil estatal al entorno globalizado actual.

Ahora bien, resulta conveniente tratar de hacer un recuento del camino, hasta acá recorrido. Así las cosas, como corolario de todo lo anterior, se identificó que la globalización y el desarrollo del comercio internacional, han conducido a la búsqueda de soluciones que permitan y faciliten las transacciones en el marco de un contexto internacionalizado. De esa forma, la mencionada búsqueda, en aras de facilitar el comercio internacional y proporcionar una regulación acorde al contexto globalizado, ha llevado, generando distorsiones en la concepción *tradicional* del derecho mercantil, al desarrollo de distintos y variados procesos de armonización. Como se pasará a ver:

*“dichos procesos de armonización tienen como propósitos: la unificación del derecho, la reducción del riesgo legal, el mejoramiento de las normas que rigen el comercio internacional y, por último, el mejoramiento de los conocimientos y cualidades de los distintos agentes que participan en una transacción internacional”* (Bonilla Aldana, 2013, pág. 23).

---

<sup>177</sup> En Colombia, de la jurisprudencia reciente de la CSJ y de la C. Constitucional se desprende una fuerte tendencia a proteger a los contratantes, especialmente cuando una de las partes se encuentra en posición dominante y se aprovecha de tal situación para incluir una cláusula contraria a la buena fe. Así, la libertad contractual, al ser fundamental para el desarrollo de la actividad económica, no puede prescindir de la justicia. Al respecto, Cárdenas Mejía (2009b) anota que: “*Si queremos una sociedad más justa, es necesario establecer mecanismos para que los contratos pueden responder a tal objetivo*” (pág. 805).

## 2. LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL, ‘PUENTE’ ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL

“[L]a globalización de las economías y, consecuencia de ello, del derecho, nos ha obligado a buscar soluciones a los diferentes problemas jurídicos que se generan en el día a día de las relaciones comerciales en ese nuevo contexto. Esa búsqueda de soluciones ha dado lugar a un proceso de armonización de las normas del Derecho comercial Internacional que, a decir de renombrados juristas, se ha desarrollado para facilitar el proceso integracionista y para solucionar los problemas jurídicos que surgen de este” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 243).

El proceso de armonización jurídica del comercio internacional, se produce hoy en condiciones distintas a las existentes cuando este proceso se inició<sup>178</sup>. En los últimos 20 años, se ha dado un notable incremento en el número de proyectos de armonización, especialmente en el campo del derecho mercantil internacional, que para De Carolis (2010), es el sector del derecho en el que la armonización se siente como más urgente y fácilmente alcanzable<sup>179</sup>. En todo caso, el derecho contractual, especialmente en el ámbito comercial, ha sido siempre el frente de la armonización y unificación del derecho privado. La razón: los distintos derechos nacionales son percibidos como un obstáculo para los contratos internacionales; según Schwenger (2013), “*this has always been true and still holds true nowadays as proven by many recent field studies around the world*”<sup>180</sup> (pág. 723).

---

<sup>178</sup> En realidad, la armonización ha hecho parte del derecho por muchos siglos, quizá siempre, pero por supuesto, con intensidad variable. El derecho romano, con sus normas uniformes para todo el imperio y como inspiración a algunas legislaciones actuales, es un buen ejemplo de los esfuerzos armonizadores previos (Edlund, 2012, págs. 8-9). No obstante, en este documento se hace referencia a la armonización que ha existido en torno al comercio internacional contemporáneo.

<sup>179</sup> Bonilla Aldana (2013) pone de presente que, “*aunque la eliminación de las divergencias es uno de los pasos del proceso armonizador, esto no es suficiente para lograr sistemas armónicos entre sí. Se requiere de la adopción de instrumentos internacionales, como convenciones internacionales, normas estándar, trasplantes de normas y principios, para lograr un marco común entre los sistemas que facilite el desarrollo del comercio internacional; estos son el medio para el desarrollo del proceso armonizador y la consecuencia directa de las modificaciones introducidas a la regulación interna de los países*” (pág. 8). En esa dirección, para Gopalan (2004) el proceso de armonización termina siendo, para minimizar o eliminar la discordia entre las leyes mercantiles estatales que se aplican a las transacciones comerciales internacionales, reflejado en múltiples intentos, mediante cualquier instrumento, como convenios internacionales, leyes modelo, restatements, contratos tipo, contratos estándar, códigos de prácticas, recopilación de usos, etcétera (pág. 121).

<sup>180</sup> La armonización, al igual que el derecho contractual en general, para ser derecho vigente debe pasar por un proceso de construcción: la interacción entre principios generales, términos contractuales, decisiones jurisdiccionales, resulta fundamental. Igualmente, el conocimiento, la comunicación y el marketing son importantes para el proceso de armonización, y esencial para los académicos y juristas que quieran centrarse en cuestiones relativas a ésta (Edlund, 2012, pág. 15).

A diferencia de la armonización del siglo XIX, cuyo objetivo era imponer mediante la codificación la autoridad de la ley nacional dentro de los límites estatales, el proceso de armonización del s. XXI se dirige hacia un uso contrario: reducir el impacto de las fronteras nacionales para las transacciones comerciales que las atraviesan (De Carolis, 2010, pág. 70).

En este punto, se hace necesario indicar que la armonización no es una *invención* reciente. Junto al fenómeno del derecho romano, con la extensión de sus normas por todo el imperio y su preponderante influencia en las legislaciones actuales, el proceso de armonización, más exactamente unificación, que vivió Europa en los siglos XIX y XX, son ejemplos claros (Edlund, 2012, págs. 8-9). Desde ese último fenómeno, la soberanía de cada Estado llevó a que sus sistemas jurídicos adquirieran rasgos propios, las normas se produjeran de distinta manera y en idiomas diferentes. A partir de allí, gracias al colonialismo, el mundo se dividió principalmente en dos tradiciones jurídicas: el *civil law* y *common law*<sup>181</sup>. Puestas así las cosas, la mayoría de países derivan sus sistemas jurídicos de los modelos europeos de siglos XIX y XX; a pesar del fin del colonialismo y la independencia de las antiguas colonias, la mayoría de los países siguen conservando las características esenciales del sistema legal que recibieron de sus colonizadores. Claro está, la armonización que existió en el colonialismo no debe confundirse con las nociones del proceso contemporáneo, que se basa en el respeto de todos los sistemas jurídicos (Gopalan, 2004, pág. 122).

De ese modo, teniendo en cuenta que el proceso unificador *en general* comenzó en Europa hace algunos siglos, cuando el positivismo jurídico y la identificación del derecho con ley de fuente estatal eran el credo dominante, puede comprenderse el porqué de que en sus inicios, y hasta hace pocas décadas, respecto del comercio internacional, los esfuerzos unificadores hayan tomado preferentemente la forma de instrumentos vinculantes, i.e. convenios internacionales o leyes uniformes. No pudo haber sido de otra forma; superada la visión positivista, gracias en parte a que “*la experiencia reciente ha demostrado que la unificación no siempre conduce a la armonización y que la codificación puede convertirse en el enemigo de las reformas y de una mejora sustantiva en la calidad de la Justicia*”, el proceso de armonización jurídica en el ámbito del comercio

---

<sup>181</sup> Siguiendo a Sierralta Ríos (2010), ese último, es un sistema jurídico que está basado en la jurisprudencia, que constituye el precedente de las decisiones jurisdiccionales, las costumbres, que se dan en una sociedad o en un mercado y, finalmente, la apreciación del mundo abstracto (págs. 152-155).

internacional, ya no se produce sólo a través de la codificación, ni exclusivamente –si quiera, primariamente– por la acción de los Estados<sup>182</sup> (López Rodríguez, 2006, pág. 133).

Puestas así las cosas, la gradual interdependencia entre las economías nacionales y el proceso globalizador en el comercio internacional, con los correlativos riesgos e incertidumbres ligados a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos y jurisdicciones nacionales, ha conducido a que los agentes económicos se inclinen hacia *fórmulas jurídicas* que eviten esos riesgos e incertidumbres en las transacciones internacionales<sup>183</sup>; sin contar con que se libran además, de la rigidez y falta de sensibilidad que para el tráfico mercantil internacional suelen ofrecer las legislaciones internas. La proliferación de esas *fórmulas jurídicas* ha conducido a que, en ocasiones con el apoyo de la voluntad de las partes de un contrato<sup>184,185</sup>, éstas se incorporen a la relación convencional individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en los Códigos de comercio nacionales. De esta manera, el progresivo desarrollo de procesos específicos que apuntan a hacer frente a las exigencias del comercio actual, se manifiesta en la *evolución*, transformaciones que se dan al interior, de los ordenamientos nacionales y por el impacto de los procesos de integración que viven los Estados, así como por el creciente desarrollo de la normativa transnacional e internacional, la adaptación a la práctica negocial y el recurso a los mecanismos alternativos de solución de controversias<sup>186</sup> (Castrillón y Luna, 2011, pág. 26; Fernández Rozas, 2013b, pág. 44).

---

<sup>182</sup> Siguiendo a Bermann (2010), la tarea de codificación internacional del derecho es un desafío en sí misma: la cuestión clara está, no es abandonar los esfuerzos de codificación internacional. Ésta, radica en apreciar el hecho de que el desafío de codificación no consiste meramente en alcanzar un consenso de fondo entre los distintos Estados involucrados, sino también en el manejo de los conflictos institucionales y brechas-fronteras dentro de los mismos (págs. 206-207).

<sup>183</sup> Para Schwenzer (2013), por lo general, tres clases de relaciones comerciales internacionales pueden darse, cada una de las cuales adolece de características y particularidades propias, en el tráfico contemporáneo: i) entre comerciantes de países que comparten una misma lengua y, por lo general, similares sistemas jurídicos (EEUU, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India, Inglaterra; aunque también cabe para otros escenarios de partes francesas, camerunesas, argentinas, alemanas, etcétera). En todo caso, la solución a una eventual disputa sería más o menos predecible. ii) entre partes con poder económico desigual, en la que una de ellas impone a la otra las condiciones que le sean más favorables. La solución a una eventual disputa sería, para la parte débil, impredecible (teniendo en cuenta que se enfrenta a un derecho extranjero, en un idioma extraño, etcétera). iii) Entre partes de países con lenguas diferentes, y por regla general, de sistemas jurídicos diversos. Si ninguna de las partes tiene mayor poder económico que el otro, la negociación será difícil. En este último caso, en una eventual disputa los principales problemas que se presentan son: enfrentarse a un sistema jurídico foráneo, que se halla en un lenguaje extranjero; encontrarse a *sorpresas* inesperadas respecto a la ley del contrato; y, la poca predecibilidad de la solución al caso (págs. 723-726).

<sup>184</sup> La importancia del contrato está en que materializa la circulación de valores patrimoniales; esa circulación es uno de los rasgos esenciales del tráfico mercantil, pues la actividad comercial comporta una acción mediadora en el desplazamiento de cosas, derechos o servicios (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, pág. 359).

<sup>185</sup> La potestad de las partes para elegir el sistema jurídico que ha de regirlo, constituye un principio reconocido en la práctica totalidad de los sistemas de DIPr (De Miguel Asensio, 2013, pág. 324).

<sup>186</sup> Para Perales Viscasillas (2014a) el éxito de los instrumentos de derecho uniforme y de los tratados de libre comercio potencian la sustitución de la actual diversidad de reglas normativas internas por un derecho universal y uniforme en las

En efecto, tal como lo anota Moreno Rodríguez (2013),

*“hasta el organismo mismo de las Naciones Unidas, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL según sus siglas más conocidas, en inglés), se encuentra desplegando ingentes esfuerzos a partir de mediados de los años sesenta del siglo XX, que apuntan a lograr un derecho uniforme, o un derecho “más uniforme”, a través de distintas técnicas de elaboración normativa aplicadas a áreas centrales del comercio internacional, como la compraventa, el comercio electrónico, el arbitraje, las garantías mobiliarias y los pagos internacionales, por citar ejemplos de gran relevancia... (...) ... hoy día ocurre con mayor evidencia el fenómeno que, sin mediación de los Estados, se originan normas para regular uniformemente relaciones mercantiles más allá de unidades políticas territoriales, dentro de la órbita de los mercados que no tienen fronteras, proceso que se ha acentuado en años recientes con la llamada ‘globalización’...”* (págs. 230-236).

En la práctica, lo que sucede es que los Estados se muestran reticentes a incorporar un tratado o una ley uniforme en su sistema interno<sup>187</sup>. Por esa razón, los agentes económicos ha venido recurriendo a otras técnicas favorables a la unificación, generados en el seno de organismos internacionales, más flexibles (soft law), que sirven como métodos complementarios y de gran utilidad para los operadores jurídicos del comercio internacional<sup>188</sup>(Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 74). Aunque los resultados de los más recientes esfuerzos unificadores, en la medida en que se materializan fuera de la esfera de influencia del Estado, carecen *a priori* de carácter vinculante, diversos agentes, cada vez más toman iniciativas que propugnan por la armonización.

La creciente importancia de la relevancia y rol de los actores privados se ha potenciado por el auge de la *codificación vía soft law* y como ya se indicó, el soft law, cuando sus reglas han sido codificadas, demuestra cierto grado de normatividad<sup>189</sup> (Cfr. *Supra*. 1.1.2). Así, el derecho responde

---

áreas necesitadas de armonización: “*Régimen que asegurará un alto grado de seguridad y estabilidad en las relaciones comerciales internacionales en las que la desconfianza, la prevención y la inseguridad eran sus rasgos más característicos*” (págs. 19-20).

<sup>187</sup> Un claro ejemplo de ello, es lo que sucede respecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México D.F., México, el día 17 de marzo del año 1994 (*Convención de México*). A pesar de ser un instrumento con más de 20 años de elaboración, a la fecha apenas tiene como países signatarios a Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela. De esos países, únicamente han ratificado la Convención, México (el 15 de noviembre de 1996) y Venezuela (el 26 de octubre de 1995) (Organización de los Estados Americanos, s.f.a) (Cfr. *Infra*. 2.4.4).

<sup>188</sup> La práctica muestra cierta autonomía con respecto a las legislaciones nacionales, pues se observa una marcada tendencia a desarrollar soluciones y reglas novedosas, típicamente para dar respuesta a problemas prácticos. Al respecto, incluso la CNUDMI elabora modelos o cláusulas tipo (De Miguel Asensio, 2013, pág. 258; Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 12).

<sup>189</sup> Al respecto, Moreno Rodríguez anota que, en la órbita privada, se registran un sinnúmero de iniciativas en el proceso de homogeneización reglamentaria. Para el autor, debe destacarse, a nivel mundial, los trabajos de la CCI, “*que propone numerosos instrumentos normativos para que los particulares, haciendo uso de la libertad contractual, los incorporen a sus convenios, como ocurre por ejemplo...*” con los INCOTERMS, las cartas de crédito documentario, etcétera (2013, pág. 343)

de distintos modos a la demanda de normas reguladoras que ha generado el comercio internacional, siendo ésta incapaz de ser satisfecha, en forma exclusiva, por las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, de carácter estatal o por las internacionales. Ello esclarece las razones por las que diversas instituciones privadas, agencias armonizadoras, estén sumándose a los esfuerzos creando un derecho autónomo con pretensión de validez global, intentando dar respuesta a los problemas que surgen de las nuevas y complejas modalidades contractuales transfronterizas (Fernández Arroyo, 2010, pág. 60; Fernández Rozas, 2009, pág. 104).

De esa manera, la resistencia de los Estados a ceder competencias y a la asunción de todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte a su soberanía, sirvió para la progresiva formación, en cierto modo espontáneo, de un derecho caracterizado por una substancial inclinación desnacionalizadora que, a pesar de todo, no elimina por completo el papel del Estado<sup>190</sup>. Puestas así las cosas, aunque el fenómeno de la armonización hunde sus raíces de antaño<sup>191</sup>, con miras a facilitar el tráfico de negocios, cada vez más abiertos y universales, las últimas décadas han potenciado el acrecentamiento de la formulación y flexibilización de instrumentos tendientes a favorecer los negocios internacionales. El desarrollo de éstos obedece al imperativo comercial de, con los beneficios económicos que ello implica, asegurar el derecho aplicable a la concreta transacción comercial internacional (Fernández Rozas, 2009, pág. 112; 2013b, pág. 55; Gutiérrez De Larrauri, 2010, pág. 5).

Estando así las cosas, ello constituye una valiosa oportunidad para tender puentes a fin de que el derecho mercantil que se aplica dentro de cada uno de los estados, pueda ser adecuado de cara a la realidad actual del tráfico mercantil contemporáneo, de la mano de instrumentos fruto del proceso armonizador, o de uniformidad, que vive el comercio internacional. Sobre el particular, es necesario pasar a hacer a continuación una precisión conceptual.

---

<sup>190</sup> Según De Miguel Asensio (2013), con el objetivo de reducir los riesgos y carencias propias de la técnica conflictual, se pretende que la función de producción de normas dispositivas sobre obligaciones contractuales sea desempeñada, precisamente, por un conjunto normativo de carácter transnacional; teniendo en cuenta que, a la misma obligación contractual de una transacción comercial determinada, le pueden corresponder diversos regímenes de ejecución en los países a los que esté vinculada (pág. 260).

<sup>191</sup> Bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones se elaboró el primer instrumento creado a nivel internacional que procura la uniformidad (en de derecho cambiario), esto es, *la ley de Ginebra de 1930* (Castrillón y Luna, 2011, pág. 32).

## 2.1. ‘Armonización’ y ‘Unificación’: una necesaria delimitación conceptual

“La armonización de la ley del comercio internacional, independientemente del método que se utilice, tiene dos objetivos mutuamente exclusivos. Primero, apunta a la unificación de la ley o, por lo menos, a la identificación de puntos comunes entre las diferentes legislaciones. Segundo, apunta a la reforma y mejoramiento de la ley cuando ésta no puede enfrentarse con el desarrollo de prácticas comerciales, es decir, cuando la ley misma no tiene la capacidad de dar solución a los problemas que el nuevo entorno social y jurídico genera” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 261).

Hasta aquí y a lo largo del texto, se usa indistintamente como sinónimos, para referirse al mismo fenómeno respecto del derecho sustantivo<sup>192</sup>, los términos *armonización* y *unificación*. Ciertamente, aunque en éste acápite se hace la precisión semántica, estando relacionados, estrictamente hablando ambos términos refieren a cosas distintas, aunque incorporan la misma finalidad. Así las cosas, conviene traer a colación que a pesar de que los términos *unificación* y *armonización* son diferentes, suelen utilizarse indistintamente, y desde una óptica funcional, ambos pueden identificarse por responder al mismo postulado: lograr un cuerpo normativo homogéneo que garantice la predictibilidad jurídica en el comercio internacional (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 272)<sup>193</sup>.

Así las cosas, cabe aclarar que la *unificación en sentido estricto* se produce en los casos en los que se insertan en dos o más sistemas jurídicos normas de igual contenido, tomadas de un modelo establecido en una convención internacional, en un tratado o en una ley uniforme. Por el contrario, la *armonización* es un proceso mediante el cual, con el propósito de lograr la consecución de las soluciones más adecuadas, se busca la reducción de las divergencias existentes entre distintos sistemas jurídicos, estableciendo aspectos afines con el objetivo de hacerlas compatibles entre sí; de esa manera, los procesos de armonización, para permitir el establecimiento de una mayor compatibilidad entre los diversos ordenamientos, constituyen un esfuerzo por disminuir la diversidad legal e instaurar puntos de contacto entre ellos (Bonilla Aldana, 2013, pág. 7).

---

<sup>192</sup> Los esfuerzos para armonizar las normas de conflicto de leyes son tan antiguos como los inicios del nacimiento de la armonización del derecho sustantivo. Con el tiempo, la poca predictibilidad empujó a los Estados que se esforzaban por la armonización de normas de conflicto hacía la armonización del derecho de fondo. Cabe aclarar, la armonización del derecho sustantivo, al que se hace referencia en este documento, y la armonización de las reglas de conflicto, son cuestiones completamente diferentes (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, págs. 165-166).

<sup>193</sup> No obstante, no pretende exponerse lo que todos deberían entender por *armonización*. Sin embargo, en la medida de lo posible, clarificar el término es necesario a fin de que exista un entendimiento común por lo que hoy ésta representa: a pesar de que el derecho es un asunto con el que se trabaja a diario, y cuya naturaleza trata de ser develada, clarificada y precisada, con el objetivo de reducir la ambigüedad y la incertidumbre que puedan generarse, esto nunca es posible con éxito total. Ello es natural, en cuanto el derecho es y será siempre incompleto, al estar en permanente y constante construcción. En el caso de la armonización, ocurre algo similar (Edlund, 2012, pág. 8).

La expresión *unificación del derecho* tiene un alcance amplio y no unívoco, ya que puede ser empleada para referirse a fenómenos jurídicos diversos. En la órbita del derecho comercial internacional, mediante la unificación, a través de normas vinculantes de derecho sustantivo, se regulan las relaciones jurídicas que los particulares desarrollan entre Estados (González Martín & Rodríguez Jiménez, 2010, pág. 149), y que al interior del ordenamiento jurídico del mismo reciben un tratamiento no siempre similar. Así las cosas, la expresión *unificación del derecho*, en sentido estricto, para Vargas Gómez-Urrutia (2000), vale tanto para señalar la adopción en el territorio de un Estado plurilegislativo de una normativa única que afecta una o varias materias concretas, como para indicar las estipulaciones de un tratado internacional entre Estados que disciplinan de modo uniforme una determinada relación jurídica (págs. 6-7)<sup>194</sup>.

Por su parte, la expresión *armonización del derecho* alude a 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, bien sea de tipo sustantivo, adjetivo o procesal; razón por la cual, la armonización de las normas no necesariamente conlleva la unificación normativa, pudiéndose encontrar en diversos grados, campos en que se logra el objetivo propuesto (v.gr. la compraventa internacional de mercaderías). Así las cosas, reconociéndose la imposibilidad de encontrar esa convergencia en aspectos del derecho totalmente disímiles, la armonización responde a los impulsos por lograr la mayor convergencia normativa posible; de este modo, en la armonización no se alcanza una completa unificación en sentido estricto de las normas de los diferentes Estados. En cambio, habrá *unificación en sentido estricto* cuando se insertan en dos o más sistemas jurídicos nacionales normas de contenido idéntico tomadas de un modelo establecido en una convención, tratado internacional, ley uniforme, etcétera (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 229):

*“Una ley modelo o una guía legislativa ejemplifican el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el Derecho interno, mientras que una Convención es un instrumento internacional al que los Estados*

---

<sup>194</sup> A su turno, más flexible es para Bermúdez Abreu (2006) la *unificación del derecho*, por cuanto la cataloga como la inclinación o propensión a aunar criterios jurídicos, económicos, comerciales y políticos provenientes de distintos Estados con el objetivo de crear un conjunto de normas estandarizadas, que disminuyan los conflictos de leyes producto de la diversidad legislativa. Ésta última, es consecuencia a su vez, del derecho como ciencia social, pues cada población cuenta con un conjunto de normas que responde a sus necesidades e intereses. Así, cada ordenamiento jurídico cuenta con elementos propios que, en la actualidad, se interrelacionan pues “no se concibe un Estado aislado y ajeno de su entorno internacional, ni de la penetración de elementos foráneos que tienen incidencia en su ámbito cultural y jurídico” (págs. 127-129).



*dan su aprobación oficial a fin de unificar en el ámbito internacional ciertas esferas de su Derecho interno”* (Fernández Rozas, 2013b, pág. 58).

Puestas así las cosas, la *unificación en sentido estricto* involucra la adopción de normas jurídicas comunes en más de un país, en tanto que *armonización* indica mayor flexibilidad, pues no alude necesariamente a textos uniformes, sino a la aproximación de criterios jurídicos apoyándose en bases comunes o leyes modelo. De esta forma, la unificación se da cuando se insertan en dos o más sistemas jurídicos nacionales, normas de contenido idéntico que pueden ser tomadas de un modelo establecido; es un proceso mediante el cual, los Estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las operaciones mercantiles internacionales. Para que haya unificación, se requiere la existencia de un texto común, vinculante –bien sea un tratado o una ley uniforme–, que resulta de directa aplicación para el operador jurídico (Fernández Rozas, 2013b, pág. 58; 2009, págs. 118-119; Moreno Rodríguez, 2013, págs. 272-273; Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 7).

Por ello, aunque al garantizar como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos, como técnica de reglamentación<sup>195</sup>, el derecho uniforme en *estricto sentido* resulta ser óptimo para regular el comercio internacional<sup>196</sup>; no obstante, este último es una realidad compleja que sólo en ciertas ocasiones encuentra respuesta por la vía del derecho uniforme en *estricto sentido*, dado los límites y las dificultades inherentes que implica el desarrollo del mismo.

En efecto, tal como lo recuerda Rodríguez Fernández, ésta:

*“... es una técnica que presenta graves inconvenientes: sus costes de elaboración son elevadísimos – es difícil un consenso internacional amplio para elaborar un convenio de normas materiales, vistas las grandes diferencias entre los Derechos de los Estados partes–, es difícilmente modificable, no*

---

<sup>195</sup> Un recorrido histórico muestra que la unificación, aunque no tenga esperanzas de éxito absoluto, ha demostrado seguir pasos o senderos similares: primero se centran los esfuerzos en el derecho cambiario; después se pasa al ámbito del derecho comercial en su más amplio contenido; luego al campo de las obligaciones, y finalmente a otras áreas del derecho privado. En paralelo, los esfuerzos se dirigen a otras áreas más específicas como el derecho sobre la propiedad industrial e intelectual o el derecho del trabajo (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 10).

<sup>196</sup> Hoy por hoy, no puede decirse que haya un derecho del comercio internacional común a todos los Estados, por lo que para su definición se deben combinar distintas fuentes de producción jurídica –que tienen, a su turno, distintos orígenes–. Fernández Rozas (2009) lo define como “*el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por operadores jurídicos privados cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes*”. Siguiendo al autor, de esta definición pueden extraerse las siguientes notas características: i) Comprende el conjunto de *normas jurídicas* que regulan la actividad comercial internacional y que provienen tanto de disposiciones nacionales, como de tratados internacionales, como de la reglamentación profesional internacional o de los usos internacionales. ii) Hace referencia al conjunto de operaciones que implican el ejercicio del comercio, tanto en lo que se refiere a la estructura de la actividad (estatuto de los directivos de las sociedades), como en lo relativo a los actos que expresan la actividad de empresa (venta, competencia...). iii) Se aplica a todas las relaciones comerciales y financieras que afectan a personas que tienen intereses, o vínculos, localizados en Estados diferentes (2009, pág. 101).

*permite la competencia entre Derechos estatales, reduciendo las opciones de los contratantes para elegir the better law, e incluso, puede aumentar los costes de los contratantes, que deben conocer sus leyes nacionales, aplicables a los contratos internos, y la nueva normativa internacional, aplicable a los contratos internacionales. A todo ello se le suma la complejidad del proceso de interpretación de dichos instrumentos por parte de jueces y tribunales en diferentes foros y territorios” (2012, pág. 49).*

En relación con la *unificación en estricto sentido* del derecho, Fernández Rozas (2013b) destaca una serie de datos de interés, que al no presentar un carácter estático por ser fruto de un momento histórico muy concreto, son susceptibles de variar en función de los procesos de globalización y regionalización, propios de nuestros días:

i) aunque puede predicarse de determinadas materias jurídicas, y de ciertos contratos en particular, vinculadas v.gr. al sector transportes, propiedades especiales, arbitraje, etc., la unificación, parece ser, no es un fenómeno en expansión y, por el contrario, coexiste con una marcada tendencia al particularismo, que está a nivel de América Latina, incluso, en los primeros pasos de superación;

ii) se necesita de una revitalización del empleo del método comparado, que es una fase mucho más elaborada del conocimiento del derecho extranjero con el que se suele confundir, para superar ese particularismo; las “unidades de comparación” y la selección de materias para unificar, asimismo, son elementos indispensables para que, sin sacrificar en aras de la uniformidad la idea de justicia, la unificación fructifique<sup>197</sup>;

iii) los causes tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, los instrumentos basados en tratados y leyes uniformes, son impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo. *“Por eso, conviene no sacralizar el proceso de unificación internacional y mucho menos su formalización a través de un procedimiento de normación internacional: la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor*

---

<sup>197</sup> Para Moreno Rodríguez (2010): “... hoy día existe mucho más claridad sobre las influencias recíprocas y el universalismo subyacente en materia jurídica (...) claramente, en materia de Derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas” (pág. 257). Por su parte, Bonilla Aldana (2013) destaca que hoy no es posible adelantar un proceso de armonización exitoso sin previamente haber llevado a cabo un estudio serio de derecho comparado, puesto que “éste es una pieza fundamental para la comprensión de las reglas e instituciones que hacen parte de los distintos sistemas jurídicos” (pág. 31).

*y las construcciones basadas en su supuesta bondad por descansar, pura y simplemente, en un texto internacional deben aceptarse con muchas reservas”;*

iv) la unificación, la cual no es un valor abstracto, solamente puede calificarse de positiva si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas; si, en rigor, sirven para clarificar y racionalizar las soluciones internas (pág. 60).

Ahora bien, la *armonización* refiere a los procedimientos que suponen una modificación del derecho en varios Estados, sin alcanzar una completa unificación pero con el propósito de crear una afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal<sup>198</sup>. Por ello, y *a contrario sensu* de la *unificación en estricto sentido*, que presenta una única dimensión, en la armonización pueden encontrarse diversos grados, v.gr. se habla de estandarización de reglas, de conceptos o métodos. La armonización tiene un carácter más flexible, no implica necesariamente la adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación de conceptos jurídicos<sup>199</sup> (Fernández Rozas, 2009, pág. 118; Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 7). Por ello, la armonización de las normas de derecho comercial internacional, a diferencia de la unificación en estricto sentido,

*“se ha desarrollado con mayor éxito a través de la recopilación y plena aceptación de los principios y de los usos y prácticas que se han impuesto los mismos comerciantes. Como es evidente, es mucho más fácil extraer de la actividad comercial misma las reglas que se imponen los comerciantes que negociar la adopción de convenciones y otros instrumentos internacionales entre diferentes Estados”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 232).

Bonilla Aldana (2013) refiere que, aunque no existe una completa uniformidad en la definición, tampoco existe una airada discusión en cuanto a su contenido, la noción de la *armonización del derecho* es un concepto que puede considerarse pacífico en la doctrina:

*“Distintos autores han creado definiciones de la armonización del derecho, que si bien pueden variar de un autor a otro, nunca llegan a tener diferencias significativas. Así, Lerner la define como "un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares". Bogdanl la define como "hacer compatibles las disposiciones de dos o más sistemas". Goldring, como "un proceso por medio del cual los efectos de una transacción, bajo un determinado ordenamiento, son llevados lo más cerca posible a los que se generarían por la misma transacción, bajo otro conjunto de disposiciones". Keily hace referencia*

---

<sup>198</sup> Al propender por el fortalecimiento de las similitudes de los derechos de los diferentes países —en áreas específicas—, pero sin reclamar su unificación, el término “armonización” no encuentra una definición correcta o uniforme, en razón a su bastante flexibilidad e indeterminación, v.gr. el nivel de armonización jamás será el mismo, en razón a múltiples y muy diversas circunstancias (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 231).

<sup>199</sup> Esa flexibilidad constituye una etapa intermedia entre los resultados de la comparación de ordenamientos y la unificación propiamente dicha: este proceso tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del derecho interno para conferir previsibilidad a las operaciones mercantiles transfronterizas (Fernández Rozas, 2013b, pág. 58).

a "acercar las disposiciones y hacerlas similares". Gopalan la establece como "la producción de resultados armónicos mediante la extracción de las mejores soluciones, en un área determinada, de los distintos ordenamientos"; y, por último, Rodríguez afirma que "por la armonización normativa nos referimos a los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear un afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal". (pág. 7).

En consonancia con lo anterior, la armonización puede hallarse en varios grados: éstos variarán dependiendo de la circunscripción que hubiera sido elegida para el desarrollo del proceso armonizador en particular, de la posibilidad de realizar reservas al instrumento y de la adopción de este por los Estados o de su incorporación por las partes en el texto del contrato<sup>200</sup>. Esas tres variantes determinan el mayor o menor grado de armonización que tendrá un tema específico a escala internacional (Bonilla Aldana, 2013, pág. 8).

Puestas así las cosas, *unificación* y *armonización* son términos que en el uso coloquial, pueden utilizarse de forma equivalente –como se hace en este escrito para referirse al fenómeno contemporáneo, claro está, con la precisión semántica que acá se hace–, pero que, en precisión terminológica, poseen distinto alcance y significado<sup>201</sup>. Entre las principales diferencias, cabe señalar,

- i) la finalidad: la armonización del derecho busca eliminar las diferencias que existen entre los distintos ordenamientos que afectan el desarrollo del comercio internacional, sin que ello implique su completa eliminación; por el contrario, la unificación tiene como designio la sustitución de las normas de los Estados, eliminando las diferencias existentes y estableciendo un único cuerpo común;
- ii) la aplicación de la disposición que rige la relación internacional: la armonización tolera la existencia de diferencias entre ordenamientos y permite las divergencias en la aplicación del

---

<sup>200</sup> Al respecto, Rodríguez Fernández (2009) resalta que, "mientras en el caso de la unificación en sentido estricto decimos normalmente *Derecho internacional Uniforme*, en el caso de la armonización no se habla de *Derecho Internacional Armonizado*, porque cada Estado goza de una cierta discrecionalidad que no se tiene en caso de que se trate de un derecho uniforme de origen convencional" (pág. 230).

<sup>201</sup> Según la 23ª edición del diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE), la palabra *unificar* significa "hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas, mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie y, así mismo, hacer que cosas diferentes o separadas formen una organización, produzcan un determinado efecto, tengan una misma finalidad". A su vez, el término *armonizar* significa "poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin".

instrumento; en cambio, la unificación implica disposiciones uniformes, exigiéndose así la aplicación, con mayor necesidad, uniforme de la disposición; y,

iii) el método utilizado para la consecución de cada uno de sus objetivos: aunque algunos métodos pueden ser compartidos, hay algunos que son exclusivos (Bonilla Aldana, 2013, págs. 12-14).

Por ello, aunque los términos *unificación* y *armonización* son diferentes, a pesar de que suelen utilizarse indistintamente, desde una óptica funcional ambos se pueden identificar en el mismo proceso, por responder al mismo postulado: lograr un cuerpo normativo homogéneo que garantice la certeza jurídica. Ello por cuanto, en las transacciones comerciales internacionales, el propósito, tanto de la uniformidad, como de la armonización, consiste en ofrecer una mayor certeza jurídica a las partes, para lo cual, las normas aplicables han de haber sido elaboradas a partir de criterios de objetividad y de equidad.

Nótese que la *unificación en sentido estricto*, constituye una garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, por lo que las instituciones armonizadoras, a través de muy variados instrumentos que suelen acompasarse a la praxis del tráfico mercantil, tienen la pretensión de armonizar el derecho del comercio internacional, por las evidentes dificultades de lograr la unificación. Dichas agencias proliferan con el fin de dotar a esas relaciones de mayor eficiencia y seguridad jurídica, y al mismo tiempo, facilitar al operador jurídico y a las partes contratantes, y sus asesores, la predictibilidad del derecho. No obstante, es difícil establecer y definir las materias susceptibles de ser armonizadas, las cuales variarán según el grado de afinidad existente entre las estructuras sociales, políticas, económicas y jurídicas de los diferentes sistemas nacionales, haciendo que la unificación del derecho se presente siempre como algo inacabado<sup>202</sup>. Así las cosas, la armonización es un paso para lograr esa *unificación en sentido estricto*, que hoy por hoy, es tan inalcanzable de asir.

De esa manera, se refiere aquí indistintamente, por *armonización jurídica* también al *derecho uniforme del comercio internacional* partiendo de una noción que, además de enlazarse a la praxis

---

<sup>202</sup> Al respecto, Castrillón y Luna (2011) dice que, “*La uniformidad y la armonización del derecho mercantil es un anhelo legítimo pero la consecución de tal objetivo se dificulta por las diferencias políticas, sociales, económicas y culturales que existen entre las nacionales, no obstante, la acción de los organismos internacionales y la paulatina aceptación de los Estados de someterse a normas internacionales...*” (pág. 21).

internacional mercantil y jurídica que viene dándose en las últimas décadas, halla asiento y respaldo a partir de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2102 (XX) del 20 de diciembre de 1965<sup>203</sup>.

Así las cosas, fruto de la necesidad por establecer reglas uniformes que compartan principios similares de aplicación extensiva a los países del mundo, el proceso de armonización normativa internacional o de *uniformidad jurídica*, también conocido con el argot jurídico de *integración*, persigue la construcción de un derecho transnacional autónomo que agilice las operaciones mercantiles, y brinde una solución expedita a las controversias que se generen<sup>204</sup>. Ese sistema, originado por fuera de los ordenamientos jurídicos nacionales, da paso a una cierta uniformidad que refleja la solidaridad de intereses que identifican a los comerciantes<sup>205</sup> (León Robayo, 2015, págs. 187-189).

Consecuentemente, las normas que regulan el comercio internacional son pues, reglas que trascienden fronteras nacionales; tales reglas, al armonizar o unificar determinada área del derecho privado, son comunes a gran número de sistemas legales y son, por consiguiente, reglas resultantes del *proceso de armonización jurídica del comercio internacional*. Ese proceso de armonización, respecto de las normas del comercio internacional, explica el gran apoyo a la autonomía de la voluntad de las partes y a la neutralidad en el derecho de fondo. Las normas resultantes de dicho proceso son neutras, ya que son *comunes* a los sistemas jurídicos de las partes, o al menos no privilegian ningún enfoque en particular contenido en un determinado sistema jurídico estatal (Petsche, 2010, pág. 487).

---

<sup>203</sup> En ella se lee, entre otras cosas que, “*los conflictos y divergencias que surgen de las leyes de los diversos Estados en materias relacionadas con el comercio internacional constituyen un obstáculo al desarrollo del comercio mundial*”. Por si fuere poco, la Resolución del mismo modo, reconoce “*los esfuerzos de las Naciones Unidas y los organismos especializados, así como distintas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, han realizado en pro de la unificación y armonización progresivas del derecho del comercio internacional al fomentar la adopción de convenciones internacionales, legislación uniforme o modelo, cláusulas contractuales tipo, condiciones generales de venta, términos comerciales uniformes, y otras medidas*”.

<sup>204</sup> Según Perales Viscasillas (2014a), los textos del derecho uniforme no solo aúnan en su seno las diversas tradiciones jurídicas ofreciendo textos con una auténtica vocación internacional, sino que además consiguen equilibrar las diferencias económicas y políticas existentes en el mundo. Para la autora, los instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional traducen, en su formulación, una auténtica representación mundial (pág. 8).

<sup>205</sup> Precisamente, uno de los frutos más destacables de ese proceso integracionista de las normas del derecho, que a su vez prueba fehacientemente su relativo éxito, ha sido la creación de organismos internacionales dedicados única y exclusivamente a la armonización de las normas del derecho privado. Ello, aunado al reconocimiento que en la práctica, y doctrinalmente, se le ha hecho a los instrumentos resultantes (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 230-231).

Dicho lo precedente, cabe distinguir entre derecho uniforme y derecho unificado: el primero hace referencia al conjunto de normas adoptadas por un grupo de Estados que mantienen una voluntad común de someterse a una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas, en tanto que el segundo, es el resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del derecho (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 11), que puede materializarse a través de distintos causes: leyes uniformes, tratados de unificación y en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración v.gr. la Unión Europea<sup>206</sup>. A partir de ahí se puede afirmar, con Fernández Rozas (2013b), que el derecho uniforme no sería otra cosa que el derecho unificado aplicado siempre a través de un tratado internacional (pág. 52).

De la misma manera, cabe distinguir entre la unificación o armonización del derecho material y la unificación o armonización de las normas conflictuales, y entre la unificación o armonización referida únicamente a las relaciones mercantiles internacionales y la unificación o armonización que incluya, además, los supuestos conectados exclusivamente con un ordenamiento estatal; dicho de otro modo, una unificación o armonización que abarque conjuntamente las relaciones del tráfico interno y las internacionales. Cabe advertir respecto de éste último escenario que, al no direccionarse en ese derrotero los resultados de la práctica, se suscitan graves problemas de delimitación normativa: mientras la situación internacional puede quedar dentro de un régimen unificado o armonizado, si la misma situación es local queda regulada por las normas materiales de cada uno de los derechos materiales en presencia, sin mencionar la porosidad de la frontera que traza esa delimitación normativa en cada Estado (Fernández Rozas, 2013b, págs. 63-64).

Ahora bien, es conveniente retener que ante la inadecuación de las leyes nacionales para los casos internacionales, por haberse ideado para atender únicamente casos locales (*Cfr. Infra. 3.1.1*), y la notable disparidad entre ellas, así como la falta de predictibilidad que dicha situación genera (*Cfr. Supra. 1.2.1*), es que surge la necesidad del proceso de armonización para el tráfico mercantil internacional (Fernández Rozas, 2009, pág. 118). Pues bien, los instrumentos fruto del proceso de

---

<sup>206</sup> A la creación de un espacio económico subyace la formación de un nuevo bloque legal. Se reconoce por la doctrina como fuentes oficiales de derecho de la EU: Tratados, Decretos, directivas y decisiones de la Corte de Justicia Europea y los principios generales del derecho (Kuznetsova, 2012, pág. 233). Para Del Duca (2007) la Unión Europea es el único sistema de derecho internacional que tiene efectos directos respecto de los sistemas legales de sus Estados miembros (pág. 634).

armonización jurídica del comercio internacional *armonizan* o *unifican* el derecho privado, sectores del mismo; ello puede hacerse por diferentes agentes y mediante distintos métodos –con disímil grado de vinculatoriedad– como por ejemplo guías legislativas, *restatements* internacionales, contratos modelo, cláusulas estándar, leyes uniforme, leyes modelo, convenciones o tratados internacionales (González Martín & Rodríguez Jiménez, 2010, pág. 149). En todo caso, el elemento característico común a éste fenómeno es el fin práctico que se persigue, consistente en la necesidad de contar con una reglamentación lo más unitaria posible de un hecho o de una relación que de otra manera quedaría fragmentada, o bien porque es contradictoria y por ello resulta inadecuada<sup>207</sup>.

Así las cosas, el derecho uniforme *en estricto sentido*, al garantizar como ninguna otra técnica de reglamentación la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos, es una herramienta óptima para el derecho de los negocios internacionales. No obstante, carga innumerables inconvenientes. De allí que, lentamente, la tendencia a la armonización se mantenga, aunque diversifique los métodos y técnicas que utiliza para sus fines. Aunque la uniformidad no sea, pudiéndose decir que apenas da sus primeros pasos, un proceso acabado, ni la mejor construcción para adecuar los derechos nacionales, desde esta óptica, puede calificarse como conveniente y positiva si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas, siempre que den coherencia y racionalicen las mismas<sup>208</sup>.

El proceso de armonización no se ha formado ni desarrollado siguiendo un plan sistemático, su nacimiento, así como su desarrollo y crecimiento, a diferencia de lo ocurrido con las legislaciones internas, se vincula con la regulación de materias especiales que responden a necesidades prácticas y predilecciones de los interesados. De ahí la dificultad para circunscribir sus límites y definir las materias que son susceptibles de abarcar su objeto<sup>209</sup> (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 15).

---

<sup>207</sup> Por lo demás, cabe destacar que, aunque para algunos el primer carácter esencial que debe destacarse en el derecho uniforme es la *voluntad del Estado de someter, por exigencias prácticas, ciertas relaciones jurídicas a una misma reglamentación* (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 7), como ha podido verse en los últimos tiempos, no necesariamente debe intervenir la voluntad del Estado para que se dé la formación y difusión del proceso de armonización jurídica.

<sup>208</sup> No obstante, los empeños en favor de una unificación material de fondo, dirigida a la construcción de un derecho sustantivo regulador de las transacciones comerciales internacionales, sigue constituyendo un proceso inacabado, cuyos resultados han de calificarse aún, como modestos. Por eso, desde el punto de vista de la eficacia, las soluciones conflictuales siguen, y seguirán, desempeñando un relevante papel para cubrir las múltiples lagunas del derecho uniforme, y para resolver las situaciones en las que se producen insalvables divergencias interpretativas de dicho derecho por parte de los operadores jurídicos de los diversos Estados. Así, el derecho uniforme se integra, pero no sustituye por completo, a las normas de conflicto que desempeñan un papel complementario (Fernández Rozas, 2013b, págs. 51-54).

<sup>209</sup> Los ejemplos más notorios de unificación se encuentran, merced a la necesidad de dotar de mayor eficacia a los sistemas de distribución de mercancías –con la consecuencia natural de que los medios de transporte y las relaciones



## 2.2. La convergencia jurídica en lo mercantil: panorama vigente

*“If we take the case of commercial law, we observe the strong tendency of commercial circles to voluntarily harmonize and unify the law through non-binding instruments like standardized contract forms, unified contracts terms like the Incoterms and other soft law, and the whole body of the lex mercatoria. Commercial law, and particularly international commercial law, inherently aims to establish uniform rules accompanied by the principle of self-regulation or party autonomy. The reason for this desire for self-developed uniform rules appears to be rather simple: to reduce the costs which the diversity of law normally bring about”* (Magnus, 2012, pág. 170).

Gracias a aportes hechos por organismos como la CNUDMI, el UNIDROIT, la OMC<sup>210</sup> y la CCI, la armonización se presenta, hoy por hoy, como una aspiración plausible, a la que se ha llegado por, entre otros, el importante desarrollo que últimamente ha tenido para el comercio internacional la autorregulación<sup>211</sup> (Castrillón y Luna, 2011, págs. 16-17; Rodríguez Fernández, 2009, pág. 222).

Al respecto, Bonilla Aldana (2013) destaca que por regla general, ese tipo de organizaciones tienen una estructura que permite la participación de representantes de los más diversos sistemas económicos y jurídicos: la discusión en el seno de estas organizaciones permite hallar las soluciones más adecuadas y, así mismo, con características acordes a las diversas familias jurídicas del orbe. Aunque ello no garantice el éxito del instrumento armonizador, sí facilita la posible adopción y adaptación del instrumento a los ordenamientos nacionales, pues al ser producto de una discusión con participación de representantes de los principales sistemas jurídicos –el instrumento armonizador suele reflejar *conciliaciones* respecto de las soluciones más acordes al tráfico mercantil–, los términos y conceptos de la regulación no serán completamente ajenos a los del ordenamiento interno<sup>212</sup> (pág. 13); en efecto,

---

jurídicas que en torno a ellos se producen, merezcan especial atención para la unificación de sus reglas en orden a la previsibilidad y al contenido apropiado de las soluciones–, en el derecho de los transportes y en el de la navegación marítima (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 13-14).

<sup>210</sup> Aunque a través de las normas de la OMC no se pretende establecer un derecho uniforme, lo favorece indirectamente al tener por objetivo eliminar, de los derechos estatales, trabas que obstaculicen las transacciones económicas internacionales o que impliquen protecciones *desmedidas e injustificadas* del comercio nacional (Fernández Rozas, 2013b, pág. 29).

<sup>211</sup> En efecto, el auge de la codificación vía *soft law* ha potenciado la creciente y generalizada relevancia que el rol de los actores privados ha alcanzado en la codificación internacional en la globalización (Fernández Arroyo, 2010, pág. 60).

<sup>212</sup> Considerando lo que ya se ha logrado en el plano internacional, sin que se consuman demasiados recursos, un derecho contractual global parece factible dentro de un tiempo razonable; para Schwenger (2013), ello se logrará con un instrumento vinculante que surja al seno de la CNUDMI. El mismo, debería ser fruto de un compromiso armonico entre el *commn law* y el *civil law*, para que ofrezca un sistema verdaderamente neutral; que facilite su uso con versiones de

*“el desarrollo de las actividades a través de grupos de trabajo, como sucede en UNCITRAL o UNIDROIT, les permite a los participantes determinar problemáticas comunes a todos los sistemas y examinar posibles soluciones desde distintas perspectivas. La consecuencia es la posible obtención de soluciones que han sido eficientes en un determinado sistema jurídico y que pueden utilizarse a nivel internacional, o el surgimiento de nuevas e innovadoras soluciones producto de las experiencias expuestas por los representantes de los distintos ordenamientos y tradiciones jurídicas”* (pág. 28).

A pesar del desarrollo sin precedentes de los mercados a nivel mundial, las transacciones internacionales siguen siendo en gran medida reguladas por leyes nacionales, que a menudo son poco adecuadas para las necesidades especiales de la transacción (*Cfr. Infra. 3.1.1*). Por lo tanto, ante la imposibilidad de que todas las materias estén adecuada y exhaustivamente regladas, y con el objeto de establecer un marco de referencia común para el evento de imprevistos futuros que no sean capaces de resolverse mediante la negociación directa entre las partes, así como para reducir los riesgos y la incertidumbre generada por la insuficiencia de los mecanismos de determinación de derecho aplicable, y la probable insuficiencia del régimen legal asignado, los agentes comerciales y las partes contractuales, a menudo animan el desarrollo normativo extra-estatal, la promoción de determinadas regulaciones y el establecimiento de particulares modelos de cláusulas y contratos<sup>213</sup> (Edlund, 2012, pág. 10). Sin perjuicio de lo anterior, cabe poner de presente que los frutos de la armonización internacional pueden darse como resultado, tanto de cambios planeados en sistemas legales dirigidos a lograr armonizar determinados sectores del derecho o por la interacción que, espontáneamente, ocurre entre los diferentes sistemas legales; a ese último fenómeno podría describirsele como una *armonización osmótica*<sup>214</sup> (Del Duca, 2007, pág. 626; 2012, pág.107).

---

todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas y de los demás Estados que se hagan parte; y, ofrecer un alto grado de predecibilidad en las decisiones de los jueces. Ello, claro esta, teniendo como uno de los objetivos el ayudar a las empresas con menos fondos para poder hacer valer sus derechos legales en virtud de un contrato internacional y, por lo tanto, promover aún más el comercio internacional (págs. 730-732).

<sup>213</sup> El proceso de desarrollo de fórmulas y términos uniformes contractuales podría verse como una cuestión de *darwinismo jurídico o reciclaje*: las partes y sus asesores observan lo que contractualmente, en sus mismas situaciones otros han hecho, lo comparan con sus propias realidades, lo ajustan de ser el caso, lo formulan y negocian, lo prueban en sus prácticas, y lo apropian, de considerarlo conveniente. Vistas así las cosas, la armonización posee un gran componente de *comparación y adaptación contractual*, en donde innumerables veces mediante la práctica mercantil, en distintas empresas, aparecen con el tiempo términos comunes, al menos a nivel de los negocios transfronterizos, pero también, en ocasiones algunas cláusulas estándar emergen, v.gr. las cláusulas de *hardschip o force majeure* (Edlund, 2012, pág. 10).

<sup>214</sup> Debe reconocerse, en todo caso, que la armonización es esencial en el perpetuo proceso del mejoramiento de los sistemas legales, esto por cuanto ahorra mucho tiempo a todos los actores involucrados en dicho proceso. Adicionalmente, cabe agregar que, cuando nuevas normas son introducidas a un sistema jurídico, la armonización previene dificultades iniciales, si éstas han sido adecuadamente ajustadas a las particularidades de cada Estado; en efecto, la armonización que llega a los Estados legislativamente no puede reducirse a simplemente “copiar y pegar” (Edlund, 2012, pág. 9).

Así, al tiempo que viene incrementándose la globalización, la conveniencia de la armonización llega a verse como obvia y, en algunas oportunidades, como inevitable; tanto así que desde que el comercio implica actividades transfronterizas, siempre ha sido relevante la discusión en torno a la armonización del derecho comercial. Actualmente, el proceso de armonización es un asunto muy relevante, algo que prueba su reconocimiento a distintos niveles<sup>215</sup>, así como también el gran número de esfuerzos armonizadores que se encuentran, ya sea a nivel planetario, en los legisladores estatales, en la práctica mercantil, o en medios académicos<sup>216</sup>.

Por lo anterior, para algunos, inclusive la armonización del derecho mercantil internacional se percibe como necesaria. Al respecto, en un ambiente donde hay una interacción limitada entre las naciones, es comprensible que la armonización internacional no sea, *prima facie*, una necesidad. No obstante, actualmente el objetivo de la unificación jurídica parece ser una tendencia mundial, con lo que en todo el globo se lograría evitar tratos diferentes a situaciones similares; así mismo, se facilitarían las cosas a todos los agentes, al ofrecer un único conjunto normativo, en lugar de una gran variedad y multiplicidad legal (De Carolis, 2010, págs. 37-70; Edlund, 2012, págs. 8-9).

Para Goode (2010), existen a grandes rasgos, dos enfoques de la armonización:

- i) el primero, al afirmar que sustituir la variedad de reglas que suministran los distintos sistemas jurídicos nacionales por un conjunto de reglas uniformes, o mayormente uniforme, aumenta *a priori* la seguridad jurídica y reduce los costos de transacción, trata a la armonización, en sí

---

<sup>215</sup> Noodt (2011) pone de presente como las principales instituciones arbitrales del mundo muestran una amplia apertura hacia el derecho transnacional; al respecto, señala que “*además (...) [del] de la CCI y las Reglas suizas de 2004, hay que destacar los reglamentos de la American Arbitration Association (AAA), la London Court of International Arbitration (LCIA), la Cámara de comercio de Estocolmo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*” (pág. 91). Suramérica no se escapa del fenómeno, Moreno Rodríguez (2011) destaca que los países latinoamericanos han adoptado numerosas convenciones aceptando el derecho no estatal e incluso el juzgamiento de tribunales supranacionales que los aplica: “*El instrumento regional relativo al derecho aplicable al contrato internacional, cual es la convención de México, se encuentra claramente orientado en esta dirección, y su escasa ratificación no puede opacar el hecho de que otros textos convencionales, abiertos al derecho no estatal, han sido masivamente adoptados en la región; a lo que debe sumarse los desarrollos generados en bloques regionales como el MERCOSUR y, ultimo pero no menos importante, la masiva adopción de leyes de arbitraje en el continente que expresamente aceptan la aplicabilidad del derecho no estatal –lo que ya fue reconocido incluso en la práctica arbitral– y hasta extendiéndolo, en algunos casos, al derecho doméstico*” (págs. 297-298).

<sup>216</sup> Para Edlund, una gran cantidad de esfuerzos se han volcado a conseguir un alto nivel de armonización. Como ejemplo, menciona organizaciones regionales o suprarregionales, como la Unión Europea y la OMC; convenciones de transporte transfronterizo; y la regulación de transacciones financieras internacionales y de compraventa internacional de mercaderías, la última, dominada por la exitosa pero también imperfecta CISG. Sin embargo, el autor menciona que existen más de setenta diferentes iniciativas armonizadoras, entre las que destacan los Principios de UNIDROIT, los PECL, y el Draft Common Frame of Reference (2012, pág. 9).

misma, como una virtud; pues, parte de que las diferencias entre los derechos nacionales, causantes de dificultades al comercio y a la operación de un mercado común, son *per se* indeseables<sup>217</sup>.

ii) El segundo enfoque, al basarse en que la clarificación y mejoramiento de reglas que en los sistemas nacionales no existen, o están poco desarrolladas, o son poco claras o poco adecuadas para las transacciones internacionales y, de ese modo, eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo que las partes no pueden resolver contractualmente bajo un derecho nacional, parte de que la armonización debería enfocarse en lo que en verdad se necesita para remover los obstáculos graves al comercio transfronterizo. Sobre el segundo enfoque cabe decir que, al estar motivado en responder a los problemas prácticos presentados al interior del comercio internacional, está llevando a que, hoy por hoy, las agencias de armonización estén preparadas para introducirse en áreas que antes resultaban *tabú* –Goode cita los derechos de propiedad, los *privilegios*, el derecho de quiebras, o insolvencia–.

Pues bien, toda convención de derecho comercial, desde la CNUCCIM, se ha visto motivada por este enfoque orientado a la solución de problemas<sup>218</sup>, lo que ha llevado a su vez, a una creciente audacia por parte de las agencias de armonización que están ahora preparadas para introducirse en áreas que antes resultaban insospechadas para armonizar:

*“El centro de atención se ha trasladado ahora a las reglas que preservan la eficacia y finalidad de las transacciones y de reducir los riesgos, incluyendo el riesgo de pago (...) ahí donde la necesidad es lo suficientemente acuciante existen pocas zonas prohibidas para las convenciones de derecho privado –si es que en realidad queda alguna–”* (Goode, 2010, págs. 99-100).

---

<sup>217</sup> Sobre el primer enfoque, se olvida que las reglas domésticas dispositivas no constituyen siempre un impedimento significativo a los negocios transfronterizos. No obstante, tener un derecho uniforme para llenar las lagunas en los casos en los cuales las partes han tenido negociaciones informales y no han acordado detalladamente su contrato o cuando su contrato no cubre la cuestión en disputa, hacen ver a la uniformidad como conveniente en el campo del derecho dispositivo: esa es la función principal de la CNUCCIM que, al reglar un contrato tan susceptibles a la informalidad, explica su carácter relativamente comprensivo, expresado con la enunciación masiva de reglas dispositivas, con relación a los aspectos contractuales de la venta. Sus disposiciones sobre los derechos y los deberes de las partes de un contrato de compraventa son, salvo dos excepciones, enteramente dispositivas (Goode, 2010, págs. 95-101).

<sup>218</sup> Para el autor, la Convención que ha adoptado el enfoque de solución de problemas más ambicioso que se ha firmado hasta la fecha, es el Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil de Ciudad de Cabo del año 2001, que se ocupa del problema de adquirir y retener derechos *in rem* sobre bienes tales como aeronaves, el material rodante ferroviario y los bienes de equipo espacial, que están en constante movimiento de una jurisdicción a otra o que, como en el caso de los satélites, ni siquiera se encuentran en el planeta (Goode, 2010, págs. 99-100).

Puestas así las cosas, gracias a la globalización, y a la consiguiente afinidad económica que ésta crea en los mercados y en las sociedades, hoy en día viene materializándose poco a poco, sobre todo respecto de los negocios, la armonización del derecho. Así, los horizontes de la armonización se proyectan no sólo entre Estados en materia de derecho privado, sino –y con un marcado carácter pragmático–, en todos aquellos campos vinculados con el derecho comercial<sup>219</sup>. De esta forma, aunque todas las materias del derecho son susceptibles de ser armonizadas, el derecho privado presenta mayor facilidad, por la posibilidad de fraccionar su contenido y de reglamentar de modo sectorial o parcial algunos de sus campos de acción (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 9-11), a la vez que se ve impulsada por el capital económico, que con sus múltiples y muy variados negocios, se desenvuelve mejor con un derecho previsible<sup>220</sup>. Al mismo tiempo, el carácter sectorial y parcial de los procesos armonizadores se justifica a su vez, por las dificultades técnicas y jurídicas que explican el limitado alcance de los objetivos unificadores internacionales<sup>221</sup>.

En este contexto, la sociedad de comerciantes al manifestar, principalmente a través de sus asociaciones<sup>222</sup>, una tendencia a orientar el mercado en ciertas direcciones concretas, fomentando

---

<sup>219</sup> Aunque el fenómeno de la globalización termina por incidir en todas las áreas del derecho, por sus especiales características, el derecho mercantil está llamado a ocupar una posición de privilegio por regular *las relaciones en materia de comercio internacional*, que es donde el fenómeno del comercio global se patentiza (Castrillón y Luna, 2011, pág. 14).

<sup>220</sup> En razón al impacto que reciben los negocios cotidianos –cuyo tiempo se ha acortado drásticamente en razón a la suscripción de acuerdos, respecto de una gran variedad de temas relacionados al comercio, suscritos en el ámbito internacional, junto con los efectos de la globalización–, el sector empresarial es consciente de la importancia de mantenerse al corriente, e influir, de la evolución del contexto del comercio internacional (Fernández Rozas, 2013b, págs. 51-52).

<sup>221</sup> Sobre el particular, se pueden englobar, esas dificultades en los siguientes elementos de reflexión: *i*) las razones que hallan amparo en la defensa de la soberanía del Estado y la salvaguarda de sus intereses e identidad nacional; *ii*) es necesario encontrar un contexto social e histórico, que no siempre se produce, favorable para la unificación –esfuerzos llevados a cabo, en ocasiones, conducen a inexorables fracasos por dichos motivos–; *iii*) la complejidad propia de toda negociación internacional en general y, en particular, de las normas a uniformar. A ello se añade el factor de la especialidad de los foros en que se lleva a cabo la negociación, foros que suelen elegir las materias por unificar así como los colaboradores de los proyectos y las técnicas de reglamentación; y, *iv*) los inconvenientes derivados de la interpretación divergente que puede suscitarse en los textos normativos unificados y que afecta de modo directo a la aplicación por el juez del foro de las normas contenidas en dichos cuerpos legales. A todo ello cabe añadir la dificultad respecto del idioma (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 15-16).

<sup>222</sup> El movimiento asociativo en el ámbito del comercio internacional cada vez experimenta mayor expansión. Por solo mencionar algunas manifestaciones sectoriales de la sociedad de comerciantes: en el ramo industrial puede señalarse a la Electronic and Metalworking Industries (ORGALIME) y FIDIC; en ramo del comercio agrícola puede señalarse a la Grain and Feed Trade Association (GAFTA); en el sector transporte puede señalarse la International Federation of Freight Forwarders Associations (FIATA), la International Air Transport Association (IATA), la Bactic and International Maritime Council (BIMCO), la Baltic Mercantile and Shipping Exchange Ltd, la International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), la International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), The International Road Transport Union (IRU), el Comité Internacional de Transportes ferroviarios (CIT), y la Union Internationale des Sociétés de Transport Combine (UIRR); a su vez, en el sector de las finanzas pueden señalarse el

prácticas mercantiles en particular, muestra que posee un sentido muy consolidado de los intereses que deben defender. Ello se proyecta en la elaboración de instrumentos reguladores, cuya finalidad es garantizar un mínimo de seguridad en orden al régimen jurídico aplicable a los actos que las partes, en operaciones internacionales –aunque ya su influencia se expande a su consideración local–, desean realizar; de esta forma, aparece el soft law en sus múltiples manifestaciones<sup>223</sup>.

A las agencias que trabajan por la armonización, mediante instrumentos de soft law, los motiva ofrecer sus resultados a los agentes del tráfico mercantil, para que los incorporen en sus transacciones persuadidos por la calidad material de su contenido; y como ya se dijo, esa *aplicación por persuasión* es, ahora, una de las principales características de la privatización de la armonización jurídica (*Cfr. Supra. 1.1.2.1*). Con todo, el trabajo de las más diversas organizaciones de carácter privado, consistente en generar reglas o codificar usos y prácticas comerciales, se ha intensificado en los últimos años; según Fernández Arroyo (2010), incluso esas propias organizaciones se han multiplicado con la evidente, y en muchos casos fundada, esperanza de que adquieran, de hecho o de derecho, una aplicabilidad generalizada dentro del ámbito al que van destinadas (pág. 55).

En ese orden de ideas, aunque en principio el método de codificación utilizado no tendría por qué provocar diferencias al respecto, pareciera que *“el celo que los Estados exteriorizan a la hora de determinar el contenido de un tratado se relaja cuando se elabora un instrumento no vinculante como una ley modelo, una guía legislativa o un catálogo de principios”* (Fernández Arroyo, 2010, pág. 60). Además, la susceptibilidad de los Estados soberanos, y sus sociedades comerciales domésticas, a la interferencia con su derecho interno, cuyas normas están diseñadas primordialmente para transacciones locales por lo que no son siempre adecuadas para un ambiente internacional, es

---

Institute of International Banking Law & Practice (IIBLP) y la International Financial Services Association (IFSA), entre muchas otras asociaciones.

<sup>223</sup> En esta instancia, cabe destacar que la armonización se logra, además, de otras formas: de manera *cuasicoactiva*, al imponerse la obligación a los Estados miembros de ciertos bloques –como la U.E.– de adoptar textos de conformidad a ciertas pautas, en los procesos regionales, “[p]ero también se armonizan espontáneamente las legislaciones locales, cuando se las cambia para sintonizarlas con cuerpos normativos preponderantes en determinadas materias, lo cual ocurre sobre todo en la esfera mercantil... (...) *Expresa Basedow que aunque la completa unificación sea un proceso complicado, una convergencia traída por el ajuste espontáneo de órdenes jurídicos locales puede ser esperada. Entre otras iniciativas, puede destacarse que desde 1990, el Banco Mundial ha apoyado 330 proyectos de ‘Estado de Derecho’...*” (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 275-277).

mucho menos marcada cuando se limitan a las transacciones transfronterizas<sup>224</sup> (Goode, 2010, pág. 96).

Así las cosas, además, últimamente se destaca el éxito en la labor armonizadora, por la racionalización que las agencias han impreso a sus labores (De Carolis, 2010, págs. 38-51). Al respecto, los principales actores de la producción de instrumentos armonizadores –menciona Del Duca a UNIDROIT, UNCITRAL, CCI, la Conferencia de la Haya de DIPr, el Consejo Europeo, la Unión Europea– han intentado identificar la necesidad de las normas propuestas, y la probabilidad de su aceptación y uso, antes de embarcarse en la inversión de esfuerzos para la elaboración de algún instrumento. Así las cosas, antes de cualquier inversión de tiempo o recursos, se establece *el clima* de probabilidades para determinar si existe una necesidad real para el proyecto de armonización y para determinar la probabilidad de su aceptación<sup>225</sup>. Luego de determinar la identificación del área del derecho para la preparación del instrumento armonizador, debe escogerse la forma del mismo; aunque las técnicas tradicionales implican el uso de tratados o leyes modelo, ultimamente la armonización implica:

- i) la formulación de principios o prácticas uniformes, para que las partes puedan incorporarlas, en ejercicio de su libre autonomía de la voluntad, a su contrato; o,
- ii) la publicación de directrices o recomendaciones que podrán ser consultadas por Estados, partes contractuales, tribunales estatales, jueces, árbitros, etcétera<sup>226</sup> (Del Duca, 2007, págs. 627-628; 2012, págs. 109-111).

---

<sup>224</sup> Al respecto, para De Carolis (2010), una vez que un instrumento armonizador del derecho se entiende o es comprendido mejor, y que los objetivos y políticas subyacentes al instrumento son claras, este puede ser más fácilmente aceptado. Según el autor, es imprescindible, en el ámbito estatal, trabajar respecto de las preocupaciones acerca de la adopción de una norma que se percibe como extranjera, la que, en principio, se presenta como extraña y ajena. Además, De Carolis hace hincapié en que una norma de derecho uniforme puede ser aplicada fácilmente en muchas jurisdicciones y, por lo tanto, generar rápidamente una gran cantidad de jurisprudencia que sirva para disipar dudas respecto de la interpretación de esas normas. Por si fuese poco, para el autor se debe ser conscientes del hecho de que una transacción internacional no se halla, naturalmente, arraigada en una ley interna particular y, por tanto, puede ser mejor regulado por un derecho armonizado internacional (pág. 51).

<sup>225</sup> Como lo señala Bonilla Aldana: “*Siempre debe ser examinada la problemática que busca ser resuelta a través del proceso armonizador, en aras de establecer si ella verdaderamente amerita el desarrollo de un proceso de esta envergadura. Solamente en aquellos casos en que la problemática sea de tal importancia como para adelantar el proceso se verán justificados los costos en los que se incurrió. En los demás casos, la poca importancia de la problemática hará que el instrumento no sea utilizado y en consecuencia que el grado de armonización que produzca sea mínimo*” (2013, pág. 56).

<sup>226</sup> Fernández Rozas & Arenas García (2013) destacan que, en las relaciones comerciales internacionales, el propósito de la uniformidad es ofrecer mayor certeza jurídica a las partes, “... *para lo cual las normas aplicables deberán haber sido elaboradas a partir de criterios de objetividad y de equidad. La unificación y la creación del Derecho en el plano*

De esa forma, las normas inherentes a la *sociedad internacional de comerciantes*, a la vez que facilitan el entendimiento entre las partes y atienden a la praxis mercantil, se construyen con el propósito manifiesto de asegurar certidumbre, predictibilidad y eficiencia en el desarrollo de los negocios. La mayor seguridad jurídica y eficiencia posible en los negocios han sido, en el ámbito jurídico, estandartes de la globalización y, consecuentemente, su búsqueda ha contribuido a la proliferación de organizaciones que trabajan en la elaboración de instrumentos que tienen por fin la armonización jurídica:

*“Los beneficios que se obtienen con una disposición armónica y la posibilidad de dar respuesta a una problemática del comercio internacional constituyen un fundamento suficiente para que sea válido adelantar un proceso armonizador, sin ni siquiera contar, claro está, con la posibilidad de que los beneficios que genera el proceso lleguen a ser superiores a los costos en los que se incurrió en la implementación y desarrollo del instrumento”* (Bonilla Aldana, 2013, pág. 54)

Ahora bien, aunque ese *derecho caracterizado por una substancial inclinación desnacionalizadora* ha sido objeto de una caótica conceptualización<sup>227</sup> (Cfr. *Supra*. 2 y 2.1), en últimas, el empleo de los términos empleados para aludir al mismo, hace en la mayor de las veces alusión a las soluciones sustantivas o de fondo que, como opción al sistema conflictualista del DIPr, se genera en el seno del comercio internacional<sup>228</sup> (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 239-244).

---

*transnacional no es otra cosa que expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales”* (pág. 375).

<sup>227</sup> Moreno Rodríguez subraya que suelen confundirse varias expresiones como *lex mercatoria* –que, incluso, al haber áreas que cuentan con un alto desarrollo de principios y usos propios, se habla de subespecies de dicha *lex*, como *lex constructionis*, *lex petroléa*, *lex electrónica*, *lex marítima*, *lex arbitralis*, *lex informática*, *lex mediática*, *lex sportiva*, etcétera–, *principia mercatoria*, derecho transnacional, derecho comercial transnacional, derecho a-nacional, derecho mundial, derecho uniforme del comercio internacional, usos internacionales, soft law, derecho de génesis no estatal, principios generales del derecho comercial internacional o reglas transnacionales de derecho, etcétera (2013, págs. 239-244). Ello genera cierto grado de incertidumbre, puesto que algunos términos aluden a cosas diferentes, por ejemplo *“mientras la nueva Lex Mercatoria es aquella que surge de las decisiones proferidas por los tribunales arbitrales, el derecho uniforme del comercio internacional cubriría las normas en sentido material expedidas por los organismos internacionales y que regulan el comercio transfronterizo”* (León Robayo, 2015, pág. 201).

<sup>228</sup> Aunque en el campo de la unificación las normas materiales hayan operado como excepción a las normas de conflicto, en la práctica se observa una decidida “apuesta” por las normas materiales especiales para la reglamentación de ciertos sectores (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 22). Como lo observara Vargas Gómez-Urrutia (2000), *“...el estudio de temas ligados a la solución de los conflictos de leyes va a ir cediendo paso para adentrarse en un ejercicio normativo más próximo a la armonización y a la unificación de leyes en las cuestiones relacionadas con el derecho comercial internacional y con el derecho económico internacional”* (pág. 61). Es que a pesar de que la norma conflictual pareciera ofrecer siempre una solución para todo supuesto del tráfico jurídico externo, la misma siempre se basa en un derecho desconocido *ex ante* por las partes de la relación contractual, lo que a todas luces resulta desconsiderado respecto del ejercicio de los derechos que se encuentran en cabeza de cada una de ellas (sin mencionar acá, la presunta inadecuación del derecho interno respecto de las transacciones internacionales). Según Fernández Rozas & Arenas García (2013), la alternativa de acudir a una ley nacional determinada a través de la autonomía conflictual tiene, hoy por hoy, un carácter cada vez más restringido: *“... las partes acostumbran a redactar el contrato a partir de normas procedentes de la autorregulación inherente a la sociedad internacional de comerciantes, gobernando, en lo no cubierto por aquella, un*



Ese derecho aún está en proceso de gestación y su desarrollo, dispar y fragmentado, está siendo sectorizado; claro está, ello parece natural: no todos los participantes de este proceso tienen los mismos objetivos ni comparten las mismas visiones; además, los instrumentos surgidos del proceso de armonización tienen distinta naturaleza, han sido formulados bajo diferentes métodos, por agentes desemejantes, con intereses y objetivos múltiples y diversos.

Actualmente, el camino de la convergencia jurídica en lo mercantil, aunque transitable, pareciera no tener rumbo predeterminado, lo que se potencia por el gran número y variedad de fuentes legales, las que hacen que sea dificultoso tener una visión precisa y en conjunto de todo el proceso, puesto que la actual anarquía de fuentes hace que ese *paisaje jurídico* resulte un poco caótico<sup>229</sup>. Lo anterior, haya una expresión muy dicente a través de las múltiples técnicas normativas, que le son favorables a la armonización, y que se genera en distintos foros de codificación internacional (Fernández Rozas, 2013b, págs. 60-61). De esta manera, la armonización, concebida como un ‘*Puente*’ capaz de conectar los derechos estatales a la dinámicas impuestas por la globalización, utiliza diversos métodos, ‘*avenidas*’ de ese *Puente* (Cfr. *Infra*. 2.3).

### **2.2.1. Caracterización del actual proceso de armonización**

*“Este nuevo Derecho (armónico) tiene como propósitos la reducción del riesgo legal, el mejoramiento de las leyes locales que afectan el comercio internacional y el mejoramiento en las cualidades profesionales de los agentes del comercio y de sus intermediarios o asesores”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 243).

En la actualidad, es ampliamente aceptado que la armonización del derecho, y en particular del derecho comercial, no es un objetivo en sí misma: se percibe que la armonización y unificación clarifican, en beneficio de todos los actores implicados, el común entendimiento entre sistemas legales, ofreciendo claridad legal y predictibilidad jurídica a las transacciones mercantiles internacionales, al tiempo que reduce los costos transaccionales asociados a los contratos, facilitando

---

*importante componente de unificación internacional en cuyo epicentro se halla la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”* (pág. 361).

<sup>229</sup> Por ello, todos los participantes relacionados al derecho del comercio internacional deberían, para generar mayor claridad al respecto y facilitar el proceso de armonización, prestarse ayuda mutua: la facilitación de procesos que propendan por la circulación de información concerniente al derecho comercial internacional en general, y de la información sobre los principales problemas que en la práctica hallan las transacciones comerciales internacionales en particular, así como su sistematización, son fundamentales al respecto; así como la coordinación del proceso (Edlund, 2012, pág. 16).

y agilizando la negociación de los mismos; lo que a su vez, favorece la globalización<sup>230</sup> (Edlund, 2012, pág. 17). En esa misma dirección, Gopalan (2004) advierte que cuando las diferencias entre los derechos estatales son un impedimento, la armonización puede crear una "interfaz" que ayuda a las partes mediante el ofrecimiento de herramientas jurídicas neutras y adecuadas a la realidad mercantil<sup>231</sup> (pág. 124).

Hoy por hoy, el proceso de armonización se caracteriza por:

- i) tener un enfoque más profundo, planificado, respecto del proceso de elaboración de instrumentos<sup>232</sup>;
- ii) haber alcanzado un método de toma de decisiones común, seguido por las principales agencias encargadas de la elaboración de normas uniformes del derecho del comercio internacional, el método del consenso<sup>233</sup>; y,
- iii) el desarrollo de conjuntos de reglas uniformes que se caracterizan por un alto nivel de hibridación, en el que la distinción entre *hard* y *soft law* tiende a desdibujarse (De Carolis, 2010, págs. 37-59).

---

<sup>230</sup> Para Rodríguez Fernández (2009), la promoción de la convergencia y armonización de leyes nacionales que afectan las transacciones nacionales ha sido una preocupación que, en distintos foros, lleva más de un siglo. Fruto de estas labores se ha dado la divulgación de convenciones y otros instrumentos legales. Para el autor, ejemplo de los resultados de lo anterior es que hoy por hoy “*las ventas internacionales de bienes, los instrumentos bancarios y de pago, y los contratos de transporte descansan en gran parte de estas leyes o instrumentos*” (pág. 227).

<sup>231</sup> La armonización se instaura como una importante herramienta en la constante lucha contra la ambigüedad jurídica y la disparidad normativa estatal, especialmente si se considera que ésta opera como una parte del amplio proceso de desarrollo de normas claras y eficientes en el derecho, máxime si se trata del derecho comercial internacional. En efecto, la armonización trabaja con todas las fuentes jurídicas internacionales relevantes para el comercio, al igual que se usan fuentes nacionales cuando se trabajan con asuntos legales de carácter meramente local (Edlund, 2012, págs. 16-18).

<sup>232</sup> El que De Carolis subdivide, a grandes rasgos, en 3 etapas: la preliminar, la de formulación del instrumento y la posterior a su adopción. Para el autor, en cada etapa debe actuarse de forma prudente y organizada para tener éxito en el esfuerzo armonizador que se trate. La mayor racionalización de la labor de las agencias armonizadoras, es un rasgo propio del actual proceso.

<sup>233</sup> Para Carolis (2010) las sesiones de trabajo de las agencias armonizadoras, tales como la CNUDMI y el UNIDROIT representan una sana mezcla de académicos especialistas en derecho comparado y derecho comercial, abogados en ejercicio, y miembros de agencias gubernamentales con años de experiencia en la actividad legislativa internacional. Del mismo modo, los trabajos necesarios para la redacción de las normas de armonización se hace, a menudo, por grupos o comisiones específicos, cuya composición se asemeja a la de una *comunidad epistémica*: un grupo de expertos que están constantemente tratando de llegar a un consenso. Sus intereses, propuestas y posiciones, por lo tanto, no son fijos, sino que son susceptibles de cambio cada vez que un argumento mejor, fundado en motivos razonables, se plantea (págs. 52-53).

Por su parte, Kaufmann-Kohler (2010) destaca la incidencia de la pérdida del poder regulatorio de los Estados y el auge del arbitraje comercial en el actual proceso de armonización:

*“La globalización ha quitado poder a los Estados, los que están restringidos por su territorio geográfico y cada vez son más irrelevantes a las actividades globales que buscan regular. Esta pérdida de poder ha debilitado las funciones tradicionalmente cumplidas por los Estados, incluyendo la operación de un sistema de resolución de controversias adecuado. A consecuencia de ello, esta función ha sido asumida por otros actores. En ciertos sectores, ha sido asumida por organizaciones regionales, tales como la Unión Europea o el TLCAN (NAFTA). En otros, lo ha sido por actores privados. Este es el caso en el arbitraje comercial internacional. Gracias a la globalización, la que también ha transformado la comunicación y la manera en que se forman las redes sociales, estos actores privados ahora forman una comunidad global. Esta comunidad global produce normas de manera mucho más rápida que los Estados, los que están limitados por sus fronteras nacionales”* (págs. 109-110).

Cabe decir que actualmente, la armonización se revela como un asunto no absoluto, y en cambio, se muestra susceptible de hallarse en distintos grados y escalas; tanto que los proyectos con el objetivo de ofrecer normas armónicas de aplicación global, aunque premonitorios, aún se ven remotos de alcanzar. Sin embargo, las probabilidades de éxitos mejoran cuando se trata con proyectos de armonización regional, e incluso, cuando se trata con la armonización a nivel nacional. Ello, no obstante, demuestra una de las debilidades del proceso de armonización: si el logro de la armonización global parece difícil de alcanzar dentro de un área del derecho, parecerá más fácil tratar con el desarrollo de soluciones regionales<sup>234</sup>. Al hacerlo, se puede estar teniendo la oportunidad de desarrollar un conjunto de normas que, más o menos, el resto del mundo adoptaría, pero eso al tiempo, implica correr el riesgo de lograr exactamente lo contrario, sistemas regionales altamente homogeneizados pueden parecer demasiado puntillosos, extraños y complicados de aceptar para otras partes del globo. Consecuentemente, el resultado puede ser que varias soluciones diferentes sean diseñadas a problemas idénticos (Edlund, 2012, pág. 17). Esto debería llamar la atención para que se coordine la expansión de la armonización; especialmente teniendo en cuenta que los medios para unificar y armonizar el derecho comercial internacional son de naturaleza plural, y éstos seguirán surgiendo desde una multiplicidad de agentes, entre otros, organizaciones globales y regionales, gubernamentales y no gubernamentales (Fogt, 2012, págs. 101-102).

---

<sup>234</sup> Siguiendo a Fogt (2012), a nivel regional, entre los sistemas más intensos, si no el más intenso en cuando a unificación y armonización, se encuentra el creado por los tratados europeos que dan forma al mercado común de la U.E. La intensidad de la integración europea, para Fogt, está basada en tres principios: una fuerte competencia legislativa central, una regulación común a los países participantes y una Corte con la competencia exclusiva de interpretar la legislación (págs. 98-99).

Ahora bien, la tendencia armonizadora es comprensible, si se miran las ventajas que ésta traería para el comercio internacional<sup>235</sup>, entre las que cabe resaltar:

- i) la facilitación del comercio internacional, ya que la armonización significa el levantamiento de barreras que resultan de las complejidades de regímenes legales diferentes;
- ii) el desarrollo de un marco normativo que refleje las necesidades reales de quienes se embarcan en transacciones internacionales, en otras palabras, un marco jurídico hecho a la medida de los agentes del comercio internacional;
- iii) la producción de, o la pretensión por producir, unas normas neutras, es decir, que respeten los principios o preceptos propios de cualquier ordenamiento jurídico; y,
- iv) la búsqueda del llenado de un vacío legal, con lo que se proporcionan reglas en materias en donde la ley nacional era antes inexistente (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 261-263).

Estando así las cosas, es comprensible que para algunos se torne como necesaria la armonización del derecho del comercio internacional, por varias razones, entre las que cabe enunciar:

- i) la obtención de certeza en cuanto al régimen legal aplicable: *“de esta forma, al momento de celebrar el contrato las partes conocen las reglas que los van a regir y las que se aplicarían en caso de suscitarse un conflicto, dejando así de estar sometidos a la incertidumbre del desconocimiento de la ley aplicable... [A]l adaptar los negocios al instrumento internacional se evitarán resultados inesperados y se ganará certeza en la aplicación de la ley y predictibilidad en las decisiones judiciales”*;
- ii) la necesidad de un conjunto normativo acorde con el proceso de globalización económica: *“la armonización del derecho se ha convertido en la principal herramienta para la creación de*

---

<sup>235</sup> Para Edlund, la armonización tiene claras ventajas desde el punto de vista económico, puesto que se consume más tiempo y se hacen más esfuerzos desgastantes, cuando normas desarmonizadas fuerzan a que los negocios sigan procesos diferentes para idénticos servicios y productos, en razón a las particularidades y diferentes requerimientos de cada mercado estatal. Asimismo, un alto nivel de armonización reduce el tiempo de las negociaciones contractuales, y previene los desacuerdos en el caso de una disputa posterior de naturaleza jurídica. En resumen, la certeza jurídica que busca la armonización, siempre es demandada, por razones prácticas y económicas (2012, págs. 9-10).

*un ambiente propicio que promueva el desarrollo del comercio internacional, mediante la eliminación de aquellas barreras que son consecuencia de la diversidad legal”; y,*

iii) la disminución de los costos de transacción, lo que beneficia principalmente, a pequeños y medianos comerciantes: dentro de la doctrina existe casi unanimidad en afirmar que la armonización trae consigo una disminución de los costos de transacción; incluso los defensores de la diversidad legal y críticos de la armonización no desconocen este efecto positivo. Ahora bien, esos costos de transacción afectan especialmente a pequeños y medianos empresarios. Estos, al no tener la posibilidad de participar en la redacción del contrato, se ven ante la necesidad de asumir diversos costos para poder participar en el mercado internacional. La mayoría de las veces estas erogaciones son superiores a su capacidad económica y son desproporcionadas si son comparadas con el beneficio que se obtendría por la transacción internacional, lo que hace que se abstengan de participar en el mercado; no sucede lo mismo con las grandes empresas que pueden utilizar su posición dominante en la negociación para imponer como ley aplicable al contrato una que sea de su conocimiento y que no les implique mayores gastos en asesoría legal (Bonilla Aldana, 2013, págs. 17-21).

Dicha necesidad, puede justificarse teniendo en cuenta los principales objetivos del proceso armonizador del derecho del comercio internacional, los cuales pueden sintetizarse así:

- i) la unificación de algunas normas que regulan el comercio internacional: *“la unificación del derecho comercial internacional no es un objetivo de fácil consecución; es más, podríamos afirmar que es un objetivo de carácter utópico... La difícil consecución de la unificación de las normas del Derecho Comercial Internacional hace imposible que esta pueda llegar a conseguirse de forma espontánea; debe existir, en consecuencia, un proceso que se adelante de forma paulatina y que permita transitar el camino necesario para lograr su obtención”;*
  
- ii) la reducción del riesgo legal, que puede ser definido como *“la incertidumbre acerca del sistema normativo que regirá las relaciones nacidas como producto de una transacción de comercio internacional, o como la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable a los diferentes contratos que se generen durante la misma”*, a través de la consecución de estabilidad y predictibilidad de las normas;

iii) el mejoramiento y la adecuación de las normas relacionadas con el comercio internacional; mejoramiento del *status quo*, ya sea porque cumplen de mejor manera el propósito para el cual fueron creadas, o porque logran justicia redistributiva o realzan el bienestar económico de aquellos a los que están dirigidas; y así mismo,

iv) el mejoramiento de los conocimientos y cualidades de los partícipes de una transacción internacional; la creación de una norma común a todos los ordenamientos facilita la labor del asesor eliminando las barreras de tipo jurídico, cultural o lingüístico e incrementa la capacidad de los asesores jurídicos para entender y comunicar las necesidades de sus clientes de una manera más eficiente, a la vez que realza el valor de los servicios que prestan (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 243-249; Bonilla Aldana, 2013, págs. 24-27).

En suma, la armonización y la creación del derecho en el plano transnacional del comercio, no es otra cosa que la expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales (Fernández Rozas, 2013b, pág. 58). Siguiendo a Perales Viscasillas (2014a), el propósito de conseguir un “*ius commune se inserta en la unificación del derecho uniforme del comercio internacional (DUCI), o si se prefiere del derecho mercantil internacional*” (pág. 5).

Así, como antes se insinuó, el tradicional modelo de creación normativa, caracterizado por la presencia protagónica del Estado, resulta insuficiente para comprender la actual regulación que se da al interior del comercio internacional<sup>236</sup> (Gopalan, 2004, pág. 167); sin prisa, avanza en ese ámbito, a través de variados métodos y técnicas, la armonización del derecho. Fragmentariamente, ésta se concentra mediante distintos instrumentos en particulares segmentos del comercio internacional, haciendo que *la regulación* de éste último asuma un aspecto poliforme e inacabado.

---

<sup>236</sup> En la escena jurídica del comercio actual, se deberían abrir las mentes, y ver asuntos en perspectiva más amplia a la estrictamente local, incluyendo las ocasiones en las que se trate con casos nacionales. En esos eventos, podría tomarse inspiración de otros sistemas jurídicos estatales, o del transnacional. En efecto, siempre es posible hallar situaciones similares fuera de las fronteras de cada estado, y consecuentemente, guiarse por normas idóneas y acordes a la complejidad de cada asunto, a fin de ajustarlas para su aplicación ultranacional. De esa manera, a la vez que se aprovecha y toma en consideración la experiencia ganada por otros a lo largo de los años, es posible mejorar la justificación de una decisión, la redacción de un contrato, o el desarrollo de una norma. Así vista, la armonización no es más que el continuo enriquecimiento de las fuentes jurídicas, a fin de mejorar permanentemente el derecho (Edlund, 2012, pág. 15).

En efecto, cada vez más, los Estados nacionales pierden importancia en la creación del derecho comercial internacional, entre otras, por el crecimiento, en importancia y número, de las agencias armonizadoras, los agentes no estatales y el desarrollo del arbitraje internacional; no obstante, no por ello los derechos nacionales han dejado de ser protagónicos en la escena de ese último. Ahora bien, el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, junto a la globalización, y su correspondiente necesidad por un derecho comercial internacional, avivan el fenómeno. Al mismo tiempo, la armonización se presenta como el medio idóneo para conseguir la certeza en cuanto al régimen aplicable a la relación contractual, puesto que a través de los instrumentos armonizadores se obtiene claridad al respecto (Bonilla Aldana, 2013, pág. 54; Gopalan, 2004, pág. 117).

Puestas así las cosas, el acatamiento a normas estatales no diseñadas para el comercio contemporáneo, sobre todo cuando éstas son dispares en los diferentes ordenamientos relacionados a una misma transacción, puede crear un ambiente que de tiempo en tiempo genere dificultades. Subsecuentemente, resulta obvio que los agentes comerciales, a quienes tales reglas incongruentes entre sí, e ‘inmutables’, generan dificultades, tengan intereses por un nivel de armonización lo más amplio posible; consecuentemente, se comprende el porqué el proceso de creación y desarrollo de la armonización es desorganizado, muy complejo y dinámico, principalmente por el alto número y diversidad de actores intervinientes, sus distintos propósitos e intereses, las diferentes técnicas y métodos de armonización utilizadas, así como las múltiples y diferentes consideraciones que al respecto, los actores intervinientes en el proceso de armonización, toman en cuenta (Edlund, 2012, pág. 11).

Teniendo en cuenta lo anterior, en el acápite siguiente se pasa a hacer alusión a algunos de los principales métodos que actualmente se utilizan y son más influyentes en el proceso de armonización<sup>237</sup>. Debe señalarse que la elección de aquellos para su inclusión en éste texto, obedeció a que son los prototipos de instrumentos empleados por la jurisprudencia, la legislación y la práctica contractual; entendiendo a éstos últimos, como los escenarios que a escala estatal existen para recepcionar los instrumentos en los que se materializan dichos métodos. En efecto, cabe aclarar que

---

<sup>237</sup> Los “métodos de armonización” (*Cfr. Infra. 2.3*), son aquellas técnicas usadas por las agencias armonizadoras (*Cfr. Supra Not. 70 e Infra 2.4*) que suelen desembocar en el desarrollo y elaboración de instrumentos relacionados al comercio internacional, como por ejemplo tratados, leyes uniformes, leyes modelo, términos estándar, reglas uniformes, cláusulas modelo, contratos modelo, recomendaciones, reglamentos, guías, manuales, restatements internacionales, etcétera.

los productos en los que se concretizan los métodos de armonización, pueden tener recibimiento a escala estatal mediante disímiles ‘escenarios de recepción’<sup>238</sup>. En suma, existe *i*) aquel que ocurre a nivel estatal en virtud de la iniciativa tomada por el legislador, como cuando en la elaboración de una ley se guía por una norma de soft law, i.e. una guía legislativa o ley modelo, o se adopta un tratado; asimismo, *ii*) aquel que se da mediante decisiones de órganos jurisdiccionales, como cuando se emplea instrumentos del derecho uniforme, independientemente de la vinculatoriedad del instrumento, para justificar una decisión judicial; y, *iii*) el que surge como iniciativa de las partes de un contrato<sup>239</sup>, como cuando se adoptan términos de un instrumento internacional para desprenderse de una regulación estatal, o se acoge una cláusula tipo o un modelo contractual<sup>240</sup>; éste último escenario, se presta para que ocurra una armonización a escala dispersa y marginal, por lo que los datos empíricos para evaluar su impacto son muy insuficientes (*Cfr. Infra. 2.3.1*). Al respecto, cabe mencionar que desde cierta perspectiva, algunos podrían agregar a dichos “escenarios de recepción” a escala estatal, el medio académico<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Para los efectos de éste escrito, la expresión “escenarios de recepción” hace alusión a los diversos espacios en los que a nivel estatal pueden tener recibimiento los productos resultantes del proceso de armonización jurídica del comercio internacional.

<sup>239</sup> Esa aplicación voluntaria de textos, podría decirse que es un mecanismo alternativo de armonización, por la cual las partes privadamente alcanzan orden y predictibilidad en su contrato internacional, sin mayor dependencia de normas estatales (Del Duca, 2012, pág. 115). No obstante, cabe advertir que no todos los modelos contractuales que se elaboran en el ámbito internacional son con fines de armonización (*Cfr. Infra. 2.3.1*).

<sup>240</sup> Resulta fructífero analizar las diferentes perspectivas del fenómeno, máxime si se considera su capacidad de servir como puente para la adecuación del derecho mercantil a escala estatal. No debe perderse de vista que, en últimas, la armonización busca el aseguramiento de la certidumbre, predictibilidad y eficiencia en el desarrollo de los negocios; que se manifiesta entre otras, mediante el desarrollo de instrumentos de soft law, y privatización de la armonización jurídica. A su vez, ésta última entre sus múltiples posibles expresiones, generando una presunta armonización a escala dispersa, se muestra en el desarrollo de modelos contractuales y cláusulas tipo. Sin embargo, el desarrollo de ese tipo de normas no es la única consecuencia que se da en búsqueda de la certidumbre, predictibilidad y eficiencia, la homologación –legislativa o jurisprudencial– a nivel local de instrumentos surgidos a la luz del proceso de armonización, responde a los mismos postulados.

<sup>241</sup> Sobre el particular, cabe advertir que no sólo el trabajo académico ha tenido un papel protagonista en el desarrollo del proceso de la armonización del derecho en las últimas décadas, sino que además, una de las maneras más prolíficas de divulgar y propagar dicho proceso, no sólo a escala estatal, sino también transestatal, es mediante la práctica académica y doctrinal. Es decir, sin obviar que en el medio académico se han desarrollado algunos de los resultados más destacables del proceso de armonización, sea o no en el seno de organismos internacionales (Del Duca, 2007, págs. 632-653); a su vez, éste proceso encuentra uno de sus principales impulsores y difusores en dicho ámbito. En suma, en los círculos académicos no sólo se dan a conocer los distintos aspectos del proceso; sino que también, se trabaja por su organización y articulación, teniendo en consideración las múltiples fuentes relacionadas, favoreciendo en últimas, el desarrollo de la labor armonizadora; asimismo, se exponen las consecuencias de las múltiples interacciones que se dan al interior del fenómeno armonizador y sus eventuales efectos prácticos; se idean proyectos armonizadores en particular; se dejan al descubierto sus principales críticas y fallas, así como se revelan las accines tendientes a su superación; etcétera.



Lo precedente, con el objeto de poner de manifiesto en éste capítulo las relaciones que teóricamente pueden llegar a existir entre los métodos de armonización y los escenarios de recepción donde estos pueden tener recibimiento a escala estatal; ello, con el fin de pasar a exponer en el capítulo tercero las relaciones que en la práctica se han dado, en el escenario legislativo y judicial colombiano. De esa forma, se pretende poner de presente la complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales ofrece el proceso de armonización jurídica del comercio internacional, y el diálogo de fuentes que éste último ha generado en dichos escenarios. No obstante, procede reconocer que no es posible comprender con total éxito cada categoría nitidamente, ya que la armonización *de facto* a menudo se materializa luego de la interacción dada entre los distintos enfoques<sup>242</sup>.

Puestas así las cosas, a través de esos ‘escenarios de recepción’, los instrumentos en los que se materializan los métodos de armonización se introducen y se hacen operantes a escala estatal. A su turno, los partícipes de éstos escenarios, han visto la utilidad que trae consigo el empleo de dichos instrumentos. En otras palabras, el proceso de armonización, a través de los distintos métodos por los que se expresa, ha interactuado con los tres ‘escenarios de recepción’ estatales, y los partícipes de éstos, a su vez, se han valido de aquel proceso mediante la utilización de sus diversas expresiones (*Cfr. Infra. 3.1 y 3.2*). De ahí que se hable de la complementariedad que reciben los sistemas jurídicos estatales del proceso de armonización, y el diálogo que entre fuentes jurídicas propaga el fenómeno.

Ahora bien, cabe anticipar que la armonización jurídica del comercio internacional, no utiliza *autopistas de un sólo carril*, por lo que puede cumplir su finalidad mediante la elección de uno u otro método, teniendo una marcada preponderancia actual las técnicas del soft law. Asimismo, cabe adelantar que la mayor parte de la armonización internacional se concreta en instrumentos sectoriales, sin que quepa vislumbrar la unificación completa; dicha sectorialización se manifiesta no sólo en las materias objeto de armonización, sino también en las técnicas de reglamentación utilizadas. A su turno, esa sectorialización también se percibe mediante el análisis del empleo de los

---

<sup>242</sup> No obstante, a pesar de que en ocasiones todo puede converger para facilitar el proceso de armonización, dicha interacción no siempre se presenta o puede resultar infructuosa, ello por cuanto existen diferentes intereses y objetivos, haciendo que la armonización se construya, en ocasiones, sin congruencia, con falta de una adecuada gestión o de iniciativas, etcétera. En efecto, los obstáculos que la armonización enfrenta son numerosos (Edlund, 2012, pág. 12).

diversos instrumentos fruto de la armonización, que se da en cada ‘escenario de recepción’ para la utilización de éstos a escala estatal<sup>243</sup>.

### 2.3. Las ‘avenidas’ del Puente, métodos usados para la armonización

*“Es evidente que el modelo de soberanía basado en los derechos y obligaciones de los Estados sigue predominando, por lo que el proceso armonizador no ha sido tan fructífero como se pensaría. Sin embargo, al pie de ese modelo, se ha desarrollado otro de adopción o recopilación de reglas autónomas e independientes de los propios agentes del comercio. Ese modelo se crea y aplica por los mismos proveedores de bienes y servicios sin la intervención de los Estados. Con ello se ha señalado que ‘la globalización no está destruyendo el poder del Estado, sino más bien redireccionándolo’” (Rodríguez Fernández, 2009).*

Es remarcable la poca atención puesta por la doctrina a los métodos usados en la armonización del comercio internacional por las distintas organizaciones dedicadas a dicha labor, en comparación a la abundante literatura existente respecto de los resultados de esos procesos. Ello por cuanto mucho del éxito del resultado de esos proyectos de armonización depende de su planeación y organización, así como de la adecuada delimitación de la materia a armonizar, en fin, de su construcción<sup>244</sup> (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, pág. 191).

---

<sup>243</sup> Donde se halla que i) los modelos contractuales y cláusulas modelo o tipo, son el prototipo usado para la incorporación contractual de reglas no vinculantes promulgadas por organizaciones internacionales; ii) los tratados internacionales, las guías legislativas y las leyes modelo, son el instrumento que por excelencia se usa en los Estados para la incorporación de frutos del proceso armonizador en sus sistemas normativos interno; y, iii) los restatements internacionales, tales como los Principios de UNIDROIT y los PECL, así como algunos tratados, son el prototipo de instrumentos empleados por los jueces y árbitros en sus decisiones. Al respecto, debe aclararse que si bien, una de las funcionalidades de los restatements internacionales, está en servir a los jueces, éstos ostentan muchas otras: éste tipo de instrumentos tiene posibilidad de generar interacción no sólo respecto de cortes estatales, sino además, con redactores de contratos, legisladores nacionales e internacionales, académicos e investigadores, y tribunales arbitrales.

<sup>244</sup> Cabe indicar que entre los principales inconvenientes que sufren durante los procesos de elaboración los instrumentos armonizadores, está la *ambición desmedida* que suele hacer que las expectativas del instrumento hagan infructuoso su acometido; dicho inconveniente, suele darse en las primeras etapas del proceso. También aparecen *múltiples tensiones durante la preparación del instrumento*; las mismas, pueden obedecer a gran variedad de causas: diferentes respectivas, percepciones de dominación por parte de determinado grupo, dificultades por el idioma, diferencias en torno a la sofisticación del derecho comercial de los distintos países –tensión de sistemas del civil law y common law–, tensiones relativas a las expectativas de nuevos actores de la escena internacional, así como la que se genera por la búsqueda del equilibrio entre la presión de los intereses comerciales y el respeto a los derechos de otras partes, existiendo múltiples vías para alivianarlas. Asimismo, en el proceso surgen *problemas técnicos*, v.gr. diferencias de lenguaje en conceptos legales, diferencias en la redacción y lenguaje utilizado para los borradores del instrumento, diferencias en la interpretaciones del texto, etcétera, y *organizacionales*, v.gr. tiempo, costos y esfuerzos que deben adelantarse durante largos periodos de tiempo, los que generalmente implican años. Con la debida diligencia, todos ellos son sorteables (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, págs. 202-212).

Concordando con lo anterior, para De Carolis (2010) llama la atención que la doctrina ha tratado hasta ahora con las iniciativas armonizadoras, principalmente como un *producto* y no como *proceso*: gran parte del éxito de un proyecto de armonización, así como del instrumento resultante, depende en *perspectiva de proceso*, de su planificación, su organización y el cuidado con que se delinear sus límites. Según De Carolis, en el pasado, ello no siempre ha sido tenido en cuenta; en algunos casos, sólo después de que el instrumento de armonización ha sido redactado, se descubre que el esfuerzo no valió realmente la pena puesto que no existe una gran demanda para el instrumento, o incluso, puede ser objeto de *hostilidad* por los agentes comerciales (*Cfr. Supra Not. 187*). Para De Carolis, el riesgo de fracaso es aún más notable hoy en día: a pesar de la cantidad, sin precedentes, de las organizaciones que participan en proyectos de armonización, los instrumentos verdaderamente exitosos siguen siendo pocos (pág. 39).

Por lo anterior, los esfuerzos para armonizar sectores del derecho del comercio internacional, deberían concentrarse en las materias y asuntos, donde la armonización se perciba con amplia aceptación, para que los esfuerzos realizados no lleguen a perderse. Así, no debería promoverse la armonización *per se*, sino que debería priorizarse los recursos, teniendo en cuenta la importancia y la posibilidad de materialización del proyecto, con el propósito de conseguir los más efectivos resultados con el menor esfuerzo posible<sup>245</sup>. En ese sentido, toda iniciativa armonizadora debería comenzar por ser direccionada teniendo en cuenta, lo más objetivamente posible, cuáles son las cuestiones que despiertan mayor atención, y cuáles son consideradas como las menos importantes, en la armonización del derecho que regula el tráfico mercantil internacional. Ello, debería escapar de las consideraciones meramente individuales, por lo que deberían considerarse las redes de trabajo establecidas con el objeto de armonizar, así como todos los agentes involucrados en alcanzar un nivel más alto de entendimiento entre las distintas iniciativas armonizadoras<sup>246</sup> (Edlund, 2012, págs. 16-17).

---

<sup>245</sup> Sin embargo, Edlund admite la imposibilidad de generar un consenso global sobre el particular, ello sobre todo teniendo en cuenta la diversidad de necesidades y los puntos de enfoque de cada uno de los múltiples y heterogéneos partícipes en el proceso de armonización. Por lo que en ocasiones, niveles inferiores a la armonización total global son deseables y suficientes, máxime por cuanto éstos se perciben como objetivos alcanzables (2012, pág. 16).

<sup>246</sup> Aunque hay agencias que se dedican a sectores similares del derecho, la mayoría conserva rasgos que las hace distintivos de las demás, v.gr. La Conferencia de la Haya en DIPr es especialista en conflicto de leyes, mientras que UNIDROIT y UNCITRAL lo son en la formulación de convenciones y modelos de ley. A su turno, la CCI lo es en las reglas que gobiernan las transacciones comerciales. Así las cosas, podría decirse que la CCI trabaja en la armonización de la práctica comercial. La Conferencia de la Haya proyecta convenciones de conflictos de leyes y, más recientemente, compilaciones de principios sobre la misma materia. UNIDROIT y UNCITRAL usa un amplio rango de instrumentos

Los métodos usados para la armonización del derecho no son autopistas de un sólo carril<sup>247</sup>. El proceso de armonización permite, relegando al tratado de su papel protagonista y sin que sea inexorable su utilización, cumplir su finalidad mediante la elección de uno u otro método<sup>248</sup>, v.gr. mediante la uniformización de prácticas, compilación de principios, elaboración de restatements internacionales, formulación de leyes modelo o recomendaciones no vinculantes de organismos internacionales, etcétera, que sin tener relevancia sustantiva en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, ofrecen puntos de referencia sobre “*las tendencias convenientes en las prácticas legales comerciales y proponen soluciones a las diferencias de las legislaciones nacionales en materia de comercio internacional*”<sup>249</sup> (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 23), favoreciendo en últimas, la convergencia jurídica en lo mercantil, y propiciando la interacción entre diversas fuentes jurídicas.

Aunque la CNUCCIM es el instrumento vinculante del derecho uniforme más relevante en la escena del comercio internacional, no oculta la importancia y el alto impacto que otros instrumentos sin

---

y publicaciones, incluyendo convenciones multilaterales, modelos de ley o guías legislativas, y, para el caso de UNIDROIT, un restatement de derecho contractual (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, págs. 195-198).

<sup>247</sup> Para Rodríguez Fernández (2009): “*en la actualidad se adelantan, con mayor o menor éxito, diferentes procesos de armonización y unificación de las normas del Derecho y, en particular, del derecho de los contratos. Si bien esos procesos siguen un propósito común (certeza jurídica o la reducción de la incertidumbre legal), los mismos se adelantan de manera diferente a aquellos que persiguen la armonización de las normas que regulan los contratos internacionales*” (pág. 234).

<sup>248</sup> Goode, Kronke, & McKendrick (2015) indican que pueden ser, y de hecho lo son, muy variados los métodos adoptados por cada una de las agencias armonizadoras para hacer un proyecto de derecho uniforme. Sin embargo, todos comparten pasos claves; esos, para los autores, analizando el caso de UNIDROIT, UNCITRAL, la CCI y la Conferencia de la Haya de DIPr, pueden sintetizarse así: i) el surgimiento de la idea (donde ocurre la idea del proyecto). Dicha idea puede provenir de una agencia armonizadora, o de una o varias organizaciones comerciales, gobiernos, etcétera; ii) la determinación de la existencia de un problema, al que el instrumento ideado responde. Etapa donde se busca saber si se justifica suficientemente el tiempo, esfuerzo y dinero que se invertirá al proyecto; iii) análisis económicos de los beneficios; en donde se evaluará el impacto económico que puede tener el instrumento para determinado sector; iv) selección de la agencia armonizadora más idónea, para lo que dependerá la naturaleza del instrumento deseado, los acuerdos de cooperación con otras agencias y el campo de acción de cada una de ellas; v) estudios de derecho comparado y análisis del entorno legal; vi) inclusión del proyecto en los futuros programas de trabajo de la agencia armonizadora; vii) establecimiento de grupos y sub-grupos de estudio; viii) elección del tipo de instrumento, para lo que dependerá la naturaleza de la agencia armonizadora que adelanta el trabajo; ix) distribución y puesta a consideración de los borradores del proyecto en reuniones; x) aprobación del texto; xi) reunión de expertos estatales, etapa opcional y sólo usada ocasionalmente por UNIDROIT, dependiendo del tipo de texto y materia a unifica; xii) conferencia diplomática, formalidad sólo requerida para algunos casos; xiii) reporte oficial, etapa donde se elabora un informe de la historia y fondo del proyecto que dio a luz el instrumento; xiv) adopción del instrumento (págs. 193-202).

<sup>249</sup> Actualmente, como se ha dicho, el empeño por la unificación del derecho del comercio internacional está conformado por las técnicas de *soft law* que se materializa con el propósito de alcanzar un mayor grado de uniformidad (Fernández Rozas, 2009, pág. 125).

efectos vinculantes –soft law– demuestran<sup>250</sup>. Al respecto, Cordero Moss (2010) pone de presente que,

*“... en ocasiones se considera que la CISG goza, además de un efecto obligatorio directo, de una autoridad que va más allá de su ámbito territorial y substancial de aplicación y que la hace una de las fuentes más importantes del soft law para el derecho contractual general. La CISG, junto con otros dos importantes instrumentos: Los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los Principios de Derecho Europeo de los contratos, son conocidos como la <<Troika>>, un cuerpo de derecho transnacional particularmente apto para regular los contratos comerciales. (...)... la Troika tiene como característica el objetivo de actuar como un derecho contractual general que gobierne todos los aspectos de la relación jurídica entre las partes y así reemplazar el derecho aplicable del Estado<sup>251</sup>” (pág. 30).*

Pues bien, a pesar de ser un tratado internacional, el instrumento de derecho uniforme del comercio internacional más importante, esto es, la CNUCCIM, al sembrar las bases de la armonización en la esfera del derecho contractual internacional, actualmente las instituciones armonizadoras, relegando el papel protagonista del tratado internacional por las problemáticas que aporta su rigidez a la empresa unificadora, son conscientes de que la elección no es inexorable<sup>252</sup>. Hoy por hoy, la empresa de la armonización del derecho está penetrada por las técnicas del soft law que, se materializan a través de distintas maneras con el propósito de alcanzar cierto grado de uniformidad<sup>253</sup> (Fernández Rozas, 2013b, pág. 63).

En el ámbito de los procedimientos de producción normativa, la flexibilización, como tendencia general del derecho, encuentra así una gran manifestación. Siguiendo a Oviedo Albán (2013, Abril/Junio), los instrumentos que componen el derecho uniforme poseen distinta naturaleza,

*“con lo que quiere darse a entender que los mismos no tienen necesariamente origen legislativo o convencional, sino que en ocasiones dichos cuerpos normativos están compuestos por reglas consuetudinarias derivadas del tráfico entre empresarios o que son preparadas por instituciones*

---

<sup>250</sup> Para Perales Viscasillas (2014c), la CNUCCIM –a la que califica como uno de los textos de derecho uniforme de mayor éxito, no solo por el altísimo número de países que la han ratificado, sino sobre todo por la influencia que ha ejercido en la conformación de un derecho uniforme cada vez más sólido y universal, aún en proceso de florecimiento y desarrollo– influyó en la elaboración de los Principios de UNIDROIT y los PECL (págs. 21-24).

<sup>251</sup> Sobre éste último aspecto Cordero Moss advierte que si estos instrumentos son incorporados al contrato y se convierten en los términos del mismo, permanecen sujetos a cualquier norma obligatoria de la ley aplicable. Apoya la anterior afirmación con la redacción del artículo 1.4 de los Principios de UNIDROIT.

<sup>252</sup> A pesar de su importancia y trascendencia, en la actualidad el ejemplo de la CISG es difícil de replicar, en razón al lento y demorado proceso que vivió para ver la luz: *“it took more than a half-century for governments to achieve consensus on a harmonized text, and the subsequent delay in obtaining ratification by governments of the harmonized text is a matter of concern”* (Del Duca, 2012, pág. 112).

<sup>253</sup> Se alude a cierto grado de uniformidad, debido a que el volumen de coordinación pretendido, a partir de la distinción entre la simple armonización normativa (donde se percibe solamente la existencia de unos principios reguladores aunque se mantiene la diversidad entre las reglamentaciones en presencia) y la unificación propiamente dicha, puede ser diverso (Fernández Rozas, 2013b, pág. 63).

*gremiales o en algunos casos intergubernamentales que son sugeridas a los contratantes, para que éstos mediante cláusulas especiales las incorporen a sus contratos” (pág. 51).*

La mayor parte de la unificación internacional se concreta en instrumentos sectoriales, sin que quepa vislumbrar la unificación completa. Dicha sectorialización se manifiesta no sólo en las materias objeto de unificación, sino también en las técnicas de reglamentación utilizadas (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 16). Así las cosas, el ablandamiento de esos procedimientos, para permitir un desarrollo más abierto del derecho de los negocios internacionales, aunado a la armonización – conseguida a través de ellos–, permiten aspirar a “*la reducción de las contradicciones existentes entre los diferentes sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización*”<sup>254</sup> (Fernández Rozas, 2013b, págs. 68-69).

Pues bien, gracias a fenómenos como la globalización económica y la apertura internacional, en las últimas décadas los operadores del comercio transfronterizo han tenido la necesidad de separarse de los ordenamientos nacionales y acogerse a normas supranacionales que les permitan superar obstáculos y facilitar el intercambio, de manera ágil y oportuna. Así, el incremento del comercio internacional y la sustitución de normas jurídicas nacionales, sustantivas y de conflicto, por otras que permiten prevenir más que resolver los problemas que conlleva el tráfico mercantil, han sido los resultados del fenómeno descrito.

El proceso de armonización, menciona León Robayo (2015), ha comenzado a ser asumido tanto por los Estados como por organismos supranacionales, y se decanta en el ámbito internacional, a través de diversos métodos o técnicas de armonización, que se desarrollan por dos diferentes vías de elaboración:

- i) *Legislativa*, cuya labor se realiza por los Estados a través de, por un lado, sus acuerdos para la promoción y protección de inversiones (APPI), tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI)<sup>255</sup> y, por la otra, a través de organismos internacionales, cuyos

---

<sup>254</sup> Según De Miguel Asensio (2013), los progresos en la armonización de normas materiales sobre comercio internacional contribuyen a que remisiones a instrumentos normativos creados en ese marco (v.gr. los Principios de UNIDROIT) puedan aportar un nivel apreciable de seguridad jurídica a la relación contractual, aunque no se integran en un sistema capaz de colmar todas sus lagunas y que garantice la interpretación uniforme (pág. 327).

<sup>255</sup> Todos ellos, categorías de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Éstos, se encargan de regular los aspectos relacionados con la inversión extranjera; de una parte, los aspectos relacionados con la liberalización del mercado, y por la otra, los que conciernen a su protección. Siguiendo a Oñate Acosta (2009), las disposiciones concernientes a la liberalización de la inversión hacen referencia, básicamente, a i) la disminución gradual o a la eliminación permanente de las medidas y las restricciones que dificultan, impiden o prohíben la entrada y la operación de las empresas

expertos, comités y secretarías analizan los puntos de confluencia de las diferentes legislaciones para promover la redacción y puesta en vigencia de textos supranacionales comunes, v.gr. el UNIDROIT, la CNUDMI, el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>256</sup>, etcétera; el inconveniente de este procedimiento de elaboración normativa es la falta de aprobación de los instrumentos por parte de los Estados; y,

ii) *Autónoma*, la cual ante las dificultades que conlleva la creación legislativa, especialmente por la formación de parlamentos antitécnicos, conformados, en su mayoría, por sujetos que desconocen lo suficiente del comercio transfronterizo, así como los trámites constitucionales y legales propios de los países, da forma a la armonización normativa a través de la *producción autónoma* o *no estatal*, normas creadas fuera de la institucionalidad estatal. Así, algunas entidades internacionales, desde hace algún tiempo, se han dado a la labor de crear, recopilar y/o fijar prácticas mercantiles *en espacios generalmente huérfanos de regulación*. Ejemplos de entidades que han participado activamente en este proceso son: la CCI, la FIDIC<sup>257</sup> (Cfr. *Infra. 2.3.1*) y la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (págs. 216-220).

---

extranjeras; ii) la promoción de la aplicación de estándares positivos de tratamiento, con el fin de eliminar la discriminación contra las empresas extranjeras; y, iii) la implementación de medidas y políticas encaminadas a lograr un correcto funcionamiento del mercado; asimismo, las disposiciones que se refieren a la protección de la inversión extranjera, buscan garantizar que los intereses de los inversionistas extranjeros se vean indebidamente afectados por medidas tomadas por el Estado receptor (págs. 849-850).

<sup>256</sup> La OMPI es una organización intergubernamental del sistema de las Naciones Unidas. Su labor consiste en asegurar la protección de los derechos de los creadores y titulares de activos de propiedad intelectual en todo el mundo, y velar por que los inventores y autores reciban el reconocimiento y la recompensa que merecen por su inventiva (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual & Centro de Comercio internacional, 2006).

<sup>257</sup> La FIDIC es la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, fundada en 1913, representa actualmente a más de 60.000 empresas de consultoría con más de 1.6 millones de profesionales en 94 países. Los contratos FIDIC se han convertido en el modelo estándar de contrato de construcción más utilizado a nivel internacional. La primera versión de estos contratos se realizó en el año 1957, y desde esa fecha se han ido generando revisiones y nuevas versiones. Diversos países han adoptado estos contratos como el modelo de contratación pública, o se han basado en los conceptos de FIDIC para crear su propio modelo. Asimismo, el Banco Mundial y otros bancos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo han adoptado modelos de sus contratos para los proyectos que financian, lo que está contribuyendo a su difusión (Lámbal Formación & FIDIC, s.f.). Es de resaltar que la FIDIC diseña modelos de *Contratos internacionales de construcción y solución de controversias*, estando éste último conformado por cinco formas de contratación que en términos generales pretenden establecer reglas comunes, que reduzcan los esfuerzos tanto en la licitación como en la parte contractual. El modelo contractual FIDIC se viene consolidando como referencia internacional desde 1957, para los contratos de construcción y grandes proyectos de infraestructura, así como una base para el uso de buenas prácticas en la solución de controversias, y según el comunicado de prensa de 25 de marzo de 2015 de la Cámara de Comercio de Bogotá, relativo a la conferencia: *Contratos Internacionales de Construcción y solución de controversias*, adelantada el 24 y 25 de marzo del año 2015 en conjunto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), es precisamente ese modelo el que se espera impulsar en Colombia: “*Para estar a la altura de las grandes inversiones*

Pues bien, siguiendo a Fernández Rozas (2013b), una primera clasificación de los métodos que pueden utilizarse para la unificación del derecho del comercio internacional, separa aquellos para los que es menester acudir a la autoridad del Estado, i.e. tratados internacionales, leyes uniformes, leyes modelo, etcetera, de los que dependen únicamente de la voluntad de las partes, aunque cuente con el patrocinio de un organismo internacional, i.e. INCOTERMS, Reglas UCP 600, etcétera. Una segunda, los distingue entre las fórmulas flexibles que no implican obligatoriedad alguna para los Estados, que por la misma causa, presentan el inconveniente de su mayor inseguridad, tanto respecto de su vigencia como de su interpretación, i.e. leyes modelo o recomendaciones provenientes de organismos internacionales, etcétera, y, a pesar del inconveniente que surge respecto del limitado número de Estados parte que suelen tener, fórmulas basadas en un convenio internacional, que tienen, a *contrario sensu*, la ventaja de prevalecer sobre parte de la reglamentación interna de los Estados e imponer su vigencia tanto en la relaciones del tráfico interno como en las del tráfico externo; sin embargo, al restringir su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexisten con la normatividad interna del Estado que rige las relaciones del tráfico interno, generando un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes<sup>258</sup>.

A su turno, para Cordero Moss (2010), la armonización puede ser alcanzada mediante diversas técnicas, las que trata así:

- i) mediante instrumentos vinculantes como la CNUCCIM, “*que crea un derecho uniforme respecto de los contratos de compraventa que regula*”;
- ii) a través de instrumentos elaborados por organismos internacionales y que carecen de efecto vinculante, tales como la ley modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, revisada en 2006; y,
- iii) mediante instrumentos preparados por organizaciones privadas como la CCI, y por definición, carentes de efectos vinculantes, a no ser que las partes del contrato los adopten, tales como los

---

*en infraestructura y vías 4G, Colombia espera adoptar los modelos internacionales usados por la federación Internacional de Ingenieros Consultores*” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2015).

<sup>258</sup> Al margen de esos métodos, estaría la posibilidad de la unificación generada en una Organización de Integración Económica, como la comunidad Europea donde la unificación se presenta a través de actos normativos propios de su derecho derivado (págs. 62-63).



INCOTERMS o la UCP 600: “...Las fuentes cuya autoridad se basa en la persuasión y representación que conllevan, son generalmente referidas como *soft law*” (pág. 30).

Puestas así las cosas, teniendo por finalidad dilucidar la marcada tendencia de las técnicas del *soft law* en el actual panorama de la armonización, y con el ánimo de explicitar al respecto, el fenómeno de su privatización, la homologación del *soft law* a escala estatal y el diálogo de fuentes que el fenómeno genera, así como la complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales ofrece el proceso de armonización jurídica del comercio internacional (*Cfr. Supra. 1.1.2.1, 1.1.2.2 y 1.1.2.2.1*), a continuación se hace alusión a algunos de los principales métodos de armonización, teniendo en cuenta su contemporánea relevancia, su inusitada practicidad, su ausencia de vinculatoriedad, y su relación con los tres ‘*escenarios de recepción*’ mencionados antes (*Cfr. Supra 2.2.1*).

Puestas así las cosas, subsiguientemente se hace alusión a los modelos contractuales y cláusulas modelo o tipo (*Cfr. Infra. 2.3.1.*), por ser el prototipo usado para la incorporación contractual de reglas no vinculantes promulgadas por organizaciones internacionales; asimismo, se hace referencia a las guías legislativas y leyes modelo (*Cfr. Infra. 2.3.2.*), entendiendo que, al igual que los tratados internacionales, su incorporación a los sistemas jurídicos internos de los Estados opera mediante el accionar de los órganos legislativos de los mismos; y, de igual manera, se alude a los *restatements* internacionales (*Cfr. Infra. 2.3.3.*), aclarando que si bien, una de sus principales funcionalidades está en servir a los jueces y árbitros; éstos ostentan muchas otras: actualmente ésta es la categoría con más potenciales destinatarios y usuarios, por lo que éste tipo de instrumentos tiene posibilidad de generar interacción no sólo respecto de cortes estatales y tribunales arbitrales, sino además, con redactores de contratos, asesores jurídicos, académicos e investigadores, y legisladores nacionales e internacionales<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> De Carolis (2010) pone de presente como los Principios de UNIDROIT, principal expresión de *Restatements Internacionales*, a pesar de haber sido esencialmente concebidos como una herramienta encaminada a servir a las partes contractuales de una relación comercial internacional, también han servido como modelo en muchos países para la elaboración de nueva legislación en el campo del derecho contractual en general o respecto a determinados tipos de transacciones. Ello se ha evidenciado especialmente en los países que hicieron una transición hacia la economía de mercado, tales como Rusia, China, Estonia, Lituania y República Checa, pero también en algunos *países desarrollados*, tales como Alemania, Holanda y, más recientemente, España (pág. 66). Por su parte, Kuznetsova (2012) destaca que los Principios han sido llamados para ayudar a la restauración de los principios del derecho privado en Ucrania (págs. 242-245).

### 2.3.1. Los modelos contractuales y la autonomía de la voluntad ¿armonización de facto?

*“Parafraseando a Josseland cuando se refería a los instrumentos públicos, hoy ciertos contratos “marchan uniformes”, esto es, son iguales en todos lados pues las empresas globalizadas imponen “sus” modelos a todos aquellos que contratan con ellas. De este modo los contratos de franquicia, distribución, agencia, licencias de marcas o know how, etc., tienen contenidos uniformes cualquiera sea el lugar donde se celebren o ejecuten, mínimamente adaptados a las legislaciones locales cuando eso sea estrictamente necesario” (Rivera, 2011, pág. 303).*

Independientemente de las leyes del país que rijan el contrato, los *tailor-made contracts*, los contratos modelo desarrollados por empresas o conglomerados económicos, las condiciones generales de contratación, los modelos contractuales desarrollados por organizaciones internacionales, los contratos estándar, los formularios normalizados, etcétera, por lo general, tienen la ambición de regular exhaustivamente todos los aspectos de la transacción<sup>260</sup>. El reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad por parte de los Estados, claro está, es el fundamento principal que tiene el uso de esas formas contractuales; de la misma manera, se fundamentan en la aceptación del modelo propuesto en el sistema jurídico en donde se pretendan utilizar, en su validez a la luz de la ley aplicable al contrato y en su no contradicción con las normas de orden público de los Estados involucrados en la transacción (Rodríguez Fernández, 2012, pág. 82).

Las finalidades de estos modelos podrían reducirse a tres:

- i) servir de instrumentos superadores de la rigidez y abstracción de las normas jurídicas, por adaptarse mejor a la rama mercantil considerada;
- ii) clarificar el complejo entramado de la compraventa internacional, o del contrato internacional de que se trate, proporcionando a las partes contratantes el conocimiento de sus derechos y obligaciones, así como de los eventuales riesgos que la operación entrañe; y,

---

<sup>260</sup> Monéger (2011) anota que en esos modelos se ha tenido por pretensión que el derecho contractual sea dejado en manos de expertos, de abogados a-nacionales; así, el derecho contractual pasa a ser considerado como creación propia: él se crea por sus redactores que utilizan fórmulas antes que ellas mismas se vean cristalizadas en normas (pág. 211). Al respecto, conviene recordar que *“Ningún contrato puede referirse a su propia validez y ningún sistema permite una libertad absoluta a las partes contratantes, cuyo acuerdo se ve en todas partes limitado por reglas de orden públicas y las normas imperativas. Por consiguiente, si bien un contrato válido es indudablemente fuente de derechos legales, todo contrato debe satisfacer ciertos criterios externos de validez. Ni tampoco puede el proceso arbitral elevar el status de los contratos como han pretendido algunos, pues en todas partes se acepta que salvo acuerdo en contrario los árbitros deben decidir de conformidad con reglas jurídicas...”* (Goode, 2010, pág. 87).

iii)evitar la incertidumbre que suele acompañar a numerosos contratos internacionales, debido a la aplicación de normas de DIPr (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, pág. 362).

La utilidad de dichos modelos, está en que la práctica comercial contractual está siguiendo progresivamente la doctrina del *caveat emptor*, sin que las partes contractuales tengan la posibilidad de contar con términos tácitos que las puedan proteger, éstas están obligadas a regular sus propios intereses. Al mismo tiempo, muchos de esos modelos de contratos, a pesar de provenir de sistemas del common law, se rigen por leyes del sistema de derecho civil y son redactados con expectativas de integración del contrato con los términos tácitos contenidos en la ley y la corrección del texto del contrato mediante los criterios de equidad y buena fe, por abogados educados en dichos sistemas: ello conlleva a que la comprensión del alcance, función y relación del contrato con la ley que lo rige, pueda ser diferente a los supuestos sobre los que se basan los contratos modelos usados (Cordero Moss, 2010, pág. 46)<sup>261</sup>.

Lo anterior, aunque puede conllevar aprietos, a su turno, facilita el acercamiento entre los sistemas jurídicos del mundo<sup>262</sup>(*Cfr. Supra. 2.2*). En el mismo sentido, a pesar de crear una gran posibilidad de una aplicación no uniforme a las mismas normas, el hecho de que una convención como la CNUCCIM ya esté en vigor en los Estados que tienen diferentes tradiciones legales, y una variedad de técnicas y fuentes del derecho de los que derivan sus principios y cánones de construcción y uso, facilita la convergencia entre el common law y el civil law (Del Duca, 2012). En efecto, sobre la base de la *pragmática jurídica* la armonización de prácticas y normas del comercio internacional, junto a otros fenómenos, ha causado que el common law y el civil law se desplacen para acercarse

---

<sup>261</sup> En la práctica internacional, generalmente, las partes y sus abogados no se ven obligados a aceptar el modelo, sino que más bien lo utilizan como un punto de partida para la redacción del contrato. Ello, por cuanto se entiende que son operaciones entre iguales, es decir, entre comerciantes con la misma capacidad de negociación. Según Rodríguez Fernández, a ello se aúna que esas condiciones generales de contrato, o contratos modelo, en la práctica internacional provienen no del comerciante, sino de una institución internacional. Es decir, el comerciante no elabora la forma o modelo, como sí sucede en el campo local con las condiciones generales del contrato, sino que adopta una forma modelo que ha sido previamente elaborada por la institución que “*representa el interés de todos los comerciantes en el ramo del comercio internacional de que se trate*” (2012, pág. 81).

<sup>262</sup> En tanto que la práctica comercial parece seguir, en la redacción de contratos que aspiran a ser autosuficientes y objetivamente interpretados, el enfoque del common law; la reformulación de principios parece seguir la tradición del Derecho Civil, dando alta importancia a consideraciones relativas a la justicia equitativa. No obstante, se insiste en separar esos criterios de la tradición legislativa, judicial y doctrinal de los sistemas jurídicos estatales, buscándose favorecer una “*interpretación autónoma basada en estándares internacionales*” (Cordero Moss, 2010, pág. 50).

entre sí, generando vínculos comunes y cada vez más estrechos<sup>263</sup>: viene dándose una mezcla o *acercamiento* entre algunas de las principales características de ambos sistemas<sup>264</sup>. Lo anterior, es potenciado por organizaciones internacionales, como la CNUDMI, el UNIDROIT y la OMC, que han contribuido a la convergencia acelerada por juntar a representantes de ambas tradiciones para la creación de políticas y normas de *hard* y *soft law*, para el beneficio de los Estados, así como para otros destinatarios (Del Duca, 2007, pág. 645).

Ahora bien, los intentos de armonización a través de la adopción de cláusulas o contratos estándar, se conciben más como un complemento a los intentos de armonización adelantados mediante la adopción de instrumentos internacionales, que como un método autónomo de armonización:

*“es evidente que la producción de normas o reglas por parte de las agencias de carácter privado que representan los intereses de los comerciantes buscan formalizar o imponer las practicas ya existentes en un comercio determinado. Por el contrario, la actividad de las agencias que se encargan de la negociación y adopción de instrumentos de carácter internacional buscan la adopción de un orden jurídico ideal para ese comercio”* (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 241-242).

Al respecto, admitiendo la contribución poco significativa a la armonización que *de facto*, da la práctica contractual, y la gran ausencia de datos empíricos para evaluar su impacto, De Ly (2012) propone una tipología de análisis de cinco diferentes formas contractuales que se usan en el comercio transfronterizo:

- i) Los *tailor-made contracts*, o contratos hechos a la medida: son contratos que involucran significativos intereses y/o riesgos económicos, por lo que en dichas situaciones, a pesar de haber una posible estandarización de las palabras y términos usados, la armonización es

---

<sup>263</sup> No obstante, aún persisten grandes diferencias. Siguiendo a Mauro Cappelletti, la primera que existe es la organización de altas Cortes. Mientras que las naciones del common law suelen tener una única alta Corte, los países del civil law suelen tener varias; Francia, Colombia e Italia, por ejemplo, tienen tres cortes diferentes, una para la jurisdicción ordinaria civil y penal, otra para materias administrativas y otra corte constitucional. La segunda diferencia es la discrecionalidad y el poder del juez. En países del common law, la discreción judicial y el peso del precedente son grandes; en cambio, en los otros países suele desconfiarse de la discrecionalidad judicial, por lo que normativamente se les entrega un margen mucho más limitado. La tercera diferencia, es el uso de consideraciones sociológicas que se dan en las decisiones judiciales. Para él, dicho uso se da más en países del common law, a contrario de los países del sistema romano-germánico, en ocasiones, incapaces, o desinteresados, por visualizar las repercusiones sociales de sus decisiones (Del Duca, 2007, págs. 644-645).

<sup>264</sup> Esa convergencia entre las dos principales familias jurídicas, está siendo favorecida no solo por la armonización del derecho de fondo a los contratos internacionales. Para Del Duca, también la armonización en torno al derecho procesal entre los dos sistemas ha avanzado en los últimos años, prueba de ello es el trabajo conjunto que ha adelantado la American Law Institute y el UNIDROIT en torno a la compilación de principios y creación de normas procesales; asimismo, la tecnología impacta de manera significativa esa convergencia: el desarrollo de sistemas electrónicos de información, tales como los ya existentes para la CNUCCIM, facilita la armonización de las normas jurídicas –sobre todo por su difusión, y aplicación e interpretación uniforme– (2007, pág. 641; 2012, pág. 125).

difícilmente un objetivo en cuanto son contratos adaptados a específicas características y requerimientos de la situación concreta;

- ii) Los contratos modelo desarrollados por empresas o conglomerados económicos, que por no envolver altos riesgos económicos o porque su objeto es sencillo y fácilmente estandarizable, únicamente sufren algunas adaptaciones necesarias a cada situación. Los términos de éstos contratos difieren de una empresa, conglomerado económico o firma de abogados, a otro, por lo que los aportes que éste tipo de contratos hace a la armonización, son realmente pocos dado que la armonización dada, está limitada solamente a las compañías que utilizan ese mismo modelo;
- iii) Las condiciones generales de contratación, que otorgan la ventaja de que, sin consideración de la jurisdicción de que se trate, todos los contratos celebrados serán gobernados por los mismos términos y condiciones, por la que la armonización de facto del derecho contractual está limitada solamente a las compañías que utilizan esas mismas condiciones;
- iv) Los modelos contractuales con un uso más amplio, desarrollados para sectores específicos relacionados a ciertas áreas del derecho que rigen transacciones mercantiles internacionales, elaborados por organizaciones especializadas en ciertas áreas, organizaciones regionales o con operación a nivel mundial, tales como la CCI. Dichos modelos, reducen costos transaccionales por ayudar a las partes en el proceso de negociación y redacción contractual, al servir como base para su contrato o al ser adoptados con pocos cambios; asimismo, favoreciendo la contribución a la armonización de los contratos comerciales internacionales, tienden puentes entre distintas culturas y fronteras jurídicas, al ofrecer una plataforma común a agentes provenientes de distintas jurisdicciones; y,
- v) Los contratos estándar, cuyo uso se da en específicas industrias para regular las relaciones dadas entre los miembros de éstas. Así, los contratos estándar pueden ser importantes herramientas para el logro de facto de la armonización, tal como se ha dado en el sector de los *commodities*, o en el bancario con las reglas UCP; sin embargo, a pesar de su importancia, se han disminuido los efectos de los contratos estándar sobre la armonización, esto por varios factores, entre los que podrían señalarse el movimiento que la economía ha dado hacia la

industria de servicios, la especialización cada vez mayor de transacciones económicas, el acatamiento que las transacciones mercantiles deben cumplir a normas de cada estado, lo que las hace más complejas y menos sujetas a estandarización, así como el desarrollo de mercados emergentes, lo que convierte a los mercados en heterogéneos con muchos nuevos operadores comerciales (págs. 154-160).

Sin perjuicio de lo anterior, De Ly señala que el mayor problema con el uso de los contratos modelo como instrumentos armonizadores de facto, así como de las demás formas contractuales, es la falta de información empírica perteneciente a esta práctica. Además, que la armonización por medio de la práctica contractual depende de ciertos factores:

*“First, because the models need to be adopted by the parties, harmonization occurs only if and to the extent that the models are widely adopted in practice without substantial and important amendments. Second, if adopted, they must be applied in a uniform way in order to achieve a harmonizing effect, and this depends on the quality of the model. If the model contract is too much focused on the law and legal tradition of a given jurisdiction, parties, judges, and arbitrators who are not versed in the law and tradition of that jurisdiction may not apply it in a uniform way. Alternatively, concepts used in model contracts having different meaning and consequences in different jurisdictions may be interpreted and applied differently depending on the applicable law and the attitude of judges and arbitrators”* (págs. 157-158).

No obstante, debe reconocerse que la práctica contractual mercantil se interrelaciona, en diversos grados y de distintas maneras, con el proceso de la armonización<sup>265</sup>. Incluso, para algunos autores, los contratos modelo, a pesar de tener como única fuerza jurídica aquella que las partes le confieren a partir de su uso, son una importante manifestación de la *lex mercatoria* por la existencia de un convencimiento, *prima facie*, de que han sido elaborados de forma equitativa por los operadores jurídicos intervinientes en una específica rama de actividad comercial o industrial, aunado a su empleo rutinario (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, pág. 362; Peña Nossa, 2014, pág. 164).

Sin embargo, lo anterior muy difícilmente podría afirmarse respecto de todos esos modelos; y además, no es difícil advertir que la circulación de modelos contractuales importa un avance de la

---

<sup>265</sup> Al respecto, para Fernández Rozas & Arenas García (2013), especialmente fruto del esfuerzo en el ámbito de la compraventa internacional, se han dado una serie de prácticas comerciales concretadas en contratos tipo y, principalmente, en cláusulas modelo, que han tenido una influencia decisiva en el proceso codificador y unificador de este sector en el ámbito internacional, elaboradas por asociaciones profesionales encabezadas por la CCI. Tanto así que, si hoy se cuenta con un instrumento de base como la CNUCCIM, su existencia y generalizada aceptación, radica en que se construyó a partir de un *“importante sustrato de usos y prácticas de carácter profesional”* (págs. 361-362).

cultura jurídica anglosajona, y más aún de EEUU, pues normalmente se ajustan a sus prácticas<sup>266</sup>; al respecto, llama la atención que en la contratación internacional se ha adoptado el *estilo* anglosajón, generalizándose en la práctica, no sólo conceptos sino también los hábitos contractuales del *common law*<sup>267</sup>. En este contexto, el elemento dominante de la escena jurídica de nuestro tiempo, parece ser la circulación internacional de los modelos contractuales uniformes<sup>268</sup>, y no, como podría pensarse, las convenciones internacionales de derecho uniforme ni en el ámbito europeo, las directivas comunitarias (Castro de Cifuentes, 2000, pág. 129; Rivera, 2011, pág. 303).

Por si fuere poco lo anterior, sobre la *neutralidad* de esos modelos, cabe afirmar que éstos no resultan una alternativa satisfactoria, puesto que predominantemente están redactados por empresas o asociaciones de éstas, lo cual lleva a que, en la generalidad de los casos, su contenido sea de formulación y en beneficio unilateral, sin contar con que su redacción se encuentre inevitablemente influenciada por conceptos jurídicos de los países de origen<sup>269</sup> (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 344-345). Por su parte, Fernández Rozas (2013c) destaca que las *formulas contractuales*, de forma casi exclusiva, suelen remitir a un ordenamiento jurídico determinado, coincidente con el del Estado hegemónico en el sector donde tenía su sede la asociación redactora. Ésta técnica ha sido desarrollada por empresas multinacionales que, asegurando la uniformidad en la contratación para

---

<sup>266</sup> Es común que en los contratos internacionales se halle un capítulo de definiciones, extraño al jurista formado bajo el derecho continental, a quien parecerá inútil definir términos como *dólar*, *día hábil* o semejantes; asimismo, es habitual que esos contratos contengan una cláusula arbitral y la sujeción a una norma elegida por la parte dominante (Rivera, 2011, págs. 303-304).

<sup>267</sup> Siguiendo a Escuti (2011), por la internacionalización de la economía y de las políticas empresarias originadas en *el imperio americano*, que impone prácticas o proyectan sujetos y contrataciones que se expanden por todo el mundo, el *common law* van difundiendo. Para éste último autor, “*la globalización ha sido impulsada claramente desde los Estados Unidos de Norteamérica, con el expansivo y expandido corporate governance y en lo doctrinal por lo propiciado por la American Bar Association, la escuela del law and economics, y por el derecho judicial propio de su tradicional sistema, al igual que su particular statute law, al que se siente cada vez más próximo el jurista perteneciente al derecho continental europeo*” (págs. 254-255).

<sup>268</sup> Sin embargo, el tema de la *estandarización de contratos* se encuentra dominado por un pequeño número de organizaciones internacionales, entre ellas la CNUDMI, la CCI y UNIDROIT. Adicional a ellas, el Banco Mundial, FIDIC, The international European Construction Federation –FIEC– “*y un número considerable de firmas de abogados también contribuyen de manera significativa a ese proceso*” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 241).

<sup>269</sup> También conocidos con la denominación de *contratos estándar*, o con un claro anglicismo, *contratos estandarizados*, las asociaciones de empresarios que representan categorías específicas de clientes, tienden a proponer esos modelos con las soluciones más favorables para sus representados. Así, las condiciones generales de venta y los contratos tipo son cada vez más numerosos y de frecuente empleo en la práctica internacional. No obstante, la CCI como cabeza de las asociaciones de comerciantes, ha adoptado un enfoque de carácter abierto que atiende a los intereses de todas las partes: proveedores y distribuidores, vendedores y compradores, con la pretensión de no favorecer a alguna de ellas en específico. En la actualidad, la CCI ha llegado a ofrecer más de 150 contratos modelo (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, págs. 362-363).

todas las empresas integrantes del conglomerado económico, tienen el propósito de defender sus intereses de cara a sus co-contratantes (pág. 143).

Así las cosas, cabe resaltar que la circulación de estos modelos sobre el globo, corre a voluntad de quienes ejercen cierta dominación: ciertas características de la globalización económica, como el volumen de las multinacionales de origen estadounidense y de los grandes despachos anglosajones, y su impacto en el desarrollo de las nuevas tecnologías y modelos empresariales, han contribuido a que durante el último cuarto del siglo pasado, se acentuara la expansión internacional del modelo angloamericano de redacción de contratos, favoreciéndose un clausulado muy detallado y extenso, así como el uso generalizado del inglés en las transacciones internacionales (De Miguel Asensio, 2013, pág. 285). Para Escuti (2011), los EE.UU. son el modelo de referencia para gran parte del globo, al ser el principal proveedor o intermediario en la provisión de capitales del mundo; “*además, es importante señalar como fenómeno significativo del último cuarto del siglo XX y de comienzos del siglo XXI la atenuación creciente y a pasos agigantados de las diferencias entre el civil law y el common law*” (pág. 255).

Evocando la transnacionalidad actual del derecho contractual y las corrientes de dominación que provocan el fenómeno, por su lado, Monéger (2011) destaca que al igual que la dominación llevada a cabo por los franceses o ingleses en el s. XIX, o por los romanos en la antigüedad, la contemporánea procede de una diversidad de fuentes económicas, militares, culturales, etcétera; al respecto, afirma el autor:

*“La transnationalité du droit contractuel commande l'évocation la circulation des modèles juridiques sur le globe au gré des courants de domination au fil des siècles. Cette domination, cette hégémonie qui s'est voulue globalisante au XIXe siècle pour les Françaises ou les Anglais, pour les Américains aujourd'hui, procède, comme pour les Romains, de sources diverses: économiques, militaires, culturelles”* (pág. 211).

Dicho de otro modo, ciertos países influncian, entre otras cosas, la cultura jurídica de los demás. Países dominantes, mediante multiplicidad de canales, v.gr. culturales, académicos, económicos, jurídicos, políticos, etcétera, expanden su influencia:

*“En el mundo existen países, a los que podría calificarse de <<centrales>>, que terminan monopolizando la teoría jurídica y exportando sus modelos, debido a la riqueza de su tradición y del bagaje de la información allí circulante, además del sinfín de recursos con los que cuentan. A su vez, los países <<periféricos>>, por llamarlos de alguna forma, reciben textos jurídicos de otras latitudes sin –comúnmente– tener el acceso extratextual y la información acabada del contexto en el que fueron elaborados, desatendiéndose muchas veces las estructuras jurídicas subyacentes, o coyunturas*



*políticas o intelectuales específicas. De allí que se los haya referido como <<ambientes hermenéuticos pobres>>*” (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 293).

Puestas así las cosas, es necesario afirmar que criticar un texto legal basado exclusivamente en sus influencias, claramente es una visión sesgada. No obstante, no parece dudoso que la circulación de los modelos contractuales, como posibles imposiciones de los usos de las empresas globales, pueda conducir a abusos:

*“De allí que el mismo Galgano recuerda una frase de Rousseau quien decía ‘entre la democracia y el despotismo ilustrado, prefiero la democracia porque nadie me asegura que el déspota sea ilustrado’; lo mismo pasa con la lex mercatoria, la ley de las empresas; nadie puede asegurar que el despotismo de las empresas sea ilustrado y por ello es necesaria <<la mediación cultural de los juristas>>”* (Subrayas fuera del texto original) (Rivera, 2011, pág. 304).

Así las cosas, los modelos contractuales y cláusulas tipo, no siempre tienen por fin armonizar áreas del derecho; pueden buscar simplemente favorecer los intereses de la comunidad comercial para la cual éstos se elaboran o la facilitación de intercambios comerciales internacionales<sup>270</sup>. No obstante, éstos al poder interactuar y servirse de otros instrumentos fruto del proceso de armonización del derecho que regula el comercio mundial, como por ejemplo, directrices no vinculantes o recomendaciones de organizaciones internacionales, tratados internacionales, restatements internacionales, códigos, manuales, guías, prácticas estándar y/o términos uniformes, asimismo, al poder ser redactadas por todo tipo de organizaciones<sup>271</sup>, para servir a los múltiples fines que las

---

<sup>270</sup> Ejemplo de eso último, parece ser la guía “*Contratos modelo para la pequeña empresa. Guía legal para hacer negocios internacionales*”, desarrollada por el Centro de Comercio Internacional (Cfr. *Infra Not. 276*), donde se encuentran modelos de contratos ideados para la incursión de pequeñas empresas en el mercado global, respecto de las siguientes figuras contractuales: Alianza Contractual Internacional, Joint Venture Corporativo Internacional, Compraventa Internacional de Mercaderías, Suministro Internacional de Mercaderías, Manufactura Internacional de Mercaderías, Distribución Internacional de Mercaderías, Agencia Comercial Internacional, y Suministro Internacional de Servicios.

<sup>271</sup> No todos con ánimo armonizador: a modo meramente ilustrativo, cabe enunciar que en dicho proceso participan también entidades pertenecientes a los Estados Nacionales, que reconociendo el estado disímil de la normatividad que regula la contratación internacional, buscan facilitar las cosas a sus nacionales para la inmersión al mercado mundial. Al respecto, cabe poner como ejemplo el documento “*Modelos de Contratos internacionales*” realizado para la Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo (PROMPERÚ), adscrita al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de dicho país, por medio del cual se desarrollan 10 contratos que suelen utilizarse en el comercio internacional enfocados para ser utilizados por Micro y Pequeñas empresas -MYPES-. En dicho documento, aparecen tratadas las figuras contractuales de Compraventa Internacional, Distribución, Joint Venture, Know How, Comisión, Licencia de Marcas, Agente intermediario, Factoring, Franchising – Franquicia, Leasing, así como los respectivos modelos de cada una de dichas figuras (Obregón Chávez, 2012). Asimismo, podría citarse el caso del Plan Cameral de Promoción de Exportaciones, iniciativa nacional española que tiene por objeto “*fomentar la internacionalización de las empresas españolas. En él se integran todas las actuaciones que, en materia de comercio exterior, promueven cada año las cámaras de comercio españolas, en coordinación con ICEX, Asociaciones de Exportadores, Comunidades Autónomas y Turespaña*” (Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Cartagena, s.f.). En la página web del Plan Cameral de Promoción de Exportaciones, se encuentra el servicio “*Modelos de Contratos internacionales*” por medio del cual las Cámaras de Comercio españolas ponen a disposición del público la consulta de

partes puedan poseer en una transacción; revelan su gran versatilidad, funcionalidad y pragmatismo<sup>272</sup>. Dicha interacción no se da en un único sentido, es bidireccional, pudiendo otros instrumentos resultantes del proceso armonizador servirse de éste tipo de modelos para propagarse y difundirse, haciendo que actúen como complemento del mismo.

Ejemplo de esto último, son las *Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaboradas en el año 2013 por el Instituto UNIDROIT. Dichas cláusulas modelo se encuadran en el esfuerzo de divulgación de los Principios de UNIDROIT<sup>273</sup>,

*“un instrumento de soft law con vocación universal, reconocido dentro del mundo académico como un hito en el movimiento de armonización del derecho contractual en el ámbito internacional, resultado de la participación de juristas y practicantes de diversas tradiciones jurídicas quienes, en la búsqueda de las mejores soluciones para el comercio internacional, han establecido una serie de principios y reglas para garantizar una posición equilibrada entre los contratantes”* (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado, 2014, prólogo).

En el documento citado precedentemente, se encuentran cláusulas modelo para elegir los Principios de UNIDROIT i) como derecho aplicable al contrato, dentro de las que aparecen a) cláusulas modelo para elegir solamente los Principios, b) cláusulas modelo para elegir los Principios integrados por

---

modelos de más de 80 contratos internacionales clasificados por los siguientes módulos temáticos: i) Compraventa internacional de Mercaderías, ii) Unión Temporal de Empresas, iii) Financiación Internacional, iv) Transporte Internacional, v) Seguro de Crédito a la exportación, vi) Colaboración mercantil internacional, vii) Transacción internacional, viii) Avals y garantías internacionales; y ix) Seguro de transporte Internacional. Por cada uno de los contratos desarrollados, se puede obtener un modelo del mismo, así como conocer sus objetivos y características (Plan Cameral de las Exportaciones, s.f.).

<sup>272</sup> Aunque suele verse más como complemento a los intentos de armonización adelantados mediante la adopción de instrumentos internacionales, que como un método autónomo de armonización, la utilidad de los modelos contractuales y de cláusulas, para la práctica mercantil es enorme. Aunque aún queda mucho camino por recorrer a ese respecto en el entorno Colombiano, no deja de ser necesario insistir en la practicidad que se revela en dichas fórmulas para quienes intervienen en la negociación de un contrato internacional, o parte de él. Es más, aunque el contrato no sea internacional, las partes pueden basarse en un modelo de éstos o de cláusulas tipo para favorecer y encaminar la negociación, o por tratarse de algún tipo de operación comercial no normado o que consideran inadecuadamente reglado a escala local. Así mismo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden hacer referencia a normas de derecho extra-estatales o acoger el lenguaje de éstas, a fin de resguardar sus intereses v.gr. cuando en la redacción del contrato, se autoriza a cualquiera de las partes a dar por terminada la relación contractual ante un incumplimiento *esencial* por la contraparte, inspirándose en lo dispuesto por el artículo 7.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

<sup>273</sup> Siguiendo a Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), a pesar de los comentarios favorables que han recibido los Principios de UNIDROIT y de uso que en la práctica mercantil éstos han recibido cada vez más frecuentemente, los miembros del Instituto “*son conscientes de que todavía queda mucho por hacer para generalizar su utilización por lo que han redactado un conjunto de cláusulas que se proponen como modelo para su aplicación a los contratos comerciales internacionales y que fueron aprobadas en el Consejo de Dirección celebrado del 8 al 10 de mayo de 2013. Estas cláusulas modelo se proponen para que sean utilizadas por los contratantes ya sea en el momento de la redacción del contrato o ya sea posteriormente para la resolución de los conflictos surgidos. Esperan con ello impulsar el conocimiento y la aplicación de los Principios Unidroit*” (pág. 253).

un derecho nacional en particular, y c) cláusulas modelo para elegir los Principios integrados por los Principios del Derecho Comercial Internacional generalmente aceptados; asimismo, aparecen cláusulas modelo que *ii*) incorporan los Principios como cláusulas contractuales; igualmente, cláusulas modelo que *iii*) hacen referencia a los Principios como medio para interpretar e integrar la CNUCCIM cuando ésta última es elegida por las partes; así como cláusulas modelo que *iv*) hacen referencia a los Principios como medio para interpretar e integrar el derecho nacional aplicable, incluyendo cualquier instrumento internacional de derecho uniforme incorporado en ese ordenamiento jurídico. Las mismas, son redactadas de tal modo que puedan ser incorporadas tanto para la redacción del contrato, como para su empleo luego de que surja una controversia (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2014).

De ésta forma, referida la utilidad que tiene éste tipo de modelos en la práctica mercantil, desde una perspectiva armonizadora<sup>274</sup>, cabe decir que al tiempo que sirven con mayor impacto al proceso armonizador, otro tipo instrumentos surgidos a partir de *la mediación cultural de los juristas*, se presentan como una opción más adecuada para la regulación de las transacciones mercantiles del ámbito internacional en general.

En efecto, al contrario de la connatural preferencia de particulares intereses que se da en la práctica contractual, el proceso de armonización que opera a nivel local por la recepción de ciertos instrumentos frutos de dicho proceso por medio de la legislación, y la práctica judicial y arbitral, al permitir equilibrar el complejo encuentro entre sistemas jurídicos, y al garantizar no favorece *per se* a ninguna de las partes contractuales o agentes del comercio en particular, brinda un equilibrio entre las mismas, propendiendo por la solución justa de conflictos al ofrecer soluciones más adecuadas para el contexto de la relación mercantil. En fin, mediante la armonización que opera por la recepción que a escala estatal se hace mediante los escenarios legislativo y judicial de los instrumentos fruto de dicho proceso, no se pretende imponer prácticas o normas tendientes al favorecimiento de los intereses de determinados sectores o agentes comerciales, sino más bien, tendientes a favorecer el comercio en general. No obstante, ello no implica que pueda suceder lo contrario en la armonización que *de facto* pueda llegar a darse mediante la práctica contractual;

---

<sup>274</sup> Las ventajas que por la vía de modelos contractuales se ofrece a los comerciantes y sus asesores, son inimaginables, y dependerán de las necesidades, intereses y creatividad, de los agentes del tráfico mercantil. No obstante, dichas ventajas podrían quedar en el vacío, si en cada Estado no se cuenta con la adecuada difusión de ese esfuerzo, por lo que debería animarse el abordaje de ese tema en las facultades de Derecho de todos los países.

simplemente, debería llamar la atención respecto del cuidado que debe de tenerse cuando se piense en usar despreviamente algún modelo contractual o cláusula tipo para una transacción en particular.

Sin óbice lo anterior, nada obsta para que los modelos contractuales, como métodos de armonización, pueda interrelacionarse fuera del ámbito de la contratación privada. En efecto, está la posibilidad para que legisladores estatales, en la reforma de sus normas internas, se guíen de modelos contractuales o guías contractuales, a fin de incorporar a los ordenamientos jurídicos nacionales, normas acordes a la práctica contractual contemporánea. Del mismo modo, nada impide que un juez o árbitro, en la resolución de un litigio, pueda acudir a ese tipo de instrumentos para tratar ciertos aspectos de la controversia contractual concreta. Además, ese tipo de modelos es propicio para dialogar con otro tipo de métodos armonizadores: un modelo contractual puede referir, dentro de su clausulado, a otros instrumentos resultantes del proceso de armonización; asimismo, éstos últimos pueden hacer muy operante cláusulas tipo. Asimismo, otros instrumentos de soft law, como manuales, guías (*Cfr. Infra. 2.3.2*)<sup>275</sup>, etcétera, pueden contener modelos de contratos y de cláusulas, o ejemplo de éstos, o remitir a algunas de gran prestigio, elaboradas por entidades con gran reconocimiento a nivel internacional<sup>276</sup>, potenciando el fenómeno.

---

<sup>275</sup> Incluso, cabe advertir la existencia de guías para la redacción de ciertos contratos; ejemplo de ello, es la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de Instalaciones Industriales (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1988). Sobre el particular: “*Esa guía constituye un manual muy detallado y simple que beneficia de manera directa a todas y cada una de las partes involucradas en la redacción de los contratos internacionales de construcción*” (Rojas Tamayo & Rodríguez Fernández, 2008).

<sup>276</sup> Ejemplo de esto último es el Manual de capacitación “*Intercambiar Valor. Negociación de acuerdos de licencia de tecnología*”, elaborado conjuntamente por la OMPI y el Centro de Comercio Internacional (CCI) –EL CCI es el organismo de cooperación técnica de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), dedicada a abordar los aspectos operacionales del desarrollo comercial orientados a la empresa–. Dicho manual contiene múltiples ejemplos de cláusulas de acuerdos de licencia –v.gr. i) de definiciones, para sustituir el acuerdo de confidencialidad previo a la suscripción del acuerdo definitivo; ii) de alcance; iii) de licencia exclusiva, licencia exclusiva que se convierte en licencia no exclusiva después de cinco años y licencia no exclusiva; iv) licenciataria más favorecida; v) territorio; vi) sublicencia; vii) perfeccionamientos, viii) formas de pago, ix) garantías; x) Solución alternativa de conflictos, etcétera–, así como directrices y consejos prácticos de negociación, anexos con información atinente a la propiedad intelectual, a las bases de entendimiento para un acuerdo, ejemplos de acuerdo, etcétera. Sobre el origen del manual, en su prólogo se lee que las entidades elaboradoras: “*organizaron una serie de talleres que se celebraron entre mayo de 2000 y octubre de 2001 en la Ciudad del Cabo (Sudáfrica), Doha (Qatar) y Delhi y Mumbai (India). Los talleres congregaron a participantes de los sectores empresarial, industrial, científico, de investigación y gubernamental de los países africanos, anglófonos, la región árabe e India. El (...) Manual, basado en el material utilizado y probado en dichos talleres, permite ofrecer al público más amplio la oportunidad de beneficiarse de esa experiencia*” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual & Centro de Comercio internacional, 2006).

Recuérdese, la práctica contractual es uno de los compartimentos más importantes de las formas en que la armonización puede operar y expandirse; y a su vez, el proceso de armonización tiene la aptitud de favorecerla, facilitándola. No obstante, debido a que la recepción de instrumentos fruto del proceso de armonización que opera mediante la práctica contractual se da a una escala marginal y dispersa, y además, en razón del gran problema que arroja la falta de información sobre datos empíricos relacionados al impacto de la armonización que *de facto* presenta la práctica contractual, al respecto, se obviará ese componente del estudio en este escrito. Al respecto, cabe recordar que en Colombia, al igual que en los otros países del mundo, los instrumentos fruto del proceso de armonización pueden ser *empotrados* a nivel interno, por distintos agentes, a disímiles escalas, y mediante diversos ‘escenarios’, esto es, por el accionar legislativo, el judicial, el académico y el de la praxis contractual<sup>277</sup> (Cfr. *Supra.* 2.2.1). Sin embargo, la falta de datos empíricos obstruye enormemente el estudio del impacto de esa última vía, esto es, la de la práctica contractual, lo que hace que su análisis, para el caso Colombiano, desborde el alcance de éste escrito.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que ya se perciben sectores de la economía en donde se imponen dichos modelos, cabe agregar que el prestigio de algunas instituciones y de algunos modelos, hace presumir su uso incluso para servir de guía en algunos de los contratos que se confeccionan a escala estrictamente local, y por qué no, en general para ampliar el conocimiento en torno a la figura contractual de que se trate. Al respecto, conviene traer a colación lo dicho por Rodríguez Fernández (2012) cuando manifiesta que:

*“[L]a labor de la gran mayoría de instituciones que representan los intereses de los comerciantes a nivel internacional se ha enfocado en la recopilación de los usos y prácticas reconocidas plenamente y en su materialización a través de fórmulas contractuales modelo. Fórmulas que a su vez se han convertido en un determinante de los modos de comportamiento de aquellos agentes del comercio que no pertenecen a esas instituciones o, inclusive, mercados. Ello, en buena parte, porque se ha considerado que esas fórmulas modelo se constituyen en estándares que reflejan buenas costumbres en las materias sujetas a su regulación. Así, por ejemplo, los modelos contractuales de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores –FIDIC– en materia de contratos de construcción internacional se han convertido en el parámetro general en esa materia, influenciando, inclusive, la contratación de servicios de construcción a nivel local. Por ello, consideramos pertinente reiterar que en la elaboración de esos contratos modelo cuentan mayoritariamente los usos y las prácticas plenamente reconocidas, por lo que su aplicación se considera adecuada para el ramo de negocios que lo utiliza”* (pág. 82)

---

<sup>277</sup> En Colombia, el artículo 4º del C.Com. dicta que *las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles*; dicha norma de carácter especial, es un desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, a partir de la cual se permite que la libertad humana se manifieste como fuente creadora de derecho a través de la celebración de contratos, los que válidamente celebrados, son una ley para las partes y no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo o por causas legales (Art. 1602 C.Civ).

Precisamente, en el campo de la construcción internacional<sup>278</sup> y complejos proyectos de infraestructura, el trabajo de la FIDIC (*Cfr. Supra Not. 256*), mediante la elaboración y desarrollo de modelos contractuales, hace que se hable hoy de la *lex constructionis* (*Cfr. Not. 227*). Tal es su importancia, que Rodríguez Fernández (2005) manifiesta que los modelos contractuales de FIDIC, gobiernan dicho sector de la economía en el ámbito internacional, e influyen en la elaboración de contratos de ese tipo a nivel interno de los Estados<sup>279</sup>. Incluso, para Rodríguez Fernández se ha hecho evidente que el contrato internacional de construcción,

*“posee unos elementos propios y unas cláusulas particulares para ese tipo de contratos, cláusulas que han sido desarrolladas por los participantes en la ejecución de proyectos de construcción y que han sido interpretadas casi sistemáticamente por las cortes y tribunales de arbitramento a nivel internacional”*

A su turno, para Figueroa Valdez (s.f.) los contratos FIDIC, entregan no solo modelos tipo de contrato de construcción, sino además, guías muy útiles de buenas prácticas, las cuales:

*“cubren toda la vida del proyecto, desde su concepción hasta su completa terminación, lo que facilita que todos los actores que participan en la obra puedan enfrentarse con reglas internacionalmente conocidas y aceptadas, que son compatibles tanto con el sistema jurídico del common law como del civil law, todo lo cual va en directo beneficio de la relación contractual de las partes y del proyecto a ejecutarse”* (pág. 23)

Recientemente FIDIC, ha desarrollado nuevas formas contractuales<sup>280</sup>. No obstante, el modelo más importante, de los desarrollados por la FIDIC, son las *Condiciones Generales de Contratación para*

---

<sup>278</sup> El contrato de construcción, se considera internacional si las contratantes tienen su domicilio, su establecimiento comercial o lugar de negocios en países diferentes, o si el servicio que presta el constructor se traslada de un país a otro, como cuando el empleador es un Estado y el contratista una empresa cuyo domicilio se ubica en un Estado diferente al de aquel (Rojas Tamayo & Rodríguez Fernández, 2008).

<sup>279</sup> Siguiendo a Rojas Tamayo & Rodríguez Fernández (2008), la práctica internacional muestra que ese tipo de contratos son elaborados para cada caso particular sobre las bases de alguno de los varios modelos o contratos tipo existentes en el ámbito internacional. Ello, obedece a que el empleador suele financiarse mediante entidades multilaterales de crédito, las cuales han establecido y adoptado pautas o modelos contractuales por los que esperan que se rijan el empleador financiado y su contraparte. Al respecto, la estandarización de los contratos está dominado de manera particular por un pequeño número de organizaciones internacionales, entre ellas, FIDIC y The International European Construction Federation (FIEC). Adicionalmente, el Banco Mundial, UNCITRAL, UNIDROIT y un número considerable de firmas de abogados también contribuyen de manera significativa a ese proceso.

<sup>280</sup> Figueroa Valdez (s.f.) señala que después de varios años de trabajo, FIDIC publicó en 1999 los actuales cuatro modelos de construcción: i) condiciones de contratación para construcción, orientadas a obras civiles cuyo proyecto ha sido desarrollado por el comité, conocido como “Red Book”; ii) condiciones de contratación para proyecto y obra, orientadas a la ejecución de proyectos de obras civiles, eléctricas, mecánicas o electromecánicas, en los que el contratista provee la ingeniería, los suministros, el montaje y la construcción, conocido como “Yellow Book”; iii) Condiciones para contratación llva en mano, orientadas al suministro de plantas de todo tipo u obras complejas de cualquier naturaleza, que deben entregarse listas para iniciar su operación, y en la que, por lo tanto, el contratista provee todo lo que sea necesario para que, a su entrega el comitente o propietario sólo deba operarla, conocido como “Silver Book”;

trabajos de construcción y obras de Ingeniería civil, o también llamado por la doctrina ‘Libro Rojo’<sup>281</sup>. Al respecto, cabe indicar que la FIDIC también ha desarrollado una forma o modelo de subcontrato para ser usada en proyectos internacionales, en donde el contrato principal está basado en el mencionado Libro Rojo, por lo que el subcontrato se encuentra en plena coherencia con la estructura del mismo. Sobre el particular, menciona Rodríguez Fernández (2005) que:

*“Los contratos creados y desarrollados por FIDIC, son modelos que recopilan de una u otra manera la práctica internacional en la materia, lo que en la práctica se ha denominado en “sentido común en la ingeniería” (...) FIDIC ha dominado el mundo de los documentos relativos al mercado de la construcción internacional desde los años sesentas, con formas contractuales tales como las Condiciones de Contrato para Trabajos de Construcción e Ingeniería Civil, o mejor conocido como el “Libro Rojo”, el cual ha venido siendo usado para grandes proyectos de infraestructura. Esta forma contractual ha sido reconocida por varias décadas y podría decirse que es la forma contractual dominante en el mercado de la construcción. Ese estatus reconocido expresamente por el Banco Mundial, quien lo incorporó a sus documentos estándar de licitación para obras”.*

Para finalizar éste acápite, no sobra recordar que es la CCI la entidad que juega el papel más relevante a éste respecto<sup>282</sup> (Cfr. *Infra*. 2.4.3). Al respecto, señala Fiestas Tartiere (2016):

*“Durante las últimas décadas la Cámara de Comercio Internacional ha publicado numerosos modelos de contratos internacionales con el objetivo de reemplazar la elección entre diferentes legislaciones nacionales, que a menudo no se adaptan a las necesidades del comercio internacional, por un conjunto de disposiciones contractuales equilibradas basadas en los usos del comercio y destinadas a proteger los intereses de la parte débil de la relación contractual”* (pág. 40).

Asimismo, cabe decir que es su Comisión en materia de Derecho y Prácticas Mercantiles<sup>283</sup> la que, facilitando el comercio internacional y promoviendo una balanceada autorregulación y un conjunto estandarizado de conceptos, prácticas y criterios para las transacciones que se dan en el ámbito

---

v) Modelo simple de contratación, orientado a obras pequeñas, en que el proyecto es suministrado por el comitente o por el contratista, conocido como “Green Book”(pág. 3).

<sup>281</sup> Rodríguez Fernández (2005) señala que ese modelo en sí mismo, fue diseñado y estructurado para contratos de construcción en los cuales el Constructor realiza las obras encomendadas según los planos y diseños que le ha presentado el dueño de la obra y bajo la supervisión permanente de un *Engineer*, usualmente una firma de ingenieros consultores, contratada específicamente para la supervisión del trabajo del constructor. Aunque fue diseñado para ser usado en eventos donde participan personas de diferentes países, cuando se pretende la construcción de obras tales como autopistas, aeropuertos, puertos, represas, túneles; el modelo no se encuentra limitado única y exclusivamente a dichos trabajos. El libro rojo está compuesto por tres series de documentos: *i)* Una forma de oferta; *ii)* Una forma de acuerdo; y, *iii)* las condiciones contractuales. Éstas últimas están divididas en dos parte principales: *a)* las llamadas ‘Condiciones generales’ que son cláusulas o condiciones que son o deben ser aplicadas a todos los contratos, independientemente de las características específicas del mismo; y, *b)* las condiciones de aplicación particular, las que contienen un grupo de cláusulas que pueden o no ser aplicadas dependiendo de las características del contrato y del lugar de ejecución de las obras.

<sup>282</sup> Sobre el particular, en el siguiente link <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/document-centre/> se encuentra el centro de documentación internacional de la CCI.

<sup>283</sup> Según la información registrada en la página web de la entidad, dicha Comisión, dependiendo el tema de que se trate, trabaja en conjunto con actores intergubernamentales clave en esa área de regulación, tales como la UNCITRAL, UNIDROIT, y la Conferencia de la Haya en DIPr.

internacional entre comerciantes, la encargada de la elaboración de dichos modelos, los cuales se presentan al público como “*una herramienta que permite ahorrar tiempo a los empresarios, abogados y cualquier persona relacionada con la importación y/o exportación de productos o las transacciones comerciales y facilitan la forma de hacer negocios a las pequeñas empresas*”. En últimas, los modelos de contratos y cláusulas de la CCI tienen por objeto proporcionar una base jurídica sobre la cual, las partes de un contrato internacional, pueden establecer rápidamente un acuerdo equitativo y aceptable para ambas partes.

Además, la CCI desarrolla normas voluntarias o sin vinculatoriedad y documentos que facilitan el común entendimiento en el comercio internacional, tales como las UCP 600; las reglas INCOTERMS, la Guía ICC del Comercio Internacional, la Guía ICC para la redacción y negociación de contratos comerciales internacionales, la Guía ICC para el Certificado de Origen internacional, el Manual ICC de Ética y Cumplimiento, las Reglas Uniformes ICC relativas a las cobranzas, las Reglas Uniformes ICC para las obligaciones bancarias BPO, las Reglas Uniformes ICC para las garantías a Primer requerimiento, las Reglas Uniformes ICC relativas al *Forfaiting* (URF800), la Guía ICC a los procedimientos nacionales de reconocimiento y ejecución de laudos según la Convención de Nueva York, Colecciones de laudos arbitrales, etcétera, los cuales se han ido transfigurando paulatinamente en herramientas útiles en incontables transacciones y se han convertido en parte de la estructura del derecho comercial (International Chamber of Commerce, s.f.).

Ahora bien, entre sus modelos contractuales más reconocidos están: el modelo de Contrato de Compraventa Internacional, el modelo de Contrato de Llave en Mano, el modelo de Contrato de Subcontrato (principalmente diseñado para grandes proyectos Llave en Mano), el modelo de Contrato de Franquicias, el modelo de Contrato de Agencia Comercial<sup>284</sup>, el modelo de Contrato de Distribución, el modelo de Acuerdo de Confidencialidad, el modelo del Contrato de Concesión de Venta, el modelo de Contrato de Fusiones y Adquisiciones Internacionales, el modelo de Contrato

---

<sup>284</sup> Este contrato es el más frecuentemente utilizado en términos de organización de la distribución de bienes en el extranjero. Su función económica, radica en satisfacer la necesidad del empresario que decide ampliar su clientela a un lugar diferente al de la empresa, a través de la contratación con un agente local conocedor del mercado y la clientela del lugar en cuestión. En últimas, permite a los empresarios distribuir sus bienes en el extranjero, sin arriesgar el capital en la apertura de sucursales, sino que, mediante el contrato precitado, consigue ampliar su clientela en el mercado en cuestión aprovechándose del conocimiento y experticia del agente en el medio al que pretende penetrar comercialmente (Fiestas Tartiere, 2016, págs. 5-6).



de Licencias de Marca, el modelo de Contrato Internacional de Transferencia de Tecnología, etcétera, así como algunas cláusulas relevantes: v.gr. cláusula de confidencialidad, cláusula de anticorrupción, cláusula de arbitraje, cláusula de *forcé majeure*, etcétera.

### **2.3.2. Homologación legislativa pro-armonización: las leyes modelo y guías legislativas**

*“Gracias a la transformación de los Estados, por influjo de los procesos de integración económica, se han modificado las formas de creación de Derecho, y el soft law es una evidencia de la adaptación a este nuevo contexto global, puesto que la realidad reclama efectividad inmediata y activismo en su adaptabilidad al nuevo entorno”* (Cortés Cabrera, 2014, pág. 60).

De los múltiples textos de soft law que habitan el comercio internacional, como ejemplo de instrumentos resultantes del proceso de armonización que pueden ser acogidos u homologados legislativamente por los Estados, acá pueden citarse a las leyes modelo. Éstas, dado que son *modelos de ley*, tienen el valor de un ejemplo que ilustra, destinado a los legisladores nacionales con la recomendación de que, al momento de dictar las leyes internas en la materia, adopten como tal el modelo propuesto (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 12). Tal como puede desprenderse de su nombre, su función es inspirar al legislador interno a la hora de regular determinada materia.

Al aparecer desde el último tercio del s. XIX numerosos proyectos de leyes uniformes, que han tenido vocación principalmente regional y, en ocasiones universal, tanto para las relaciones del tráfico jurídico interno como para el internacional, las leyes modelo cuentan con una larga tradición histórica. Ante la reticencia de los Estados a incorporarse a leyes uniformes, dado lo radical de su planteamiento que implica una renuncia del Estado soberano de su potestad legislativa al tener que adoptar íntegramente el texto propuesto, se ha acudido a un cause mucho más flexible, transformándose el método o la técnica de armonización, la ley modelo (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 274-275).

Una ley modelo es *“un texto legislativo que suele ser adoptado por lo general en el seno de una Conferencia Internacional, que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno”*. Su papel es cada vez más relevante para la aproximación de las legislaciones estatales en razón, principalmente, por servir a los Estados para la regulación de una materia concreta en la legislación de acuerdo con sus propias necesidades, como soluciones aceptadas internacionalmente

a una materia concreta. De cualquier modo, se trata de una técnica de codificación *alternativa* que comporta un bajo nivel de cooperación internacional, configurándose más, en la mayoría de las veces, en una solución puntual a una concreta situación que como un método genérico de codificación (Fernández Rozas, 2013 b, págs. 64-70).

Como técnica indirecta para lograr la uniformidad del derecho, la ley modelo carece de valor normativo en el sentido de que los Estados no se obligan internacionalmente a integrarla en su ordenamiento jurídico<sup>285</sup> (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 75). Así, dado que se trata de un *modelo de ley*, los legisladores estatales pueden ignorarla, promulgarla tal cual, o con las modificaciones que consideren pertinentes. Además, esa flexibilidad otorga a los Estados, en contraste con los necesarios pero engorrosos procedimientos para modificar un tratado, la potestad de efectuar, solamente mediante el proceso legislativo normal, las modificaciones que consideren pertinentes, una vez sea adoptado el texto de la ley modelo (Del Duca, 2007, pág. 631; 2012, págs. 113-114).

El particularismo estatal, del que está sujeto éste método de armonización, puede verse como un gran inconveniente puesto que su uso mina la posibilidad de una completa uniformidad. No obstante, ese aspecto puede ser positivo si se considera que, mientras se armoniza y actualiza la legislación interna y se pone a tono con la reglamentación aceptada internacionalmente, *se le permite* al Estado modificar o suprimir alguna disposición de la ley modelo, así como adaptar el texto a sus peculiaridades internas. Junto al particularismo estatal, otro inconveniente de las leyes modelo es su interpretación: los tribunales estatales, en principio no están en la obligación de considerar el carácter internacional del texto y la necesidad de promover su uniformidad en la interpretación. Por tanto, la aplicación de una ley modelo es un asunto de derecho interno. Así las cosas, si una ley modelo, al principio puede llevar a cabo una cierta armonización, ello pronto podría perderse, fruto de las divergentes interpretaciones que se tenga en cada uno de los Estados que la hayan acogido (Schwenzer, 2013, pág. 728).

---

<sup>285</sup> Con todo y eso, la proliferación de leyes modelo, determinados actos normativos característicos del derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales o compilación de principios y/o reglas, ejercen como fuentes, en sentido impropio, y pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, así como por el intérprete (Fernández Rozas, 2013b, pág. 74).

La técnica armonizadora de la ley modelo, ha encontrado éxito en algunas instancias; indudablemente, la ley modelo más exitosa ha sido la de UNCITRAL<sup>286</sup> sobre el arbitraje comercial internacional: ésta, junto con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, es uno de los instrumentos más influyentes en esa área del derecho (Kaufmann-Kohler, 2010, pág. 117); como ningún otro modelo de ley, el número de jurisdicciones que la han acogido es impresionante, y por si fuera poco, a pesar del limitado enfoque dado deliberadamente por sus redactores, ‘arbitraje comercial internacional’, un importante número de Estados la tuvo en cuenta para modernizar, además, su derecho doméstico, tanto respecto del arbitraje comercial como del no comercial (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, pág. 168) (*Cfr. Supra. 1.2.2 e Infra. 3.1*).

Asimismo, pueden citarse como otro método armonizador de soft law<sup>287</sup>, entre cuyos eventuales destinatarios están los legisladores estatales, a las guías: organizaciones internacionales han desarrollado, y puesto a disposición de gobiernos y comerciantes, guías de varios tipos. Las de *mejores prácticas* son las que, típicamente, están dirigidas a comerciantes y sus asociaciones. Algunas de estas guías pueden ubicarse como apoyo para la labor contractual (*Cfr. Supra. 2.3.1 y Not. 278*), otras para la práctica comercial, o la legislativa; ello dependerá en todo caso del objetivo buscando con su elaboración. En efecto, también los Estados y sus legisladores son potenciales usuarios de éste método, a través de las *guías legislativas*. Al ser ejercicios educativos, las guías describen a profundidad cuestiones legales, incluyendo los aspectos económicos, técnicos y factuales relacionados; posibles soluciones y explican los conceptos legales subyacentes, entre otros aspectos (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, pág. 170).

Las guías legislativas tienen como destinatarios a los legisladores nacionales o a los particulares cuando redactan un contrato (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 12). Son ejemplos de guías legislativas, la guía de la CNUDMI sobre la creación de un registro de Garantías reales (2013), la

---

<sup>286</sup> Algunos de los ejemplos de leyes modelo elaboradas por la UNCITRAL son: sobre arbitraje comercial internacional de 1985, sobre transferencias internacionales de crédito de 1992, sobre contratación pública de bienes, obras y suministros de 1994, sobre insolvencia transfronteriza de 1997, sobre comercio electrónico de 1996 y sobre las firmas electrónicas de 2001, y sobre comercio internacional de 2002, etcétera (Fernández Rozas, 2013b, pág. 64).

<sup>287</sup> Expresiones de soft law se encuentran, asimismo, a través de *los Principios de UNIDROIT, los PDCE, los International Commerce Terms (INCOTERMS), las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU(UCP)600), las Reglas de York y de Amberes*, etcétera. Los mismos, en ciertas oportunidades, tienen la habilidad, como ya se ha puesto de presente, de interpretar o complementar los ordenamientos nacionales (León Robayo, 2015, págs. 205-206).

guía de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (2007), la guía de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia (2004), las recomendaciones dirigidas a los gobiernos y a las organizaciones internacionales acerca del valor jurídico de los registros de computadora (1985), etcétera.

Éste tipo de métodos armonizadores, sin incurrir en altos costos, además de engranarse a la práctica legislativa de los diferentes estados, facilitándola; incide en la inclinación a regular asuntos relacionados al comercio internacional de forma armónica. Asimismo, estando relacionado al proceso de armonización, visibiliza la hibridación que contemporáneamente se presenta entre instrumentos del *hard* y el *soft law*, así como la homologación de normas *blandas* a escala estatal; en efecto, la recepción por los Estados de guías legislativas y leyes modelo, ha dado lugar a normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales. Ello, indudablemente, representa un diálogo de diversas fuentes jurídicas, y advierte la complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales ofrecen algunos instrumentos del proceso de armonización jurídica.

Ahora bien, cabe destacar que otra importante manifestación del *soft law*, asociada al proceso de armonización jurídica del comercio internacional, actualmente se expresa en los *Restatements* en el comercio internacional. Al respecto, Gopalan (2004) destaca su flexibilidad como una de sus principales virtudes: pueden ser modificados fácilmente, a diferencia de los convenios y tratados internacionales, y además, permite acogerse a unas disposiciones y otras no, ello dependiendo del nivel de confort de las partes con las normas que regirán el contrato. En muchos casos, los *restatements* pueden contener los componentes básicos de una legislación nacional, y en muchos otros, pueden ser un punto de partida clave para el legislador estatal a la hora de modernizar un área del derecho. También sirven como herramienta interpretativa (pág. 157).

Así pues, a continuación pasa a hacerse referencia a ese método de armonización como el prototipo de los instrumentos *soft* del proceso armonizador que es empleado u homologado por Cortes Estatales y Tribunales Arbitrales; sin embargo, no por ello pueden obviarse los otros múltiples eventuales destinatarios de ése tipo de instrumentos, así como sus diversas y eventuales funciones. Por lo anterior, y como se pone de presente en este escrito, ese tipo de instrumentos no sólo son los

que se ofrecen a más destinatarios, sino que también, son los que mejor reflejan la complementariedad que ofrece a los sistemas jurídicos estatales el proceso de armonización, al simplificar y favorecer su interacción con todos los ‘escenarios de recepción’ (Cfr. *Supra*. 2.2.1), mediante un dialogo de fuentes que permite a éstos últimos, el manejo del derecho privado en un ambiente contemporáneo y transnacionalizado.

### **2.3.3. Los Restatements internacionales y su empleo: diálogo de fuentes para un manejo del derecho privado en un ambiente transnacionalizado<sup>288</sup>**

*“... que no están destinados a ser ratificados por los países, pero que al resumir en reglas y principios las prácticas generalizadas del comercio exterior en la materia pueden, entre varias aplicaciones, ser adoptadas por las partes como reglas en sus contratos o servir como guías a árbitros y juzgadores...”* (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 220).

Al igual que los instrumentos analizados atrás, los *restatements internacionales* son una expresión armonizadora de soft law; es decir que, en principio, carecen de vinculatoriedad (Cfr. *Supra* 2.3.1 y 2.3.2). Conocidos como *restatements* en el derecho anglosajón<sup>289</sup>, los *restatements internacionales* nacen de un sistema de creación que se identifica al de una recopilación de soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia. Precisamente, el proyecto de los Principios de UNIDROIT involucró unos verdaderos *restatements internacionales* del derecho contractual<sup>290</sup>: los Principios cumplen varias necesidades prácticas, al ser un cuerpo normativo que contiene principios y normas relativas al fondo del contrato, proporciona un entorno jurídico adecuado para la resolución de conflictos, interpretación de las normas tanto del derecho interno como del derecho uniforme, etcétera (Del Duca, 2012, págs. 114; 2007, pág. 632; Fernández Arroyo, 2010, pág. 64)<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Antes de adentrarse en el desarrollo de éste acápite, vale aclarar que acá no pretende asimilarse ninguno de los ‘escenarios de recepción’ a los Restatements Internacionales (Cfr. *Supra*. 2.2.1 y 2.3). El alcance de los primeros y el de los Restatements, es bien diferente. No obstante, sí se ambiciona mostrar el rol que pueden jugar éstos últimos, especialmente respecto de la jurisprudencia, pero no solamente en relación a ella: se persigue explicitar las relaciones que éste tipo de instrumentos puede generar también respecto de los legisladores estatales y agentes partícipes de relaciones contractuales.

<sup>289</sup> Los *restatements*, mientras buscan principalmente aclarar y consolidar la norma, en ocasiones, también pueden pretender alguna reforma significativa en uno u otro sentido. No obstante, la libertad de los redactores está limitada por algunos principios *de orden público*. Si los redactores de un *restatement* los ignorasen, esto afectaría la legitimidad, y claramente, la utilidad del instrumento resultante (Bermann, 2010, pág. 201).

<sup>290</sup> Fernández Arroyo (2010) trae a colación que, *“es conocido que estos principios (...) constituyen ejemplos de restatements. Entre las varias posibilidades que existen para lograr algún grado de aproximación o síntesis entre distintos ordenamientos jurídicos, puede caracterizarse a los restatements como la recopilación de las soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia o serie de materias...”* (pág. 64).

<sup>291</sup> Para Del Duca, a pesar de convertirse en un ejemplo del éxito que ha tenido la armonización sectorizada – compraventa de bienes, instrumentos negociables, medios de transporte, propiedad intelectual, etc–; la naturaleza

Al respecto, haciendo alusión a los Principios de UNIDROIT como ejemplo de Restatements Internacionales, menciona Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), que:

*“Los Principios Unidroit han sido considerados desde su aparición como un paso significativo hacia la globalización del pensamiento jurídico, en cuanto que representan una codificación privada o restatement de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales. En la redacción de los Principios los redactores fueron capaces de olvidarse de sus estrechos patrones jurídicos y con una gran amplitud de miras, consiguieron el gran logro de llegar a un terreno común. Además han realizado grandes esfuerzos para impulsar su aplicación, ya que sin esta aplicación práctica los principios hubieran tenido un impacto muy limitado”* (pág. 255).

La referencia que de la palabra “*restatement*” se le ha hecho al esfuerzo más representativo de armonización jurídica en materia del derecho de los contratos a nivel global, personificado por los Principios de UNIDROIT, además de los diversos trabajos que paralelamente han venido siendo desarrollados en el ámbito de organismos multilaterales, tales como la Unión Europea, ha propagado la divulgación del término fuera de las fronteras de los EEUU. La justificación del uso del término, podría apoyarse en que:

- i)* los Principios fueron concebidos con la idea, no de introducir nuevas soluciones, sino con la de agrupar soluciones habituales existentes para los aspectos por ellos abarcados;
- ii)* fueron diseñados con un comentario explicativo en letra más pequeña, junto a cada una de sus disposiciones, lo que facilita su comprensión y allana el camino para su difusión y aplicación; y,
- iii)* se formularon por particulares, esto es, no existió la intervención directa de los Estados, por lo que en su mayoría, fueron juristas y profesores que representan todas las tradiciones jurídicas. Esto no implica para nada desconocer el marco intergubernamental en el que se han desarrollado (Fernández Arroyo, 2010, págs. 64-66).

---

limitada de la unificación plantea el problema de como utilizar las normas nacionales que han escapado a la unificación, de modo que puedan ser empleadas adecuadamente y eficientemente por el derecho uniforme. Al respecto, como herramienta interpretativa los restatements internacionales pueden ser de gran provecho (2007, pág. 632).

Al no ser instrumentos vinculantes, los Restatements Internacionales, Principios de UNIDROIT, PECL<sup>292</sup>, no han recibido la influencia de ningún gobierno, ni preferido para su redacción, un sistema jurídico nacional en particular (Gopalan, 2004, pág. 159). Al igual que la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la UNCITRAL (*Cfr. Supra. 1.2.2 y 2.3.2 e Infra. 3.1*), están diseñados para ser una influencia unificadora y fuente de inspiración, pero al mismo tiempo –he allí su gran ventaja–, se prestan como herramienta útil a Cortes estatales y Tribunales Arbitrales, a la hora de decidir un litigio, así como a los agentes mercantiles, para la redacción de sus contratos, mostrando su inusitada practicidad.

Para Perales Viscasillas (2014b), por su forma de presentación, finalidad y contenido, los Principios de UNIDROIT recuerdan más a los *Restatements* que a los códigos de los sistemas del civil law, excepto por lo que se refiere a su redacción. Sin embargo, aun así ésta última

*“acoge las orientaciones de los Restatements al acompañarse también de ejemplos (illustrations) y de un “título” para cada artículo que avanza cuál es su contenido. Por ejemplo, el artículo 2.5. se acompaña de una descripción de su contenido (Rechazo de la oferta)”* (págs. 241-242).

Por su lado, Vargas Gómez-Urrutia (2000) destaca que existe una analogía entre los Principios con los instrumentos que se usan en la práctica y, al mismo tiempo, que los primeros hayan sido consensuados en el seno de organizaciones internacionales no gubernamentales, fuera de los círculos empresariales, lo que los dota de una necesaria neutralidad y contenido más equilibrado (pág. 77).

Para Moreno Rodríguez (2013), los *restatements*, resultado del esfuerzo del *American Law Institute* (ALI), organizan, resumen y reformulan (*to restate* en inglés), en reglas análogas a las de los códigos civiles, las tendencias jurisprudenciales preponderantes en distintas áreas del derecho. Siguiendo al autor,

*“los Principios UNIDROIT van en esa dirección y han tenido el mérito de fusionar en un solo texto soluciones aceptables de los dos sistemas jurídicos imperantes en el mundo: el derecho civil y el common law. Este último, de carácter marcadamente jurisprudencial o casuístico, ya había sido objeto de monumentales labores de sistematización. Ello ocurría en tanto que el derecho civil había experimentado un proceso hasta si se quiere inverso, en que los tribunales han desarrollado y suplido los Códigos y las leyes –en muchos casos vetustos– ‘en diálogos con la doctrina’, según feliz expresión de Lando”* (págs. 291-292).

---

<sup>292</sup> “Lo propio ha ocurrido con los PDCE, inspirados en UNIDROIT, sobre los cuales se ha dicho que no son principios en la acepción de “principios generales del derecho”, “como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de tal carácter tan abstracto que necesitan a posteriori un proceso de concreción”. En UNIDROIT y en los principios europeos en él inspirados estamos más bien ante normas de características generales opuestas a normas concretas o reglas” (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 295)

Tal como lo resaltan Goode, Kronke, & McKendrick (2015), lo que más distingue a los Principios UNIDROIT, y a los PECL, es que estos no fueron emitidos por cuerpos legislativos tradicionales. Son esencialmente, herramientas no vinculantes hechas para ponerlas a disposición de la comunidad internacional en la adopción de sus contratos, y para el uso de jueces, tribunales y legisladores estatales e internacionales (pág. 465); acá se hace evidente el ánimo para que ocurra la *aplicación por persuasión* de la que se refirió atrás (*Cfr. Supra. 1.1.2.1*).

Pretendiendo denotar el carácter no estatal de estos instrumento normativo, se adoptó el término *Principios*, aunque claro está, la mayor parte de sus disposiciones son técnicamente “reglas” y no “principios”. En realidad, no existe consenso en la doctrina respecto del término *principios*, pues es ampliamente usado en diferentes contextos (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 294; Magnus, 2012, págs. 164-166)<sup>293</sup>.

Sobre el particular, Magnus (2012) reconoce que generalmente se entiende por *principios*, aquellas normas generales de naturaleza más bien abstracta, que para ser desarrolladas, a su vez requieren de normas que los concreten. Entre las reglas concretas y los principios generales, no existe una frontera claramente delimitadora, por lo que generalmente es fácil distinguir los extremos, pero en ocasiones no ocurre igual con las normas que se encuentran entre éstos (pág. 162). Para Magnus, en el pasado reciente, el término *principios* ha recobrado un nuevo sentido, gracias a los PECL y a los Principios de UNIDROIT:

*“All these principles are sets of rules, appearing mainly in the form of statutes or international conventions, or sometimes even codifications. They contain both general provisions and many concrete*

---

<sup>293</sup> A pesar de parecer infructuoso hacer una lista detallada de los posibles usos que pueden tener los *principios* del derecho civil y comercial, algunos ejemplos son de utilidad para comprender la diversidad de categorías en las que estos pueden hallarse. Sobre el particular, Magnus (2012) resalta que las referencias a los principios pueden encontrarse en: i) los sistemas jurídicos estatales, en donde se hayan como adiciones a las normas promulgadas, *they are the raisins in the cake*. En el derecho estatal, también es posible encontrar principios en convenciones adoptadas, v.gr. reconociendo el principio de buena fe o el de libre autonomía de la voluntad; ii) en el ámbito judicial, donde es inusual hallar decisiones que tengan como base únicamente principios generales, por cuanto los jueces prefieren basar sus decisiones en reglas concretas, y precedentes, de los que la solución al caso puedan ser directamente derivada; iii) en el campo académico, en el cual el derecho privado parece ser el *suelo más fértil* para el desarrollo de tales principios; iv) en el art. 7(2) de la CNUCCIM, que hace referencia a los *principios generales en los que se basa la Convención*, idéntica disposición a la que se encuentra en otras convenciones internacionales, tales como las convenciones sobre arrendamiento financiero internacional y sobre factoring internacional de UNIDROIT; y, v) en algunos contratos internacionales, en los que se hace alusión expresa a los *principios generales del derecho* como derecho aplicable al contrato. Dicho tipo de disposiciones, a pesar de ser desconocidas por Cortes estatales, son calificadas como válidas por tribunales arbitrales, los que se dan a la tarea de determinar el contenido de dichos principios, para lo que recurrir a la vaga *lex mercatoria*, o a los Principios de UNIDROIT, puede resultar de mucha ayuda (págs. 164-166).



*rules. For this reason, Drobniĝ, for instance, has criticized the use of the word 'principles' in their titles as misleading. He would have preferred that they be called 'basic rules'. Nonetheless, they can be termed 'general principles' because they abstract from national laws. However, we should be aware and mindful that terminology does not necessarily determine contents. These modern principles certainly belong to our subject as well; indeed, as we will see, the focus is on them when today's international unification of law is considered"* (pág. 163).

No obstante, se resalta que los redactores quisieron *immunizarlos* de eventuales connotaciones semánticas que los acercaran a los sistemas preponderantes en el mundo del civil y common law: al utilizar la palabra "principios" hubo un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término; pudieron denominarlo Código o Code, lo que denotaría sanción legislativa o análoga, o como ley o law, o como Restatements (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 294-295).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe decir que los Restatements Internacionales escapan al problema que persigue a los tratados y convenciones internacionales: no necesitan ser ratificados. Los esfuerzos hacia la armonización del derecho comercial internacional, hasta antes de la aparición de los Principios, habían adoptado, preponderantemente, la forma de instrumentos vinculantes (tratados, convenios) y leyes modelo. Sin embargo, con su aparición se transformó el panorama y se reflejó que, compilaciones de normas hechas a medida del comercio, con soluciones neutras, hechas por académicos y especialistas en el tema, sin carácter vinculante, sedujeron a comerciantes, y jueces y árbitros por todo el mundo. El fenómeno se ha expandido, haciendo que se piense cada vez más en recurrir a medios legislativos no tradicionales para la armonización del derecho del comercio internacional.

En reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, los Restatements Internacionales son flexibles en su aplicación, tienen un lenguaje directo y conciso para facilitar la comprensión por juristas y no juristas, de forma que puedan ser fácilmente entendibles en todo el mundo; en ese sentido puede hablarse de ellos como "*lingua franca, checklist de situaciones que implican negociación o incluso como esperanto de los negocios internacionales*" (Pablo-Romero Gil-Delgado, 2014, pág. 256). Al respecto, menciona ésta última autora que:

*"...aunque algunas normas incluidas en los Principios puedan no estar aceptadas con carácter general en un derecho nacional en concreto, las soluciones en ellos incluidas, son reconocibles en muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo, aunque no coincidan exactamente con la ley de un determinado ordenamiento nacional. Y solo un pequeño número de artículos suponen una auténtica novedad y la razón de ellos hay que buscarla en las especiales necesidades de la contratación internacional. Así, los arts. 6.2.1 a 6.2.3, (hardship), los arts. 7.1.4, 9.1.9 y el art. 3.1.2, que declara la validez del contrato mediante el acuerdo de las partes sin que sea necesario ningún otro requisito*

*adicional como la causa o consideration. Y, lo que puede resultar sorprendente, es que estas normas auténticamente novedosas, han recibido comentarios favorables por la doctrina e incluso han sido tenidas en cuenta en la interpretación del derecho nacional en algunos casos” (Pablo-Romero Gil-Delgado, 2014, pág. 256).*

Puestas así las cosas, cabe admitir que los Principios de UNIDROIT, siendo la principal expresión de los Restatements Internacionales como método de armonización, tienen un sinnúmero de funciones y ello le permite interactuar con múltiples agentes relacionados a la praxis mercantil, facilitando subsecuentemente diálogos de fuentes que, en últimas, lo que permiten es un manejo adecuado del derecho privado en el actual ambiente generado por la globalización. Lo anterior, en la práctica está haciendo que se facilite y propicie una interacción inesperadamente fuerte en los últimos años, lo que faculta a que disímiles agentes, como jueces, árbitros, partes contractuales, legisladores nacionales, académicos, etcétera, pongan a dialogar diversas fuentes jurídicas con ese tipo de instrumentos, en aras de darle un tratamiento contemporáneo y/o transnacionalizado al derecho privado.

En efecto, algunos legisladores nacionales se han valido de los Principios como modelo para la elaboración de nueva legislación en general, o respecto de determinados contratos; ello se ha evidenciado principalmente en los países que hicieron transición a economías de mercado, v.g. Ucrania, Rusia, China, Estonia, Lithuania y República Checa, pero también en algunos *países desarrollados*, tales como Alemania, Holanda y, más recientemente, España (De Carolis, 2010, pág. 66; Kuznetsova, 2012, págs. 242-245); asimismo, cada vez más, cortes estatales y tribunales arbitrales los tienen en cuenta para su aplicación práctica en la resolución de conflictos; en dicho escenario, pueden usarse como argumento de autoridad, como cuerpo normativo para hacer ejercicios comparativos, para la interpretación y/o complementación de otros instrumentos de derecho uniforme, así como de normas del derecho interno, para el fortalecimiento de la justificación de sus decisiones, así como también para la solución de litigios en general, etcétera. De la misma manera, al poderse usar por las partes de un contrato, los Principios hacen que la convergencia jurídica se vaya materializando paulatinamente; ello, se potencia si se considera que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, los Principios pueden utilizarse también en contratos que no sean de índole internacional, adoptando términos propios de éste instrumento, o haciendo remisión expresa a él, siempre que no se contravengan disposiciones de orden público internas.

Por lo anterior, se considera que actualmente ésta es la categoría más interesante de la armonización, con más potenciales destinatarios y usuarios. En suma, aunque están diseñados para ser una influencia unificadora y fuente de inspiración, al mismo tiempo, se prestan como herramienta útil a cortes estatales y tribunales arbitrales, a la hora de decidir un litigio, así como a los agentes mercantiles, para la redacción, negociación y ejecución de sus contratos, mostrando su inusitada practicidad. Al mismo tiempo, cada vez que éstos se emplean en diferentes ámbitos por sus disímiles destinatarios y usuarios, se impulsa su difusión y propagación, no solo para servir en transacciones a nivel transnacional, sino también a escala estatal (*Cfr. Infra. 3.2*).

#### **2.4. Los ‘vehículos’ que atraviesan el Puente, agencias armonizadoras**

*“el término ‘agencias’ describe un aspecto de las actividades de organizaciones internacionales, pero apropiadamente cubre todas ‘las nuevas’ organizaciones legislativas internacionales. Un número significativo de agencias ha surgido en los últimos 100 años”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 249).

En la armonización del derecho están implicados muchos organismos y organizaciones internacionales, algunos de los cuales operan tanto a escala regional como global. Algunos, se especializan en una rama concreta del ordenamiento jurídico, mientras que otras abarcan diferentes ámbitos; asimismo, mientras unos representan intereses gubernamentales, otros representan intereses privados. Algunos tienen carácter permanente con una sólida estructura funcional, en tanto que otros aparecen y desaparecen de acuerdo a las necesidades del momento (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 24). Del mismo modo, pueden coincidir en el campo del derecho por el que trabajan en armonizar<sup>294</sup> y, tal como ya se dijo, en el método utilizado para la toma de decisiones interna respecto de las normas uniformes elaboradas; precisamente, ese último rasgo es uno de los característicos de la armonización actual (*Cfr. Supra. 2 y 2.2.1*)<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> La floreciente creación de agencias que trabajan por armonizar el derecho comercial internacional, cuyo ámbito de acción tiende a solaparse, no es necesariamente negativo en la medida que ello fomenta una *competencia sana*. Sin embargo, éstas deben actuar coordinadamente con el fin de evitar desperdiciar tiempo, dinero y esfuerzos. De ello, De Carolins pone como ejemplo a UNIDROIT y UNCITRAL, quienes, en la práctica, a través de sus secretarías trabajan conjuntamente con el objeto de evitar la duplicación de esfuerzos. Para el autor, dicho fin sería más asible si se creara un mecanismo informal de consulta en el que participara las agencias armonizadoras, v.gr. a través de un comité conjunto integrado por representantes de las secretarías respectivas y un número limitado de Estados designados (2010, pág. 43).

<sup>295</sup> Formalmente, las organizaciones intergubernamentales, en sus sesiones de trabajo, están abiertas a la participación, en calidad de observadores, de representantes de organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales y se les permite unirse a todas las sesiones en las mismas condiciones que los miembros, con la única excepción de que no tienen derecho a voto. Esa excepción es, no obstante, de poca importancia; casi nunca se siguen los procedimientos formales de las organizaciones internacionales fundadas sobre la base de negociación y la unanimidad (o la mayoría) de la votación. Por lo general, llegan a sus decisiones por consenso: se hacen los esfuerzos

Por lo anterior, un estudio exhaustivo de cada manifestación de los movimientos en pro de la armonización jurídica del comercio internacional del derecho, desborda ampliamente los alcances de este escrito. Por eso, y en consideración al objetivo y finalidad de este documento, a continuación se presentará de manera sintética algunos de los principales organismos donde se lleva a cabo acciones para la armonización del derecho del comercio internacional, así como los instrumentos más característicos. Se resaltan las particularidades más relevantes, no pudiendo abordar el estudio exhaustivo de cada cuerpo normativo por la extensión que ello implicaría. Asimismo, se menciona el rol que ha jugado la OEA en la armonización regional que se ha buscado en el continente americano.

#### **2.4.1. La Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)**

*“Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional”* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, s.f.).

Siendo establecida en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, para ser el vehículo a través del cual *“las Naciones Unidas desempeñarán un papel más activo en la reducción o eliminación de los obstáculos jurídicos con que tropieza la corriente del comercio internacional”*<sup>296</sup>, la CNUDMI tiene por objeto *“promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional”* mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos, en diversos temas clave del derecho mercantil<sup>297</sup> (Kaufmann-Kohler, 2010, pág. 117). Esos temas

---

necesarios, durante las sesiones de trabajo, para tener en cuenta todas las preocupaciones planteadas y, de esa manera, llegar a un texto final aceptable para todos (De Carolis, 2010, págs. 52-53).

<sup>296</sup> La creación de un sistema internacional de leyes se presentó como un objetivo necesario que, respondiendo a la misión de preservar la paz y organizar la cooperación entre las naciones, impulsaría el sistema económico liberal (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 24-25).

<sup>297</sup> Así las cosas, según la *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *“Estos instrumentos se negocian a través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos, los Estados miembros de la CNUDMI, los Estados no miembros, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales invitadas. Como consecuencia de este proceso inclusivo, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico. Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones*

comprenden en concreto, la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías<sup>298</sup> (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 250).

UNCITRAL, además de ser la organización que mejor refleja el peso del sector privado en la elaboración de sus instrumentos, tanto de hard law como de soft law, constituye la principal usina generadora de derecho comercial internacional. Así las cosas, para Perales Viscasillas (2014a), la Comisión

*“es la institución que puede responder a los problemas jurídicos universales que se plantean en [el] comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Uncitral ha logrado aunar los principios jurídicos provenientes de diversos ordenamientos, mediante equilibrios complejos y delicados; se legitima así su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada, sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales y del arbitraje comercial internacional, como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o la Cámara de Comercio Internacional”* (pág. 4).

Su metodología, concretada en la existencia de seis grupos de trabajo establecidos por materias, en el marco de los cuales se discuten conjuntamente, los textos jurídicos por delegados de los Estados –cuya procedencia, en la mayoría de los casos, está relacionada con el sector privado– y por representantes de las más variadas entidades que van desde organizaciones internacionales universales y regionales de carácter interestatal o supranacional, hasta instituciones académicas más o menos representativas, pasando por una amplia gama de entidades privadas (cámaras de comercio, cortes de arbitraje, asociaciones de abogados, clubes de árbitros, asociaciones de bancos, etcétera), da cuenta de esa situación. Así como están actores que apoyan el sector privado, entre los observadores estatales suelen aparecer algunas entidades dedicadas a la protección y promoción de determinados intereses generales, v.gr. organizaciones ambientalistas, etcétera<sup>299</sup> (Fernández Arroyo, 2010, págs. 60-62).

---

*Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional”* (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, 2013, pág. 1)

<sup>298</sup> Para coadyuvar en la interpretación uniforme de sus textos, la UNCITRAL estableció un sistema de reporte de los fallos basados en aquellos bajo la denominación “CLOUT” (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 284-285).

<sup>299</sup> Según Rodríguez Fernández (2009), los instrumentos que se negocian al seno de la CNUDMI son sujetos de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos: Estados –miembros y no miembros–; organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales: “Por lo tanto, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico. Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser

Así, la Comisión es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que prepara textos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales<sup>300</sup>. En el curso de su actividad, los métodos que utiliza la Comisión, operan en, y envuelven, los diferentes niveles de compromiso logrado por los Estados:

*“Tales metodologías se ubican en tres categorías: 1. Legislativas (Convenciones, leyes modelo y modelos legislativos); 2. Contractuales (formatos contractuales estándar, cláusulas y reglas comunes); y, 3. Notas explicativas y guías legislativas para uso en la práctica legal” (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 251-252).*

A nivel de la CNUDMI, respecto de la hibridación que se da entre el soft y el hard law, y la practicidad de ésta (*Cfr. Supra 1.1.2.2*), Moreno Rodríguez (2010) pone un ejemplo, cuando resalta que la Comisión ha generado instrumentos que no son necesariamente tratados o leyes modelo, tales como *guías legislativas* con indicaciones de regulación deseables, además de *recomendaciones*, *notas* e incluso *interpretaciones*, como las hechas respecto de un texto no claro de la Convención de Nueva York que regula la ejecución de laudos arbitrales<sup>301</sup>; esto último acarrea fecundas consecuencias:

*“UNCITRAL no elabora un nuevo tratado, puesto que ello requeriría nuevamente del engorroso trámite de ratificaciones. Sin embargo, de hecho –en el fondo– queda modificado el tratado con esa interpretación <<oficial>>, sobre todo si se considera que no era la única que cabía” (pág. 260).*

---

*reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional” (pág. 252).*

<sup>300</sup> Entre los textos legislativos que ha desarrollado, cabe mencionar: la CNUDMI; la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; la Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente; la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito; la Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales; el Convenio sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo); el Convenio sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; el Convenio sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam), la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, etcétera. Por otro lado, entre los textos no legislativos que ha desarrollado, se encuentra el reglamento de Arbitraje; el reglamento de Conciliación; las notas sobre la Organización del Proceso Arbitral; la Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales; la guía jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, etcétera.

<sup>301</sup> La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, según Moreno Rodríguez (2010), es un hito para la consolidación del arbitraje internacional. Ese instrumento no solo facilitó la propagación –cual reguero de pólvora– del arbitraje en el mundo, sino que también abrió la compuerta al *derecho transnacional*. Al éxito de ese instrumento, debe sumarse el aggiornamento en los derechos internos de las reformas normativas que abren la puerta a la Ley Modelo de arbitraje de la UNCITRAL. Así mismo, una amplia apertura muestra hacia el *derecho transnacional* los reglamentos de las principales instituciones arbitrales del mundo (págs. 278-283).

La recomendación a la que se refiere Moreno Rodríguez, es la “*Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*” por medio de la cual UNCITRAL, a través de un método de soft law, esto es la recomendación, unificó, a través de su fuerza persuasiva, una interpretación más amplia de una disposición de hard law, la Convención de Nueva York -1958-<sup>302</sup> (De Carolis, 2010, pág. 63).

Con las convenciones, recomendaciones, modelos de ley, guías legislativas, modelos contractuales y de cláusulas, y demás instrumentos elaborados, la CNUDMI crea soluciones aceptables para los diferentes sistemas jurídicos, incluido el *common law* y el *civil law*<sup>303</sup> (Del Duca, 2007, pág. 657; 2012, pág. 147). Asimismo, disminuye los obstáculos para el comercio internacional:

*“la importancia de los textos de la Uncitral se mide además de lograr la unificación del régimen jurídico de los instrumentos principales sobre los cuales gira el comercio mundial, por la superación de las barreras psicológicas que para los juristas y, en menor medida, para los comerciantes supone una adaptación a un nuevo marco normativo, no siempre familiar, que se aparta de los principios jurídicos que se creen inamovibles e inmutables”* (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 10).

Los textos de la UNCITRAL –especialmente, la Convención de Nueva York, la Convención de Viena, la Ley Modelo de Arbitraje y la de comercio electrónico– han conseguido la aceptación de Estados de muy diversa tradición jurídica, política y económica, por reflejar de forma equilibrada y consensuada sus intereses en el comercio internacional; estableciendo además, un conjunto de reglas sistémicas y uniformes sobre los puntos más importantes que afectan las transacciones comerciales, por lo que han llegado a convertirse en instrumentos normativos de aplicación universal, gracias a

---

<sup>302</sup> Adoptada por la CNUDMI el 7 de junio de 2006, esta recomendación se redactó “*en reconocimiento de la importancia creciente del comercio electrónico, la promulgación de leyes internas y la jurisprudencia, que son más favorables que la Convención de Nueva York en cuanto al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales*”. La recomendación alienta a los Estados a aplicar el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York “*reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas*”. Asimismo, la recomendación alienta a los Estados a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Las dos opciones del artículo 7 revisado establecen un régimen más favorable para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales que el previsto en la Convención de Nueva York. En virtud de la “*disposición legal más favorable*” contenida en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, la recomendación puntualiza que “*toda parte interesada*” debería poder “*acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje*” (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, s.f.).

<sup>303</sup> Para Perales Viscasillas, respecto del proceso de elaboración de los instrumentos desarrollados por la CNUDMI, “*el ‘espíritu’ de compromiso está presente en ellos y aquí es donde radica el mayor éxito de la Uncitral: la producción de resultados aceptables para todos los sistemas jurídicos e intereses enfrentados*” (2014a, pág. 11).

su amplia aceptación y diversidad de los países representados durante su formulación<sup>304</sup> (Perales Viscasillas, 2014a, págs. 8-9).

Por su parte, Schwenzer (2013) resalta que las falencias que encuentran la mayoría de comerciantes que se desenvuelven en el tráfico económico internacional, ilustran la urgente necesidad de promover la armonización, si no la unificación en estricto sentido, del derecho contractual en general. Para la autora, la UNCITRAL es el sitio más apropiado para acoger este proyecto: mientras que un esfuerzo regional se centra en las leyes de los países involucrados, la Comisión tiene la oportunidad de embarcarse en un trabajo más global. De hecho, la CNUDMI es el único foro con la participación universal, es decir, todas las regiones del mundo tienen la oportunidad de contribuir en igualdad de oportunidades (pág. 727).

Ahora bien, uno de los ejemplos más ilustrativos de un texto adoptado por la UNCITRAL, que además de haber sido ampliamente aceptado en todo el mundo, armoniza sistemas legales, ha sido la CISG. En efecto, al centrarse en el desarrollo y la unificación del derecho comercial mediante la adopción de una norma uniforme aplicable a los contratos mercantiles internacionales, ese instrumento se convierte en el punto de partida para la posterior proliferación de instrumentos que propenden por la unificación del derecho contractual y del derecho comercial internacional (Del Duca, 2007, pág. 657; 2012, 147).

#### **2.4.1.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM)**

*“Esta convención ofrece un régimen legal completo y detallado aplicable a la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, así como a las obligaciones del comprador y del vendedor, a los derechos y acciones de las partes en caso de incumplimiento y a otros aspectos del contrato. La Convención entró en vigencia el 1° de enero de 1988”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 403).

---

<sup>304</sup> Siguiendo a Perales Viscasillas, es resaltable que la CNUDMI haya podido conjugar, “no sin pocas dificultades, las barreras jurídicas presentes en toda elaboración de textos para los que se pretende una aplicación universal. Es en el triple plano representado por las barreras jurídicas (países del civil law frente a los de common law), económicas (conflicto norte-sur) y políticas (países de economía planificada – países de economía liberal o, con otras palabras, conflicto este-oeste) donde se producen los más duros debates en la elaboración de los instrumentos del DUCI [Derecho Uniforme del Comercio Internacional]” (2014a, pág. 9)



La Convención es la manifestación más relevante del derecho uniforme del comercio internacional, concebido como la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales para dotarlas de mayor seguridad jurídica y para facilitar al operador jurídico la previsibilidad del derecho<sup>305</sup>. Por si fuere poco, además de haber sido adoptada por un número importante de países, la CNUCCIM inspiró importantes iniciativas ulteriores en la elaboración de normas uniforme en el ámbito contractual. Así las cosas, la CNUCCIM, en razón a su éxito y cobertura global, es el punto de arranque natural de cualquier estudio sobre unificación o armonización del derecho del comercio internacional<sup>306</sup> (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, págs. 373-375; Ferrari, 2010, págs. 227-228; Magnus, 2012, pág.173; Moreno Rodríguez, 2013, pág. 280).

La CNUCCIM intenta alcanzar un equilibrio entre lo sintético del *civil law* y lo analítico del *common law*, constituyendo un verdadero punto de encuentro (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, pág. 374; Ternera Barrios, 2009, pág. 399). En un texto convencional de derecho uniforme, la CNUCCIM reúne principios, reglas, usos y costumbres aplicables al contrato preponderante del comercio internacional: la compraventa internacional de mercaderías. Asimismo, regula aspectos concernientes a la formación de dicha figura contractual, así como derechos sustantivos de las partes derivados del mismo. La CNUCCIM recoge en un sólo texto las cuestiones relativas a la perfección del contrato y al contenido del mismo (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 280; Ternera Barrios, 2009, págs. 401-408).

La diversidad de las legislaciones de los Estados, que supone una dificultad significativa en el tráfico internacional, justifica la necesidad de una convención semejante: aspectos tales como el derecho aplicable a la operación, derechos y deberes de las partes, supuestos de incumplimiento contractual, entre otros, hallan respuesta en el ordenamiento interno cuando la relación no sobrepasa fronteras. En cambio, en el ámbito internacional, al ser varios los derechos conectados, no es posible *a priori*

---

<sup>305</sup> Es, sin lugar a dudas, uno de los textos convencionales más importantes de las últimas décadas y ha sido suscrita por más de setenta Estados con sistemas sociales, políticos y jurídicos diferentes. La Convención se presenta como un texto adaptado, para contribuir a una respuesta adecuada a los problemas planteados por la contratación internacional en un mundo tan interrelacionado como el actual (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, pág. 374).

<sup>306</sup> Según Perales Viscasillas (2014a) “*La defensa del derecho interno no uniforme a ultranza debe dar paso a un nuevo enfoque del derecho marcado por la internacionalidad, globalidad y uniformidad del comercio mundial. Pasos que los textos de la Uncitral, singularmente la Convención de Viena, han sabido superar con creces, como lo demuestra su supremacía técnica y normativa sobre compraventa internacional de mercaderías que se configura como el modelo preferido para la moderna contratación civil y mercantil, nacional, regional e internacional*” (pág. 10)

determinar cuál será el derecho que regirá la operación puesto que ello se conocerá una vez nazca el litigio y se conozca el órgano jurisdiccional que haya de resolverlo. Dicho escenario no satisface las necesidades del comercio internacional, en el que resulta fundamental el cálculo previo de las circunstancias que, pueden materializarse en la operación de que se trate y la determinación del régimen jurídico con anterioridad a la aparición del conflicto. Al respecto, según Fernández Rozas & Arenas García (2013),

*“El alto número de Estados Parte es causa de que la previsión acerca de los tribunales que conocerán acerca del litigio en caso de que surja éste entre los contratantes, deja de ser determinante para la concreción del régimen jurídico del contrato”* (pág. 375).

Dicho instrumento, suscrito en Viena el 11 de abril de 1980, es buena muestra del proceso codificador dentro de una dimensión universalista y, su incorporación por la mayoría de los Estados, ha significado uno de los mayores éxitos de la unificación internacional del derecho de los negocios<sup>307</sup>. En efecto, la CNUCCIM es el más grande logro que, en cuanto a la armonización del derecho contractual, se ha logrado mediante un tratado.

No obstante, cabe señalar que los primeros trabajos preparatorios que dieron por resultado la Convención, se gestaron a partir de la década de los 30's del siglo pasado (Ternera Barrios, 2009, pág. 399), por lo que a lo largo de un período de más de cincuenta años, tres organizaciones (UNIDROIT, la Conferencia de La Haya, y la CNUDMI), principalmente, estuvieron involucrados en el desarrollo gradual del consenso necesario para su preparación; en ese entendido, aunque las ventajas de la armonización, respecto al logro de certeza y previsibilidad en el derecho que rige una transacción mercantil internacional, alcanzadas por dicho texto son evidentes, para la elaboración de futuras normas armonizadoras, el mercado, y quienes son partícipes de él, no puede permitirse el lujo de un tan largo tiempo de espera entre la concepción y la finalización de los proyectos de armonización (Del Duca, 2007, págs. 629-630).

---

<sup>307</sup> Hoy por hoy, la CNUCCIM podría aplicarse aún sin estar ratificada, *como expresión del status del derecho transnacional o lex mercatoria en la materia allí comprendida, en su caso* (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 280). El art. 1º, párr. 1, apartado b) prevé la aplicación de la Convención cuando las normas de DIPr del foro supongan a su vez la aplicación de una ley de un Estado contratante (cabe aclarar que el art. 95 permite a todo Estado formular una reserva en el sentido de que no quedará obligado por esa disposición). Ello significa que la Convención puede aplicarse a una transacción aunque las partes de la relación contractual estén establecidos en Estados que no sean Estados contratantes (carácter universal y *erga omnes*). La Convención, al señalar en el contexto de la autonomía de la voluntad de las partes que éstas podrán excluir la aplicación de la misma o –sin perjuicio de lo establecido por el art. 12º– establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o efectos (Art. 6º), auto limita su propia eficacia y carácter universal (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 18-19).

Sin óbice de lo anterior, cabe indicar que la Convención, a pesar de ser en todo el mundo, el instrumento más representativo para las transacciones comerciales internacionales, al no contar con procedimientos que aseguren la uniformidad de su interpretación i.e. una corte supranacional, no es capaz de garantizar la uniformidad en su interpretación y aplicación (Tomás Martínez, 2013, pág. 400; Magnus, 2012, pág. 171). Asimismo, el dispendioso proceso para su revisión y modificación, hace que los agentes partícipes del comercio internacional generen técnicas y métodos alternos para adaptarse, normativamente hablando, al cambiante tráfico mercantil.

Para finalizar éste acápite, cabe señalar que los restatements internacionales, esto es, tanto los PECL, como los Principios UNIDROIT, están fuertemente interrelacionados con la CNUCCIM (Cfr. *Supra* 1.1.2.2). En efecto, como lo atestiguan Fernández Rozas & Arenas García (2013):

*“Dentro de este Derecho Uniforme, al lado de la CCIM figuran (...) los Principios Unidroit que acusan una fuerte influencia de la misma; más aún, existe una marcada relación recíproca entre ambos instrumentos señaladamente cuando ambos resulten aplicables a una misma transacción mercantil hasta el punto que puede afirmarse que constituyen textos complementarios a la hora de su aplicación e interpretación por los jueces estatales y por los árbitros”* (pág. 375).

#### **2.4.2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)**

*“Numerosos trabajos suyos han dado lugar a instrumentos internacionales, esto es, convenciones internacionales, leyes modelo, principios y guías contractuales...”* (UNIDROIT, s.f.).

El Instituto fue fundado en 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones; después de la desaparición de ésta última, fue reconstituido en 1940 en virtud de un acuerdo multilateral, el Estatuto Orgánico de UNIDROIT<sup>308</sup> (UNIDROIT, s.f.). Tiene como objetivo, el examen de los métodos para la armonización del derecho privado entre los distintos Estados, y preparar una legislación uniforme del mismo. Los objetivos del Instituto se centran en el examen de los modos de armonizar y coordinar el derecho privado, y en la preparación de instrumentos o reglas uniformes de derecho privado; así, se estudian las necesidades y métodos para la modernización y armonización del derecho privado y, en particular, la ley comercial (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 254):

*“En concreto, la institución apunta a modernizar y, cuando fuera recomendable, homogeneizar el marco normativo del derecho del comercio internacional entre Estados y bloques económicos,*

---

<sup>308</sup> Disponible en <http://www.unidroit.org/fr/presentation/documents-institutionnels/statut>

*concentrándose en el derecho privado y, solo excepcionalmente, en cuestiones de derecho público, cuanto están interconectadas con aquel o la distinción no resulta clara” (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 285-286).*

El Instituto es una organización intergubernamental independiente, integrada por más de 60 Estados miembros, pertenecientes a los cinco continentes<sup>309</sup>, los que representan gran variedad de diferentes sistemas jurídicos, económicos y políticos, así como culturales (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, pág. 174). Desde su fundación, según Vargas Gómez-Urrutia, UNIDROIT ha realizado múltiples estudios relacionados con varios sectores del derecho privado, muchos de los cuales han permitido la conclusión de instrumentos internacionales. Igualmente, un alto número de éstos han adoptado la forma final de convención internacional al seno de organizaciones intergubernamentales como Naciones Unidas, la UNESCO, la OMPI, las comisiones económicas de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa. Sus trabajos han servido igualmente, como base para la adopción de numerosos instrumentos internacionales, llevados a cabo con los auspicios de otras organizaciones internacionales. Además, UNIDROIT ha publicado, entre otros, los principios sobre contratos comerciales Internacionales (1994, 2004, 2010) (2000, pág. 45).

La labor homogeneizadora del organismo, tal como lo manifiesta Moreno Rodríguez (2013),

*“se dirige hacia soluciones sustantivas o materiales, es decir, se encamina a la búsqueda de un “derecho uniforme” y solo excepcionalmente a temas de “conflictos de leyes” según el sistema tradicional de derecho internacional privado. UNIDROIT ha sido fecundísimo en sus más de setenta y cinco años de existencia, al generar más de setenta textos convencionales, proyectos o “estudios” – según se los llama oficialmente–, relativos a la venta de mercaderías (1964), al transporte terrestre de mercaderías, a la restitución de objetos culturales robados e ilegalmente exportados (1995), al factoring y al leasing financiero internacional (ambos de 1998), amén de otros trabajos relativos a reglas procesales transnacionales y a los mercados de valores, por citar ejemplos” (pág. 286).*

Basta con echar un vistazo a la que ha sido la agenda del Instituto, para ver que el “derecho privado” al que hace referencia su nombre, tiene en la mayoría de los casos un marcado carácter comercial. Como lo expone Fernández Arroyo (2010), basta apreciar los dos textos más singulares y exitosos que se han producido en el seno de ésta organización, que son del lado *hard*, el Convenio de Ciudad de Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (2001) y, del lado *soft*, los Principios de UNIDROIT, para ejemplificar el proceso de privatización de la codificación internacional del

---

<sup>309</sup> Por el continente americano, Argentina es miembro desde 1972, Canadá desde 1968, Estados Unidos desde 1964, Chile desde 1951, Colombia, Cuba, Bolivia, Brasil, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela desde 1940.

derecho comercial (pág. 63), y a su turno, ilustrar el proceso de armonización al que se alude en este escrito<sup>310</sup>.

Goode, Kronke, & McKendrick (2015) destacan, como una de las características que más distingue y visibiliza a UNIDROIT, del resto de agencias comprometidas en la elaboración de instrumentos legislativos y otros textos dirigidos a la modernización y armonización del derecho privado y comercial, su método de trabajo, cuyo inicio se da a través de las redacciones que presentan grupos de estudio especializados. Dichos grupos tradicionalmente son muy pequeños, conformados por académicos y profesionales, dedicados al campo en cuestión; sus integrantes son seleccionados teniendo en consideración la representatividad de los sistemas legales y económicos relevantes para el análisis de la materia. Adicionalmente, asesores del sector privado pueden ser invitados en consideración a su específica experticia, y/o para exponer opiniones y preocupaciones del sector. En los comités de expertos gubernamentales, los Estados miembros encuentran abierta toda la participación; en los mismos, los Estados no miembros pueden ser invitados, dependiendo la materia concernida y el deseo que, como organización, expresan los Estados envueltos en la discusión. Del mismo modo, Estados no miembros, organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, así como profesionales y asociaciones de comerciantes son observadores, pero participan abiertamente en las discusiones. Todos los Estados, no solo los Estados miembros, son invitados a participar en sus conferencias diplomáticas (págs. 174-175).

Ahora bien, antes de pasar a hacer alusión a los Principios de UNIDROIT, cabe señalar que, además de las propuestas de reformas normativas con fines de homogeneización que hace el Instituto, este también cumple un papel preponderante como centro de investigación y diseminación de cuestiones de derecho uniforme, tendientes a alcanzar, respecto de instrumentos internacionales, interpretaciones uniformes por parte de jueces, abogados y otros operadores (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 286).

---

<sup>310</sup> Precisamente, prueba de la neutralidad y flexibilidad de los instrumentos del derecho uniforme son los principios de UNIDROIT, “que constituyen así mismo uno de los esfuerzos más apreciados por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales. Los principios revelan una influencia muy acusada de la Convención de Viena de 1980, y en realidad la Convención constituye un punto obligado de referencia para los Principios Unidroit. (...) [A su turno], Los PDCE están influidos por los Principios de Unidroit, y por la Convención de Viena” (Perales Viscasillas, 2014c, págs. 21-24).

### 2.4.2.1. Los Principios de UNIDROIT

*“... el carácter privado, académico, de los Principios les confiere una gran perfección técnica, pero no les asegura de entrada un grado aceptable de repercusión práctica. Esa repercusión depende de los resultados de una especie de test de utilidad que los operadores del comercio internacional van realizando frente a los casos concretos. Parece evidente que los principios han superado airoso dicho test... Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces a establecer condiciones de diálogo y crear un <<léxico común>>, sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización completa y a las tendencias tradicionales de codificación” (Fernández Arroyo, 2010, págs. 66-67).*

Los Principios de UNIDROIT, como la mayor expresión de los restatements internacionales<sup>311</sup> (Cfr. *Supra* 2.3.3), son considerados como un conjunto de “*reglas coherentes organizadas en una forma sistemática*”, al ser capaces de ofrecer soluciones eficientes a las disputas surgidas en el seno de las transacciones mercantiles contemporáneas por atender a las realidades propias del comercio actual (León Robayo, 2014, pág. 37). En términos de Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), los Principios son un conjunto de reglas articuladas, y comentadas por los redactores, puestos a disposición de los interesados como un modelo de reglamentación aplicable a sus relaciones contractuales;

*“A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional no tienen carácter obligatorio o vinculante para los contratantes a menos que estos hayan elegido su aplicación. Y tampoco se encuadran en el concepto clásico de norma de derecho internacional privado como norma de conflicto. Se presentan como un texto articulado, elaborado con finalidad de armonización jurídico sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, de naturaleza opcional (soft-law) que, en la medida en que se generalice su aplicación, servirá a la unificación de los contratos comerciales internacionales y resulta, por tanto, un instrumento útil en la unificación del Derecho Comercial Internacional. Por otro lado, y a diferencia de otros instrumentos de soft-law de utilización generalizada en el tráfico comercial como los Incoterms o los Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, recopilados y editados por la Cámara de Comercio Internacional, han sido elaborados en el seno de una organización intergubernamental por un grupo de expertos independientes que representan a una gran variedad de sistemas jurídicos, económicos y políticos mundiales y se consideran, por ello, como un texto de autoridad” (pág. 254).*

Tienen tres versiones: 1994, 2004 y 2010. La edición de 1994, compuesta de un preámbulo y 119 reglas o artículos, divididos en siete capítulos, relativos a disposiciones generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato, tenía como idiomas oficiales el inglés, el francés y el italiano. La edición de 2004 tiene 185 artículos, 65 más que la

---

<sup>311</sup> Para un completo estudio de los Restatements Internacionales y los Principios de UNIDROIT como su mayor expresión Cfr.: Goode, Kronke, & McKendrick (2015). Restatements of Contract Law. En: *Transnational commercial law*. pp.: 461-489. New York: Oxford University Press.

anterior, y dos párrafos fueron agregados al preámbulo. Por su parte, la versión de 2010, que cuenta con 211 artículos, tiene como idiomas oficiales el inglés, el francés, el alemán, el italiano y el español. Cada una de estas nuevas versiones no ha recurrido a una revisión integra, sino que ha adicionado temas que fueron dejados de lado por las ediciones anteriores complementándolas, v.gr. la versión 2010 incluye, por ejemplo, cuestiones relativas a obligaciones solidarias y la invalidez de los contratos derivados de la ilegalidad o inmoralidad (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 287-289; Pablo-Romero Gil-Delgado, 2014, pág. 254).

Como lo recuerda De Carolis (2010), la creación de los Principios nació de un grupo de trabajo compuesto por los principales expertos en el campo de derecho contractual y el derecho mercantil internacional, representantes de las principales tradiciones jurídicas y los diversos sistemas socio-económicos del mundo. La mayoría de sus miembros eran académicos, algunos jueces de altas cortes o funcionarios públicos, pero, lo más importante, todos acudieron a título personal y no se expresaron en representación de sus gobiernos (págs. 53-55).

Aunque derivan su inspiración de diversos sistemas jurídicos al ofrecer un conjunto de reglas producidas y acordadas entre juristas representativos de las principales familias jurídicas del mundo, los Principios de UNIDROIT no son normas de un sistema en particular y, en cambio, ofrecen soluciones eficientes, asentadas en la práctica comercial y adaptables al tráfico mercantil contemporáneo que se da fuera y dentro de las fronteras. Al haberse extraído del derecho comparado la inspiración de las soluciones de los Principios, suponen una especie de síntesis que, en todo caso, es ajena a cualquier derecho interno en particular. No se ha tratado de buscar un denominador común para utilizarlos como solución, sino que se ha “ido más allá” pues se han establecido una serie de principios internacionalmente coherentes (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 81).

Para Perales Viscasillas (2014d), los Principios “... *constituyen uno de los esfuerzos más apreciables por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, enmarcándose, junto con otros textos de carácter internacional, en el llamado derecho uniforme del comercio internacional*” (pág. 320). Por su lado, para Fernández Rozas (2013c), se está ante una experiencia compiladora donde converge, hasta ahora sin consolidar en un cuerpo normativo integrado, *lex mercatoria* (cfr. *Supra. 1.1.1*) y la codificación en sentido tradicional. Para éste último autor, los Principios están concebidos en un sistema de reglas de

derecho de los contratos que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna, tratando de evitar la utilización de una terminología propia de un determinado sistema jurídico estatal (pág. 151).

Siguiendo a Peña Nossa (2014), los Principios desarrollan una función normativa e interpretativa. En su ámbito normativo, se prestan a las partes para servir como norma aplicable al contrato, asimismo, pueden ser aplicados como *lex mercatoria*, casos en los que las partes no han hecho referencia expresa al derecho de fondo que regirá el litigio, o lo han hecho insuficientemente; a su vez, en su ámbito interpretativo, los Principios son usados para aclarar o explicar instrumentos internacionales o la misma ley nacional. Asimismo, sirven como guía para la elaboración de contratos comerciales internacionales, “*sea por reenvío directo o porque adquieren la calidad de lex mercatoria*”(pág. 187).

Los Principios de UNIDROIT, al tiempo que sirven para la reglamentación de supuestos del tráfico jurídico internacional, y como método material y uniforme para la determinación de reglas generales en materia de contratos mercantiles internacionales, reconocen en su preámbulo que pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Así, además de poder ser empleados como inspiración o modelo por legisladores nacionales e internacionales, éstos pueden ser utilizados por:

- i) las partes contractuales –según su preámbulo, los Principios pueden usarse cuando éstas hayan acordado que su contrato se rija por los “*principios generales del derecho*”, “*la lex mercatoria*” o expresiones semejantes–: siguiendo a Perales Viscasillas (2014b) , “... *el hecho de que los principios puedan ser aplicados por las partes a contratos que no compartan las notas de internacionalidad y mercantilidad hace que el propósito de aquellos sea mucho más ambicioso: la creación de un código de contratos en sede de teoría general*” (pág. 248);
- ii) los jueces y árbitros: “*Goode señala que los Principios UNIDROIT (y el instrumento análogo europeo) ejercerá una creciente poderosa influencia en el desarrollo del moderno derecho contractual. Bonelle cita diversos casos arbitrales en que ello ha ocurrido en la práctica, y señala que los árbitros suelen hacerlo sin preocuparse en general por justificaciones teóricas, o si lo hacen dan razones que se acercan a una petición de principio... Los Principios*



*UNIDROIT se han convertido, pues –expresa Kronke–, en un punto de referencia regular en arbitraje”* (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 310-311); así como también,

iii) diversos agentes del tráfico mercantil, para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales de derecho uniforme, así como el derecho nacional, lo que está sirviendo para incluso, reinterpretar los derechos locales, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 305-306): en efecto, “*constituyen un recurso para aquellos tribunales nacionales y arbitrales que los encuentran útiles –existen numerosos laudos arbitrales que los invocan– y también suministran una guía a las legislaturas que buscan codificar o modernizar su derecho contractual nacional*” (Goode, 2010, pág. 95).

En ese último derrotero, los Principios sirven como una guía para los cuerpos legislativos estatales para la promulgación de códigos básicos de derecho contractual, pero también, en los Estados, para la adecuación de la normatividad local, bien sea mediante la vía legislativa o judicial. Además, a pesar de no haber sido proferida como una ley *en sentido formal*, al haber sido preparado por una prestigiosa organización internacional independiente en cooperación con una amplia base de otros grupos académicos, gubernamentales y privadas, las partes en los contactos internacionales pueden incorporarlos a sus contratos como derecho neutro aplicable al mismo (Del Duca, 2007, pág. 632; 2012, pág. 115).

Incluso, algunos consideran que los Principios de UNIDROIT son un eje del debate sobre la *lex mercatoria* y podrían convertirse en el centro de la misma, a pesar de lo cual no se identifica con ella; otros, consideran que es una codificación de los principios generales y la *lex mercatoria*. El debate es académico, pues según Moreno Rodríguez (2013), en la práctica, los Principios de UNIDROIT son utilizados para dar reglas concretas a la *lex mercatoria* (*Cfr. Supra 1.1.1*) (pág. 302).

Dicho lo precedente, es preciso destacar que los Principios presentan una originalidad sobre el conjunto de las fuentes del derecho ya que, en la medida que no adoptan la forma de tratado o de convención internacional, atestiguan que la unificación del derecho, o al menos su armonización, no es prerrogativa exclusiva de las instituciones estatales y puede adoptar una forma distinta de la de una norma vinculante (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 80).

Al ser *Restatement* internacionales del derecho de contratos, los principios de UNIDROIT son obra de juristas, sin la intervención estatal en su formulación; no tienen fuerza de ley, pues no fueron promulgados por un legislador. Aunque son de iniciativa privada, al igual que los *restatements* norteamericano, tienen un status particular: fueron producidos bajo los auspicios de una organización internacional, intergubernamental y, así mismo, fueron aprobados formalmente por su Consejo de Gobierno. Su carácter es distinto del de las reglas producidas por organismos tales como la CCI que, al producir esencialmente reglas de práctica, generalmente no reflejan usos pre-existentes, sino que tienen efecto en virtud de su incorporación. A diferencia de estas últimas, los Principios de UNIDROIT están diseñados como reglas de derecho, y en ese sentido, han demostrado ser inesperadamente influyentes, y han hecho borrosa la línea entre *lege lata* y *lege ferenda*<sup>312</sup> (Goode, 2010, pág. 94).

Así las cosas, los Principios no caben dentro de ninguna de las categorías tradicionales de instrumentos preparados hasta su primera aparición a nivel internacional: no son cláusulas ni modelos de acuerdos, tampoco se refieren a categorías de contratos en particular, en cambio, contienen normas aplicables a la generalidad de acuerdos que tengan carácter internacional y comercial. De esa manera, la libertad contractual de vincularse o no, así como la posibilidad de determinar el contenido de lo pactado, está consagrada en los Principios de UNIDROIT, cuyas soluciones contenidas fueron percibidas como las más adecuadas para las transacciones mercantiles internacionales. La mayoría de su cuerpo contiene normativa dispositiva o supletoria, lo que significa que pueden dejarse de lado por voluntad de las partes, salvo determinadas reglas contrarias a conductas desleales o abusivas. Asimismo, son flexibles para adecuarse a los acontecimientos tecnológicos y económicos que afectan la práctica internacional (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 290-298).

---

<sup>312</sup> Varias son las razones del éxito de los Principios. Siguiendo a Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), cabe destacar *i*) la flexibilidad a la hora de su aplicación; *ii*) el lenguaje comprensible de su redacción y de utilización generalizada en la contratación internacional, y, por último, pero no menos importante, *iii*) el hecho de que sus redactores no buscaran la perfección de un sistema inamovible, sino su más bien su utilidad práctica. “*Por otro lado, los Principios han sabido renovarse y adaptarse a lo largo de los años a las circunstancias de la contratación comercial, lo que sin duda ha beneficiado también la buena imagen de los Principios como un cuerpo normativo capaz de dar solución a una gran variedad de posibles conflictos*” (pág. 256).

La respuesta ante la pregunta respecto de la real efectividad de los Principios UNIDROIT para servir en la armonización del derecho contractual comercial, solo podrá venir de la aceptación que de los mismos hacen los operadores jurídicos, y por la aplicación práctica que hayan realizado los árbitros y jueces. Es decir, sólo a la luz de su aplicación práctica podrá darse cabal respuesta a esa cuestión (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 81). Sobre el particular, Perales Viscasillas (2014d) anota:

*“Se ha de señalar la amplia utilización práctica, arbitral y jurisprudencial de los Principios de Unidroit. Sin duda el texto de los Principios no ha dejado indiferente a la doctrina que se ha ocupado profusamente en el tema. Su éxito en la aplicación práctica se debe, sobre todo, al arbitraje y a la utilidad que en ellos ven los operadores económicos. Con este punto de vista, los Principios de Unidroit llenan un vacío en la escena de los contratos mercantiles internacionales: los abogados cuentan con un texto neutro y especialmente adaptado al comercio internacional para poder aplicar a sus contratos, los árbitros tienen un recurso más fácil y seguro que el que proporciona la lex mercatoria”* (pág. 322).

Puesto de presente lo anterior, cabe precisar que los Principios han salido airoso del uso de agentes del tráfico mercantil, siendo muy reconocidos en el ámbito del arbitraje comercial internacional, ya sea como *lex contractus* o como complemento a una ley nacional o convenio internacional. Los principios también se han utilizado como reflejo del derecho contractual moderno en muchas sentencias arbitrales<sup>313</sup>. Su influencia y repercusión, que a su vez depende de su uso, se atribuye en parte, a la perfección técnica que éstos ostentan, fruto del carácter académico de los mismos<sup>314</sup> (Gopalan, 2004, págs. 160-164).

---

<sup>313</sup> Siguiendo a Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), desde su primera aparición, los Principios han sido acogidos muy favorablemente por la doctrina, que ha dedicado gran atención a su estudio, y son percibidos como una buena solución en la práctica comercial internacional: *“Su aplicación práctica ha sido también importante como se refleja en el número de decisiones arbitrales y judiciales que los ha tenido en cuenta para la resolución de conflictos”*. Asimismo, han recibido el respaldo de la CNUDMI en el informe de su 45º periodo de sesiones (A/67/17) de 25 de junio a 6 de julio de 2012, donde se lee que: *“teniendo en cuenta que estos principios complementan una serie de instrumentos de derecho mercantil internacional, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”*, felicita *“al UNIDROIT por haber hecho una nueva aportación para facilitar el comercio internacional preparando normas generales sobre los contratos comerciales internacionales”*, y *“Recomienda la utilización de la edición de 2010 de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, según proceda, con los fines a que se destinan”* (págs. 255-256).

<sup>314</sup> Al respecto, para Fernández Arroyo (2010): *“... el carácter privado, académico, de los Principios les confiere una gran perfección técnica, pero no les asegura de entrada un grado aceptable de repercusión práctica. Esa repercusión depende de los resultados de una especie de test de utilidad que los operadores del comercio internacional van realizando frente a los casos concretos. Parece evidente que los principios han superado airoso dicho test, no obstante algunas opiniones pesimistas y a pesar de ciertas reticencias legislativas. Tales reticencias, de otra parte, no son universales ni inmutables, como puede observarse en algunas normas vigentes o en preparación. En particular, es digno de resaltar que las sospechas, justificadas o no, que sigue despertando el valor regulador de la *lex Mercatoria*, pierden un asidero cuando la reglamentación de una determinada relación contractual es confiada a los Principios. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces a establecer condiciones de diálogo y crear un <<léxico común>>, sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización completa y a las tendencias tradicionales de codificación”* (págs. 66-67).

Para Goode (2010), el gran impacto y acogida que han tenido los principios muestra que es mejor dejar en manos de Juristas la elaboración de instrumentos que regulen el comercio internacional. Al respecto, el autor anota que:

*“... los Principios demuestran que es mejor dejar la formulación de reglas internacionales de derecho general, sea que se refieran al comercio internacional o alguna otra materia, en manos de juristas, dejando que los gobiernos y las organizaciones regionales tales como la Unión Europea se concentren en áreas más específicas –por ejemplo, el derecho de la competencia, y la protección al consumidor– en las cuales las reglas son esencialmente imperativas o de orden público antes que disposiciones dispositivas. Los gobiernos estatales tienen poco interés en involucrarse en un proyecto que no busca llegar a un instrumento jurídicamente operativo, al tiempo que los intereses comerciales, que están esencialmente dirigidos a asegurarse de que el derecho facilite a las transacciones, tienen un papel reducido en la formulación de principios de un carácter lo suficientemente general como para cubrir una rama del derecho”* (pág. 95).

Desde su aparición en 1994, los tribunales arbitrales han hecho gran uso de los Principios, así como los han referenciado ampliamente. Los árbitros, así como Cortes estatales, también han recurrido a los mismos como medio de interpretación y para complementar la legislación nacional aplicable a controversias contractuales mercantiles internacionales. Ello ilustra la creciente aceptación de la idea de un derecho transnacional, más apropiado que los cuerpos legales estatales, que gobierne las relaciones comerciales internacionales (Petsche, 2010, págs. 491-492).

Por todo lo anterior, la relevancia de los Principios de UNIDROIT para la armonización del derecho comercial internacional. A esa instancia, éstos ejercen un fuerte influjo unificador:

*“To the extent that sets of principles, the UNIDROIT Principles in particular, are directly applied, either as incorporated terms or in arbitrations as chosen law, they exert the strongest unifying effect that can be achieved; they then operate like international uniform law conventions. In this respect, the UNIDROIT Principles are the only set of principles that, so far, have been directly applied in practice. And, although the number of cases of direct application of the UNIDROIT Principles is increasing, it is still rather low; therefore, the direct unifying effect of the UNIDROIT Principles and like sets of principles is still limited. But the UNIDROIT Principles have a strong indirect influence. They are influential and useful in interpreting the international conventions on commercial law. They can also help to fill gaps in these instruments in a uniform way (unless deliberate gaps shall be filled by the applicable national law). They thus support the uniform application of international conventions. The UNIDROIT Principles, the Lando Principles, the DCFR, and their common ancestor, the CISG, have also had and will continue to have considerable influence on regional and local legislation in civil and commercial law. It is in this arena that these sets of principles presently exert their greatest practical influence on the harmonization of law. A further indirect influence can be seen in the field of legal education. In legal academia, the above-mentioned instruments that form a rather coherent body of a-national rules, in particular international contracts, are dealt with in seminars, lectures and legal materials, as a contrast model for comparison to the domestic law. This again contributes to harmonizing the law in the long run”* (Magnus, 2012, págs. 168-169).

### 2.4.3. La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

*“La ICC fomenta la apertura del comercio y de la inversión internacionales, así como la economía de mercado. La convicción de que el comercio es una poderosa fuerza en pro de la paz y la prosperidad data de los orígenes de la organización a principios del siglo XX. El grupo de líderes empresariales que fundaron la CCI se llamaron a sí mismos ‘mercaderes de la paz’” (Cámara de Comercio Internacional, s.f.).*

Fundada en 1919, es el ejemplo más expresivo, pudiendo ser considerada como la “organización mundial de la comunidad empresarial”, de la sociedad de comerciantes. Rodríguez Fernández (2009) la califica como “la más grande y representativa organización de negocios en el mundo”, debido a que sus miles de compañías miembros, en más de 130 países, tienen intereses que abarcan cada sector de la empresa privada (pág. 256).

La CCI ayuda a que la voz de las empresas sea considerada al formular políticas comerciales, tanto a nivel nacional como internacional, por lo que para Fernández Rozas (2009), la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que estos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC<sup>315</sup> (pág. 113).

Según la información publicada en su página web, a través del trabajo realizado por sus 12 comisiones, conformadas por ejecutivos y expertos procedentes de empresas, organizaciones empresariales y despachos de abogados –todos socios–, la CCI influye sobre las decisiones y orientaciones de organizaciones intergubernamentales (G20, Naciones Unidas, OMC, OCDE, Organización mundial de Aduanas, Comisión Europea) y gobiernos nacionales en materia de aduanas y facilitación del comercio<sup>316</sup>, arbitraje, banca, derecho y prácticas comerciales, competencia, responsabilidad social corporativa y anticorrupción, economía digital, medioambiente y energía, propiedad intelectual, Marketing y publicidad, fiscalidad, y comercio e inversión (International Chamber of Commerce, s.f.).

---

<sup>315</sup> Como ya se mencionó (Cfr. *Supra* 1), de la OMC emanan normas que rigen el comercio entre los Estados y que tienen como objetivo la liberalización mundial del comercio, así como la facilitación del acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones impuestas por los Estados (Fernández Rozas, 2013b, pág. 28), de allí la importancia de este aspecto.

<sup>316</sup> Al respecto, León Robayo (2015) anota que la promoción de los negocios transfronterizos es una importante labor de la CCI. Así mismo, entre sus principales actividades anuncia la promoción del arbitraje y la resolución de conflictos, la lucha contra la corrupción y contra el crimen comercial, la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, el comercio electrónico, la publicidad y el marketing, y la autorregulación de las empresas: “Esta tarea ha sido materializada a través de la creación de reglas, códigos, usos uniformes y contratos modelo elaborados por expertos organizados en comités y recogidos en publicaciones de la CCI...” (págs. 220-221).

Precisamente, donde más claramente se evidencia la privatización de la armonización jurídica como expresión de la racionalización de la vida económica y de la conducta empresarial (*Cfr. Supra. 1.1.2.1*), es en el marco de la CCI<sup>317</sup>. Con la uniformación de prácticas, elaboración de reglas y herramientas que faciliten las transacciones comerciales internacionales, facilita una terminología que de forma universal, permite concretar con claridad el significado de los principales términos usados en los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, pág. 365).

Siguiendo a Rodríguez Fernández (2009), es de particular importancia, para el comercio internacional, la labor adelantada por la CCI respecto de la recopilación de los usos y prácticas mercantiles de uso común en los mercados internacionales “y, en particular, las recopilaciones de los *INCOTERMS* y las *Reglas UCP*” (600 en su versión actual), instrumentos de uso casi que absoluto por los mercaderes en sus operaciones de compraventa internacional de mercaderías a nivel mundial (pág. 256). Por su parte, para Goode, Kronke, & McKendrick (2015), la CCI se destaca por tener comisiones de expertos provenientes del sector privado que trabajan en áreas especializadas concernientes a los negocios internacionales. Un importante número de sus productos, están dirigidos a estandarizar prácticas y usos –para los autores, una parte sustancial de lo que frecuentemente es señalado como la “*progresiva codificación de la lex mercatoria*”–, en particular en las áreas de compraventa y transacciones bancarias. La CCI, y sus comisiones de expertos, coopera estrechamente con organizaciones intergubernamentales comprometidas en el desarrollo del derecho comercial internacional (pág. 176).

La CCI tiene la autoridad, debido a que sus organizaciones y empresas miembros participan del comercio internacional, para establecer reglas y procedimientos que gobiernan la conducta comercial a través de las fronteras; y, adicionalmente, cuenta con la Corte Internacional de Arbitraje que es una de las más importantes instituciones de arbitraje del mundo (Fernández Rozas, 2009, pág. 113).

---

<sup>317</sup> A través de su Comisión sobre las prácticas y normas del comercio internacional, la CCI armoniza prácticas y normas del comercio internacional, y propone soluciones a las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de comercio internacional (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 75).

El método que suele utilizar en los procedimientos de unificación, parte de la adopción de definiciones e interpretaciones uniformes de términos comerciales, muestra de ello son los *International Commercial Terms* (INCOTERMS). La ventaja de éstos, estriba en que los comerciantes, asegurando que una cláusula comercial elegida será interpretada como se consigna en el documento, suprimen el riesgo de interpretaciones divergentes. Precisamente, lograr una armonización de conceptos y de soluciones sobre un tema específico en el plano internacional, es la virtud de tales reglas que, en términos de Vargas Gómez-Urrutia (2000), son realmente derecho material uniforme, al ser reglas de derecho que se hacen obligatorias entre las partes y que, en caso de incumplimiento y con base en el principio de la autonomía de la voluntad, los tribunales nacionales reconocen y hacen ejecutivas a través de sus sentencias o de sus laudos arbitrales. Además de los INCOTERMS, la CCI redacta normas y cláusulas uniformes v.gr. los usos y las reglas relativos a los créditos documentarios (redactados por primera vez en 1933), en donde se establecen una serie de criterios aplicables a las operaciones crediticias. La misma autora reconoce que se trata de una técnica de unificación no legislativa, que se lleva a cabo por la práctica contractual, mediante contratos formalizados u otros procedimientos de amplio uso internacional (págs. 75-76).

A pesar de la poca influencia que ha tenido en las legislaciones estatales, tal como lo señala Rodríguez Fernández (2009), las reglas o normas creadas al interior de la CCI gozan de profundo respeto por los comerciantes e industriales en el ámbito internacional.

#### **2.4.3.1. Los INCOTERMS (*International Commercial Terms*)**

*“son un conjunto de usos internacionales, recopilados por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 328).

Los INCOTERMS fueron elaborados en el seno de la CCI en 1936. Han sido objeto de varias versiones hasta la última, de 2010. Ésta última versión, vigente desde el 1° de enero de 2011, divididos en 11 términos comerciales, son una serie de reglas de aplicación voluntarias. La última versión, supone una revisión de los INCOTERMS 2000, reduciéndose los trece términos de los INCOTERMS 2000 a once, teniendo en cuenta la ampliación de las zonas de libre comercio, el continuo incremento de las del uso de las comunicaciones electrónicas y los cambios en las prácticas de transporte.

Los INCOTERMS extractan, mediante una abreviatura, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la contratación internacional; de ese modo, se convierten en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica el alcance de tales responsabilidades, fundamentalmente, en el área del comercio marítimo. Están redactados originalmente en inglés y cuentan con una traducción al francés. Los INCOTERMS tienen por objetivo, establecer una serie de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en las operaciones de comercio exterior, estando referidos a la transmisión del riesgo de destrucción o deterioro de las mercancías, así como a la distribución de los gastos del transporte entre comprador y vendedor, y en algunos casos a la obligación de contratar seguros. Su función, establecida cuando las mercancías se venden para ser entregadas más allá de las fronteras nacionales, denota el aspecto internacional. No obstante, su difusión ha hecho que en ocasiones, se incorporen a intercambios regionales o nacionales; su última versión incide en esa posibilidad: se indica expresamente que pueden ser utilizados en las compraventas nacionales.

La generalización de desarrollos de instrumentos comunes fruto de las prácticas comerciales, en el sector de la compraventa internacional de mercaderías, se produjo a mitad del s. XX, coincidiendo con la intensificación de los intercambios comerciales transnacionales, ocasionando que adquirieran gran protagonismo los intereses económicos directamente implicados que tratan de imponerse a las *obsoletas normas estatales del sector*. En ese orden de ideas, se trata de instrumentos que proporcionan seguridad jurídica a las partes, por especificar las obligaciones y derechos que, derivados del *consenso internacional*, se han adoptado en este tipo de operaciones. Así, los INCOTERMS evidencian una nueva manifestación de empleo de los usos y costumbres mercantiles.

Los INCOTERMS tienen, al depender su aplicación de la voluntad de las partes, carácter meramente facultativo. Son reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional. Reglas que, a pesar de recibir tal epíteto, poseen un carácter puramente contractual: las partes, en cada contrato, las admiten o rechazan de común acuerdo; ocurra la aceptación de forma directa o indirecta. Se presentan como clausulados típicos que, al ser incorporados en un contrato, reducen costes de negociación *en el vacío* que podría dificultar, o al menos impiden que, mediante la facilitación de la negociación, se retrase la conclusión del contrato (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, págs. 364-366).



#### 2.4.4. La Organización de los Estados Americanos (OEA)

*“Las CIDIP constituyen un intento de homogenización, armonización y uniformización del Derecho Internacional Privado en las Américas, que pone el acento en las reuniones de expertos y la redacción de instrumentos internacionales, buscando conciliar la mirada técnica y la voluntad política en aras de codificar áreas sensibles de esta rama del Derecho”.* (Piris, 2014, pág. 98).

Como el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada de octubre de 1889 a abril de 1890 en Washington D.C., donde se acordó crear la *Unión Internacional de Republicas Americanas* dando origen a lo que llegaría a conocerse como ‘sistema interamericano’, el más antiguo sistema institucional internacional (Organización de los Estados Americanos, s.f.b); cabe mencionar que la OEA, creada en 1948, por medio de su Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ), se ha hecho participe del proceso de armonización.

Sin embargo, es necesario aclarar que el enfoque de dicha armonización ha girado siempre en torno al DIPr<sup>318</sup>; dicho proceso, en el ámbito interamericano ha estado presente desde las últimas décadas del s. XIX:

*“Esta labor ha asumido distintas formas institucionales y en la actualidad se realiza como un proceso jurídico por medio de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Cuando se celebró la primera CIDIP en 1975, la OEA siguió un camino conocido en el cual se había embarcado a fines del siglo XIX. La adopción de los primeros Tratados de Montevideo en 1889 y del Código Bustamante en 1928 sentó la base para el establecimiento del derecho internacional privado en el Hemisferio”* (Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, s.f.)

Las Conferencias Especializadas sobre el Derecho Internacional Privado, conocidas por sus siglas en español CIDIP, no son un órgano permanente, sino que existen varias Conferencias, que aunque se conectan entre sí<sup>319</sup>, tienen su propio reglamento y objetivos. Consecuentemente, cada CIDIP

---

<sup>318</sup> Al respecto, Piris (2014) manifiesta que: *“La OEA ha venido desarrollando un rol fundamental en la armonización y codificación del Derecho Internacional Privado para las Américas. Esa labor se ha llevado a cabo a través de Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, más conocidas por sus siglas en español CIDIP. La OEA convoca con frecuencia variable, cada cuatro o seis años, a estas Conferencias Especializadas en las cuales se gestan los acuerdos que darán origen a normas de Derecho Internacional Privado. No caben dudas que las CIDIP constituyen el esfuerzo principal de la OEA en lo que se refiere al desarrollo del Derecho Internacional Privado en el hemisferio occidental”* (pág. 86).

<sup>319</sup> Las CIDIP tienen como una de sus características principales, el que los temas propuestos para consideración por una conferencia determinada son las recomendaciones presentadas en la CIDIP anterior (Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, s.f.)

es un órgano de la OEA que carece de continuidad y cuyo temario depende, en cierta medida, de influencias sociales y políticas del momento<sup>320</sup>. Los documentos surgidos de éstas Conferencias “*sí son textos marcadamente internacionalprivatistas ya que utilizan con carácter preeminente la técnica conflictual o de la ley aplicable frente al derecho material o reglamentación directa*” (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 40). No obstante, “[e]n la actualidad se verifica una tendencia a abarcar aspectos que pertenecen al derecho de fondo por ejemplo, derecho comercial, derecho bancario, derecho de transporte, etc” (Piris, 2014, pág. 98).

Para Vargas Gómez-Urrutia (2000):

*“No cabe duda de que la labor de las CIDIP continúa el proceso de codificación, armonización y unificación jurídica en Latinoamérica iniciado en 1826 por Simón Bolívar, y esto se lleva a cabo en un mundo en continua interdependencia económica. De ahí que quepa pensar en que los esfuerzos de las CIDIP dejen paulatinamente de inspirarse en intereses regionalistas para centrarse en temas propios del desarrollo económico, y en concreto con aquellos países con los que mantienen una relación comercial más estrecha, proponiendo convenciones en términos universales y no meramente regionalistas”* (pág. 41).

A la fecha, de las CIDIP que se han finalizado, han sido fruto 26 instrumentos internacionales de variada naturaleza, ya que incluyen 1 ley modelo, 2 documentos uniformes, 3 Protocolos y 20 Convenciones:

La CIDIP I, se celebró en el año 1975 en la ciudad de Panamá, Panamá; adoptó los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero.

---

<sup>320</sup> Siguiendo a Piris (2014): “Desde el punto de vista metodológico, las CIDIP se inician con la adopción de un temario, que es estudiado en reuniones de expertos. Las conclusiones de esas reuniones se plasman en recomendaciones, muchas de las cuales se cristalizan en instrumentos internacionales. En esa metodología de trabajo radica gran parte de su valor, dado que se requiere de gran cantidad de trabajos preparatorios, y consultas con órganos políticos y técnico-jurídicos. Por ello cada recomendación de las CIDIP no solo tiene valor por ser incluidas en instrumentos internacionales, sino por su efectiva adopción en el ámbito interno de cada Estado, muchas veces como modelo de la legislación local, y su aplicación por los tribunales nacionales” (pág. 87).

La CIDIP II, se celebró en el año 1979 en la ciudad de Montevideo, Uruguay; adoptó los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques, la Convención Interamericana Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas; la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero; la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.

La CIDIP III, se celebró en el año 1984 en la ciudad de La Paz, Bolivia; adoptó los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

La CIDIP IV, se celebró en 1989 en la ciudad de Montevideo, Uruguay; adoptó los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, y la Convención Interamericana sobre Contratación de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera.

La CIDIP V, se celebró en 1994 en la ciudad de México, México; adoptó los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales<sup>321</sup>, y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

---

<sup>321</sup> Dicha Convención unifica las reglas de conflicto para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Su aporte principal es la flexibilidad del conjunto de sus disposiciones. Siguiendo a Vargas Gómez-Urrutia (2000), dicha flexibilidad se concreta en “*el método empleado para la designación de la ley aplicable, el cual se fundamenta en dos pilares: la autonomía de la voluntad como factor de conexión (lo cual ya estaba reconocido con amplitud en los ordenamientos jurídicos estatales para la regulación de las relaciones privadas internas) y, en defecto de elección, será la ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos la que rija la relación, estableciendo para ello una serie de referencias no cerradas para concretar y determinar cuándo se entiende que tales vínculos existen*” (pág. 92).

La CIDIP VI, se celebró en 2002 en la ciudad de Washington, EEUU; adoptó los siguientes instrumentos: La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, la Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, y la Carta de Porte Directa Uniforme No-Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera.

La CIDIP VII, fue convocada en junio de 2003 por la Asamblea General de la OEA. La Conferencia aún no ha finalizado. Ante la diversidad de cuestiones que fueron presentadas para ser tratadas en dicha Conferencia,

*“la Asamblea General de la OEA, por medio de la Resolución AG/RES 2065 (XXXV-0/05), estableció que la CIDIP-VII se limitará a abordar un máximo de dos temas, con una agenda final que incluye: 1. Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo), y 2. Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para la Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”* (Piris, 2014, pág. 88).

Sobre el particular, es preciso indicar que relativo al tema de las garantías mobiliarias, como resultado de la séptima Conferencia, en su segunda sesión plenaria que se llevó a cabo del 7 al 9 de octubre de 2009 en la sede de la OEA en Washington D.C., se adoptó la Resolución por medio de la cual se aprobó el “Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”<sup>322</sup>. En cuanto al tema de protección al consumidor, la Conferencia aún no ha adoptado ningún instrumento<sup>323</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la selección de temas para una posible octava CIDIP, la Comisión de Asuntos jurídicos y políticos de la OEA en su sesión de 6 de octubre de 2011 expuso:

*“Los temas propuestos pero que no formaron parte del temario definitivo de la CIDIP-VII (incluidos los que figuran en el cuadro anterior) se considerarán como posibles temas para la CIDIP-VIII. Entre estos temas se incluye el comercio electrónico, flujos migratorios de personas, responsabilidad civil extracontractual, transporte, la insolvencia comercial transfronteriza, jurisdicción internacional, protección de menores, así como títulos y profesiones. Se invita a los Estados a presentar temas nuevos no incluidos en esta lista.*

*Sin embargo, los Estados Miembros han manifestado la necesidad de que al proponer temas nuevos adicionales se considere la continuidad en la codificación progresiva del derecho internacional*

---

<sup>322</sup> Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII\\_doc\\_3-09\\_rev3\\_reglamento\\_modelo.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_3-09_rev3_reglamento_modelo.pdf)

<sup>323</sup> Cabe anotar que se ha puesto en consideración de la Conferencia la adopción de una “Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo”, una “ley modelo sobre jurisdicción y leyes aplicables a los contratos de consumo” y una “guía legislativa para una ley interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores”.

*privado. Por lo anterior, se exhorta a los Estados a que consideren los temas que ya han sido abordados en conferencias anteriores y aquellas cuestiones sustantivas y de procedimiento que quedan pendientes. Además, es necesario considerar los esfuerzos de codificación que se realizan actualmente en el plano regional e internacional, incluidos los programas actuales de organizaciones tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Con esto se pretende evitar la duplicación o bien se facilitará la coordinación de esfuerzos, según sea el caso.*

*Los Estados deben presentar temas así como proyectos iniciales de instrumentos sobre los temas propuestos, mediante una carta dirigida a la Presidencia de la CAJP. Una vez que se reciban los temas e instrumentos, la Presidencia considerará la posibilidad de establecer una metodología y también convocar la conferencia, crear grupos de expertos, planificar y organizar las reuniones preparatorias y el calendario de los trabajos preparatorios” (Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos [OEA], 2011).*

Al respecto, cabría preguntarse si la Conferencia debe seguir dedicando su atención a los tratados referentes a conflictos de leyes, con una notable reducción en el número de sus ratificaciones, u ocuparse en mayor profundidad de temas sustanciales a través de la elaboración de leyes modelo, como ocurrió por primera vez en la CIDIP VI.

Puestas así las cosas, a continuación se pasa a hacer referencia a las principales críticas, y sus respuestas, que se endilgan al proceso de armonización del derecho del comercio internacional.

## **2.5. ¿‘Grietas’ en el Puente? Críticas al proceso de armonización**

*“aunque la eliminación de las divergencias es uno de los pasos del proceso armonizador, esto no es suficiente para lograr sistemas armónicos entre sí. Se requiere de la adopción de instrumentos internacionales, como convenciones internacionales, normas estándar, trasplantes de normas y principios, para lograr un marco común entre los sistemas que facilite el desarrollo del comercio internacional; estos son el medio para el desarrollo del proceso armonizador y la consecuencia directa de las modificaciones introducidas a la regulación interna de los países” (Bonilla Aldana, 2013, pág. 8).*

Entre las críticas existentes, una de las principales que recibe el proceso de armonización, es su falta de neutralidad. Para Calvo & Carrascosa (2009), el derecho transnacional no es neutral, en la medida que son reglas que reflejan unos intereses y la voluntad de los actores más fuertes del tráfico mercantil. Por ello, puede resultar que la posibilidad de elegir el derecho aplicable al contrato no sea una solución “eficiente” para muchos empresarios y particulares que operan en el comercio internacional.

Respecto a la crítica sobre la presunta falta de neutralidad de los instrumentos del proceso de armonización, Fernández Arroyo (2010) pone de presente que, al igual que son diversos los causes para la expresión de los intereses de los actores privados, el grado de legitimidad de dichos intereses también es diverso. Si bien, es algo que existe en el ámbito doméstico, en el internacional el rol de los actores privados es, al mismo tiempo, más decisivo y menos perceptible para la opinión pública (págs. 53-60). No obstante, siempre que no signifique la adquisición de compromisos espurios, no parece descabellado que quienes más interesados están en la aprobación de determinadas reglamentaciones participen efectivamente a ese fin<sup>324</sup> (Cfr. *Supra*. 1.1.2.1.). En esa misma dirección, Bonilla Aldana hace caer en la cuenta de que:

*“la composición de los grupos de trabajo, en las distintas organizaciones internacionales, garantiza la existencia de profundas discusiones y análisis durante el proceso de elaboración del texto. Con ello se logra evitar la imposición de las tradiciones jurídicas o políticas de los distintos países; es precisamente la diversidad en la composición del grupo lo que permite lograr un equilibrio entre las distintas culturas y tradiciones jurídicas”* (2013, pág. 49)

Respecto de la presunta falta de neutralidad, Bonilla Aldana (2013) recuerda que *“una de las principales ventajas de los instrumentos armonizadores es la neutralidad de sus reglas, que las hace acordes a los principios y preceptos de cualquier ordenamiento, no habiendo así ventajas para ninguna de las partes del contrato”*. Siguiendo al autor, esa neutralidad obedece a que por regla general, la forma en que se componen las agencias de armonización y quienes participan en la elaboración de instrumentos, aseguran que se dé un debate al interior de la organización:

---

<sup>324</sup> Para De Carolis (2010), el considerado *riesgo* de la influencia de los actores privados se da, sobre todo, en la etapa de formulación del instrumento. Para ese autor, lo que ha sucedido –y aun se hace por algunas agencias– es que se invita a las asociaciones privadas solamente en la última etapa del proceso, una vez que ya se han definido las principales características del nuevo instrumento. Así las cosas, aunque en un principio las asociaciones empresariales fueron considerados como observadores, o *meros mensajeros* de la nueva herramienta de armonización, hoy en día, muchos hacen hincapié en la importancia de involucrar a la comunidad de negocios, no solo en la promoción de la herramienta de armonización sino también en su elaboración: los instrumentos de mayor éxito son aquellos en cuyo proceso de elaboración se ha tenido muy en cuenta los intereses de los agentes del comercio, sus preocupaciones y experiencia, sobre todo antes de embarcarse en la redacción detallada. Para el autor, dada la amplia variedad de intereses tenidos en cuenta durante la última revisión de las reglas UCP, estas se citan frecuentemente como el principal ejemplo de cómo la autorregulación empresarial internacional puede ser más suficiente que los tratados, la regulación gubernamental o la jurisprudencia –para De Carolis el ejemplo más importante a este respecto es la última revisión de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (UCP 600) publicado en 2007 por la CCI. Según el autor, ese conjunto de reglas ha sido catalogado como la herramienta de armonización de mayor éxito en la historia del comercio mundial, siendo actualmente observado por los bancos en aproximadamente 180 países. Desde la perspectiva de la amplia gama de individuos y grupos que dieron su aporte, el último proceso de revisión resulta impresionante: the UCP Drafting Group examinó más de 5000 comentarios individuales antes de llegar a la propuesta final; the UCP Consulting Group –conformado por miembros de más de 25 países– sirvió como órgano consultivo; los más de 400 miembros de the ICC Commission on Banking Technique and Practice formularon sugerencias y modificaciones del texto; y, 130 Comités nacionales –regados por todo el globo–, jugaron un rol activo en la consolidación de los comentarios individuales de sus miembros– (pág. 46).

*“el procedimiento para la expedición de un instrumento y las diferentes etapas que tiene que atravesar para que sea finalmente emitido hacen que el texto sea sometido a varios filtros en los cuales se discute su contenido en cada uno de los aspectos de importancia por los distintos delegados”* (págs. 49-50).

Otra importante crítica sobre el proceso de armonización, es su falta de legitimidad democrática. Al respecto, Kaufmann-Kohler (2010) anota que, en relación a la falta de legitimidad democrática que se da en los instrumentos de carácter soft law, hay ciertamente un ejercicio de poder fuera de los límites estatales que carece de las salvaguardias desarrolladas por las leyes nacionales, en términos de transparencia, participación, mecanismos de control y revisión, y responsabilidad (pág. 126). Para ésta última, quedando en cabeza del Estado proveer las salvaguardias necesarias, existen dos posibilidades para remediar la *deficiencia democrática*:

*“La primera es integrar a los usuarios en la formación del soft law; esto es, extender el proceso de consulta más allá de quienes proveen el servicio (instituciones arbitrales, abogados, árbitros) hoy involucrados en él. Algunas instituciones y organizaciones tienden a hacerlo, otras no. La segunda forma de responder al déficit democrático del soft law es recurrir al hard law. En una era de globalización y prevalencia del soft law, continúa existiendo una tarea residual importante para la legislación nacional. Esta tarea consiste en la protección de ciertas categorías de usuarios del arbitraje, generalmente partes más débiles que no son actores comerciales o de negocios, sino más bien consumidores, atletas, empleados. Estas categorías no tienen acceso a la comunidad epistémica que crea las normas del soft law, y por lo tanto, deben ser protegidas por otros medios”* (págs. 126-127).

A su turno, siguiendo a Fernández Arroyo (2010), la posibilidad de que instituciones privadas y particulares puedan participar en el desarrollo de los trabajos preparatorios de cualquier instrumento de derecho comercial, lejos de ser digno de crítica, debería alentarse y extenderse, de tal modo que las instituciones, públicas y privadas, sean bienvenidas en caso de manifestar su intención de realizar estudios, proyectos y foros de discusión, que puedan contribuir al desarrollo y optimización del derecho que elabora la organización en cuestión (pág. 74), haciendo que se incentive la democratización y descentralización en la actividad reguladora del Comercio Internacional por parte de agentes privados, lo que traería mayor eficiencia y participación a éste proceso.

Otra importante crítica, reside en que la Unificación legal internacional en materia de contratos sólo cubre, en la realidad práctica, contratos específicos y aspectos muy concretos. Para Calvo & Carrascosa (2009), la Unificación de los contratos sólo ocurre a nivel muy marginal: *“tras el derecho uniforme del comercio internacional existen numerosas decepciones y desilusiones, porque no es oro todo lo que reluce”*. No obstante, los mismos reconocen que, en lo armonizado, la autorregulación que viene haciéndose del comercio internacional resulta útil y novedosa.

Calvo & Carrascosa parcialmente encuentra razón: la unificación actualmente, cubre aspectos segmentados, más no marginales. Como se ha dicho a lo largo de éste acápite, la armonización es un proceso que se halla en continuo desarrollo y permanente evolución, por lo que sus resultados no deberían concebirse como algo terminado. Evidentemente, las múltiples dificultades que implica el proceso de armonización obstaculizan su rotundo éxito y su materialización. Sin embargo, especialmente en los últimos años, asistimos a un impulso, algo desordenado, de instrumentos armonizadores que han logrado favorecer el comercio internacional. Hoy por hoy, la armonización continua en evolución (expandiéndose), permitiendo prever que con el paso del tiempo, debido a la proliferación de agencias armonizadoras, el desarrollo de las relaciones comerciales y el amplio impulso que recibe la armonización en la práctica, y por la doctrina, así como por el uso judicial y arbitral, la cimentación de su éxito no está muy lejos de asirse. Además, su progresivo uso hará, con el tiempo, que las disposiciones de un instrumento armonizador sean comunes a quienes participan en el comercio internacional<sup>325</sup>.

Además, nos encontramos en un proceso inacabado, en evolución, donde no es evidente el desarrollo que siga dando la armonización del comercio internacional. Aunque existe algún grado de coordinación entre las principales agencias armonizadoras, el mismo no es el ideal. No obstante, existe un camino por recorrer, donde pueden seguir impulsándose los logros alcanzados para que sirvan de cimientos al futuro por venir del proceso armonizador (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, pág. 178).

El proceso de armonización, como herramienta para facilitar a pequeñas y medianas empresas su ingreso al comercio internacional, ofrece ventajas inimaginables en el campo jurídico, social y económico. La inserción a los mercados, el ingreso de nuevos productos, la promoción de la competencia –con el correspondiente beneficio para el consumidor final–, la facilitación en la negociación de contratos –con la respectiva disminución de costos de transacción–, la adecuación

---

<sup>325</sup> Como lo enuncia Bonilla Aldana: en un proceso armonizador exitoso, las diferencias entre los distintos sistemas y ordenamientos disminuyen, lo que hace que las partes que intervienen en el mercado internacional se encuentren ante regulaciones que, a pesar de ser desconocidas en su contenido, no les son del todo ajenas por tener disposiciones y principios comunes a todos los ordenamientos. Unido a lo anterior, con el paso del tiempo esas disposiciones serán comunes a todas las personas que participan en el mercado internacional, lo que facilita el comercio y el intercambio de bienes entre personas con domicilio en distintos Estados (2013, pág. 54).



del derecho estatal al comercio contemporáneo, así como la facilitación del comercio internacional, en general, entre algunos otros factores, permiten anticipar que el proceso de armonización continuará cosechando éxitos, en mayor o menor medida, por responder a las necesidades expuestas en este escrito<sup>326</sup>.

Ahora bien, otra importante crítica que recibe el proceso armonizador, se relaciona con que el derecho unificado puede crear costes transaccionales adicionales para los empresarios que adelantan labores a nivel interno y externo, ya que se verán obligadas a informarse sobre una pluralidad de normas (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2009, págs. 67-68).

Sobre el particular, debe señalarse que *“tal vez, el principal costo que se genera como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador es el que implica la adaptación del ordenamiento jurídico y de los comerciantes a las nuevas disposiciones contenidas en el instrumento”* (Bonilla Aldana, 2013, pág. 35). Al respecto, es necesario hacer énfasis en que en la práctica, no existe prueba alguna que demuestre que dichos costos sean superiores a los beneficios que se pueden obtener como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador en particular. Recuérdese que, mediante el proceso de armonización, se busca proporcionar regulaciones acordes con las necesidades de los comerciantes y en general del comercio mundial, lo que implica la disminución de costos de transacción, y el aumentar la participación de nuevos empresarios en el mercado; pero aún más importante, el adecuar la normatividad al contexto del comercio global (Bonilla Aldana, 2013, págs. 36-41).

Para los comerciantes, siempre resultara más costoso someter la resolución de sus conflictos contractuales mercantiles a normas que no se compadecen con el contexto en el que éstos se desenvuelven, además, la inseguridad jurídica resulta latente por no haber una regulación capaz de afrontar los desafíos que la globalización les plantea; sin mencionar la repulsión a que sus asuntos sean tratados por la jurisdicción ordinaria, lo que en realidad representa un concreto y significativo aumento de múltiples costos transaccionales. A pesar de las grandes diferencias entre los distintos

---

<sup>326</sup> De Carolis (2010) admite que el proceso de armonización del derecho comercial internacional no siempre resulta en una historia exitosa, a menudo, porque sus destinatarios, por una razón u otra, deciden no acoplarse a esos estándares internacionales. Aun así, cuando esto sucede –poniendo el ejemplo italiano en lo que respecta a la regulación del arbitraje comercial internacional–, en lugar de normas de derecho uniforme, los agentes comerciales se encuentran no solo con normas divergentes entre sí, sino además, con normas insuficientemente redactadas (pág. 37).

sistemas jurídicos estatales, las transacciones comerciales se desarrollan incurriendo en los costos que implica asumir tales diferencias. La eliminación de esos costos, con la correspondiente reducción de riesgos legales que ello implica, mejorará los márgenes de ganancias<sup>327</sup> (Gopalan, 2004, pág. 127).

Ahora bien, la interpretación divergente del mismo instrumento armonizador es otra crítica importante. Acá, cabe indicar que una de las debilidades relacionadas al proceso armonizador, está en que la uniformidad legislativa no supone de facto, la uniformidad de interpretación; ténganse presente los problemas por la interpretación divergente que se derivan del derecho uniforme en el momento de su aplicación (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 156-167). La inexistencia, hoy por hoy, de unos conceptos autónomos en el derecho uniforme –tales como *capacidad*<sup>328</sup>, *factoring*, *venta*, *bienes muebles*, o *establecimiento comercial*, etcétera–, obliga a una coordinación de los esfuerzos unificadores para que se soslayen las cuestiones derivadas a la problemática general de la interpretación jurídica (Fernández Rozas, 2013b, págs. 66-67). A lo anterior, se aúna la problemática de las interpretaciones dispares de textos de derecho uniforme; la armonía pretendida con ese tipo de instrumentos, se pierde si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una perspectiva de derecho comparado. En este sentido, no bastaría con la homogeneización de cuerpos normativos, pues la armonía pretendida puede destruirse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos variables y no desde un amplitud comparativa: por ello, la interpretación debe ser autónoma, independiente de las peculiaridades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad (Moreno Rodríguez, 2013, pág. 351).

Al respecto, como lo refiere Rodríguez Fernández (2009):

---

<sup>327</sup> Sería bueno recordar también que, los instrumentos del proceso armonizador son disposiciones pensadas y creadas para satisfacer las necesidades de los comerciantes y las dificultades que se suelen presentar en el desarrollo de una transacción transfronteriza. Parece obvio, pero es necesario mencionar que, resulta mucho más costoso para un comerciante someterse a la incertidumbre respecto del derecho y jurisdicción, para atender una posible disputa contractual, que escoger una norma transnacional para ese tipo de transacciones.

<sup>328</sup> Sobre la capacidad en el comercio internacional, León Robayo (2009) anota que es vista como una figura propia del derecho interno; por lo que, en caso de existir algún acto jurídico entre personas de diferentes nacionalidades, debe ser resuelta por las normas de conflicto. Asimismo, refiere que en la CNUCCIM no existe ninguna disposición al respecto, y que en otros instrumentos fruto del proceso armonizador, el tema se remite expresamente a las normas nacionales. Incluso, algunos de ellos excluyen expresamente la capacidad de su campo de aplicación; ejemplo de lo anterior es el artículo 4.101 de los PDEC y el 3.1 de los Principios de UNIDROIT (pág. 98).

*“Una vez se logra el instrumento de Derecho Comercial Internacional y este se incorpora en la ley local, se hace necesario hacer una interpretación armónica del mismo. Sin embargo, ello es casi imposible si se tiene en cuenta que el instrumento está sometido a la interpretación de múltiples órganos judiciales en diferentes Estados”* (pág. 264).

En la misma dirección, Bonilla Aldana (2013) señala que, en ocasiones,

*“la agreste variación en la interpretación y aplicación del instrumento armonizador genera incertidumbre en cuanto a la forma como este debe ser interpretado, y disminuye la probabilidad de predecir una posible decisión judicial, lo que implica desconocer la búsqueda de certeza como justificación para el desarrollo de dicho proceso”* (pág. 15).

Precisamente, siguiendo a Cordero Moss (2010), un instrumento que tenga por fin armonizar diferentes tradiciones jurídicas, deberá ser preciso y dejar poco espacio a la discreción del juez; de lo contrario, generará una gran dificultad, detectada ya, en el proceso de unificación del derecho del comercio internacional: las reglas armonizadas son aplicadas de distinta manera por los tribunales de los diferentes países (pág. 31). Para la autora, las compilaciones transnacionales de principios otorgan a la buena fe y a la lealtad negocial un rol central; no obstante, no definen el alcance ni el significado de una y otra, pero enfatizan que estos deben entenderse sobre la base de la práctica del comercio internacional y sin referencia al significado desarrollado en los sistemas particulares de las legislaciones estatales. Definiciones generalmente reconocidas de estos estándares no parecen existir, por lo que podría ocurrir que una *“... aplicación estricta autónoma de las compilaciones de principios, llevaría a una interpretación restrictiva de los estándares de buena fe; esto, sin embargo parece contradecir el espíritu de estas compilaciones, que dan a la buena fe un rol central”* (pág. 46).

Al respecto, según Cordero Moss, la CISG, los Principios de UNIDROIT y los PDCE, no pueden, en todos los casos, ser considerados como una unidad basada en principios uniformes. Para ella, la falta de un criterio uniforme<sup>329</sup> dentro de la *troika* (Cfr. *Supra*. 1.1.1. y 2.3), parece un motivo bastante serio para cuestionar el grado de armonización que puede ser alcanzado mediante la aplicación de estas fuentes. Esa situación aumenta teniendo en cuenta que, algunos estándares jurídicos, contenidos especialmente, tanto en los Principios de UNIDROIT como en los PECL, son bastantes inciertos debido a la referencia que hacen a estándares internacionales, por lo que existe

---

<sup>329</sup> V.gr. aunque las compilaciones transnacionales de principios otorgan a la buena fe y a la lealtad negocial un rol central, no hay un concepto uniforme de buena fe y lealtad negocial que pueda ser válido para todos los tipos de contratos a un nivel internacional.

dificultad para determinar su contenido específico: ¿Cómo puede ser determinado un *estándar de comercio internacional*? La especificación del contenido de los estándares jurídicos depende en gran medida, al tiempo que crea incertidumbre, de la discreción del intérprete. Cuando el intérprete actúa bajo un sistema estatal, su discreción estará restringida o guiada por los principios y valores fundamentales de dicho sistema en particular. Esa incertidumbre perjudica la habilidad de proporcionar una armonización satisfactoria (pág. 43).

Pues bien, las críticas concernientes a la aplicación heterogénea de instrumentos uniformes, así como la interpretación dispar de los mismos respecto de cada Estado, resulta ser una apreciación razonable y demostrable. No obstante, resulta de más peso –refiriéndonos ya, a la aplicación que de los instrumentos de derecho uniforme se haga a nivel local– la necesidad que tiene el derecho comercial estatal por responder adecuadamente a los desafíos que le presenta el tráfico mercantil contemporáneo en el contexto de la globalización. En todo caso, el uso de los instrumentos de derecho uniforme y la interpretación que se haga de los mismos, o de las normas locales a la luz de los primeros, deberá no desconocer criterios razonables que respondan a los principios consagrados en el ordenamiento jurídico nacional en los que se pretendan hacer operar dichos instrumentos. Por ello, para los efectos de éste escrito, la dificultad concerniente a éste tópico será obviada, por referir a un aspecto que va más allá de la finalidad abrigada en este documento.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, sobre el particular conviene destacar que la CNUCCIM está marcada para influir en la interpretación de los derechos domésticos,

*“transnacionalizándola”; el artículo 7º de la convención –que inspiró a su vez soluciones de varios otros instrumentos internacionales ulteriores– impone la interpretación “autónoma” de la misma, es decir, independientemente de las peculiaridades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad”* (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 281-282).

No obstante, como lo pone de presente Del Duca, aunque la CNUCCIM constituye el mayor logro en la adopción de un texto de derecho uniforme, en el derecho del comercio internacional, ésta misma ha sido objeto de inconvenientes respecto de la consecución de una aplicación e interpretación uniforme en su articulado. A pesar de que las disposiciones sobre su aplicación uniforme son útiles y deseables, la experiencia ha confirmado que tal uniformidad no se logra fácilmente. Para el autor, el hecho de que una convención como la CNUCCIM ya está en vigor en los Estados que tienen diferentes tradiciones legales y una variedad de técnicas y fuentes del derecho,

de los que derivan sus principios y cánones de construcción y uso, crea una natural posibilidad para la aplicación no uniforme de idénticas provisiones (2007, págs. 638-639; 2012, págs. 122). En efecto, ciertos principios del derecho contractual general se encuentran profundamente arraigados en la tradición jurídica del intérprete y, por ende, la armonización no se logrará en su totalidad hasta que haya un órgano jurisdiccional centralizado que establezca una tradición jurídica uniforme. La solución sería simple si se diese la atribución de competencia interpretativa a una jurisdicción internacional, lo que pasa es que tal jurisdicción no existe más que en determinados círculos jurídicos, v.gr. la Comunidad Europea. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ha declarado que:

*“de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la comunidad”* (STJCE 9 de noviembre de 2000, as. C-357/98: *Yiandom*) (Fernández Rozas, 2013b, pág. 67)

En el resto de los supuestos, tal es el caso del comercio internacional, en los que el derecho uniforme no cuenta con una estructura internacional de apoyo, es menester acudir a otros procedimientos que, en detrimento de las aparentes ventajas de esta técnica normativa, dificultan su aplicación (Fernández Rozas, 2013b, pág. 67; Fogt, 2012, págs. 98-101). Al respecto, se destaca el recurso a la jurisdicción nacional, el dictamen vinculante de los servicios jurídicos de algún organismo internacional y, por último, acudir a una organización especializada en la materia objeto del texto internacional que asegure una interpretación objetiva y autónoma. No obstante, son pobres resultados que, en la medida en que cuentan con ingentes dificultades técnicas de aplicación y encuentran rechazo por parte de los Estados, denotan las dificultades en presencia. En la práctica, el remedio habitual consiste en el sometimiento de la cuestión interpretativa a la jurisdicción del Estado que aplica el instrumento (Fernández Rozas, 2013b, pág. 67).

Del Duca (2012) concuerda con lo anterior al afirmar que, debido a las preocupaciones en torno a la aplicación e interpretación dispar del derecho uniforme, es deseable establecer un marco institucional para revisar la manera en la que las normas uniformes son aplicadas una vez adoptado el texto. Para el autor, sería adecuado idear la compilación de decisiones, en donde, además que la mera presentación de informes, éstas se analicen objetiva y sistemáticamente con el fin de identificar áreas problemáticas y proponer alguna interpretación para su desarrollo –por supuesto, dichas interpretaciones no podrían ser vinculantes para los Estados, quienes las tendrían a su disposición

como fuente persuasiva de autoridad, en relación con la interpretación deseable para el tráfico mercantil internacional– (págs. 121-124). Por ello, para que las reglas armonizadas no sean aplicadas de distinta manera por los tribunales de los diferentes países, un primer paso es que los instrumento que tenga por fin armonizar diferentes tradiciones jurídicas, deben ser precisos y dejar poco espacio a la discreción de juez<sup>330</sup> (Cordero Moss, 2010, pág. 31).

Ahora bien, una vez referidas las principales críticas que se le atribuyen al proceso de armonización, para finalizar este acápite, cabe enlistar los obstáculos con los que actualmente se encuentra dicho proceso. Al respecto, Edlund (2012) afirma que éstos explican que la armonización no sea un asunto demasiado extendido, a pesar del cúmulo de esfuerzos hechos. Principalmente, estos obstáculos son:

- i)* la incomprensión y falta de conocimiento relevante respecto a la armonización;
- ii)* la renuencia a utilizar soluciones armonizadas, bien sea por ser poco compatibles a soluciones dadas por el sistema jurídico estatal, o por el miedo al cambio, existente en muchos juristas;
- iii)* las diferencias de las culturas jurídicas, así como las existentes entre las aproximaciones metodológicas usadas en cada sistema;
- iv)* las barreras idiomáticas, que se acrecientan cuando existe un desacuerdo interpretativo; llegando incluso a encontrarse decisiones incompatibles proferidas por una misma Corte;
- v)* los diversos y muy variados resultados que pueden obtenerse siguiendo el objetivo de la armonización, se convierten a su vez, en obstáculos a la misma: al tiempo que se produce la armonización, la interacción, y consecuente desarmonización, toma al mismo tiempo lugar; inconsistencia causada por varios factores, entre ellos, el gran número y variedad de nuevas y dispares iniciativas armonizadoras, así como por el número y variedad de desemejantes fuentes internacionales, las cuales están lejos de ser coordinadas porque son creadas de distintas formas, en diferentes periodos de tiempo, y por diversos actores, con heterogéneos objetivos e intereses; y,

---

<sup>330</sup> Otra tarea para una adecuada armonización, es prever recursos para lograr la uniformidad en la práctica, una vez sea adoptado el instrumento de derecho uniforme; así como también, mejorar la calidad y cantidad de programas de derecho comparado e internacional en las facultades de derecho, con el fin de que los futuros abogados cuenten con mejores herramientas respecto del derecho uniforme (Del Duca, 2007, pág. 640).

vi) la falta de posibilidad de ajustar las normas armonizadas respecto de textos uniformes como convenciones y tratados internacionales, como la, en la práctica, inalterable CNUCCIM: su falta de dinamismo, puede llevar a que se complemente con modelos de cláusulas o contratos, o con interpretaciones novedosas; sin embargo, los desarrollos sociales pueden hacer anticuado el instrumento, haciendo que el esfuerzo armonizador tenga que comenzar de nuevo (2012, págs. 12-15).

Así las cosas, a pesar de todas esas dificultades a las que la armonización se enfrenta, esos factores no deben dirigir a la conclusión de que un alto nivel de armonización sea de imposible acometimiento. Al no poder ser superados permanentemente, muchos de esos obstáculos causan efectos desarmonizadores y contrarrestan los empeños hechos para la unificación; no obstante, esos obstáculos pueden reducirse y aminorarse, así como algunos de ellos superarse, si se impulsa y materializa una adecuada coordinación y priorización de los esfuerzos armonizadores, con la mira puesta a una estrecha cooperación entre todos los partícipes del proceso (Edlund, 2012, pág. 18)

### 3. ¿QUÉ HA CRUZADO DEL ‘PUENTE’? IMPACTO DE LA ARMONIZACIÓN EN COLOMBIA

*“La misión del derecho no puede ser concebida sino a base de una libertad y de una actividad continuamente variables, porque actúa plasmado por la vía a la cual informa la cultura económica e histórica en permanente evolución”* (Franco Zárate, 2012, pág. 263).

En este capítulo, se hace alusión a los principales efectos e impactos que ha vivenciado el derecho colombiano mediante el proceso de armonización, a través de la legislación y la jurisprudencia. En tanto que ésta última puede operar en ese proceso mediante el empleo de instrumentos del derecho uniforme como herramientas de construcción y/o de interpretación de sus soluciones, dicho asunto se tratará en la segunda parte de éste capítulo, siendo la primera, la armonización que se ha dado por causas legislativos.

Así las cosas, a continuación se referirá a la armonización que ha operado mediante la recepción que hace el órgano legislativo de cada Estado; en Colombia precisamente, ésta ha sido la vía más fructífera, en cuanto a armonización se refiere. Al respecto, cabe advertir que la armonización que se presenta por causas legislativos sufre un gran problema, en lo que a la interpretación uniforme respecta: en los proceso de armonización/unificación de las normas que se da a través de leyes modelo o convenciones internacionales, una vez adoptado e incorporado el instrumento internacional al Derecho interno de los países, debe ser sometido a la interpretación de las Cortes locales, con lo que muchas veces las normas no son interpretadas teniendo en cuenta el contexto en el cual y para el cual fueron creadas, internacional (Rodríguez Fernández, 2012, págs. 49-50) (*Cfr. Supra. 2.5*).

#### 3.1. Secuelas legislativas del proceso de la armonización jurídica en Colombia

*“la integración económica con otros Estados es un postulado constitucional que debe lograrse sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Artículo 150 No.16)”* (Corte Constitucional, Sala Plena (10 de Mayo de 2000) Sentencia C-529/00 [M.P. Antonio Barrera Carbonell], 2000).

En este punto, conviene admitir que la armonización es un proceso que suele prescindir de las causas y circunstancias que llevan en cada sociedad a la adopción de un texto. Teniendo en cuenta la carga histórica y el contexto social, económico y cultural de cada sociedad, la existencia y efectividad de una norma en determinado ordenamiento puede justificarse o no. Así las cosas, en un sistema que



carece del contexto socio-cultural en que fue expedida una disposición, la implementación de la norma puede no ser del todo exitosa: ello obedecerá a la dependencia que exista entre el contexto, las características del sistema jurídico y la efectividad de la disposición. Al respecto, Bonilla Aldana (2013) recuerda que, al omitir realizar un análisis histórico del contexto político y cultural existente al momento de expedición de la norma, ese efecto negativo se hace visible especialmente en casos de trasplantes legales, en los que una disposición o institución es extraída de un ordenamiento para ser insertada y aplicada en otro<sup>331</sup>.

Sin óbice de lo anterior, a diferencia de los meros trasplantes legales, el proceso de armonización jurídica del comercio internacional ha previsto dichos inconvenientes, trabajando para su desarrollo con la participación de importantes juristas de diversos países, aminorando la posibilidad del acaecimiento de las desastrosas consecuencias que pueden traer dichos trasplantes. Recuérdese que por regla general, los esfuerzos por la armonización buscan disminuir la diversidad legal, instaurando puntos de contacto entre los distintos ordenamientos, para así favorecer el establecimiento de mayor compatibilidad entre éstos, con independencia de la tradición jurídica de cada Estado, así como de los factores políticos, económicos y culturales propios. En ese contexto, es decir, en la búsqueda por disminuir divergencias entre los ordenamientos jurídicos y en aras de alcanzar mayor participación en el mercado mundial, Bonilla Aldana (2013) trae a colación que Colombia ha participado en algunos de esos procesos de armonización<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> Como ejemplo de lo *desastroso* que puede ser dicha práctica, Bonilla dice que en Colombia, en materia de pensiones, está el caso del régimen de ahorro individual. Según Bonilla Aldana, este régimen pensional fue trasplantado a Colombia en la década de los noventa, dividiendo el subsistema de pensiones en dos: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual. Dicho trasplante se produjo desconociendo los antecedentes, el contexto y las características del sistema chileno para la época de su expedición, lo que con el paso del tiempo trajo importantes consecuencias negativas: (i) una desfinanciación del régimen de prima media con prestación definida, (ii) la pérdida del régimen de transición para muchas personas que desconocían las consecuencias del traslado de un régimen a otro y (iii) la no consecución siquiera de una pensión mínima para quienes se trasladaran o ingresaran en este último (2013, págs. 112-113).

<sup>332</sup> El autor pone como ejemplos la Ley 518 de 1999, por la cual fue aprobada la CNUCCIM; igualmente, la Ley 1116 de 2006, que regula todo el régimen de insolvencia del comerciante, cuya regulación en materia de insolvencia transfronteriza se basó en la ley modelo de UNCITRAL del año 2006 sobre dicha temática. Como ya se ha mencionado, en materia de arbitraje internacional, Colombia se adhirió a la Convención de Nueva York sobre la ejecución de sentencias extranjeras en el año de 1979 y acogió la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI mediante la ley 1563 de 2012. Y a pesar de que Colombia no ha ratificado nunca un convenio sobre transporte Marítimo, para Bonilla Aldana “*existe acuerdo en la doctrina en cuanto a que las reglas del código de comercio en la materia se encuentran basadas en parte en las Reglas de La Haya, pero más que todo en su protocolo modificatoria Haya-Visby*” (not. 18). Sin óbice de lo anterior, Bonilla Aldana también reconoce que Colombia es un país que ha buscado por medio de instrumentos armonizadores eliminar las diferencias legislativas y promover la participación de los comerciantes colombianos en el mercado global. Sin embargo, la experiencia en este punto no ha sido del todo exitosa, habida cuenta de que a pesar de la ratificación o incorporación de estos instrumentos en nuestra regulación, su aplicación en algunos casos es casi inexistente (2013, pág. 88).

En efecto, es manifiesto el ánimo que se percibe en el legislador colombiano respecto de la armonización jurídica relativa al comercio internacional; mayormente a partir de la Constitución del año 1991. Desde esa época, fruto del aprovechamiento a escala local, de algunos esfuerzos armonizadores enfocados en ciertos sectores del derecho, tanto a nivel global y regional, el legislador colombiano no solo ha promulgado leyes en pro del fortalecimiento del comercio y de sus lazos comerciales con otras naciones, sino que ha expedido varias normas armonizadas con fuerzas de ley.

Con ánimo ilustrativo y sin pretensión de exhaustividad, es de destacarse el que después de la Constitución de 1991, en Colombia se han expedido las siguientes normas con fuerza de ley:

> **Ley 32 de 1992**

A través de la ley 32 del 30 de diciembre de 1992 (D.O.: 40.705 del 31 de diciembre de 1992), se aprobó el estatuto Orgánico de UNIDROIT, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940; al respecto, en la revisión constitucional que se le hizo a dicha ley en el año 1994, la C. Constitucional manifestó que:

*“la naturaleza jurídica del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, expresa que es una institución internacional que depende de los Gobiernos participantes. Los contenidos del Estatuto permiten de manera clara concluir su conformidad con el orden constitucional colombiano. La promoción de elementos normativos del derecho privado, de carácter uniforme para el concierto de las Naciones, resulta un elemento civilizador, que consulta las tendencias universalistas de nuestro tiempo”* (Corte Constitucional, Sala Plena (10 de febrero de 1994) Sentencia C-048/94 [M.P. Fabio Moron Diaz], 1994).

> **Ley 170 de 1994**

En 1994, mediante la ley 170 del 15 de diciembre de ese año (D.O.: 41.637, del 16 de diciembre de 1994), se aprobó el acuerdo por el que se estableció la OMC, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994; en dicha oportunidad, la C. Constitucional expresó, respecto de la constitucionalidad de dicho tratado, que:

*“no se encuentra en este tratado nada que pugne con la Constitución Política. Por el contrario: puede sostenerse que la creación de la Organización Mundial de Comercio interpreta el artículo 226 de la Constitución, según el cual "El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional". Y consulta, además, el espíritu del artículo 227, de acuerdo con el cual "El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones... mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales””* (Corte

Constitucional, Sala Plena (28 de Marzo de 1995) Sentencia C-137/95 [M.P. Jorge Arango Mejia], 1995).

#### > Ley 267 de 1995

Un año después, esto es, mediante la ley 267 del 26 de enero de 1995 (D. O.: 42.704, del 30 de enero de 1996), se aprobó el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, del 18 de marzo de 1965, convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); la C. Constitucional, en la revisión de dicha ley, manifestó en aquella oportunidad que con este tratado:

*“se logra que las relaciones interestatales no sean tratadas de la misma forma que los conflictos de interés puramente privados. La renuncia al ejercicio de la protección diplomática, consagrada en el Tratado, es constitucional. Esta renuncia funda su razón de ser en la naturaleza misma de los conflictos cuya resolución se confía al CIADI, los cuales son de índole estrictamente jurídica y privada y surgen directamente de una inversión realizada por un nacional de un Estado parte en el territorio de otro Estado contratante. Debe entenderse que cualquier Estado parte en la Convención podrá ejercer la protección diplomática en todos aquellos eventos que trasciendan la competencia del Centro”* (Corte Constitucional, Sala Plena (19 de Septiembre de 1996) Sentencia C-442/96 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz], 1996).

#### > Ley 518 de 1999

De la misma manera, como antes se había comentado, mediante la ley 518 de 1999 (D. O.: 43.656, del 5 de agosto de 1999.), Colombia aprobó la CNUCCIM, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. La C. Constitucional, en la revisión oficiosa de esa última ley, manifestó que:

*“la integración económica con otros Estados es un postulado constitucional que debe lograrse sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Artículo 150 No.16). En la Convención que se analiza se observa que dichos postulados efectivamente se cumplen pues al lograr unificar la normatividad sobre la compraventa de mercaderías internacionales se hace más expedito para los particulares, ubicados en diferentes Estados, la comercialización de bienes, lo cual seguramente repercutirá también en la calidad de vida de los habitantes de las naciones donde están residenciadas las partes que realizan dichos negocios. Sobre este aspecto el Gobierno expresó en la exposición de motivos presentada por sus respectivos ministros ante el Congreso de la República lo siguiente: “...en desarrollo de este tipo de tratados se intensifica el intercambio comercial entre las partes y aumenta, en consecuencia, el número de negocios y actos jurídicos internacionales que celebran los particulares dentro de ese marco jurídico previamente determinado”* (Corte Constitucional, Sala Plena (10 de Mayo de 2000) Sentencia C-529/00 [M.P. Antonio Barrera Carbonell], 2000).

Al respecto, Tamayo Jaramillo (2005) señala que la Convención es una regulación conciliadora de diferentes lenguajes y estilos jurídicos, por lo que con ésta, los jueces colombianos juegan un papel más protagónico: términos tales como *“forma adecuada”, “plazo más breve posible”, “oportunidad razonable”, “habida cuenta de todas las circunstancias”, “plazo razonable” o “incumplimiento esencial del contrato”* muestran un flexible espacio para la creatividad del

intérprete, y para la formulación de juicios de valor sobre el comportamiento de los contratantes (pág. 201). El autor agrega:

*“la Convención (...) requiere un proceso detallado de confrontación con regímenes particulares, pero sobretudo con la teoría general de las obligaciones y de los contratos. Ya se debe pasar del simple plano explicativo sobre los antecedentes y la estructura del texto legal, al examen de problemas concretos que le ayuden al juez y al contratante a resolver su conflicto”* (pág. 238)

Acá, no sobra mencionar que, al ser la compraventa internacional de mercaderías la operación mercantil básica, tanto en el ámbito interno como en el internacional, los esfuerzos armonizadores se han volcado, en principio, a conseguir un régimen uniforme que simplifique la realización de las operaciones internacionales y facilite los intercambios (Peña Nossa, 2014, pág. 259-260). Desde una perspectiva muy general, puede entenderse por compraventa internacional un *“acuerdo de voluntades celebrado entre partes domiciliadas en países diferentes, a través del cual se transfiere la propiedad de mercancías que serán transportadas a otro territorio, teniendo como contraprestación el pago de un precio”*. Puede considerarse que el prototipo de los contratos es el de compraventa, siendo este el más frecuente en las relaciones mercantiles; en el ámbito internacional, se contempla a la compraventa como eje de todo un sistema en torno al cual giran el resto de las figuras contractuales constituyendo una figura legal necesaria para llevar a cabo una transacción. Generalmente, la compraventa internacional engloba, uno o varios, contratos de transporte, seguros, garantías de pago, etc. (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, págs. 360-361).

Siguiendo a Marín Fuentes (2014), el contrato internacional de compraventa de mercancías está regulado básicamente por la CNUCCIM, *“que reglamenta lo relativo a la formación del contrato y los derechos y obligaciones de las partes y excluye lo relativo a la validez del acto y los efectos que se tenga sobre la propiedad de las mercancías”* (pág. 161). Por ello, no debiera sorprender el acogimiento en Colombia de la CNUCCIM, la que es un convenio que, al contener una ley uniforme sobre el contrato de compraventa internacional, incorpora una normativa uniforme en relación con el tipo contractual mencionado (Esplugues Mota, 2011d, pág. 183; Ternera Barrios, 2009, pág. 399).

Sin embargo, al haber unificado solamente a escala internacional el contrato de compraventa de mercaderías, dejó fuera de su orbita los supuestos conectados exclusivamente con un ordenamiento estatal, es decir, generó que se suscitara problemas de delimitación normativa, puesto que mientras

que una situación internacional puede quedar dentro de un régimen unificado, si la misma situación es local ésta quedaría regulada por las normas materiales de cada uno de los derechos en presencia, sin aludir a la porosidad de la frontera que traza esa delimitación normativa en cada estado. En últimas, ello genera la coexistencia de los dos regímenes, el tradicional y el reconocido a partir de la ley 518, que tratan de forma dispar a operaciones que pueden ser similares, y cuya única diferencia podría ser que en una de ellas se trascienden las fronteras. Todo lo anterior, sin entrar aquí a hacer referencia a las disimilitudes existentes en torno a la oferta y aceptación<sup>333</sup>, formación del contrato, que existe entre conjuntos normativos tales como la CNUCCIM o los Principios de UNIDROIT, y demás disimilitudes<sup>334</sup>, respecto del régimen jurídico colombiano.

### > Ley 527 de 1999

Ahora bien, posteriormente se expidió la primera ley, en Colombia, que tuvo como origen reconocido una ley modelo, esto es, la ley 527 de 1999 “*por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*” (D. O.: 43.673, de 21 de agosto de 1999). En la exposición de motivos de lo que llegaría a ser la ley 527 de 1999, se lee que respecto a los antecedentes de dicha iniciática, se vio por parte del Gobierno Nacional de aquel entonces que:

*“fruto del acercamiento con los organismos internacionales interesados en el tema y de la investigación realizada por la Comisión Redactora del Proyecto, en donde tuvieron asiento representantes de organismos públicos y privados, se pudo concluir que las leyes modelos en el ámbito internacional son el instrumento adecuado para su incorporación al derecho interno. Dentro de este grupo ya mencionado se encuentra la ley modelo de la Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas*

---

<sup>333</sup> Al respecto, Peña Nossa (2014) señala: “*La oferta nacional aplica tanto para mercaderías como para servicios, en tanto que la oferta internacional solo aplica para mercaderías. La oferta nacional lleva implícita la intención del oferente de quedar obligado con la aceptación, mientras que la oferta internacional debe consignar expresamente la voluntad del oferente de quedar obligado con la aceptación del destinatario. La oferta nacional produce sus efectos desde el momento de su expedición, en tanto que la oferta internacional las produce desde el momento en que el destinatario recibe la oferta. (...) [El C.Com] no consagra ni el retiro ni la revocación de la oferta, mientras que la Convención de Viena de 1980 si contempla tales figuras en su artículo 15 para la oferta internacional. Nuestro ordenamiento mercantil [el colombiano] no prevé la posibilidad de retirar la aceptación, en tanto que la Convención de Viena (art. 22) sí permite retirar la aceptación internacional*” (págs. 221-222).

<sup>334</sup> Por ejemplo, respecto de la resolución contractual: el régimen interno consagra, por regla general, un carácter judicial (art. 1546 del C.Civ. y 870. Del C.Com.), siendo la excepción la consagración de cláusulas resolutorias y regímenes especiales de resolución. En este último evento, además de la resolución automática del contrato de seguro (Art. 1068 del C.Com), cae la resolución automática de la Convención de Viena. En efecto, la resolución está consagrada en varias disposiciones de la Convención, encontrándose ésta, en principio, como una *norma extintiva* con efectos retroactivos. Adicionalmente, en la CNUCCIM la resolución procede automáticamente, es decir, sin la necesaria intervención del árbitro o juez. Igualmente, la Convención no exige un incumplimiento simple, sino un incumplimiento calificado: un incumplimiento esencial (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2009b, págs. 259-264).

*para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional) sobre Comercio Electrónico, la cual sirvió de base para el presente proyecto*<sup>335</sup>.

En la revisión constitucional de dicha ley y, particularmente de sus artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45, se lee que

*“la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996 aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares. El régimen legal modelo formulado por la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- busca ofrecer: “...al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitieran eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permitiera un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico.” “... La ley modelo tiene la finalidad de servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación pertinente cuando no exista legislación de este tipo...”. Según se hizo constar en la propia exposición de motivos, el proyecto colombiano se basó en la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- sobre Comercio Electrónico” (Corte Constitucional, Sala Plena (8 de Junio de 2000) Sentencia C-662/00 [M.P. Fabio Morón Díaz], 2000).*

Así, dicha ley sigue manifiestamente los lineamientos del proyecto tipo de Ley modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI<sup>336</sup>. Ésta última, junto con la guía para su incorporación al derecho interno, por Resolución 51/162 fue aprobada por la CNUDMI el 16 de diciembre de 1996, en cumplimiento de su mandato de fomentar y velar por la armonización y la unificación del derecho mercantil internacional, y como respuesta al cambio que se había dado en las comunicaciones entre las partes que recurrían a tecnología informática para desarrollar sus relaciones de negocios. La ley modelo dio una guía a los Estados para lograr la consolidación de una legislación que regulara la tendencia mundial del comercio electrónico, brindando a los países una *guía* para la modernización de su normativa legal.

---

<sup>335</sup> Así mismo, en el proyecto de lo que sería ley de la República, se reconoce que: *“la ley modelo tiene la finalidad de servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación pertinente cuando no exista legislación de este tipo”*.

<sup>336</sup> Dicha ley modelo consta de 17 artículos y está dividida en dos partes, la primera parte sobre el comercio electrónico en general y la segunda sobre el comercio electrónico en materias específicas. En la primera parte se alude al ámbito de aplicación, definiciones, interpretación, reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, la firma, el original, la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, la conservación de los mismos, la formación y validez de los contratos, el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, su atribución, el acuse de recibido, el tiempo y lugar de envío y la recepción de un mensaje de datos. La segunda parte refiere a cuestiones específicas como el transporte de mercancías y los documentos de transporte (García Más, 2001, págs. 181-182).

En esa dirección, para Torres Torres (2012), esa ley modelo surge del esfuerzo de organismos, que como la CNUDMI, han sido conscientes del crecimiento del comercio y la necesidad de unificar y armonizar las normas que rigen el comercio internacional, por lo que vieron la necesidad de materializar la adopción de medidas que propendieran por garantizar la seguridad en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio y de elaborar principios jurídicos aplicables a la formación de los contratos mercantiles internacionales por medios electrónicos, ello con el fin de colmar lagunas jurídicas y reducir la incertidumbre legal al respecto<sup>337</sup> (págs. 1-2). Ahora bien, a pesar de lo que podría imaginarse, ésta no es un área de trabajo reciente para la CNUDMI, la Comisión desde 1984 había señalado como prioritario el desarrollo normativo relacionado al uso de las tecnologías de la información (Gómez Pérez, 2004, págs. 27-28).

Puestas así las cosas, cabe decir que en Colombia, al haber seguido la ley 527 a la ley modelo de UNCITRAL, ésta determina la validez de la contratación electrónica, y en este ordenamiento jurídico estatal, la eficiencia de los contratos depende de las condiciones de validez y no de su forma; por lo que en dicho medio,

*“para hablar de contratación electrónica en estricto sentido, se deberá verificar que se cumpla con los requisitos establecidos para prestar el consentimiento y perfeccionar el contrato a través de los procedimientos de oferta y aceptación, establecidos en los artículos 850, 851 y 864 del código de Comercio”* (Rincón Cárdenas, 2009, pág. 875).

#### > **Ley 967 de 2005**

Por su parte, en relación al *Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil de Ciudad de Cabo* del año 2001, mencionado en este escrito con anterioridad (Cfr. *Supra*. 2.1 y 2.4.2), éste se incorporó a Colombia a través de la ley 967 de 2005 (D.O.: 45.970 del 15 de julio de 2005). Es de destacarse que en la revisión constitucional respectiva, la Corte reconoció la reducción de costos transaccionales como uno de los principales beneficios de la armonización jurídica del comercio internacional, al mencionar:

---

<sup>337</sup> La misma Ley Modelo en su guía de incorporación reza: *“La finalidad de la Ley modelo, la cual es ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permita eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico”*. A pesar de no ser una norma con fuerza vinculante para los Estados, la necesidad de la utilización de las nuevas tecnologías, mediante la ley modelo, ha precisado la importancia de tener al menos unas bases armonizadas para todos, y ello *“sería elemento esencial para que efectivamente triunfara en un mundo interconexionado el comercio internacional”* (García Más, 2001, pág. 182).

*“El efecto positivo inmediato de una legislación uniforme en materia de ejecución de garantías suscritas sobre elementos de equipo móvil es la reducción de los costos de financiación y el aminoramiento de los requisitos y garantías exigidas al usuario del crédito, con lo cual puede augurarse un evidente incremento en la oferta de financiación y una mayor dinámica comercial en la materia”* (Corte Constitucional, Sala Plena (5 de abril de 2006) Sentencia C-276-06 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra]).

### > **Ley 1116 de 2006**

Ahora bien, años más tarde, se promulgó la ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 *“por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”* (D. O.: 46.494 del 27 de diciembre de 2006). Según la Cartilla elaborada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Superintendencia de Sociedades (2007) *“Nuevo Régimen de Insolvencia empresarial ley 1116 de 2006”*, dicha ley incorporó al ordenamiento jurídico colombiano la ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza. En la cartilla se reconoce que:

*“La ley modelo es un instrumento valioso para enfrentar la proliferación actual y creciente de casos de insolvencia Transfronteriza. Su ventaja está reflejada en el respeto a las diferencias dadas de un derecho procesal interno a otro, sin intentar unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, y al mismo tiempo en ofrecer soluciones que puedan ser útiles tanto para los acreedores y empresarios nacionales como para los extranjeros”* (pág. 8).

La existencia de un mercado globalizado y la frecuencia de relaciones comerciales entre personas de distintos Estados, puso en evidencia que la insolvencia ha dejado de ser un problema local, por lo que se manifestó la necesidad de una regulación en esta materia. Para Rodríguez Espitia (2007) la introducción de las reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia transfronteriza a través del Título III de la Ley 1116 de 2006 era una necesidad que reclamaba desde hace mucho tiempo la legislación concursal colombiana, especialmente a raíz de las crecientes alianzas económicas que día a día van estableciendo las empresas con mercados extranjeros.

Así, la inclusión de las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia transfronteriza de 1997 fue la novedad que trajo la ley 1116 de 2006, como puede evidenciarse en el título III de esa norma, compuesta por cinco capítulos, que abarcan desde el artículo 85 al 116; y es aplicable en el contexto de grupo de empresas por mandato del artículo 34 del Decreto 1749 de 2011. Para Pereira Pereira (2015), con la adopción de la ley modelo se superaron antiguas técnicas para resolver casos de insolvencia, v.gr. la doctrina de la cortesía internacional (common law), exequátur (régimenes de tradición romanista), cumplimiento de resoluciones de procesos extranjeros de insolvencia basado



en el derecho interno para la ejecución de sentencias extranjeras y la comisión, o carta rogatoria, para la transmisión de solicitudes de asistencia (pág. 746). Por su parte, Wilches Durán (2009) caracteriza la influencia de esa ley modelo sobre la ley 1116, así:

*“los artículos 85 a 116 de dicha ley, están divididas en cinco capítulos, bajo la misma división que utiliza la ley modelo de la CNUDMI, a saber: disposiciones generales, acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas competentes, reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables, cooperación con tribunales y representantes extranjeros, y procesos paralelos. La ley modelo de la CNUDMI está compuesta por 32 artículos, al igual que el título III de la Ley 1116 de 2006. No obstante, aunque la esencia de la redacción de los artículos de ley modelo de la CNUDMI se mantuvo en la Ley 1116, estos tienen algunas diferencias mínimas (...). Lo que sí hay que resaltar es que el artículo 85 de la Ley 1116 de 2006 no está contenido en el cuerpo de artículos de la ley modelo de la CNUDMI, sino en el preámbulo de la misma, y que el artículo 31 de la ley modelo de la CNUDMI sobre presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no fue incluido en la Ley 1116 de 2006, por considerarse inconveniente dicha disposición”* (2009, pág. 175).

Tal como lo señala Pereira Pereira (2015), lejos de significar un intento por unificar los procedimientos de insolvencia, la adopción de la ley modelo sobre la insolvencia transfronteriza es un intento por armonizarlos en medio de las diferencias, a fin de que se creen vínculos entre los diferentes regímenes legales y se facilite la administración de los casos de insolvencia transfronteriza (pág. 746). Cabe decir que, desde 1995, mediante el trabajo de estudio y análisis de las diferentes figuras jurídicas que regulan la insolvencia transfronteriza, la CNUDMI emprendió una labor de unificación al respecto. Dicha labor ha quedado redactada en tres documentos: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)<sup>338</sup>, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia (2004) y la más reciente Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009) (Vásquez Valencia & Ángel Posada, 2011, pág. 148).

### > **Ley 1563 de 2012**

Ahora bien, en el 2012, como se enunció atrás (*Cfr. Supra 1.2.2. y 2.3.2*), Colombia adoptó la ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, mediante la ley 1563 (D. O.: 48.489 de 12 de julio de 2012). Al respecto, siguiendo a Munar Cadena (2015), las consecuencias de la modificación de las condiciones de internacionalidad del arbitraje, así como

---

<sup>338</sup> Vásquez Valencia & Ángel Posada indican que son varios los países que han acogido la ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, entre los que se encuentran: Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2008), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), Polonia (2003), República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004), Sudáfrica (2000), las Islas Vírgenes Británicas (2005) (2011, pág. 148).

la creación de una normatividad específica que lo gobierna son, de un lado, la estructura y creación de una ley más acorde con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI; y, de otro, un modelo pragmático, que tiene como finalidad atender las necesidades del comercio, con miras a hacer del ordenamiento colombiano más competitivo en estos temas. En la norma colombiana se adopta parcialmente la ley modelo, en tanto que se propone un régimen arbitral dualista, el cual da un tratamiento dispar al arbitraje comercial nacional, del internacional. En relación con las normas del arbitraje internacional, y siguiendo a una gran mayoría de países a nivel mundial, la ley adopta casi textualmente, con algunas variaciones en la redacción, la Ley Modelo de 1985 junto con sus enmiendas del año 2006 (Rodríguez Mejía, 2012, págs. 380-384).

La influencia y guía de la ley modelo en la elaboración de textos legales relativos al arbitraje comercial internacional, no sólo para el caso colombiano, ha sido decisiva: se ha convertido en un verdadero faro para las legislaciones nacionales que, buscando optimizar o directamente ir a la vanguardia en materia arbitral internacional, han imitado esta normativa de modo relevante, provocándose una verdadera armonización en la materia con los consiguientes efectos asociados. En particular, la Ley Modelo ha resultado decisiva al punto que prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos han consultado como fuente principal, sino única, la citada ley (*Cfr. Supra. 1.2.2 y 2.3.2*).

Así las cosas, Colombia se ha unido a la tendencia: podría sostenerse que América Latina, mediante la ratificación de las más importantes convenciones sobre arbitraje internacional, el uso creciente del arbitraje en tratados de comercio exterior, tanto universales, regionales como bilaterales, y más recientemente, en virtud de la adopción de leyes nacionales modernas que regulan el arbitraje internacional<sup>339</sup>, ha dado señales claras en favor del reconocimiento y aceptación de los beneficios

---

<sup>339</sup> Fernández Rozas (2013c) señala que, para los países latinoamericanos, la influencia y guía de la ley modelo ha resultado decisiva hasta el punto que de prácticamente todas las leyes de esos países han tomado como referente principal, o, incluso como en el caso de México, único la referida ley. Para el autor: “*Al haberse seguido los principios recogidos en la Ley Modelo, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal adecuado para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno deberían llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano*” (pág. 129). Del mismo modo, cabe agregar que los países latinoamericanos han adoptado numerosas convenciones aceptando el derecho no estatal e incluso el juzgamiento de tribunales supranacionales que los aplican, v.gr. el Convenio de Washington de 1966, que crea el Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI), la Convención de Panamá de 1975 relativa al arbitraje, el Tratado de Asunción de 1991 que creó

del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas (Vásquez Palma, 2012, págs. 14-15). Como consecuencia de lo anterior los obstáculos legales más importantes han sido removidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional. Al haberse seguido los principios recogidos en la Ley Modelo, el proceso de reforma legal permitió, a la mayoría de los países latinoamericanos, un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje (Conejero Roos, 2005, págs. 137-138).

### > Ley 1676 de 2013

Ahora bien, al comienzo de este acápite se enunció que fruto del aprovechamiento a escala local de los esfuerzos armonizadores, tanto a nivel global y regional, el legislador colombiano ha promulgado varias normas con fuerza de ley. Pues bien, un ejemplo que ilustra el resultado de un proceso de armonización regional, es la ley 1676 “*por medio de la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*” (D.O.: 48.888 del 20 de agosto de 2013), cuya inspiración fue la ley modelo interamericana de garantías mobiliarias.

La ley en mención, consagra a nivel nacional colombiano la ley modelo interamericana de garantías mobiliarias, aprobada el 8 de febrero del 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>340</sup>. Siguiendo a Ramírez Torres (2015)

*“[L]a Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (Ley modelo) es un esfuerzo por incentivar el acceso al crédito utilizando bienes muebles como garantía, y por armonizar las normas de los diferentes países. En ella se adoptan definiciones genéricas con el fin de hacerla lo más útil posible para distintas jurisdicciones, por lo cual se trata esencialmente de una enunciación de principios (Kozolchyck, 2011, pág. 14). La Ley Modelo no incita a los países a derogar sus normas tradicionales sobre garantías, pero los requiere para la creación de un sistema de registro público eficiente y de bajo costo (Buxbaum, 2003, pág. 324). Actualmente Perú, Honduras, México, Guatemala, Chile, El Salvador y Colombia han adoptado el modelo en diferentes proporciones y con distintos niveles de éxito (Kozolchyck, 2011, págs. 36-40”.*

---

el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Convención de México de 1994, el Acuerdo Arbitral del MERCOSUR de 1998, etcétera (Moreno Rodríguez, 2011, págs. 286-297).

<sup>340</sup> Según la información registrada en la página web de la OEA (2013), “[e]l Proyecto de Garantías Mobiliarias de la OEA tiene por objeto desempeñar un papel de suma relevancia en el desarrollo de los regímenes de garantías mobiliarias y los registros de garantías en las Américas, fortaleciendo las capacidades de los Estados Miembros para llevar a la práctica políticas y establecer marcos de financiamiento garantizado que estimulen el acceso al crédito en condiciones de equidad, prestando especial atención a las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMEs) y teniendo en cuenta las necesidades de financiamiento modernas de las empresas propiedad de mujeres”.

Al respecto, para León Robayo & González Umbarila (2014) con dicha ley modelo se busca reducir considerablemente el costo de la obtención del crédito, y facilitar el comercio y las inversiones internacionales, a las pequeñas y medianas empresas de todos los países del hemisferio, así como cubrir la ejecución de los intereses garantizables sobre la propiedad; de esa manera, Colombia ha armonizado su régimen legal tomando como estándar el modelo interamericano “*que encuentra una clara inspiración en regímenes norteamericanos, en particular en las legislaciones del estado de Ontario en Canadá y el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos*” (pág. 142).

### **3.1.1. Carencias legislativas en lo contractual: casos meramente ilustrativos de disonancias con normas del comercio internacional**

*“El derecho comercial es un derecho de tráfico económico y lo que le ofrece al empresario, y a la vida económica, son los instrumentos para que la comercialización pueda desplegarse; para que pueda llevarse a efecto, evitando en lo posible, el menor número de conflictos entre las personas; disciplinando esa actividad y buscando un equilibrio en todo ese proceso. Ese es el papel del derecho comercial en este espacio, es la finalidad que persigue y es el valor que se realiza”* (Arrubla Paucar, 2005, pág. 60).

Ilustrado el desarrollo legislativo dado en Colombia gracias al proceso de armonización, ahora cabe hacer frente a algunos casos ilustrativos, que sin pretensión de exhaustividad, en dicho medio local ejemplifican la necesidad de adecuación de algunas tipologías de la contratación contemporánea a escala estatal. Lo anterior, obedece a que la contratación contemporánea a nivel internacional es muy compleja, y el proceso de globalización hace que escenarios jurídicos locales no correspondan, en ocasiones, a ciertas arquitecturas contractuales<sup>341</sup>, generando inconvenientes a las transacciones comerciales; al respecto, Mantilla Espinosa & Ternera Barrios (2009a) consideran que, teniendo en cuenta “*las tendencias modernas hacia la unificación de normas sustanciales*”, a semejanza de lo que sucedió con el contrato de compraventa internacional de mercaderías, esto llevará a una paulatina *tipificación* de las principales figuras contractuales usadas a nivel mundial.

---

<sup>341</sup> Cabe agregar además que, al chocar la praxis contractual con las estructuras rígidas de los sistemas jurídicos locales, se genera la tentación de adaptar esas nuevas realidades a las instituciones jurídicas existentes en las respectivas legislaciones. Lo anterior, al ser muchas veces intentos por absorber y ajustar estructuralmente dichos fenómenos, termina convirtiéndolas en figuras complejas y confusas, cuyo uso puede desincentivarse. Siguiendo a Sanabria Gómez, en Colombia ello ha ocurrido hasta el momento con el contrato de factoring, el cual ha evolucionado de una simple cesión de créditos a un contrato financiero complejo de prestación de servicios: “*una estructura contractual amplia y multifuncional de la que se desprenden una serie de obligaciones accesorias y conexas, una de ellas, precisamente, la asunción del riesgo crediticio y la financiación del empresario que se logran a través de actos jurídicos accesorios, como el de la cesión de créditos*” (2009, pág. 470).

Dicha *tipificación*, en realidad se genera sosegadamente. En algunos eventos, ocurre mediante instrumentos de *hard law*, como sucede con el contrato de compraventa y el de transporte marítimo. Sin embargo, actualmente el profuso empleo del *soft law* permite que el proceso de armonización se surta por causas extra-estatales, facultando a que tanto entidades intergubernamentales y no gubernamentales, regionales y globales, dedicadas a un sector de comercio en particular, o al comercio en general, desarrollen documentos modernos, flexibles y persuasivos, cuya práctica reiterativa puede ser capaz de imponerse como usos en el tráfico mercantil. Esos documentos, pueden generar grandes ventajas comerciales, pues favorecen la negociación de contratos, así como su redacción y suscripción, y la resolución de litigios asociados a la relación económica. Expresiones de éstos, son modelos contractuales y cláusulas tipo, guías contractuales, términos comerciales uniformes, reglas y usos uniformes relativos a determinado tipo de transacciones comerciales, *restatements* internacionales, etcétera.

Ahora bien, en esta instancia, cabe advertir que el proceso de armonización no ha afectado por igual, a todos los contratos; sobre el particular, podría señalarse a las figuras contractuales usadas para llevar a cabo la transferencia tecnológica como ejemplo de ello<sup>342</sup>. Ahora bien, debido a que la ausencia de regulación incide no pocas veces en la identificación del contrato, y subsiguientemente, en la de las prestaciones de las partes, cabe indicar que en los supuestos donde la figura contractual no está reconocida en el ordenamiento interno, es ineludible hacer frente a un sinnúmero de riesgos jurídicos. No obstante, puede ocurrir exactamente lo contrario; es decir, que la regulación de un Estado vaya en contravía de la práctica que se genera en el comercio respecto de una figura contractual<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> Al respecto, Guerrero Gaitán (2009) afirma que a pesar de que la comunidad internacional ha invertido grandes esfuerzos para armonizar ese tema y a los grandes avances en la materia, tales como la implementación de diversos tratados y convenios como el Convenio de la Unión de París, el acuerdo Trips, el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) y otros, la problemática de la regulación de la transmisión de bienes protegidos por la propiedad intelectual ha quedado, con precisas excepciones, por fuera de estos instrumentos. A pesar de su importancia, en la mayoría de países del mundo no existe un régimen jurídico propio que regule los instrumentos jurídicos que lleven a cabo la transferencia tecnológica; las normas jurídicas que en las legislaciones nacionales o supranacionales al respecto existen, por lo general, se limitan a fijar la condición de transmisibilidad de los bienes de propiedad industrial y a encargarse de cuestiones puntuales, como ciertos aspectos relacionados con la admisibilidad de cláusulas a la luz del derecho de la libre competencia (pág. 248).

<sup>343</sup> Por ejemplo, respecto de la forma del contrato, aunque en el ámbito internacional la tendencia es la libertad de forma, esto es, la preponderancia del consensualismo; cabe decir que son pocos los instrumentos internacionales que refieren al tema, quedando la forma circunscrita a lo estipulado por los diferentes ordenamientos nacionales, que ante el mismo contrato pueden consagrar la observancia de distintas formalidades (Medina Casas, 2009, pág. 383).

## > Agencia Mercantil

En el medio colombiano, lo anterior ocurre respecto del contrato de agencia mercantil<sup>344</sup>. Éste es un contrato que se asocia a la actividad económica de la distribución: en Colombia, se haya contratos típicos y atípicos relacionados con ésta actividad.

La doctrina mercantil, en general, acepta como especies de contratos de distribución el de agencia comercial, el de franquicia, el de concesión<sup>345</sup>, el de consignación y el de distribución propiamente dicho<sup>346</sup>; asimismo, por ser la distribución un resultado de mercado que se puede lograr mediante diversas formas contractuales, suelen ubicarse también dentro de dicha categoría los contratos de suministro y corretaje<sup>347</sup>. De éstos, en el ordenamiento nacional son nominados y típicos, solamente los contratos de agencia mercantil, suministro, consignación y corretaje (Parra Benítez, 2005, pág. 176)<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> Es tal la importancia de esa figura contractual, que Arrubla Paucar (2005) expresa, que está fundamentada en la profesionalización de los empresarios en el tráfico económico, y se perfiló en el surgimiento de la industria en las épocas decimonónicas. A partir de allí, ha sido un pilar fundamental del desarrollo del mundo capitalista, dado que ha servido de instrumento para la conquista de nuevos mercados: *¿Qué serían las empresas sin los agentes mercantiles que les han abierto el mercado?*, se pregunta el autor (pág. 60).

<sup>345</sup> Al respecto de la concesión mercantil, Gaviria Gil (2005) manifiesta que *“el modelo de la CCI de contrato de concesión, recomienda que éste, cuando reviste un carácter internacional, no debe regirse por una legislación nacional sino por las disposiciones del propio contrato y por los principios legales generalmente reconocidos en el comercio internacional aplicables a dicho contrato, de manera tal que ninguna de las partes queda aventajada con respecto a la otra por razón de la ley nacional aplicable, lo que da a los árbitros, en caso de un litigio, un mayor poder de apreciación... (...), y teniendo en cuenta que uno de los problemas más frecuentes en estos contratos de concesión internacional es la falta de normas uniformes destinadas a disciplinar este tipo de contratos, y que muchas veces ni siquiera hay normas locales que regulen el contrato de concesión comercial, es recomendable una clara, detallada y completa estipulación de todas las obligaciones contractuales”* (pág. 118).

<sup>346</sup> Al respecto, Peña Nossa señala que el contrato de distribución *propiamente dicho* implica una concesión de venta, un acuerdo de compra, y un acuerdo de suministro. Así, *“en su papel de revendedor, el distribuidor se encarga de la distribución en el territorio asignado, y el suministrador le confiere al distribuidor una concesión de venta de sus productos, concediéndole, en la mayoría de los casos, el derecho exclusivo de compra de sus productos. Esto implica que esta colaboración tiene vocación de duración en el tiempo, para que se pueda conseguir el lucro esperado con la celebración del contrato”* (2014, pág. 481).

<sup>347</sup> En Colombia, el corretaje es una de las figuras con regulación exclusivamente mercantil, en cuanto la legislación civil no contempla nada al respecto. En el numeral 8° del artículo 20° del C.Com., se le califica como un acto de comercio, en tanto la norma en cita lo califica, para todos los efectos legales, como un acto mercantil (Castro de Cifuentes, 2009, pág. 559-560).

<sup>348</sup> Parra Benítez (2005) manifiesta que en el ámbito de los contratos de distribución, en Colombia pueden presentarse, en la práctica, varias dificultades para su interpretación y ejecución, originadas en la similitud de las figuras contractuales, en el carácter de atípicos que ostentan algunos, en la ley aplicable cuando se van a ejecutar en Colombia y en la estipulación de ciertas cláusulas, tales como las de exclusividad. Al respecto, para el autor la solución principal de esos conflictos ha de buscarse en el principio de la autonomía privada (pág. 183).

Ahora bien, la agencia mercantil en Colombia está definida legalmente por el artículo 1317 del C.Com, así:

*“Por medio del contrato de agencia, 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”.*

El contrato de agencia, junto al de transporte de mercancías y el de compraventa, es uno de los contratos básicos en el comercio internacional. Por esa razón, instituciones tales como UNIDROIT y la CCI, han elaborado modelos de contrato de agencia; en ninguno de esos modelos se menciona siquiera la cesantía comercial (Arbeláez Bolaño, 2005, pág. 19). Pues bien, para Colombia, el artículo 1324 del C.Com<sup>349</sup>, al instituir la prima o cesantía comercial, ha constituido una barrera en la celebración de contratos de agencia. En efecto, no es atractivo para un empresario nacional o extranjero, acogerse a dicho modelo de colocación o distribución de sus productos, cuando sabe que está obligado al pago de una suma de dinero adicional a la terminación del contrato (Bernal Salamanca, 2014, pág. 97).

Siguiendo a Arrubla Paucar (2005), en Colombia todos los problemas de la agencia mercantil han surgido a partir del C.Com del año 1971, en el que se tipificó y prácticamente se le proscribió, por la consagración de las prestaciones que hace el artículo 1324, en favor del agente mercantil, supremamente gravosas (pág. 60). A la primera de esas prestaciones, se le denomina doctrinalmente *prima* o *cesantía comercial*; sobre ésta, Arbeláez Bolaño (2005) afirma que:

- i) atenta contra la libertad para contratar, en la medida en que restringe el campo de acción de voluntad del que contrata, al establecer una base mínima de ingresos a favor del agente, que le resta capacidad negociadora: *“La cesantía comercial atenta contra los principios del libre mercado al impedir a los agentes competir en la negociación con los principales. Ningún*

---

<sup>349</sup> *“El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la 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.|| Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.|| Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.|| Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto”.*

*agente puede ofrecer a un principal que no cobrará la cesantía comercial, y no puede, por lo tanto, a cambio de ello, obtener mejores condiciones de remuneración durante la vigencia del contrato”;*

ii) es un componente del precio que paga el consumidor final del producto, *“con lo que en la práctica tiene los mismos efectos que un acuerdo de precios de los prohibidos por la legislación de competencia”;*

iii) no compensa nada, *“y del mismo código se deduce que es un derecho al que no se opone obligación alguna de la otra parte y que no tiene como fundamento un reconocimiento. Se causa por el mero hecho de la terminación del contrato, así ésta se verifique por vencimiento de término”;*

iv) es injustificada, si se tienen en cuenta otros contratos de intermediación como el de mandato, comisión y distribución, donde no se contempla la cesantía;

v) no es un elemento que defina el contrato de agencia; y, termina siendo

vi) la consagración en la ley de una conducta prohibida, la del enriquecimiento sin justa causa: *“su concepto viola el principio de la justicia conmutativa que rige los contratos comerciales, según el cual las prestaciones entre las partes deben ser recíprocas y proporcionadas. Esto es así, por cuanto la obligación de pago de la cesantía a la terminación del contrato de agencia es inexorable en la legislación colombiana”* (págs. 19-20).

Al respecto, García Velasco (2011) señala que en Colombia, la regulación que se hace de esa figura contractual la hace poco atractiva para inversionistas y empresarios, especialmente por el proteccionismo y favorecimiento dado al agente o intermediario comercial. En el mismo sentido, Zúñiga Ordoñez (2015) anota que las normas que regulan la agencia comercial en Colombia,

*“... deben adecuarse a modelos más congruentes con las dinámicas de la globalización de la economía y de la tendencia de mercados unificados que no muestren normas proteccionistas para el agente sino que entiendan a éstos como verdaderos empresarios con capacidad decisoria suficiente a la hora de celebrar y ejecutar el contrato, además, le otorgan resarcimiento y compensación a la finalización del mismo siempre y cuando su contribución a su contraparte lo justifique”* (pág. 283).



Estando así las cosas, ¿qué sucede con ésta figura contractual en la práctica mercantil? Pues bien, según Arrubla Paucar (2005), se siguen otras figuras instrumentales como la venta, el suministro, la distribución o la concesión, pero, por ningún motivo, la agencia mercantil:

*“Así se pierde la lógica en la aplicación del método del derecho mercantil. Comenzamos a utilizar las figuras que sirven para instrumentar la distribución, no de acuerdo con la función económica específica que cumple cada una de ellas, sino tratando de simular o esquivar la fatalidad que implicaría cometer una agencia comercial. Queda en nuestra vida empresarial y comercial un mundo oculto y subterráneo, el de las agencias mercantiles, el cual no asoma a la realidad consciente su verdadera función en el comercio; así como una realidad aparentemente simulada, que muestra una serie de actos apartados de su función que usurpan el lugar de otro instrumento (pág. 65).*

Consecuentemente, siguiendo a Barrientos Restrepo & Uribe Posada (2005), se requiere una revisión a fondo de la legislación vigente en Colombia del contrato de agencia. Dicha revisión no puede quedar en el ámbito local, por lo que es necesario que, así como para muchos otros contratos que tienen relación directa con el mercado abierto, se establezcan desde ahora normas claras que se compadezcan con la praxis mercantil. *“No de otra forma podremos subsistir en la competitiva economía abierta propia de un mundo globalizado” (pág. 103).*

En concordancia con lo anterior, y teniendo en consideración lo expresado en el acápite 2.3.1 de éste documento, cabe expresar que entre los modelos contractuales propuestos por la CCI (*Cfr. Supra. 2.4.1*) se encuentra el del Contrato de Agencia Comercial Internacional, el cual es uno de los más respetados a escala transnacional, cuyo fundamento se basa tanto en la práctica del comercio internacional, como en los principios generalmente aceptados por las legislaciones internas de los Estados. Sobre el particular, menciona Fiestas Tartiere (2016):

*“sin embargo, y como señala la propia ICC, la concordancia con todas las legislaciones no es posible, máxime teniendo en cuenta que existen conflictos entre ellas mismas, por lo que se opta (más que por respetar cada cláusula establecida), por seguir los principios básicos establecidos en las legislaciones sobre el contrato de agencia. De esta manera, la CCI señala que, pese a que no todas las cláusulas incluidas en el modelo coinciden con las establecidas en las legislaciones internas, el riesgo de conflicto con el orden público interno de cada Estado es mínimo en tanto en cuanto, se respetan los principios generalmente reconocidos por la legislación interna. En todo caso, se entiende que si las disposiciones chocan con el orden público interno del Estado en cuestión, estas deben ser tenidas en consideración si su aplicación se entiende como razonable en el contexto de comercio internacional” (pág. 6).*

Al respecto, la revisión a fondo de la legislación vigente en Colombia del contrato de agencia, se potencia por lo negociado para dicha figura contractual dentro del Tratado de Libre Comercio suscrito con los EEUU, el cual obra como anexo 11-E del artículo 11.12 sobre compromisos

específicos hechos en el Capítulo 11 relativo a Comercio Transfronterizo de Servicios. En efecto, además del compromiso de cambio para la prestación comercial del art. 1324 del C.Com, se adquirió el compromiso por parte del Estado Colombiano del cambio para la indemnización equitativa del mismo artículo. Del mismo modo, el Estado Colombiano se comprometió a modificar el artículo 1319 del C.Com, en el sentido de cambiar la presunción de exclusividad a favor del agenciado que se encuentra vigente, por una presunción de no exclusividad, salvo pacto en contrario<sup>350</sup> (López Álvarez, 2011).

Sobre el particular, cabe anotar que en el año 2011, la CSJ varió la posición jurisprudencial sentada de antaño (1980), al considerar que la cesantía comercial si es renunciable. Sobre el particular, en aquella oportunidad dicha Corporación enfrentó las posiciones de la doctrina en cuanto a la renunciabilidad o no de la cesantía comercial, y se centró en la evolución del concepto de *orden público*; respecto de éste último, la Corte admitió que la interpretación del primer inciso del art. 1324 *ejusdem* hecha hasta entonces, correspondía a un contexto antiguo<sup>351</sup>. Posteriormente, la Corte pasó a hablar de la mutabilidad del concepto de *orden público*<sup>352</sup>, y en dicho contexto, justificó la actual renunciabilidad de la prestación señalada en el art. 1324, arguyendo la naturaleza dispositiva

---

<sup>350</sup> Al respecto, en opinión de Velásquez Restrepo (2005): “*Lo que nos demuestran las modificaciones que se surtirán en la agencia comercial, más allá de valorarlas como convenientes o no, es que la realidad de la globalización aunque no es extraña al derecho mercantil, teniendo en cuenta que una de sus características es la tendencia a la uniformidad, se presenta de manera muy diferente a como se vino dando tradicionalmente. Antes, la costumbre comercial formó al derecho mercantil; en la actualidad, como lo estamos presenciando, las negociaciones entre países, sobre la base de aspectos prevalentemente económicos, afectan en gran medida las instituciones jurídicas del derecho interno. Esto nos pone ante el siguiente panorama: la creación normativa ya no dependerá necesariamente de lo que revelen los usos y la realidad social, sino de los intereses, objetivos, concesiones y poder de negociación de cada Estado*” (pág. 272).

<sup>351</sup> Al respecto, manifestó la CSJ: “*La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar*”.

<sup>352</sup> “*En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos. (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general). Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980*”.

de la norma<sup>353</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Ref.: 11001-3103-032-2001-00847-01 [M.P. William Namén Vargas], 2011).

No obstante, a la fecha Colombia no ha hecho ninguna modificación legislativa al respecto; por lo que en el entretanto, la legislación para el contrato de agencia comercial continuará siendo la contenida en los artículos 1317 a 1331 *ejusdem* (López Álvarez, 2011). Y aunque exista ésta nueva posición jurisprudencial sentada por la Corte, el panorama general sigue generando incertidumbre en torno al uso de la figura contractual: conviene traer a colación lo dicho por Uprimny (2012), cuando manifiesta que la rectificación doctrinaria de la CSJ sobre la cesantía comercial, no es en sentido estricto un precedente judicial, sino que configura un *obiter dictum*, que no es vinculante, pero que obviamente tiene una enorme fuerza persuasiva, pues proviene de una sólida argumentación contenida en una sentencia de una de las Altas Corte del Estado colombiano<sup>354</sup>.

---

<sup>353</sup> “Con estos lineamientos, en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas”.

<sup>354</sup> Al respecto, expresa Uprimny (2012): “¿en qué medida, desde el punto de vista constitucional, esa decisión puede ser considerada o no un precedente judicial, con la fuerza vinculante que podría tener para los otros jueces civiles por emanar de la CSJ? Este interrogante surge porque, en sentido estricto, esa reformulación doctrinaria no era necesaria para decidir el caso. En esa sentencia sustituta, la CSJ aceptó que había existido una agencia comercial, que había terminado, y que el demandante tenía entonces derecho a la cesantía comercial. La controversia no versó sobre la posibilidad que tenían o no las partes de modificar o excluir la cesantía comercial, por lo que no era necesario para la CSJ tocar ese punto para decidir el caso. Es posible suprimir de la sentencia todas las páginas dedicadas a sustentar la rectificación doctrinaria sobre la naturaleza dispositiva y no imperativa de la “cesantía comercial”, y en todo caso la parte resolutive sería idéntica: el demandante tenía derecho a esa prestación. Esa rectificación doctrinaria de la CSJ sobre la “cesantía comercial” es entonces un “obiter dictum” (un dicho al pasar) y no la verdadera “ratio decidendi” de la sentencia, pues no representa el principio o regla de derecho que sustentó en forma directa la parte resolutive, conforme a la terminología inspirada en el Common Law y adoptada por la Corte Constitucional, en especial a partir de la Sentencia SU-047 de 1999, pero reiterada en múltiples ocasiones, como en la reciente C-530 del 2011. Ahora bien, en la teoría del precedente judicial, solo la ratio decidendi goza de alguna fuerza vinculante, mientras que los obiter dicta tienen una fuerza meramente persuasiva. Tres razones teóricas y prácticas justifican esa distinción: i) el respeto a la igualdad, ii) los límites a la legitimidad de la creación judicial de derecho y iii) la prudencia en la construcción inductiva de reglas judiciales.”

## > Franquicia Internacional

Ahora bien, como en el inicio de este mismo acápite se dijo, la ausencia de regulación puede que haga ineludible hacer frente a un sinnúmero de riesgos jurídicos. Sobre el particular, cabe pasar a hablar de la franquicia, como una de las tantas figuras contractuales contemporáneas que en Colombia no encuentra regulación. Al respecto, anotan Llain Arenilla e Insignares Cera (2016) que:

*“El contrato de franquicia internacional es quizás el contrato de colaboración empresarial más importante en el desarrollo actual de los negocios, pues les permite al franquiciante llevar su modelo de negocio a otros países sin una alta inversión y al franquiciado, realizar una inversión en un negocio, cuya probabilidad de éxito tiene respaldo en la propiedad intelectual licenciada por el franquiciante. Sin embargo, su regulación tanto en el derecho interno como en el derecho del comercio internacional ha sido escasa”* (pág. 22).

Sin embargo, a pesar de que no existe en Colombia legislación sobre dicha figura contractual, ello no ha sido fundamento para el desarrollo de esa actividad. En la franquicia, la transmisión del know-how o *saber hacer* es un elemento importante, ya que es usual que se transmitan conocimientos de carácter comercial relativos a la comercialización de un producto o servicio, a la estrategia de marketing y a la gestión del mismo negocio. En ese orden de ideas, Plazas Estepa (2010) anota que:

*“Desafortunadamente, al no estar regulados por el ordenamiento colombiano, los contratos de know-how y franquicia, en algún grado, podría decirse que tienen limitado su desarrollo. No obstante, no por ello estas figuras contractuales han dejado de tener vigencia en nuestra economía, aunque se les ha debido dar un tratamiento jurídico acudiendo a normativa más general en materia de contratos”* (pág. 72).

En efecto, la falta de regulación de la figura en el medio colombiano, sumado a la carencia total de estímulos oficiales, hace de la franquicia una figura aún exótica en ese ámbito local<sup>355</sup>. Siguiendo a Ortega Jaramillo (2005) ese contrato puede ser definido como:

*“el convenio en virtud del cual el titular de una empresa, que ha desarrollado un establecimiento de comercio dotado de identidad suficiente para distinguirse de todos los demás competidores, otorga una licencia, limitada en el tiempo y el espacio, para que otro comerciante (franquiciado), bajo su propio riesgo, replique dicho establecimiento para explotar el mismo ramo de negocios del establecimiento del franquiciante, a cambio de una retribución económica libremente convenida por ambas partes”* (pág. 162).

---

<sup>355</sup> Desde el punto de vista conceptual, para Llain Arenilla e Insignares Cera (2016) el contrato de franquicia *“le permite a un empresario, denominado franquiciador o franquiciante, poner a disposición de otro empresario, denominado franquiciado, la posibilidad de explotar en un determinado territorio una “concepción global de empresa” o la posibilidad de producir y/o comercializar los productos o servicios del primero, por lo cual recibe una contraprestación económica. Así, la franquicia se considera “...un contrato entre dos partes, por el cual el franquiciante le permite al franquiciado comercializar cierto producto o servicio, bajo marca y símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas...”*” (pág. 24).

Al respecto, es preciso indicar que el contrato de franquicia tiene como finalidad el desarrollo de proyectos empresariales, mediante la conjunción de recursos financieros y humanos en el marco de una relación comercial de colaboración, con la consecuente minimización de riesgos para las partes<sup>356</sup> (Anzola Gil, 2009, pág. 508). Ahora bien, la regulación del contrato de franquicia internacional<sup>357</sup>, es casi tan atípica como su regulación en el medio colombiano. No obstante, en el derecho comercial internacional se encuentran instrumentos *soft* sobre el particular, tales como la ley modelo sobre divulgación de la información en materia de franquicia, creada por UNIDROIT, la cual intenta fijar el concepto, las características y los elementos esenciales del contrato,

*“que giran en torno al licenciamiento del know-how que realiza el franquiciador al franquiciado y que incluye un control significativo y continuo del primero, asociado a su marca, nombre comercial o logotipo. En ese orden de ideas, el contrato de franquicia internacional tiene entre sus elementos esenciales: el licenciamiento de propiedad industrial, la transmisión del know how, la prestación de asistencia técnica por parte del franquiciante y el pago de una regalía como contraprestación. Otros autores incluyen también el territorio, la no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar, la confidencialidad y el plazo o duración del contrato”* (Llain Arenilla & Insignares Cera, 2016, págs. 26-27).

No obstante, la falta de regulación hace que los eventuales vacíos contractuales, puedan generar amplios riesgos en la estructuración del negocio que se materializa mediante dicha figura contractual. Respecto del contrato de franquicia internacional; por ejemplo, Londoño Álvarez (2005) manifiesta que en Colombia, existen instituciones normativas que pueden afectar la estabilidad jurídica del contrato, o que pueden considerarse como riesgosas para el franquiciante o inversionista extranjero:

*“el franquiciante extranjero busca, entre otras cosas, que Colombia le proporcione a su inversión, no solo estabilidad jurídica, es decir, reglas de juego claras durante la ejecución del contrato de franquicia, sino que respete la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, esto es, del franquiciante y franquiciario, en el sentido de que mantenga vigente el principio legal de que el contrato es ley para las partes, principio consagrado en el artículo 1602 del Código Civil colombiano... (..) la agencia comercial, la cláusula arbitral y la ley aplicable, (...) pueden afectar la estabilidad jurídica del contrato de franquicia o (...) pueden considerarse como riesgosas para el franquiciante o inversionista extranjero”* (pág. 143).

---

<sup>356</sup> En ese sentido, Mosquera Muñoz (2010) anota que: *“La franquicia es mucho más que un sistema de distribución: es un sistema de expansión que ha revolucionado las técnicas tradicionales de distribución. Da una mirada global del negocio, incluyendo la marca, el saber hacer y el soporte. Mediante la entrega de procesos y manuales, el ofrecimiento de capacitaciones comerciales de gestión continuas y la realización de controles a toda la red, el franquiciador mantiene canales de comunicación fluidos para sobrepasar cualquier inconveniente. Todo esto con el objetivo de que el franquiciado se concentre en la captación, atención de clientes y cierre de ventas, es decir, en la optimización del negocio, respondiendo así a las tendencias del mercado, especialización comercial, optimización de gestión (para buscar eficiencia) y asociación (economías de escala, las cuales no las logran los otros sistemas)”* (pág. 82).

<sup>357</sup> Éste, es definido por Londoño Álvarez (2005) como: un acuerdo de voluntades entre dos nacionales de diferentes países, por medio del cual, una de éstas le transmite a la otra el uso del *know how* y de su propiedad intelectual, con el fin de explotar económicamente un negocio o empresa dentro de determinada zona o área geográfica (pág. 139).

Asimismo, en razón a la atipicidad contractual existente en Colombia, se haya inconvenientes en relación a las grandes similitudes que pueden llegar a tener la franquicia con otras figuras contractuales, tales como los contratos de compraventa, distribución, locación, arrendamiento y agencia comercial<sup>358</sup>.

Se prevé un aumento significativo de éste tipo de contratos en el medio local, ello gracias al efecto natural de la apertura comercial que viene adelantando desde las últimas décadas el Estado colombiano, y a la suscripción de múltiples acuerdos de índole comercial con países (v.gr. México, EEUU, Canadá, etcétera) o bloques económicos (i.e. la Unión Europea, MERCOSUR, etcétera) y su subsiguiente atracción de inversión extranjera, la cual emplea a la franquicia como uno de los principales vehículos para trasladar sus modelos de negocio con el menor costo posible y la consecuente reducción del riesgo.

*“Ahora bien, desde una perspectiva jurídica, el aumento de contratos de franquicia internacional a su vez traerá el incremento de conflictos derivados de su ejecución, lo cual obligará tanto a abogados como jueces a pensar en la solución de problemas derivados de áreas como la propiedad intelectual, derecho de la competencia, régimen tributario, conflictos de leyes y de jurisdicción, la solución de controversias, conflictos derivados de la interpretación del contrato de franquicia y sus elementos esenciales, entre otras”* (Llain Arenilla & Insignares Cera, 2016, pág. 49).

### > **Crédito Documentario**

El crédito documentario es catalogado como uno de los instrumentos legales y comerciales que mayor desarrollo práctico ha alcanzado a nivel internacional, tanto en las transacciones financieras como en los procesos de intercambio comercial transfronterizo. En ese contexto, el régimen normativo de dicha figura se ha consolidado de una manera técnica a nivel mundial, y sus principales términos y procedimientos han sido precisados, especialmente por las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU o UCP, por sus siglas en inglés) de la CCI, así como por otros instrumentos jurídicos de carácter internacional.

Las RUU, instrumento sin vinculatoriedad o de naturaleza *soft*, fueron creadas para unificar la legislación internacional sobre el crédito documentario. Éstas han establecido pautas claras y

---

<sup>358</sup> Al respecto, siguiendo a Llain Arenilla e Insignares Cera (2016), cabe decir que para la jurisdicción arbitral dos elementos contractuales hacen parte de la esencia del contrato de franquicia, y por consiguiente lo diferencian del contrato de agencia, suministro y arrendamiento son: (i) la autonomía que posee el franquiciante; y (ii) la transferencia de la marca y el know-how, a cualquier título (págs. 30-34).

consolidadas sobre el empleo de dicho instrumento para quienes las acojan. La primera versión de éstas data del año 1929; a partir de allí, se han venido realizando varias modificaciones que se van requiriendo a medida que evoluciona su práctica comercial internacional. La CNUDMI, ha coadyuvado en ese proceso de armonización internacional a la CCI, al expedir los Usos Internacionales Relativos a Créditos Contingentes (ISP98); asimismo, “*la CNUDMI recomienda el uso de las RUU de la CCI y con ello reconoce su prevalencia como lex mercatoria*” (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2006, págs. 164-191).

Puesto de presente lo anterior, cabe pasar a decir que siguiendo a Cadena Afanador & Cubillos Guzmán (2006), el crédito documentario es definido como un instrumento convencional *sui generis* y *sui iuris*, producto de un fenómeno económico:

*“Su fuente es el pago de una obligación surgida de una compraventa o la prestación de un servicio. Por ser un instrumento que se utiliza en las transacciones mercantiles internacionales, las partes actúan bajo medios jurídicos diferentes, con ordenamientos y familias jurídicas diversas. De allí que una de sus virtudes consiste en la disminución de la incertidumbre...”* (pág. 162).

El crédito documentario posee tres características esenciales, esto es, la autonomía frente al negocio jurídico que genera el crédito; literalidad, es decir, que sólo produce efectos jurídicos el contenido del documento; y, formalidad, que hace relación a la claridad documental que debe existir (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2011, págs. 24-29).

Por su parte, Borda & Muguillo (2014) anotan que el crédito documentario es un contrato complejo donde se traban diversas relaciones jurídicas; “*por una parte, el vínculo existente entre el solicitante del crédito y el banco otorgante; por otra parte, la relación banco-beneficiario del crédito*” (pág. 51). Ésta figura ha tenido como principal objetivo, al garantizar el debido cumplimiento del contrato de compraventa celebrado por personas que habitan diferentes países, una doble finalidad económica: asegurar al vendedor el cobro de la mercancía enajenada y garantizar al comprador que tal mercancía fue enviada (pág. 23); “*sin perjuicio, claro está, de constituir por sí mismo un instrumento de financiación o verdadero crédito, por cuanto simplifica la carencia de efectivo de los comerciantes y salva el tiempo estéril del transporte*” (págs. 7-8). Para estos últimos autores, se puede definir el crédito documentario como:

*“el contrato por el cual un banco (al que llamaremos emisor) asume en forma personal la obligación de pagar a un tercero (beneficiario) una suma de dinero equivalente al monto del crédito que abriera por orden de su cliente (solicitante), contra la presentación de la documentación pertinente” (pág. 90).*

Sin perjuicio de la anterior definición, no debe obviarse que en la gestión del crédito documentario pueden intervenir otras instituciones bancarias, a saber: el banco notificador o corresponsal<sup>359</sup>, el banco confirmante<sup>360</sup>, el banco pagador<sup>361</sup>, el banco de reembolso<sup>362</sup> y el banco negociador<sup>363</sup>.

Por su lado, Rodríguez Fernández & Arias Barrera (2009) describen la operación del crédito documentario así:

*“1. El vendedor (exportador) y el comprador (importador) celebran un contrato de compraventa internacional en el que el pago se realizará a través de un crédito documentario. 2. El comprador (actuando como solicitante del crédito) le solicita al banco en su país (el banco emisor) abrir un crédito documentario a favor del vendedor (Beneficiario) en los términos y condiciones especificados por el comprador. 3. El banco emisor crea un crédito revocable o irrevocable y en los términos del mismo se obliga a pagar el precio del contrato de compraventa o a pagar, aceptar o negociar la letra de cambio suscrita por el precio del contrato, siempre y cuando los documentos exigidos (en la mayoría de los casos en documento de transporte –conocimiento de embarque-, la póliza de seguro, la factura, certificados de origen y de calidad) son entregados en los términos y condiciones exigidos.*

---

<sup>359</sup> *“Las relaciones jurídicas del banco notificador o avisador como corresponsal del banco emisor se establecen exclusivamente con éste, no existiendo vínculo alguno con el beneficiario del crédito o con el ordenante salvo en cuanto a su responsabilidad emergente de lo indicado en las reglas UCP 600 en su art. 9º, incs. a y b” (Borda & Muguillo, 2014, pág. 65). Por su parte, en las reglas UCP 600, en el inciso a) de su art. 9º, se indica que el banco avisador o notificador avisa al beneficiario del crédito documentario y de cualquier modificación, sin asumir responsabilidad alguna para honrarlo, abonarlo o negociarlo; asimismo, en el inciso b) del mismo art., se expresa que el banco avisador o notificador al efectuar tal noticia al beneficiario, ha verificado la aparente autenticidad del crédito documentario.*

<sup>360</sup> *“... puede ocurrir que el banco notificador se convierta en lo que se ha dado en llamar el banco confirmante. De ser así la responsabilidad de este banco corresponsal “confirmante”, varía fundamentalmente. La “confirmación” por disposición de las reglas UCP 600 es el acto por el cual el banco asume irrevocablemente la obligación de honrar, de pagar o negociar una presentación del beneficiario que se conforma adecuadamente con los términos y condiciones de un crédito documentado o carta de crédito” (Borda & Muguillo, 2014, pág. 66).*

<sup>361</sup> *“Aunque normalmente la suma dinerario que debe pagarse en virtud del crédito otorgado será dada por el banco emisor o por el que ha confirmado el crédito, puede ocurrir que la obligación de pagar sea asumida por un tercer banco. Este es el llamado banco pagador o nominado. Las reglas UCP 600 expresamente indican que a no ser que el banco pagador o nominado sea a su vez banco confirmante, una autorización del banco pagador o nominado de honrar o negociar un crédito, no impone ninguna obligación en el banco pagador o nominado a no ser que expresamente acepte tal obligación y lo comunique al beneficiario” (Borda & Muguillo, 2014, págs. 70-71).*

<sup>362</sup> *“Este banco normalmente será el propio banco emisor. Ello resulta lógico porque es éste el que ha ordenado el pago. Sin embargo, aunque siempre en última instancia será el banco emisor el que reembolse el dinero que otro banco ha pagado debido a que él es el que ha asumido la obligación, no puede descartarse que sea otro banco el que reembolse, para lo cual será necesario que el banco emisor haya girado el correspondiente dinero al banco de reembolso” (Borda & Muguillo, 2014, pág. 77).*

<sup>363</sup> *“En ciertas oportunidades, por conveniencia en razón de la distancia que puede separar al beneficiario con el banco pagador; o porque aquél prefinanció la fabricación o compra de la mercadería que se exportará a través de un crédito obtenido de un banco que no es parte del crédito documentario, o porque el beneficiario carezca de cuenta corriente en el banco pagador, o por cualquier otra razón, el beneficiario del crédito no se presenta ante el banco pagador designado para cobrar el dinero, sino que concurre a otro banco que no ha asumido, en forma previa, ninguna obligación. Este banco es el negociador y tiene la facultad de efectuar el pago, aunque lo hace a su cuenta y riesgo” (Borda & Muguillo, 2014, pág. 74).*



4. El banco emisor podrá crear el crédito y notificarlo directamente al vendedor o, como sucede en la gran mayoría de los casos, notificarlo a través de un corresponsal en el país del vendedor (banco corresponsal) 5. El banco emisor podrá igualmente solicitar al banco corresponsal “confirmar” él mismo. En el caso en que el banco corresponsal “confirme” el crédito (en esos casos se le denominará banco confirmante) estará dando al vendedor un compromiso de pago diferente de aquél que otorga el banco emisor, beneficiándose de esta manera el vendedor ya que domicilia o localiza el pago en su país de origen. En otros casos el banco emisor puede encargar al banco en el país del vendedor para notificar el crédito, caso en el cual, se entiende que el banco notificador no se obliga frente al vendedor, ya que no confirma el crédito. El banco simplemente notificador es un exclusivo transmisor de noticias al beneficiario y al emisor; notifica al primero la apertura del crédito y al recibir de éste los documentos para efectos del cobro los envía al emisor para el pago o para la autorización de pagar por aquél. 6. El vendedor embarca las mercaderías y entrega los documentos requeridos al banco corresponsal, o confirmante según sea el caso. Si los documentos son conformes con las especificaciones requeridas el banco corresponsal, o confirmante según sea el caso, pagará el valor del crédito, aceptará o negociará la letra de cambio para luego repetir contra el banco emisor. 7. Antes de entregar los documentos al comprador, el banco emisor buscará que éste pague lo debido. En países en donde opera la figura del trust, si el comprador no se encuentra en posición de pagar sin antes recibir y negociar las mercaderías el banco puede liberar los documentos bajo la figura del “trust receipt”. En los demás casos se requerirá el otorgamiento de crédito a favor del importado”

Ahora bien, aunque en su artículo segundo, las UCP 600 traen un listado *in extenso* de las particularidades y características que se pueden presentar en una operación de crédito documentario; éstas no traen una definición del mismo de manera clara y directa, a diferencia de las UCP 500 que en su artículo 2º, las define como:

*“Todo acuerdo, cualquiera que sea su denominación o descripción, por el que un Banco (‘Banco Emisor’), obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (‘Ordenante’) o en su propio nombre: i) Se obliga a hacer un pago a un tercero (‘Beneficiario’) o a su orden, o aceptar y pagar letras de cambio (instrumentos de giro) libradas por el beneficiario, o ii) Autoriza a otro Banco para que efectúe el pago, o para que acepte y pague tales instrumentos de giro, o iii) Autoriza a otro Banco para que negocie, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del Crédito”.*

En lo que respecta a la regulación de dicha figura en el medio colombiano, cabe decir que allí, el C.Com regula de manera simple, vaga, y podría decirse que insuficiente, esos instrumentos en sus artículos 1408 a 1415, bajo el inapropiado título de *cartas de crédito*.

*“Estas normas a su vez se complementan, y en algunos casos se ven desplazadas en virtud del principio de autonomía por aquéllas reglas que surgen de la práctica mercantil internacional misma y que son recopiladas por la Cámara de Comercio Internacional de París en lo que conocemos como las Reglas UCP, en el caso de la carta de crédito comerciales, y las Reglas ISP 98, en el caso de las cartas de crédito contingente” (Rodríguez Fernández & Arias Barrera, 2009).*

De la regulación que hace el C.Com del crédito documentario, cabe decir que los ocho artículos que dedica *“son incoherentes en un análisis de derecho comparado frente a la regulación internacional que rige el tema, en particular frente a las RUU”* (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2011, pág.

135). Al respecto, Cadena Afanador & Cubillos Guzmán (2011) detallan dos fenómenos significativos:

- i) Que la legislación colombiana nace a partir de la adaptación de las normas internacionales y sus periódicas modificaciones; y,
- ii) Que existen vacíos jurídicos en la legislación local y en muchos casos, yerros de técnica jurídica, conceptualización y aplicación que contradicen las normas aceptadas en la comunidad internacional<sup>364</sup>.

Lo incompleto e insuficiente de la regulación colombiana sobre el particular, muestra el nivel de desactualización y de dispersión<sup>365</sup> que “*ha convertido en una auténtica colcha de retazos el articulado del Código de Comercio relacionado con el crédito documentario*” (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2011, pág. 135). Al respecto, cabe anotar que las RUU, a pesar de no ostentar ningún nivel de vinculatoriedad formal, al ser el instrumento internacional que rige éste tipo de operaciones, y al haber sido adherido voluntariamente por las entidades bancarias que participan del comercio internacional, son sus normas las aplicables a los créditos documentarios. Ello, por ejemplo, hace inoperantes algunas disposiciones de orden estatal, tal como la revocabilidad contenida en los artículos 1410 y 1411 del C.Com., por cuanto resultan inocuas de cara a la realidad del comercio internacional. Lo anterior, evidencia que el sistema jurídico colombiano está dando la espalda a los desarrollos del ámbito transfronterizo:

*“Situaciones como que el Código de Comercio confunde las figuras de crédito documentario y carta de crédito; la falta de actualización de su articulado ya que continúa anclado en el folleto No. 400 de 1984, o la poca acogida que tienen las RUU en las jurisprudencias dictadas en la Corte Suprema de Justicia como fuente normativa en temas de crédito documentario, refrendan esta situación que amerita un análisis más detallado para generar conclusiones y recomendaciones específicas”* (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2006, pág. 191).

---

<sup>364</sup> Como principal exponente de dicha situación, está que la legislación colombiana confunde indistintamente el crédito documentario (“*Las operaciones de crédito documentario inician con la solicitud de apertura de un crédito y que puede terminar con dicha aceptación, caso en el cual le dará vida a la Carta de Crédito, pues ésta es consecuencia del crédito documentario*”) con la carta de crédito (“*La carta de crédito hace referencia a que el Banco Emisor pagará la suma establecida por el ordenante al beneficiario contra la presentación de ciertos documentos estipulados. De esta manera, la carta será entregada al beneficiario en señal de compromiso de pago*”) y con la garantía bancaria (“*En las garantías bancarias se establece que el Banco Emisor cancelará el importe cuando el ordenante incumpla una de sus obligaciones respecto del beneficiario, siendo el Banco Emisor el responsable frente al beneficiario del pago*”) (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2011, pág. 131).

<sup>365</sup> Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, señalan que aunado a ello, “*en muchos casos los Decretos que han regulado el crédito documentario en Colombia han denotado la preocupación del gobierno en determinar las entidades autorizadas en emitir cartas de crédito, la cual ha estado por encima, incluso, de determinar la naturaleza, contenido, modalidades y derechos y obligaciones del crédito documentario*” (pág.143).

## > Transporte Marítimo de Mercancías

Otra carencia legislativa en lo contractual ocurre respecto de la regulación del contrato de transporte marítimo, contrato éste que, a pesar de su inadecuada regulación en Colombia, es muy utilizado a nivel mundial en el contexto del tráfico marítimo de mercancías. En efecto, siguiendo a Peña Nossa (2014), el auge del transporte marítimo ha sido gracias al incremento del comercio internacional que tiene lugar desde mediados del siglo pasado; en dicho contexto, la intrínseca necesidad de conducir cosas de un lugar a otro por vía marítima, ha potenciado el fenómeno<sup>366</sup> (pág. 302).

En el derecho colombiano el contrato de transporte marítimo de mercancías está sujeto a una regulación especial contenida en el libro V del C.Com, artículos 1578 a 1665. Estas normas son de aplicación preferente al contrato de transporte marítimo, sobre las normas generales del contrato de transporte (arts. 981-1035 C. de Co.), por mandato expreso del artículo 999 del mismo estatuto mercantil<sup>367</sup>.

La importancia de este asunto, radica en la trascendencia que para el actual contexto internacional tiene el transporte marítimo; éste, por la posibilidad de transportar entre puntos distantes, grandes volúmenes de mercancía a bajo costo, tiene la capacidad de permitir la reducción del costo final del producto transportado; por ello, a pesar de que la tendencia actual del transporte de bienes conduce a la integración de servicios bajo el concepto de logística de la distribución física de mercancías, no puede olvidarse el preponderante papel que juega el transporte en dicha logística (Guzmán Escobar, 2007, pág. 19-33).

---

<sup>366</sup> Siguiendo a Jiménez Valderrama (2012), la consolidación de una nueva modalidad de realización del transporte marítimo a través de las denominadas líneas regulares, se permitió por el importante crecimiento de las flotas marítimas a nivel mundial, a partir del desarrollo del comercio internacional ocurrido a finales del siglo XIX y comienzos del XX. “*El establecimiento de esta modalidad empresarial de transporte marítimo se tradujo en la práctica en la conformación de grandes compañías navieras que prestaban sus servicios profesionales en el mercado de transporte de mercancías a multitud de interesados en el transporte marítimo de la carga*” (pág.111).

<sup>367</sup> Tal como sentencian Zuleta Tisnés, Álvarez Osorio, Restrepo Santamaría y Londoño (2012): *En Colombia se está en medio de grandes avances tecnológicos que están evolucionando las formas de comerciar a nivel global. Las transacciones se enfrentan diariamente a tiempos más eficientes, innovación en los métodos de comunicación, nuevas mercaderías y formas de embalaje, y aun así, la regulación se mantiene inamovible, estancada en el tiempo. Colombia se está esforzando por tener puertos regionales eficientes, que cumplan con la normativa internacional y que puedan enfrentar la apertura económica por la que está pasando, sin embargo, no está ofreciendo seguridad jurídica para los actores del comercio, un aspecto clave no sólo para la entrada de inversión, sino para el aumento de las transacciones entre Colombia y los diferentes países del mundo. Lo preocupante de esta situación es que está afectando, en general, a todos los países de Latinoamérica* (pág. 62).

Pues bien, cabe decir que la normatividad aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías, dependerá del carácter internacional o nacional que se predique del mismo. Para el primer evento, serán en principio aplicables las *Reglas de la Haya (1924)*<sup>368</sup> –esto es, la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque–, *Las Reglas de la Haya-Visby (1968)* –es decir, el Protocolo por el que se modifica la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque–, *Las reglas de Hamburgo (1978)*<sup>369</sup> –esto es, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías– y/o *las Reglas de Rotterdam (2008)* –es decir, el Convenio de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente por Mar–<sup>370</sup>, y para el segundo, por regla general, las reglas del C.Com.

Respecto del último instrumento internacional regulador de la materia, cabe mencionar que éste, es decir, el *Convenio de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente por Mar*, es producto del trabajo conjunto de la UNCITRAL, y del Comité Marítimo Internacional (CMI), durante más de trece años. Como producto de este trabajo se redactó el convenio, que fue aprobado en la Asamblea General de la ONU celebrada el 11 de diciembre de 2008. Posteriormente, el convenio fue abierto a la firma de los Estados en una ceremonia celebrada en la ciudad de Rotterdam, Holanda, el 23 de septiembre de 2009; por esta razón, el convenio recibe el nombre de “Reglas de Rotterdam”<sup>371</sup>.

---

<sup>368</sup> Aunque éste fue un texto adecuado al momento de su promulgación, las circunstancias del transporte marítimo que se presentaron en décadas posteriores, exigen la necesidad de un cambio regulatorio. La UNCITRAL, ha propiciado éste cambio auspiciando la elaboración de convenios internacionales, como las Reglas de Hamburgo de 1978 y las Reglas de Rotterdam de 2008 (Jiménez Valderrama, 2012, pág. 138).

<sup>369</sup> Éste instrumento no llegó a tener éxito en cuanto no fue suscrito y ratificado por los países con mayor presencia en el transporte marítimo mundial. Actualmente, la UNCITRAL propone la ratificación de las Reglas de Rotterdam de 2008, “que mantienen un esquema basado en la culpa presunta, con mecanismos de exoneración y limitación de responsabilidad claramente favorables a la parte naviera; ello seguramente con la finalidad de atraer el interés de los sectores navieros para promover su ratificación y vigencia internacional” (Jiménez Valderrama, 2012, pág. 138).

<sup>370</sup> La evolución de la normativa reguladora del Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, ha sido determinada por la permanente contradicción entre los intereses del sector naviero frente al sector cargador. En ese sentido, se ha llegado contemporáneamente a un esquema imperativo en el cual la legislación establece unos principios mínimos que en todo caso deben ser respetados por las partes. Sin embargo, en Colombia, el C.Com se basa en el principio de libertad de pacto entre las partes, permitiendo el establecimiento de acuerdos que llegaban incluso a exonerar de responsabilidad al naviero, respecto de sus obligaciones frente a la parte cargadora (Jiménez Valderrama, 2012, pág. 137).

<sup>371</sup> Para Jiménez Valderrama (2015), es evidente la importancia internacional de las Reglas de Hamburgo de 1978 y las Reglas de Rotterdam de 2008, en cuanto tienen vocación a regir la materia en el futuro; a pesar de que las primeras no han sido aún ratificadas por Colombia y, las segundas, no han entrado aún en vigencia. Ambas regulaciones serían aplicables de manera inmediata cuando los particulares a ellas se remitan en uso del principio de autonomía privada (pág. 523).

Ahora bien, en lo que respecta a la escala internacional, cabe decir que la República de Colombia no ha ratificado ninguno de los convenios vigentes que regulan el contrato en mención. No obstante, si ha incorporado, en la regulación del C.Com,

*“instituciones recogidas y reguladas por el Convenio de Bruselas de 1924. Por lo tanto, la interpretación que otros países den a este instrumento jurídico resulta pertinente en el caso colombiano, también dentro de un marco de uniformidad internacional establecido también por la frecuente utilización de formularios contractuales que se remiten a esta normativa internacional. Igualmente, el artículo 7 del Código de Comercio colombiano establece la posibilidad de aplicar en el marco jurídico colombiano los tratados o convenciones no ratificadas por Colombia, entre ellos los referentes a transporte marítimo de mercancías, cuando no resultasen aplicables ninguna de las reglas establecidas en los artículos 1 a 6 del Código”* (Jiménez Valderrama, 2015, pág. 539).

Como lo enuncia Franco Zárate (s.f.), a nivel local el tema está regulado por un

*“... conjunto de normas incorporadas en el respectivo Libro de la Navegación del Código de Comercio colombiano que constituyen una adaptación del esquema planteado por (...) las Reglas de La Haya. Si bien la referida Convención, tal como fue modificada por el Protocolo de Visby, esto es, el régimen conocido como las Reglas de La Haya - Visby, regula actualmente gran parte de los contratos para el transporte marítimo de bienes a nivel mundial, se ha dicho que tal regulación requiere ser actualizada... Es justamente en medio del descrito escenario local e internacional que surge un instrumento nuevo, esto es, el Convenio de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente por Mar, más conocido como las Reglas de Rotterdam”(págs. 1-2).*

Si bien, Colombia no se ha hecho parte de ninguno de los instrumentos que rigen la materia a escala internacional, se ha inspirado en algunos de ellos para proferir las normas que lo hagan a nivel local. Siguiendo a Bonilla Aldana, *“existe acuerdo en la doctrina en cuanto a que las reglas del código de comercio en la materia se encuentran basadas en parte en las Reglas de La Haya, pero más que todo en su protocolo modificatoria Haya-Visby”*. No obstante, con Guzmán Escobar (2007), se comprende que dicha inspiración no ha sido lo mejor posible: en efecto, es posible hallar artículos con incisos acordes a disímiles regulaciones, un ejemplo de ello es el artículo 1606 del C.Com, que se refiere al periodo en que el transportador asume la responsabilidad por la carga en la ejecución del contrato de transporte marítimo, cuyo inciso primero es de similar enfoque al de las Reglas de Hamburgo, en tanto que el segundo inciso de la misma disposición, contiene un enfoque similar al contenido en las Reglas de La Haya-Visby (págs. 47-50).

Ante ese tipo de panoramas, claramente es inferible que el escenario Colombiano no es compatible con la regulación internacional<sup>372</sup>; por lo que,

*“teniendo en cuenta la incertidumbre que existe respecto del alcance de la aplicación de las normas del Código de Comercio sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías, la República de Colombia necesita realizar su propia evaluación respecto de la conveniencia o inconveniencia de una eventual ratificación de las Reglas de Rotterdam. Al hacerlo deberá tener en cuenta las posibilidades que dicho régimen ofrece de cara a un cambio (o si se quiere, modernización y adaptación a parámetros internacionales) del derecho local en la materia, pero, adicionalmente, deberá velar por la observancia de los compromisos que haya asumido de manera previa a nivel internacional en materia de transporte, ya que como se ha mencionado atrás, las Reglas de Rotterdam no sólo pretenden regular el transporte marítimo en sí mismo considerado, sino también el transporte multimodal cuando el trayecto previsto para la operación de transporte internacional prevea un trayecto internacional marítimo entre puertos ubicados en Estados parte de la Convención (Arts. 1 y 5). De esta forma, la República de Colombia deberá analizar los efectos que podría tener una ratificación del referido Convenio en relación con las normas que en materia de transporte se encuentren vigentes en la subregión andina”* (Franco Zárate, s.f., págs. 2-3)

Puestas así las cosas, por el momento deberá seguirse interpretando la normativa del C.Com en relación a la normativa internacional también vigente, en particular las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, en cuanto a estas regulaciones se remiten los contratos y formularios que normalmente se utilizan en la práctica de la negociación internacional. *“En estos casos, por tanto, el intérprete se verá en la obligación de dar efecto a esos pactos entendidos a la luz de nuestras instituciones jurídicas que pertenecen al ámbito continental europeo”* (Jiménez Valderrama, 2015, pág. 521).

### **3.2. La jurisprudencia: herramienta de progreso y adaptación del derecho colombiano ante la transformación del comercio en el contexto de la globalización**

*“La realidad desborda el derecho si este es entendido solamente como la ley. Esta, por naturaleza, es limitada e imperfecta. Las operaciones comerciales requieren de mecanismos expeditos y fáciles que permitan alcanzar los objetivos establecidos por las partes en sus contratos, con mayor razón, cuando estos trascienden fronteras”* (León Robayo, 2015, pág. 21).

---

<sup>372</sup> Así las cosas, en torno al contrato de transporte marítimo de mercancías, siguiendo lo dicho por Zuleta Tisnés et. al. (2012), el escenario Colombiano no es compatible con la regulación internacional, *“no sólo por su antigüedad, sino porque se ha convertido en un obstáculo más para la posible adopción y adaptación de los Convenios Internacionales en la legislación nacional, los cuales, por sí solos, ya presentan los suficientes impedimentos para su fácil y eficiente interpretación. Este hecho hace que se dificulte el entendimiento a través de una lengua franca que incentive la generación de actos comerciales y de transporte marítimo de una manera más eficiente y rápida. Por esta razón, hoy en día se busca llegar a una uniformidad global en cuanto a la normativa de los contratos de transporte marítimo internacional, por medio de las que se conocen como las Reglas de Rotterdam”* (pág. 54).

Aunque existen otros mecanismos para modernizar el régimen comercial de contratos y obligaciones, con la capacidad de ponerlo a tono ante el tráfico mercantil contemporáneo en el contexto de la globalización<sup>373</sup>, en la actualidad colombiana, la jurisprudencia es la fuente de derecho que posee mayor aptitud para encarar esa labor. Esta cuenta con la idoneidad para hacer que las normas legisladas sintonicen con las exigencias sociales imperantes, y brinden soluciones adecuadas a los problemas que se presentan en la comunidad de comerciantes, a través de la aplicación jurisprudencial de instrumentos fruto del proceso de armonización: en Colombia las autoridades públicas, incluyendo a los jueces, tienen la obligación de acatar la interpretación que hacen las máximas autoridades judiciales encargadas legítimamente de interpretar la Constitución y la Ley<sup>374</sup> (Quinche Ramírez, 2014, pág. 21).

Así, se evidencia que Colombia, desde hace ya unos años, está siendo partícipe, mediante ese *sistema centralizado de control judicial*, de la convergencia que actualmente en el mundo, v.gr. suceden hechos similares en México y Francia, se percibe entre los sistemas de common law y civil law<sup>375</sup>. No se pierda de vista que la experiencia de los tribunales constitucionales en Europa, con el pasar del tiempo, ha llevado a que, al igual que en Colombia y otros países del continente americano, el precedente que emana de sus decisiones adquiera un mayor peso. Sin embargo, cabe aclarar que mientras que las naciones del sistema del civil law han adquirido, por regla general, mediante las cortes constitucionales, un sistema centralizado de control judicial, las naciones del common law poseen un sistema descentralizado, dándoseles poder de revisión judicial a todos los tribunales (Del Duca, 2007, pág. 646; 2012, págs. 129-130).

---

<sup>373</sup> Cabe resaltar el método de la “compilación de derecho constante”, que supone respetar las innovaciones sucesivas, pero reduciéndolas a sistema e integrándolas en los valores constitucionales superiores, renunciando a cerrar una vez por todas la imprescindible movilidad del Derecho en las sociedades actuales, lo que obliga a puestas al día periódicas (García De Enterría, 1999, págs. 64-65). Es destacable el ejemplo francés que, por medio de la Comisión Superior de Codificación, desde 1989 ha retomado la iniciativa para racionalizar el volumen del ordenamiento jurídico simplificando su sistema de fuentes y consulta, por medio de recopilaciones de derecho vigente (*droit constant*), con una finalidad estrictamente formal (se distingue de una codificación material porque no busca cambiar los contenidos ni revisar o reformar el sentido de las normas) (Pájaro Moreno, 2015, págs. 247-249).

<sup>374</sup> “en la actualidad (...), está claro que el intérprete debe hacer que la interpretación de las normas esté en consonancia con la Constitución y los valores que la misma señala como superiores” (Lasarte, 1990a, pág. 88).

<sup>375</sup> El tribunal de Justicia de la Unión Europea, es un hito de esa convergencia. Según Del Duca, la misma está integrada por tantos jueces como países miembros tenga la Unión, y once abogados generales, un secretario y varios asistentes. Así, dicho órgano está compuesto por abogados de ambas tradiciones jurídicas. De esta forma, hoy por hoy, el proceso y la práctica que se da al interior del tribunal es un claro ejemplo y manifestación de la convergencia que se da entre las dos principales familias jurídicas del mundo (2007, págs. 647-648; 2012, págs. 130-131).

A su vez, al hacer retroceder el impacto de las restricciones locales en cruces transnacionales, resolviéndolo en una forma significativa de liberalización que deja de lado también limitaciones “indebidas” impuestas por leyes domésticas, la globalización ha dado un amplio espacio a la formación espontánea de derecho a un nivel transnacional que lleva a una forma de relativa *privatización del derecho* comercial moderno con un régimen jurídico propio, manifestado fundamentalmente en el comercio y las finanzas (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 236-237) (Cfr. *Supra* 1.1.2.1).

Por ello, actualmente la Jurisprudencia es el escenario ideal para que se permita que los temas de derecho privado sean revisados dentro de un ambiente transnacionalizado<sup>376</sup>, es decir, teniendo en cuenta el entorno de la disputa<sup>377</sup>. Tal como lo anota Zapata de Arbeláez (2012):

*“El derecho internacional de nuestros días, sea público o privado, se formula a través de procedimientos novedosos. Si en sus orígenes fue sobre todo un derecho consuetudinario, que evolucionó posteriormente a un derecho plasmado en convenios y tratados, la lentitud y dificultad para la configuración de los primeros o para llegar a la celebración de los últimos ha conducido a la necesidad de explorar nuevos caminos para dotar a la sociedad internacional de una regulación adecuada. Ejercicio necesario a no dudar, porque las relaciones internacionales se han incrementado y porque el comercio internacional creció en la era de la globalización bajo un paradigma de desregulación, ahora puesto en tela de juicio. Este entorno explica en buena parte la creación, pujanza e importancia de los organismos internacionales (...), cuya contribución ha sido crucial para desarrollar en mejores condiciones los negocios mundiales. A través de sus principios, estándares, leyes modelo, contratos tipo, guías para usuarios y legisladores y tratados internacionales, la CNUDMI y UNIDROIT han dado cuerpo al soft law de los negocios internacionales. En la medida en que a partir de estos instrumentos puedan resumirse los principios generales, podrán sus postulados transitar del mundo de las reglas económicas al de las jurídicas y, por ende, volverse vinculantes. Qué mejor camino para ello que la consideración que hagan los jueces nacionales de las reglas de origen internacional para integrarlas con normas internas”* (pág. 21).

---

<sup>376</sup> Ello por cuanto la jurisprudencia en Colombia ha instituido como factor determinante de la labor judicial las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación para aplicar derechos fundamentales, la proporcionalidad y la razonabilidad en la protección de tales derechos, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, la proyección horizontal de los derechos fundamentales, etcétera. En ese orden de cosas, se requiere de que *“los jueces consideren en su actividad interpretativa los valores constitucionalizados, de forma tal que se reflejen en la cotidianidad a través de decisiones que en apliquen en casos concretos. Sin duda, en el paradigma neoconstitucional, el juez se vuelve el factor principal en la ecuación jurídica, pues son los mecanismos jurisdiccionales los encargados de garantizar los postulados constitucionales”* (García Jaramillo, 2008, pág. 302).

<sup>377</sup> Como efecto de la globalización y de la internacionalización de la economía en el plano jurídico, el derecho legislado estatal se ve en aprietos para responder a la complejidad de algunas de las relaciones contractuales propias de esta época, *“... nada de lo cual, valga anotar, es exclusivo del presente, pero sí es característica suya y se manifiesta hoy con intensidad mayúscula y características novedosas”* (Hinestrosa, 2013, pág. 24). Por ello, es imperioso repensar las alternativas que el Derecho mercantil puede ofrecer, no solo para la regulación en abstracto de las relaciones propias de los comerciantes e inversores de nuestro tiempo, sino para regular y controlar su actividad, así como también, los efectos negativos de la globalización y, fundamentalmente, proteger los derechos de quienes se ven enfrascados en ese proceso en situaciones de desigualdad.



Así las cosas, teniendo como referente los cambios traídos por la globalización, en lo que al comercio y las finanzas se refiere, debemos poner de manifiesto que la defensa a ultranza que algunos hacen del derecho interno legislado para la regulación de los contratos mercantiles contemporáneos, no solo resulta cada vez más insostenible y menos defendible, sino que además, obvia la reflexión que debería estar siempre presente en el fondo de éste tipo de debates: las operaciones comerciales internacionales, o aquellas que sin serlo, sean fruto del nuevo contexto social y económico propio del tráfico mercantil contemporáneo, deben someterse al estudio de un régimen jurídico apropiado a ese tipo de relaciones<sup>378</sup>,

*“régimen (...) que debe dar paso a la flexibilización de las normas que regulan la materia, en lo que hoy se ha denominado por algunos <<Derecho Comercial Internacional>>, o mejor aún <<Derecho comercial Transnacional>>. Con ello queremos señalar que la intervención del Estado en este campo se debe enfocar en el reconocimiento de un nuevo entorno económico y jurídico, y en su regulación...”* (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 101).

Y es que, como el hombre que nunca atrapa la sombra que su cuerpo proyecta, las normas legisladas estarán siempre rezagadas de la sociedad, mucho más si de lo que se trata es de la sociedad de comerciantes, cuyas operaciones, cada vez más cambiantes y complejas se encuentran en el medio local colombiano con una legislación algo invariable; y en su dimensión universal, contrasta con los límites territoriales de las leyes y la autorregulación que en el planeta se observa. Por ello, a través de la Jurisprudencia es posible servirse de los instrumentos, fruto del proceso de armonización que se vive en el comercio internacional, para dar un alcance moderno a las disposiciones que regulan el ámbito contractual en Colombia; así como también, para atender a situaciones y/o figuras contractuales atípicas en nuestro medio; responder justa y eficientemente a problemas *nuevos*; servir de ayuda interpretativa para contratos nacionales o internacionales de compraventa, o, incluso, otros tipo de contratos; apoyar la aplicación de los principios generales del derecho en la solución de controversias; sustentar la interpretación judicial en torno a alguna institución jurídica; confirmar principios o reglas generales contenidas en el C.Civ, C.Com o leyes especiales; para integrar lagunas legislativas; y, al mismo tiempo –sin excluir otros usos plausibles–, profiriendo decisiones donde prime la justicia y los demás principios generales del Derecho.

---

<sup>378</sup> Gracias a la globalización ocurre una permanente *transformación* de las formas jurídicas, que a un ritmo vertiginoso, muestra como el Derecho, al igual que en épocas pasadas, se transforma para acoplarse a los embates que le trae el paso del tiempo. A nivel internacional, en materia contractual, se observa como desde el ámbito jurídico existe una tendencia que busca resguardar los intereses de los partícipes del tráfico económico a través de la formulación de diversos instrumentos que proporcionen mayor seguridad jurídica que el tradicional método conflictual. Algunos de dichos instrumentos, al ser referentes normativos internacionales, encarnan una de las respuestas actuales que el Derecho ha ofrecido ante las múltiples aprietos generados constantemente por la realización de negocios propios de esta época.

En el ámbito del derecho contractual, instrumentos resultantes del proceso armonizador o integracionista del derecho comercial internacional *aterrizan* algunos principios generales del derecho, concretizando su aplicación práctica y tangible, así como su límite y medida, sirviendo con gran utilidad al juzgador. Igualmente, abordan moderna y contemporáneamente distintas áreas del derecho contractual; un ejemplo de ello es la determinación y precisión de algunos deberes secundarios de conducta, débilmente desarrollados en algunos ámbitos estatales, v.gr. respecto del deber de seriedad, en donde

*“tanto los Principios Unidroit [Art.2.1.15] como lo del Derecho Europeo de los Contratos [Art. 2:301] previenen en forma muy similar que la parte hubiere negociado o roto las negociaciones de mala fe, o de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte”* (Cubides Camacho, 2010, pág. 260).

En efecto, contemporáneamente, Rincón Cárdenas (2009) recuerda que,

*“El contrato ha “ensanchado” su contenido, ya que son pocos los vínculos en los que se estudian solamente las obligaciones nucleares, proliferando los deberes secundarios de conducta, obligaciones accesorias, precontractuales, postcontractuales, garantías y cargas. De hecho, la mayoría de los conflictos se basa en estos nuevos deberes que si bien muestran una “accesoriedad típica”, presentan una “sustancia práctica”...”* (pág. 875).

Respecto del caso colombiano, Cubides Camacho (2010) destaca la confluencia de elementos, y ampliación del alcance en la preceptiva interna, similares entre lo sostenido por la CSJ respecto expresiones de la buena fe, como, la teoría de los actos propios, con lo informado por el artículo 1.8 y 2.1.18 de los Principios de UNIDROIT; así como también, la concordancia respecto de los efectos de las cláusulas abusivas por lo informado por el art. 3.10 de UNIDROIT y los arts. 4:110 y 4:115 de los PECL. Igual sucede respecto de la mitigación de daños propios<sup>379</sup> (págs. 260-281).

En ocasiones se señala que los deberes de conducta, cuyo origen se da en la aplicación del proceso de integración contractual, encuentran su fuente en la ley, o en la propia buena fe, considerada ésta como *fuerza de normas objetivas*. No obstante, siguiendo a Solarte Rodríguez (2004), es claro que al hablar de integrar el contenido contractual, se hace referencia

---

<sup>379</sup> Respecto de la obligación de minimizar los daños, cabe mencionar que ésta obligación tiene su origen histórico en el common law, donde se le conoce como *duty to mitigate damages*. Sus primeras manifestaciones se hallan desde los años 30's del s. XIX, condensándose con el paso del tiempo la regla según la cual la víctima no tiene derecho a la indemnización de perjuicios que habría podido evitar tomando las medidas razonables al efecto. Los Principios de UNIDROIT claramente recogen la obligación de minimizar los daños, en su artículo 7.4.8 titulado atenuación de perjuicios. Por su parte, el artículo 9:505 de los PDCE hace lo propio (López Santa María, 2009, págs. 325-331).

*“al proceso de “enriquecer” el haz de derechos y deberes surgidos de la simple manifestación de los particulares, con aquéllos que la ley, la costumbre, la equidad natural o la buena fe han de incorporar al contrato, y estos deberes, a pesar de “activarse” por dichas fuentes remotas, no dejan de ser derechos y deberes contractuales que surgen como consecuencia del citado “enriquecimiento contractual”” (pág. 302).*

En efecto, los distintos derechos y deberes que, en virtud del proceso de integración contractual, se atribuyen a la ley, la costumbre, la equidad e, incluso, a la buena fe, así como a los demás principios generales del derecho, encapsulados en la expresión “*equidad natural*” del artículo 871 del C.Com, en realidad tiene su fuente próxima en el contrato, que queda completo en su contenido como resultado del proceso de integración.

Ahora bien, instrumentos del derecho uniforme dan claridad respecto de los deberes secundarios de conducta, así como también, dan forma y delinear los contornos de esos principios que, en ocasiones, podrían parecer poco desarrollados, vagos o abstractos en el ordenamiento nacional. Su aplicación, permite dilucidar las tendencias del derecho comercial y las soluciones que se ofrecen ante un caso particular y concreto; en suma, servirían de sobremanera para el proceso de interpretación, calificación e integración contractual, haciendo a su turno que, en palabras de la CSJ, se interpreten e integren los instrumentos internacionales y preceptos legales de carácter nacional, lográndose adecuar estos últimos a la contemporaneidad.

Lo que se propone, no ha sido extraño en otras latitudes, e incluso, en algunos países se ha ido más allá, al tener ese tipo de instrumentos como inspiración para la elaboración de cuerpos normativos estatales. Un ejemplo de ello lo ofrece Kuznetsova (2012), quien manifiesta que los Principios de UNIDROIT han sido llamados para ayudar a la restauración de los principios del derecho privado en la regulación de las relaciones contractuales en Ucrania<sup>380</sup>.

Haciendo un estudio respecto del derecho español, Perales Viscasillas (2014c) destaca que los Jueces en España han hecho uso de éstos instrumentos, especialmente de la CNUCCIM, como normas de general aplicación a los contratos, y no exclusivamente al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Ese es uno de los desarrollos más interesantes de dicho instrumento: el de su aplicación al margen de los supuestos en que resulta aplicable, entendiendo las disposiciones

---

<sup>380</sup> Siguiendo a Kuznetsova, teniendo en cuenta el cambio de enfoque de los elementos conceptuales que imperaban para la época de su legislación civil, ha sido de especial importancia el principio de libertad de contratación (págs. 242-245).

de la Convención como representantes de las características generales del derecho de compraventa en todos los ordenamientos legales, o que son usos de comercio relevantes. En últimas, es la aplicación de la Convención de dos formas diversas, pero relacionadas: “*como lex mercatoria y como reglas generales aplicables a otros contratos, mercantiles o civiles, internacionales o nacionales*” (pág. 32).

En dicho contexto, a la CNUCCIM se le ha dado aplicación como (i) *ayuda interpretativa para contratos nacionales de compraventa u otros tipos de contratos*, y (ii) *apoyo para los principios generales mercantiles en contratos nacionales (Apoyo de la interpretación jurisprudencial)*. A su turno, a los Principios de UNIDROIT y a los PECL, se les han utilizado como apoyo, referencia o cita legal para confirmar principios generales asentados en la jurisprudencia española o en los textos legales civiles y mercantiles (págs. 32-35); siendo los PECL establecidos indirectamente o insinuados en algunas ocasiones como aptos para integrar las lagunas del código civil español (pág. 36). A partir del análisis jurisprudencial español en materia de PECL, para Perales Viscasillas (2014c) se evidencia que éstos han sido utilizados para

- i) *sustentar o apoyar la interpretación judicial en torno a alguna institución jurídica que si bien no está recogida en el Código Civil o en el Código de Comercio sí está amparada por la Jurisprudencia;*
- ii) *confirmar principios o reglas generales contenidos en el Código Civil, en el de Comercio o en leyes especiales; y, para*
- iii) *integrar lagunas del Código Civil (págs. 37-48).*

Sobre ésta última función, Perales Viscasillas (2014c) menciona que se ha hecho ya transponiendo el lenguaje de los PECL en algún artículo del Código Civil<sup>381</sup>, ya indirectamente con el apoyo de la convención de Viena de 1980, que es la norma de derecho interno –al igual que en dicho país, en

---

<sup>381</sup> “*Es claro que el Tribunal Supremo no señala directamente que el artículo 1124 del Código Civil se interprete según el artículo 8:103c) PDCE, pero sí se deduce que está interpretando e integrando el Código Civil con los PDCE al utilizar el lenguaje de ese precepto de los PDCE*” (Perales Viscasillas, 2014c, pág. 44)

Colombia la CNUCCIM hace parte de su derecho interno, al haber sido incorporada al mismo por la ley 518 de 1999– que en España se utiliza para integrar el Código Civil (pág. 44)<sup>382</sup>.

La adecuación de la normatividad estatal puede operar a través de la jurisprudencia, pero también mediante reformas legislativas. Ello, como ya se mencionó, tampoco ha sido extraño en otras latitudes. De Carolis (2010) pone de presente como los Principios de UNIDROIT, a pesar de haber sido esencialmente concebidos como una herramienta encaminada a servir a las partes contractuales de una relación comercial internacional, también han servido como modelo en muchos países para la elaboración de nueva legislación en el campo del derecho contractual en general o respecto a determinados tipos de transacciones. Ello se ha evidenciado especialmente en los países que hicieron una transición hacia la economía de mercado, tales como Rusia, China, Estonia, Lituania y República Checa, pero también en algunos *países desarrollados*, tales como Alemania, Holanda y, más recientemente, España (pág. 66).

Con cierta frecuencia, mayor de lo que sería deseable, el aplicador del derecho no encuentra una institución concreta adecuada que recoja la regulación de la situación que se le plantea. No sobra advertir que la legislación en materia contractual presenta, naturalmente, un carácter incompleto v.gr. cuando el legislador no se adapta con presteza a las nuevas necesidades sociales o es insensible ante nuevas situaciones (Lasarte, 1990a, pág. 80) (*Cfr. Supra. 3.1.1*).

---

<sup>382</sup> La autora, en su texto, transcribe la sentencia del Tribunal Supremo del 31 de octubre de 2006 (RA 8405), ponente Juan Antonio Xiol Ríos, en la que refiriéndose a los PECL menciona: “*El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada lex mercatoria (Ley Comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 C.C. siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.*” (pág. 46) (Subrayas fuera del texto original). El pronunciamiento toma como base la aplicación de la Convención de Viena –que es parte del ordenamiento jurídico español–, utilizando los PECL no como mera cita o adorno doctrinal o de derecho comparado, sino que en conjunción con la Convención sirven para sustentar la integración de lagunas del Código Civil Español utilizando los modernos textos del Derecho de Contratos (Perales Viscasillas, 2014c, págs. 46-47). La autora finaliza su análisis sobre el fenómeno español, mencionando que la función de la Convención, los PECL y los Principios de UNIDROIT de servir como instrumento integrador y suplementador del derecho interno ha sido acogida también por otros tribunales. *Al mismo tiempo*, –menciona la autora– *también los Principios se han utilizado para integrar a la propia Convención. De ahí la complementariedad y el juego recíproco que los tres instrumentos desarrollan entre sí* [Existen varias decisiones arbitrales a nivel internacional en las que los Principios han sido utilizados para complementar o interpretar la CNUCCIM (Tobar Torres, 2009, págs. 112-113)].

Ante la imposibilidad que tiene el legislador para preverlo todo, o para adelantarse a los hechos que están por ocurrir, la Jurisprudencia en Colombia responde ante ese fenómeno desde una función dual: en forma directa, la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional – precedente vertical–, así como la jurisprudencia sentada por cualquier juez a través de sus propias decisiones, respecto del mismo –precedente horizontal–; y en forma complementaria con la ley, la jurisprudencia de los juzgados y tribunales sigue constituyendo un *criterio auxiliar* de interpretación en el ejercicio de la función judicial –únicamente, adquieren fuerza vinculante respecto del mismo juez o tribunal que profirió la decisión–. Esto último, no ocurre así con la jurisprudencia de las altas cortes, que como se pasa a ver, tiene “fuerza vinculante” según el intérprete directo de la Carta Política.

### **3.2.1. La interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, parte del ‘imperio de la ley’**

*“...el entendimiento del imperio de la ley a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales debe comprenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Según esto, todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas legales a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley”* (Corte Constitucional, Sala Plena (6 de Julio de 2011) Sentencia C-539/11 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2011)

En Colombia, la importancia del precedente jurisprudencial se ha ensanchado ampliamente en los últimos años. Todo esto, gracias al papel que ha desempeñado la C. Constitucional: autoridad judicial a quien la Constitución Política Colombiana (C.P.C.) le confió la guarda de la integridad y supremacía de la misma (Art. 241 C.N.). A su vez, y de conformidad a su Art. 4, ésta es la norma de mayor rango, calificada como la norma de normas del sistema jurídico colombiano. En ese orden de ideas, la C. Constitucional es el intérprete autorizado de la carta (Cfr. Sentencias T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, y T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Así las cosas, para la C. Constitucional las interpretaciones que se dan en los distintos precedentes judiciales de las Altas Cortes están contempladas en la expresión “*imperio de la ley*” del artículo 230 constitucional<sup>383</sup>, al que deben ceñirse todas las autoridades públicas, de carácter administrativo

---

<sup>383</sup> El cual reza “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. / La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*”

o judicial, sin importar que fueren del orden local, regional o nacional. De este modo, la obligación general de acatamiento del precedente y de la interpretación judicial se despliega en dos planos: i) respecto de las autoridades administrativas y demás autoridades públicas no judiciales, para quienes existe la obligación total de acatamiento, al no gozar de la autonomía que ostentan los jueces; y, ii) respecto de las autoridades judiciales, quienes, a su turno, tendrán la obligación de acatar el precedente constitucional (Sentencias de control abstracto –C–, de reiteración de jurisprudencia y de unificación de jurisprudencia –SU–), en cuanto que, para el caso de los demás precedentes constitucionales, y de los precedentes de la CSJ y el Consejo de Estado, en virtud del principio de autonomía judicial<sup>384</sup>, “*le está permitido a las autoridades judiciales ‘apartarse del precedente judicial impuesto por las altas cortes en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados’*” (Quinche Ramírez, 2014, págs. 21-23).

Aún antes de haberse expresado dicha interpretación *de autoridad* por parte del intérprete autorizado de la Constitución -2011-, García Jaramillo (2008) destacaba que, con la promulgación de la Carta del 91, la jurisprudencia en Colombia pasó a ejercer una influencia predominante sobre la forma de entender el derecho, en la que subyace una ideología que irradia todas las instituciones públicas. Para García Jaramillo, aún en la época de su escrito, si bien la jurisprudencia no contaba como fuente primaria en el sistema jurídico colombiano por virtud de la interpretación del artículo 230 constitucional,

*“que le confiere un criterio auxiliar relegado a la ley, sí se ha constituido en fuente primaria de la conciencia jurídica colombiana, es decir, en la principal fuente de nuestra forma de comprender y practicar el derecho en el ámbito académico y profesional. La jurisprudencia en Colombia desmonopolizó la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa”* (2008, págs. 300-301).

Desde hace más de tres lustros, la relevancia que se le ha reconocido a la jurisprudencia en el ámbito Colombiano ha ocasionado que la misma adquiera fuerza vinculante y sea revestida de cierto nivel de obligatoriedad: v.gr., haciendo un análisis de la sentencia C-836 de 2001<sup>385</sup> (M.P. Rodrigo

---

<sup>384</sup> La independencia de los tribunales, para Radbruch (1967), no es otra cosa que el principio de la libertad de la ciencia, aplicada a las ciencias jurídicas prácticas (pág. 69).

<sup>385</sup> El valor de esa decisión está en la aclaración de Voto del Magistrado Cepeda, que reconfigura dogmáticamente la discusión hasta entonces efectuada alrededor de sistemas de fuentes en varios aspectos: la ubica dentro del proceso de internacionalización del derecho; redefine el marco teórico haciéndolo más amplio y contemporáneo; y, cambia el eje de la discusión, que ya no va a girar alrededor de la expresión “jurisprudencia” y su herencia romano-francesa, sino alrededor de la expresión “precedente” y su herencia de derecho anglosajón (Quinche Ramírez, 2014, págs. 73-74). En la referida aclaración se lee “*como la Constitución es norma de normas, el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente deben hacerse de*

Escobar Gil), Oviedo Albán (2013, Julio/Diciembre) manifestaba que las reglas tradicionales de interpretación legal se deben aplicar en desarrollo de los principios constitucionales. Lo anterior obliga a que en sus providencias, los jueces se basen en los precedentes dictados por la CSJ que adquieren valor general, con el fin de alcanzar interpretaciones uniformes, lo que se convierte en un derecho de los ciudadanos a través de la aplicación del principio constitucional de igualdad, todo lo cual conduce a lograr *certeza jurídica*, en palabras de la C. Constitucional. Por eso, puede advertirse que la tendencia a fallar el mismo problema jurídico de forma diferente, no sólo significa ahora desatender las reglas de interpretación legal, sino también, *el principio constitucional de igualdad*, que en una de sus manifestaciones significa el derecho de los ciudadanos a obtener soluciones iguales ante los mismos problemas jurídicos (págs. 100-102).

De esta forma, en el derecho colombiano, se manifiesta desde tiempo atrás como se viene acentuando el papel de la jurisprudencia a pesar de la literalidad del artículo 230 de la CPC, que ordena al juez estar sometido al imperio de la ley y le deja a la jurisprudencia un papel secundario. De este modo, *“la importancia de la Jurisprudencia en nuestro ámbito [el colombiano] ha remontado el obstáculo constitucional y, (...) ha venido modificando el derecho escrito hasta límites que están más allá del mismísimo texto legal”* (León Robayo, 2014, págs. 9-11). Ese fenómeno no es exclusivo del ámbito nacional colombiano; el sistema de precedentes introducido por la C. Constitucional, aunque representa una verdadera innovación en el esquema de fuentes del derecho local, no es nuevo: ese fenómeno se generalizó en los ordenamientos jurídicos europeos durante la segunda mitad del s. XX (León Robayo, 2015, págs. 96-97).

Se aúna a lo anterior, el que la aplicación de los precedentes judiciales no solamente ha sido un asunto de carácter jurisprudencial, sino que ha quedado consagrada como un mandato legal (Cfr. art. 102 del C.P.A.C.A., Ley 1437 de 2011; así como los arts. 7º, 35º, 42º núm. 6º, 333º, 347º núm. 1º, C.G.P., Ley 1564 de 2012). Precisamente, esa situación fue aprovechada por la jurisprudencia constitucional para aclarar la posición que ocupa la jurisprudencia de los tribunales de cierre –i.e. C. Constitucional, CSJ, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura (Sala disciplinaria)– dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho (León Robayo, 2015, pág. 106). En efecto, fue en

---

*conformidad a la Carta. Las sentencias constitucionales interpretan la Constitución o pueden interpretar las leyes, y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes no es inferior al que ocupan las leyes. [...] Por eso, las sentencias de la Corte Constitucional son para un juez fuente obligatoria de derecho.”*



la sentencia C-539 del seis (06) de julio de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)<sup>386</sup>, donde la C. Constitucional expresó que las autoridades públicas, sin distinción, están sometidas a las Constitución y a la ley, y como parte de esa sujeción, “*están obligados a acatar el precedente judicial dictado por las altas cortes de la Jurisdicción Ordinaria, Contencioso Administrativo y Constitucional*”. Así, el desconocimiento de la jurisprudencia podría conllevar una infracción directa de preceptos constitucionales o legales, o de un acto administrativo de carácter general<sup>387</sup>.

En la misma providencia, la Corte reiteró que cuando los jueces se apartan arbitrariamente de los precedentes, procede la acción de tutela. Vale aclarar que ésta tiene procedencia tanto respecto del precedente vertical, esto es, aquel dictado por una alta Corte, como del precedente horizontal, es decir, aquel sentado por cualquier juez a través de sus propias decisiones; por lo que, cuando un juez se separe del precedente horizontal o vertical, tendrá que ofrecer una argumentación necesaria y suficiente que justifique el cambio jurisprudencial, asegurando así la igualdad e impidiendo la arbitrariedad. Al respecto, Quinche Ramírez (2014) señala que en estricto sentido constitucional, la aplicación de la jurisprudencia vigente o del precedente en vigor, es un derecho fundamental de los ciudadanos, que se despliega en el derecho a la igualdad de trato jurídico y en el derecho a precedente, como componente del derecho fundamental al debido proceso, derechos que son de aplicación inmediata (pág. 101).

Así, teniendo en cuenta que el sistema jurídico colombiano requiere de criterios que lo doten de seguridad jurídica y de mecanismos que permitan una constante y continua actualización a los hechos<sup>388</sup>, la Corte en dicha ocasión acotó el alcance, en un análisis sistémico de la Carta Política,

---

<sup>386</sup> En la que se examinó la constitucionalidad del Artículo 114 (parcial) de la ley 1395 de 2010, “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, que reza: “*Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.*” (expresiones subrayadas demandadas)

<sup>387</sup> Reiterada por la sentencia C-588 de 2012 (M.P.: Mauricio González Cuervo), en donde, para resolver el asunto, además se confirman las reglas contenidas en las sentencias C-539 de 2011, C-634 de 2011 y C-816 de 2001.

<sup>388</sup> El orden jurídico positivo se halla subordinado a ciertos fines –en términos de Delos (1967) –, y estos están determinados de tal manera que dan al derecho positivo su orientación y le imponen su contenido; el derecho positivo persigue fines objetivos que le son exteriores y trascendentes –v.gr. justicia, seguridad o bien común–, pero, como rango esencial, estos son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica (págs. 32-38). Tal como lo acota el mismo autor, “*inmanencia, o interioridad de una parte, transcendencia de otra parte, he ahí lo que explica que los fines del derecho sean un elemento constitutivo de la realidad jurídica, sin dejar de ser por ello un punto de dirección, un elemento de cambio y de perpetua regeneración*” (pág. 38).

del precepto contenido en el artículo 230 Constitucional<sup>389</sup>. En efecto, en la mencionada sentencia, concluyó que la expresión “*imperio de la ley*”, incluida en ese artículo, engloba dentro de su contenido la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Manifestó en aquella oportunidad la Corte:

*“5.2.2 Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”.*

*(...)*

*“De igual modo, esta Corporación reitera en este punto, que el entendimiento del imperio de la ley a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales debe comprenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Según esto, todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas legales a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley”.*

Como si lo anterior no fuera suficiente, no obsta recordar que para la C. Constitucional la fuerza normativa que contiene la doctrina dictada por ella, por la CSJ, el Consejo de Estado, y el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria, como órganos de cierre, proviene fundamentalmente:

- i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son;*
- ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación;*
- iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado;*
- iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial (Corte Constitucional, Sala Plena (6 de Julio de 2011) Sentencia C-539/11 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2011).*

---

<sup>389</sup> En la misma providencia, la C. Constitucional afirmó que: “*la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, en cuanto autoridades constitucionales de unificación jurisprudencial, vincula a los tribunales y jueces -y a sí mismas-, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica, a partir de una interpretación sistemática de principios y preceptos constitucionales (C-335 de 2008). Las decisiones de otros órganos y autoridades judiciales, expresión viva de la jurisprudencia, son criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con el artículo 230.2 de la Constitución.*”

Puestas así las cosas, cabe indicar que el protagonismo de la jurisprudencia ha sido respaldado por nuevas disposiciones legales: “*en los últimos años la jurisprudencia ha ganado mayor protagonismo en nuestro sistema, en parte por la postura de la Corte Constitucional sobre los precedentes judiciales* [Corte Const., sent. C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1625 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas otras], *y por nuevas disposiciones legales que obligan a los demás jueces* [Cfr. art. 7° y 42°, num. 6 de la ley 1564 de 2012] *y a la administración* [Cfr. Arts. 10° y 102° del C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011)] *a tenerlos en cuenta. La misma ley le ha asignado un papel fundamental en la unificación del derecho en Colombia* [Cfr. Art. 16 de la ley 270 de 1996, modificando por el art. 7° de la ley 1285 de 2009], *que podría orientarse hacia la consolidación de los regímenes de derecho privado* (Pájaro Moreno, 2015, pág. 244) *y/o hacia la actualización del derecho comercial contractual.*

Justamente, es así porque aparte del texto legislado,

*“el sistema jurídico requiere de un elemento que le dé eficacia y precisión, y que transporte el precepto legal a un entorno verdaderamente práctico, ajustado no sólo a la realidad sino también al concepto fundamental que debe regir las relaciones entre los individuos: la justicia”*<sup>390</sup> (León Robayo, 2014, pág. 17).

Mediante la adecuación de la legislación comercial, no solamente interpretando el cuerpo normativo, sino haciéndolo efectivo para decidir los asuntos sometidos al conocimiento de los juzgadores, teniendo en cuenta las multifacéticas expresiones del comercio, así como su dinamismo y su constante y permanente evolución, la jurisprudencia da eficacia al sistema jurídico. En este entorno, la jurisprudencia abre la puerta para que, como herramienta de progreso, el derecho contractual colombiano se adapte al tráfico mercantil contemporáneo a través del uso de valiosos referentes normativos, esto es, los frutos del proceso de armonización jurídica que vive el comercio internacional, remitiéndose a estos para interpretar e integrar los preceptos legales internos.

---

<sup>390</sup> Las normas no solo deben ser justas, efectivamente deben serlo; deben también sintonizar con las exigencias sociales imperantes, y brindar soluciones adecuadas a los problemas que se presentan en una sociedad determinada (Lasarte, 1990a, pág. 89).

### 3.2.2. Uso del derecho uniforme, cuestión de tener en cuenta el entorno de la disputa

*“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”* Código de Comercio, Art. 871.

Si el Artículo 64 de la Ley 1563 de 2012<sup>391</sup> (Cfr. *Supra*. 1.2.2 y 3.1), autoriza expresamente a los árbitros para que en la interpretación del arbitraje internacional tengan en cuenta dicho carácter y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, y de la buena fe –el inc. 1º reza: *“En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”*–, nada prohíbe ni impide a los árbitros, en arbitrajes nacionales y, del mismo modo, a los jueces, independientemente de la nacionalidad o internacionalidad del asunto, tener en cuenta parámetros similares dependiendo del caso en particular que conozcan en el ejercicio de sus funciones.

*“Tener en cuenta el carácter internacional”* de un asunto, es considerar el contexto en el que éste se ha desenvuelto; es tener en cuenta el entorno de la disputa. En efecto, el precepto reconoce que, para la interpretación en ese tipo de controversias, deben tomarse en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean la relación de la que nace la disputa; así, el precepto instituye la consideración del origen internacional de la controversia para la interpretación en sede de arbitraje. Por ello, el texto de la disposición va en la misma vía de lo manifestado por Jaramillo Jaramillo (2014), cuando resalta que, respecto de la integración contractual, hoy es necesario atender a otras realidades, intereses y circunstancias, esencialmente a la confianza legítima que una de las partes pudo eventualmente haber suscitado, elementos extratextuales, así el acuerdo virtualmente apunte a otra dirección (pág. 123). Puestas así las cosas, ¿qué impide, en Colombia, hacer esa misma consideración fuera del arbitraje comercial internacional?

---

<sup>391</sup> El cual reza: *“En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. || Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran. || Cuando una disposición de la presente sección, excepto el artículo 101, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, para que adopte esa decisión. || Cuando una disposición de la presente sección, se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado. || Cuando una disposición de la presente sección, excepto el numeral 1 del artículo 98 y el literal a) del numeral 2 del artículo 105, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación de esa reconvencción.”*

Por otra parte, indica el artículo que debe tenerse en cuenta “*la necesidad de promover la uniformidad de la aplicación*”. Al respecto, la norma parece confusa pues no se comprende a qué refiere exactamente cuándo invita a una aplicación uniforme: en efecto, ¿a qué se refiere la norma cuando invita a hacer una aplicación uniforme? ¿Aplicación uniforme de qué? ¿Aplicación de la interpretación? ¿Aplicación del arbitraje internacional? ¿Aplicación de la interpretación del arbitraje internacional? ¿Aplicación del derecho uniforme del comercio internacional?

Pues bien, debe mencionarse que el precepto original, esto es, el art. 2 A. “Origen internacional y principios generales” de la ley modelo, indica: “*en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”. Así, fácilmente se observa que hubo una aparente desaprensión por parte del legislador colombiano, al limitarse a sustituir la expresión “*la presente ley*” por “*del arbitraje internacional*”, pues de la lectura de la norma, no parece claro indicar que debe interpretarse la ley 1563, o por lo menos la sección tercera de arbitraje internacional, de manera uniforme considerando su origen internacional, pareciendo ser ello lo pretendido por la CNUDMI con la ley modelo elaborada<sup>392</sup>.

A pesar de lo anterior, resulta evidente que en sede de arbitramento internacional, la interpretación y aplicación que se haga del derecho debe atender a la uniformidad del mismo en el campo del comercio internacional, y no a criterios localistas. Así las cosas, aunque ello podría explicarse por una desaprensión en la redacción del proyecto de ley que dio como fruto la norma en mención, teniendo en cuenta la particularidad de la misma, la cual como ya se mencionó, surgió por la incorporación y adaptación de la Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>393</sup> (Cfr. *Supra* 1.2.2, 2.3.2 y 3.1), de todas maneras, es claro que se advierte por parte

---

<sup>392</sup> Lo anterior, teniendo en consideración lo expresado en la Resolución de la Asamblea General de las N.U. 61/33 de 2006 cuando “*recomienda que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes, habida cuenta de la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de arbitraje y las necesidades concretas de la práctica en materia de arbitraje comercial internacional*”.

<sup>393</sup> Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I. Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la CNUDMI.

del legislador colombiano el ánimo por apoyar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho que rige las relaciones internacionales.

Ahora bien, teniendo en consideración que legislativamente en Colombia, a través del Artículo 64 de la Ley 1563 de 2012, se admitió en sede de arbitraje internacional tener en cuenta en la solución de una controversia, el carácter de internacionalidad y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, así como la observancia de la buena fe, no se haya impedimento alguno que impida utilizar en la jurisdicción civil y comercial, en concordancia con la sistematicidad del ordenamiento jurídico colombiano i. e. art. 871 del C.Com, los mismos parámetros.; evidentemente, con el celo y cuidado que ello supone para no distorsionar ningún elemento de la controversia conocida por el decisor jurídico.

### **3.2.2.1. Relevancia de la observancia de la buena fe y uso del derecho uniforme**

*“En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”* Inc<sup>0</sup> 1, Artículo 64 de la Ley 1563 de 2012.

Respecto de la buena fe, mencionada en el artículo 64 de la Ley 1563 de 2012, cabe hacer varias precisiones. Ésta, como principio, es la base sobre la que se construyen los demás; es un principio rector de todo el ordenamiento jurídico colombiano, quizá el más conspicuo de los principios generales del derecho<sup>394</sup> (Muñoz Laverde, 2010, pág. 211). De conformidad con la Jurisprudencia Colombiana, dicho principio puede ser visto desde diferentes perspectivas, a saber:

*“1. La que mira las esferas íntimas de la persona para tomar en consideración la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones. 2. La exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad, semblante que la erige en un verdadero hontanar de normas de corrección*

---

<sup>394</sup> A pesar de superar virtualmente el sistema concreto de que forman parte, los principios generales del derecho “no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso; pero tienen valor, sin embargo, sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa” (Del Vecchio, 1948b, pág. 137). Recuérdese que la importancia de éstos en los ordenamientos jurídicos nacionales importa, puesto que así se reconoce explícitamente que un sistema jurídico está compuesto por diversas fuentes –no siendo las reglas, la ley, la única con la cual se cuenta– a las que puede recurrir el decisor jurídico (Hernández Velasco, 2011, pág. 234). Como ya se había mencionado, en el ordenamiento jurídico colombiano, los principios generales del derecho empezaron a ser reconocidos de forma directa a mediados de los años treinta del siglo pasado, a pesar de su consagración expresa a finales del S. XIX, con la ley 153 de 1887, en el artículo 8°. Con la disposición planteada, y con el desarrollo dado por “la Corte de Oro”, para Hernández Velasco (2011), quedó establecido que las normas que conforman el sistema jurídico deben ser congruentes y coherentes, ello por cuanto debe existir plena armonía que permita dar respuesta a todas las situaciones jurídicas previstas por el sistema que integra el ordenamiento jurídico, y donde el juez está llamado a aplicar e interpretar las normas para evitar la denegación de justicia (págs. 227-230) (Cfr. *Supra Not. 9 y 11*).

*contractual. 3. Como criterio de interpretación de los negocios jurídicos*” (Hernandez Velasco, 2011, págs. 247-248).

Así las cosas, la buena fe ha sido reconocida por la jurisprudencia colombiana, principalmente desde 1935 con fundamento en la jurisprudencia y la doctrina francesas<sup>395</sup>, y especialmente, en lo consagrado por el artículo 1603 del C.Civ., y asimismo, por el Artículo 871 del C.Com, siendo uno de los principios más enraizado y que más ha trascendido en Colombia al elevarse a rango constitucional a partir de 1991 mediante el Artículo 83 (Hernandez Velasco, 2011, págs. 245-246): *“De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo”* (Corte Constitucional, Sala séptima de revisión (4 de mayo de 1999) Sentencia T-295/99 [M.P. Alejandro Martínez Caballero], 1999). Estando así las cosas, la importancia de la buena fe es de tal magnitud hoy día que se ha llegado a calificar por la doctrina como un principio “supremo” y “absoluto” (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 284).

A su vez, en el ámbito transnacional, el principio de la buena fe es un eje del sistema de obligaciones y contratos en la regulación de la contratación internacional, y en los proyectos de armonización legislativa: la CNUCCIM (art. 7°), los Principios de UNIDROIT (art. 1.7), los PECL (art. 1:201). Cabe advertir que, el gran protagonismo del principio general de buena fe, ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, puesto que mediante su aplicación como “cláusula general”, se permite al decisor realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 290).

Así las cosas, las complejas características de la contemporaneidad exigen del principio de la buena fe, más que un simple criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos (Hernandez Velasco, 2011, pág. 246). Téngase presente que la buena fe impone deberes durante todas las etapas del contrato que dilucidan las prestaciones que conforman su objeto, el que a su vez, se halla compuesto por el conjunto de expectativas concretas que las partes tienen del contrato, con sus

---

<sup>395</sup> Cfr. Sentencias de la C.S.J. del 20 de mayo de 1936, G.J. No. 1904, p. 444 y ss; 20 de octubre de 1937, G.J. 1928. La CSJ hizo el análisis de la presencia de la buena fe en la jurisprudencia francesa desde un fallo de la Corte de Casación de dicho país el 3 de agosto de 1815 y uno del 20 de junio de 1910 (Hernandez Velasco, 2011).

límites, sus agregados, sus accesorios, cuyo cumplimiento en debida forma les da la satisfacción esperada<sup>396</sup> (Cubides Camacho, 2010, pág. 284).

En efecto, la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en su etapa previa, fundamentalmente, a través del denominado deber de información; además, la buena fe también tiene importantes aplicaciones en la extinción y “liquidación” de los efectos del contrato. Durante la ejecución, la buena fe hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la relación negocial, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra (Solarte Rodríguez, 2004, págs. 289-290).

En este contexto, los modernos instrumentos del derecho uniforme se erigen, al reconocer los deberes secundarios de conducta, como herramientas útiles y provechosas para delimitar y precisar cabalmente estos deberes a nivel local: téngase en cuenta que al lado de las prestaciones principales, existen otros deberes jurídicos, también denominados “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como:

*“los de información, protección, consejo, [seriedad (Art. 2.1.15 Principios de UNIDROIT), conducta coherente (Art. 1.8 Principios de UNIDROIT), preservación del equilibrio, mitigación del daño (9:505 PECL), cooperación], fidelidad o secreto [confidencialidad o reserva], entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. Se señala que su origen está en planteamientos realizados por juristas alemanes, como STAUB y STOLL, a comienzos del siglo XX, así como a la labor de doctrinantes de la talla de DEMOGUE en Francia”* (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 304).

Así pues, modernamente se asigna a la buena fe un alcance que de antaño no se le reconocía, al atribuírsele una función integradora del contrato, en cuanto pone a cargo del deudor contractual un conjunto de *deberes secundarios de conducta* que se suman a los deberes primarios de prestación, propios de cada contrato, y cuyo incumplimiento podría originar responsabilidad (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 97). Los deberes secundarios de conducta, aunque no aparezcan explícitos en el contrato, se entienden incorporados *naturalmente* a toda relación de esta estirpe, aún desde su

---

<sup>396</sup> Las prestaciones que conforman el objeto de un contrato, se entienden como aquellas relaciones jurídicas relacionadas con la satisfacción de los intereses jurídicos que de manera principal tienen las partes en cuenta al celebrar un contrato: “Estas relaciones jurídicas están vinculadas con la conformación típica del acto jurídico y responden a sus principales características. A ellas podría denominárseles “relaciones obligacionales en sentido estricto”, y corresponden, por ejemplo, a obligaciones como la transmisión de la cosa, el pago del precio o el saneamiento por vicios, derivadas todas ellas del contrato de compraventa” (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 303).



etapa de formación, a partir de normas como, para el caso colombiano, los artículos 863 y 871 del C.Com (Gaitán Martínez, 2013, pág. 231).

La significación del asunto, radica en que estos deberes están orientados a la precisión y a la cabal realización de las expectativas concretas de las partes (Cubides Camacho, 2010, pág. 284). Por si ello fuera poco, esos deberes no se presentan solamente en la ejecución del contrato, sino que también adquieren importancia en la etapa precontractual y postcontractual (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 305). De esta manera, la buena fe contractual encuentra aplicación práctica y tangible.

La buena fe encuentra múltiples manifestaciones: la incorporación del principio de solidaridad, asentado en la colaboración, la cooperación, la lealtad y la coherencia, es también una manifestación de la buena fe comportamental<sup>397</sup>. La presencia de los principios de buena fe y solidaridad, suponen a su vez, la existencia de una serie de deberes jurídicos que también hacen parte del solidarismo contractual (Pico Zúñiga & Rojas Quiñones, 2013, pág. 66) y que pueden o no, hacer parte de los elementos de la naturaleza de determinados contratos. De ahí la medular importancia de la referencia que hace el legislador colombiano a la *naturaleza de los contratos* inserta en el artículo 871 del C.Com, la que no debería pasar inadvertida dado que amplía, en sede interpretativa, la obligatoriedad inherente a cada contrato celebrado. Cabe resaltar además que, la buena fe limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes en el entendido de que proscribe el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las mismas a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 290). Como se ve, el uso de la buena fe funciona como un mecanismo para llenar de contenido axiológico, de contenido humano, las relaciones que se dan en el tráfico mercantil contemporáneo.

Así las cosas, junto a la buena fe, los principios generales del derecho le han concedido, y son capaces de conceder, al contrato, un trato directo con la moral, los valores y la realidad socio-económica, a través de la labor judicial, la cual le ha dado un mejor entendimiento y comprensión a las vicisitudes que emergen de cada negocio y problema jurídico (Pico Zúñiga & Rojas Quiñones, 2013, pág. 119). De esta forma, antes como ahora, la incorporación de principios generales del derecho constituye una búsqueda incesante por adecuar la generalidad de las normas jurídicas a las

---

<sup>397</sup> La puesta de relieve de la importancia del principio de solidaridad en el ordenamiento jurídico colombiano ha estado en cabeza de la C. Constitucional. Al respecto cfr: Sentencia T-550 de 1994 y C-529 de 2010.

particularidades de la realidad, introduciendo en ellas matices y excepciones, para integrar ciertas consideraciones de equidad y justicia (Hernandez Velasco, 2011, pág. 234).

La CSJ, en sentencia del 30 de agosto de 2010, manifestó que los principios generales del derecho sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En esa misma oportunidad, expresó la Corte que:

*“En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, <<fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de ‘jurisprudencia creadora’, y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto>>, a punto que, <<[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor ‘integrador’ del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la ‘modernidad’, no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como ‘derecho flexible’>>”.* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (30 de Agosto de 2010) Ref.: Exp. 11001-3103-008-1998-00081-01 [M.P. William Namén Vargas], 2010).

Lo anterior, se esclarece teniendo en mente la unidad sistemática del derecho y, si luego se observa el papel de los principios a lo largo de la historia del derecho, se revela con mayor intensidad que éstos representan una fuerza viva, *“que domina todos los sistemas y actúa sobre la estructura de éstos, haciendo que se modifiquen y evolucionen según los principios eternos de la Justicia, inherentes a la naturaleza humana”* (Del Vecchio, 1948b, págs. 138-139).

En efecto, los principios se encuentran presentes antes, durante y después de la norma, ya que informan todo el derecho y, por ello, pueden (¡deben!) ser considerados incluso tanto o más importantes que la propia ley. En otras palabras, *“los principios constituyen una garantía para que sus tres propósitos fundamentales –creación, interpretación, e integración jurídica– no queden al arbitrio subjetivo de quienes los utilizan sino a una concreta objetividad”* (León Robayo, 2015, pág. 42). Los principios, reglas generales, viejas por sus orígenes históricos pero muy nuevas por sus fecundas aplicaciones, representan en su conjunto una importante tendencia: *“la necesidad de adaptar las normas a los casos reales de la vida, de aproximarlas a la realidad concreta; en una palabra: humanizar el derecho”* (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2008, pág. 219). De esa manera, los principios generales del derecho constituyen directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función

de administrar justicia; por ello, tal como lo anota López Villegas (2011): “*Si bien los códigos dedican uno o dos artículos, entre sus millares de normas, a los principios generales, la importancia de estos es tan abrumadora como la de los códigos mismos*” (pág. 119).

La necesidad de recurrir a los principios generales del derecho se mantiene viva, por ser necesariamente incompleto todo derecho positivo, “*hasta el punto que no se podría prescindir de tal recurso aunque faltase, como falta en otras legislaciones*” (Del Vecchio, 1948a, pág. 115). A lo que hay que aclarar:

*“...que si en definitiva, la estructura concreta del derecho positivo muestra a veces restricciones o alteraciones de dichos principios, no por eso pierden todo su valor en el orden positivo, sino que, por el contrario, conservan todavía una aplicación indirecta o mediata, en cuanto sirven para definir aquella juridicidad natural que se reconoce por ciertos efectos de las leyes mismas, en antítesis o más bien como complemento de la juridicidad positiva”* (Del Vecchio, 1948b, pág. 138).

Así las cosas, los instrumentos del derecho uniforme, se alinean a la necesidad constante de revitalizar el contrato de cara a una realidad que muestra trazos de crisis, respecto de deberes concernientes a la naturaleza contractual; son ideales por cuanto sirven para adecuar la relación derecho-realidad. De esa manera, en un entorno contemporáneo, con el uso de los instrumentos del derecho uniforme se puede materializar, en la integración del contrato<sup>398</sup>, la aplicación práctica y tangible del concepto de *buena fe*, así como sus límites y medidas. Pero no solo respecto de dicho principio aporta el uso del derecho uniforme; su aplicación puede traer beneficiosos avances en otros campos como v.gr. la doctrina del “solidarismo contractual”, al que Pico Zúñiga & Rojas Quiñones (2013) entienden como

*“una doctrina que propende por la incorporación de los postulados de solidaridad social y, por contera, de los deberes de colaboración, cooperación, lealtad, coherencia y sinceridad en el concreto ámbito de los vínculos jurídicos de naturaleza singular y concreta”* (págs. 80-81) .

En este orden de ideas, siguiendo lo contemplado por el artículo 871 del C.Com, los contratos en Colombia deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. Ello tiene hondos efectos; uno de ellos está relacionado a la integración contractual, en cuanto, como ya se dijo, en sede interpretativa amplía para las partes el contenido obligacional del contrato, dado que las obliga a todo lo que corresponda

---

<sup>398</sup> En palabras de la CSJ - Sala de Casación Civil y Agraria –Sentencia del 19 de junio de 1935–, la integración “*ocurre (...) cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad, o ambigüedades, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las ideas mismas de las partes carecen de claridad o exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después*”.

según la naturaleza del mismo, conforme a la ley, la costumbre o la equidad natural. Ello, evidentemente, estará relacionado al contexto en el que se haya desenvuelto la relación contractual.

Respecto de la Equidad, la C. Constitucional ha dicho que, dado el carácter histórico del derecho, y particularmente, respecto del derecho legislado, la equidad resulta de la aplicación de la justicia al caso concreto, según la máxima que prescribe que se debe “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.” Sin embargo, en un Estado pluralista, que reconoce la autonomía de los individuos, la realización de dicha máxima a partir de un conjunto limitado de categorías de igualación de las personas atribuida por la ley, no está exenta de problemas. Por ello, al estar inserta en el momento de la aplicación de la ley, la equidad permite llevar a la realidad dicha máxima y, en tal medida, corregir o moderar al menos dos problemas que surgen del carácter general de la ley.

En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso; en este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente; ello, porque al no considerar la ley la complejidad de la realidad social tampoco puede ésta graduar conforme a sí misma los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad, al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto, permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes:

*“De lo anterior es necesario concluir que el hecho de que los operadores jurídicos y, en particular los jueces, tengan en cuenta la equidad y atribuyan a las partes los efectos de sus decisiones de acuerdo con un conjunto más completo de circunstancias de la realidad social no resulta contrario a nuestro ordenamiento constitucional. Por el contrario, contribuye a desarrollar el artículo 13 de la Carta, en la medida en que dicha norma establece que ‘el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)’” (Corte Constitucional, Sala Plena (21 de Noviembre de 2000) Sentencia C-1547/00 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger], 2000).*

Es tal su importancia para el caso colombiano, que sobre la equidad la C. Constitucional recientemente afirmó:

*“La equidad ha sido objeto de análisis por las decisiones de este Tribunal destacando (i) que se trata de un concepto jurídico indeterminado objeto de constitucionalización; (ii) que su reconocimiento se constata en diferentes disposiciones de la Carta que aluden a ella (art. 20, 95 226, 230, 267 y 363); y (iii) que la equidad en materia de administración de justicia tiene su lugar “en los espacios dejados por el legislador” al paso que “su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto.” [SU-837 de 2002]. Sobre ello precisó: “La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador) En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia.” (Subrayas ajenas al texto original) (Corte Constitucional, Sala Plena (13 de Mayo de 2015) Sentencia C-284/15 [M.P. Mauricio González Cuervo], 2015).*

De allí la importancia de este tópico para el tema aquí aludido: si la relación contractual se desenvuelve bajo prácticas desarticuladas a las prescripciones insertas en el C.Com, cuando el caso lo amerite, los deberes propios de la naturaleza del contrato celebrado –recuérdese que los contratos obligan no solamente a lo expresamente pactado, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos–, podrían, en concordancia con el artículo 871 *ejusdem*, clarificarse a la luz de instrumentos del Derecho Uniforme. Acá vale la pena advertir:

*“que la existencia de lagunas o vacíos en el contrato, no es hoy un presupuesto que inexorablemente deba verificarse como se exigía y aceptaba en el pasado, en consideración a que se podrá válidamente acudir a la integración contractual aún si no los hay (vacíos o lagunas)” (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 78).*

### **3.2.3. Un enfoque moderno del derecho contractual comercial**

*“El error fundamental consiste en creer que los conceptos jurídicos son precisos y cerrados, en el sentido de que es posible definirlos exhaustivamente en términos de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes; de manera que para todo caso real o ficticio es posible decir con certeza si cae bajo el concepto o no (...). Esto significa que todas las reglas jurídicas son ‘abiertas’ y cuando surge un caso no previsto tenemos que tomar una decisión nueva, y al hacerlo reelaboramos nuestros conceptos jurídicos, adaptándolos a fines socialmente deseables” (Hart, 1994, págs.. 113-114).*

Urge dar paso a un nuevo enfoque del derecho comercial, marcado por su constitucionalización, así como también por la internacionalidad, globalidad y uniformidad del comercio mundial<sup>399</sup>; lo

---

<sup>399</sup> Los jueces no pueden ser ajenos a la realidad que rodea el contexto en el que se desenvuelven las controversias de las que conocen, ni desatender la regulación que las partes pactaron, o que atiende y regula de manera íntegra el asunto: deben considerarse las tendencias del tráfico jurídico y, especialmente, la globalización de la economía y el mercado, para comprender la tendencia de la internacionalización, uniformidad y armonización del Derecho mercantil de nuestros días.

anterior, máxime teniendo presente que los comerciantes, sin importar su país de origen o domicilio, están inmersos desde hace ya un buen tiempo en un “*espacio transaccional*” global, que por lo mismo, desconoce fronteras y está terminando por eliminar las barreras de antaño que aún subsisten para el comercio. Y es que la vitalidad del comercio ha dependido siempre del cambio constante.

Recuérdese que el derecho mercantil surgió como consecuencia, fundamentalmente, de la interacción de los factores económicos y político-sociales emergentes de la edad media europea. En efecto, fue hacia el siglo XI donde se experimentó una expansión del comercio que terminaría por reconfigurar la composición social y económica de las sociedades (Tobar Torres, 2012, págs. 240-245). Desde una perspectiva histórica, el Derecho comercial internacional puede ser considerado el heredero del *ius mercatorum*, el cual era elaborado por los propios comerciantes al margen de la soberanía estatal y caracterizado por la autonomía de la voluntad, donde la desvinculación al poder político no solo se proyectaba en el ámbito de la producción normativa, sino que también, en el de arreglo de las eventuales controversias surgidas entre los operadores del comercio (Fernández Rozas, 2000). Con el inicio de lo que sería la consolidación de los Estados y el auge del proceso de codificación, con la consecuente abrogación del poder creador que tenían los gremios y la supresión física de éstos (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 147-183), se llevó a que los nacientes Estados legislaran, y posteriormente, codificaran el derecho mercantil. Es necesario insistir en que, en la actualidad, el desarrollo de la comunidad internacional introduce un elemento de relativa organización, control e intervención impensable en épocas pasadas. De lo anterior, cabe resaltar que las diversas coyunturas del proceso histórico al que ha estado atado el derecho mercantil, ha hecho que este se adapte y moldee conforme a las circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales, sirviendo al modelo económico imperante de cada época, que a su vez, le han dejado secuelas llevándolo a transformarse y evolucionar. Ésta época histórica, claro está, no es una excepción.

En ese orden de ideas, es momento en Colombia de dejar de mantener los parapetos basados en la rigidez desde la que algunos conciben al Derecho y el culto legicentrista<sup>400</sup>, como si la razón de éste

---

<sup>400</sup> Al respecto, basta recordar las posturas que plantaron sus cimientos. Para ello, cabe traer a colación lo que, en su *Discours sur l'Économie politique*, Rousseau expuso respecto de la ley: “¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerles libres?; ¿de emplear al servicio del Estado los bienes, los brazos y la vida misma de todos sus miembros sin constreñirles y sin consultarles?, ¿de encadenar su voluntad por su propio deseo...? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño;

no fuera facilitar el desarrollo de la práctica comercial. Moreno Rodríguez (2013), al respecto, menciona que *“las nuevas generaciones sufren el influjo del nocivo legado del siglo XIX y el estatismo ‘legis-centrista’ allí consolidado”* (pág. 41). Estando así las cosas, mientras el mundo se esfuerza por adoptar instrumentos que faciliten el entendimiento en el comercio internacional, pareciera que en Colombia se ha decidido anclar en las discusiones bizantinas con una visión en exceso localista, como si no interesara realmente la inserción en la economía global: *“Cabe invitar a la unión de esfuerzos de parte de la academia, el gobierno, los gremios y todos aquellos sectores interesados, de cara a preparar una verdadera agenda legislativa internacional en temas comerciales. El desarrollo del país lo requiere”* (Oviedo Albán, Martes, abril 15 de 2014).

Paliar y contrarrestar esas rígidas, exegéticas y anticuadas posturas, debe atender al reconocimiento de los principios y valores que la Carta del 91 atribuye al comercio, a la economía y al desarrollo empresarial<sup>401</sup>: ante una solución con una consecuencia injusta, los jueces no pueden excusarse por la dislocación existente entre la legislación comercial y la realidad fáctica; con mayor motivo, teniendo referentes normativos que podrían iluminar la cuestión casuística, ofreciendo soluciones justas y conformes al sistema jurídico colombiano:

*“De esta forma es como, en últimas, se atiende la pretensión de corrección del derecho que nos enseñara Alexy, en virtud de la cual se indica que la sentencia judicial debe ser racionalmente fundamentada en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, porque en el discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y la respectiva indicación de las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que “Las decisiones de los jueces deben basarse en decisiones racionales”. La decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, caen bajo la pretensión de corrección que implica una pretensión de justificabilidad. Esta pretensión permite al derecho corregir las deficiencias del procedimentalismo legal injusto sin necesidad de vulnerar la estructura del andamiaje jurídico”* (García Jaramillo, 2008, págs. 323-324).

Los decisores jurídicos deben siempre basar su argumentación con sujeción formal, material y funcional a los Principios, varios contemporizados a la actualidad por algunos de los instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional. Consecuentemente, es necesario que en Colombia se de paso a una aproximación menos formalista de las normas; a una interpretación que vaya más

---

*tanto más libres, en efecto, que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que puede perjudicar a la de otro? Estos prodigios son la obra de la ley. Es sólo la ley a quien los hombres deben la justicia y libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres... Es ella sola a la que los jefes deben hacer hablar cuanto ellos mandan...”* (García De Enterría, 1999, pág. 26).

<sup>401</sup> La Constitución se refiere a asuntos en materia comercial y económica en varias de sus disposiciones: Artículos 14, 57, 58, 60, 61, 78, y 333 a 337. A su turno, relacionados a la administración de justicia están los artículos 116, 228, 229 y ss.

allá de lo estrictamente positivizado y reconozca el contexto; a una visión más sustancial y valorativa del derecho; a posturas que vayan más allá de la literalidad de las normas<sup>402</sup>. Como lo dijera la CSJ en la sentencia de la Sala Plena del veinticinco (25) de febrero de 1937: *“La misión del derecho no puede ser concebida sino a base de una libertad y de una actividad continuamente variables, porque actúa plasmado por la vía a la cual informa la cultura económica e histórica en permanente evolución”* (Franco Zárate, 2012, pág. 263).

No preocupa que el Estado Colombiano no reconozcan la capacidad de auto-regulación de nuevos grupos sociales o económicos, sino el desentendimiento de la nueva realidad económica, financiera y comercial, y la carencia de una política legislativa encaminada a la regulación de ese nuevo grupo de operaciones mercantiles que se ejecutan en la contemporaneidad, a la que se enfrenta la sociedad colombiana. Es este campo, la intervención estatal es hoy más que nunca necesaria, pero no meramente para ofrecer entornos jurídicos apropiados y atractivos para nuevos inversionistas, sino *“para regular y controlar su actividad, los efectos de la globalización y, particularmente, proteger los derechos de los que se enfrentan a ese proceso en condiciones desiguales”* (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 100-101).

En suma, el continuo y permanente envejecimiento de la legislación comercial, al igual que sucede con todas las normas positivas, así como el vertiginoso ritmo que tiene el tráfico mercantil actual, debería impulsar el debate en torno a herramientas que hagan frente a esos factores. El caso colombiano, en el que la legislación que rige el derecho privado tiene su germinación en el C.civ., vigente para la Nación a partir de 1873, y el C.Com., en vigor desde 1972, evidencia en forma tangible dicha situación:

*Esa “... normativa requiere de una urgente adaptación a la realidad y a los avances tecnológicos actuales, así como la reformulación de teorías y conceptos que coincidan con la manera como se realizan las operaciones negociales en el siglo XXI. Por ello, el derecho transnacional uniforme se presenta como un importante desafío a la estaticidad de las normas colombianas, cuyo esquema de fuentes tradicionales ha comenzado a sufrir resquebrajamiento al mostrarse insuficiente para regular situaciones cotidianas, encontrando su remedio, principalmente, en el constitucionalismo y su influencia en todos los sectores del Estado”* (León Robayo, 2015, pág. 19).

---

<sup>402</sup> Aunque Espinosa (2000) lo refiere respecto de la costumbre mercantil, su reflexión encaja perfectamente al referir a este asunto: *“En modo alguno se trata de que el fallador de turno cree una regla para cada caso a su conocimiento, pues ese fallador, en tanto existan normas de derecho (no necesariamente textos positivizados) claramente aplicables, deberá ajustarse a ellas al momento de decidir”* (pág. 111).



Lo puesto en evidencia se convierte en una oportunidad para que, a través del uso de instrumentos de derecho uniforme, las normas comerciales locales sean interpretadas, complementadas y adecuadas, a efectos de ofrecer soluciones que hayan advertido principios de justicia en el contexto de un mercado globalizado, respetando, adecuando y dando alcance a los principios inmersos en el ordenamiento jurídico colombiano<sup>403</sup>.

Ello, claro está, advirtiendo la importancia de la *tridimensionalidad del proceso interpretativo*, conformada por la interpretación, calificación e integración contractual<sup>404</sup> (Jaramillo Jaramillo, 2014, págs. 29-174), operaciones profundamente interrelacionadas entre sí, pero al mismo tiempo, dotadas de propia operatividad (Lasarte, 1990 b, pág. 378)<sup>405</sup>. Dicha tridimensionalidad, es usualmente referida como interpretación en sentido lato.

Los artículos 1603 del C.Civ y 871 del C.Com, reguladores del principio de celebración y ejecución de buena fe de los contratos, establecen que los elementos integrantes de este último, son no solamente los expresamente acordados, sino también, todos los que emanen de su naturaleza según la ley, la costumbre<sup>406</sup> o la equidad natural (Muñoz Laverde, 2010, pág. 222).

---

<sup>403</sup> Sin importar que la celebración o ejecución de determinada relación contractual mercantil recaiga dentro o fuera del territorio colombiano, el C.Com. no refiere a un sin número de transacciones comerciales contemporáneas (v.gr. contrato de franquicia, contratación electrónica, contratos de colaboración empresarial o “joint venture”, etcétera) y a fenómenos que eventualmente, son experimentados durante la ejecución de contratos mercantiles, por lo que en principio, se supone que esos “vacíos” deberían ser resueltos por la regulación contractual que las partes hagan del contrato. A causa de ello, no resulta descabellado cuestionarnos acerca de las soluciones que puede ofrecer un juzgador nacional cuando conoce de una controversia contractual mercantil, en la que las partes no se refirieron si quiera a ese “vacío”, que eventualmente es el meollo o está directamente relacionado al objeto de la disputa; y, en donde un instrumento de Derecho Uniforme ofrece una solución justa y acompasada a los requerimientos del comercio contemporáneo, adecuada al ordenamiento jurídico Colombiano y eficientemente económica.

<sup>404</sup> Cabe advertir que, por regla general, el orden en el análisis del contrato deberá comenzar con la interpretación de la voluntad de las partes, para efectos de eliminar las incertidumbres que puedan existir al respecto, luego se seguirá con la calificación y, finalmente, se determinarán las fuentes normativas externas que sean necesarias para integrar el contenido del contrato (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 294).

<sup>405</sup> En el ámbito normativo, podría hacerse una diferenciación entre las normas medulares que dirigen una y otra dimensión de dicho proceso así: “*el artículo 1618 del Código Civil, en asocio con los artículos 1619 a 1624, disciplinan los aspectos nucleares de la interpretación del contrato entre nosotros, mientras que el artículo 1603, sin perjuicio de los vasos comunicantes que existan con las normas en referencia, es un precepto autónomo en su esencia...* [al igual que el art. 871 del C.Com, regla la integración del contrato en Colombia]” (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 71)

<sup>406</sup> Cuando se hace alusión al factor costumbre para la determinación de elementos de la naturaleza de los contratos por parte del art. 871 *ejusdem*, se hace alusión a que el contenido del contrato se puede completar con aquello que es habitual acordar en un determinado tipo de contratos dentro de un ámbito temporal y geográfico dado (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 300)

Así, debe destacarse la función característica y propia del artículo 871 del C.Com. – “**Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe** y, en consecuencia, **obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural**”<sup>407</sup> (negrillas fuera del texto original)–, la cual no radica en *reinterpretar* el contrato o el acuerdo contractual dentro de las márgenes de la autonomía privada. Muy al contrario: delimita la autonomía contractual, impidiendo que sean desconocidos los efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico<sup>408</sup> (Lasarte, 1990 b, pág. 383).

La función integradora de la buena fe –Art. 871 C.Com.–, permite establecer la coherencia entre lo deseado por las partes, y las prácticas e innovaciones que aparecen en el mundo de los negocios (Cubides Camacho, 2010, pág. 252), de modo que estos pueden beneficiarse de los avances comerciales y jurídicos que existen a nivel planetario, por su puesto, dentro de límites adecuadamente establecidos. Esa función de la buena fe, a la que junto a Solarte Rodríguez podríamos denominar “buena fe integradora” (2004, pág. 301), enriquece el contenido contractual, puesto que a través de ella se da un sentido más amplio –y a su vez, más acorde al contexto en el que se desenvuelven– a los deberes creados por el negocio jurídico, y también crea una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad. Como lo expusiera Del Vecchio (1948a):

*“En general puede afirmarse que en el Derecho el espíritu viene prevaleciendo sobre la letra, y en tal sentido representa, por ejemplo, una notable victoria del espíritu la máxima recogida en nuestro Código Civil según la cual los contratos deben ser ejecutados ‘de buena fe’, y obligan no sólo a cuanto expresamente se ha pactado, sino también a todas las consecuencias derivadas de ellos ‘según la equidad, la costumbre o la ley’”* (pág. 121).

Del artículo 871 del C.Com. salta a la vista lo particular de la concepción de la buena fe en materia contractual: Se trata de una buena fe objetiva, como un canon esperado de conducta, que trae consigo múltiples consecuencias dentro de las que se encuentra la interpretación, la calificación e integración del contrato (Muñoz Laverde, 2010, pág. 216). A aparte de imponer la necesaria corrección entre

---

<sup>407</sup> Como lo señala Muñoz Laverde (2010), el hecho de que el artículo ordene que el contrato deba celebrarse de buena fe, da un paso adelante en el entendimiento del postulado en materia contractual. Las orientaciones de la buena fe deben estar presentes en todo el periodo precontractual (pág. 219).

<sup>408</sup> El artículo refrenda la idea de que para poder determinar el contenido y significado de un contrato, no será precedente detenerse en sus términos, sino que será necesario ir más allá, según sea el caso, con el inequívoco y confeso propósito de no quebrantar la naturaleza del contrato celebrado, buscando, por consiguiente, no desnaturalizarlo, evidentemente cuando ello sea necesario (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 103).

las partes de un acto o negocio jurídico, acá la buena fe contractual cumple una función muy importante en el ordenamiento, pues como la norma legislada no puede contemplar la totalidad de situaciones que pueden ocurrir entre las partes, permite identificar prohibiciones y obligaciones más allá de las previstas en la ley: al colmar las lagunas que pueden manifestarse en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social, la buena fe cierra el sistema legislativo (Solarte Rodríguez, 2004, págs. 288-289) Al respecto, ha manifestado la CSJ que:

*“Los principios generales del derecho, estándares inspiradores e informadores de todo el ordenamiento jurídico, son reglas hermenéuticas del contrato (...). Así la Constitución Política de 1991, previa indicación "De los principios fundamentales" (Título I), al tratar "De la rama judicial", remite a los "principios generales del derecho" dentro de "los criterios auxiliares de la actividad judicial". En especial, la buena fe impone una cláusula general de corrección proyectada en un deber de conducta ética y jurídica de singular connotación en todas las fases de la relación obligatoria, la responsabilidad y el negocio jurídico (artículos 863 y 871 del C. de Co. y 1.603 del C. C.), apreciable en la interpretación en su perspectiva objetiva, esto es, en cuanto regla directiva del comportamiento recto, probo, transparente, honorable "en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.), (cas. civ. abril 19/1999, exp. 4929, febrero 2/2001, exp. 5670 y agosto 2/2001” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (7 de Febrero de 2008) Ref.: Ex. 2001-06915-01 [M.P. William Namén Vargas], 2008).*

Como ya se advirtió, no es presupuesto de la integración la existencia de vacíos o lagunas legales o contractuales; basta con aclarar que en desarrollo de los elementos naturales de un contrato –según el art. 1501 del C.Civ, son aquellos elementos que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial– puede amplificarse su tejido negocial, aún sin que las partes los hayan incorporado expresamente (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 104).

De esta manera, la facultad integradora que se le otorga al decisor jurídico se extiende a cualquier evento en el cual, no obstante lo diáfano que puede ser la cláusula, su aplicación vaya en contravía del equilibrio y de la equidad demandadas (Gaitán Martínez, 2013, pág. 229). En efecto, cuando el intérprete asigna el contenido material, confluyen e interactúan los elementos esenciales, naturales y accidentales del correspondiente contrato, y la fuerza vinculante de aquellos, en especial de los naturales, se desprende del principio de buena fe<sup>409</sup> (Muñoz Laverde, 2010, pág. 216).

---

<sup>409</sup> La integración e interpretación de las normas jurídicas hace referencia al problema general de averiguación del sentido y alcance de los preceptos aplicables, y, asimismo, al problema de adaptación del mandato contenido en las normas aplicables a las circunstancias concretas del caso planteado (Lasarte, 1990 a, pág. 79). Para Zapata de Arbeláez (2012) *“interpretar e integrar implican la posibilidad de adelantar una lectura armónica de instituciones legales recogidas por las legislaciones del mismo, tanto para reconocer sus similitudes, como también sus diferencias”* (pág. 21). Téngase en cuenta además que, el juez debe respetar tres exigencias fundamentales en el Estado social de derecho, esto es, *“(i) garantizar los derechos de las personas por medio de decisiones previsibles con base en el principio de*

En todo caso, la *buena fe*, inscrita en dicho artículo, es un canon hermenéutico incorporado por el legislador para tratar de que, en todo momento, los efectos del contrato se adecúen a las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto<sup>410</sup> (Lasarte, 1990 b, pág. 384). Esta informa, modula y encauza el cumplimiento de las prestaciones en la etapa de ejecución del contrato, tal como en la etapa precontractual lo hace con el proceder de las partes dirigida al perfeccionamiento del contrato, o en la etapa postcontractual con la preservación de la indemnidad de quienes fueron partes (Cubides Camacho, 2010, pág. 250), de allí su medular importancia. Así, en comunión con una de sus fuentes, esto es, la buena fe como principio general del derecho, la integración contractual puede tener un alcance tanto modificatorio, como vehículo para corregir determinadas disfunciones genéticas o funcionales del contrato, como correctivo o corrector, cuando se constata un divorcio con la finalidad trazada o tomada en consideración por una de las partes contratantes (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 120). Su utilidad puede verse a través de múltiples formas, v.gr. se encuentra respuesta gracias a la integración contractual, ante preguntas que pueden fácilmente surgir en cualquier disputa contractual, como:

*“¿hasta qué punto las partes deben colaborar recíprocamente para la consecución de la finalidad del acuerdo? ¿Supone ello dejar de considerar aspectos inherentes a su interés particular, cuando éste riña con el interés conjunto o con la causa negocial? ¿Hasta dónde llega la cooperación intersubjetiva en los contratos? ¿Puede suponer una mayor onerosidad? ¿Quién determina el alcance del deber?”* (Pico Zúñiga & Rojas Quiñones, 2013, págs. 152-155).

Así, deberá enriquecerse o nutrirse el contrato cuando ello sea conducente, con el fin de evitar que se desnaturalice o se torne inútil, o pierda su razón de ser, o se vean afectados los derechos y prerrogativas incorporados en el mismo, o se deteriore, entre otras muchas hipótesis más –no existe un *numerus clausus* para que taxativamente proceda la integración–, la finalidad pretendida por las partes, o se vulnere la confianza legítima suscitada entre ellas,

---

*seguridad jurídica (...); (ii) respetar las decisiones mayoritarias de los órganos políticos, porque debido a su carencia de legitimación democrática no tiene una fuente de poder autónomo(...); y (iii) lograr decisiones materialmente justas, pues la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa...”* (García Jaramillo, 2008, pág. 306). Por ello, debe velarse más que de una igualdad jurídica un poco individualizada, un tanto concreta en sus aplicaciones, de una igualdad jurídica abstracta, pero materializada –como lo quisieran los redactores de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789 y como lo pretende la Constitución de 1991– (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2008, pág. 219).

<sup>410</sup> De esta manera, la regulación establecida por las partes de un contrato puede considerarse “autónoma”, en el entendido que son ellas quienes dictan las reglas que regirán la relación contractual. No obstante, dicha regulación no cuenta con la aptitud para prever todos los eventos plausibles. No se cuenta con la capacidad para contemplar la totalidad de sucesos que pueden darse a lo largo de una relación contractual, ni mucho menos, con las soluciones a toda posible controversia (Pico Zúñiga & Rojas Quiñones, 2013, pág. 158)

*“para lo cual no es de extrañar que se acuda a fuentes extra-volitivas y, por ende, objetivas y enteramente de recibo en la actualidad, con miras a determinar el verdadero alcance y dimensión de los derechos y obligaciones emergentes del acuerdo negocial, propósito para el cual la temática atinente a los deberes secundarios o especiales de conducta, ciertamente adquiere singular relevancia (efectos o secuelas directos de la integración)”* (Jaramillo Jaramillo, 2014, págs. 115-120).

La regulación en lo relativo a la integración del contrato<sup>411</sup> que enseña los Principios de UNIDROIT, evidencia la relevancia de este asunto.

En este orden de ideas, no puede desconocerse determinados efectos, derechos o prerrogativas contractuales con la excusa de no haberse incluido o autorizado expresamente en el entramado contractual. Para arribar a dicha conclusión, deberá trascenderse la letra de lo pactado, para que se efectúe una constatación de mayor espectro a la luz de los principios que gobiernan el ámbito contractual<sup>412</sup> (Jaramillo Jaramillo, 2014, págs. 120-129), en todo lo que corresponda a la naturaleza del contrato en cuestión, tal como lo ordena el Artículo 871 del C.Com.

Todo lo anterior claro está, teniendo en cuenta que la procedencia de la integración está condicionada a la verificación de precisos supuestos<sup>413</sup>, debiendo a su vez, estar en coordinación con las exigencias del orden público y normas imperativas: la integración no puede ser patente de curso para tolerar cualquier interpretación (en sentido lato), ello puede terminar por contaminar o vaciar el contrato, o por estructurar uno diferente al celebrado por las partes. Por ello, es preciso para el decisor jurídico un actuar cauteloso y equilibrado (Jaramillo Jaramillo, 2014, págs. 141-146). Así, los juzgadores jurídicos, a quienes se debe exigir alto grado de *sindéresis*, no pueden olvidar que la atribución de la que se viene hablando no los autoriza, so pretexto de la interpretación (en sentido lato), a

---

<sup>411</sup> “ARTÍCULO 4.8 (Integración del contrato) (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común”.

<sup>412</sup> Especial referencia, respecto de los principios que gobiernan el ámbito contractual, merece la buena fe, cuyos efectos obligan a valorar, en el sistema jurídico colombiano, v.gr. el nivel de satisfacción de las partes o de una de ellas alrededor de la finalidad principal del contrato celebrado. Esa misma buena fe, que durante la etapa precontractual *sirvió de estribo causal para su celebración (lectura útil y eficaz)*, es la que encauza la cooperación brindada, en función de intereses racionales y legítimos, por las partes durante la ejecución del contrato (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 129).

<sup>413</sup> De ordinario, cuando se constaten vacíos, lagunas, quebrantos teleológicos, alteraciones funcionales o distorsiones del ordenamiento dispositivo, entre otros supuestos. De manera que su procedencia *“está condicionada a la floración de estas hipótesis, entre varias, de suerte que no es automática –o caprichosa–, sino sub conditione, o si se prefiere, desde una amplia perspectiva, subsidiaria, pues solo resulta procedente cuando ellas hagan presencia”* (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 179).

distorsionar o desnaturalizar la voluntad de las partes, ni menos para reducir sus efectos legales o adicionar los que no le sean propios<sup>414</sup>.

En este punto, conviene traer a colación lo expuesto por la C. Constitucional, cuando manifestó:

*“Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?*

*No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió "pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él" Y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador” (Corte Constitucional, Sala Plena (1 de Marzo de 1995) Sentencia C-083/95 [M.P. Carlos Gaviria Díaz], 1995) (Subrayas del texto original)*

En tratándose del derecho mercantil, esto es posible a través del uso de instrumentos de derecho uniforme<sup>415</sup>. Precisamente, Perales Viscasillas (2014a) señala que éstos están contruidos sobre la

---

<sup>414</sup> Tal como lo expusiera la CSJ, “*Si la misión del intérprete (...), es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas, y lo que es más importante, no conduzca a su suplantación, toda vez que ello es lo que desventuradamente hacen algunos juzgadores, quienes enarbolando la bandera hermenéutica, terminan invadiendo la órbita negocial, al punto de que en veces, mutatis mutandis, parecen fungir más como contratantes que como intérpretes del contrato, esto es, como invariablemente debe tener lugar, situados en su periferia. Cuán cauteloso entonces debe ser el fallador, para evitar que la intención real de los artífices del negocio respectivo, sea fidedignamente interpretada -y de paso respetada- y de ninguna manera mancillada, o sea, adulterada o falsificada, so capa de buscar, equivocada y forzadamente, la supuesta intención de los que han contratado o de identificar el tipo contractual y de fijar su hipotético alcance, sin percatarse que procediendo de esa cuestionada manera la conculcan y, por consiguiente, a modo de irresoluta secuela, distorsionan el acuerdo negocial, ora porque recortan su extensión, ora porque la aumentan o, incluso, porque lo truequen. De ahí que so pretexto de auscultar la voluntad de los contratantes, no puede el intérprete desfigurar el texto del contrato, máxime si éste, justamente, la recoge con fidelidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (14 de Agosto de 2000) Ref.: Exp. No. 5577 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo], 2000)*

<sup>415</sup> En palabras de Bermúdez Abreu (2006) “*son múltiples los factores políticos, culturales, entre otros, que cumplen un rol importante en la lucha por la armonización y unificación del Derecho, donde la búsqueda de una fórmula normativa armónica con la propuesta por otros sistemas jurídicos suelen mezclarse, casi inevitablemente, con la búsqueda de la mejor norma o regla para enfrentar problemas similares. Por lo tanto, se trata de comprender cómo funciona una institución jurídica, para entender si la solución práctica que propone el sistema extranjero al mismo problema es más conveniente que el sistema jurídico propio, y si es posible de ser adoptada en un entorno cultural, económico, social y político diferente” (pág. 134).*

idea de facilitar el intercambio comercial, y se encuentran influenciados por el continuo desarrollo de la práctica comercial y la aplicación e interpretación conforme a principios de uniformidad, internacionalidad y buena fe; al respecto, la autora afirma que:

*“se evidencia un sistema propio y específico, que ciertamente revela en algunos aspectos un compromiso entre diferentes reglas jurídicas, pero que está construido sobre la idea de facilitar el intercambio comercial, bajo la influencia del desarrollo de la práctica comercial y a la sombra de una permanente aplicación e interpretación propia conforme a los principios de uniformidad, internacionalidad y buena fe. No se trataba simplemente de elegir una regla –la más votada– de entre las diferentes reglas que la diversidad de sistemas jurídicos enfrentados ofrece, sino de llegar a un acuerdo alcanzado mediante un auténtico espíritu de compromiso que se traduce en la creación de un derecho uniforme, sustantivo y material aplicable a los contratos comerciales mercantiles”* (págs. 10-11).

El crecimiento económico, que ha obligado a las transacciones comerciales a traspasar las fronteras de los Estados, ha hecho que exista *de facto*, un mercado supranacional, por lo que algunos autores son del parecer que a dicho mercado supranacional, debería responderse con un derecho supranacional (Tobar Torres, 2012). Justamente, ha sido al interior del derecho comercial internacional donde han sido concebidos los Instrumentos fruto del proceso armonizador, esfuerzo que responde a la pretensión de dotar de certeza y seguridad jurídica a las relaciones contractuales comerciales de carácter internacional, a la vez que algunas de sus fórmulas de creación permite su constante actualización; constituyéndose así en un modelo de regulación continuamente “puesto al día” y altamente eficiente.

Así, como se ha puesto de presente, ante los inconvenientes que reporta el uso del sistema conflictual (*Cfr. Supra 1.2.1*), se ha venido promoviendo, desde mediados del siglo pasado, respuestas al comercio internacional que giran en torno a la idea de un derecho unificado, que en lo sustantivo ofrezca soluciones claras a los actores del tráfico mercantil: como se ha puesto de presente atrás, varias entidades de carácter intergubernamental, CNUDMI y el UNIDROIT, han venido trabajando desde tiempo atrás, por la armonización y unificación del derecho privado y comercial internacional, con la finalidad de menguar las diferencias entre las distintas normatividades aplicables al fondo de los contratos internacionales, buscando así reducir la incertidumbre en torno a la determinación del derecho aplicable a tales relaciones de carácter internacional y simplificando en últimas, la realización de los negocios transfronterizos (Oviedo Albán, 2013, Abril/Junio, págs. 49-69).

Éstas no sólo han utilizado la preparación de tratados internacionales para la unificación y armonización, sino también lo han hecho mediante leyes y disposiciones modelo, guías legislativas, recopilaciones de reglas y principios, cláusulas y contratos modelo,

*“de forma que gran parte de los instrumentos de armonización componen el que en la doctrina ha sido denominado como soft law, cuyo valor normativo no depende de la voluntad legislativa de los Estados, sino de la voluntad de las partes de incorporarlos a los contratos, la decisión de los árbitros y jueces de fallar conforme a ellos al reconocerlos como manifestación de la lex mercatoria o en definitiva, por su propia fuerza persuasiva, tal como ha sucedido con los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales; las reglas y usos uniformes sobre crédito documentario; los términos INCOTERMS, etc.”* (Oviedo Albán, 2013, Abril/Junio, págs. 49-50).

Si bien en principio, los instrumentos fruto del proceso armonizador han sido concebidos para ser utilizados en las transacciones comerciales de ámbito internacional, así como en la resolución de disputas de la misma índole, a éstos se les ha reconocido como herramientas útiles para que se interpreten e integren los instrumentos internacionales y preceptos legales de carácter nacional, logrando no sólo complementar a éstos últimos; sino además, adecuarlos y reinterpretarlos de cara a los aprietos que enfrentan los Juzgadores nacionales, cuando en litigios contractuales comerciales se ven abocados a múltiples dificultades, en razón a la constante evolución del tráfico mercantil, inserto en una economía globalizada y de mercado, y a la lenta mutabilidad y presunta (puesto que dependerá de los hechos concretos de cada caso) insuficiencia de la legislación comercial estatal, de cara a la solución de disputas contractuales surgidas del tráfico mercantil actual. Los instrumentos fruto del proceso integracionista o armonizador, además de ser valiosas herramientas para que los agentes del tráfico mercantil internacional regulen sus asuntos, tienen la capacidad de convertirse, a nivel local, en instrumentos muy útiles y preciados en la calificación, y sobre todo, en la integración de los contratos mercantiles en Colombia, siendo capaz el derecho colombiano de responder a los desafíos que plantea en materia mercantil contractual la globalización<sup>416</sup>. También pueden ser usados como argumentos de autoridad, como ejemplos comparativos, como referentes de la regulación a nivel global, etcétera.

---

<sup>416</sup> En efecto, la integración del contrato resulta neurálgica especialmente en los tiempos actuales, donde *con alguna frecuencia, es menester acudir a elementos extra-volitivos para poder recrear y dotar de utilidad y sentido lo deseado por los celebrantes de un contrato, en un todo de acuerdo con áureos postulados y fuentes, como la buena fe (...), a fin de poder salvaguardar acrisolados valores, principios o institutos, v.gr: la confianza legítima, las lícitas expectativas inter-partes, la finalidad racionalmente perseguida por los contratantes, el aseguramiento de los deberes especiales de conducta, la cooperación y la solidaridad contractuales, entre otros más...* (Jaramillo Jaramillo, 2014, pág. 42).



En los foros internacionales, ha causado sorpresa ver cómo la *nueva lex mercatoria*<sup>417</sup>, y especialmente los Principios de UNIDROIT, han sido reconocidos como fundamento de múltiples fallos proferidos por cortes nacionales. Tal como lo expone León Robayo (2014), estas los han asumido e interpretado para aprobar no solamente lo decidido en laudos arbitrales extranjeros que las han aplicado, sino que también les han servido como punto de partida para fallar asuntos sometidos a su consideración (págs. 47-48), como referencia o argumento de autoridad.

Para el caso colombiano, existen decisiones de la CSJ en donde se hace referencia a instrumentos de derecho uniforme; verbigracia, utilizando éstos como apoyo conceptual en torno a consideraciones sobre la constante mutación evolutiva del comercio; sustentando así, la interpretación judicial respecto de una situación fáctica reconocida jurisprudencialmente. Respecto a dicho uso, en la sentencia del primero de Julio de 2008<sup>418</sup> la Corte enumeró los diferentes aspectos que regulan el comercio y que, en tal medida, han tendido a modificar el derecho comercial de finales de siglo XX y principios del XXI, a pesar de referirse, mas no profundizar, en el contenido de la *lex mercatoria* o en la referencia a instrumentos del Derecho Uniforme. En la referida sentencia la Corte advierte que:

*“... la constante mutación evolutiva del comercio es un axioma y el auge de la empresa, industria, banca, tecnología, comunicaciones, información, trasmisión, intercambio, negociación (e-bussiness, e-commerce), la ‘deslegislación’ ‘jurificación’, ‘descodificación’, la expedición de regímenes sectoriales, específicos, normas de ocasión o expansión impulsiva legislativa, el rol del régimen político y económico que a más de alimentar la dirección de la economía a escala mundial con la liberación del mercado, propugna la extensión y propagación del humanismo típico (el fenómeno de moda, la ‘mística del mercado’), el derecho del consumo y la protección del consumidor, la responsabilidad del productor, el ejercicio de posición dominante, el control de las desigualdades e inequidades, la internacionalización del derecho mercantil, la ‘lex mercatoria’, los principios para los contratos del comercio internacional, los contratos del comercio electrónico, los contratos del derecho contractual europeo y las soluciones del common law, comportan la relatividad conceptual y*

---

<sup>417</sup> Rodríguez Fernández (2009) pone de manifiesto que parte importante de la literatura pone como ejemplo o modelo del “nuevo tipo de derecho” que trae consigo la globalización, la nueva *lex mercatoria*, a la que califica como una suerte de regulación de los actos de comercio internacionales que, se pretende, surge más allá de los Estados y se impone sin recurrir a su coacción. Para el autor, “*en el proceso actual de la globalización uno de los ingredientes jurídicos más característicos es precisamente un derecho del comercio internacional cuyos rasgos generales son aproximadamente los mismos de ésta [la *lex mercatoria* de la edad media]: presunta espontaneidad, desarrollo convencional, independencia y superación de las fronteras estatales y establecimiento de una suerte de agencia de solución de conflictos mediante el arbitraje*” (pág. 99).

<sup>418</sup> En su demanda, la actora solicitó declarar la nulidad absoluta de un contrato de hipoteca abierta de primer grado celebrado entre los demandados, dada la constitución de esta por su cónyuge (el señor Rafael Navarro) sin el consentimiento de la señora Matarija (la accionante). Ello en razón de que al momento del otorgamiento de la escritura pública, el notario omitió la indagación de la que trata el artículo 6° de la ley 258 de 1996 respecto de la existencia de matrimonio y la sociedad conyugal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Julio de 2008) Ref.: Exp. 2001-00803-01 [M.P. William Namén Vargas], 2008).

*la adaptación de la mercantilidad y del contrato a la dinámica del tráfico jurídico, las más de las veces con pretensiones de especificidad, autonomía y singularidad”.*

Del mismo modo, en la referida sentencia la Corte reconoce la tendencia que a escala global se vive respecto a la armonización del Derecho de los Negocios, resaltando dentro de dicho fenómeno a la CNUCCIM, los Principios UNIDROIT y la *lex mercatoria*. Al respecto, manifestó que:

*“La tendencia unificadora universal actual es más precisa, según evidencian el ‘Contract Code de McGregor, Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission, Londres, 1994; el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Common European Code of Private Law, 30 de octubre de 1995 y 24 de marzo de 1997); The Principles of European Contract Law (julio de 1998); los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (Roma, 1994) la ‘Lex Mercatoria’, Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, (UNCITRAL, 11 de abril de 1980)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Julio de 2008) Ref.: Exp. 2001-00803-01 [M.P. William Namén Vargas], 2008)*

La Corte además, ha recurrido al uso de la *nueva lex mercatoria* y a los instrumentos fruto del proceso de armonización como argumento de autoridad. Un ejemplo de ello, ocurrió respecto de la facultad no absoluta para la limitación a la responsabilidad negocial. Expresó la CSJ en sentencia del primero (1º) de agosto de 2011<sup>419</sup> :

*“(…) Otra razón deriva de la lex mercatoria y el derecho comparado, reflejo tendencial de la materia en el tráfico jurídico. Los ordenamientos foráneos y tratados internacionales revelan un interés cada vez mayor en que las cláusulas limitativas de responsabilidad garanticen una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías, y en evitar abusos. Con no poca frecuencia las distintas legislaciones regulan la libertad de las partes para limitar su responsabilidad, con argumentos de distinto tipo. (...) En fin, en muchas ocasiones las cortes han restringido la posibilidad de celebrar estos pactos, en aplicación de principios generales del derecho, como la buena fe, o la prohibición del abuso del derecho o de la posición dominante”.*

En la misma sentencia, la Corte reconoció que los Principios de UNIDROIT 2010 hacen parte de lo que ella entiende por *Lex Mercatoria*, cuando pone este tipo de regulación del derecho comercial internacional como ejemplo de ésta última, al afirmar que:

*“Regulaciones recientes del derecho comercial internacional y nuevas tendencias de la lex mercatoria afirman el interés generalizado por reglamentar las condiciones en que las partes pueden acordar el régimen de responsabilidad contractual. Por ejemplo, el artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT, 2010, según el cual, la parte no podrá invocar la cláusula de limitación o exoneración, en caso de incumplimiento de una obligación, o si permite una prestación sustancialmente diferente de aquella que razonablemente debe atender la otra parte, o su ejecución resulta manifiestamente inequitativa” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Agosto de 2011) Ref.:exp. 11001-3103-026-2000-04366-01 [M.P. William Namén Vargas], 2011)*

---

<sup>419</sup> Se trató de un caso en donde una aseguradora que se subrogó en los derechos de su asegurado respecto de una reclamación por la pérdida de una mercancía que fuera objeto de un contrato de transporte marítimo efectuó el cobro (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Agosto de 2011) Ref.:exp. 11001-3103-026-2000-04366-01 [M.P. William Namén Vargas], 2011).

Ahora, si bien en Colombia el desarrollo jurisprudencial sobre ésta materia ha sido algo tímido, se destaca que la Sala Civil del máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria Colombiana ha tenido la oportunidad de aplicar los postulados contenidos en instrumentos de derecho uniforme en varias ocasiones; lo que se constituye, desde su pronunciamiento, en señales que incentivan no sólo la inversión y el comercio en nuestro medio, sino que muestra además, el compromiso de la CSJ por ofrecer soluciones jurídicas acordes al contexto mercantil actual. Como se ha mencionado atrás (*Cfr. Supra. 1.1.2.2.1*), la idoneidad atribuida a algunos de esos instrumentos ha sido tal, que la C. Constitucional Colombiana, se refirió a la CNUCCIM y a los Principios de UNIDROIT como *referentes normativos del ordenamiento jurídico internacional*, al indicar que:

*“(…) en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit, acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios”* (Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva], 2010).

Las decisiones judiciales no sólo son importantes por las consecuencias directas que de ellas se desprenden, sino que además, irradian sus efectos sobre el comportamiento *ex ante* que realizan los actores económicos, por ello se dice que *“las decisiones judiciales constantemente envían señales e información del estado del sistema jurídico al mercado”*. De esa manera, la información contenida en las sentencias es importante para el mercado en razón al valor que éstas tienen para sopesar las diferentes decisiones y acciones racionalizadas en clave económica. En otras palabras,

*“la credibilidad de los agentes en el sistema judicial oscila ostensiblemente entre la confianza o la desconfianza, tomando como criterio de medida el grado de discrecionalidad y autonomía de los jueces, así como el carácter uniforme y coherente de las diferentes decisiones judiciales (Lista, 2009: 747)”* (González Jaramillo & Macías González, 2014, pág. 139).

Pues bien, aunque sutilmente expresado, es en la sentencia de la CSJ del 21 de febrero de 2012, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, donde se encuentra la referencia más explícita respecto de la aplicación de instrumentos fruto del proceso de armonización por Juzgadores Nacionales<sup>420</sup>. En palabras de Oviedo Albán *“... la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del*

---

<sup>420</sup> En dicha sentencia la Corte hace un análisis de la “teoría de la imprevisión”, a la que da el alcance de principio general del Derecho; destacando que dicha teoría es inaplicable a las situaciones creadas con la caída del sistema UPAC, por no existir la totalidad de elementos que estructuran la aplicabilidad de dicha institución (Corte Suprema de Justicia,

21 de febrero del 2012, (...) constituye el más importante aporte que hasta la fecha ha hecho nuestra jurisprudencia sobre esta materia” (Zapata de Arbeláez, 2012, pág. 21).

Acerca de ese fallo, para León Robayo (2015) el mismo abre la puerta para que las partes de un contrato celebrado en Colombia, aún sin necesidad de contar con ningún tipo de elemento internacional, lo sometan a la ley que ellas precisen, dentro de la cual se encuentra el Derecho uniforme y, en él, disposiciones como los Principios de UNIDROIT. Ello, claro está, salvaguardando el orden público jurídico y, en general, todas las normas imperativas aplicables en el ordenamiento.

Así mismo, anota el autor que,

*“... el fallo tiene una dimensión hasta hace tiempo completamente insospechada. La posibilidad de aplicar instrumentos de soft law hace que Colombia se integre jurídicamente con la *societas mercatorum* global, con lo cual los operadores del mercado en todas sus perspectivas podrán acercarse cada vez más a la anhelada seguridad jurídica, según lo señala Rodríguez Fernández. Esta, a juicio del doctrinante ‘se obtiene a través de la incorporación y aplicación de estos valiosos instrumentos. Su aplicación nos permitirá cerrar la brecha de desigualdad que se origina en contexto de la globalización por la ya creciente tendencia a la utilización de figuras, conceptos e instrumentos propios de otros sistemas jurídicos (del common law, por ejemplo)’... (...) ... esta jurisprudencia se convierte en un punto de partida para la modernización de la regulación de los contratos en Colombia, fundamentada principalmente en los principios del derecho romano y el Código Civil Francés, pero que en ciertos aspectos va en contravía de la realidad actual del comercio, caracterizada por la globalización y armonización de los sistemas legales actuales, y con lo cual se facilita el intercambio entre sujetos ubicados en todas partes del mundo...”* (pág. 277).

La Corte, en la aludida sentencia, hace una alusión a la “*lex mercatoria*”<sup>421</sup>, y a un –presunto– interés de los Estados por la armonía y uniformidad del derecho en atención a la globalización de la economía y del mercado<sup>422</sup>. Seguidamente, dicha Corporación pasa a hablar de tres de los

---

Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas], 2012).

<sup>421</sup> En las consideraciones, la Corte hizo mención especial a la *Lex Mercatoria* como fenómeno enmarcado en la economía de mercado, –de la que a su vez, afirmó que tiene por característica el desenvolverse más allá de los esquemas normativos tradicionales y encontrarse en proceso mundial de armonización unificación o uniformidad de las reglas aplicables–, cuando en la sentencia expresó: “(...) en el contexto actual de la *lex mercatoria* inserta en la economía de mercado caracterizada por la producción, distribución, circulación y el consumo masivo, la globalización, expansión e integración mundial, avances del desarrollo científico, técnico y tecnológico, aprovechamiento de la cibernética, electrónica, informática, telecomunicación digital o satelital, la competencia y negociación a gran escala, expedita, sin barreras geográficas ni temporales, más allá de los esquemas normativos tradicionales, en progresiva propensión mundial a la armonía, unificación o uniformidad de las reglas aplicables”.

<sup>422</sup> Al afirmar: “La *lex mercatoria*, útil para apreciar la orientación moderna, refleja los usos, prácticas o costumbres, los principios generales del derecho, la experiencia del foro en las relaciones jurídicas contractuales u obligatorias internacionales, y el interés de los Estados en la armonía y uniformidad del derecho en atención a la globalización de la economía y el mercado, a través de organismos internacionales, públicos o privados, como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)”.

instrumentos de derecho uniforme más significativos, esto es la CNUCCIM, los Principios de UNIDROIT y los PECL, recurriendo en primera instancia al único instrumento de Derecho Uniforme que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano –la CNUCCIM fue incorporada al derecho interno por la ley 518 de 1999 (Cfr. *Supra*. 3.1)– para servir en la interpretación que en la sentencia realiza, cuando en la misma manifestó que:

*“La Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG), incorporada al derecho interno por Ley 518 de 1999 (D.O. 43.656, agosto 5 de 1999, exequible según sentencia C-529 de 2001, promulgada por Decreto 2826 de 2001), si bien carece de previsión, en el artículo 79 prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación, probando "que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias", y en cualquier caso, la lex mercatoria propugna por las cláusulas (hardship) o la revisión del contrato”*

Inmediatamente después, la Corte pasa a hablar de los Principios de UNIDROIT. Sobre los mismos, la Corte asumió que éstos:

- i) Simbolizan el significativo esfuerzo de las Naciones por armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas. Afirmación que genera ambigüedades por su relatividad, pero resulta práctica y beneficiosa por sus consecuencias; si bien, desconoce el rol principal que jugaron en su elaboración los agentes privados del Comercio Internacional, y juegan en su constante revisión, haciendo propia de las Naciones la preocupación, escasa en nuestro entorno, que en realidad atañe más a quienes se ven involucrados de forma directa en dicho tipo de transacciones i.e. los comerciantes, justifica su utilización y deja sin peso algunas posiciones que se oponen a su uso con argumentos propios de discusiones bizantinas, atinentes a su no reconocimiento en razón a ser normas que responden a los intereses de los comerciantes, siendo éstas elaboradas por y para éstos. Olvidan dichos críticos, que el Estado las reconoce y otorga validez a través de diversos tipos de manifestaciones, siendo uno de los más preponderantes éste tipo de fallos.
- ii) Demuestran el fenómeno que en el mundo de las relaciones jurídicas contractuales contemporáneas se está dando: *“Aproximación a un uniforme entendimiento”*.

iii)Hacen que se supere las incertidumbres en torno al contrato, y las incertidumbres en torno a los “*conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencias ambigüedades u oscuridades*”, en palabras de la Corte, de las normas locales<sup>423</sup>.

Luego, haciendo que se pueda superar la discusión doctrinal entorno al alcance del artículo 869 del C.Com<sup>424</sup> (Zapata De Arbeláez, 2012), la Corte entró a aclarar que las partes de un contrato internacional pueden someterlo a las leyes que ellas acuerden, dejando a salvo, claro está, las leyes imperativas, al indicar:

*“Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas], 2012)

Desde vieja data, se ha reconocido que las normas se dictan a la vista de los comportamientos más frecuentes y ordinarios; por ello, se hace necesario que el ordenamiento jurídico, deba servirse de herramientas que cuando en la práctica, como sucede a menudo, se dan notas atípicas, cumplan con la tarea de adaptar el tenor de las normas a la realidad imperante (Lasarte, 1990a, pág. 80). Por ello, si bien el texto anteriormente analizado hace parte solamente de un *obiter dicta* de la Corte, no deja de ser necesario resaltar que a vistas de ésta, un juez debe remitirse a las reglas que dispusieron las partes de un contrato mercantil internacional, y dentro de su hermenéutica de la ley o del contrato, remitirse a ellas para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos

---

<sup>423</sup> “*Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -Principles of International Commercial Contracts (PICC)- de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la “excesiva onerosidad” (hardship) y la adaptación. Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto”.*

<sup>424</sup> No sobra hacer referencia al carácter eminentemente dispositivo que tiene la legislación mercantil, bastándonos en este punto afirmar que el art. 869 no hace parte de las pocas excepciones de normas imperativas contenidas en el C.Com. La legislación mercantil excepcionalmente incluye normas imperativas, pues connatural a su esencia es el carácter supletivo/dispositivo de la casi totalidad del ordenamiento mercantil. “...*El carácter dispositivo de gran parte del ordenamiento legal permite concluir que la costumbre y las estipulaciones contractuales son consecuencia de la libertad económica y de la iniciativa privada, garantizadas constitucionalmente, y su exigibilidad judicial se torna imperativa en virtud del interés social de un intercambio económico transparente y fluido y de la racionalización de la economía (CP arts. 333 y 334)”* (Corte Constitucional, Sala Plena (28 de Octubre de 1993) Sentencia C-486/93 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz], 1993).

En este punto, vale la pena volver a hacer la misma reflexión antes referida sobre el art. 64 de la Ley 1563 de 2012; de donde surge la misma conclusión: nada prohíbe ni impide a los árbitros, en arbitrajes nacionales, y del mismo modo, a los jueces, independientemente de la nacionalidad o internacionalidad del asunto, tener en cuenta lo expresado por la CSJ en la sentencia estudiada. Lo anterior, por cuanto la averiguación del sentido de las palabras que integran una norma con la finalidad de aplicarla al caso planteado, esto es, la tarea de interpretación, debe procurar la averiguación del sentido de la proposición en que consiste la norma en función del resultado ordenador de la vida social que persigue<sup>425</sup>. No basta con saber el porqué y el para qué se dictó una determinada norma, sino si las nuevas circunstancias reinantes consciente o no, que permanezca invariado el sentido original de la misma (Lasarte, 1990a, págs. 85-87).

En este orden de ideas, con lo visto en precedencia puede afirmarse que nada impide a un juez, que conozca de una disputa de índole mercantil contractual, remitirse a instrumentos fruto del proceso de armonización jurídica para que dentro de su hermenéutica, use éstos para calificar e integrar el contrato, así como para interpretar e integrar los preceptos legales internos; máxime, teniendo en consideración que a partir de las fuentes del derecho comercial, nada imposibilita a un juez hacerlo. El uso reconocido y sugerido por la Corte, como órgano de cierre de la jurisdicción civil, respecto de los Principios de UNIDROIT, no es nuevo ni es propio de nuestro país, como en efecto Oviedo Albán lo reconoce al afirmar que

*“... a pesar de no ser un tratado y regir si las partes los pactan como ley del contrato, han sido aplicados por tribunales extranjeros, ya sea por reflejar la lex mercatoria o por su propia fuerza persuasiva. Además, han sido tenidos en cuenta para interpretar instrumentos internacionales o la ley nacional”* (Zapata De Arbeláez, 2012, pág. 21).

Justamente, en Colombia dichas funciones fueron reconocidas por primera vez en la Sentencia que se viene comentando, que aunque no resolvió una disputa de índole internacional, utilizó en sus consideraciones, a pesar de no incidir directamente en la decisión, un instrumento de derecho comercial internacional, autorizando explícitamente su uso a efectos de interpretar e integrar instrumentos del proceso armonizador y normas locales. Acá, no cabe sino recordar lo señalado por Zapata de Arbeláez (2012) cuando menciona que,

---

<sup>425</sup> La referencia a la “finalidad” de la norma, dice Lasarte (1990a), “claramente impone la necesidad de efectuar una interpretación teleológica, esto es, que atienda tanto a los fines generales que persigue la norma como a los fines concretos que se consiguen mediante su aplicación al caso planteado. Por ello, cuando una interpretación determinada de una norma se consigna un resultado contradictorio con el que la norma pretende con carácter general, tal interpretación debe ser rechazada” (pág. 87).

*“la integración e interpretación convienen también para una recta interpretación de la institución de que se trate, para explorar su pasado y la forma en que se proyecta a futuro. Interpretar e integrar los ordenamientos interno y el internacional resulta, al fin y al cabo, en un ejercicio de derecho comparado sin el cual es imposible el reconocimiento de los principios generales del derecho...”* (pág. 21).

Claramente, la sentencia representa, en el ámbito de la interpretación e integración de instrumentos internacionales con preceptos legales internos, un impulso para el avance de la aplicación de instrumentos de *soft law* en el ordenamiento jurídico colombiano. En la decisión, la CSJ reconoce la posibilidad para que los juzgadores colombianos apliquen instrumentos del proceso armonizador del Comercio internacional, más precisamente haciendo referencia a un instrumento de “*soft law*”, esto es, los Principios de UNIDROIT. Este reconocimiento abre la posibilidad a que jurisprudencialmente se vire hacia la integración jurídica de nuestro ordenamiento mercantil y su actualización, atendiendo tanto a los fines generales que persigue la norma como a los fines concretos que se consigan mediante su aplicación al caso planteado.

En efecto, el reconocimiento de la autorregulación normativa no estatal expresada a través de documentos generados conscientemente por agentes privados, expresión de la privatización de la armonización jurídica (*Cfr. Supra. 1.1.2.1*), para la reglamentación de las relaciones contractuales mercantiles, de naturaleza *Soft*, y su carácter regulatorio, abre la puerta a la aplicabilidad general de normas desarrolladas fuera de la institucionalidad estatal, cuando las mismas resulten de utilidad en la solución concreta de casos específicos, pudiendo así los instrumentos de derecho uniforme – algunos de ellos creados a modos de *restatements*, que logran capturar y recoger costumbres asentadas internacional e internamente, gracias al fenómeno de la globalización de los negocios–, encontrar recibo en distintos sistemas jurídicos como herramienta para la interpretación y/o complementación de la legislación interna en el contexto de controversias contractuales mercantiles (Fernández Rozas, 2013b, pág. 21).

La importancia de los principios generales del derecho, y la concordancia de su existencia en los ordenamientos internos con el internacional, potencian el proceso que actualmente se está dando.

En efecto, es que:

*“nada resultaría en verdad más árido y estéril que el estudio de las normas particulares vigentes en este o aquel lugar, si de esta base empírica no fuera posible remontarse a los principios de donde tales normas proceden”* (Del Vecchio, 1948b, pág. 140).



## CONCLUSIONES

*“No debe olvidarse que el derecho es una creación histórica, por lo que la aplicación y la interpretación de las normas jurídicas vigentes en un determinado momento deben responder a las circunstancias sociales, políticas y económicas dentro de las cuales se desarrolla el fenómeno jurídico”* (Barrientos Restrepo & Uribe Posada, 2005, pág. 87).

En este escrito se ha analizado el estado actual del proceso de armonización jurídica del comercio internacional, y su aptitud para servir en la práctica mercantil en Colombia; en un esfuerzo por responder, con cierto grado de proposición, a los desafíos traídos a dicho medio por el comercio contemporáneo y la globalización. No obstante, las consideraciones expuestas acá, también podrían ser tenidas en cuenta para otros medios estatales. Este examen, por tanto, no es una propuesta de lo que el derecho comercial debe llegar a ser según el autor; más bien, es la descripción de importantes transformaciones, aún en consumación, que se están dando al interior de los derechos estatales, tal como pasa en el caso colombiano, y del derecho comercial global, con la innegable influencia del impacto de la globalización económica.

Ahora bien, cabe recordar que el objetivo general de éste documento, fue el de estudiar el panorama actual del proceso de armonización jurídica del comercio internacional, y determinar la posibilidad de emplear instrumentos fruto de dicho proceso a escala estatal, a fin de contrarrestar la parsimonia que se percibe en algunas de las legislaciones comerciales locales respecto de la contratación mercantil contemporánea. Para ello, se propuso evidenciar algunos de los fenómenos más relevantes generados por la integración, interdependencia e interacción que produce la globalización, especialmente aquellos relacionados a la transformación del comercio y del derecho mercantil; igualmente, se procuró mostrar la subsecuente insuficiencia de las legislaciones locales para atender los fenómenos contractuales de la contemporaneidad; y asimismo, se pretendió poner en evidencia la aptitud del derecho uniforme para la regulación de aquellas figuras contractuales que han evolucionado en el contexto impuesto por el proceso globalizador.

En ese orden de ideas, se consideró como hipótesis de la investigación que, por regla general, en sistemas jurídicos estatales como el colombiano, se pueden emplear instrumentos resultantes del proceso de armonización jurídica del comercio internacional en la labor legislativa y en la práctica contractual, así como en la solución de controversias contractuales mercantiles internacionales, en el último caso, siempre que no se contravengan normas de orden público del Ordenamiento jurídico

internacional, ni las disposiciones contractuales que las partes hayan voluntariamente acordado. Asimismo, se aunó a esa hipótesis, la sugerencia para el empleo de instrumentos del derecho del comercio internacional, en la construcción y/o interpretación de las soluciones ofrecidas por el derecho estatal a las controversias contractuales mercantiles nacionales, ello con el fin de garantizar que se guarde correspondencia con la realidad y el contexto que rodea la ejecución de los contratos mercantiles que en dicho ámbito se conocen.

Puestas así las cosas, cabe decir que el proceso de armonización, así como el empleo de los instrumentos por medio de los cuales éste se expresa, no es un tema pacífico; genera discusiones e incertidumbres que están lejos de alcanzar algún grado óptimo de consenso. No obstante, se ha tratado de presentar siempre una problemática y no resultados definitivos, ello considerando al derecho como un continuo y permanente escenario de discusión social, encaminado a la obtención de eficiencia y justicia para la comunidad en la que éste se desenvuelve.

De esa manera, es provechoso destacar algunas de las principales ideas expuestas a lo largo de éstas páginas, cuya retención es conveniente a fin de suministrar puntos clave, que enriquezcan el debate sobre herramientas que le permitan, a los ordenamientos jurídicos estatales, dotarse de mayor efectividad y capacidad de acoplamiento a las circunstancias del tráfico mercantil, actual y venidero:

> En el capítulo primero, se evidenció cómo el continuo proceso de evolución del derecho mercantil, se ha visto contemporáneamente irrumpido por la globalización económica. En ese contexto, se puso de presente que el derecho ha tenido que adaptarse a las nuevas realidades que los replanteamientos de paradigmas traídos por la globalización generan; principalmente, en razón a la pérdida de fronteras de los negocios. Al mismo tiempo, al afectar la totalidad de las naciones, la globalización ha implicado una necesaria adecuación de los diferentes sistemas jurídicos, especialmente en el campo del derecho comercial, para el acondicionamiento de éste último, pero también, para la facilitación del desarrollo de las prácticas económicas. Lo anterior, naturalmente, ha roto los tradicionales esquemas formales de los sistemas jurídicos estatales; y a su vez, ha provocado la flexibilización de los instrumentos jurídicos para hacer posible la realización de tales prácticas.

Consecuencialmente, ello ha generado que el proceso de armonización jurídica se haya visto favorecido por factores muy diversos, tales como las necesidades normativas específicas de las disputas surgidas del comercio internacional; la existencia de leyes divergentes entre los Estados; la dificultad en la determinación de la ley aplicable a la relación contractual internacional, en caso de conflicto; las deficiencias de las reglas de conflicto estatales; la búsqueda por la reducción de costos de transacción para la contratación internacional; así como la consolidación de cierta tendencia de organizaciones intergubernamentales a generar soluciones transnacionales a problemas del comercio internacional, etcétera.

> Sobre la globalización, se dijo que ésta provoca en el derecho un doble efecto: conduce a la superación de la estatalidad de éste, ocasionando una ultranacionalidad del derecho estatal, es decir, su aplicación fuera de los confines nacionales del Estado que lo ha elaborado, pero a la vez, actúa por encima del principio de nacionalidad, puesto que se genera la formación de un derecho no estatal, destinado a reglar las relaciones económicas paraestatales.

Subsecuentemente, y teniendo en consideración que el derecho comercial, desde sus orígenes y a lo largo de su historia, ha evolucionado y logrado ofrecer respuestas ante los incesantes cambios del tráfico económico, adaptándose ante las transformaciones traídas con cada ciclo histórico, con el propósito de servir eficientemente de cara a los retos planteados, para y por los agentes del tráfico mercantil; ante la cuestión de cómo contemporizar, adecuar y/o contextualizar para nuestra época las normas mercantiles estatales, garantizando seguridad jurídica y apuntando a la materialización de justicia en el ámbito contractual, se arguyó que ciertos instrumentos que concretizan métodos de armonización se ofrecen a los sistemas jurídicos estatales como provechosas herramientas para tales fines, visibilizándose así la complementariedad que ofrece el proceso de armonización a los derechos estatales.

> Sobre la teoría de la nueva *lex mercatoria*, se reconoció que su evolución, así como la del proceso de armonización, continúa gestándose constantemente con el tiempo, y mantienen fronteras que, a pesar de sus múltiples porosidades, permite distinguir dichas categorías de conocimiento. Del mismo modo, se demostró que aunque la teoría de la *nueva lex mercatoria* no ha generado, a pesar de ser una de las propensiones más influyentes de la escena jurídica mundial, el consenso necesario entorno a lo que abarca su idea; un gran sector de la doctrina viene afianzándose sobre instrumentos

fruto del proceso armonizador como concreción, consolidación o expresión de aquella (*Cfr. Supra. 1.1.1*); sin duda, el multifacético proceso de armonización, así como el empleo de sus resultados por múltiples agentes comerciales, nutre el debate en torno a la nueva *lex mercatoria*, así como sobre sus condiciones de aplicación, delimitación de fuentes, contenido, oportunidades de aplicación, etcétera.

Lo precedente, se ve impulsado por la marcada tendencia de las técnicas del *soft law* en el actual panorama del proceso de armonización (*Cfr. Supra. 1.1.2*), y por la creciente elaboración de normas creadas fuera de la institucionalidad estatal; lo que explica que se hable de la ‘privatización’ de dicho proceso (*Cfr. Supra. 1.1.2.1*), así como de la homologación que del *soft law* se hace a escala estatal cuando éste es empleado en distintos ámbitos por disímiles agentes (*Cfr. Supra. 1.1.2.2.1, 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3*). Todo ello, muestra al respecto el diálogo de fuentes jurídicas que opera en la actualidad, y pone en evidencia la marcada complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales ofrece el proceso de armonización (*Cfr. 2*).

> Del mismo modo, en el capítulo primero se sostuvo que, hoy por hoy, los miembros de la comunidad del comercio internacional juegan un rol muy activo en la generación de soluciones, pudiendo acordar nuevas fórmulas, cubriendo lagunas en las cuales la legislación es insuficiente, ineficaz o carece de consenso, o satisfaciendo nuevos intereses de la comunidad, que de otro modo se tornaría complejo de materializar; al mismo tiempo de ir enriqueciendo aún más el *soft law*, dotándolo de nuevas características para dar respuesta a nuevos problemas. Subsiguientemente, y teniendo en consideración que el desarrollo de instrumentos de *soft law* obedece al imperativo comercial de asegurar el derecho aplicable a la concreta transacción comercial internacional, éstos han venido multiplicándose progresivamente, en una clara complementariedad ofrecida a las legislaciones nacionales. Precisamente, la *aplicación por persuasión* es una de las características más notorias de la privatización de la armonización (*Cfr. Supra. 1.1.2.1*).

Lo anterior, ha hecho que se potencie el *soft law* -no sólo en el proceso de armonización- y que se visibilice la operatividad de las funciones que éste puede cumplir a escala estatal, que en el marco de las transacciones comerciales internacionales, pueden concebirse principalmente desde dos perspectivas: i) en relación al legislador estatal, donde persigue un *efecto dinamizador* abriendo áreas de expansión para el derecho; ejemplo de ello son algunas de las normas internas adoptadas

en Colombia (*Cfr. Supra. 3.1*); y, ii) en relación al marco judicial, donde se contempla la posibilidad que tienen los intérpretes para utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones; ejemplo de ello son algunas de las decisiones judiciales adoptadas en Colombia (*Cfr. Supra. 3.2*).

> En concordancia con lo precedente, también se aseveró que el desarrollo de normas no vinculantes, acogidas por partes, jueces y árbitros, hace que actualmente la proliferación de instrumentos de soft law en el proceso de armonización no sorprenda. Cada vez más, los Estados nacionales pierden importancia en la creación del derecho comercial internacional, entre otras, por el crecimiento, en importancia y número, de las agencias armonizadoras (*Cfr. Supra. 2.4*), los agentes no estatales, y el desarrollo y promoción del arbitraje internacional (*Cfr. Supra. 1.2.2*); no obstante, no por ello los derechos nacionales han dejado de ser protagónicos en la escena de ese último. Así, es cada vez más frecuente que los Estados no tengan la competencia, ni la inclinación para moverse a la misma velocidad en que los comerciantes de hoy día requieren para sus transacciones. Por otra parte, el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, junto a la globalización, y su correspondiente necesidad por un derecho comercial internacional, avivan el fenómeno.

Consecuencialmente, los legisladores privados están llenando un vacío en el comercio internacional, y los agentes de éste último, mediante el empleo de sus normas, han sabido responder: las partes comerciales del mercado global, no están en la necesidad de un legislador nacional, ni del visto bueno de algún Estado que valide esos procesos de creación normativa internacional, o el empleo de los instrumentos resultantes de dicho fenómeno. Al mismo tiempo, el proceso de armonización arroja instrumentos que se presentan como medios idóneos para conseguir la certeza en cuanto al régimen aplicable a ciertas relaciones contractuales, puesto que a través de éstos es posible obtener claridad al respecto; haciendo que se propague en todo el mundo la importancia e influencia de ciertos instrumentos.

> Sobre los métodos de armonización, se mencionó que por sus intrínsecas dificultades, los tratados y convenciones internacionales deben reservarse únicamente a sectores especiales que requieren un alto grado de uniformidad y, para la gran mayoría de los casos, el enfoque de armonización por distintas vías es preferible: en particular, la desconfianza hacia la unificación a

través de convenciones internacionales ha dado lugar a instrumentos de armonización híbridos que combinan elementos de hard y soft law (*Cfr. Supra. 1.1.2.2*). Dicha hibridación, a nivel internacional, es efecto de la alteración de los aparatos de producción normativa, que a su turno, es consecuencia de la globalización jurídica: hoy por hoy, se da que la regulación de actividades sociales, especialmente en lo relacionado al campo económico y en el plano mundial, se está convirtiendo, cada vez más, en producto de la interacción de Estados, organizaciones internacionales, grupos de trabajo, organizaciones no gubernamentales y otros actores no estatales, en lugar de la exclusiva expresión de la soberanía estatal.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que cuando el soft law se combina con elementos de carácter vinculante, esa hibridación no solamente puede ocurrir en el plano de la formulación de normas transnacionales. Ejemplo de esto último, es la acogida de guías legislativas y leyes modelo (*Cfr. Supra. 2.3.2*); su recepción por los Estados, donde se ha recogido legislativamente como leyes, ha dado lugar a homologación de normas soft, y a formas híbridas del derecho: son normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales.

> Respecto de los fenómenos relativos a la hibridación del hard y el soft law, así como a la homologación de ese último tipo de normas, se reflejó que éstos se hacen palpables en el ámbito de la armonización jurídica del comercio internacional, y especialmente en el entorno del arbitraje comercial internacional, y el proceso de armonización que éste ha experimentado. Al respecto, una de sus mayores expresiones, es la ley modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985; cuyo carácter soft, facilitó una onda expansiva de reformas legislativas estatales a nivel global.

Al respecto, Colombia no ha sido ajena al fenómeno; en ese medio local, la ley 1563 de 2012 siguió dicha ley modelo; allí, su recepción acogió, mediante el artículo 101 de la ley colombiana, la fórmula del reconocimiento del derecho transnacional del artículo 28 de la ley modelo, haciendo que la homologación del soft law no solamente opere a nivel legislativo con la adopción de dicha norma, sino también, que se auspicie y se favorezca su empleo a escala de solución de controversias mercantiles, vía arbitraje comercial internacional (*Cfr. Supra. 1.2.2 y 3.1 >Ley 1563*).

> Sobre cómo se materializa la armonización como tal, se mencionó que la aplicación voluntaria del *soft law*, es decir, el amplio reconocimiento y uso de las normas elaboradas por respetadas y prestigiosas organizaciones internacionales, se constituye en la actualidad, en un importante foco de armonización; dicho fenómeno ha sido calificado como la *homologación de normatividad blanda* (Cfr. *Supra. 1.1.2.2.1*), la cual es susceptible de darse, a escala estatal, tanto en la órbita judicial, como en el ámbito legislativo y en el de la praxis contractual.

Si el uso de estos instrumentos se da por las partes contractuales, puede ocurrir una armonización a escala dispersa, respecto de los términos contractuales que las partes usan por ejemplo; en dicho ámbito, se destacan los INCOTERMS (Cfr. *Supra. 2.4.3.1*) y las UCP (Cfr. *Supra. 3.1.1. >Crédito Documentario*), elaboradas por la CCI (Cfr. *Supra. 2.4.3*); pero también, los Principios de UNIDROIT (Cfr. *Supra. 2.4.2.1*), que además de proporcionar una fuente adicional de reglas contractuales apropiadas para las partes interesadas, cumple con muchas necesidades prácticas del comercio internacional. Éstos últimos, al ser Restatements internacionales, son la expresión de *soft law* armonizadora más interesante, con más potenciales destinatarios y usuarios: no sólo redactores de contratos, sino legisladores nacionales e internacionales, tribunales arbitrales y cortes estatales (Cfr. *Supra. 2.3.3*).

Lo anterior, en el nuevo contexto globalizado, caracterizado por el libre mercado y una reorientación de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos, favorece la autorregulación o creación de normas sin la participación directa de los Estados, al tiempo que arroja luces de las razones por las cuales se han transformado, sobretodo en los últimos tiempos, los métodos y técnicas utilizadas en los procesos de armonización (Cfr. *Supra. 2.3, 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3*). En el estadio actual de la evolución del derecho, se evidencia que la reglamentación de los negocios internacionales y la resolución de las controversias que generan, presentan ingredientes materiales y conflictuales, sustanciales y procesales, interestatales y transnacionales; por eso, en ninguna de las áreas jurídicas tradicionales encaja enteramente el estudio del derecho comercial internacional, y el proceso que al interior de éste se genera, tendiente a su armonización.

> Sobre la concepción clásica del derecho, se expuso que ésta pareciera desconocer las secuelas dejadas por la globalización. No obstante, la pérdida de predominancia de la capacidad reguladora estatal, como una de las principales manifestaciones de ésta última, junto al

establecimiento del libre mercado, ha generado reacomodos de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos.

De esa manera, el nuevo contexto favorece la autorregulación o creación de normas sin la activa participación de los Estados; así, se muestra cómo la globalización no sólo ha transformado gradualmente las estructuras políticas y económicas, sino que además, genera que se transformen los aparatos de producción normativa. A su turno, ello ha conducido a que los agentes del tráfico mercantil, haciendo uso para determinar el contenido de sus contratos, se sustraigan de las regulaciones domésticas y de los inconvenientes de los sistemas de conflicto de leyes, generando prácticas, usos o costumbres derivadas de la repetición de fórmulas contractuales y de la estandarización de muchas de ellas, a veces incluso sugeridas por instituciones tales como la CCI (*Cfr. Supra 2.4.3*) o cristalizadas en cuerpos normativos por instituciones como UNIDROIT (*Cfr. Supra 2.4.2*).

Sin embargo, en el ámbito de la contratación internacional, se corre el riesgo de que la incertidumbre que se deriva de la pluralidad de leyes nacionales que podría regir un asunto, en el futuro mediato, se troque por la incertidumbre que se presentaría al enfrentarse a fuentes, de carácter nacional, internacional y no estatal, que podrían traslaparse sobre un mismo tema.

> Sobre el desbarajuste de la normatividad mercantil, expresada por la alteración de los aparatos de producción normativa y el quiebra del tradicional modelo codificador estatal, con la consecuente sacudida de la estructura de fuentes del derecho comercial, se expresó que tal vez como en ningún otro momento de la historia jurídica, ello ha hecho que se acentúe la importancia de la interpretación (*Cfr. Supra. 1.2.3*).

Subsiguientemente, a nivel local, instrumentos resultantes de la armonización jurídica del comercio internacional tiene la potencialidad de servir para justificar la argumentación de una decisión, dependiendo claro está, del tipo de problema legal. Con mayor razón, si han tenido dicho uso por las altas Cortes de un Estado: en Colombia, la C. Constitucional reconoció la existencia del ordenamiento jurídico internacional, y en ese contexto se ha referido a la CNUCCIM (*Cfr. Supra. 2.4.1.1*) y a los Principios de UNIDROIT (*Cfr. Supra 2.4.2*) como *referentes normativos*.



Lo anterior, demuestra la complementariedad que ofrece el proceso de armonización a los sistemas jurídicos estatales, y da un claro ejemplo del dialogo que fuentes que dicho proceso ha desatado.

> En el capítulo segundo, se sostuvo que el proceso de armonización jurídica no es un asunto *reciente* en perspectiva histórica; la convergencia jurídica ha sido una tendencia que ha acompañado al derecho a lo largo de los años con intensidad variable. El actual proceso de armonización jurídica del comercio internacional se ha dado, en cierto modo, de forma espontánea, arrojándose como resultado un derecho caracterizado por una substancial inclinación desnacionalizadora que, a pesar de todo, no elimina por completo el papel del Estado.

A pesar de ello, y del desarrollo sin precedentes de los mercados a nivel mundial, las transacciones internacionales siguen siendo en gran medida reguladas por leyes nacionales, que a menudo son poco adecuadas para las necesidades especiales del comercio internacional (*Cfr. Supra. 3.1.1*). Por lo tanto, ante la imposibilidad de que todas las materias estén adecuada y exhaustivamente regladas, y con el objeto de establecer un marco de referencia común para el evento de imprevistos futuros que no sean capaces de resolverse mediante la negociación directa entre las partes, así como para reducir los riesgos y la incertidumbre generada por la insuficiencia de los mecanismos de determinación de derecho aplicable, y la probable insuficiencia del régimen legal asignado, los agentes comerciales y las partes contractuales, a menudo animan el desarrollo normativo extra-estatal, la promoción de determinadas regulaciones y el establecimiento de particulares modelos de cláusulas y contratos.

> Sobre la multiplicidad de instrumentos que sirven al comercio internacional, se visibilizó que en el comercio internacional, los agentes económicos se han inclinado hacia *fórmulas jurídicas* que eviten los riesgos e incertidumbres ligados a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos y jurisdicciones nacionales, correlativos a la gradual interdependencia entre las economías nacionales y el proceso globalizador.

Aunque se hizo alusión a múltiples de esas fórmulas a lo largo de todo el escrito, se estudiaron a fondo las establecidas en los acápite 2.3.1, 2.3.2, y 2.3.3, las que fueron ejemplificadas no sólo allí, sino en todo el documento; ello, principalmente en razón a que los métodos de armonización allí analizados, a pesar de carecer de vinculatoriedad, tienen una gran relevancia contemporánea y han

demostrado su inusitada practicidad. Lo anterior, sirvió para revelar no solo la marcada tendencia de las técnicas del soft law en el actual panorama del proceso de armonización, sino además la complementariedad que éste último ofrece a los sistemas jurídicos estatales, así como también el diálogo de fuentes que surge cuando en los sistemas jurídicos estatales se valen de ciertos instrumentos del proceso de armonización.

Ahora bien, la proliferación de esas *fórmulas jurídicas* ha conducido, en la práctica, a que en ocasiones con el apoyo de la voluntad de las partes de un contrato, éstas se incorporen a la relación convencional individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en los Códigos de comercio nacionales. De esa forma, la armonización y la creación del derecho en el plano transnacional, no es otra cosa que la expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales.

Puestas así las cosas, la armonización se instaura como una importante herramienta en la constante lucha contra la ambigüedad jurídica y la disparidad normativa estatal, especialmente si se considera que ésta opera como una parte del amplio proceso de desarrollo de normas claras y eficientes en el derecho, máxime si se trata del derecho comercial internacional. En suma, la armonización trabaja con todas las fuentes jurídicas internacionales relevantes para el comercio; ello, a su vez, constituye una valiosa oportunidad para tender puentes a fin de que el derecho mercantil que se aplica dentro de cada uno de los estados, pueda ser adecuado de cara a la realidad actual del tráfico mercantil contemporáneo, de la mano de instrumentos fruto del proceso armonizador.

> En el capítulo segundo, también se admitió que el proceso de armonización es desorganizado, muy complejo y dinámico, principalmente por el gran número y diversidad de actores intervinientes, sus distintos propósitos e intereses, las diferentes técnicas y métodos de armonización utilizadas, así como las múltiples y diferentes consideraciones que al respecto, los actores intervinientes en el proceso toman en cuenta.

> Sobre el proceso de armonización, se mostró que éste es susceptible de hallarse en distintos grados y escalas; tanto que las iniciativas armonizadoras con el objetivo de ofrecer normas armónicas de aplicación global, aunque premonitorias, aún se ven remotas de alcanzar. Esto debería llamar la atención para que se coordine la expansión de la armonización; especialmente teniendo en

cuenta que los medios para unificar y armonizar el derecho comercial internacional son de naturaleza plural, y éstos seguirán surgiendo desde una multiplicidad de agentes, entre otros, organizaciones globales y regionales, gubernamentales y no gubernamentales.

Lo anterior, máxime teniendo en cuenta que los horizontes de la armonización del derecho se proyectan no sólo entre Estados en materia de derecho privado, sino –y con un marcado carácter pragmático–, en todos aquellos campos vinculados con el derecho comercial. De esta forma, aunque todas las materias del derecho son susceptibles de ser armonizadas, el derecho privado presenta mayor facilidad, por la posibilidad de fraccionar su contenido y de reglamentar de modo sectorial o parcial algunos de sus campos de acción, a la vez que se ve impulsada por el capital económico, que con sus múltiples y muy variados negocios, se desenvuelve mejor con un derecho previsible.

Ahora bien, aunque ese *derecho* ha sido objeto de una caótica conceptualización, en últimas, el empleo de los términos empleados para aludir al mismo, hace en la mayor de las veces alusión a las soluciones sustantivas o de fondo que, como opción al sistema conflictualista del DIPr, se genera en el seno del comercio internacional. Ese derecho aún está en proceso de gestación y su desarrollo, dispar y fragmentado, está siendo sectorizado; esto último, parece natural: no todos los participantes de este proceso tienen los mismos objetivos ni comparten las mismas visiones; además, los instrumentos surgidos del proceso de armonización tienen distinta naturaleza, han sido formulados bajo diferentes métodos, por agentes desemejantes, muchas veces, con intereses y objetivos múltiples y diversos.

> En el capítulo segundo, asimismo se reconoció que los términos *armonización* y *unificación*, estando relacionados, refieren a cosas distintas, aunque incorporan la misma finalidad: lograr un cuerpo normativo homogéneo que garantice la predictibilidad jurídica en el comercio internacional. Así las cosas, a pesar de que los términos son diferentes, suelen utilizarse indistintamente, y desde una óptica funcional, ambos se han identificado por responder al mismo postulado; de esa manera, se refirió aquí indistintamente, por *armonización jurídica* también al *derecho uniforme del comercio internacional*.

En ese orden de ideas, se expresó que la necesidad de armonización, surge ante la inadecuación de las leyes nacionales para los casos internacionales, por haberse ideado éstas para atender únicamente

casos locales, y la notable disparidad entre ellas. Así las cosas, los instrumentos del derecho uniforme *armonizan* el derecho privado respecto de un grupo de Estados; ello puede hacerse por distintas vías.

En todo caso, nótese que el elemento característico común a éste fenómeno es el fin práctico que se persigue, consistente en la necesidad de contar con una reglamentación lo más unitaria posible de un hecho o de una relación que de otra manera quedaría fragmentada, o bien porque es contradictoria y por ello resulta inadecuada.

> Respecto de la paulatina armonización que viene dándose en el mundo, se manifestó que el derecho uniforme, al garantizar como ninguna otra técnica de reglamentación la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos, es una herramienta óptima para el derecho de los negocios internacionales; de allí que, lentamente, la tendencia a la armonización se mantenga, aunque diversifique los mecanismos que utiliza para sus fines.

Aunque la uniformidad no sea, pudiéndose decir que apenas da sus primeros pasos, un proceso acabado, ni la mejor construcción para adecuar los derechos nacionales, desde esta óptica, puede calificarse como conveniente y positiva si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas, siempre que den coherencia y racionalicen las mismas.

El proceso de armonización no se ha formado ni desarrollado siguiendo un plan sistemático, su nacimiento, así como su desarrollo y crecimiento, a diferencia de lo ocurrido con las legislaciones internas, se vincula con la regulación de materias especiales que responden a necesidades prácticas y predilecciones de los interesados; de ahí la dificultad para circunscribir sus límites y definir las materias que son susceptibles de abarcar su objeto, pero también, de ahí las razones por las cuales el proceso de armonización ha sido más propenso a inclinarse sobre ciertas áreas específicas del derecho contractual, por lo que es previsible que, en principio, se le use solamente para la adecuación de los derechos nacionales en esas áreas.

> En relación a la multiplicidad de técnicas armonizadoras de distinta naturaleza jurídica, se refirió que la armonización puede lograrse por distintas vías.

Aquí se hizo alusión a varios métodos de armonización, entre los que se aludió a los modelos contractuales y cláusulas modelo o tipo (*Cfr. Supra. 2.3.1*), por ser el prototipo usado para la incorporación contractual de reglas no vinculantes promulgadas por organizaciones internacionales. Al respecto, se manifestó que al contrario de la natural preferencia de ciertos intereses particulares que se da en la práctica contractual, la armonización que a nivel local se presenta por medios legislativos y judiciales, al permitir equilibrar el complejo encuentro entre sistemas jurídicos y al garantizar no favorece *per se* a ninguna de las partes, brinda un equilibrio entre las mismas, propendiendo por la solución justa de conflictos al ofrecer las soluciones más adecuadas para el contexto de la relación mercantil.

Sin perjuicio de lo anterior, se reconoció que un componente de la armonización jurídica del comercio internacional se da mediante la práctica contractual, dando germen al nacimiento de términos comunes y cláusulas estándar. No obstante, asimismo se admitió que la armonización por ese medio encuentra mayores dificultades, y se daría a escala marginal y dispersa, además del gran problema que arroja la falta de información sobre datos empíricos relacionados al impacto de la armonización que *de facto* presenta la práctica contractual.

Igualmente, por ser uno de los múltiples textos de soft law que habitan el comercio internacional, y como ejemplo de instrumentos del proceso de armonización que pueden ser acogidos legislativamente por los Estados, se hizo referencia a las leyes modelo y a las guías, especialmente a las legislativas (*Cfr. Supra. 2.3.2*).

Asimismo, se aludió a los restatements internacionales (*Cfr. Supra. 2.3.3*), entendiendo que si bien, una de sus funcionalidades está en servir a los jueces, éstos ostentan muchas otras: actualmente ésta es la categoría más interesante, con más potenciales destinatarios y usuarios, por lo que éste tipo de instrumentos tiene posibilidad de generar interacción no sólo respecto de cortes estatales, sino además, con redactores de contratos, legisladores nacionales e internacionales, litigantes y asesores jurídicos, académicos y doctrinantes, y tribunales arbitrales.

> Sobre los Restatements internacionales, se evidenció que éstos cumplen varias necesidades prácticas, proporcionando un entorno jurídico adecuado para la interpretación de las normas del derecho uniforme que regulan ese tipo de operaciones. Éstos no fueron emitidos por cuerpos

legislativos tradicionales, por lo que son esencialmente, herramientas no vinculantes hechas para ponerlas a disposición de la comunidad internacional en la adopción de sus contratos, y para el uso de jueces, tribunales y legisladores estatales, denotando la aplicación por persuasión que se busca con ese tipo de instrumentos.

Al no ser vinculantes, escapando al problema que persigue a los tratados y convenciones internacionales, los Restatements Internacionales, esto es, los Principios de UNIDROIT y PECL, no han recibido la influencia de ningún gobierno, ni preferido para su redacción, un sistema jurídico nacional en particular; están diseñados para ser una influencia unificadora y fuente de inspiración, pero al mismo tiempo, se prestan como herramienta útil a Legisladores, para la reglamentación de materias de derecho contractual mercantil, Cortes estatales y Tribunales Arbitrales, a la hora de decidir un litigio, así como a los agentes mercantiles, para la redacción de sus contratos y la resolución de las disputas asociadas a los mismos, mostrando su inusitada practicidad.

Pretendiendo denotar el carácter no estatal de ese tipo de instrumentos normativos, se adoptó el término *Principios*, aunque claro está, la mayor parte de sus disposiciones son técnicamente “reglas” y no “principios”. En realidad, no existe consenso en la doctrina respecto del término *principios*, pues es ampliamente usado en diferentes contextos; no obstante, su nombre se debe a que los redactores quisieron *immunizarlos* de eventuales connotaciones semánticas que los acercaran a los sistemas preponderantes en el mundo del civil y common law: al utilizar la palabra “principios” hubo un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término.

> Sobre las críticas que recibe el proceso de armonización, se destacaron la falta de neutralidad en el proceso y la ausencia de legitimidad democrática del mismo; asimismo, se expresó que otra importante crítica reside en que la Unificación legal internacional en materia de contratos sólo cubre, en la realidad práctica, contratos específicos y aspectos muy concretos. Del mismo modo, se enunció que algunos critican que el derecho unificado puede crear costes transaccionales adicionales para los empresarios que adelantan labores a nivel interno y externo, ya que se verán obligadas a informarse sobre una pluralidad de normas; igualmente, se destacó el inconveniente que se presenta para el movimiento armonizador por la interpretación divergente de sus instrumentos resultantes.

Al respecto, en el acápite 2.5 se destacaron las respuestas que dichas críticas reciben; de igual manera, en el mismo acápite se resaltaron los obstáculos que encuentra el proceso de armonización. Al respecto, se dijo que a pesar de todas esas dificultades a las que la armonización se enfrenta, esos factores no deben dirigir a la conclusión de que un alto nivel de armonización sea de imposible acometimiento: al no poder ser superados permanentemente, muchos de esos obstáculos causan efectos desarmonizadores y contrarrestan los empeños hechos para la unificación; no obstante, esos obstáculos pueden reducirse y aminorarse, así como algunos de ellos superarse, si se impulsa y materializa una adecuada coordinación y priorización de los esfuerzos armonizadores, con la mira puesta a una estrecha cooperación entre todos los partícipes del proceso.

> En el capítulo tercero, se demostró que en Colombia, especialmente luego del año 1991, es manifiesto el ánimo que se percibe en el legislador respecto de la armonización jurídica relativa al comercio internacional. En efecto, a partir de dicha época, fruto del aprovechamiento a escala local, de algunos esfuerzos armonizadores enfocados en ciertos sectores del derecho, tanto a nivel global y regional, el legislador colombiano no solo ha promulgado leyes en pro del fortalecimiento del comercio y de sus lazos comerciales con otras naciones, sino que ha expedido varias normas que como tal, pueden considerarse fruto del proceso de armonización. En dicho contexto, con ánimo ilustrativo y sin pretensión de exhaustividad, se pusieron de presente las leyes 518 y 527 de 1999, la ley 967 de 2005, la ley 1116 de 2006, la ley 1563 de 2012 y la ley 1676 del año 2013.

No obstante, respecto de algunas figuras contractuales usadas y desarrolladas principalmente en el comercio internacional, existen varios ejemplos que muestran la disonancia de la regulación local, con la que se hace en el ámbito transnacional. Aquí, por la limitante de la extensión del texto y sin pretensión de exhaustividad, se puso de presente lo que ocurre respecto de la agencia mercantil, la franquicia, el crédito documentario y el contrato de transporte marítimo de mercancías; no obstante, podrían exponerse otros ejemplos (v.gr. lo que sucede respecto de figuras tales como los *Joint Venture*, las cuentas en participación, los contratos ‘*llave en mano*’ o ‘*turnkey contract*’, etcétera).

> Del mismo modo, en el capítulo tercero se sostuvo que respecto del proceso de armonización jurídica, su mayor impacto en el Estado colombiano se ha dado por la homologación que legislativamente éste ha hecho de varios tratados, como la CNUCCIM, así como de múltiples leyes modelo; no obstante, actualmente podría preverse que el empleo de instrumentos tales como

los restatements internacionales en la órbita judicial, ofrece una real posibilidad para adecuar jurisprudencialmente algunas figuras contractuales que requieren de ello, teniendo en cuenta el contexto contemporáneo marcado por la globalización.

Como se vio, los restatements internacionales no sólo están dirigidos a los legisladores; y en Colombia, han tenido amplio reconocimiento judicial, llegando incluso a dos de sus altas Cortes, esto es, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional; corporaciones que en varias oportunidades se han referido y hecho uso de éste tipo de instrumentos.

Este asunto, debería poner a pensar en la posibilidad que tienen los jueces para dar aplicabilidad a principios constitucionales del ordenamiento jurídico colombiano, mediante la adecuación de algunas normas de dicho orden interno, a través de su reinterpretación con ayuda de instrumentos fruto del proceso de armonización jurídica del comercio internacional.

> Lo puesto en evidencia en éste documento, demuestra que actualmente el derecho mercantil está asociado a la internacionalización y a la armonización. A la primera, en razón a que el derecho privado en general ya no es concebido como algo circunscrito a un único ámbito local, fenómeno realizado por la preponderante importancia que tienen las transacciones comerciales contemporáneas y la interdependencia económica que éstas generan; y a la segunda, en razón a la necesidad para acoplarse a esta nueva realidad.

Estando así las cosas, no se explicaría que en sistemas jurídicos estatales como el colombiano, no se pudieran emplear instrumentos resultantes del proceso de armonización jurídica del comercio internacional en la labor legislativa o en la práctica contractual, así como en la solución de controversias contractuales mercantiles; en ese último evento, siempre que no se contravengan normas de orden público del ordenamiento jurídico internacional ni del interno, ni las disposiciones contractuales que las partes hayan voluntariamente acordado.



## LISTA DE REFERENCIAS

- Abascal Zamora, J. M. (2006). La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del título cuarto del libro quinto del Código de Comercio. En L. Pereznieta Castro, *Arbitraje comercial internacional* (pp. 129-155). México D.F., México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Aljure Salame, A. (2011). *El contrato internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Aljure Salame, A. (2009). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 351-370). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Anzola Gil, M. (2009). El contrato de franquicia. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 499-509). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Arbeláez Bolaño, A. (2005, Octubre). La cesantía comercial en la negociación del TLC con los Estados Unidos. *Revista Foro del Jurista* (26), 5-20.
- Arrubla Paucar, J. A. (2005, Octubre). Contrato de Distribución. *Revista Foro del Jurista* (26), 59-75.
- Basedow, J. (2010). El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada. Trad. de Diego P. Fernández Arroyo. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*. (pp. 5-27). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Barrientos Restrepo, A. L., & Uribe Posada, C. (2005, Octubre). El contrato de agencia mercantil. *Revista Foro del Jurista* (26), 87-104.

- Bauman, Z. (2011). *Daños Colaterales: Desigualdades sociales en la era global*. Trad. de Lilia Mosconi. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (2015). *La Globalización: Consecuencias humanas*. Trad. de Daniel Zadunaisky. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Bellamy Foster, J. (2015). *El nuevo imperialismo*. Barcelona, España: El Viejo Topo.
- Bermann, G. (2010). La codificación del derecho internacional en un sistema federal: el Restatement norteamericano sobre arbitraje comercial internacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 181-207). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Bermúdez Abreu, Y. (2006, Enero/Junio). La identidad nacional y la unificación de las normas jurídicas latinoamericanas en la globalización. *Revista de Derecho* (25), 125-140.
- Bernal Salamanca, G. A. (2014) *La Agencia Mercantil*. Bogotá D.C., Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.
- Bonilla Aldana, J. (2013, Julio/Diciembre). La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación. *Revist@ E-Mercatoria*, 12 (2), 80-139.
- Bonilla Sanabria, F. A. (2014). El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias: Ley 1676 de 2013. *Revist@ E-Mercatoria*. Recuperado de:  
<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf>
- Bonilla Sanabria, F. A. (2014, Julio/Diciembre). El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013. *Revista e-mercatoria* 13, (2), 131-160

Borda A. & Muguillo R. A. (2014). *Crédito Documentario* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Astrea S.A.S. & Universidad de La Sabana.

Broseta Pont, M. (2001). Tendencias Actuales del Derecho Mercantil. En J. L. Soberanes Fernández (Ed.), *Tendencias Actuales del Derecho* (2ª ed., pp. 173-184). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México & Fondo de Cultura Económica.

Burgos Silva, J. G. (2011, Julio/Diciembre). El derecho internacional en el contexto de la globalización: Conflictos y transformaciones. *Estudios de derecho*, 68 (152), 13-30.

Cadena Afanador, W. & Cubillos Guzmán, G. (2006, Julio/Diciembre). El Crédito documentario como fenómeno de la internacionalización del derecho bancario: aproximación conceptual y normativa. *Diálogo de Saberes*, (25), 161-194.

Cadena Afanador, W. & Cubillos Guzmán, G. (2011). *El crédito documentario. Régimen internacional y su aplicación en Colombia* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.

Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2009). Los contratos internacionales y el mito de la "nueva lex mercatoria". En A. Zapata De Arbeláez (Ed.), *Derecho Internacional de los Negocios. Tomo III* (pp. 60-90). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cámara de Comercio de Bogotá (2015, marzo 25). *Colombia busca adoptar modelos de contratación internacional en megaproyectos de infraestructura*. [Comunicado de prensa]. Recuperado de: <http://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Comunicados/2015/Marzo/Colombia-busca-adoptar-modelos-de-contratacion-internacional-en-megaproyectos-de-infraestructura>

Cámara de Comercio Internacional. (s.f.). *Quiénes somos: Cámara de Comercio Internacional*. Recuperado de: <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>

- Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Cartagena (s.f.). *Plan Cameral de Promoción de exportaciones*. Recuperado de: <http://www.cocin-cartagena.es/comercio-exterior-internacionalizacion/plan-cameral-de-promocion-de-exportaciones/>
- Cárdenas Mejía, J. P. (2009a). Justicia y abuso contractual. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 693-720). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2009b). La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 771-807). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Cataño Berrío, S. E. (2009). Caracterización del ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales. *Estudios de Derecho*, 66 (148), 145-164.
- Cataño Berrío, S. E. (2010). *La autonomía privada en la transnacionalización de capitales*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Castrillón y Luna, V. M. (2011). *La Lex Mercatoria. El derecho del comercio internacional*. Saarbrücken, Alemania: Lap Lambert Academic Publishing GmbH & Co. KG.
- Castro de Cifuentes, M. (2000, Julio/Diciembre). Due diligence en los negocios internacionales: Algunas reflexiones de orden jurídico y práctico. *Revista de Derecho privado* (25), 129-140.
- Castro de Cifuentes, M. (2009). El corretaje. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 557-581). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Castro de Cifuentes, M. (2015). Prólogo. En M. Castro De Cifuentes, M. A. Aramburo Calle, J. P. Cárdenas Mejía, C. J. Giraldo Bustamante, S. Muñoz Laverde, & N. Pájaro Moreno, *Modernización de las obligaciones y los contratos: Seis estudios*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de los Andes & Temis.

Centro de Comercio Internacional -ITC- (2010). *Contratos modelo para la pequeña empresa: Guía legal para hacer negocios internacionales*. Ginebra, Suiza: ITC

Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos [OEA] (2011). *Selección de temas para una posible octava Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Documento considerado por la CAJP en su sesión del 6 de octubre de 2011)*. Recuperado de: <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/dip.asp#CIDIP-VIII>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1988). *Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de Instalaciones Industriales*. New York, United States of America: N.U.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *Sobre la CNUDMI*. Recuperado de: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html)

Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. (2013). *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena, Austria: Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>

Conejero Roos, C. (2005, Enero/Abril). La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 32 (1), 89 - 138

Cordero Moss, G. (2010). El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 29-50). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

Correa Delgado, R. (2014). *Ecuador: de Banana Republic a la No República*. Bogotá D.C., Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (05 de Junio de 1992) Sentencia T-406/93 [M.P. Ciro Angarita Barón].

Corte Constitucional, Sala Plena (28 de Octubre de 1993) Sentencia C-486/93 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de febrero de 1994) Sentencia C-048/94 [M.P. Fabio Moron Diaz].

Corte Constitucional, Sala Plena (1 de Marzo de 1995) Sentencia C-083/95 [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena (28 de Marzo de 1995) Sentencia C-137/95 [M.P. Jorge Arango Mejia].

Corte Constitucional, Sala Plena (19 de Septiembre de 1996) Sentencia C-442/96 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena (23 de Julio de 1997) Sentencia C-347/97 [M.P. Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (4 de Mayo de 1999) Sentencia T-295/99 [M.P. Alejandro Martinez Caballero].

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de Mayo de 2000) Sentencia C-529/00 [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional, Sala Plena (8 de Junio de 2000) Sentencia C-662/00 [M.P. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena (21 de Noviembre de 2000) Sentencia C-1547/00 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Agosto de 2001) Sentencia C-836/01 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (5 de junio de 2003) Sentencia T-468/03 01 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Plena (5 de abril de 2006) Sentencia C-276-06 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (6 de abril de 2006) Sentencia T-292 [M.P. Manuel José Cepeda Espinoza].

Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena (6 de Julio de 2011) Sentencia C-539/11 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena (23 de abril de 2014) Sentencia C-259/14 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena (16 de Octubre de 2014) Sentencia SU-768/14 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Plena (13 de Mayo de 2015) Sentencia C-284/15 [M.P. Mauricio González Cuervo].

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (10 de julio de 1986) Expediente No. 7R-1361 [M.P. Hernando Gómez Otálora].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (14 de Agosto de 2000) Ref.: Exp. No. 5577 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (8 de febrero de 2002) Sentencia No. 5950 [M.P. José Fernando Ramírez Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (13 de diciembre de 2002) Ref.: Exp. 6462 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (29 de Julio de 2005) Ref: Exp: 110013103018 1893 20302-02 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (25 de Septiembre de 2007) Ref.: Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (7 de febrero de 2008) Ref.: Exp. 2001-06915-01 [M.P. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Julio de 2008) Ref.: Exp. 2001-00803-01 [M.P. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (30 de Agosto de 2010) Ref.: Exp. 11001-3103-008-1998-00081-01 [M.P. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010) Ref: exp. 05001-3103-010-2000-00012-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Agosto de 2011) Ref.:exp. 11001-3103-026-2000-04366-01 [M.P. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (30 de Agosto de 2011) Ref: Exp:11001-3103-012-1999-01957-01 [M.P. William Namén Vargas].



Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Ref.: Exp.11001-3103-032-2001-00847-01 [M.P. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de Diciembre de 2011) Ref.: Exp. 2000-01474 [M.P. Arturo Solarte Rodriguez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (3 de Septiembre de 2015) Ref: Exp:SC11822-2015 [M.P. Ariel Salazar Ramírez].

Cortés Cabrera, B. A. (2014). El soft law y su aplicación en el derecho comercial internacional. *Revista Tribuna Internacional*, 3 (6), 55-69.

Cubides Camacho, J. (2010). Los deberes de la buena fe contractual. En J. G. Pinzón Sánchez, M. F. Navas Herrera & Y. Alarcón Palacio, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho Privado* (Vol. 1, pp. 247-285). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Editorial Temis.

De Ly, F. (2012). De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (Lex Mercatoria). En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 151- 160). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

De Carolis, D. (2010). Some Features of the Harmonisation of International Trade Law in the Third Millennium. *Uniform Law Review*, 15, 37-72.

Del Duca, L. (2007). Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence. *Texas International Law Journal*, 42 (3), 625-660.

- Del Duca, L. (2012). Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence-First Decade Update. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 107-150). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Delos, J. T. (1967). El problema de los fines del Derecho: Su lugar en la Filosofía del Derecho. En L. Le Fur, J. T. Delos, G. Radbruch & A. Carlyle, *Los fines del Derecho* (pp. 31-54). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Del Vecchio, G. (1948a). La necesidad del Derecho natural y los principios generales del Derecho: Formas y límites de su eficacia en el orden del positivo. En *Los Principios Generales del Derecho*. Trad. de Juan Osorio Morales (2ª ed., pp. 113-125). Barcelona, España: Bosch.
- Del Vecchio, G. (1948b). Conclusión. En *Los Principios Generales del Derecho*. Trad. de Juan Osorio Morales (2ª ed., pp. 137-140). Barcelona, España: Boch.
- De Miguel Asensio, P. A. (2013). Contratación comercial internacional. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales* (4ª ed., pp. 257-357). Madrid, España: Iustel.
- Díaz Bravo, A. (2010). La unificación del derecho privado. En J. G. Pinzón Sánchez, M. F. Navas Herrera & Y. Alarcón Palacio, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho Privado* (Vol. 1, pp. 77-93). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Editorial Temis.
- Díaz Revorio, F. J. (1997). Naturaleza y eficacia jurídica de los valores superiores. En *Valores superiores e interpretación constitucional* (pp. 153-215). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Domingo, R. (2009). *El Derecho global: génesis y evolución*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Biblioteca Jurídica Diké.

- Edlund, H. H. (2012). The Concept of Unification and Harmonization. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 7 -18). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Escuti, I. (2011). Problemas que plantea la circulación de modelos contractuales. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 253-264). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Espinosa Pérez, C. A. (2000, Julio/Diciembre). Del uso convencional a la Costumbre Mercantil como Norma Jurídica. *Revista de Derecho Privado* (25), 99-126.
- Esplugues Mota, C. (2011a). El Derecho internacional privado: características generales. En C. Esplugues Mota & J. L. Iglesias Buhigues, *Derecho Internacional Privado* (pp. 59-75). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Esplugues Mota, C. (2011b). La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico privadas internacionales: aspectos generales. En C. Esplugues Mota & J. L. Iglesias Buhigues, *Derecho Internacional Privado* (pp. 207-217). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Esplugues Mota, C. (2011c). Estructura institucional del comercio internacional. En C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno, R. Espinosa Calabuig, E. Fernández Masiá & F. Garín Alemany, *Derecho del Comercio Internacional* (pp. 43-56). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Esplugues Mota, C. (2011d). Compraventa internacional de mercaderías: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. En C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno, R. Espinosa Calabuig, E. Fernández Masiá & F. Garín Alemany, *Derecho del Comercio internacional* (pp. 183-203). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

- Evans, P. (2007). ¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización. En M. Carbonel, R. Vázquez, P. Evans, D. Held, R. Toscano, M. Revelli & M. Iglesias Vila, *La Globalización y el orden jurídico; Reflexiones contextuales*. Trad. de Tania Sánchez-Juárez Zugazagoitia, (pp. 37-68). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fauvarque-Cosson, B. (2010). La formación del derecho privado europeo. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 219-225). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Fernández Arroyo, D. (2010). La multifacética privatización de la codificación internacional del comercio internacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 51-74). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Fernández Rozas, J. C. (2000). El Derecho del Comercio internacional en el contorno de la globalización. *Escriva: Revista del Colegio de Notarios del Estado de México* (5), 161-230.
- Fernández Rozas, J. C. (2009). Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales. En J. González García, *Derecho de la Regulación Económica VIII. Comercio Exterior* (Vol. viii, pp. 83-137). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013a). Arbitraje Comercial Internacional. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 639-737). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013b). Derecho de los negocios internacionales. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 27-77). Madrid, España: Iustel.

- Fernández Rozas, J. C. (2013c). Un nuevo mundo jurídico: La lex mercatoria en América Latina. En J. A. Silva, *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional* (2ª ed., pp. 95-155). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fernández Rozas, J. C. & Arenas García, R. (2013). Compraventa y transporte internacional de mercaderías. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García, & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 359-446). Madrid, España: Iustel.
- Ferrari, F. (2010). El papel de la unificación regional en la unificación del derecho de compraventa. Trad. de Juan Velázquez Gardeta. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 227-244). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Trad. de Alberto Supelano. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fiestas Tartiere, M. (2016). *El contrato modelo de la CCI sobre agencia comercial internacional*. (Tesis de Maestría). Universidad de Oviedo. Oviedo, Principado de Asturias, España. Recuperado de: [http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/34805/6/TFM\\_FiestasTartiere,M.pdf](http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/34805/6/TFM_FiestasTartiere,M.pdf)
- Figueroa Valdez, J. E. (s.f.). *Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno*. Recuperado de: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Contratos-de-Construcci%C3%B3n-Fidic-Frente-al-Derecho-Chileno.pdf>
- Flint Blanck, P. (2014). Globalización. En P. Flint Blanck & K. A. Aguirre Moreno, *Negocios y transacciones internacionales* (Vol. 1, pp. 3-51). Lima, Perú: Instituto de Alta Gerencia & Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

- Fogt, M. M. (2012) Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law: The 'Ugly Duckling'? En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 57-103). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Franco Zárate, J. A. (2012, Julio/Diciembre). La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. *Revista de derecho privado* (23), 245-277.
- Franco Zárate, J. A. (s.f.). *Las Reglas de Rotterdam y la Normativa Andina: Visión comparativa y comentarios en torno a la aplicabilidad de la Decisión 399 de la Comunidad Andina de Naciones* (pp. 1-25). Recuperado de: <http://reglasderotterdam.uexternado.edu.co/r07T3R-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2012/11/11.-Art.-26-de-las-RR.pdf>.
- Gaillard, E. (2010). *Teoría Jurídica del arbitraje internacional*. Asunción, Paraguay: La Ley S.A. & Centreo de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).
- Gaitán Martínez, J. A. (2013). Interpretación contemporánea del contrato a la luz del derecho colombiano. En A. Aljure Salame, É. I. León Robayo, Y. López Castro & C. A. Botero Pérez (Edits.), *Estudios de derecho privado. Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha* (pp. 219-238). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- García De Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, España: Civitas ediciones S.L.
- García Jaramillo, L. (2008, Enero/Junio). El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de Derecho* (29), 289-330.
- García López, E. (2011). La crisis de las fuentes del derecho. En J. González Ibáñez & E. García López, *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización* (pp. 21-32). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

- García Más, F. J. (2001). La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En *Comercio y firma electrónicos (análisis jurídicos de los servicios de la sociedad de la información)* (pp. 181-188). Valladolid, España: LexNova.
- García Velasco, I.C. (2011). El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica. *Cuadernos de Administración* 27, (46), 155-168.
- Gaviria Gil, J. A. (2005, Octubre). Apuntes sobre el contrato de concesión mercantil. *Revista Foro del Jurista* (26), 107-128.
- Guerrero Gaitán, M (2009). Tipología de los contratos de transferencia de tecnología. *La Propiedad Inmateria No. 13*, 199-252.
- Gómez Pérez, V.I. (2004). *Realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia*. (Tesis de grado). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Rescatado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2060.pdf>.
- González Jaramillo, J. L. & Macías González, O. (2014). De la soberanía de la ley al precedente judicial: una mirada desde el neoinstitucionalismo económico. *Estudios de derecho*, 71 (158), pp. 122-143.
- González Martín, N. & Rodríguez Jiménez, S. (2010). *Derecho Internacional Privado*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México & Nostra Ediciones SA de CV.
- Goode, R. (2010). Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 75-106). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Goode, R., Kronke, H., & McKendrick, E. (2015). *Transnational commercial law* (2<sup>a</sup> ed.). New York, United States of America: Oxford University Press.

- Gopalan, S. (2004). New Trends in the Making of International Commercial Law. *Journal of Law and Commerce*, 23, 117-142.
- Grande, S. (2008). La lex Mercatoria en los Laudos de la Cámara de Comercio Internacional. *Dikaion*, 17, 199-244.
- Gutiérrez De Larrauri, N. (2010, Julio/Diciembre). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado* (44), 2-40.
- Guzmán Escobar, J.V. (2007). *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A. (1994). El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna. En P. Casanovas & J.J. Moreno (Coord.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 109-126). Barcelona, España: Edit. Crítica.
- Hernandez Velasco, H. E. (2011). Los principios generales del derecho y el formalismo jurídico. En A. C. Bernal Bueno, W. C. Duarte Boada, M. B. Duarte Vertel, J. Granados Ferreira, H. E. Hernandez Velasco, C. A. Navarro Niño, J. O. Trillos Martínez & O. Pardo Martínez (Edits.), *Derecho, Hermenéutica y Juridicidad* (pp. 225-256). Bucaramanga, Colombia: Universidad Industrial de Santander.
- Hinestrosa, F. (2013). Los principios de UNIDROIT: Una nueva Lingua Franca. En J. M. Rodríguez Olmos, *Principios Unidroit: Estudios en torno a una nueva Lingua Franca*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- International Chamber of Commerce. (s.f.). *Comercio Internacional: International Chamber Of Commerce*. Recuperado de: <http://www.iccspain.org/comercio-internacional/>.



- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (2014). *Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2012). Papel y valor asignados a la jurisprudencia. En J. Tamayo Jaramillo & C. I. Jaramillo Jaramillo, *El precedente judicial en Colombia: Papel y valor asignados a la jurisprudencia* (pp. 176-293). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2014). *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al "proceso interpretativo" en el derecho privado contemporáneo*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Jiménez Valderrama, F. A. (2015). Las obligaciones del porteador en el contrato de transporte marítimo de mercancías. *Revista Chilena de Derecho* 42, (2), 515-543.
- Jiménez Valderrama, F. A. (2012, Julio/Diciembre). Contratos de Transporte Marítimo de Mercancías: del *Harter Act* norteamericano de 1893 a las Reglas de Rotterdam de 2008 y los Tratados de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos de América y la Unión Europea. *Revista de Derecho* (38), 109-141.
- Judt, T. (2011). *Algo va mal*. Trad. de Belén Urrutia. Bogotá D.C., Colombia: Taurus.
- Kadens, E. (2012). The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*, 90, 1153-1206.
- Kaufmann-Kohler, G. (2010). La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 107-127). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

- Kelsen, H. (1982). Dinámica Jurídica. En *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto Vernengo (2ª ed., pp. 200-233). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kuznetsova, N. (2012). Problems of the harmonization and unification of contemporary private law. *Law of Ukraine*, 233-245.
- Lámbal Formación & FIDIC (s.f.). *Uso Practico de los Contratos Fidic*. Recuperado de: [http://fidic.org/sites/default/files/Folleto\\_M%C3%B3dulo\\_Panama\\_feb2014.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/Folleto_M%C3%B3dulo_Panama_feb2014.pdf)
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (4ª ed.). Barcelona, España: Ariel S.A.
- Lasarte, C. (1990 a). Aplicación y eficacia de las normas jurídicas. En *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho* (2ª ed., pp. 78-93). Madrid, España: Tecnos S.A.
- Lasarte, C. (1990 b). La interpretación e integración del contrato. En *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho* (2ª ed., pp. 377-386). Madrid, España: Tecnos S.A.
- Le Fur, L. (1967). El fin del Derecho: Bien común, justicia, seguridad. En L. Le Fur, J. T. Delos, G. Radbruch & A. Carlyle, *Los fines del derecho* (pp. 13-27). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- León Robayo, É. I. (2009). La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 83-105). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- León Robayo, É. I. (2014). *Los principios de Unidroit como recurso de interpretación contractual en el derecho colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- León Robayo, É. I. (2015). *Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- León Robayo, É.I. & González Umbarila, E.G (2014, Julio/Diciembre). La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte* (44). Rescatado el 22 de octubre de 2016, de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/6518/7763>.
- Llain Arenilla, S. & Insignares Cera, S. (2016, Enero/Junio). Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al Contrato de Franquicia Internacional. *Universitas*, (132), 21-58.
- Londoño Álvarez, M. F. (2005). El contrato de franquicia internacional en Colombia. *Revista Foro del Jurista* (26), 139-146.
- López Álvarez, A. L. (2011, Enero/Junio). El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. *Revista e-Mercatoria* 10 (1). Recuperado de: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDF01/111.pdf>.
- López Medina, D. E. (2007). Teoría del derecho judicial: el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica antiformalista al derecho. En *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (pp. 265-336). Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- López Rodríguez, A. (2006). Las compilaciones orgánicas de principios generales del derecho de los contratos y su naturaleza jurídica. En A. L. Calvo Caravaca & J. Oviedo Albán, *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales* (pp. 119-142). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- López Santa María, J. (2009). Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado. En F. Mantilla Espinosa & F. Ternera Barrios (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 325-337). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.

- López Villegas, E. (2011). El paradigma de la argumentación de lo razonable. En *Derecho y argumentación* (pp. 73-168). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez.
- Magnus, U. (2012). Harmonization and Unification of Law by the Means of General Principles. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 161-174). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Mantilla Blanco, S. (2013). *¿Derecho a la Carta? Las cláusulas de ley aplicables y tres mitos de la cultura jurídica colombiana*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez.
- Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios, F. (2009a). Introducción General. El derecho de los contratos: entre lo general y lo especial. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. xv-xxxix). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios, F. (2009b). La resolución. En F. Mantilla Espinosa & F. Ternera Barrios (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 247-276). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Marín Fuentes, J. L. (2014). Parte Especial. En *Contratos Internacionales* (pp. 159-299). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Martel, F. (2011). *Cultura Mainstream. Cómo nacen los fenómenos de masas*. Trad. de Núria Petit Fontseré. México D.F., México: Taurus.
- Martínez Neira, N. H. (1994, Enero/Junio). Globalización financiera: Unificación legislativa, armonización regulatoria y supervisión internaciona. *Revista de Derecho Privado* (14), 7-38.

Medina Casas, H. M. (2009). La forma del contrato. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 383-394). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo & Superintendencia de Sociedades (2007). *Cartilla Nuevo Régimen de Insolvencia empresarial ley 1116 de 2006*. Recuperado de: <http://www.supersociedades.gov.co/delegatura-para-procesos-de-insolvencia/normatividad/cartilla/Documents/CARTILLA%20LEY%201116%20DE%202006.pdf>.

Monéger, J. (2011). De quelques problèmes posés par la circulation des modèles contractuels. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 209-227). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Moreno Rodríguez, J. A. (2010). La contratos y La Haya ¿ancla al pasado o puente al futuro? En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 245-339). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

Moreno Rodríguez, J. A. (2011). El derecho no estatal en la contratación latinoamericana actual. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 285-298). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Moreno Rodríguez, J. A. (2013). *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Centro de estudios de Derecho, Economía y Política -CEDEP-.

Mosquera Muñoz, F. (2010). La Franquicia, una estrategia de crecimiento empresarial. *Revista MBA EAFIT* (1), 70,85

Munar Cadena, P. O. (2015, Julio) *Internacionalidad del arbitraje en la Ley 1563 de 2012*. Recuperado de: <http://www.vsmlegal.com/notasdesdeescriptorio/internacionalidad-del-arbitraje-en-la-ley-1563-de-2012/>.

Muñoz Laverde, S. (2010). El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el Derecho colombiano. En J. G. Pinzón Sánchez, M. F. Navas Herrera & Y. Alarcón Palacio, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho Privado* (Vol. 1, pp. 211-245). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.

Najurieta, M. S. (2011). Elección por las partes de la ley aplicable al contrato. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 345-369). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Noguera Calderón, R. (2011). Presentación: la crisis de las fuentes del derecho en la globalización. En J. González Ibáñez & E. García López, *La crisis de las fuentes del Derecho en la Globalización* (pp. 15-18). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Noodt Taquela, M. B. (2011). El derecho aplicable por los árbitros al fondo del asunto. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 83-102). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Obregón Chávez, R. N. (2012). *Modelos de Contratos Internacionales*. Realizado para: Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo – PromPerú. Lima, Perú: Sub

Dirección de Servicios y Asistencia Empresarial. Recuperado de:  
<http://www.siicex.gob.pe/siicex/documentosportal/469767587rad790CB.pdf>

Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya. (2010). Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya? En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 341-363). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

Oñate Acosta, T (2009). Los contratos de Estado y los acuerdos internacionales de Inversión. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 849-859). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.

Opertti Badán, D., & Fresnedo De Aguirre, C. (2010). El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay - Una primera aproximación. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 385-411). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

Organización de los Estados Americanos (2013). *Reforma del régimen de garantías mobiliarias en las américas*. Recuperado de:  
[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias\\_mobiliarias\\_boletin\\_informativo\\_ago\\_2013.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_boletin_informativo_ago_2013.pdf).

Organización de los Estados Americanos, (s.f.a). *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Recuperado de:  
<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>

Organización de los Estados Americanos, (s.f.b). *Quiénes Somos*. Recuperado de:  
[http://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual & Centro de Comercio internacional (2006). *Intercambiar Valor. Negociación de Acuerdos de Licencia tecnológica. Manual de Capacitación*. Recuperado de: [https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos\\_relacionados/Publicaciones/Folletos/AcuerdosTecnologia.pdf](https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Folletos/AcuerdosTecnologia.pdf)
- Ortega Jaramillo, M (2005). El contrato de Franquicia. *Revista Foro del Jurista* (26), 160-172
- Oviedo Albán, J. (2006). Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como Lex Mercatoria. En A. L. Calvo Caravaca & J. Oviedo Albán, *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales. Tomo II* (pp. 22-53). Bogotá D.C., Colombia: Ibáñez.
- Oviedo Albán, J. (2013, Julio/Diciembre). Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles. *Revista de Derecho privado* (25), 81-107.
- Oviedo Albán, J. (2013, Abril/Junio). Las reglas de conflicto y la armonización del derecho de los contratos internacionales. *Revista foro derecho mercantil* (39), 43-69.
- Oviedo Albán, J. (2014, 15 de Abril). Instrumentos legales de comercio internacional. *La República*. Recuperado de: [https://www.larepublica.co/instrumentos-legales-de-comercio-internacional\\_111166](https://www.larepublica.co/instrumentos-legales-de-comercio-internacional_111166).
- Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C. (2014) Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6 (1), 253-268.
- Pájaro Moreno, N. (2015). Una propuesta metodológica para la unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia. En M. Castro De Cifuentes, M. A. Aramburo Calle, J. P. Cárdenas Mejía, C. J. Giraldo Bustamante, S. Muñoz Laverde & N. Pájaro Moreno, *Modernización de las obligaciones y los contratos: Seis estudios* (pp. 213-272). Bogotá D.C., Colombia: Universidad de los Andes & Temis.



- Parra Benítez, J. A. (2005). La interpretación en contratos de distribución. *Revista Foro del Jurista* (26), 175-183.
- Peña Castrillón, G. (2010). El futuro del derecho comercial. En J. G. Pinzón Sánchez, M. F. Navas Herrera & Y. Alarcón Palacio, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho Privado* (Vol. 2, pp. 383-394). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Peña Nossa, L. (2014). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales* (5ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ecoe Ediciones.
- Perales Viscasillas, P. (2014a). Derecho uniforme del comercio internacional y tratados de libre comercio en América. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 3-20). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Perales Viscasillas, P. (2014b). El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 236-318). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Perales Viscasillas, P. (2014c). La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit y los principios del derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de Lagunas. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 21-48). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Perales Viscasillas, P. (2014d). Los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 319-343). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Pereira Pereira, R. (2015). Insolvencia Transfronteriza. En *Derecho Concursal. Régimen de insolvencia empresarial* (2ª ed., pp. 743-817). Bogotá D.C., Colombia: Leyer.

- Permanent Bureau of The Hague Conference. (2010). Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles? *Uniform law Review. Revue de droit Uniforme*, XV, 883-903.
- Petsche, M. (2010). International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory. *Michigan State Journal of International Law*, 18 (3), 454-493.
- Pico Zúñiga, F. A., & Rojas Quiñones, S. A. (2013). *Solidarismo contractual*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo editorial Ibañez.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. Trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard & Guillermina Cuevas. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.
- Piris, C. R. A. (2014). La CIDIP-VII y la defensa del consumidor americano. Aportes desde la experiencia del Mercosur. *Revista de la facultad de ciencias económicas – UNNE* (12), 78-103.
- Plan Cameral de las Exportaciones (s.f.). *Modelos de Contratos Internacionales*. Recuperado de: <http://www.plancameral.org/web/portal-internacional/contratos-internacionales#despliega>
- Plazas Estepa, R. A. (2010, Enero/Junio). El Know-how dentro de los contratos de franquicia en Colombia. *Revista Republicana*, (10), 67-79.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Ramírez Torres, G. L. (2015, Julio/Diciembre). Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias. *Revista de Derecho privado* (54).

- Radbruch, G. (1967). El fin del Derecho. En L. Le Fur, J. T. Delos, G. Radbruch & A. Carlyle, *Los fines del Derecho* (pp. 56-78). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23<sup>a</sup> ed.). Madrid, España: Asociación de Academias de la Lengua Española (ASALE).
- Rey Vallejo, P. (2007, Enero/Junio). El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización. *Revista de Derecho Privado* (38), 2-23.
- Rincón Cárdenas, E (2009). Regulación de la contratación electrónica. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 861-881). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Rivera, J. C. (2007). Ley aplicable al fondo del asunto. En *Arbitraje comercial: internacional y doméstico* (pp. 507-565). Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Rivera, J. C. (2011). ¿Hacia un derecho supranacional de los contratos en América Latina? En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 299-320). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Rodotá, S. (2005, Julio/Diciembre). ¿Cuál derecho para el nuevo mundo? *Revista de derecho privado* (9), 5-20.
- Rodríguez Espitia, J.J. (2007). Aproximación al derecho concursal colombiano. *Revist@ E – Mercatoria* 6, (2). Recuperado de:  
<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen6/pdf02/aproximacion.pdf>.

- Rodríguez Fernández, M. (2005). El contrato internacional de construcción: Aspectos generales. *Revist@ E – Mercatoria* 5, (1). Recuperado de:  
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/viewFile/2090/1871>
- Rodríguez Fernández, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Fernández, M. (2012, Julio/Diciembre). Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. *Revist@ e – Mercatoria* 11, (2), 45-89.
- Rodríguez Fernández, M. & Arias Barrera, L. C. (2009). Aspectos introductorios al crédito documentario. *Revist@ e – Mercatoria* 8, (1). Recuperado de:  
<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN8/PDF01/aspectos.pdf>
- Rodríguez Mejía, M. (2012, Julio/Diciembre). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de derecho privado*, 23, 379-417.
- Roitman, H. (1998). El derecho comercial al finalizar el siglo. *Revista de Derecho privado* (3), 65-74.
- Rojas Tamayo, A. & Rodríguez Fernández M. (2008). Sistemas para la Determinación del precio y Condiciones de Pago en el contrato internacional de construcción. *Revist@ e – Mercatoria* 7, (1). Recuperado de:  
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2051/1838>
- Tamayo Jaramillo, J. A. (2005). Garantías en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista Foro del Jurista* (26), 201-238.
- Tenera Barrios, F (2009). La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: matrimonio de dos culturas jurídicas. En F. Mantilla Espinosa, & F. Tenera

- Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 399-414). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Tobar Torres, J. A. (2009). *La aplicabilidad de los principios sobre los contratos comerciales de Unidroit en el marco del arbitramento internacional* (Tesis de maestría). Bogotá D.C., Colombia: Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- Tobar Torres, J. A. (2012, Mayo/Agosto). La nueva Lex Mercatoria o de cuando la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la Nueva Lex Mercatoria en el Comercio Internacional. *Pensamiento Jurídico* (34), pp. 239-274.
- Tomás Martínez, G. (2013). Harmonisation of european contract law: slowly but surely? *Challenges of the Knowledge Society*, 1 (20), 397-404.
- Torres Torres, A. Y. (2012). *Principios fundamentales del comercio electrónico*. Bogotá D.C., Colombia: Temis & Universidad de los Andes.
- Samtleben, J. (2010). Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 413-426). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Sanabria Gómez, A (2009). El contrato de factoring. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 455-474). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Sánchez Torres, C. A. (2011). Fuentes del derecho en la globalización. En J. González Ibáñez & E. García López, *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización* (pp. 33-44). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

- Santos Belandro, R. (2012 Enero/Junio). La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, 291-323.
- Schwenzer, I. (2013). Who Needs a Uniform Contract law, and Why? *Villanova Law Review*, 58, 723-732.
- Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (s.f.). *Historia del Proceso de las CIDIP's: Desarrollo del Derecho Internacional Privado*. Recuperado de: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_internacional\\_privado\\_desarrollo.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_desarrollo.htm)
- Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP-VII (2010). *Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII\\_doc\\_3-09\\_rev3\\_reglamento\\_modelo.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_3-09_rev3_reglamento_modelo.pdf)
- Sierralta Ríos, A. (2010). El impacto del derecho internacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*(pp. 151-180). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Silva Romero, E. (2002, Enero/Junio). Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. *Revista de derecho privado* (28), 3-43.
- Solarte Rodríguez, A. (2004, Julio/Diciembre). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas*, 53 (108), 281-315.
- Suescun Melo, J. (1993, Enero/Junio). Análisis comparativo sobre algunos aspectos del régimen de obligaciones y de contratos en general del Código de Comercio y del Código Civil. *Revista de Derecho Privado* (12), 145-188.

Uprimny, R. (2012, 17 de Enero). *¿Es precedente judicial la nueva teoría de la “cesantía comercial” de la Corte Suprema?* Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti-120314-12-es-precedente-judicial-la-nueva-teoria-de-la-cesant.cshtml>.

Unidroit. (s.f.). *Acerca de nosotros*. Recuperado de: <http://www.unidroit.org/fr/presentation/presentation>

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2008). *Derecho Civil. Tomo I. Parte general y personas* (16ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis S.A.

Vargas Gómez-Urrutia, M. (2000). *Contratación internacional en el sistema interamericano*. México D.F., México: Oxford University Press.

Vásquez Palma, M.F. (2012). Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional: un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile. *Revista Chilena de derecho Privado* 18, 9-94.

Vásquez Valencia, M.V. & Ángel Posada, A. F. (2011, Julio/Diciembre). La insolvencia transfronteriza: generalidades de un fenómeno económico con impacto jurídico. *Criterio Jurídico*, 11 (2), 145-164.

Velásquez Restrepo, C. A. (2005). Agencia Comercial: panorama actual y perspectivas. *Revista Foro del Jurista* (26), 261-272.

Vigotti, F. (2005). Contratos internacionales: aspectos teóricos y prácticos. En A. Zapata de Arbeláez, *Derecho Internacional de los Negocios. Tomo II* (pp. 49-70). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Wilches Durán, R.E. (2009). La insolvencia transfronteriza en el derecho Colombiano. *Revista de derecho*, Universidad del Norte, 32, 162-198.

Zapata De Arbeláez, A. (1998). Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional. *Revista de Derecho Privado* (4), 87-101.

Zapata De Arbeláez, A. (2010). El régimen jurídico de los contratos internacionales en Colombia. En *Derecho Internacional de los Negocios. Tomo III* (pp. 13-58). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Zapata de Arbeláez, A. (2012, 26 de Noviembre). Los instrumentos del Derecho Internacional como puntales para interpretar normas internas. *Ámbito Jurídico*, pp. 21.

Zúñiga Ordoñez, J. L. (2015). Contratos de concesión mercantil de agencia y franquicia internacional que se ejecutan en Colombia. *Juridicas CUC 11*, (1), pp. 267-292.

Zuleta Tisnés, J. D., Álvarez Osorio, S., Restrepo Santamaría M. y Londoño P. (2012, Julio/Diciembre). Colombia, una piedra más en la torre de babel de la legislación del contrato de transporte marítimo internacional. *EAFIT Journal of International Law* 3 (02), 54-65.

Zuluaga Gil, R. (2004). La racionalidad argumentativa en la aplicación del derecho. En R. Zuluaga Gil, J. A. García Amado, R. Arango, B. Espinosa Pérez, R. Carrión Wan, E. Haba & R. Uribe (Ed.), *Interpretar y Argumentar. Nuevas perspectivas para el Derecho* (pp. 7-12). Bogotá D.C., Colombia: Sanchez R. Ltda.