

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Insignares-Cera, S. y Cortés, J.M. (2019). Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano. *Revista Jurídicas*, 16 (1), 11-27.

DOI: 10.17151/jurid.2019.16.1.2.

Recibido el 29 de mayo de 2017
Aprobado el 10 de enero de 2018

Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano*

SILVANA INSIGNARES-CERA**
JUAN MIGUEL CORTÉS***

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito determinar el estado actual de armonización del derecho comercial nacional e internacional. Para ello, se realizó una revisión de normas, bibliografía y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional que dotó de elementos teóricos suficientes la tesis conforme la cual, los principios UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano pueden tenerse como principios generales del derecho, atendiendo a la naturaleza y funciones de estos, lo cual permite la desfragmentación del derecho para el ejercicio del comercio internacional.

PALABRAS CLAVE: principios de UNIDROIT, fuentes del derecho, armonización e internacionalización del derecho, régimen mercantil colombiano.

* Este artículo de investigación hace parte de la Línea de Derecho Internacional del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte (GIDECP).

** Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España). Máster en Gestión de Comercio Internacional de la misma Universidad. Especialista en Procesos de Integración de la Unión Europea y Latinoamericana de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogada de la Universidad del Norte. Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la misma Universidad. Docente e Investigadora de Derecho Internacional, miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política. E-mail: insignares@uninorte.edu.co. **Google Scholar.** ORCID: 0000-0001-6143-7722

*** Abogado, Universidad del Norte (Colombia). Joven Investigador Colciencias 2014-2015, miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte. Investigador asistente del Observatorio del Comercio Internacional –OBCI– de esta misma Universidad. Asesor en asuntos mercantiles y empresariales. E-mail: jmcortes@uninorte.edu.co **Google Scholar.** ORCID: 0000-0001-1823-2209.



Harmonization of national and international commercial law from the incorporation of UNIDROIT (International Institute For The Unification Of Private Law) principles in the Colombian legal system

ABSTRACT

The purpose of this paper is to determine the current state of harmonization of the international and national commercial law. To do this, a review of national, international and foreign norms, bibliography and jurisprudence was carried out, and it was concluded that the Principles of UNIDROIT in the Colombian commercial regime can be considered as general principles of the law, considering their nature and functions which enable the defragmentation of law for the exercise of international trade.

KEY WORDS: Principles of UNIDROIT, sources of law, harmonization and internationalization of law, Colombian commercial legal system.

Introducción

El comercio internacional, entendido como el intercambio de bienes y servicios de un Estado con socios extranjeros, ha tenido a partir de la globalización una expansión mundial, llevándolo a implementar medidas para desarrollar las transacciones derivadas de dichas relaciones (Jackson, 2009). Así pues, podemos identificar dos tendencias: (i) la constitución de bloques económicos, y (ii) la creación de áreas de libre comercio; siendo necesaria en ambas la intervención del derecho como elemento que impregna de seguridad jurídica las transacciones internacionales (Insignares, 2011)¹.

En concreto, dentro del ejercicio del comercio internacional se ha diseñado una normatividad que permite integrar soluciones a las controversias que se presentan dentro del desarrollo de las relaciones mercantiles internacionales, la cual ha sido denominada por Goldman como *nueva lex mercatoria* (Afanador, 2006), determinándose que hacen parte de la misma, en sentido amplio, elementos de derecho duro (*hard law*), como tratados o convenios internacionales; y elementos de derecho flexible (*soft law*) como leyes modelos, guías legislativas, reglas y usos uniformes, creados por instituciones que buscan la armonización y unificación del derecho mercantil.

Es así como dentro de las instituciones internacionales que buscan la armonización y unificación del derecho mercantil, encontramos el Instituto UNIDROIT, que en 1994 publicó un cuerpo de principios sobre contratos comerciales internacionales conocidos como Principios de UNIDROIT; los cuales fueron revisados y actualizados en el año 2010, entregándose una nueva versión de estos. Con lo cual, si atendemos al alcance y sentido de los principios UNIDROIT, estos se presentan como una solución preventiva sujeta al arbitrio de las partes para determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales, sin que pueda establecerse algún tipo de injerencia de estos principios respecto el derecho nacional (Pablo-Romero Gil-Delgado, 2014).

Sin embargo, esta afirmación no resulta ser del todo cierta, pues atendiendo a la transnacionalización de las normas que componen la *nueva lex mercatoria*, se ha establecido un “híbrido jurídico” el cual hace que el sistema de fuentes no devenga solamente de elementos del derecho nacional, sino también del ámbito internacional (Atehortúa, 2010). Lo cual exige la urgente necesidad de armonizar las fuentes del derecho interno y las fuentes del derecho comercial internacional

¹ En este supuesto, la Organización Mundial del Comercio (OMC), como sujeto del comercio internacional, ha establecido que los Estados miembros de la misma, deben adoptar ciertos estándares normativos como un componente en la armonización jurídico-público en la que se desarrollan las transacciones comerciales internacionales, con una repercusión directa en las relaciones privadas internacionales (Fernández, 2009). De modo que, atendiendo a la dinámica cotidiana del mercado global, y a la multiplicidad de operaciones económicas, se requiere un derecho que se amolde a las necesidades y fisonomías comerciales, y que además esté dotado de una gran flexibilidad (López, 2007, p. 45).

(Atehortúa, 2010), en aras a que no se produzca un “fraccionamiento” de las relaciones económicas que se conectan con distintos derechos nacionales, en situaciones transfronterizas (Herdegen, 2009)².

De manera que, en la solución de controversias comerciales presentadas a nuestras altas Cortes (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia), en la interpretación de la normativa comercial colombiana se ha apelado a los principios UNIDROIT³, sin referirse de manera expresa a la forma cómo los mismos se incorporan en el régimen mercantil; haciéndose imperioso estudiar este fenómeno en el régimen comercial colombiano, en aras a determinar la relación del derecho del comercio nacional y los Principios de UNIDROIT, con el ánimo de fijar el grado de armonización e integración de nuestro derecho comercial.

Por ejemplo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado William Namen Vargas utilizó los Principios de UNIDROIT para entregarle sustento al artículo 868 del Código de Comercio, en lo referente a la excesiva onerosidad, y la forma como ésta se regula en el derecho privado nacional, al fallar una controversia derivada de un contrato nacional, en el cual se aplicaba el derecho nacional⁴. No obstante ello, el texto del artículo 868 del Código de Comercio y el texto del principio UNIDROIT 6.2.2 distan, pues mientras el primero prevé como elemento fáctico para la habilitación de la revisión del contrato, el acaecimiento de circunstancias imprevistas e imprevisibles posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva o periódica; el segundo prevé que dichas circunstancias pueden haberse presentado, bien después de la celebración de un contrato de ejecución sucesiva o periódica, o no pudieron haber sido tenidas en cuenta razonablemente por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato.

Lo anterior evidencia una diferenciación entre la regulación de la normativa nacional y de los principios UNIDROIT, que en cierta medida no afecta el régimen mercantil colombiano, pero que representa una dualidad de regímenes mercantiles en Colombia, nacional e internacional, fraccionando las relaciones económicas que se relacionan con distintos derechos nacionales en situaciones transfronterizas,

² Para el caso colombiano, con la expedición de la Constitución Nacional de 1991, con la que se inició un proceso de internacionalización de la economía, dentro de un marco institucional y de regulación sobre la misma, el comercio internacional se ha incrementado (Kalmanovitz, 2009) sin adscribirnos de manera concreta a alguna de las tendencias comerciales mencionadas. Así pues, actualmente pertenecemos a bloques económicos regionales para el desarrollo del comercio internacional como sería el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), pero a la vez hemos el Estado ha constituido áreas de libre comercio internacional; y además se ha reconocido la existencia internacional de la *lex mercatoria*, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-529 de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-1008 de 2010 M.P.: Luis Vargas Silva; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil: Sentencia agosto 30 de 2011 M.P.: William Namen Vargas; y Sentencia septiembre 8 de 2011 M.P.: William Namen Vargas.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Ref.: 2006-00537-01. M.P.: William Namen Vargas.

que en virtud de la obligación internacional que posee Colombia de armonizar e internacionalizar el derecho mercantil, obliga a entregarle una categoría a estos principios en el régimen interno con el propósito de garantizar la claridad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico colombiano.

Para dar respuesta a lo anterior, nos permitiremos en primer lugar presentar la naturaleza jurídica, y las funciones de los principios UNIDROIT; luego nos permitiremos establecer la relación entre estos y la teoría transnacional del derecho, desde una visión del derecho económico internacional (DEI); seguidamente se expondrá el esquema de fuentes del régimen mercantil colombiano; y finalmente definiremos la obligación constitucional de Colombia para recibir los principios UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano; con lo cual realizaremos una confrontación entre los principios generales del derecho como fuente del régimen mercantil colombiano frente a la incorporación de los Principios de UNIDROIT en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico nacional.

Los Principios de UNIDROIT: naturaleza y funciones

Los Principios de UNIDROIT representan un intento por remediar las deficiencias surgidas del derecho aplicable a los negocios internacionales (Oviedo, 2003). Estos principios componen una especie de “*restatement*” internacional de los principios generales del derecho de los contratos, que fueron el resultado de intensos años de debate e investigación de derecho comparado por parte de un grupo de representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo (Marzorati, 2007).

Atendiendo a la naturaleza de los Principios de UNIDROIT, podemos afirmar que estos son un instrumento del *soft law*, toda vez que, al no constituir un tratado internacional, la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual sugiere que los principios son aplicados solo cuando las partes así lo designen, entregándoseles un carácter eminentemente potestativo (Oviedo, 2015)⁵.

De esta forma, si atendemos a lo dispuesto por el preámbulo de los Principios de UNIDROIT, estos constituyen un valioso elemento de interpretación uniforme de ciertos aspectos de la vida de los contratos internacionales, no obstante que nada impide su aplicación a los contratos nacionales, a los que las partes pueden someterse en virtud del principio de autonomía de la voluntad (Pablo-Romero Gil-Delgado, 2014). De forma que los Principios de UNIDROIT tienen tres funciones específicas: (i) pueden ser un conjunto de reglas y criterios útiles para la interpretación

⁵ A pesar de ello, tribunales internacionales, *ad hoc* e institucionales en materia de resolución de conflictos comerciales internacionales, han aplicado los mismos a contratos internacionales, sin que las partes hayan decidido su aplicación, al considerar que constituyen “principios generales” del derecho de los contratos internacionales reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo, o como una manifestación de la *nueva lex mercatoria* (Oviedo, 2003).

y complementación de leyes nacionales aplicables a un contrato internacional; (ii) pueden ser un conjunto de reglas y criterios útiles para la interpretación de instrumentos internacionales existentes; y (iii) pueden ser *proper law* del contrato, sea por elección de las partes, o por decisión del árbitro (Marzorati, 2003). Con esto se restringe la aplicación de los Principios de UNIDROIT solo a los contratos internacionales, y se deja al arbitrio de las partes la aplicación de estos en cuanto a los contratos nacionales⁶.

Principios UNIDROIT frente la teoría transnacional del derecho: una visión desde el derecho económico internacional

El derecho económico internacional (en adelante DEI) tiene como objetivo la regulación de las relaciones económicas internacionales en la encrucijada de las normas internacionales y nacionales (Herdegen, 2003).

Conforme a ello, y teniendo en cuenta que en el ejercicio del comercio internacional y del intercambio que de este se deriva, se ha generado un aumento considerable en el libre tráfico de personas y mercancías; las facilidades de procurar informaciones más allá del propio confín; la circulación de ideas, creencias, ideologías, doctrinas, modelos, formas de ser; y la noción y existencia de una sociedad pluralista en el constitucionalismo moderno, han implicado un cambio que traspasa e implica múltiples fronteras nacionales del comercio internacional y del intercambio. La sociedad moderna exige una nueva visión del derecho (Cortés, 2007), que cuestiona la relación entre las normas internacionales, de carácter convencional y consuetudinario, con la normativa interna, y la variedad de instituciones, incluyendo las de naturaleza gubernamental y no gubernamental (Jackson, 2009), para determinar si son sistemas contrapuestos, o sí hay armonización o complementariedad entre ambos (Atehortúa, 2010).

Así, en aras a que no se produzca un “fraccionamiento” de las relaciones económicas que se conectan con distintos derechos nacionales, en situaciones transfronterizas (Herdegen, 2009), dentro del desarrollo del DEI se ha establecido la teoría transnacional del derecho, la cual permite determinar el grado de relación e intercomunicabilidad entre la normativa internacional e interna (Herdegen, 2009). A grandes rasgos, el derecho transnacional se refiere a las normas que regulan acciones y acontecimientos que trascienden las fronteras nacionales, normas que comprometen tanto los derechos internacionales, como otros preceptos que no encajan exactamente dentro de tales patrones. De esta manera, el derecho transnacional no se admite como un ordenamiento jurídico autónomo,

⁶ Para el caso colombiano, la Corte Constitucional negó la posibilidad de renunciar a la legislación comercial nacional, en tratándose de regular los contratos mercantiles nacionales según lo establece la Sentencia C-347 de 1997, M.P.: Jorge Arango Mejía.

pues la validez de este debe ser reconocida por el derecho nacional o el derecho internacional (Herdegen, 2009).

Así pues, por su propia naturaleza los principios UNIDROIT son un elemento jurídico del *soft law* que integran el derecho transnacional (Oviedo, 2003), lo cual sugiere que se abandone la concepción según la cual estos principios son aplicables solo a los contratos internacionales, pues desde el establecimiento de un híbrido normativo entre el derecho del comercio nacional e internacional, los Principios de UNIDROIT y el régimen mercantil nacional, están en una relación de complementariedad (Atehortúa, 2010). De tal suerte que, si abandonamos la distinción entre un derecho nacional e internacional del comercio, y propendemos por establecer un derecho transnacional del comercio, los principios UNIDROIT conformarían un componente de este que no necesitaría de aceptación o habilitación para su incorporación, sino únicamente para el reconocimiento de su validez.

No obstante, aunque no se pueda afirmar la existencia de una transnacionalidad jurídica del comercio internacional, ello no impide que se pueda establecer un acercamiento hacia esta forma de derecho del comercio internacional, el cual debe empezar por determinar la relación entre el derecho nacional y los principios UNIDROIT, que facilitaría el desarrollo y el camino hacia la construcción de un derecho del comercio internacional transnacional, que incluso podría llegar a considerarse como supranacional, siempre y cuando los Estados le otorguen tal condición. Este acercamiento se obtiene si se conoce con exactitud en el sistema jurídico colombiano el grado de relación entre el régimen mercantil colombiano y los principios UNIDROIT, lo cual se determina a partir de la definición de la incorporación de estos en aquel, para lo cual se hace imperioso estudiar el sistema de fuentes del régimen mercantil colombiano.

Sistema de fuentes en el régimen mercantil colombiano

Dentro de la dogmática jurídica el vocablo de fuentes del derecho está asociado al punto de creación de las normas jurídicas que comprende determinado ordenamiento jurídico. En este sentido, encontramos que para Bobbio (2007) las fuentes del derecho son “los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas”(p. 85), lo cual sugiere la preexistencia de un elemento fundador de las normas jurídicas, que desde la visión de Kelsen (2011) hace exigir el análisis de las fuentes del ordenamiento jurídico a partir del estudio de la validez de la norma misma, es decir, desde la norma fundamental. Sin adentrarse en la discusión iusfilosófica planteada, para efectos del presente escrito se entiende como fuentes del ordenamiento jurídico, los hechos y actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas (Aguiló, 2000).

De esta forma, se identifica que el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano está compuesto por: (i) la Ley (entendida esta en sentido material, incluida la Constitución Nacional); (ii) la jurisprudencia; (iii) los principios generales del derecho; (iv) la equidad; (v) el derecho natural; (vi) el negocio jurídico; y (vii) la doctrina; por ser ellos, los actos y hechos de donde provienen las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Blanco, 2007).

El profesor Jiménez (2006) presenta una clasificación de las fuentes del ordenamiento jurídico en (i) fuentes principales o directas; y (ii) fuentes secundarias. Entendiendo por las primeras, aquellas que son indispensables para crear derecho y resolver conflictos; dentro de las cuales agrupa: (a) la Constitución Política; (b) la Ley; (c) la jurisprudencia constitucional; y (d) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Por su parte, por fuentes secundarias, se entienden, como los hechos y actos que estando reconocidos como válidas dentro del sistema, aparecen en forma latente o en potencia, y son utilizadas de vez en vez, pues para su aplicación y reconocimiento se exige un mayor esfuerzo interpretativo, o el caso en concreto que se resuelve no amerita recurrir a ellas para satisfacer las necesidades inmediatas del operador jurídico, de esta hacen parte: (a) los principios generales del derecho; (b) la costumbre *praeter legem*; y (c) la doctrina (Jiménez, 2006).

No obstante, la determinación del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ordinaria ha determinado algunas especialidades de este al definir los actos y hechos que son origen de las normas jurídicas que pertenecen al derecho mercantil colombiano. Al establecer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que las fuentes del derecho en el régimen mercantil colombiano son, en su orden lógico de procedencia: (i) la Constitución; (ii) la Ley imperativa mercantil; (iii) las estipulaciones de las partes; (iv) la Ley comercial derivada del texto positivo o de la costumbre cuando reúna los requisitos del art. 3 del Código de Comercio; (v) la analogía mercantil, y (vi) la legislación civil (López, 2007)⁷.

El anterior sistema de fuentes del régimen mercantil colombiano, en apreciación de Afanador (2006), es un sistema “cerrado”, en la medida que no toma en cuenta nuevos elementos de las circunstancias políticas, sociales y económicas como generadores de normas jurídicas, los cuales permitan un sistema abierto de fuentes del derecho en el contexto de internacionalización de la economía colombiana, y el crecimiento del comercio internacional (Cortés, 2007), aun cuando Colombia posee la obligación constitucional e internacional de armonizar e internacional el derecho mercantil, y en específico, de fijar la incorporación de los principios UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de marzo de 1998. Exp. 4798. M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Obligación internacional de Colombia en definir la incorporación de los Principios de UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano

Conforme lo anterior, se hace imperioso el desarrollo de un derecho del comercio que rechace la fragmentación del derecho comercial nacional e internacional, permitiéndole a nuestro régimen mercantil una mayor seguridad jurídica; lo cual se logra definiendo la función del derecho comercial internacional en el régimen mercantil colombiano, en especial para la presente investigación la incorporación de los principios UNIDROIT, pues de esta manera se nos permite determinar la función de los mismos en el régimen mercantil nacional. La Constitución Nacional de 1991 fijó como principio orientador de nuestro Estado una vocación internacionalista, la cual se ve reflejada en el hincapié que hace el preámbulo al proclamar el compromiso por impulsar la comunidad latinoamericana, y el reconocimiento por los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, que se establece en el artículo 9° (López, 2007).

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que a partir de lo dispuesto por los artículos 226 y 227 de la Constitución nacional, se le ha impuesto al Estado colombiano la carga de la internacionalización e integración del derecho (Sentencia C-048 de 1994). Con lo cual, si atendemos a la exposición de motivos de la Ley 32 de 1992⁸, en ella se estableció una suma importancia al Instituto UNIDROIT, por cuanto en esta institución “(...) se debaten temas de indudable importancia y utilidad, para el desarrollo de la legislación y la doctrina colombianas en el campo del derecho privado (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-048 de 1994). Aunado a que se determinó la importancia de Colombia en vincularse al Instituto UNIDROIT, por cuanto en el mismo se realiza “(...) el estudio de los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados, y preparar la adopción en ellos de una legislación uniforme de derecho privado (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-048 de 1994).

De manera que podemos concluir que Colombia posee la obligación constitucional de fijar la función de los principios UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano, con el objetivo de avanzar hacia la internacionalización e integración del derecho. Conforme a ello, la única forma de poder establecer la función de tales principios en el ordenamiento jurídico colombiano, es fijando la incorporación que los mismos tienen en el régimen mercantil colombiano, tal y como ocurre con la incorporación de la norma internacional en el derecho interno de los Estados. De esta forma, se encuentra que la jurisprudencia colombiana es el fundamento teórico que habilita plantear una vía jurídica que permita cumplir con el objetivo lograr la armonización del derecho mercantil colombiano conforme los estándares internacionales.

⁸ Por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado', hecho en Roma el 15 de marzo de 1940.

Principios generales del derecho como fuente del régimen mercantil colombiano frente a los Principios de UNIDROIT

A pesar del reconocimiento de la importancia del papel de los Principios de UNIDROIT para el derecho colombiano, no se ha logrado definir la función de los Principios de UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano, cabe anotar que dentro de nuestra legislación, y jurisprudencia nacional hay un silencio absoluto. Por lo cual, se hace imperioso realizar apreciaciones desde el estudio científico del derecho con el objeto de propender por una internacionalización y armonización de nuestro derecho comercial.

Ahora bien, si atendemos al actual sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, no podemos admitir la incorporación de los Principios de UNIDROIT, vía Constitución nacional, por cuanto no se encuentran vinculados en el texto de esta, como tampoco se puede afirmar su adherencia a esta en virtud del bloque de constitucionalidad en sentido *stricto*⁹. De igual forma, no nos es dable afirmar que los principios se vinculan como una ley, pues este cuerpo normativo formalmente no ha sido aprobado por el Congreso de la República; así mismo, tampoco constituyen principios jurisprudenciales, constitucionales ni ordinarios, por cuanto no son fallos judiciales, ya que los Principios de UNIDROIT constituyen un cuerpo normativo, que no han sido resultado de una disertación judicial. Por todo lo anterior, en aras de lograr la vía para la incorporación de los principios UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano, proponemos considerarlos y otorgarle el tratamiento de fuente de derecho a partir de los principios generales del derecho.

En este orden de ideas, encontramos que los principios generales del derecho son principios superiores que informan todo el ordenamiento jurídico, y que se basan en la naturaleza del hombre y tienden al perfeccionamiento de la individualidad del mismo en sus diversos aspectos. Como características principales de los mismos, podemos mencionar que: (i) tienen validez universal; (ii) se basan en la razón y la naturaleza del hombre; y (iii) deben tener en cuenta el momento histórico en que se trata y la realidad social en que actúa el hombre (Monroy, 2001). Así, los principios generales del derecho pueden estar de manera expresa en el ordenamiento jurídico; o bien pueden determinarse a partir de un proceso de “deducción” como resultado de la aplicación de la denominada “*analogía legis*” (Jiménez, 2006); y en cuanto a su naturaleza jurídica, estos son el resultado de una elaboración racional del derecho, la cual se realiza a partir de un método jurídico de derecho implícito (Aguiló, 2000).

⁹ Es importante resaltar que nuestra Corte Constitucional ha determinado que los instrumentos jurídicos que hacen parte bloque de constitucionalidad en sentido *stricto* tienen el mismo rango de la Constitución Nacional dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano. Cfr. Sentencia C-578 de 1995.

En cuanto la función de los principios generales del derecho, señala Hinestrosa (2000), que estos tienen cuatro funciones esenciales: (i) integradora, en el sentido que colma lagunas del dictado normativo; (ii) interpretativa, en el sentido de ofrecer el juez el modo de subsumir lo supuestos de hecho en un enunciado amplio; (iii) delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y nacionales; y (iv) productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro el ordenamiento. De tal suerte que la doctrina internacional contemporánea afirma los principios generales del derecho son una fuente útil en el derecho internacional de la cooperación; en los acuerdos supranacionales de comercio; en los contratos internacionales de concesión; y desarrollo económico interestatal. Al punto que, el derecho del comercio internacional está cimentado en principios generales del derecho (López, 2007).

En Colombia, a partir de la Sentencia C-083 de 1995, se puede afirmar que existen “reglas o principios generales del derecho” y “principios extrasistemáticos del derecho”. Por los primeros se entienden a aquellos criterios de valoración inmanentes al ordenamiento jurídico, con un exceso contenido axiológico, que se constituyen normas fundamentales del sistema; mientras que los segundos, son aquellos que no colman la regla de reconocimiento, y por ende no hacen parte del ordenamiento, pues no son materialmente reductibles a la Constitución. De esta forma, la Corte Constitucional entendió, que los principios generales del derecho tienen dos funciones básicas: (i) son derecho directo aplicable a los casos en concreto, cuando no exista norma aplicable; y (ii) sirven como criterio auxiliar de la actividad judicial, cuando la norma a aplicar admita más de una interpretación judicial, y se usen estos con el ánimo de escoger alguna de ellas (Jiménez 2006)¹⁰.

Con ello, en el régimen mercantil se aplica la regla según la cual los principios generales del derecho tienen fuerza vinculante cuando no exista norma expresa aplicable al caso en concreto; o sirven como criterio auxiliar de la actividad jurisdiccional para escoger entre dos o más interpretaciones posibles admisibles al ordenamiento jurídico. En específico, para el régimen mercantil colombiano el artículo 7° del Código de Comercio determina que los principios generales del derecho comercial tienen aplicación directa, cuando no se encuentre legislación aplicable al caso concreto, de acuerdo con las reglas que le preceden.

Conforme a lo expuesto, afirmamos que en virtud de lo establecido por la Corte Constitucional, cuando se refiere a los principios generales del derecho como criterios de valoración inmanentes al ordenamiento jurídico, con un exceso contenido axiológico, y atendiendo a una teoría transnacional del derecho, desde la cual se nos exige adecuar nuestra legislación interna a la legislación internacional, y considerando además a los principios UNIDROIT como criterios de valoración,

¹⁰ Criterio judicial aún vigente en la Corte Constitucional, reiterado en la Sentencia C-539 de 2011 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

apegados a los ordenamientos jurídicos de los Estados que son miembros del Instituto UNIDROIT con el objetivo de lograr la unificación del derecho privado, encontramos que la vía más adecuada para incorporar los Principios de UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano, es como principios generales del derecho comercial.

Principios UNIDROIT como principios generales del derecho en el régimen mercantil colombiano

El anterior análisis no se realiza de manera *a priori*, sino que deviene de un proceso intelectual resultado del análisis de la jurisprudencia internacional y extranjera, en la cual se han aceptado los principios UNIDROIT como principios generales del derecho comercial internacional cuando en los contratos se alude a “principios generales del derecho”, tanto en tribunales de justicia internacional, como en Cortes nacionales extranjeras. A continuación, se presentan una serie de fallos que en su *ratio decidendi* adoptan los principios UNIDROIT como principios generales del derecho comercial.

El primer caso para mencionar es el de la Corte Permanente de Arbitraje No. PCA 45863 del 17 de diciembre de 2010, donde se discutía lo referente al término prescriptivo, pues al haberse renunciado a la Ley italiana para regir el contrato, y al determinarse expresamente en el mismo que se atenderían a los “principios generales del derecho comercial internacional” para la solución de las controversias, encontró la Corte de Arbitramento que los principios UNIDROIT eran aplicables al caso en concreto, pues ellos constituían parte de los principios generales del derecho comercial internacional, y se decidió aplicar el artículo 10 de los principios UNIDROIT¹¹. También se hace menester mencionar que en la jurisprudencia internacional encontramos se le ha reconocido a los principios UNIDROIT como un elemento integrante de los principios generales del derecho internacional, que sirven como un conjunto de reglas y criterios útiles para la interpretación de instrumentos internacionales existentes¹².

No obstante, la anterior jurisprudencia internacional presentada, consideramos que para estudiar la incorporación de los principios UNIDROIT en los regímenes comerciales nacionales, debemos revisar la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de cada Estado Miembro del Instituto UNIDROIT, pues a partir de la aplicación realizada por estos, podemos determinar el grado de interrelación entre

¹¹ Pueden citarse también el Caso del Tribunal de Arbitramento “ad hoc” que tuvo lugar en Bruselas, donde se enfrentaron EUREKO B.V. contra la República de Polonia, del 19 de agosto de 2005; y el caso No. 13012 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2004.

¹² Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Federal de Comercio de Viena (1994) (Marzorati, 2003, p. 27); Caso No. 7110 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (1999) (Oviedo, 2003, p. 205).

el derecho comercial nacional e internacional, y la función que a los mismos se les ha entregado en Estados extranjeros¹³.

En el caso argentino, la Corte de Apelaciones de Buenos Aires en 2009 aplicó los principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación del derecho nacional, en lo que concierne con el período de formación del contrato. De esta misma forma, el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro en Brasil aplicó el criterio del artículo 7.3.1 de los Principios de UNIDROIT como mecanismo de interpretación del derecho nacional brasileño. En el contexto europeo, el Tribunal Supremo español Sala de lo Civil, el 29 de febrero de 2012 aplicó el artículo 4.1 de los Principios de UNIDROIT para apoyar las reglas de definición de los contratos en el derecho español. En el derecho francés, desde 1998 la Corte de Apelaciones de Grenoble ha aplicado los Principios de UNIDROIT como criterio de interpretación para la legislación contractual francesa.

Sin embargo, la aceptación en la jurisprudencia foránea de los Principios de UNIDROIT como criterio de interpretación, o elemento normativo de soporte cuando una norma nacional admite más de una interpretación, se ha aceptado a nivel internacional la aplicación de los principios UNIDROIT como derecho supletorio para casos concretos, cuando no hay derecho nacional aplicable en concreto. Verbigracia, en el caso del derecho ruso, en el cual la Federal Arbitrazh Court of the Volgo-Vyatsky District aceptó la aplicación de los principios UNIDROIT como derecho supletorio aplicable al caso, de forma que el 27 de junio de 2003 la aludida Corte Federal aplicó el artículo 7.1.7 de los Principios de UNIDROIT para regular la noción de fuerza mayor del artículo 401 (3) del Código Civil Ruso e incluir elementos que este no regulaba. Este criterio fue reiterado por Rusia, mediante la 13th Arbitrazh Appellate Court el 5 de junio de 2006, al aplicar los principios UNIDROIT en el mismo sentido.

En el derecho argentino, en el 2001 se hizo uso de los Principios de UNIDROIT para complementar la ley nacional aplicable. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza Sala 1 utilizó el Principio 7.4.8 para completar la legislación civil en materia contractual. De tal suerte que la Sala II de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, el 28 de febrero de 2006 reiteró esta práctica judicial. Otro caso para resaltar es el de la Corte Federal de Australia el 12 de febrero de 2003, donde se aplicaron los principios UNIDROIT como suplemento del derecho nacional, en especial lo referente a las excepciones al principio de Estoppel (artículo 2.1.18 de los Principios de UNIDROIT), al o encontrar norma expresa que regulara la materia en el derecho australiano.

¹³ Todas y cada una de las referencias jurisprudencial que a continuación se reseñan han sido obtenidas de la base de datos facilitada por UNILEX. Recuperado de <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13619>

Si atendemos al uso de los principios UNIDROIT, establecido en la jurisprudencia extranjera al referirse a la regulación de los contratos, bien nacionales o internacionales, cuando se aplica la ley nacional en su regulación, encontramos que se le ha entregado una doble función: (i) como criterios de interpretación, que le dan sentido y alcance a la normativa interna, o como soporte para elegir cuando una norma admite más de una interpretación y (ii) como suplemento al derecho nacional, cuando no haya una norma aplicable al caso de manera directa.

Para el caso colombiano, nuestras altas Cortes han hecho uso de los principios UNIDROIT dentro de sus fallos. Específicamente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1008 de 2010 MP: Luis Vargas Silva, hizo alusión a los principios UNIDROIT para soportar su posición desde la cual, en el régimen de responsabilidad colombiano, la limitación de los daños por hechos no dolosos, consagrada en el inciso 1 del artículo 1616 del Código Civil. Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 30 de agosto de 2011¹⁴ aplicó el artículo 7.3.1.1 de los principios UNIDROIT para determinar que la terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento estipulada en la legislación privada colombiana está acorde con estos principios, y otra normativa comercial internacional que regula el asunto. Cabe resaltar que en esta oportunidad se decidía un asunto con referencia a un negocio jurídico de carácter nacional, al cual le era aplicable el régimen mercantil nacional.

De este mismo modo, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 8 de septiembre de 2011¹⁵ al fallar una controversia derivada de un contrato internacional, a la que le era aplicable el derecho nacional, hizo alusión al artículo 7.1.6 de los principios UNIDROIT para ratificar la tesis según la cual una parte no puede invocar la cláusula de limitación o exoneración de la responsabilidad en caso de incumplimiento de la obligación. Conforme a lo anterior, la jurisprudencia nacional, tanto constitucional como ordinaria, ha realizado sus inicios aplicando los principios UNIDROIT en el régimen mercantil nacional, pero los ha utilizado solo como un criterio de interpretación de la legislación comercial nacional, y como soporte para aplicar la misma; pero en ningún caso se evidencia la aplicación de los principios UNIDROIT de manera directa (Oviedo, 2015).

Sin embargo, si atendemos a las funciones que desde la jurisprudencia constitucional colombiana le ha asignado a los principios generales del derecho, los principios de UNIDROIT pueden ser aceptados como principios generales del derecho comercial, y pueden cumplir la función de estos, en cuanto se resuelva una controversia mercantil, derivada de un contrato nacional o internacional, admitiéndose una función dual de estos principios. La primera que corresponde al

¹⁴ M.P.: William Namen Vargas. Ref.: 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2012. Ref.: 2000-04366-01. M.P.: William Namen Vargas.

uso de los principios UNIDROIT como criterio de interpretación de la legislación mercantil colombiana; y la segunda que estos se apliquen como ley ante ausencia de regulación directa por el régimen mercantil nacional. De esta manera, el intérprete y aplicador del derecho cuenta con un recurso valioso para la resolución del conflicto, que si bien posee un carácter subsidiario (López, 2007), nos permite avanzar hacia la internacionalización de nuestro régimen comercial.

Lo anterior está acorde con el uso que de los principios UNIDROIT se ha hecho en el plano internacional y extranjero; garantizándose un no “fraccionamiento” del derecho mercantil, adecuando nuestra legislación a los estándares internacionales, lo que hace de nuestra economía un mercado internacional más competitivo, que permita el constante crecimiento y desarrollo de nuestro comercio, al brindarse una seguridad jurídica acorde con los estándares internacionales, sin interferencias o “fraccionamientos” del derecho; labor que se puede realizar desde el ejercicio de la actividad judicial, en cabeza de los jueces y árbitros nacionales.

Conclusiones

1. El crecimiento del comercio internacional exige la disminución de riesgos para flexibilizar su desarrollo, el cual se logra con la aplicación de un derecho comercial flexible y moderno, que sugiere, desde la teoría transnacional del derecho una reformulación del régimen mercantil nacional, para que exista un derecho del comercio “fraccionado”, que diferencia entre el régimen mercantil nacional y el derecho del comercio internacional. En este contexto internacional, los Principios de UNIDROIT, se presentan como una herramienta para lograr la integración y armonización del derecho privado.
2. El sistema de fuentes del régimen mercantil nacional está actualmente fragmentado, y reconoce a los principios generales del derecho como fuentes de este, entregándoles una doble función: i) criterio de interpretación de las normas nacionales y ii) derecho aplicable a los casos concretos cuando haya ausencia de Ley comercial aplicable. Aunado a ello, poseemos la obligación constitucional de realizar acciones para la lograr la integración y unificación del derecho nacional; lo cual en virtud de la Ley 32 de 1992 se hace más extensible aún para la integración y armonización de los principios UNIDROIT con el régimen mercantil nacional.
3. A partir del estándar internacional, en la resolución de controversias derivadas de contratos, bien nacionales o internacionales, en los que se aplica la ley nacional es aceptado la aplicación de los principios UNIDROIT como un criterio de interpretación de la ley nacional, o como fuente material, cuando no hay norma expresa aplicable al caso, es decir, en Colombia los principios UNIDROIT pueden tener la función de los principios generales del derecho dentro del ordenamiento jurídico mercantil nacional.

4. La Corte Constitucional colombiana ha señalado a partir de su jurisprudencia, la necesidad de establecer parámetros que permitan armonizar las normas internas de conformidad con la normativa internacional en materia de comercio. Esto, conlleva identificar la vía jurídica que permita incorporar elementos del derecho comercial internacional en el ámbito interno.
5. La vía jurídica de incorporación de los principios UNIDROIT en el régimen mercantil colombiano, surge a partir del análisis de los actos y hechos que dan origen al derecho, esto es, el desarrollo del sistema de fuentes. En tal sentido, los principios UNIDROIT, considerados como *soft law*, podrán incorporarse a través de las fuentes del derecho mercantil colombiano, mediante la aplicación de los principios generales del derecho. Por tanto, se cumpliría la doble de función que éstos tienen, servir como (i) criterio de interpretación de la actividad judicial cuando una norma admite más de una interpretación; o (ii) fuente directa aplicable cuando no existe una norma expresa aplicable al caso concreto.

Referencias bibliográficas

- Afanador C. (2006). Impacto en Colombia de la nueva *lex mercatoria*. *Revista Civilizar*, (11), 1-21.
- Aguiló, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del ordenamiento jurídico)*. Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Atehortúa, J. (2010). *Lex mercatoria en Latinoamérica: perspectivas, retos y límites*. *Revista ZERO*, (16), 30-35.
- Blanco, G. (2002). Los principios generales del derecho en la Constitución del 91. *Revista de Derecho*, (17), 248-262.
- Blanco, G. (2007). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Uninorte.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho* (3ª Ed.) Bogotá, Colombia: Temis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-048 de 1994. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria.
- Corte Constitucional. Sentencia C-347 de 1997. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 8240. 1995.
- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 7110. 1999.
- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 13012. 2004.
- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso No. PCA 45863. 2010.
- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Federal de Comercio de Viena, Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Federal de Comercio de Viena. 1994.
- Corte Suprema de Justicia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de agosto 30 de 2011.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de septiembre 8 de 2011.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 27 de marzo de 1998.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 21 de septiembre de 2011.
- Cortés, É. (2007). *Fluidez y certeza en el derecho: ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?* En *El derecho en el Contexto de la Globalización*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- España: Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sentencia del 29 de febrero de 2012.
- Federación de Rusia: Federal Arbitrazh Court of the Volgo-Vyatsky District. Sentencia 27 de junio de 2003; 13th Arbitrazh Appellate Court. Sentenciadel 5 de junio de 2006.
- Fernández, J. (2009). *Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales*. En J.V. González-García (Dir.). *Derecho de la regulación económica, vol. VIII. Comercio exterior*. Madrid, España: Iustel.
- Herdegen, M. (2003). *Derecho Económico Internacional*. Madrid, España: Thomson-Civitas.
- Hinestrosa, F. (2000). *De los principios generales del Derecho a los principios generales del contrato*. *Revista de Derecho Privado*, (5), 3-21.
- Insignares, S. (2011). *El proceso de integración europeo: entre lo supranacional y lo intergubernamental*. Barranquilla: Uninorte.
- Jackson, J. (2009). *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*. Madrid Marcial Pons.
- Jaramillo, J. (2002). *Lex mercatoria una herramienta flexible para cubrir las necesidades legales del comercio internacional*. *Revista e-mercatoria*, 1(2), 1-17.
- Jiménez, W. (2006). *La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano*.
- Kalmanovitz, S. (2010). *Nueva historia económica de Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Jorge Tadeo Lozano - Taurus.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (Trad. a la 1ª Ed. de 1934.) Barcelona, España: Trotta.
- López, F. (2007). *Introducción al derecho mercantil*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Marzorati, O. (2003). *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Monroy, M. (2001). *Introducción al derecho* (24ª Ed.). Bogotá: Temis.
- Oviedo, J. (2003). *Transformaciones de la contratación mercantil*. En: *Estudios de Derecho Económico. Tomo I*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Oviedo, J. (2006). *La nueva lex mercatoria y otros contratos internacionales*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Oviedo, J. (2015). *Los principios UNIDROIT como reglas aplicables al contrato internacional*. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012. *Cuadernos de la Maestría en Derecho* (3), 7-22.
- Pablo-Romero Gil-Delgado, M. (2014). *Avances en la aplicación de los principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales*. *Cláusulas modelo para los contratantes*. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(1), 253-268.
- República de Argentina: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza Sala 1. Sentencia del 18 de septiembre de 2001; Sala II de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Sentencia del 28 de febrero de 2006.
- República de Austria: Corte Federal de Australia. Sentencia del 12 de febrero de 2003.
- Tribunal de Arbitramento "ad hoc", EUREKO B.V. contra la República de Polonia, del 19 de agosto de 2005. Bruselas.
- Valencia, H. (2008). *La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo*. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 37(10), 69-124.