

**LA RECEPCIÓN DE LA NOVA LEX MERCATORIA EN EL RÉGIMEN DE
FUENTES DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO: LA EFICACIA DEL ACTO
JURÍDICO POR SU OBJETO**

EDILBERTO MELO RUBIANO¹

Trabajo presentado como requisito parcial para optar por el título de abogado

Director:

Mg. RICARDO DÚRAN VINAZCO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

BOGOTÁ D.C.

2015

¹ Candidato a optar por el título de abogado de la Universidad Santo Tomás. Estudiante de pregrado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá en las Facultades de Medicina, Odontología y Ciencias Sociales. Joven investigador.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS-BOGOTÁ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES “FRANCISCO DE VITORIA”

PRESIDENTE DE TESIS:

David Valencia Villamizar

DIRECTOR:

Ricardo Durán Vinazco

JURADOS:

Samuel Yong Serrano

Ángel Ignacio Góngora Vega

CALIFICACIÓN: Aprobada meritoria

Conforme consta en el Acta No. 789 del CIFRAVI dada a los 18 días del mes de febrero de 2016.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1 CAPÍTULO: RÉGIMEN DE FUENTES DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO.

- a. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO.
- b. CONCEPTO DE DERECHO PRIVADO.
- c. CARACTERÍSTICAS DE SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA.

2 CAPITULO: RÉGIMEN DE FUENTES DE LA NOVA LEX MERCATORIA.

- a. EL PLURALISMO JURÍDICO Y LA GLOBALIZACIÓN.
- b. LA LEX MERCATORIA MEDIEVAL.
- c. LA NOVA LEX MERCATORIA.
- d. EMISORES.
- e. RÉGIMEN DE FUENTES.
- f. PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE APLICACIÓN DE LA N.L.M.
- g. PRINCIPIOS DE LA N.L.M.
- h. VENTAJAS DE LA LEX MERCATORIA CONTEMPORÁNEA.
- i. OTROS ASPECTOS.
- j. OTRAS LEX: LOS CASOS DE LA CONSTRUCCIÓN, LA AVIACIÓN, EL DEPORTE Y EL PETROLEO.

3 CAPITULO: LA RECEPCIÓN DE LA NLM EN EL RÉGIMEN DE FUENTES DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO: LA EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO POR EL OBJETO.

- a. CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO.
- b. CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO.
- c. LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO DE LOS ACTOS EN EL DERECHO PRIVADO.
- d. LA EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO POR SU OBJETO.
- e. LA RECEPCIÓN DE LA NOVA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

“La vida es un acto de comercio”

Profesor de Derecho comercial general y colombiano, noviembre de 2009.

El presente trabajo de grado parte de la pregunta: ¿Es jurídicamente posible aplicar en Colombia a la eficacia de los Actos Jurídicos por el objeto, Costumbres Mercantiles Internacionales, Convenciones, Leyes Modelo, Guías, y Principios y Reglas como expresiones de la Nova Lex Mercatoria?. Tal cuestionamiento parte del hecho de que al interior del derecho privado, el Acto Jurídico reviste suma importancia por cuanto es “la manifestación de la voluntad encaminada a generar efectos jurídicos” (Paredes, 2009, 532), siendo necesario contar con los elementos de existencia que doctrinalmente han sido “la voluntad manifestada en forma idónea, [...] el objeto [jurídico] posible y determinado” (Cubides & Prada, 2012, 28) y “la solemnidad para aquellos actos que la requieran para ser eficaces” (Paredes, 2009, 533), de tal forma que al realizar la incorporación del ordenamiento legal a dicho Acto se establezca el marco regulatorio que defina sus efectos jurídicos *finales* y la eficacia del mismo (Paredes, 2009).

Con el advenimiento de una diversidad de operaciones comerciales que se manifiestan a través de transacciones jurídicoeconómicas no reguladas en los ordenamientos de los Estados, ya sea a causa del desconocimiento de dichos negocios o la ineficiencia en el trato de los mismos², los sujetos contemporáneos del Derecho Comercial Internacional (DMI)³ han considerado la necesidad de establecer un conjunto de *herramientas* que les permitan desarrollar el tráfico

² Para Álvarez Larrondo (2013) la Ley al encontrarse de frente con las características de la economía contemporánea se muestra inepta para respaldar al sistema económico en continua transformación; en consecuencia, tal *fenómeno* exige figuras flexibles tales como el contrato que nace de la *circulación internacional de modelos contractuales uniformes* (294-295).

³Para Oviedo (2008) el DMI contemporáneo es heredero de la *lex mercatoria medieval*, ya que se presentan como causas del mismo: 1) la insuficiencia del derecho preexistente para regular transacciones jurídicas constitutivas de su objeto, 2) la naturaleza no legislada de la mayoría de sus normas y 3) el desarrollo de hecho de un sistema judicial propio a través de la resolución arbitral (35-36).

comercial que adquiere cada día mayores connotaciones globales (Oviedo Albán, 2008, 35), siendo tales herramientas la manifestación de la Nova Lex Mercatoria (NLM).

Sin embargo, en la actualidad, para que el tráfico comercial se pueda desarrollar es necesario identificar al interior del objeto del Acto Jurídico los requisitos que la Ley imperativa considera para la eficacia del mismo⁴, de tal forma que los vacíos que presente el contrato se llenen con la aplicación de normas supletivas, las cuales de emplearse podrían incorporar “no solo elementos de la costumbre nacional o local, sino [también] elementos de la costumbre internacional, como cuando la *lex mercatoria* (ibíd.) se incorpora a los contratos” (Paredes, 2011, 540).

Lo anterior plantea, entonces, un problema: si bien en el derecho privado colombiano es posible aplicar normas consuetudinarias de conformidad con lo preceptuado en el art. 3 del estatuto mercantil a la regulación del Acto Jurídico, en cuanto no contraríen el derecho imperativo *–prater legem–*, no es claro si en aras de la eficacia de dicho Acto, las partes en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad negocial pueden incorporar en el objeto de dicho instrumento, costumbres mercantiles internacionales, convenciones, leyes modelo, guías, así como principios y reglas, como herramientas de eficacia, entendida esta como la instancia del Acto Jurídico, en donde la idoneidad y la capacidad del objeto se lleva a su cabal ejecución, permitiendo la satisfacción de los agentes que lo celebraron (Cubides & Prada, 2012, 27).

Conforme a lo anterior puede establecerse como hipótesis que sí es jurídicamente posible aplicar en Colombia los instrumentos internacionales mencionados anteriormente como expresión de la Nova Lex Mercatoria, en la eficacia de los Actos Jurídicos, bajo la presencia de dos requisitos: 1) la observancia de disposiciones legales de carácter imperativo, y 2) la falta de fuentes internas aplicables de naturaleza legal.

⁴ Para Namén Vargas (2009): “el negocio jurídico es eficaz en cuanto tenga poder, fuerza o aptitud para generar, producir, realizar o desencadenar efectos jurídicos” (191).

Para responder a la pregunta problema, el presente trabajo se ha dividido en tres capítulos: el primero que desarrolla el régimen de las fuentes del derecho privado colombiano a través de la explicación de los conceptos de fuentes y derecho privado, y la caracterización de dicho régimen a la luz de la doctrina y la jurisprudencia patria, haciendo la salvedad de que algunas categorías a usar aún se encuentran en discusión al interior de la academia.

El segundo que versa sobre las fuentes de la NLM a través de su explicación en el contexto de la globalización y en lo local, la existencia de un pluralismo jurídico que permite su reconocimiento, de igual modo, haciendo mención de sus emisores y de los principales instrumentos de acción al interior de los cuales se encuentran la Convención de Viena, de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, y los principios Unidroit.

En el tercer capítulo se analiza la recepción de la NLM en el derecho privado nacional a través de la eficacia del acto jurídico por su objeto, contando para ello con la explicación de los requisitos de existencia y validez del negocio, la definición e importancia de la autonomía privada de la voluntad y finalmente la asunción de la costumbre *praeter legem* como uno de los medios idóneos para que la Lex Mercatoria actual tenga efectos al interior de la eficacia del acto jurídico.

CAPITULO 1: RÉGIMEN DE FUENTES DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO

En la lengua castellana. la RAE ha expresado que el concepto “fuente” tiene diversas acepciones en donde terminan destacándose dos: “Manantial de agua que brota de la tierra” y “Principio, fundamento u origen de algo”. Históricamente las sociedades han considerado necesario organizar en su interior un conjunto de normas que se encarguen de administrar los recursos, conductas e instituciones de la comunidad, hallándose un sistema de fuentes, que entendiéndolo como de *donde brota el agua y el origen de algo*, sería una de las primeras y más importantes decisiones de ella porque expresaría las relaciones entre diversas fuerzas sociales políticamente organizadas, que en un estadio histórico determinado darían vida a un régimen político (Sierra Porto, 1998: 43).

Al interior de la teoría jurídica la categoría “fuentes de derecho” es sumamente equivoca y una de las más ambiguas” (Sierra Porto, 1998: 45), por lo que ha sido tratada como una categoría confusa, perturbadora y con un bajo rigor científico (Santamaría Pastor, 1988); sin embargo, han existido diversidad de definiciones a nivel doctrinal y jurisprudencial. Por ejemplo, en la doctrina española Rubio Llorente expresa que las fuentes del derecho son “los actos y hechos a los que las normas sobre producción de un sistema jurídico concreto atribuyen la capacidad de crear normas con validez *erga omnes* (sic)” considerando que dicho concepto es suficiente para determinar cuáles son las formas en que se expresa el derecho a las que el juez puede acudir para fundamentar su decisión, pero no proporciona información sobre las ideologías o intereses que determinan las normas y los procesos sociales que modifican el sistema (citado en Sierra Porto, 1998: 45-46).

A nivel nacional, el profesor Sierra Porto afirma que el concepto “fuentes del derecho” tiene dos elementos, el primero tres ideas previas: 1) es el origen de las normas jurídicas, 2) es una instancia de legitimación o causa de justificación del orden jurídico y 3) es el medio material para conocer el derecho positivo –leyes,

códigos, jurisprudencia- (Sierra Porto, 1998: 45); el segundo una definición: es el conjunto de normas “que determinan cuáles son los sujetos o actos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de crear normas (fuentes de producción), los procedimientos por los que se crea el derecho (fuentes sobre la producción) y las *formas* a través de las cuales se expresa ese derecho” (Sierra Porto, 1998: 47).

Ritter considera previo a definir la expresión “fuentes del derecho”, el deber de hacer referencia al derecho positivo, entendido éste como “el conjunto de normas que regulan la conducta de los miembros de una comunidad –que es el Estado– en un momento histórico determinado” (Ritter, 1973: 15), de tal forma que no se permita considerar como *fuentes* jurídicas el conocimiento de los documentos, los testimonios, la historia de los ordenamientos jurídicos, así como Dios y la naturaleza (Ritter, 1973: 16). En un texto de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla se entiende “que la palabra fuentes designa las causas de creación del derecho, como también la manifestación o expresión visible del derecho. Igualmente se le ha atribuido el sentido de fundamento de validez de las normas jurídicas” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1988: 99)

Tradicionalmente en las fuentes del derecho ha existido una clasificación entre fuentes materiales que se entienden como “todos aquellos grupos sociales de donde procede el Derecho” entre las cuales se encuentran los órganos legislativos, los partidos políticos y la sociedad en general con su idiosincrasia, tendencias y presiones (Ritter, 1973, 16), y las fuentes formales que “son aquellos medios a través de los cuales se manifiesta el derecho” siendo preponderante su exteriorización en la ley, la costumbre y de una forma muy alejada la jurisprudencia (Ritter, 1973: 16).

En materia iusprivatista se ha entendido que al hablar de “fuentes” es hacer referencia “al origen del derechos de los contratos y del negocio jurídico, a los fenómenos que le dan nacimiento, a las manifestaciones de la voluntad humana o a los usos o prácticas sociales que los generan” que en su interior trae consigo su

propia clasificación y comprensión” (Urbina, Acosta, Duran, & Palomares, 2010: 111).

Jurisprudencialmente las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia han entendido de forma similar las fuentes del derecho, en el caso de la primera ha aseverado que en los ordenamientos jurídicos han existido fuentes materiales que determinan el contenido de los preceptos legales tales como los hechos y circunstancias de naturaleza social, económica, política que hacen producir el derecho (Sentencia C-104-93), y las fuentes formales de naturaleza objetiva que son los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, encontrándose dentro de este grupo la legislación, la jurisprudencia y la costumbre (Sentencia C-816-11), siendo estas últimas, junto a los principios generales del derecho y la equidad, criterios auxiliares de la actividad judicial (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de 10 de junio de 2003).

CONCEPTO DE DERECHO PRIVADO

El profesor Calderón afirma que frente a existen diversos caminos para definir el derecho, dos de ellos son: el primero, bajo el cual los criterios formales entenderían a esta rama como “el conjunto de enunciados normativos y de normas que se encuentran contenidos o se adscriben al Código de Comercio o al Código Civil” (Calderón, 2011: 7), y el segundo, desde una mirada jurisdiccional que concebiría al iusprivado como la regulación de cuestiones que le corresponde definir a la jurisdicción civil (Calderón, 2011: 7).

Una manera clásica de identificar al derecho privado es yuxtaponiéndolo al derecho público. En efecto dicha determinación ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano, y doctrinantes como Valencia Zea son de la opinión, que dicha división no tiene mayor valor al permitir una mejor especialización de la diversidad normativa, aunque esté revaluada (Valencia Zea, 1989: 18). Autores extranjeros como Bobbio –citado por Calderón (2011) – consideran que el derecho privado es el área jurídica que se encarga: 1) de los

asuntos relacionados con los miembros de una colectividad o con los grupos menores de la misma, 2) de la utilidad de los individuos y 3) de las “relaciones entre iguales atadas a vínculos de coordinación” (Calderón, 2011: 9).

El ya citado Calderón considera, siguiendo el criterio anteriormente expuesto de la yuxtaposición, que el derecho privado –a diferencia del público– “es el lugar donde el contrato como instrumento privilegiado permite “la libre regulación de las relaciones particulares” y ofrece “un dilatado campo de acción para los intercambios voluntarios mediante el otorgamiento de un extendido margen de configuración y autorregulación de los intereses privados” (Calderón, 2011: 10-11). Otrora para el doctrinante Fernando Vélez el derecho privado es la regulación de las relaciones de los individuos entre sí y comprende el derecho civil, el derecho comercial y el derecho procesal (Vélez, 1981: 21).

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha interpretado al derecho privado bajo la evidencia de diversos matices que no son convergentes con relación a la protección de derechos fundamentales. De esta forma, a partir del estudio de litigios en la contratación bancaria, de aseguradoras y la ejecución de contratos de medicina prepagada, la Corte ha podido establecer ciertos ítems para identificar en qué casos se estaría frente a la regulación iusprivatista. Como primera idea se presenta que toda relación jurídica que tenga la capacidad dispositiva para promover el intercambio social, hacer cumplir los derechos y obligaciones de dicha relación y estimular las transacciones con una mayor certidumbre, así como una reducción de costos está circunscrita al derecho de las normas privadas (Sentencia T-240-93).

El segundo ítem que la Corte encuentra es que el dominio del derecho privado se vislumbra en aquella relación jurídica donde el contrato es la pieza fundamental de la misma, y las partes en uso de los principios de autonomía y buena fe puedan modificar la aplicación de normas no imperativas (Sentencia, T-448-05). También ha expresado que frente a problemáticas jurídicas de naturaleza económica o patrimonial –*verbigracia el acceso al depósito en garantía o el incumplimiento de*

obligaciones contractuales—, la legislación ordinaria ha configurado acciones judiciales efectivas para la resolución de las mismas, por lo que salvo que exista subordinación, indefensión manifiesta o preeminencia, dichas problemáticas serán de regulación iusprivatista (Sentencias T-910-09 y T-160-10).

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

En la actualidad no existe uniformidad en el tratamiento que se da a las fuentes del derecho privado patrio; sin embargo, teniendo como pautas lo establecido por los doctrinantes nacionales y los pronunciamientos judiciales, se considerará al Régimen de fuentes de la manera como a continuación se expone, no pudiendo dejarse de lado la discusión que aún existe acerca del orden o prelación del articulado del Código de Comercio vigente y del Estatuto Civil de 1887, para efectos de la legislación aplicable a los negocios particulares⁵.

Cuando se hace referencia al sistema de fuentes formales del derecho —asevera Fonseca Ramos— se está hablando de “la forma como el ordenamiento jurídico se manifiesta mediante normas jurídicas generales, impersonales y abstractas” (1992: 33), que en el caso colombiano puede darse a través de 2 formas dependiendo de la óptica en la que se encuentre; la primera, bajo el esquema de la unidad del derecho privado, y la segunda que atiende a la división del mismo (Gil Echeverry, 2012: 30), en donde la doctrina patria ha expresado que “[d]e cara a lo primero, el derecho comercial sigue teniendo una íntima conexión con el derecho civil, pudiéndose considerar como el hijo aun no emancipado. Si nos atenemos a lo segundo, desde los principios del siglo pasado el comerciante (empresario) y los asuntos de comercio, empezaron a tomar perfiles propios y “alzar vuelo”, lo que produjo la consolidación del derecho mercantil como una rama autónoma del derecho privado tradicional o derecho civil” (Gil Echeverry, 2012: 30).

⁵ El profesor Gil Echeverry (2012) tiene una compilación completa acerca de cómo la mayoría de los doctrinantes nacionales y de la jurisprudencia de casación han desarrollado el régimen de fuentes del derecho privado, ver especialmente pp. 31-78.

Difiriendo de la postura de la división normativa y conforme a lo expuesto por los doctrinantes Cubides Camacho & Prada Márquez, se toma la tesis acerca de la unificación del Derecho Privado colombiano bajo una interpretación armoniosa de sus normas, sin el establecimiento de prelaciones legales donde no sea necesario hacerlo, buscando a partir de la aplicación de la Ley, del principio, de la costumbre, o de la analogía, reflejar las características y circunstancias del caso sometido a análisis (2012: 18). Teniendo en cuenta que, si bien, la regulación de los actos jurídicos hecha por los Códigos de Comercio y Civil tienen diferencias, es posible lograr una interpretación armoniosa de dichos estatutos siendo sus fundamentos el mismo e iguales los postulados rectores que los orientan (Cubides Camacho & Prada Márquez, 2012: 20).

En materia sustancial el Código de Comercio, el Código Civil, la Ley 153 de 1887, y en materia procesal el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso consagran las normas que fundan la armonización del derecho privado nacional. En efecto, el Estatuto mercantil vigente en sus artículos 1 al ,9 así como en el 822, consagra el Régimen de fuentes del Derecho Comercial colombiano y a su vez el Estatuto Civil de 1887 en su artículo 30 estipula la cláusula legal de interpretación por contexto. Por otra parte la Ley 153 de 1887 en sus artículos 8 y 13 establece el principio de analogía y la fuerza normativa de la costumbre respectivamente. Además los artículos 37 numeral octavo, 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil; y los artículos 7, 42 numeral sexto, 178 y 179 del Código General del Proceso constituyen las reglas procesales de la aplicación del artículo 8 de la referenciada Ley 153, así como la prueba de los usos y costumbres, y de la costumbre mercantil.

Como se mencionó los artículos 1 al 9 y 822 del Estatuto Mercantil consagran las fuentes del Derecho comercial patrio, indicando el orden de prelación que deben observar las partes y el juez para interpretar el acto jurídico, no siendo su jerarquía absoluta debido a la diferencia que a nivel jurisprudencial y doctrinal tiene dicha graduación. La importancia de la jerarquización de las fuentes la pone de presente los profesores Madriñan de la Torre & Prada (2013) al afirmar que: “[e]l grado

superior que posee la fuente escrita, la diversa naturaleza de sus disposiciones, la presencia de la costumbre, la invocación genérica que se hace de las normas civiles y el principio de la libertad contractual que ha exaltado el valor de la voluntad de las partes en los actos que intervienen, exigen una graduación de su eficacia normativa para determinar un orden de aplicación para un caso dado” (62).

Conforme a lo precedente, el orden que se encuentra para efectos del presente estudio es: **1)** estipulación de los contratos válidamente celebrados (art. 4) en concordancia con la aplicación general de ley civil (art. 2) y la aplicación especial de las disposiciones civiles en la formación de los actos jurídicos, las obligaciones y la prueba (art. 822); **2)** aplicación de la ley comercial, la analogía de sus normas (art. 1), teniendo en la cuenta a la costumbre mercantil como ley (art. 3) y criterio de interpretación (art. 5), en concordancia con la prueba de la misma (art. 6); **3)** tratados no ratificados y costumbres internacionales (art. 7) de conformidad con su prueba (art. 9); **4)** costumbre mercantil extranjera (art. 8); y **5)** art. 8 de la Ley 153 de 1887.

- 1)** Estipulación de los contratos válidamente celebrados (art. 4) en concordancia con la aplicación general de ley civil (art. 2) y la aplicación especial de las disposiciones civiles en la formación de los actos jurídicos, las obligaciones y la prueba (art. 822).

Esta fuente encuentra asentamiento en el principio de la autonomía privada de la voluntad reconocido en el art. 1602 del Código Civil, donde “las partes siempre pueden acordar cuanto a bien tengan con tal que su expresión de voluntad no contrarié el orden público y las buenas costumbres” (Madríñan de la Torre & Prada, 2013: 45), límites consagrados en los Arts. 6 de la Constitución Política y 16 del Código Civil. De esta forma el principio de la autonomía de la voluntad enmarca no solo un querer de las partes nacido de un acto voluntario, sino también el poder, la capacidad de los particulares de autorregularse (Bonivento Correa, 2000, 14)

Siguiendo lo precedente el principio de la autonomía de la voluntad como estructura jurídica de la contratación privada, verbigracia la definición del Acto Jurídico como ley, y la interpretación del mismo en compañía de limitantes a saber, el orden público y las buenas costumbres (Bonivento Correa, 2000: 40), tiene como consecuencia el que los sujetos de derechos tengan la facultad de negociar sus intereses en procura de satisfacer sus necesidades vitales, a través de la disposición o abstención (libertad de contratar o no contratar), la selección del sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), la escogencia o creación del tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales), la celebración de inmediato o previo agotamiento de una fase, y hacerlo directamente o a través de otro (libertad de expresión o de forma), determinando el contenido (libertad de estipulación) asegurando el cumplimiento y previniendo la terminación, garantizando de esta forma la atenuación o ampliación de la responsabilidad (Sentencia de Casación Civil de 30 de agosto de 2011, M.P William Namén Vargas).

El desarrollo que ha tenido la autonomía de la voluntad al interior del Derecho Privado ha exigido que la normatividad sea clasificada conforme a la función que cumple a consecuencia de dicho postulado (Madriñan de la Torre & Prada, 2013, 50), de ahí que históricamente se hayan observado tres tipos de leyes:

- I. *Las imperativas*: son las relacionadas con temas de orden constitucional (art. 4 de la actual carta política) y orden público⁶, por ejemplo la seguridad del

⁶ La Sala de Casación Civil ha manifestado: “En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [sic] 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

Estado, las normas procesales (art. 13 del Código General del Proceso), los intereses de terceros, las buenas costumbres (art. 16 del C.C.) y la moralidad en el ejercicio de los negocios. En materia de contratación privada regulan los requisitos de existencia, validez, eficacia, oponibilidad y elementos esenciales de los actos jurídicos (Madriñan de la Torre & Prada, 2013: 50). Espinosa Pérez (2000) se refiere a este tipo de norma como aquella que regula “aspectos, contratos o situaciones donde existan razones de orden público, sin que desde la noción de orden público pueda cobijarse todo mandato legislativo por el solo hecho de ser tal.”

- II. *Las dispositivas*: son aquellas que “tienen por objeto regular ciertos fenómenos ajenos a la voluntad de las partes “por vía principal o exclusiva” (sic)” (Madriñan de la Torre & Prada, 2013: 50) por ejemplo lo preceptuado por el art. 1324 mercantil y,
- III. *Las supletivas*: que regulan las relaciones de los contratantes cuando “no lo han hecho o lo han dispuesto en forma insuficiente”, por ejemplo los elementos naturales de los actos jurídicos en particular (Madriñan de la Torre & Prada, 2013: 50, 64).

Frente a la aplicación de las normas civiles, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritariamente han considerado que bajo la óptica de los arts. 2 y 822 de la codificación mercantil existen dos caminos: la aplicación directa y la aplicación residual o subsidiaria (Gil Echeverry, 2012: 99-112). Bajo la primera se encuentra la remisión hecha por el legislador a la codificación civil en asuntos puntuales contemplados en los arts. 12, 127, 138, 822, 900, 1223 y 1438 del Código de Comercio entre otros. La jurisprudencia patria interpretando el alcance del art. 822 mercantil afirma:

vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de 19 de octubre de 2011, M.P William Namén Vargas).

“en relación con la aplicación de los preceptos civiles a los asuntos mercantiles que tocan con los actos y las obligaciones de éste linaje y respecto de cada una de las situaciones que ella misma define, sobrepasa la preferente aplicación de la analogía de las normas comerciales que, por regla general, establece el código de comercio, pues yendo más allá y justamente con el fin de precaver lo que se debe hacer en presencia de un vacío legal, e incluso para evitarlo en lo posible, integra al cuerpo de normas comerciales los principios y, por ende, las normas del derecho civil en lo que respecta a los negocios jurídicos y a las obligaciones mercantiles” (cursiva no original, Sentencia de Casación Civil de 30 de agosto de 2001, M.P Nicolás Bechara Simancas).

En la aplicación residual o subsidiaria dispuesta en el artículo 2 del C. de Co. se presenta luego de agotarse la aplicación de la normatividad mercantil, la analogía y la costumbre comercial, permitiendo suplir las deficiencias legales positivas o consuetudinarias que llegaren a presentarse⁷ (Gil Echeverry, 2012, 111), por lo que tal remisión “a las disposiciones de la legislación civil como un estatuto unificado, [...] habilita la aplicación de cualquier norma del derecho común, sea de carácter especial o general” (Gil Echeverry, 2012: 112), tratamiento que es consecuente con la naturaleza del ordenamiento civil ya que este, también llamado derecho común, se encarga de regular todo aquello que surta efecto de los asuntos surgidos entre los particulares y que no estén sujetos a disposición especial (Madriñan de la Torre & Prada, 2013: 46).

- 2) Aplicación de la ley comercial, la analogía de sus normas (art. 1), y la costumbre mercantil como ley (art. 3) y criterio de interpretación (art. 5), en concordancia con la prueba de la misma (art. 6).

Madriñan de la Torre & Prada son de la idea que conforme a la estructura del Derecho Privado nacional, sus fuentes formales son la ley y la costumbre comerciales, la primera que es la formulación estatal encaminada a regular los asuntos de los particulares, y la segunda, manifestación de prácticas sociales bajo los requisitos de ser generales, uniformes, públicas y reiteradas (2013: 47), cuya

⁷ Ver Sentencia de Casación Civil de 27 de marzo de 1998, M.P José Fernando Ramírez Gómez.

clasificación se da en dos tipos: la local que es en una determinada zona del país y la nacional o general que es la observada en todo el territorio colombiano (Madriñan de la Torre, 1962: 50).

Respecto al contenido de la ley mercantil nacional se pueden afirmar dos ideas: en primer lugar su acepción debe ser interpretada bajo la óptica constitucional en el sentido del art. 230 de la Carta Política, es decir, de ordenamiento jurídico donde los poderes organizados ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas (Sentencia, C-486-93), y como segundo ítem, que esta incluye los tratados internacionales que contienen normas reguladoras de temas comerciales, las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones, las circulares de la Superintendencia Financiera y los diversos Tratados de Libre Comercio en vigor (Madriñan de la Torre & Prada, 2013: 48-49).

El art. 1 del C. de Co. contempla además la posibilidad de acudir a la analogía como un mecanismo regulador a falta de Ley expresa para un caso en concreto. La jurisprudencia constitucional ha manifestado la existencia de tres elementos para su configuración: 1) Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; 2) el caso previsto por la norma a aplicar sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; y 3) la existencia de la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto en el precepto normativo (Auto 232-01).

Específicamente, en el Derecho Privado la analogía debe ser entendida –en palabras de la C. Constitucional– como “la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma” (Sentencia, C-083-95), siendo su naturaleza la manifestación del principio de la igualdad así como el de la justicia, empero no considerándose como fuente autónoma diferente de la legislación.

Se considera la existencia de dos tipos de analogías: la legis y la iuris, donde en la primera el juez “aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está” (Sentencia, C-083-95). En la analogía iuris por el contrario, a partir de diversas disposiciones legales, el operador judicial extrae los principios generales que las constituyen a través de inducción, aplicando a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada (Sentencia, C-083-95).

En relación a su aplicación frente a la costumbre la doctrina (Gil Echeverry, 2012: 61-64) y la jurisprudencia consideran a la analogía su carácter privilegiado frente a la primera, siendo esta la posición de la Corte Suprema de Justicia al afirmar *in extenso*:

“Conforme a lo prevenido en tales disposiciones [arts. 1 al del Código de Comercio], las situaciones o relaciones jurídicas de éste linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita, debe recurrirse a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante la cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica (art. 1º C. de Co.). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudir a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el art. 3º ejúsdem, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil [...]” (Sentencia de Casación Civil de 27 de marzo de 1998, M.P José Fernando Ramírez Gómez).

La costumbre mercantil para su existencia jurídica en Colombia requiere varias exigencias, su generalidad, uniformidad, publicidad y reiteración. Siendo cada uno de estos explicados a continuación, no sin antes afirmar que dichos requisitos han sido entendidos doctrinalmente como partes del elemento objetivo o material del derecho consuetudinario, es decir, como “una serie de hechos análogos en el comportamiento humano, hechos que han adquirido entidad en virtud de su repetición” a través de “un proceder uniforme y reiterado” (Madriñan de la Torre,

1962: 31) y “con respecto a un cierto aspecto de la vida social” (Madriñan de la Torre & Prada, 2013: 51).

La *generalidad* se reputa de la práctica de la costumbre comercial por parte de un número plural de personas, la *uniformidad* se refiere a la igualdad en la práctica, “en razón de un proceder idéntico frente a determinada situación” (Madriñan de la Torre, 1962, 33), la *publicidad* atiende al conocimiento del conglomerado social o del grupo que la realiza (Madriñan de la Torre, 1962: 33-34), y la *reiteración* se relaciona con la *pervivencia en el tiempo*, es decir, que no pueden ser ocasionales o transitorias ya que de ser así se estaría frente a un uso común de las partes⁸ (Madriñan de la Torre, 1962: 34). También se concibe un elemento subjetivo o psicológico que es determinado por la *opinio juris necessitates* (Madriñan de la Torre, 1962: 35), que en palabras de Espinosa Pérez (2000) es “el convencimiento por los empresarios sobre la imposibilidad de sustraerse a determinado modo de obrar, con lo cual se genera una regla jurídica” (116).

La costumbre establecida en el art. 3 mercantil es aquella que en la mayoría de la doctrina nacional se le ha denominado *praeter legem*: “el vehículo adecuado por su facilidad de recepción para traducir al mundo externo preceptos nuevos según lo exigen las nuevas situaciones, constituyendo un medio fecundo para el enriquecimiento del Derecho” (Madriñan de la Torre, 1962: 48-49), diferente tratamiento al que se le otorga en el régimen civil por cuanto en éste bajo la consigna de los arts. 8 del C.C. y 13 de la Ley 153 de 1887, la costumbre cumple un papel “meramente subsidiario y residual, es decir, en último lugar” (Gil Echeverry, 2012, 55), lo que a la postre le daría la naturaleza de *secundum legem*, es decir aquella que se forma en consonancia con la ley, en donde sus preceptos y prácticas son invocados de manera especial por el Derecho para llenar las llamadas *normas en blanco* (Madriñan de la Torre, 1962: 47).

⁸ Para una explicación acerca de las diferencias entre uso convencional y costumbre mercantil ver Espinosa Pérez (2000) pp. 108-110.

Disidente de lo anteriormente expuesto, el doctrinante Espinosa Pérez (2000) afirma que el carácter vinculante de la costumbre comercial se da por “el surgimiento de la creencia generalizada (opinio iuris) [que] es precisamente lo que [la torna en] obligatoria o aplicable, y ella se sigue acatando porque se mantiene la observancia generalizada de la regla, con lo cual los elementos objetivo y subjetivo se imbrican íntimamente para dar permanencia a la regla mientras ella siga siendo percibida como lógica, justa, razonable y sobre todo: útil” (117).

Por otra parte en relación con la existencia, el citado autor expresa que dicha situación no es de hecho sino de derecho por cuanto 1) no es coherente afirmar lo contrario ya que si la costumbre mercantil es una regla jurídica, el juzgador puede presumirla basándose en el principio de la buena fe en la contratación, 2) si fuera una situación de hecho la costumbre no existiría como regla jurídica ya que anularía su naturaleza, y 3) a diferencia de los usos que sí deben ser probados, las costumbres entre iguales son conocidas ampliamente por quienes las crean, luego tanto las partes como el fallador tienen suficientemente acreditado la existencia de una norma de derecho (Espinosa Pérez, 2000: 117-118).

Finalmente este doctrinante asevera que contrario a lo sentado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, la costumbre contra-*legem* sí puede tener efectos y ser aplicada a los Actos Jurídicos. En efecto, considera que es erróneo aplicar el art. 8 del Código Civil, por dos razones, la primera por cuanto el 822 del estatuto mercantil como cláusula de remisión cerrada no otorga permiso al intérprete de aplicar la codificación civil, salvo lo relacionado a obligaciones y contratos, y la segunda de naturaleza ius-filosófica establece que el derecho civil ha sido tradicionalmente desarrollado para regular lo concerniente “a las relaciones básicas y derechos que atañen a la persona humana”, a diferencia de la normatividad mercantil que está pensada “para la actividad empresarial que se da entre patrimonios” (Espinosa Pérez, 2000: 118-119).

Consecuente con el mandato del art. 3 comercial la costumbre al tener el mismo nivel que la ley, sí tiene capacidad para derogarla, máxime si se recuerda el carácter mayoritariamente supletivo de la normatividad mercantil, que solo de forma excepcional es imperativa y de manera expresa consagra normas de orden público a sus previsiones. “Se habla entonces de costumbre contra legem positiva, entendiendo por tal aquella que por ser general, reiterada y aceptada como obligatoria, tiene capacidad de derogar las normas positivas, respecto de las cuales se encuentra en igual grado” (Espinosa Pérez, 2000: 120).

Con ocasión de la sentencia C-083-95 el magistrado Carlos Gaviria Díaz al no encontrarse de acuerdo con la mayoría de la Sala, en su salvamento de voto emitió su opinión acerca de porqué el ordenamiento jurídico colombiano al tenor del art. 230 de la Constitución no permite darle efectos normativos a la costumbre bajo ninguna modalidad, siendo solamente el imperio formal de la Ley el único en Colombia con capacidad de regular las relaciones entre sujetos de derecho privado:

“[...] el artículo 230 de la Carta Política hace alusión a las fuentes formales del derecho con el objeto de fijarlas de modo taxativo y de conferirles rango constitucional. Cuando dice, entonces, que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” [subraya original del texto] se refiere a la norma jurídica que surge del proceso legislativo, acepción ésta que no comprende la costumbre, norma resultante del proceso consuetudinario, sino que precisamente la excluye” (C-083-95, Salvamento de Voto).

En conclusión y conforme a lo expresado por Espinosa Pérez (2000), la oportunidad que tuvo el tribunal constitucional colombiano para permitir actualizar el derecho privado a través del reconocimiento pleno de la costumbre como fuente del derecho nacional fue desaprovechada, pues si bien le reconoció la función de ser criterio auxiliar de interpretación y de la actividad legislativa, “no llegó a indicar si la costumbre podía o no realmente fungir como fuente de derecho de aplicación directa por parte de los falladores” (Espinosa Pérez, 2000: 124).

Además el estatuto mercantil ha dispuesto en su art. 5 que a la naturaleza regulatoria de la costumbre (art. 3), le sigue el ser carácter de criterio auxiliar de interpretación, conforme se puede observar en el art. 871. Así la costumbre bajo esta óptica complementa el Acto Jurídico, en cuanto se manifiesta como elemento de su naturaleza cuando ni la ley comercial ni la voluntad de las partes han previsto algo en particular (Gil Echeverry, 2012: 59).

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha entendido la función de interpretación de la costumbre: 1) una fuente de conocimiento de las que extrae su material el legislador, 2) una práctica social que en cantidad de ocasiones ha sido incorporada por la ley de tal forma que pueda servir de nutriente en labor legislativa, y 3) como una manifestación de la cultura de un pueblo que debe consultar sus hábitos, creencias y valores, casi siempre encarnados en sus costumbres y tradiciones (Sentencia, C-083-95). En último lugar se encuentra la prueba de la costumbre según lo establece el art. 6, que bajo el Código de Procedimiento Civil de 1970 se hacía siguiendo las reglas contempladas en sus artículos 37 numeral octavo, 189 y 190; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso el precepto mercantil quedó derogado por el art. 626 literal C, y regirá lo estipulado en los artículos 7, 42 numeral sexto, 178 y 179.

3) Tratados no ratificados, costumbres internacionales y principios generales del derecho comercial (art. 7) de conformidad con su prueba (art. 9);

En referencia a los principios del Derecho Privado, el profesor Durán (2005) afirma que a diferencia de los civiles, cuales son la realidad, la seguridad individual, el formalismo y la solemnidad, los principios mercantiles son aquellos bajo los cuales es posible admitir la apariencia, la seguridad colectiva o la del tráfico, el simplismo o rechazo a la formalidad, la rapidez y sencillez, así como el crédito fácil y productivo, la contratación onerosa, las obligaciones se presumen solidarias y se admite la prueba libre (185). Por otra parte Gil Echeverry (2012) contempla además la onerosidad, la obligación de indemnizar los daños, el deber de colaboración y la conservación del contrato, entre otros (75); finalmente existen

otros tales como el de libre competencia, el de especialidad, el de la objetividad y el de expansividad (Narváez, 1983 citado por Gil Echeverry, 2012: 76-77).

La doctrina nacional ha entendido la costumbre internacional como aquella que tiene “por fundamento la conducta cumplida por los comerciantes de diversos países en los negocios que celebren entre sí” (Madriñan de la Torre & Prada, Principios de derecho comercial, 2013: 55). La forma de probar la costumbre internacional según el art. 9, fue derogada por la entrada en vigencia del Código General del Proceso (art. 626 literal C) comenzando a regir lo estipulado en el artículo 179 de dicho Código.

4) Costumbre mercantil extranjera (art. 8)

Es aquella propia de otros países e igualmente puede ser clasificada en local y nacional, siendo las reglas probatorias de su existencia también derogadas por el art. 626 literal C del Código General del Proceso, comenzando a regir a partir de la entrada en vigencia de este estatuto lo estipulado en el artículo 179.

5) Art. 8 de la Ley 153 de 1887.

Este artículo se encarga de regular parcialmente la interpretación e integración del derecho colombiano desde su expedición (López Medina, 2002: 110), a través de la consagración de *la analogía en materia civil* entendida como la “relación de semejanza o parecido que existe entre la hipótesis de una norma y el conjunto de elementos relevantes de un caso no previsto con más precisión en la ley, que permite aplicar a esté la consecuencia establecida por la norma para la hipótesis que ella contempla” (Cubides Camacho, s.f.: 65), *la doctrina constitucional* que es bajo la vista de la carta política vigente entendida actualmente como la jurisprudencia de la Corte Constitucional (López Medina, 2002, 114), y *las reglas generales del derecho*, interpretadas por la Corte Suprema de Justicia como los principios generales del derecho, de los cuales tanto la doctrina como la misma jurisprudencia nacional han reconocido su fecundo nacimiento en el derecho

nacional a través de la llamada “Corte de Oro” (Sentencia de Casación Civil de 7 de octubre de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla).

Frente a la importancia que tiene esta norma para la hermenéutica del derecho patrio López Medina (2001) afirma:

“[e]l artículo 8° de la Ley 153 ha servido como *norma férmento* del sistema nacional en el que se han albergado teorías diversas sobre el papel del derecho en la sociedad. Es distinto creer que el derecho regula mucho o que regula poco; es distinto creer que, si algo no regula el derecho, la norma se autointegre o se heterointegre; es distinto creer que la integración del derecho en casos de vacío mueva la política jurídica hacia la izquierda o hacia la derecha dentro del espectro de posibilidades políticas. Diversas cosas se han dicho con fundamento en el artículo 8° y varios de esos argumentos todavía figuran dentro de las posibilidades argumentativas del abogado colombiano” (115).

CAPÍTULO 2: RÉGIMEN DE FUENTES DE LA NOVA LEX MERCATORIA

EL PLURALISMO JURÍDICO Y LA GLOBALIZACIÓN

Como marco de la actual Lex Mercatoria se debe tener en cuenta el contexto bajo el cual se da su materialización, entendiendo que el contenido circunstancial que le permite tener acción es el pluralismo jurídico⁹ y la globalización. En referencia al primero se afirma que esta tendencia al interior de la teoría del derecho ha tenido un desarrollo largamente discutido a través de la antropología y la sociología jurídica principalmente, y del cual la doctrina ha establecido como sus principales características: 1) ser una respuesta de ruptura frente al positivismo jurídico de Rudolf Stammler y Hans Kelsen, 2) ser distante de posiciones teóricas como el iusnaturalismo y, 3) tener mayor cercanía con el realismo jurídico que prioriza la realidad frente a lo normativo (Llano, 2012).

Así las teorías críticas del derecho han sido el principal asiento del pluralismo planteando “que el derecho estatal es uno de los ordenamientos jurídicos que regulan las relaciones o los conflictos sociales entre otra variedad y que resuelven cotidianamente las disputas entre los individuos y las colectividades” (Llano, 2012: 196), propugnando “por priorizar las transformaciones del derecho y por impulsar el reconocimiento de la pluralidad jurídica con el fin de establecer sociedades incluyentes que lleven a minimizar las tensiones sociales y jurídicas” (Llano, 2012: 196).

Por su parte en la relación globalización-derecho se ha encontrado que el ordenamiento jurídico tiene un futuro incierto por cuanto el nuevo paradigma de la Aldea global, inaugura una dependencia del derecho al sistema económico al cual se le subordina, siendo sus nuevas características el ser versátil, flexible y adaptable, contrario a los preceptos de la modernidad que lo ubicaban como completo, unitario y coherente (Campuzano, 2008: 49).

⁹ Desde una perspectiva historiográfica se puede observar a Hallday, Paul (2013). “Laws’ Histories: Pluralisms, Pluralities, Diversity”, en *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850* editado por Lauren Benton y Richard Ross, New York y Londres: New York University Press.

Apreciación que comparte el profesor Rodríguez al expresar *in extenso*:

“[...] En el campo del Derecho, particularmente del Derecho Comercial, los acontecimientos de los últimos años, caracterizados principalmente por la apertura total de los mercados de bienes y servicios, la libre circulación de capitales y, en general, la liberalización de las economías, han llevados a los operadores jurídicos a enfrentarse con una serie de retos y obstáculos propios de un nuevo entorno económico y jurídico para el cual, parecer ser, no estaban preparados.

Así, la globalización ha impulsado la desaparición de lo local, de lo propio, para dar paso a lo global, universal, mundial o transnacional. En el plano jurídico, pasamos igualmente de la relación jurídico-negocial de tipo local o nacional a una relación internacional-transnacional o, mejor aún, a-nacional, la cual, como es evidente, difiere en algunos de sus aspectos de aquella local” (2009: 17).

Asimismo, dicha situación genera un nuevo paradigma para la teoría jurídica, en cuanto introduce una competencia entre el Derecho estatal con sus patrones de validez personal, material, espacial o temporal, y una organización bajo la identidad de corporaciones transnacionales que con sus estructuras ágiles, flexibles y operativas, actúan con dinamismo en la toma de decisiones, aunque carezcan de una ubicación espacial concreta (Campuzano, 2008: 66-68). De este modo, “la globalización, inopinadamente, supone fractura, multiplicación, descentralización y diversificación de las instancias jurídicas de producción normativa. [Conllevando a] una quiebra del propio ordenamiento jurídico y de algunos de sus principios fundamentales” (Campuzano, 2008: 53).

Todo lo anterior crea entonces el contexto¹⁰ bajo el cual la Nova Lex Mercatoria se exprese, por una parte, como una fragmentación caótica propia de la postmodernidad (Ferreira de Cunha citado por Campuzano, 2008: 62) y desestabilizadora (Campuzano, 2008: 65), y por otra, como un conjunto de instrumentos de autoregulación de carácter global, cuya campo de acción coincide

¹⁰ Afirma la doctrinante Pilar Perales Viscasillas que “la preeminencia de una economía cada vez más globalizada implica que el derecho necesite adaptarse a esta nueva realidad, configurando instrumentos jurídicos capaces de dar respuesta al Derecho Mercantil Internacional”(2009: 23).

con los mercados internacionales y que busca la uniformidad sustancial propia (Oviedo Albán, 2013a: 123).

En referencia a lo anterior la profesora Milenković afirma:

“The universality of international commercial law is not due solely the fact that throughout the world, subjects who participate in export and import transactions confront common problems. It is also due to the fact that such a persons - merchants, shipowners, insurance underwriters, bankers, distributors and others, form a transnational community which has had a more or less continuous history for some nine centuries. This ancient mercantile community has been the generator of commercial law and it is the same community which is continued to develop present day mercantile law. Development of one uniform and universal mercantile law is possible through the contract practices of the mercantile community, through the common understanding and customs on which they are based, and also through the regulations of self-governing trade associations and decisions of arbitration tribunal to which their disputes are submitted” (1998: 88).

LA LEX MERCATORIA MEDIEVAL

Tal como afirma Ravassa (1990: 151-154), es a partir del siglo X que se observa un notable crecimiento de comerciantes debido a varias motivaciones, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- 1) El aumento de la población en Europa que conllevó al progreso en las técnicas agrícolas,
- 2) El acrecimiento del número de los desarraigados,
- 3) El fomento de los negocios al darse la posibilidad de la especulación con los alimentos, a través de la compra donde eran abundantes y la posterior venta a precios exorbitantes en las zonas afectadas por la hambruna y,
- 4) La fuga de los siervos para escapar de las arbitrariedades de los señores, encontrando en el comercio un medio de subsistencia.

La actividad mercantil derivada de los viajes que hacían los comerciantes a ciudades y burgos por medio de grandes distancias, presentó una problemática que fue la existencia de tres derechos: el romano, el germánico o bárbaro y el canónico que no permitían la uniformidad de regulación en materia económica. En relación al derecho romano no existía un funcionario que se encargara de la interpretación de las Códigos, de ahí que fuera un ordenamiento cristalizado, formalista y pétreo (Ravassa, 1990: 163-169).

Por otra parte, el derecho germánico era el más nocivo pues las *ordalías* y los *juicios de Dios* se consideraban bastantes drásticos para la actividad mercantil y no le planteaban soluciones. Finalmente el ordenamiento canónico condenaba la ganancia fácil del dinero, con la que se favorecía los placeres que satisfacían a la carne. No obstante, desde del siglo XIII se vislumbró un cambio en la visión de los escolásticos acerca de la actividad comercial, encontrando ciertas excepciones para poder cobrar interés tales como: a) el préstamo de dinero a un socio – nacimiento de las sociedades comerciales–, b) el préstamo de dinero en condiciones de gran riesgo –expediciones marítimas– y c) la existencia de operaciones trayecticias de plaza a plaza –desarrollo de la letra de cambio– (Ravassa, 1990: 163-169).

El contexto bajo el cual surgió la Lex Mercatoria medieval se caracterizó por el paso de una economía de subsistencia a una de comercio, donde las cruzadas propiciaron una apertura de mercados y rutas mercantiles y se generalizó el uso de la lengua franca –derivada del latín- (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 81), de esta forma el derecho mercantil medieval nació como respuesta a los vacíos jurídicos de los ordenamientos existentes, y como expresión de articular herramientas que permitirían aprovechar el crecimiento del intercambio económico que se dio en Europa a partir del siglo XI.

Este *ius mercatorum* se desarrolló gracias a la diversidad de corporaciones de comerciantes que se encontraban asentadas en las principales ciudades de intercambio en Europa. Así, dichas organizaciones comenzaron a forjar un

ordenamiento autónomo, que se encargase de regular y dar solución a las dificultades que se les iban presentando a quienes ejercían la actividad intermediadora.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en la creación de sus propios estatutos, emulando de esta forma a los municipios, también por medio del nombramiento de personas que presidieran las ferias y mercados, así como el establecimiento de sus propias ordenanzas. Finalmente se hallaba un conjunto de cónsules que tenían entre otras funciones administrar justicia; un consejo constituido por los comerciantes más ancianos y una asamblea general de socios (Vivante citado por Ravassa, 1990: 182-183).

Los profesores Urbina, Acosta, Durán y Palomares afirman que “la independencia de la *lex mercatoria* con los demás ordenamientos jurídicos, no se entendía únicamente en la existencia de “cuerpo normativo” –si es posible llamarlo así– autónomo, creado por agentes independientes a las autoridades –mercaderes–, con la aplicación exclusiva en las relaciones comerciales, sino también en la existencia de un sistema jurisdiccional, que respondía a las necesidades de agilidad –decisiones que debían ser tomadas en el menor tiempo posible” (2011: 82).

Si la jurisdicción mercantil medieval determinaba que un comportamiento contra la corporación podía ordenar el cese de toda confianza en el comerciante, llegando a expulsarlo de la comunidad dependiendo de la gravedad de la acción (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 83; West Bradlee, 1929). En resumen, puede decirse que la Lex Mercatoria se caracterizó por ser cosmopolita -flexible, especial y autónoma–, transnacional, consuetudinaria y clasista –dirigida hacia y por la *societatem mercatorum*–. (Cadena Afanador, 2011: 4)

LA NOVA LEX MERCATORIA

Finalizada la Segunda Guerra Mundial Europa se encontraba completamente arruinada y desbastada, por ello se vio necesaria la reconstrucción de los Estados

en su economía, sus instituciones y su infraestructura, siendo la celebración de los contratos de emergencia el mecanismo más idóneo, dejando de aplicar la legislación ordinaria de la preguerra en materia civil y comercial (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 84). Dentro de este contexto comienza a resurgir la extinta Lex Mercatoria, ahora bajo la influencia de otros actores entre los que se encuentran la clase empresarial y comercial, las entidades financieras, las empresas trasnacionales, las oficinas de abogados y los consultores en comercio internacional entre los más destacados (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 84; Calvo & Carrascosa, 2010: 68-72).

En la Nova Lex Mercatoria no se presenta ausencia de ordenamiento jurídico que rijan la actividad comercial por cuanto la codificación nacional del siglo XIX ha venido regulando; sin embargo, dicha regulación de carácter estatal y territorial es insuficiente frente a la diversidad de formas contractuales creadas por el sector comercial y financiero internacional¹¹, siendo en la mayoría de los casos necesario la creación de normas extranacionales para suplir dichos vacíos tales como: tratados y convenciones internacionales, guías legislativas, modelos de contratos, leyes modelo, usos, prácticas y costumbres (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 84-85).

Frente a la caracterización de la Lex Mercatoria contemporánea se encuentran tres particularidades, la primera es la *universalidad* entendida como la aplicación normativa en todos los espacios donde se invoca sin distinción, por lo cual puede advertirse una característica coetánea: la internacionalidad; la segunda son los *efectos de clase*, es decir, su existencia obedece a la necesidad de regular las relaciones mercantiles, y la tercera es la *agilidad*, que se manifiesta en la resolución de los conflictos derivados de la aplicación o interpretación del Acto

¹¹ “[...] junto al *Derecho Legislado* de cada Estado a nivel interno, en la práctica operar de manera mucho más efectiva un ***Derecho Vivo*** el cual nace y se desenvuelve en el tráfico mercantil del cual se pretende cierta uniformidad o por lo menos armonización, características que reflejan la solidaridad de los intereses que unen a los comerciantes del mundo” (Durán, 2011: 95).

jurídico por un operador judicial, preferiblemente un tribunal de arbitramento (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2012: 27-28).

En Colombia la doctrina afirma que la Lex Mercatoria actual se encuentra constituida por un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho mercantil principalmente, cuya naturaleza jurídica es un conjunto histórico y actual de usos y prácticas comerciales que a través de la aceptación de ciertas reglas de conducta por parte de los actores económicos internacionales¹² permite realizar diversas transacciones comerciales y resolver arbitrariamente las controversias. Siendo la Nueva Lex Mercatoria un fenómeno de transnacionalización del Derecho Comercial Internacional (Cadena Afanador, 2011: 5).

EMISORES

Debido a la multiplicación constante de las transacciones comerciales, así como el advenimiento de las tecnologías de la información y el impacto de estas en la prestación de los bienes y servicios, se plantea para la comunidad jurídica un problema el cual es resolver el derecho aplicable a dichas transacciones, siendo esta dificultad la expresión de unificar y armonizar el Derecho Mercantil internacional en consonancia con la materialización de la seguridad jurídica en las relaciones negociales (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 27).

Con el objetivo de resolver la dificultad del derecho aplicable, la doctrina ha tenido en cuenta que la autonomía privada de la voluntad en su expresión conflictual¹³ permite elegir dicho derecho y el juez que conozca de la controversia, teniendo el primero que cumplir tres características: 1) ser vinculante para las partes, 2) ser límite de la autonomía material y 3) tener la capacidad de llenar los vacíos (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011:33-34) generando con ello seguridad jurídica

¹² Para Clive Schmitthoff a través de la libertad contractual, las partes pueden incluir cláusulas que expresen normas no previstas por el derecho nacional, constituyéndose de esta forma en agentes de autorregulación –*self regulatory*– (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2012: 22-23).

¹³ Sin embargo la expresión conflictual es diferente a la autonomía de la voluntad material, en cuanto ésta última se encuentra limitada a ser reconocida por los ordenamientos jurídicos de los países y sus efectos son internos (Durán Vinazco, 2012: 160).

preventiva, ahorros en costos de transacción y de información, así como la posibilidad de alcanzar satisfactoriamente un resultado para las partes (Oviedo Albán, 2012: 123).

Los sujetos en la Nueva Lex Mercatoria se conciben como los emisores de los instrumentos que dan existencia a la misma a partir de las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX, en la actualidad se encuentran que son, entre otros:

- 1) Las organizaciones de derecho internacional, como la ONU, a través de UNIDROIT y la CDUDMI, la Cámara de Comercio Internacional, la OMC y el Comité de Basilea entre otros,
- 2) El Estado por medio de la adecuación de su normatividad a la exigencia del mercado global a través de la ratificación de tratados y convenciones,
- 3) Las Organizaciones supranacionales de integración regional¹⁴,
- 4) Las oficinas de abogados a través de sus funciones asesoras y creadoras de fórmulas contractuales atípicas o no reguladas,
- 5) Tribunales de Arbitramento,
- 6) Los gremios (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 163-164).

RÉGIMEN DE FUENTES¹⁵

En materia de régimen de fuentes existe una disyuntiva, mientras para autores como Goldman son fuentes de la NLM los principios generales del derecho comercial, la jurisprudencia arbitral, los modelos de contrato y los usos, prácticas y costumbres. Para Lando y Goldstain además de las anteriores, también hacen

¹⁴ “La integración económica comporta el trabajo conjunto de varios Estados, regido por unas ciertas reglas jurídicas que crean una determinada organización institucional y que persigue el logro de un fin común, cual es el de construir la unión económica mediante la creación de un solo espacio económico en un tiempo igualmente determinado” (Chahín, 2001: 57).

¹⁵ Ver el estudio del profesor Maximiliano Rodríguez (2009) en su capítulo cuarto: *El Derecho Comercial Internacional: concepto, origen, evolución, fuentes*, especialmente pp.206-226.

parte los tratados y convenciones internacionales ratificadas y no por los Estados¹⁶ (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 85).

Dicha dualidad también se puede ver expresada en dos sentidos como los son el amplio y el estricto¹⁷, mientras al interior del primero se configuran los instrumentos de derecho duro, tales como tratados y convenciones internacionales (verbigracia la Convención de Ottawa de 1994 sobre leasing-factoring o la Convención de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías), y de derecho flexible como las leyes modelo, guías legislativas, reglas y usos uniformes. En el sentido estricto o restringido solo se encuentran modelos de contratos, usos y costumbres mercantiles (Durán Vinazco, 2012:157).

Partiendo de lo anterior, y para efectos de analizar la recepción de la NLM en el Derecho Privado colombiano, se debe admitir la presencia de un pluralismo jurídico en Colombia reconocido constitucionalmente en los arts. 1, 6, 7 y 16 que afirman la existencia de una república pluralista como sistema de organización política del Estado, la obligación que tiene la administración pública de proteger la diversidad de la nación y el reconocimiento del libre desarrollo de las personas, cuyos efectos se surten a través del respeto por las normas constitucionales y/o legales y el no quebrantamiento de los derechos de los demás¹⁸.

Así la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico privado patrio es una de las expresiones de dicho pluralismo, por cuanto el Derecho imperativo permite a los particulares a través de su libre desarrollo, encontrar soluciones a sus necesidades, siendo una de las más importantes la posibilidad de desarrollar

¹⁶ Maniruzzaman (1999) concibe al régimen de fuentes de la Lex Mercatoria bajo el derecho público internacional, las reglas de organizaciones internacionales y los principios generales del derecho entre otros.

¹⁷ “[...] la llamada *hard law*, es decir, la ley proveniente de un instrumento de Derecho Mercantil Internacional que armoniza las normas de un contrato específico, que surge en el seno de las agencias intergubernamentales creadas para tal fin y que es adoptado por los Estados; el *soft law*, es decir, las normas armonizadas por entidades privadas que generalmente representan los intereses de un grupo determinado de comerciantes y que no tienen fuerza de ley, pero que son adoptadas por las mismas partes en el contrato, y el *softer law* o estándares extra legales” (Rodríguez, 2009: 216).

¹⁸ Ver páginas 13 y 14 del capítulo primero de este trabajo.

relaciones económicas no solamente a nivel interno, sino también en el ámbito internacional (Oviedo Albán, 2013a: 120). Último ámbito donde se desarrollan tipos contractuales que “contienen declaraciones de voluntad de las partes encaminadas a producir los efectos de constituir, regular, modificar, o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, creadoras de obligaciones, que tienen su establecimiento o actividad ordinaria en Estados diferentes y producto de operaciones comerciales” (Bonivento, 2011: 19).

Aunque existe la división que anteriormente se expuso sobre fuentes en sentido amplio y fuentes en sentido restringido, se considera que con el objetivo de evidenciar la recepción de la NLM en la eficacia del Acto Jurídico, no se tomara en cuenta dicha dualidad ya que si bien todos los instrumentos referenciados son de diversa naturaleza es de mayor importancia su finalidad común la cual es regir la contratación, específicamente la internacional, y de esta manera colocar fin a la incertidumbre que se presentan en las transacciones comerciales a través de la armonización de la normas de derecho aplicables (Oviedo Albán, 2013a: 120, 124-125).

De igual manera se debe tener en cuenta que el valor normativo de los instrumentos internacionales de la Lex Mercatoria contemporánea no se encuentran supeditados a la voluntad legislativa de los Estados al suscribir y ratificarlos, sino a la autonomía privada de los contratantes que al incorporarlos en sus Actos Jurídicos reconocen con ello la existencia de la NLM y su poder vinculante (Oviedo 2013b: 153).

PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE APLICACIÓN DE LA N.L.M.

- 1. Tratados y convenciones internacionales¹⁹:** es la regulación uniforme, armoniosa, universal y sistemática que puede ser total o parcial frente a un tema, y que, en consecuencia facilita la ejecución de todo el proceso de la contratación internacional, especialmente en las etapas de intención,

¹⁹ Debido a la multiplicidad de Convenciones internacionales en materia de comercio se remite a Consultar Lafont (2013): 185-186, y Oviedo (2013a): 127-128, 133-135.

celebración, efectos, ejecución, trascendencia postcontractual, así como en la prevención y resolución de conflictos.

Su importancia radica en que gran parte de su contenido ha tenido en cuenta los diversos sistemas jurídicos en el mundo, así como los fenómenos económicos de la posguerra fría (Lafont, 2013:184). A manera de ejemplo para el caso interno, se citan la Convención de Viena sobre compraventa de mercancías de 1980 (aprobada por la Ley 517 de 1999) y el Tratado de Montreal sobre transporte aéreo internacional de 1999 (vigente a partir de la Ley 707 de 2001).

2. **Leyes modelo:** son proyectos preparados por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCINTRAL por siglas en inglés) o por UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) que como marco de referencia no imperativo y no vinculante permiten guiar, ilustrar y recomendar a los órganos legislativos de los Estados²⁰, la adopción e incorporación de aspectos relacionados con el comercio internacional en los derechos nacionales. En el caso colombiano se destacan la legislación sobre Transporte Multimodal Internacional de Mercancías (art. 7 de la Ley 336 de 1996), Comercio Electrónico (Ley 527 de 1999)²¹ e Insolvencia Empresarial (Ley 1116 de 2006).
3. **Guías legislativas:** debido a las diferencias políticas e ideológicas de los gobiernos, los sistemas jurídicos de los países, así como el tiempo que se gasta, no siempre es posible redactar disposiciones específicas al estilo de convenciones o leyes modelo que permitan su incorporación en los ordenamientos nacionales. En tal situación, es entonces adecuado no

²⁰ Frente a la regulación en el derecho nacional del contrato de franquicia se puede consultar: González, Ruth (2010). *“Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia”*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.

²¹ Ver el estudio de Daniel Peña Valenzuela (2013) con ocasión de la conmemoración de los 40 años de vigencia del estatuto mercantil colombiano.

elaborar un texto uniforme, sino limitarse a realizar recomendaciones legislativas (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2013: 18).

En efecto las denominadas guías proporcionan un conjunto de posibles soluciones legislativas a ciertas cuestiones, previendo variantes y analizando las ventajas e inconvenientes de las diferentes decisiones, de la misma forma que son un referente normativo sobre cuya base tanto los gobiernos como los órganos legislativos pueden examinar la idoneidad de las leyes y decretos que regulen aspectos de la contratación internacional. A manera de ejemplo se encuentra la guía legislativa sobre el valor jurídico de la documentación informativa de 1985 (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2013:18).

- 4. Principios UNIDROIT:** representan el intento por parte de juristas y expertos internacionales para suplir las deficiencias que tienen las reglas de conflicto al interior de los derechos nacionales²². Su naturaleza no es convencional, y su obligatoriedad se deriva de la libertad de contratación de las partes, siendo aplicables a cualquier tipo de negocio jurídico (Oviedo, 2013b: 164 y 165). Conforme a lo anterior la doctrina se expresa así: “los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales constituyen un instrumento flexible, de soft law, que además de recibir la influencia de las principales tradiciones jurídicas, constituye uno de los pilares en la construcción de un moderno Derecho de obligaciones [...]” (Oviedo, 2013b: 166).

²² La profesora Ana María Martínez expresa: “En cuanto a las codificaciones doctrinales, otra manifestación de las reglas transnacionales, debe decirse, que, por ahora, la más conocida en América Latina es la elaborada por UNIDROIT. No obstante, esto no se debe a una superioridad intrínseca de este texto respecto de otras codificaciones doctrinales como los Principios Europeos de los Contratos, por ejemplo. Se debe más bien [...], al reconocimiento internacional de sus detractores, a su empleo creciente por los árbitros y los tribunales estatales y a una revisión periódica que les permite estar acordes con las últimas tendencias de la práctica comercial internacional” (2013: 542).

- 5. Reglas uniformes:** son una compilación de criterios internacionales para el ejercicio de actividades comerciales o financieras específicas, por ejemplo las relacionadas con cobros por parte de entidades bancarias, créditos documentarios y garantías contractuales. En el caso de estas últimas “buscan asegurar la ejecución de un contrato u oferta a través de la regulación de garantías de licitación, buena ejecución y reembolso, con el fin de establecer una equidad entre los intereses de las partes contratantes” (Cadena, 2004: 76).

Se destacan las Reglas UCP600 sobre créditos documentarios en vigencia desde el 1 de julio de 2007, las Reglas ISP98 para las cartas de crédito contingente o *Standby* en vigor desde el 1 de enero de 1999, así como las Reglas de York y Amberes sobre el “procedimiento para distribuir los costos de la resolución de un siniestro marítimo entre las partes que se benefician de que el buque y la carga se salven”, más conocido como la avería gruesa (Rodríguez, 2009: 365, 367, 371-372).

- 6. INCOTERMS:** “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, 2009: 328), o en otras palabras se consideran una pauta en la interpretación de los términos o categorías jurídicas mayoritariamente usados en la compraventa internacional, así como de las obligaciones y riesgos inmersos en el tipo contractual (Cadena, 2004: 75).

En Colombia la Resolución de la DIAN No. 1110 de 2007 en su art. 3 estableció que la factura deberá incluir “el lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los términos Internacionales de Comercio – INCOTERMS-, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos” (Citado por Rodríguez, 2009: 323).

- 7. Modelos de contratos:** son los elaborados por asociaciones profesionales u oficinas asesoras de abogados buscando la estandarización en el

proceso contractual a nivel internacional, pretendiendo “de un lado, proteger la autonomía contractual de las partes en el escenario internacional y de otro, establecer una serie de condiciones generales de venta, para de este forma imprimirles una mayor seguridad normativa a los documentos” (Cadena, 2004: 77).

También son conocidos como *commodities*, y como lo señala Rodríguez (2009) no solo pretenden regir la compraventa, sino en general las transacciones que se adelantan en diversos sectores de la economía y las finanzas internacionales, a partir de la estipulación de términos y condiciones generales en los actos jurídicos de los sectores de la construcción y de ingeniería, la colaboración empresarial y el transporte internacional.

- 8. Usos y costumbres mercantiles:** son las prácticas por parte de los sujetos económicos y comerciales en el desarrollo de su actividad, y que la reiteración, publicidad y uniformidad les convierten en fuente de derecho con capacidad de suplir los vacíos normativos en los Actos Jurídicos, a su vez que son generadores de derechos y obligaciones, como por ejemplo lo contempla la Convención de Viena de 1980 en su art. 9 al expresar: “las partes quedaran obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas” (Cadena, 2004: 74-75).

PRINCIPIOS DE LA N.L.M.

En relación con los principios que se erigen como base para el desenvolvimiento de las relaciones económicas internacionales se encuentran: 1) libertad de contratación, 2) libertad de forma, 3) primacía de las normas imperativas, 4) equilibrio en las prestaciones, 5) la buena fe como criterio comportamental e interpretativo de los actos jurídicos, 6) la presunción de profesionalidad, 7) el *pacta sunt servanda*, 8) el deber de minimización del perjuicio en caso de que se presente, 9) el deber de cooperación, 10) la diligencia normal, útil y razonable, 11)

transparencia y 12) la nulidad contractual cuando se halla obtenido por medios ilícitos entre otros (Cadena, 2004: 84; Rodríguez, 2009: 297-305).

VENTAJAS DE LA LEX MERCATORIA CONTEMPORÁNEA²³

1. Facilita el comercio internacional a través de la eliminación de barreras, producto de la diversidad compleja de ordenamientos legales diferentes,
2. Proporciona un marco normativo que evidencia las necesidades reales y concomitantes de los sujetos que transan en el comercio internacional,
3. Respeta los principios y preceptos de la comunidad internacional y de los ordenamientos jurídicos estatales,
4. Suple el vacío legal interno por medio de reglas aplicables en actividades no contempladas por los derechos nacionales.

OTROS ASPECTOS

Se observan dos diferencias importantes entre la Lex Mercatoria de la Edad media y la actual o contemporánea, la primera se refiere a la resolución de los conflictos, mientras en el medioevo la jurisdicción estaba constituida por los cónsules del comercio, en la Nova Lex Mercatoria se encuentra establecida bajo los tribunales de arbitramento y de forma secundaria por los órganos judiciales de los Estados.

La segunda diferencia es de cara a la relación Lex Mercatoria-Estado, en la Edad Media existía una autonomía del derecho de los comerciantes frente a los ordenamientos jurídicos de la época: canónico, romano y germánico. En la actualidad, el Estado hace parte del proceso creador de las normas de la NLM, a su vez que en determinados casos le da viabilidad para su aplicación interna por medio de la aprobación de las convenciones o de textos legislativos cuyos contenidos reproduzcan de similar manera los instrumentos referenciados (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011: 85-86).

²³ Rodríguez, 2009: 262-263.

Igualmente de los diversos instrumentos explicados con anterioridad, la doctrina da cuenta de la eficacia en su aplicación de la Convención de Viena de 1980 y de los principios de Unidroit:

“[...] consideramos de necesaria y especial mención a los Principios para los contratos comerciales internacionales, publicados por Unidroit (Instituto para la Unificación del derecho privado), y la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías, destinados a convertirse en reglas uniformes del comercio internacional ”(Oviedo, 2003: 195).

Frente a la Convención se considera que su aceptación se debe a que el texto del tratado fue asumido de manera integral por los Estados suscriptores o los que se adhirieron (Rodríguez, 2009: 401-402), contando a la fecha con una aceptación de 77 países (Oviedo, 2013b: 156). Los principios UNIDROIT por su parte, han sido exitosos en cuanto han buscado establecer reglas generales aplicables a la contratación internacional, cuando las partes así lo hayan pactado o cuando exista una falta de escogencia del derecho aplicable al acto jurídico, además de que son herramientas de interpretación y complementación de otros instrumentos internacionales de la Lex Mercatoria o del mismísimo derecho nacional, caso último en el que puede ser modelo para sus legisladores (Castañeda, 2014: 283).

OTRAS LEX: LOS CASOS DE LA CONSTRUCCIÓN, LA AVIACIÓN, EL DEPORTE Y EL PETROLEO²⁴

Afirma Neira (2012) que el concepto de la NLM ha tenido notables desarrollos a través de las instituciones y los instrumentos que se explicaron de manera precedente; asimismo, algunas ramas del comercio y de la industria han venido ampliando sus propios conceptos de “Lex”, de éste modo pueden encontrarse:

- 1) Lex Aviatica:** su origen debe a la necesidad que tiene la industria aeronáutica de desarrollar alternativas que tengan en cuenta sus intereses de internacionalización de la inversión en el sector, dado que los Estados

²⁴ Una excelente recopilación bibliográfica del sub-acápite puede encontrarse en la página 19 de la tesis doctoral en filosofía de Lorena Carvajal Arenas (2011).

en su legislación interna, o a través de tratados bilaterales, no permiten la comercialización accionaria de las compañías con facilidad, así como protegen a las aerolíneas nacionales de sus pares extranjeras por la competencia de líneas al interior de los países. Conforme a lo anterior en los años 2008 y 2009 se realizaron dos conferencias, la primera en Estambul, Turquía, y la segunda en Montebello, Canadá, donde el gremio representado por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA en inglés) propuso a los principales Estados la necesidad de remover recíprocamente las cláusulas nacionales de los acuerdos en los servicios aéreos (ASAs, siglas en inglés), y ser reemplazados por la Declaración de Principios de la Política Área (*Statement of Policy Principles*) (Havel & Sánchez, 2010).

- 2) Lex Informática:** se entiende como el conjunto regulatorio de naturaleza técnica de los flujos de información en las redes electrónicas que busca dar respuesta a los problemas que presentan las políticas de manejo de los datos al interior de la red, especialmente en lo que tiene que ver con i) el contenido, ii) la información personal y iii) la protección de los derechos de propiedad intelectual. Sus parámetros se encuentran establecidos en las Plataformas para la Selección de Contenido en Internet (PICS en inglés), que son el conjunto de especificaciones técnicas que definen de manera estándar la calificación de un espacio virtual, permitiendo que los usuarios accedan de forma libre al material previamente dispuesto por el servidor o la página web respectiva (Franco, 2007). la doctrina destaca tres ventajas a saber: 1) no se basa en fronteras nacionales, 2) permite una fácil personalización de reglas con una variedad de mecanismos técnicos y 3) las normas de la Lex Informática son de auto-cumplimiento por los usuarios, no obstante que la red posee capacidad de supervisión (Reidenberg, 1997-1998).

- 3) **Lex Sportiva**²⁵: es concebido como un orden regulatorio de carácter trasnacional, paralegal, técnico y contractual (*Universal Code of Conduct*) que se encarga de dirimir las controversias que se presentan al interior de las actividades deportivas, por ejemplo: las faltas al interior de los partidos, o los procesos disciplinarios a jugadores y técnicos. Se encuentra conformado principalmente por el Comité Olímpico Internacional, las Federaciones Internacionales de Deporte, los Comités Olímpicos Nacionales, las organizaciones deportivas nacionales y regionales, las agencias privadas anti-dopaje y los deportistas (Mazzucco, M. s.f.). En el caso de las lesiones deportivas que pueden ser a menudos graves, es necesario adelantar una investigación que establezca las causas y los daños presentados, así como la sanción para el perpetrador, para lo cual se llevará a cabo un protocolo que consiste básicamente en los siguientes principios: 1) las lesiones más comunes o principales son inevitables debido al riesgo inherente que tiene la actividad deportiva; 2) se presume la inocencia de quien comete la lesión, aunque en el caso inglés se tiene en cuenta el *mens rea* o elemento subjetivo de la conducta; 3) en el caso estadounidense se consiente los riesgos inherentes de la actividad, y no se halla responsable a quien comete la lesión cuando es razonable y justificada, y 4) el objetivo de la Lex Sportiva es proporcionar un juego limpio, unas jugadas legítimas y un deporte sanamente competitivo (Lassiter, 2007).
- 4) **Lex Petrolea**: se entiende como una derivación de la NLM y se conforma de un conjunto de normas de conducta que determinan las costumbres y los principios reguladores de la industria de extracción, explotación y comercialización de hidrocarburos, así como los mecanismos aplicables a los conflictos que se presenten entre Estados y compañías petroleras y gasíferas (Neira, 2012). Su ideólogo fue el profesor egipcio Ahmed Sade El-Ksoherik y su aplicación comenzó luego de los tres casos arbitrales por

²⁵ Desde una perspectiva crítica se puede consultar a Foster, K. (2006). "*Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court Of Arbitration for Sport's Jurisprudence*".

expropiación en Libia: *British Petroleum-BP vs Libya* en 1973, y en 1977 *Libyan American Oil Company-LIAMCO vs Libya*, y *Texaco Overseas and California Asiatic-TOPCO vs Libya*, donde se debatió cual debía ser el derecho a aplicar, ya que el carácter internacional de las operaciones gasíferas y petroleras debía tener un ordenamiento jurídico trasnacional que pudiese insertarse y regular los negocios jurídicos de éste gremio (De Jesús, 2012: 7). Sin embargo, fue en el caso *Kuwait vs. AMINOIL* (1982), donde la Lex Petrolea se reconocería como una norma consuetudinaria válida para la industria del petróleo²⁶.

- 5) **Lex Constructionis**: bajo esta denominación la doctrina se refiere al conjunto normativo de la actividad constructora internacional, y cuyas fuentes principales son los actos jurídicos y los laudos arbitrales que han decidido controversias a partir de la interpretación y aplicación de los mismos (Franco, 2007). En relación con la construcción de tipos contractuales se puede encontrar la labor realizada por la Federación Internacional de ingenieros Consultores (FIDIC en francés) y el Instituto de Ingenieros Civiles del Reino Unido (ICE en inglés) que se encargaron de normar los vacíos existentes en contratos estándar (instrucciones, supervisión, formas de pago, resolución de conflictos) a la hora de edificar en los llamados países del tercer mundo, principalmente Asia y el Cercano Oriente a partir de los sesenta (Franco, 2007; Carvajal, 2011). En la actualidad son dos los ejemplos de dicha actividad, el llamado “Libro rojo”

²⁶ En el fallo arbitral del Estado de Kuwait contra la American Independent Oil Company (AMINOIL) del 24 de marzo de 1982, el tribunal afirmó: “*On behalf of the Government, it was maintained that the only compensation Aminoil was entitled to claim must be determined by precedents resulting from a series of transnational negotiations and agreements about compensation. These precedents, so it was said, had instituted a particular rule, of an international and customary character, specific to the oil industry. Attention was called to the fact that a number of nationalizations of oil concessions had occurred in the Middle East, and elsewhere in the world in the years 1971-77. However, the solutions adopted in the case of these precedents were not identical but had certain common features: **the compensation granted, it was claimed, had generated a customary rule valid for the oil industry – a lex petrolea that was in some sort a particular branch of a general universal lex mercatoria.** That was why Kuwait, in the course of 1977 discussions, had offered no more than the net book value of the redeemable assets as compensation for expropriation*” (De Jesús, 2012: 11; Case Summary, s.f.)

de la FIDIC y el “Documento estándar de licitación” del Banco Mundial (Molineaux, 1997). También se encuentra que la Lex Constructionis tiene por importancia que al ser un cuerpo especializado permite: 1) dar un tratamiento más adecuado a las necesidades básicas de la población como son el abastecimiento de agua potable, el tratamiento de aguas residuales, el transporte, la energía, y las fuentes de alimentación entre otros, y 2) ser un criterio de interpretación y de previsibilidad en las cláusulas de los actos jurídicos (Molineaux, 1997).

CAPÍTULO 3: LA RECEPCIÓN DE LA NOVA LEX MERCATORIA EN EL RÉGIMEN DE FUENTES DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO: LA EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO POR EL OBJETO

CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO

Tradicionalmente la teoría del derecho privado al interior del ordenamiento jurídico colombiano ha tenido la tendencia bajo la inspiración continental más exactamente la francesa, a definir los actos por medio de los cuales se desarrollan las relaciones económicas entre individuos como contratos o convenciones al tenor de lo estipulado en la codificación civil²⁷ (Código Civil art. 1495, Ortiz Monsalve, 2010: 37). Sin embargo, tal perspectiva ha venido teniendo una modificación a partir del siglo XX con dos acontecimientos de significativa relevancia, en primer lugar el desarrollo jurisprudencial de la llamada “Corte de oro”²⁸, y segundo la redacción y posterior promulgación del vigente Código de Comercio en 1971, cuya comisión de preparación estuvo notablemente inspirada en el Código italiano de 1942 (Silva García, 2013: 17; Narváez, 2003: 63).

No obstante, lo anterior y para efectos del presente estudio se entenderá desde una perspectiva teórica y filosófica del derecho privado que convención, contrato, negocio y acto jurídico son sinónimos entre sí, entendiendo por tal figura “un *acto de autonomía*, de *disposición de la propia esfera jurídica*; [...] un instrumento a través del cual cualquiera decide la disposición de sus intereses personales y patrimoniales, que considera más conforme” (Paradiso, 2013: 22), o en palabras del doctrinante Hinestrosa:

²⁷ “Siguiendo con Messineo, se tiene que: la disciplina jurídica de cada contrato en particular se apoya en un sustrato particular que es de naturaleza económica, marca la finalidad o función de él y corresponde a la necesidad determinada de los particulares expresada entonces [...]” (Hinestrosa, F. s.f.: 15, cursiva original).

²⁸ Navarro, F. A. (2011). “Corte Suprema de Justicia en la República Liberal una corte de oro”. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Tesis de grado en Maestría en Historia; Padilla, J. (2014) **“Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”: los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”**, Revista de Derecho Privado (26), 105-156.

“[D]isposición de intereses propios por sus titulares, regulación de los intereses de cada quien frente a los demás, con la nota común de que esa regulación, esa disposición, esa actuación, está llamada a producir efectos jurídicos, jurídicos en cuanto prevenidos por el ordenamiento, en cuanto creadores, mantenedores o extintores de relaciones también de índole jurídica entre particulares” (s.f.: 8).

CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

La doctrina nacional ha considerado como condiciones para el desarrollo del Acto Jurídico a dos tipos, las relativas a su existencia o también llamadas esenciales o de fondo y las relacionadas con su validez o de forma (Mendoza, 2014: 496). Frente al primer grupo se tienen la voluntad manifestada de forma idónea, un objeto posible y determinado, así como el cumplimiento de la solemnidad en aquellos actos que lo requieran²⁹ (Ortiz Monsalve, 2010: 35-36; Cubides Camacho, 2009: 197), de sta forma si ellos concurren “el acto surge a la vida del derecho y produce efectos; necesitara otros requerimientos para su plena validez pero adquirió ya su entidad vital” (Cubides & Prada, 2012: 29).

En relación con las condiciones de validez se tiene que quienes intervienen en el Acto deben ser plenamente capaces, que su voluntad o consentimiento se encuentre conforme a ley, real, libre y sin vicios, que el objeto y la causa sean lícitos, así como el cumplimiento de las demás prescripciones que contenga el ordenamiento para los Actos en concreto³⁰ (Ortiz Monsalve, 2010: 36; Cubides Camacho, 2009: 232; Cubides & Prada, 2012: 65).

De igual modo se debe tener presente que la conservación de los Actos es de suma importancia para la legislación nacional, pues en virtud de ella la voluntad privada se erige como “fuerza creadora” de acciones con efectos jurídicos, procurando que ese consentimiento se realice de manera efectiva presumiéndose de antemano, y mientras no se demuestre lo contrario, que sus regulaciones

²⁹ Arts. 1740 y 1741 del C.C., así como los arts. 824 y 898 del C. de Co.

³⁰ Ibíd.

cumplen la finalidad jurídica que ha determinado su reconocimiento (Ospina Acosta, 1979:128).

LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO DE LOS ACTOS EN EL DERECHO PRIVADO

Ya se había manifestado en el capítulo 1 *del régimen de fuentes del derecho privado colombiano*, que no obstante la paridad regulatoria que existe al interior del ordenamiento en los ramos comercial y civil, el derecho patrio otorga un especial tratamiento a la autonomía privada de la voluntad³¹ como elemento de suma importancia para el nacimiento de los actos de los particulares (art. 1494 del C.C. y 864 del C. de Co.). No siendo tal división obstáculo para comprender la unidad del derecho privado a través de la acción identificada doctrinalmente como “*principia generalia*”, la cual permite la aplicación de categorías comunes a distintos problemas, a distintas actividades básicas, “independientemente de quienes las realicen y el campo sobre el cual las proyectan” (Hinestrosa, s.f.: 7).

Afirma Alpa (2013) que autonomía “significa ley que los particulares se dan para sí, en régimen de libertad e independencia” (36), idea que traducida al lenguaje jurídico denota la facultad que tienen las personas frente al Estado para regularse en sus propias relaciones, cumpliendo con las operaciones que a bien consideren conforme a los límites establecidos por la Constitución y las leyes. Para el mencionado autor con la asunción del capitalismo burgués en el siglo XIX y su mutación al llamado neoliberalismo a finales del XX y durante lo que se lleva del XXI, “[l]as exigencias del tráfico jurídico y de la economía moderna tienden a hacer prevalecer lo que se presenta, y no lo que se desea realmente, porque es más oportuno dar relieve a lo que se produce externamente, no lo que internamente se

³¹ “[...] La autonomía de la voluntad debe entenderse, por eso, como la libertad humana y el poder jurídico que el Derecho objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios intereses, aunque habría que aclarar que los intereses deben ser entendidos en un significado muy lato, como todo susceptible de recibir la tutela del Derecho, y no con un significado necesariamente pecuniario o patrimonial” (Vidal, 2005: 59).

desea y se podría comprobar con difíciles e inciertas reconstrucciones de la voluntad psicológica” (Alpa, 2013: 42).

No obstante, considerar innegables los efectos que al interior del derecho y en las relaciones sociales ha tenido el desarrollo de la economía de mercado. Lo expresado por el tratadista citado no encuentra asidero por cuanto si los particulares al ejercer su autonomía dispositiva³² se encuentran frente a la posibilidad de observar en su esfera de acción, sus propios intereses y el poder disponer de ellos socialmente frente a los demás, el ordenamiento jurídico no tiene más opción que acoger esa *acción social* a través de su potestad regulatoria, disponiendo para ello la dotación de los efectos que le son propios dentro de la función social que desempeña, pero teniendo de presente los designios de las partes, tratando de ajustarse a ellos, aunque existan límites superiores verbigracia los principios políticos y éticos imperantes en el contexto específico (Hinestrosa, s.f.: 7).

Por otra parte, bajo el amparo de la presunción de buena fe, el legislador ha entendido que los particulares celebran Actos Jurídicos con el ánimo de que de ellos surjan los efectos que les son propios; que tengan consecuencias en el mundo del *iur*; y que de tales etapas resulte la eficacia de sus acciones. Efecto que no se puede derivar de la voluntad de los *contratantes*, ya que es el derecho quien determina los efectos jurídicos de ésta especie de actos que se presentan (Bohórquez, 1996: 81).

³² Puello (1978) identifica las siguientes cargas que tiene la autonomía de la voluntad en su ejercicio: **A) Carga de legalidad.** Consiste en la necesidad de que el particular utilice un tipo idóneo del negocio, sometiéndose a todas las exigencias legales que lo caracterizan. **B) Carga de claridad.** En razón de ésta, la persona debe determinar en la forma más exacta el valor vinculante del negocio que pretende realizar, con el fin de evitar equívocos que no vayan a permitir al particular alcanzar todos los resultados queridos de tal suerte que entre más clara y precisa sea la expresión mayor seguridad tendrán los particulares de obtener los fines pretendidos. **C) Carga de sagacidad.** En este campo la sagacidad hace referencia a la previsión que debe tener el particular para evitar las posibles eventualidades porque pueda pasar el negocio, haciéndole necesaria la precisa delimitación de la situación de hecho. **D) Carga de conocimiento.** Hace referencia a la importancia de que el agente conozca los efectos del negocio que va a realizar, no sólo los de derecho positivo, sino también las costumbres o usos relacionados con este tipo de negocios a los cuales el derecho reconoce cierto valor interpretativo.” (12-13).

LA EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO POR SU OBJETO

Doctrinalmente se afirma que un negocio es eficaz cuando los efectos previstos por la Ley emergen como consecuencia natural de su perfeccionamiento, especialmente de aquellos que se derivan de los elementos esenciales de cada acto en particular (Bohórquez, 1996: 81), pudiéndose encontrar “el compromiso de observar su contenido, al que se encuentra obligada la parte estipulante, así como en el carácter vinculante de aquél en el plano del Derecho” (Scognamiglio, 2001: 177). Igualmente se ha entendido la eficacia de los Actos Jurídicos como los efectos *virtuales* que el ordenamiento tutela:

“Se califica de eficaz el negocio apto para producir los efectos que le corresponden según la regla negocial (la formada por la declaración de voluntad, la que se completa con las reglas jurídicas que a tal fin le sean aplicables)” (de Castro y Bravio, 1985: 462).

De la misma manera los llamados elementos naturales del Acto Jurídico se consideran efectos, puesto que dotan de *vigor* al acto, es decir, comprenden el reconocimiento legal bajo aristas como la ley supletiva, en tanto pueden llenar los vacíos dejados por la autonomía de la voluntad y busca accionar el desarrollo íntegro del negocio; es más, las normas imperativas entendidas como la ley, la costumbre, los principios generales y el orden público puestas en acción al concertarse el acto son también efectos de él, pues no solo pueden impedir el nacimiento del negocio (regla de prohibición), sino también modificarlo en el entendido de complementar lo establecido en él (Bueres, 1998: 25-26; de Castro y Bravo, 1985: 54-55).

A manera de ilustración el doctrinante Bueres (1998) elaboró un listado acerca de los estadios bajo los cuales se observa materializada la eficacia del Acto Jurídico, siendo algunos de ellos son los siguientes 1) *cambios o alteraciones* que el acto produce en el mundo exterior, 2) *fuerza obligatoria*, que junto a la libertad de negociación se sustenta la autonomía privada, 3) producción de *efectos necesarios* que son impuestos por el orden imperativo y *voluntarios* que pueden

ser modificados por los agentes, 4) *eficacia reglamentaria* en cuanto establece reglas privadas que a su vez componen el *contenido* del acto, 5) *incidencia en el campo del Derecho* creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas, 6) producción de efectos *definitivos* y efectos *preliminares*. Entendiendo a los primeros como aquellos que tienen lugar cuando un supuesto jurídico *compuesto* se integró en su totalidad, y a los segundos también llamados prodrómicos, como la falta de algún acontecimiento para completar ciertos supuestos jurídicos³³ (Bueres, 1998: 25-26).

En opinión de Betti, citado por Vial del Río (2003), los efectos de los actos jurídicos corresponden “según la apreciación legislativa a la finalidad económico-social del tipo de negocio y son, al mismo tiempo, los que parecen más adecuados a la reglamentación de intereses que las partes normalmente han tenido en cuenta”, así bajo la postura del doctrinante italiano, la eficacia del Acto es una estrecha relación entre el fin perseguido por las partes y los efectos que la Ley asigna al mismo, especialmente si el fin práctico perseguido es merecedor de tutela, en donde el ordenamiento jurídico crea una figura típica a través de la cual puede satisfacer la necesidad y determinar los efectos que producirá el tipo creado (223-224).

En el caso de la doctrina española, se tiene entendido que “[e]l *objeto* del negocio no es más que la realización *jurídica* (es decir, en el Derecho) del interés práctico, o *intento práctico* de las partes, su *resultado*”, [...] intereses que según la organización social consienten ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas, siendo [por] otra parte, la significación etimológica y filosófica de la voz “objeto” [coincidencia] con esta idea de “resultado” querido por las partes en la consecución de su intento práctico” (de los Mozos, 1087: 58-60).

No obsta recordar que a luz del ordenamiento legal y la doctrina nacional, el objeto del Acto Jurídico le subyace una enorme función por cuanto hace parte de los dos

³³ Por ejemplo el acto sujeto a condición suspensiva o a un requisito de eficacia legal.

tipos de condiciones para el desarrollo de este, siendo indispensable su configuración al interior del mundo jurídico como materialización de la expresión de la voluntad, entendiendo entonces al objeto como “el conjunto de las obligaciones derivadas del mismo y el propósito que se persigue con dicho conjunto” (Cubides & Prada, 2012: 51).

LA RECEPCIÓN DE LA NOVA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

La autonomía de la voluntad en su expresión material tiene “una función creadora a través del acto o negocio jurídico y también una función normativa con la que regula sus propios intereses en su vida de relación” (Vidal, 2005: 60), además tiene la necesidad de asumir ciertos riesgos con miras a obtener sus fines, para lo cual los *contratantes* deben emplear el medio más apropiado para ello (Puello, 1978: 12), no obstante que tenga por límites las normas imperativas que siendo preceptivas o prohibitivas, prevalecen sobre la intención de la partes cuando el Acto Jurídico colisiona con las normas impuestas para la preservación del interés social, esto es, del orden público³⁴ (Vidal, 2005: 63).

Frente a la posibilidad que otorga el ordenamiento jurídico colombiano que las partes puedan crear figuras no reglamentadas por el legislador (los llamados *actos jurídicos innominados*), debe tenerse presente que no deben ser arbitrarias ni caprichosas, en el sentido de no perseguir efectivamente un fin práctico de conveniencia social, pues de ser así el acto innominado no sería merecedor de tutela jurídica y por lo tanto carecería de efectos tanto para las partes como para terceros (Vial del Río, 2003: 60).

La llamada conveniencia social de los actos jurídicos innominados o contratos atípicos, encuentra su razón en la insuficiencia que tienen los derechos nacionales para regular y aprehender los fenómenos económicos y sociales de constante

³⁴ Arts. 16, 1518, 1523, 1524, 1741 y 1742 del C.C., en concordancia con los arts. 105, 143, 824, 845 y 899 del C. de Co. (referenciados por Herrera, 2014: 549).

cambio, y notable diferencia con lo establecido por el legislador, idea que ya la “Corte de Oro” tenía por presente al expresar:

“Bajo nuestro régimen jurídico, la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el legislador, debido a que él, obtiene sus materiales del pasado, se halla a menudo en retardo respecto a los hechos económicos” (Sentencia de Casación Civil, 31 de mayo de 1938).

En la actualidad existe no solamente una crisis al interior del derecho sino también de las ciencias sociales y humanas, en cuanto sus postulados científicos para dar respuestas y guías a los paradigmas y problemas que se han venido suscitando se consideran obsoletos, así en relación a lo económico se denota que en la crisis es:

“[...] patente el cuestionamiento de las fronteras. El mercado y la moneda escapan al concepto de soberanía. Se advierten, asimismo, una crisis del estatismo dirigista y controlista, un consecuente resurgimiento del liberalismo económico, y, en general, una mayor interdependencia de los Estados.

Las relaciones económico-comerciales gracias al desarrollo de la ciencia y de la tecnología, se han incrementado de forma considerable en los países de un mundo donde las naciones se encuentran cada vez más cercanas e inmersas en un proceso de globalización” (Fernández, 2014: 81).

Tales cuestionamientos han sido los que han permitido el resurgimiento de la Lex Mercatoria –cuyas condiciones y contexto se desarrollaron en el capítulo 2–, y la discusión doctrinal bajo el entendido que se reconoce su existencia, acerca de cómo es su recepción así como su reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, específicamente de los operadores judiciales en lo relacionado con sus efectos, así como su aplicación. En Colombia la doctrina está representada entre otros por Jorge Oviedo Albán, Ramón Madriñan de la Torre, Maximiliano Rodríguez, Walter Rene Cadena, Carlos Ignacio Jaramillo, Elisa Urbina y Ricardo Durán entre otros.

En Colombia el ordenamiento jurídico colombiano, y más exactamente el régimen de fuentes del derecho privado, puede otorgar reconocimiento a la Nova Lex Mercatoria (NLM) a partir de dos elementos: 1) *la autonomía privada de la voluntad* reconocida constitucionalmente en los arts. 16 sobre el libre desarrollo de la personalidad³⁵, 58 acerca de la propiedad privada, y 333 de la iniciativa privada y de empresa, en concordancia con los arts. 226 y 227 que propenden por la internacionalización de la economía colombiana (Durán, 2011: 96), y 2) *la eficacia del Acto Jurídico por su objeto* a partir de los arts. 16, 1517, 1602 y 1618 del Código Civil, en concordancia con los arts. 4 y 871 del Código de Comercio.

Tal afirmación encuentra similitud en lo dicho por Sotomonte (2013):

“la ley está siendo sustituida por el contrato; la vigilancia policiva por la seguridad privada; la Administración ordinaria de la justicia por el arbitraje; el debate en torno a la responsabilidad por la actividad aseguradora, y agregamos nosotros; la titularidad de la propiedad por el control de la organización” (22).

Coadyuado por Oviedo (2001) en el sentido de que:

“[...] la actividad económica, cada vez más intensa entre los pueblos, no se encuentra regulada en un régimen jurídico único y armónico al estilo de las codificaciones decimonónicas de derecho privado de los sistemas de derecho codificado de origen romano germánico. Por el contrario, tal normatividad se encuentra dispersa en un sinnúmero de leyes y tratados internacionales, legislación supranacional, legislación comunitaria, recopilaciones de usos y costumbres, y recomendaciones de principios” (159).

La doctrina precisa que aunque el Estado colombiano ha ratificado diversos instrumentos internacionales que hacen parte de la Lex Mercatoria

³⁵ Afirma Herrera (2014): “[...] la libertad se vuelve el sustrato de la autonomía, en el sentido de que aquella será la potencialidad para contratar y la autonomía es la potestad de configurar los vínculos negociales. La libertad permitirá celebrar o no contratos, mientras que la autonomía será la que determine el contenido y forma a los contratos” (537).

contemporánea³⁶, es conveniente que se dé un proceso de revisión de la legislación interna para colocar la normatividad a tono con la tendencia internacional del derecho de los negocios. También afirma que la Convención de Viena de 1980 vigente en Colombia desde 1999, ha tenido un desarrollo deficiente en la jurisprudencia patria, aunque existan laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá y algunas sentencias que hayan hecho referencia a ella (Oviedo. 2013b).

Se tiene que de varios laudos arbitrales existen dos tendencias³⁷, la primera en considerar que la normatividad nacional y su interpretación vía jurisprudencia tienen su equivalente en la Convención³⁸. La segunda es aplicar dicho instrumento internacional por analogía en los casos de derecho interno y considerándole integrante del derecho nacional (Oviedo, 2013b: 158). Valga decir que aunque tales posturas encuentran asidero al interior del Derecho Mercantil Internacional, no es armoniosa con la naturaleza de la Convención de 1980 y de forma genérica con los instrumentos de la NLM, porque el carácter vinculante de ella obedece a la libertad de contratación de las partes (Oviedo, 2013b: 153); no obstante, la existencia de decisiones arbitrales que han aplicado instrumentos regionales, por ejemplo los “Principios de Derecho Contractual Europeo”, específicamente la razonabilidad en comentario como criterio de interpretación del contrato (León, 2015: 269).

En la jurisprudencia constitucional se tienen dos pronunciamientos: el primero, la sentencia C-529 de 2000 que declaró la constitucionalidad de la Ley 519 de 1999 aprobatoria de la Convención de Viena de 1980, y la sentencia C-1008 de 2010

³⁶ Para más detalles ver *in extenso* el capítulo 2. Por su parte el profesor Durán expone que la recepción de la Lex Mercatoria contemporánea en nuestro país se da por medio de la adopción de Tratados o Convenciones internacionales a partir de la expedición de leyes (el mejor ejemplo es la Convención de Viena de 1980), o la utilización de la autonomía privada de la voluntad en sus versiones material y conflictual, la aplicación de costumbres internacionales y extranjeras (arts. 7 y 8 del C. de Co.), y la aprobación de leyes que reproduzcan el contenido de Leyes-Modelo (Leyes 529 de 1999 y 1116 de 2006) (2012: 164).

³⁷ De igual modo los tribunales arbitrales han aplicado de forma preferente los principios Unidroit, ver León Robayo (2015). 258-268.

³⁸ Frente a la doctrina ver Oviedo (2003): 241-262.

que decidió sobre la constitucionalidad del primer inciso del art. 1616 del Código Civil³⁹. Referente a la sentencia C-529 de 2000, la Corte al realizar un análisis material de dicho tratado internacional a luz de la Carta Política vigente, encontró que las negociaciones desarrolladas por las delegaciones presentes en la ciudad de Viena fueron sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que contempla la norma iusfundamental en su art. 150 numeral 16, afirmando:

“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”.

En segundo lugar consideró que los principios de la autonomía privada, la buena fe, la consensualidad y los demás que consagra la Convención, encuentran reconocimiento al interior del ordenamiento jurídico colombiano, al tenor de lo estipulado por la Constitución y la Ley comercial, especialmente los expresados en los arts. 13, 16 y 333 en relación con la autonomía y art. 83 de la buena fe de la norma superior, respecto a la consensualidad se observó el art. 824 del Código de Comercio (Sentencia C-529 de 2000).

En la sentencia C-1008 de 2010 la Corte declaró conforme a la norma superior el inciso demandado teniendo en cuenta entre diversas fuentes a la Convención de Viena de 1980 y a los principios elaborados por UNIDROIT, al señalar *in extenso*:

“4.1. La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista [...].

³⁹“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.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”.

[...]

4.3. De otra parte, la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación. En este sentido cabe mencionar que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, adopta [en el art. 74] como parámetro para establecer la magnitud de la indemnización del perjuicio la previsibilidad del daño [...].

De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la celebración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica.

En similar sentido, los Principios sobre Contratos de la Unidroit (art. 7.4.4.), contemplan la previsibilidad del daño como medida de lo resarcible al prescribir que: *“la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”*.

4.4. De lo anterior se sigue 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.

[...]

7. En conclusión, la Corte encuentra que el inciso primero del artículo 1616 del Código Civil no vulnera ninguno de los preceptos superiores invocados por los demandantes, toda vez que como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. [...]. Esta limitación, no resultan irrazonable [sic] ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad”.

Al interior de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación Civil se encuentran providencias que han hecho referencia a la Lex Mercatoria como enunciado⁴⁰, y a la Convención de Viena de 1980 y los principios UNIDROIT como fuentes referenciadas para decidir. En el primer caso se puede observar entre otras la Sentencia de 21 de febrero de 2012 con ponencia del Magistrado William Namén Vargas que afirma⁴¹:

“Es, igualmente reconocida la revisión del contrato por alteración del equilibrio prestacional 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.

⁴⁰ También se pueden consultar las siguientes sentencias con ponencia del magistrado William Namén Vargas, una sentencia de 1 de julio de 2008 (Ref.: 2001-00803-01) y dos sentencias del año 2011, la primera de 30 de agosto (Ref.: 11001-3103-012-1999-01957-01) y la segunda de 8 de septiembre (Ref.: 11001-3103-026-2000-04366-01).

⁴¹ Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01.

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)”.

Por otro lado la Corte desde el 2002 (con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo) y hasta la fecha (la última sentencia data de 2014 bajo la magistratura de Luis Armando Tolosa) ha acogido como referencias *legales* para sus consideraciones a la Convención de 1980 sobre Mercaderías en temas como la mitigación de daños⁴², la terminación unilateral del contrato⁴³ y el incumplimiento esencial⁴⁴. En relación con los principios UNIDROIT la Corte ha observado su remisión para determinar los elementos del leasing⁴⁵ y el concepto de cumplimiento⁴⁶.

Más aún, se deber tener en cuenta que los instrumentos de la Lex Mercatoria no solamente se conforman por la pretérita Convención de 1980 (aunque sea la que más ha obtenido reconocimiento de los Estados por el número de ratificaciones), y si bien no constituyen regulaciones *per se*, representan la propuesta más autorizada y avanzada sobre negociación internacional (Herrera, 2014: 540), en donde la libertad de contratación es entendida en los siguientes sentidos:

- 1) Potestad de determinar el deseo o no de celebrar el Acto Jurídico.
- 2) Posibilidad de elegir el sujeto con el cual se obligara.

⁴² Sentencia de Casación Civil de 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte (Ref.: 1001-3103-008-1989-00042-01).

⁴³ Sentencia de Casación Civil de 30 de agosto, M.P. William Namén Vargas (Ref.: 11001-3103-012-1999-01957-01).

⁴⁴ Sentencia de Casación Civil 8 de abril de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa (Ref.: 0500131030122006-00138-01).

⁴⁵ Sentencia de Casación Civil de 2 de diciembre de 2002, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo (Ref.: 6462).

⁴⁶ Sentencia de Casación Civil de 5 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte (Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01).

- 3) Potencialidad de seleccionar el tipo contractual que se ajuste a las necesidades y satisfaga los intereses socioeconómicos.
- 4) Facultad de modificar el tipo negocial, mientras no constituya una práctica abusiva o desnaturalice la finalidad del Acto.
- 5) Garantía de creación de nuevos tipos contractuales, a través de la asunción de obligaciones en un esquema no previsto por el legislador, obedeciendo a las necesidades de las partes y los intereses que busquen satisfacer (Herrera, 2014: 541-542).

Tales consideraciones permiten reafirmar el reconocimiento de la libertad de contratación en la Carta Fundamental y las codificaciones (verbigracia el art. 1494 del C.C.), así como en las normas de *ius cogens* y en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos que por mandato de la misma Carta hacen parte del derecho interno (art. 93), de este modo pueden observarse los arts. 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos entre otros, y cuya naturaleza en el campo *ius privatista* radica en considerárseles limitaciones de interés público tal como por ejemplo lo reconocen los Principios UNIDROIT en su capítulo 1 (Gual Acosta citado por Herrera, 2014: 547; Castañeda, 2014: 275 y 276).

Un ejemplo que tiene la doctrina colombiana para dar cuenta de la posibilidad de recepción de la Nova Lex Mercatoria, es la contratación internacional de transferencia de tecnología que es el Acto Jurídico atípico por medio del cual una parte “llamada proveedora, se obliga con otra, llamada adquirente, a transferir todos los aspectos o algunos derechos de una tecnología determinada, a cambio de una remuneración, se hace desde el territorio de un Estado, al territorio de otros, según la modalidad que se acuerde” (Lafont, 2014: 429).

Este contrato tiene por *objeto* aspectos tecnológicos de explotación económica cuya licitud (no está dentro de este requisito por ejemplo la explotación del genoma humano) y posibilidad (no se presenta cuando se negocia acerca limitación o restricción a la libre competencia) deben ser cumplidas al tenor de lo

expresado por la legislación interna, cuya eficacia tiene por efectos primarios la disponibilidad garantizada de la tecnología y el traslado de conocimiento o servicios tecnológicos y su remuneración, y como secundarios el derecho del adquirente a otros inventos o mejoras (patentes), así como la normalización técnica, de sanidad y de cambio entre otros, regulados en Colombia por la Decisión 291 de 1991 de la CAN, y su decreto reglamentario 259 de 1992, en concordancia con la Decisión 486 del mismo organismo (Lafont, 2014: 431, 434 y 435).

Otra forma concebida para el reconocimiento de la Lex Mercatoria en Colombia a partir de la eficacia del Acto Jurídico por su objeto, entendiendo por tal la consecución de la finalidad o lo perseguido por las partes al obligarse⁴⁷, es vía la costumbre *praeter legem* como fuente formal⁴⁸ y elemento integrador de la codificación *iusprivatista*⁴⁹, a la que las partes y el operador judicial pueden acudir a falta de legislación escrita siéndoles posible y conforme a derecho positivo fundar su Acto Jurídico así como su fallo (Quiroz, 2014: 323-324).

En materia procesal puede observarse el inciso primero del art. 7 del Código General del Proceso que reza: “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina”. Contenido que es consonante con lo expresado por el profesor Jaramillo (2014) en el sentido de que del análisis integrador de la eficacia del acto jurídico se deben tener en cuenta normas imperativas y

⁴⁷ Jiménez (2015): “Un contrato o negocio jurídico es eficaz cuando siendo válido es capaz de desplegar todos sus efectos en el derecho. Si el contrato es un instrumento para la creación de obligaciones, sus efectos jurídicos deben ser la realización y ejecución de sus obligaciones” (87).

⁴⁸ Afirman Rodríguez y Largacha: “Por tanto la costumbre que de acuerdo con lo preceptuado por el legislador puede ser aplicada después de la ley comercial es la *praeter legem*, o costumbre fuera de la ley, cuya fuerza obligatoria se desprende no ya directamente de una ley sino de si propia, lo cual le da el carácter de una verdadera y autónoma fuente de derecho” (1989: 81).

⁴⁹ De forma aislada pero existente tanto la doctrina (Gabino Pinzón (s.f.), “La costumbre mercantil”: Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá), como la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de 25 de marzo de 1988) han reconocido que la costumbre comercial al tener la misma fuerza que la Ley, puede admitir el recurso de casación por su quebrantamiento o indebida aplicación.

dispositivas, así como otros componentes a saber, la buena fe, la equidad y la costumbre.

De igual modo tal aplicación encuentra sustento en la interpretación constitucional de la sentencia C-486 de 1993 en la que se afirmó que “la costumbre es una expresión de *soberanía popular*⁵⁰ producto de un proceso *directo, primario y legítimo* de formación normativa; y que en el derecho privado la costumbre cumple una función de vital importancia para el tráfico jurídico al *expresar* la libertad económica y la iniciativa privada garantizadas constitucionalmente” (Almonacid, 2014: 373, cursiva original).

La relevancia que tiene la aplicación de la costumbre ha sido reconocida bajo diversas aristas que permiten la actualización del derecho y de las transacciones en el tráfico jurídico aportando flexibilidad y efectividad (Latorre, Ariza y Lastra, 2010: 13); al mismo tiempo que es la forma más perfecta de resolver la tensión Derecho vs. Realidad social, donde el primero no puede atender todas las necesidades normativas y la última se comprende como el origen a partir de la cual la costumbre se constituye como fuente del ordenamiento, y se considera “un factor determinante del contenido y la forma de las manifestaciones de la voluntad de los sujetos de Derecho, que, cada vez más, se tipifican en función de los comportamientos sociales estables y uniformados y no en función del Derecho dispositivo codificado” (Hernández & Zuleta, 1976: 51, 55-56).

Asimismo Hernández & Zuleta destacan dos funciones de la costumbre que vistas desde la naturaleza de la NLM tienen completa armonía, la primera es que su valor jurídico vinculante depende del reconocimiento que el ordenamiento hace de la voluntad de los particulares otorgándole trascendencia como fuente de obligaciones, y la segunda es que no es un comportamiento social en principio

⁵⁰ Llorente Sardi se expresa en el sentido que la Carta Política al reconocer la soberanía en el pueblo, obliga al legislador a respetar las costumbres jurídicas que este tiene, entendiendo entonces al art 230 superior como efigie del principio de la seguridad jurídica, donde “el legislador solamente puede elevar a la categoría de ley lo contenido expresa o tácitamente por la costumbre jurídica primera de la nación colombiana” (1983: 74).

enfrentado o independiente del Derecho, sino por el contrario es un comportamiento socialmente relevante integrado en él, que se constituye a sí mismo como objeto de regulación verbigracia por medio de la unificación mediante prácticas internacionales uniformadas, del contrato de compraventa de bienes muebles (1976: 56-57).

La garantía que el derecho patrio le otorga a las partes a través de la autonomía privada de la voluntad para construir el contenido del Acto Jurídico, posibilita la inclusión en este de instrumentos internacionales de negociación y comercio (*Lex Mercatoria- principios Unidroit*) que a falta de su reconocimiento en la legislación interna se consagran como herramientas normativas e interpretativas de dicho acto (Rodríguez, 2009: 285). Sin embargo, lo anterior no significa que el uso de la NLM la convierta en un “artificial instrumento de manipulación del derecho aplicable y por este rumbo, puedan abrirse asimismo paso los llamados contratos sin ley” (Jaramillo, 2011: 126).

Posición igualmente sostenida por la doctrina nacional frente a dos normas del derecho privado que permiten pactar una ley aplicable distinta a la colombiana en el Acto Jurídico sea típico o atípico, en referencia al contenido del art. 869 mercantil se tiene que es una norma de naturaleza supletiva y no prohibitiva de aplicar legislación extranjera o internacional al contrato (Oviedo, 2013b: 155; Zapata: 2010, 36), al igual que en lo relacionado con el art. 20 del Código Civil que baja la interpretación académica y jurisprudencial se afirma:

“[...] bajo el sistema legal colombiano podría considerarse válido el pacto de ley aplicable que los contratantes decidieran incorporar al contrato internacional, sin que implique quebranto de la norma civil al no contradecir su alcance, en los siguientes casos: i) cuando el contrato verse sobre bienes no situados en el país; ii) en nuestra opinión, cuando el contrato verse sobre bienes situados en el país, pero respecto de los cuales el Estado carezca de derecho e interés, y iii) cuando el contrato prevea su ejecución por fuera del país” (Zapata, 2010: 29).

El art. 869 en efecto representa la posibilidad de que las partes escojan el derecho aplicable a su negocio bajo las dos modalidades de autonomía, sea material o conflictual (Derecho elegido, derecho del foro), por cuanto bajo una interpretación sistemática se observa que dicha norma se encuentra ubicada en la parte general de obligaciones y contratos del Libro IV del Código de Comercio, además que existe en la misma codificación una regla especial de naturaleza imperativa contenida en el art. 1328 que en materia de agencia comercial establece que el contrato celebrado en el exterior y ejecutado en Colombia, se regirá por el Derecho nacional y que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita:

“[S]i tratándose de agencia comercial el legislador prohibió el pacto de ley extranjera, significa que en todos los demás casos lo permite, por lo cual el artículo 869 no es de observancia imperativa” (Oviedo, 2012: 133-134).

“[L]a materia contractual, al ser gobernada por la autonomía de la voluntad, lleva a que la regla de conflicto pertinente, a saber, el *locus regit actum*, se considere también de carácter dispositivo” (Zapata, 2012: 21).

Postura que pareciera comenzar a compartir la Corte Suprema de Justicia a partir del 21 de febrero de 2012 en una providencia ya citada, en donde afirma en relación con los principios UNIDROIT:

“Los *Principios* [para los Contratos Comerciales Internacionales -*Principles of International Commercial Contracts* (PICC)- 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” (Magistrado Ponente: William Namén Vargas).

En último lugar, se puede observar entonces que la recepción de la Nova Lex Mercatoria encuentra asidero en el derecho nacional al tenor de lo dispuesto por el art. 7 del Código de Comercio en concordancia con el art. 3 del mismo estatuto y el art. 16 de la regulación civil, que en el caso de los tratados no ratificados por Colombia, por ejemplo la Convención de México de 1994, no radica su naturaleza de fuente en el consentimiento manifestado en debida forma por el Estado, sino en su importancia de positivizar prácticas o costumbres mercantiles reconocidas, aprobadas y usadas por la llamada *Business International Community* (Rodríguez y Largacha, 1989: 87; Ravassa, 2004: 393).

APLICACIÓN DE LA NLM EN LOS ACTOS JURÍDICOS

Conforme a la Carta Política vigente en su art. 9 que reconoce por parte de Colombia los principios que rigen el derecho internacional⁵¹, en concordancia con el art. 869 del Estatuto Comercial para la contratación privada, y el art. 20 de la Ley 1150 de 2007 para los negocios jurídicos internacionales celebrados por entidades de derecho público, es posible aplicar al objeto del acto jurídico los instrumentos de la NLM, tal afirmación se desliga de la aplicación que ha tenido en la contratación nacional del crédito documentario, el contrato de seguro o la comercialización de esmeraldas⁵², entre otros.

⁵¹ Afirman la Corte Constitucional: “Si bien los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia e incorporados válidamente al derecho interno en materia de inversión extranjera y arbitramento no son parámetros de constitucionalidad, tendrán su propia fuerza normativa que se aplicará en el ámbito que corresponda a cada uno de ellos. En caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia (art. 9º C.P.)” (C-155 de 2007).

⁵² Ver Jurado Pérez, J.L. (2012). “El comercio de esmeraldas como Expresión de la Nueva Lex Mercatoria”, *Revista Vía Inveniendi Et Ludicandi* (No. 13, Vol. 7).

En relación al crédito documentario en el caso colombiano, la normatividad interna no es variada y completa como sí lo es a nivel internacional; no obstante, las diversas regulaciones del legislador patrio, específicamente del ejecutivo y de la hoy Superintendencia Financiera, conforme a lo anterior el profesor Cadena Afanador afirma:

“[...] Nuestra legislación nace a partir de la adaptación de las normas internacionales y sus periódicas modificaciones de actualización.

[...] 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” (2006: 122).

Referente a la aplicación de la Lex Mercatoria en materia de crédito documentario al interior de un acto jurídico, se tiene que en el Laudo arbitral de CADENALCO vs. CORFINSURA de junio 22 de 1999, el tribunal reconoció la validez que tuvo la estipulación de las partes al interior del contrato de apertura de un crédito documentario standby 004, de la práctica uniforme de aduanas y de créditos documentarios de la Cámara de Comercio Internacional, específicamente el Brochure 500, revisión 1999, siendo menester citar un párrafo del negocio jurídico objeto de controversia:

“Lo anterior significa para el tribunal que las reglas y usos uniformes en materia de crédito documentario están incorporados a la carta de crédito Stanby 004 y en la medida que sean aplicables a esta modalidad serán tenidas en cuenta por tribunal para efectos de su decisión” (Cadena Afanador, 1996: 149).

Igualmente imperioso es reproducir apartes del fallo arbitral en relación al contenido anteriormente citado:

“Al comparar la legislación interna con la compilación de reglas y usos uniformes, se puede apreciar a simple vista que el Código de Comercio Colombiano vigente se limitó a regular aspectos fundamentales del tema [...]”.

El legislador colombiano hizo bien al referirse a los aspectos fundamentales del crédito documentario, para evitar inconvenientes que podrían derivarse de una rígida reglamentación, debido a que en esta última circunstancia sería difícil adaptar los cambios que se presentan en el desarrollo del negocio, lo cual no ocurre en el caso de las reglas y usos uniformes gracias a las revisiones periódicas que se hacen por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional (Cadena Afanador, 1996: 149).

Finalmente el tribunal arbitral consideró que las prácticas comerciales en Colombia denotan la reiteración de las partes en acordar una cláusula en la carta de crédito, que estipule la aplicación de las reglas y usos uniformes para la integración normativa e interpretativa del texto contractual, de tal forma que su aplicación debe entenderse como un verdadero mandato de la autonomía privada de la voluntad de las partes al tenor de lo expresado por el art. 1602 del Código Civil patrio (Cadena Afanador, 2006: 149).

Otra expresión es la aplicación de los principios internacionales de la contratación, verbigracia los UNIDROIT tanto al objeto del acto que sería epígono de la autonomía privada material de la voluntad, como en su estadio conflictual ya sea como norma aplicable a la controversia o bajo ser criterio interpretador del contrato, conforme a lo dispuesto por la Ley 1562 de 2012 *sobre arbitraje nacional e internacional* en su art. 101, concordante con el art. 1.9 de los Principios UNIDROIT que afirma: “Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil.”(Rodríguez, 2012).

También son los principios INCOTERMS como elementos regulares de la compraventa marítima, que si bien se encuentra contemplada en los arts. 1693-1698 del Código de Comercio, su naturaleza de normas dispositiva permite la aplicación de los términos de la Cámara de Comercio Internacional en última versión 2010, por ejemplo el termino o categoría de EXW (Ex Works) “en fábrica”

que significa que “el vendedor realiza la entrega cuando pone la mercancía a disposición del comprador en los locales del vendedor o en otro lugar designado (es decir, taller, fábrica, almacén, etc.). El vendedor no tiene que cargar la mercancía en ningún vehículo de recogida, ni despacharla para la exportación, cuando tal despacho sea aplicable” (Rodríguez, 2010: 45), así una buena aplicación de éste sería: Ex Works Bogotá Calle 13 INCOTERMS CCI 2010 (Rodríguez, 2010: 47).

También ostenta la posibilidad de aplicar como instrumento de la NLM el contrato de seguro, ya que este representa “una fuente normativa de sus relaciones mercantiles basada en la costumbre internacional sobre la materia, la especialidad de sus creadores, el consenso de de [sic] sus principales actores y la autonomía de la voluntad de las partes contratantes” (Mateus, 2011), más específicamente la libertad de las aseguradoras que tienen la posibilidad de aplicar en el ramo nacional los contratos tipo elaborados a nivel internacional por los diferentes actores de la Lex Mercatoria, teniendo en cuenta dos aristas: 1) la compatibilidad con las normas de orden público internas y 2) ser un acto jurídico de adhesión, en cuanto a la protección de los riesgos se encuentra limitado por la oferta que la aseguradora en las formas preimpresas al consumidor o contratante débil (Mateus, 2011).

Mateus (2011) referencia un laudo arbitral de 1995 proferido a partir de un diferendo contractual establecido entre Fiduciaria Caldas S.A. y Seguros Atlas S.A., donde el tribunal declaró abusiva una cláusula contenida en el acto jurídico llamada “control reclamos”, la cual supeditaba el pago de la indemnización al asegurado por la ocurrencia del siniestro al pronunciamiento del reasegurador, por contrariar una norma imperativa colombiana al tenor de lo expuesto por el art. 1080 del Estatuto mercantil. Dicho providencia arbitral así como otras que el mencionado doctrinante analiza pueden dar cuenta la necesidad de *prevención* que ha de tenerse en cuenta a la hora de elaborar un tipo contractual, específicamente su clausulado obligacional, pues en caso de una controversia ante un órgano de justicia estatal o arbitral, lo primero que hará este último será

analizar la legalidad o compatibilidad del contenido del acto jurídico con el ordenamiento jurídico nacional a su vez que con el internacional.

Jurisprudencialmente en sede de casación también se ha observado la posibilidad de usar los instrumentos de la Lex Mercatoria como criterios interpretativos, al igual que como herramientas de complementación de *Derecho aplicable* de los contratos, de este modo se tiene que en el contrato de transporte marítimo el cobro efectuado por una aseguradora que se subroga los derechos de su asegurado respecto de la reclamación por la pérdida de una mercancía, no admite la exoneración completa de la responsabilidad de una de las partes, no solo al tenor del art. 1644 del C. de Co., sino de los Principios Unidroit versión 2010 en su art. 7 (1)(6), de las *Reglas de Hamburgo* de marzo de 1987 en su art. 6 y de las *Reglas de Rotterdam* (2008) en sus arts. 59 a 61⁵³ (León, 2015: 272).

Igualmente la Corte ha dicho que si en un contrato de mutu los intereses están atados a unidad de medida como otrora fue el UPAC, tal acontecimiento generaría un desequilibrio contractual, por lo cual la aplicación de la teoría de la imprevisión es dable no solo desde la vista de la jurisprudencia nacional desde la década del treinta, sino de la Nueva Lex Mercatoria en tres perspectivas, la Convención de Viena de 1980 (art. 79), los Principios de Unidroit-2010 (art. 6 (2) (1,3) y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en sus arts. 6(III) y 157 (León, 2015: 274-275), de ésta manera:

“[L]a *Lex Mercatoria* propugna por las clausulas (*hardship*) o la revisión del contrato”⁵⁴.

Y en referencia a la posibilidad de aplicar los Principios de Unidroit-2010 dijo:

“Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional

⁵³ Sentencia de Casación Civil de 1 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas (Ref.: 11001-3103-026-2000-04366-01).

⁵⁴ Sentencia de Casación Civil de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas (Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01).

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”⁵⁵.

A lo que la doctrina ha interpretado como la posibilidad de “cerrar la brecha de desigualdad que se origina en el 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) (Rodríguez Fernández, 2012b: 21), y la oportunidad de que las partes al celebrar un acto jurídico en Colombia, sin necesidad de contar con un elemento de internacionalidad, puedan someterse a las normas que ellas precisen dentro del contexto de la NLM; no obstante, respetando las normas imperativas aplicables al caso (León ,2015: 276).

⁵⁵ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

- I. La Nova Lex Mercatoria entendida como una expresión del tráfico comercial internacional, tiene posibilidad de surtir plenos efectos al interior del ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el derecho privado a través de su invocación por las partes contratantes en la edificación del contenido del Acto Jurídico. Asimismo, la aplicación de la NLM en virtud de la libertad de contratación de los particulares reconocida por la Constitución Política de 1991 y los estatutos civil y comercial, otorga eficacia a los Actos Jurídicos bajo el entendido que de ella surten la efectividad y materialización de los intereses de las partes contractuales.
- II. Todos los instrumentos de la NLM al interior del Derecho Mercantil Internacional encuentran posibilidad de ser aplicados como elementos de eficacia del Acto Jurídico, ya que como lo expresó la C. Constitucional en virtud de la declaratoria de exequibilidad de la ley aprobatoria de la Convención de Viena de 1980, reconocen postulados del derecho privado nacional como la buena fe, la consensualidad, la autonomía de las partes, el respeto por el orden público entre otros.
- III. La doctrina y la jurisprudencia nacional si bien no han desarrollado con suficiencia la teoría recepcionista de la Lex Mercatoria si se encuentra que existen pronunciamientos por parte de académicos y magistrados de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de invocarla como fuente de argumentación y disquisición hermenéutica, luego entonces puede afirmarse que se ha dado comienzo a la recepción de la Lex Mercatoria actual en Colombia.
- IV. Es necesario que en los programas de pregrado en derecho de las universidades colombianas se contemple como un área temática

obligatoria de asignaturas como derecho comercial y teoría del derecho por ejemplo, el *fenómeno* globalizador de la Nova Lex Mercatoria, ya que con ello se permitirá una mayor comprensión de esta y al mismo tiempo su reconocimiento al interior del derecho colombiano.

- V. Como lo ha expresado la doctrina (Oviedo Albán y Zapata de Arbeláez entre otros) es necesario realizar una reforma al derecho privado colombiano en el sentido de unificar el régimen aplicable a las obligaciones y los contratos, siendo tal postulado la vanguardia en el derecho comparado de los negocios, al igual que modificar el articulado del primer capítulo del Estatuto mercantil vigente, para incluir al interior de las mismas el derecho comercial internacional y los postulados de la Lex Mercatoria Contemporánea. Es imperioso modificar el contenido o por lo menos la interpretación jurisprudencial de los arts. 869 comercial y 20 del Código Civil que siendo normas de derecho internacional privado no permiten de su aplicación concreta la posibilidad de usarlas, como invocación para pactar en el Acto jurídico como derecho de aplicable los instrumentos de la NLM.

Finalmente, se propugna por la elaboración de un proyecto de Acto Legislativo que busque reformar el actual contenido del art. 230 de la Carta Política, en el sentido de reconocer como criterios auxiliares de interpretación judicial a la costumbre, de igual tenor a lo indicado por el Código General del proceso en su art. 7., pues como se observó durante el desarrollo de la investigación, es en efecto el mecanismo más idóneo para la admisión de la Lex Mercatoria en la actualidad. Tal propuesta encuentra asidero en los proyectos de reforma constitucional del gobierno del presidente Uribe Vélez, y su ministro Fernando Londoño Hoyos, así como lo por presentado por la última Comisión Asesora de

Reforma a la Justicia integrada entre otros por notables juristas como los profesores Bonivento Fernández y Carlos Ignacio Jaramillo.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Doctrina

1. Almonacid, J. (2014). Comercialización del mundo de la vida y advenimiento del código único del mercado. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea: Tomo I* (págs. 353-385). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
2. Alpa, G. (2013). La autonomía negocial. En C. A. Hernández, & S. Ortega, *Acto Jurídico* (págs. 35-42). Bogotá: Universidad Libre.
3. Álvarez L, F.M. (2013). *Del contrato social a la socialización del contrato. La regulación colombiana en materia de contratos de consumo*. En “Derecho del consumo (problemáticas actuales)”. Gual A, J.M.; Villalba C, J.C. Bogotá: Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibáñez.
4. Arango, J. (2000). *El Código Civil y la Constitución de 1991*. Bogotá: Editorial Temis.
5. Bohórquez, A. (1996). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Volumen 1*. Bogotá: Doctrina y Ley.
6. Bonivento Correa, P. F. (2000). *La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.
7. Bonivento Fernández, J. A. (2011). Apuntes sobre la compraventa internacional de mercaderías. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Negociación internacional* (págs. 19-38). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

8. Bueres, A. (1998). *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
9. Cadena Afanador, W. R. (2004). *La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
10. _____. (2006). El crédito documentario. Régimen internacional y su asimilación en Colombia. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
11. _____. (2011). Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria. *Civilizar*(11), 1-21.
12. Calderón, J. J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario. Universidad de los Andes. Editorial Temis.
13. Calvo Caravaca, A.-L., & Carrascosa González, J. (2010). Los contratos internacionales y el mito de la "nueva lex mercatoria". En A. Zapata de Arbeláez, *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances: Tomo III* (págs. 61-90). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
14. Campuzano, A. d. (2008). El paradigma jurídico de la globalización. En N. Belloso Martín, & A. d. Campuzano, *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho? pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos* (págs. 49-75). Madrid: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson.
15. Carvajal Arenas, L. (2011). "Good Faith in The Lex Mercatoria: An analysis of Arbitral Practice and Major Western Legal Systems". Portsmouth: University of Portsmouth: Tesis de doctorado en filosofía. Obtenido de http://eprints.port.ac.uk/6040/1/GOOD_FAITH_IN_THE_LEX_MERCATORI A.pdf

- 16.**Case Summary (s.f.). *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company ('Kuwait v Aminoil')*. Obtenido de: http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf
- 17.**Castañeda, M. L. (2014). La unificación del derecho privado y el contrato de compraventa en México, Colombia y Chile. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea: Tomo I* (págs. 267-283). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- 18.**Chahín Lizcano, G. (2011). Derecho comunitario como derecho de la integración. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Negociación internacional* (págs. 53-90). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- 19.**Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2013). *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas. Obtenido de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>
- 20.**Cubides Camacho, J. (s.f.). *Estudio de las normas del código civil colombiano y de la ley 153 de 1887 sobre aplicación general de la ley*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Tesis de Grado.
- 21.**_____. (2009). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- 22.**Cubides Camacho, J., & Prada Márquez, Y. (2012). *Unidad del derecho privado en la regulación del acto jurídico*. Bogotá: Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.
- 23.**de Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- 24.**de Jesús, A. (2012). The Prodigious Story Of The Lex Petrolea And The Rhinoceros Philosophical Aspects Of The Transnational Legal Order Of The

- Petroleum Society. *TPLI Series on Transnational Petroleum Law* (Vol. 1, No. 1).
25. de los Mozos, J. L. (1987). *El negocio jurídico (estudios de derecho civil)*. Madrid: Editorial Monte corvo.
26. Duran Vinazco, R. (2005). Reseña: Derecho Mercantil Internacional, de Gerardo José Ravassa Moreno. *Iusta*(22), 181-186.
27. _____. (2011). Régimen financiero y leasing internacional. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Negociación internacional* (págs. 91-122). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
28. _____. (2012). Lex mercatoria y pluralismo jurídico. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*(350), 155-166.
29. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (1988). *Hermenéutica Jurídica* . Bogotá: Ministerio de Justicia.
30. Espinosa Pérez, C. A. (octubre de 2000). Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. *Revista de Derecho Privado*(25), 99-126.
31. Fernández, C. (2014). El derecho en un periodo de transición entre dos épocas. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Tomo I* (págs. 63-122). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
32. Fonseca Ramos, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho*, 1(1), 32-45.
33. Foster, K. (enero de 2006). "Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court Of Arbitration for Sport's Jurisprudence". *Entertainment and Sports Law Journal* (Vol. 3. No. 2). Obtenido de:

<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume3/number2/foster/foster.pdf>

34. Franco, C.A. (2007). De la Lex Mercatoria a la Lex Construcciónis. *Revista E-Mercatoria* (Vol. 6. No. 1).
35. García Villegas, M. (2003). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Precedente: anuario jurídico*, 97-124.
36. Gil Echeverry, J. H. (2012). *Aplicación del derecho civil a los asuntos de comercio y el principio de la consensualidad*. Bogotá: Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.
37. González, R. (2010). *Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.
38. Havel, B., & Sánchez, G. (2010). The Emerging Lex Aviatica, *Georgetown Journal of International Law* (Vol 52. No. 3). Obtenido de <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=907117081025012118109017002075122072026032046009065078108123101067127122070084006025032052096126039015001116017028095007106114042057064008052100083085009112008083093046043005069080064069023077080090115000076102023004074006114104065113022064094085074118&EXT=pdf>
39. Hernández Gil, A., & Zuleta Puceiro, E. (1976). *El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana*. Madrid: Rivadeneyra.
40. Herrera, F. (2014). De la autonomía de la voluntad a la libertad de contratación: una revisión de la evolución del concepto. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea: Tomo II* (págs. 517-551). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
41. Hinestrosa, F. (s.f.). *Negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

42. Jaramillo, C. E. (2011). Los contratos internacionales de distribución mercantil. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Negociación internacional* (págs. 123-139). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia
43. Jaramillo, C.I. (2014). *Interpretación, calificación e integración del contrato*. Bogotá: Pontificia universidad Javeriana.
44. Jiménez Valderrama, F. (2015). *Teoría del contrato y del negocio jurídico* . Bogotá : Legis.
45. Jurado Pérez, J.L. (2012). "El comercio de esmeraldas como Expresión de la Nueva Lex Mercatoria", *Revista Vía Inveniendi Et Ludicandi* (No. 13, Vol. 7).
46. Lafont Pianetta, P. (2013). Integración de la contratación nacional e internacional. En S. Sotomonte, *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio: Tomo II* (págs. 175-199). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
47. _____. (2014). Contratos internacionales de transferencia de tecnología. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y maestro. Arturo Valenciz Zea: Tomo I* (págs. 429-459). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
48. Lassiter, C. (2007) "Lex Sportiva: Thoughts Towards a Criminal Law of Competitive Contact Sport," *Journal of Civil Rights and Economic Development* (Vol. 22: No. 1). Obtenido de: <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=jcred>
49. Latorre Iglesias, E., Ariza Sánchez, A., & Lastra Fuscaldo, A. (2010). *La costumbre mercantil. Aspectos turísticos e inmobiliarios*. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, Cámara de Comercio de Santa Marta y Biblioteca Jurídica Dike.

50. León Robayo, E.I. (2015). Principios y fuentes del DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
51. Llano, J. V. (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. *Criterio jurídico*, 12(1), 191-214.
52. Llorente Sardi, A. (1983). *La vigencia de la costumbre mercantil en la actividad bancaria*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.
53. López Medina, D. E. (Febrero de 2002). Hacia la reconstrucción de la teoría del derecho privado en Colombia. Reflexiones sobre la Ley 153 de 1887. *Derecho Privado*(27), 107-115.
54. _____. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad Nacional, Universidad de los Andes.
55. Madriñan de la Torre, R. E. (1962). *La costumbre comercial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de Grado.
56. Madriñan de la Torre, R. E., & Prada, Y. (2013). *Principios de derecho comercial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis.
57. Maniruzzaman, A. The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?. *American University International Law Review* (Vol. 14. No. 3), 657-734. Obtenido de: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1322&context=auilr>
58. Martínez Granados, A.M. (2013). La determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia en los arbitrajes internacionales con sede en Colombia: ¿a dónde nos dirigimos?. En S. Sotomonte Sotomonte & I.S. Ortiz Baquero, *Del derecho del comercial al derecho del mercado* (págs. 515-544). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

59. Mateus Bernal, J.P. (2011). La Nueva Lex Mercatoria y el Contrato de Seguro en la Jurisprudencia Arbitral. *Revista Vía Inveniendi Et Ludicandi* (No. 13, Vol. 7)
60. Mazzucco, M. (s.f.). Lex Sportiva: Sports Law as a Transnational Autonomous Legal Order. Obtenido de: https://www.academia.edu/436095/Lex_Sportiva_-_Sports_Law_as_a_Transnational_Autonomous_Legal_Order
61. Mendoza, Á. (2014). La irregularidad en el negocio jurídico. Síntesis entre las normas civiles y comerciales. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea: Tomo II* (págs. 485-501). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
62. Milenković-Kerković, T. (1998). Origin, Development and main features of the new Lex Mercatoria. *The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS* (5), 87-91. Obtenido de <http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao97/eao97-10.pdf>
63. Molineaux, C. (1997). Moving Toward a Lex Mercatoria- A Lex Constructionis, *Journal of International Arbitration*, (Vol. 8, No. 1). Obtenido de http://www.trans-lex.org/126700#head_4
64. Montoya, L. E. (2011). *La excepción se hace regla. El derecho judicial. El precedente en el discurso de las fuentes del derecho*. Bogotá: Editorial Ibañez.
65. Namén Vargas, W. (2009). La ineficacia del negocio jurídico. En A. Venegas, & J. P. Cárdenas, *Estudios de derecho privado. Tomo II*. Bogotá: Universidad del Rosario.
66. Narváez García, J. I. (2003). Gestación del Código de Comercio vigente. En J. A. García-Muñoz, & J. Oviedo Albán, *Instituciones de derecho comercial* (págs. 51-65). Bogotá: Editorial Ibañez y Universidad de la Sabana.

67. Navarro, F. A. (2011). *Corte Suprema de Justicia en la República Liberal una corte de oro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Tesis de Maestría en Historia.
68. Neira Castro, J.F. (2012). La costumbre internacional en contratos de exploración y explotación petrolera: la lex petrolea. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Tesis de Maestría en Derecho con énfasis en Regulación Energética.
69. Ortiz Monsalve, Á. (2010). *Manual de obligaciones*. Bogotá : Temis.
70. Ospina Acosta, E. (1979). *La ineficacia de los negocios jurídicos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.
71. Oviedo Albán, J. (2001). Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías (comparación con la legislación privada colombiana). *Universitas*(101), 157-248.
72. _____. (2003). Transformaciones de la contratación mercantil: hacia una Lex mercatoria. En J. A. García-Muñoz, & J. Oviedo Albán, *Instituciones de derecho comercial* (págs. 191-262). Bogotá: Editorial Ibañez y Universidad de la Sabana.
73. _____. (2008). *Regulación del contrato de compraventa mercantil. Antecedentes estructura y fuentes*. Bogotá: Editorial Ibañez.
74. _____. (2012). Ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*(21), 117-157.
75. _____. (2013a). La regla de conflicto y la amornización del derecho de los contratos internacionales. En L. F. Álvarez Londoño, & R. Prieto Sanjuan, *Derecho, crisis y desastres* (págs. 113-148). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibañez.

76. _____. (2013b). Las reglas de conflicto colombianas y el derecho de los negocios contemporáneo. En S. Sotomonte, *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio* (págs. 151-173). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
77. Padilla, J. (2014). Labor creadora de la jurisprudencia de la "Corte de Oro": los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. *Revista de Derecho Privado*(26), 105-156.
78. Paradiso, M. (2013). Hechos, actos y negocios jurídicos. En C. A. Hernández, & S. Ortega, *Acto Jurídico* (págs. 19-32). Bogotá: Universidad Libre.
79. Paredes, A. (2009). Ineficacia del Acto Jurídico. En M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones. Tomo I*. Bogotá: Universidad de los Andes y Editorial Temis.
80. Peña Valenzuela, D. (2013). Perspectiva normativa y jurisprudencial de la Ley 527 de 1999 como complemento del Código de Comercio de 1971. En S. Sotomonte, *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio* (págs. 201-261). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
81. Perales Viscasillas, P. (2009). Prólogo. En M. Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Mercantil Internacional* (págs. 23-29). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
82. Puello, M. C. (1978). *Fundamentos teóricos del negocio jurídico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.
83. Quiroz Monsalvo, A. (2014). La codificación civil en Colombia. Siglos XIX y XX. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea: Tomo I* (págs. 305-329). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

84. Ravassa, G. (1990). *Historia del comercio y del derecho comercial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás .
85. _____. (2004). *Derecho mercantil internacional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
86. Reidenberg, J. (1997-1998). Lex Informatica: The formulation of Information Policy Rules through Technology. *Texas Law Review* (Vol. 76. No. 3).
Obtenido _____ de
[http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=facult
y_scholarship](http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=faculty_scholarship)
87. Ritter, J. E. (1973). *Las fuentes formales del derecho en Colombia*. Bogotá: Tesis de Grado: Pontificia Universidad Javeriana.
88. Rodríguez Fernández, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
89. _____. 2010. “Los nuevos términos comerciales internacionales -Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho Colombiano” *Revista E-Mercatoria*, Volumen 9, número 2, 1-73.
90. _____. 2012a. “Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional” *Revista E-Mercatoria*, Volumen 11, número 2, 45-89.
91. _____. 2012b. “Comentario” *Ámbito Jurídico*, 359.
92. Rodríguez Flórez, J. A., & Largacha Escallón, P. (1989). *La función de la costumbre mercantil asignada a las cámaras de comercio*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Trabajo de grado.
93. Santamaría Pastor, J. A. (1988). *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid: Centros de Estudios Ramón Areces.

- 94.** Scognamiglio, R. (2001). El negocio jurídico: aspectos generales. En *Teoría general del negocio jurídico*. Lima: ARA editores.
- 95.** Silva García, F. (2013). La compraventa en el Código de Comercio: ¿una regulación desbalanceada? En S. Sotomonte, *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio* (págs. 11-31). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- 96.** Sierra Porto, H. A. (1998). Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- 97.** Sotomonte, S. (2013). Los cuarenta años del Código de Comercio. En S. Sotomonte, *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio* (págs. 17-22). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogota.
- 98.** Trujillo, J. (2011). *Derecho Romano y el Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- 99.** Urbina, E., Acosta, J., Durán, R., & Palomares, J. (2011). *Derecho de los Contratos en Colombia. Tendencias Globalizantes*. Bogotá: Universidad Santo Tomás y Editorial Ibañez.
- 100.** Urbina, E., Acosta, J., Durán, R., & Palomares, J. (2012). *Los contratos en la era global*. Bogotá : Editorial Ibañez y Universidad Santo Tomás.
- 101.** Valencia Zea, A. (1989). *Derecho Civil: tomo 1*. Bogotá: Temis.
- 102.** Vélez, F. (1981). *Estudio sobre el derecho civil colombiano* (Vol. I). Bogotá: Ediciones Lex.
- 103.** Vial del Rio, V. (2003). *Teoria general del acto jurídico*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- 104.** Vidal, F. (2005). *El acto jurídico*. Lima: Gaceta jurídica.

- 105.** West Bradlee, H. (1929). *History of the Law Merchant, The Law Merchant or Lex Mercatoria*. Boston. Obtenido de <http://szabo.best.vwh.net/lex.html>
- 106.** Zapata de Arbelaéz, A. (2010). El régimen jurídico de los contratos internacionales en Colombia. En A. Zapata de Arbelaéz, *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances: Tomo III* (págs. 15-58). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 107.** _____. (2012). "Comentario" *Ámbito Jurídico*, 359.

Jurisprudencia

Constitucional

- 108.** Auto, A-232-01 (Corte Constitucional 2001).
- 109.** Sentencia, C-104-93 (Corte Constitucional 1993).
- 110.** Sentencia, C-486-93 (Corte Constitucional 1993).
- 111.** Sentencia, T-240-93 (Corte Constitucional 1993).
- 112.** Sentencia, C-083-95 (Corte Constitucional 1995).
- 113.** Sentencia, C-529-00 (Corte Constitucional 2000).
- 114.** Sentencia, T-348-05 (Corte constitucional 2005).
- 115.** Sentencia, T-910-09 (Corte Constitucional 2009).
- 116.** Sentencia, C-1008-10 (Corte Constitucional 2010).
- 117.** Sentencia, T-160-10 (Corte Constitucional 2010).

- 118.** Sentencia, C-816-11 (Corte Constitucional 2011).

Casacion civil

- 119.** Sentencia de Casación Civil, (Corte Suprema de Justicia de 31 de mayo de 1938).
- 120.** Sentencia de Casación Civil, (Corte Suprema de Justicia de 25 de marzo de 1988).
- 121.** Sentencia de Casación, 4798 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 27 de Marzo de 1998).
- 122.** Sentencia de Casación , 5791 (Corte suprema de Justicia Sala de Casación Civil 30 de Agosto de 2001).
- 123.** Sentencia de Casación Civil 6462, (Corte Suprema de Justicia de 2 de diciembre de 2002).
- 124.** Sentencia de Casación , 18286 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 10 de Junio de 2003).
- 125.** Sentencia de Casación Civil, 2001-00803-01, (Corte Suprema de justicia 1 de julio de 2008).
- 126.** Sentencia de Casación, 05360-31-03-001-2003-00164-01 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 7 de Octubre de 2009).
- 127.** Sentencia de Casación Civil, 1001-3103-008-1989-00042-01, (Corte Suprema de Justicia de 16 de diciembre de 2010).
- 128.** Sentencia de Casación Civil, 11001-3103-026-2000-04366-01, (Corte Suprema de Justicia de 1 de agosto de 2011).
- 129.** Sentencia de Casación, 11001-3103-012-1999-01957-01 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 30 de Agosto de 2011).
- 130.** Sentencia de Casación Civil, 11001-3103-026-2000-04366-01, (Corte Suprema de Justicia de 8 de septiembre de 2011).
- 131.** Sentencia de Casación Civil, 1001-3103-032-2001-00847-01 (Corte Suprema de Justicia 19 de Octubre de 2011).
- 132.** Sentencia de Casación Civil, 11001-3103-040-2006-00537-01, (Corte Suprema de Justicia de 21 de febrero de 2012).

- 133.** Sentencia de Casación Civil 20001-3103-005-2005-00025-01, (Corte Suprema de Justicia de 5 de noviembre de 2013).
- 134.** Sentencia de Casación Civil 0500131030122006-00138-01, (Corte Suprema de Justicia de 8 de abril de 2014).