

EL 'SOFT LAW' EN EL DERECHO PRIVADO: SOSTÉN A LA TEORÍA DE LA 'NUEVA LEX MERCATORIA'

“SOFT LAW” IN PRIVATE LAW: SUPPORT TO THE THEORY OF “NEW LEX MERCATORIA”

Autor: Juan Camilo Pulido Riveros

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.917>

EL 'SOFT LAW' EN EL DERECHO PRIVADO: SOSTÉN A LA TEORÍA DE LA 'NUEVA LEX MERCATORIA'*

"SOFT LAW" IN PRIVATE LAW: SUPPORT TO THE THEORY OF "NEW LEX MERCATORIA"

O 'SOFT LAW' NO DIREITO PRIVADO: SUSTENTO PARA A TEORIA DA 'NOVA LEX MERCATORIA'

Juan Camilo Pulido Riveros^a

jucpulidori@unal.edu.co

Fecha de recepción: 14 de julio de 2017

Fecha de revisión: 10 de agosto de 2017

Fecha de aceptación: 11 de septiembre de 2017

RESUMEN

En el marco de la globalización actual, el derecho privado, encargado de normar las relaciones comerciales propias de este fenómeno, ha logrado resistir y amoldarse a los replanteamientos de paradigmas que ello implica. En ese contexto, el *soft law*, auxiliado por el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad, se instaura como una fuente alternativa del derecho, adaptable a los cambios y que puede acogerse eficientemente a las realidades que lo transforman. Esto genera que los agentes comerciales les den una amplia aplicación, debido a la persuasión causada por la calidad sustancial de los contenidos de instrumentos '*soft*', así como por la aceptación general que han tenido varios de ellos en disímiles escenarios del medio mercantil. El progresivo acaecimiento del fenómeno descrito, hace parecer que expresiones de la *nueva lex mercatoria* se vivifiquen; algunas de ellas, como se mencionará en el presente escrito, en el entorno jurídico colombiano.

* Artículo de reflexión producto de investigación desarrollada dentro del ejercicio profesional del autor y en el marco del aprendizaje desarrollado en el magister en Derecho de la Universidad Nacional.

a. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia (UN), especialista en Derecho Privado Económico de esa misma Universidad, especialista en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario (UR) y especialista en Derecho Comercial de la UR. Magister en Derecho, con énfasis en Derecho Privado Económico de la UN. Miembro del Grupo de Investigación en Política y Legislación en Biodiversidad, Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional -PLEBIO-, de la UN. Durante su pregrado en esa universidad, fue también miembro de los grupos de investigación "Centro de Contratación Internacional" y "Derecho y Economía, Comercio Silencioso". Docente universitario.

PALABRAS CLAVES

Globalización, derecho privado, relaciones comerciales, replanteamiento de paradigmas, *soft law*, autonomía de la voluntad, fuente alternativa, agentes comerciales, medio mercantil, nueva lex mercatoria.

ABSTRACT

In the context of the current globalization, the private law, responsible for formulating the norms of the accompanying commercial relations of this phenomenon, has managed to resist and adapt to the new paradigms, which it implies. In this context, the soft law, aided by the liberal paradigm of autonomy of will, establishes itself as an alternative source of law, adaptable to changes that can efficiently adjust to the realities that transform it. This allows commercial agents to give them broad application, due to the persuasion caused by the substantial quality of the contents of 'soft' instruments, as well as for the general acceptance of several of them in different scenarios of the mercantile environment. The progressive occurrence of the phenomenon described makes the expressions of the new lex mercatoria flourish, some of them, that will be mentioned in this document, also in the Colombian legal environment.

KEY WORDS

Globalization, private law, commercial relations, new paradigm, soft law, autonomy of will, alternative source, commercial agents, mercantile environment, new lex mercatoria.

RESUMO

No contexto da globalização atual, o direito privado, encarregado de regular as relações comerciais características desse fenômeno, conseguiu resistir e adaptar-se, ao repensar o paradigma que isso implica. Neste contexto, o Soft Law, auxiliado pelo paradigma liberal da autonomia da vontade é estabelecido como uma fonte alternativa de lei, adaptável às mudanças e que pode aceitar de forma eficiente as realidades que a transformam. Isso gera nos agentes comerciais uma ampla aplicação, devido à persuasão causada pela qualidade substancial dos conteúdos de instrumentos "soft"; suaves,

bem como pela aceitação geral que tiveram vários deles em cenas diferentes dos mercantis. A ocorrência progressiva do fenômeno descrito faz parecer que as expressões da nova Lex Mercatoria são vivificadas; algumas delas, como foi mencionada nesta redação, no ambiente legal colombiano.

PALAVRAS-CHAVE

Globalização, direito privado, relações comerciais, repensar paradigmas, Soft Law, autonomia de vontade, fonte alternativa, agentes comerciais, meio comercial, nova Lex Mercatoria.

INTRODUCCIÓN

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

La globalización económica, caracterizada especialmente por la supremacía del sector financiero, con autonomía frente a los demás sectores de la economía, y por la velocidad de sus operaciones en el ámbito mundial con el apoyo de las nuevas tecnologías –volviendo al capital verdaderamente global, permitiendo que las travesías de los recursos financieros parezcan ser tan inmateriales como las redes electrónicas por las que transitan¹, pareciera que buscara la conformación de un mercado común planetario, para lo cual se requiere generar procesos de movilidad de capitales, y de intercambio de bienes y servicios con la máxima libertad, la mayor agilidad y los menores costos posibles².

1. Una de las características más criticadas de la globalización, es precisamente la alta movilidad de capitales. Siguiendo a Piketty (2014) "la solución correcta es un impuesto progresivo anual sobre el capital; así sería posible evitar la interminable espiral de desigualdad y preservar las fuerzas de la competencia y los incentivos para que no deje de haber acumulaciones originarias" (pág.644).

2. Es entendible el entusiasmo de los países avanzados por el *laissez faire*: han llegado a la frontera tecnológica, son

En efecto, la marcha autónoma de la economía desvirtuó las tesis que la valoraban como un fenómeno que podría ser contralado fácilmente por el Estado. Ha sido tal la relevancia de la economía, que actualmente se asiste a la mercantilización del tiempo y de las experiencias humanas:

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

En la actualidad, no se trata ya de un simple intercambio comercial a nivel mundial, vía exportaciones e importaciones, sino de toda una interconexión a gran escala de los mercados, que ha resultado en la concentración del poder financiero y del capital en unos conglomerados³. En Colombia, al respecto la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que “es innegable que el

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

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

avance de las comunicaciones, la modernización de los medios de transporte y la globalización de la economía, han favorecido el comercio internacional”. En esa misma oportunidad, además, dijo la Corte “que en la actualidad el tráfico mercantil se desarrolla en un escenario que supera las fronteras; es, si se quiere, universal, a diferencia de lo que acontecía antaño, cuando su ámbito propio era el de un territorio o de un país y, excepcionalmente, el escenario era transnacional” (CSJ, Sala de Casación Civil Ref:exp.05001-3103-010-2000-00012-01).

El fenómeno aludido, hace que se generen hondas consecuencias en el derecho privado, ya que este tiene la necesidad de adaptarse a los cambios registrados en el intercambio de bienes y servicios. A pesar de ello, y del desarrollo sin precedentes de los mercados a nivel mundial, las transacciones internacionales aún siguen siendo en gran medida reguladas por leyes nacionales, que a menudo son poco adecuadas para las necesidades especiales de ese tipo de operaciones. Ejemplo de lo anterior, ocurre respecto de los medios de pago en Colombia: según el art. 1410 y el 1411 del Código de Comercio Colombiano, el crédito documentario puede ser revocable o irrevocable; sin embargo, el crédito documentario según las reglas UCP 600⁴, por sus siglas en inglés, es irrevocable “incluso cuando no haya indicación al respecto” (Art. 3°). De lo anterior, se concluye que

al ser entonces este documento fruto de la costumbre internacional, pero obligatorio por cuanto los bancos internacionales se han adherido voluntariamente a sus disposiciones, son sus reglas las que son aplicables a los negocios en los que existan cartas de crédito. Es decir, la revocabilidad contenida en los artículos 1410 y 1411 C.Co. colombiano resulta inócua frente a la realidad de los negocios internacionales (2015, págs.144-155).

Consecuencialmente, el acatamiento a normas estatales no diseñadas para el comercio contemporáneo, sobre todo cuando estas son dispares en los diferentes ordenamientos relacionados a una misma transacción, puede

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

crear un ambiente que, de tiempo en tiempo, genere dificultades para los negocios. Por ello, se entiende la razón por la cual el proceso de armonización no se ha formado ni desarrollado siguiendo un plan sistemático. Su nacimiento, así como su desarrollo y crecimiento, a diferencia de lo ocurrido con las legislaciones internas, se vincula con la regulación de materias especiales que responden a necesidades prácticas y predilecciones de los interesados (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, págs. 13-14).

Como derivación de lo anterior, resulta obvio que los agentes comerciales, a quienes tales reglas incongruentes entre sí generan problemas, tengan intereses por un nivel de armonización lo más amplio posible; subsecuentemente, se comprende el porqué el proceso de creación y desarrollo de la armonización es desorganizado, muy complejo y dinámico, principalmente por el alto número y diversidad de actores intervinientes, sus distintos propósitos e intereses, las diferentes técnicas y métodos de armonización utilizadas⁵, así como las múltiples y diferentes consideraciones que, al respecto, los actores intervinientes en el proceso de armonización, toman en cuenta. En la actualidad, es ampliamente aceptado que la armonización del derecho, y en particular del derecho comercial, no es un objetivo en sí misma: se percibe que la armonización clarifica, en beneficio de todos los actores implicados, el común entendimiento entre sistemas legales, ofreciendo claridad legal y predictibilidad jurídica a las transacciones mercantiles internacionales, al tiempo que reduce los costos transaccionales asociados a los contratos, facilitando y agilizando la negociación de los mismos; lo que a su vez, favorece la globalización (Pulido, 2016, págs. 121-135). En esa dirección, Gopalan(2004) advierte que cuando las diferencias entre los derechos estatales son un impedimento, la armonización puede crear una "interfaz" que ayuda a las partes mediante el ofrecimiento de herramientas jurídicas neutras y adecuadas a la realidad mercantil (pág. 124).

5. Los "métodos de armonización", son aquellas técnicas usadas por las agencias armonizadoras que suelen desembocar en el desarrollo y elaboración de instrumentos relacionados al comercio internacional, como por ejemplo tratados, leyes uniformes, leyes modelo, términos estándar, reglas uniformes, cláusulas modelo, contratos modelo, recomendaciones, reglamentos, guías, manuales, *restatements* internacionales.

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

Hoy por hoy, el proceso de armonización se caracteriza por tener un enfoque más profundo, planificado, respecto del proceso de elaboración de instrumentos⁶; haber alcanzado un método de toma de decisiones común, seguido por las principales agencias encargadas de la elaboración de normas uniformes del derecho del comercio internacional, el método del consenso⁷; y, el desarrollo de conjuntos de reglas uniformes que se caracterizan por un alto nivel de hibridación⁸,

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

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

8. La inclusión generalizada de compromisos jurídicos no vinculantes en instrumentos vinculantes o de *hard law*, muestra que no siempre está claro dónde el derecho finaliza y el *soft law* comienza a aparecer. Por el contrario, algunos instrumentos de derecho blando pueden tener contenido normativo específico más duro que los compromisos *soft* de instrumentos vinculantes. Asimismo, independientemente del desarrollo de los instrumentos donde puede hallarse, el *soft law* se hibrida con el *hard law*, cuando el primero recibe dosis de vinculatoriedad, esto es, cuando es homologado por el estado (v.gr. mediante un procedimiento legislativo o judicial) o por las partes de un contrato. Las razones para ese desarrollo son dos: i) por un lado, la producción de conjuntos normativos híbridos es uno de los efectos de la globalización jurídica: el efecto más importante que la globalización imprimió en el derecho fue la marcada disminución de la importancia de la soberanía estatal y la concomitante proliferación de conjuntos normativos internacionales, instituciones y actores no estatales. Como resultado, se da que la regulación de actividades sociales,

en el que la distinción entre *hard* y *soft law* tiende a desdibujarse (Pulido, 2016, págs. 52-56).

En efecto, cada vez es más complicado distinguir la línea que separa el *hard*, del *soft law*, sobre todo porque es extraño encontrar a los instrumentos de ésta última clase en forma aislada. Al contrario, se usa el *soft law* como precursor –a pesar de que ello puede conllevar a una relajación de la fuerza vinculante de compromisos adquiridos internacionalmente por los Estados, al mismo tiempo, pueden encender un proceso de aprendizaje social: con el transcurrir del tiempo, los instrumentos no vinculantes pueden dar forma a modificar las prácticas de los Estados y sus expectativas, conduciendo a la aparición de una costumbre o de un instrumento jurídico vinculante.

Igualmente, puede suceder que un determinado conjunto normativo haya sido formulado de forma no vinculante, con la posibilidad, o incluso con la aspiración, de endurecer las disposiciones de un tratado existente, o convirtiéndose en un catalizador para el establecimiento de una costumbre internacional– o como *complemento* de instrumentos de *hard law*, también para llenar vacíos de instrumentos de derecho duro –las recomendaciones emitidas por un organismo especializado respecto de la interpretación de una norma de derecho duro, es buen ejemplo de ello– (De Carolis, 2010, págs. 57-58).

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

La globalización ha quitado poder a los Estados, los que están restringidos por su territorio geográfico y cada vez son más irrelevantes a las actividades globales que buscan regular. Esta pérdida de poder ha debilitado las funciones tradicionalmente cumplidas por los Estados, incluyendo la operación de un sistema de resolución de controversias adecuado. A

*especialmente en lo relacionado al campo económico y en el plano mundial, se está convirtiendo, cada vez más, en producto de la interacción de Estados, organizaciones internacionales, grupos de trabajo, organizaciones no gubernamentales y otros actores no estatales, en lugar de la exclusiva expresión de la soberanía estatal; y, ii) por el otro, los redactores de normatividad internacional eligen deliberadamente herramientas de armonización híbridos, para combinar algunas ventajas del *hard* y el *soft law*, evitando los costos asociados al primero (De Carolis, 2010, pág. 59).*

consecuencia de ello, esta función ha sido asumida por otros actores. En ciertos sectores, ha sido asumida por organizaciones regionales, tales como la Unión Europea o el TLCAN (NAFTA). En otros, lo ha sido por actores privados. Este es el caso en el arbitraje comercial internacional. Gracias a la globalización, la que también ha transformado la comunicación y la manera en que se forman las redes sociales, estos actores privados ahora forman una comunidad global. Esta comunidad global produce normas de manera mucho más rápida que los Estados, los que están limitados por sus fronteras nacionales (págs. 109-110).

La armonización se revela como un asunto no absoluto y, en cambio, se muestra susceptible de hallarse en distintos grados y escalas; tanto que los proyectos con el objetivo de ofrecer normas armónicas de aplicación global, aunque premonitorios, aún se ven remotos de alcanzar. Esto debería llamar la atención para que se coordine la expansión de la armonización; especialmente teniendo en cuenta que los medios para armonizar el derecho comercial internacional son de naturaleza plural, y éstos seguirán surgiendo desde una multiplicidad de agentes, entre otros, organizaciones globales y regionales, gubernamentales y no gubernamentales (Pulido, 2016, pág. 138-171).

Ahora bien, la tendencia armonizadora es comprensible, si se miran las ventajas que ésta traería para el comercio internacional⁹, entre las que cabe resaltar la facilitación del comercio internacional, ya que la armonización significa el levantamiento de barreras que resultan de las complejidades de regímenes legales diferentes; el desarrollo de un marco normativo que refleje las necesidades reales de quienes se embarcan en transacciones internacionales, en otras palabras, un marco jurídico hecho a la medida de los agentes del comercio internacional; la producción de, o la pretensión

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

por producir; unas normas neutras, es decir; que respeten los principios o preceptos propios de cualquier ordenamiento jurídico; y, la búsqueda del lleno de un vacío legal, con lo que se proporcionan reglas en materias en donde la ley nacional era antes inexistente (Pulido, 2016, págs. 121-138).

Lo anterior, es reforzado si se tiene en cuenta los principales objetivos del proceso armonizador del derecho del comercio internacional, los cuales pueden sintetizarse así:

i) la unificación de algunas normas que regulan el comercio internacional:

(...) la unificación del derecho comercial internacional no es un objetivo de fácil consecución; es más, podríamos afirmar que es un objetivo de carácter utópico... La difícil consecución de la unificación de las normas del Derecho Comercial Internacional hace imposible que esta pueda llegar a conseguirse de forma espontánea; debe existir, en consecuencia, un proceso que se adelante de forma paulatina y que permita transitar el camino necesario para lograr su obtención (Bonilla, 2013, p. 24).

ii) la reducción del riesgo legal, que puede ser definido como "la incertidumbre acerca del sistema normativo que regirá las relaciones nacidas como producto de una transacción de comercio internacional, o como la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable a los diferentes contratos que se generen durante la misma" (Rodríguez Fernández, 2009, p. 245), a través de la consecución de estabilidad y predictibilidad de las normas;

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

iv) el mejoramiento de los conocimientos y cualidades de los partícipes de una transacción internacional; la creación de una norma común a todos los ordenamientos facilita la labor del asesor eliminando las barreras de tipo jurídico, cultural o lingüístico e incrementa la capacidad de los asesores jurídicos para entender y comunicar las

necesidades de sus clientes de una manera más eficiente, a la vez que realza el valor de los servicios que prestan (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 243-249; Bonilla Aldana, 2013, págs. 24-27).

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

Así, el tradicional modelo de creación normativa, caracterizado por la presencia protagónica del Estado, resulta insuficiente para comprender la actual regulación que se da al interior del comercio internacional, en donde se revelan nuevas dinámicas globales de producción jurídica, las que responden a complejos factores de producción normativa. Sin prisa, avanza en ese ámbito, a través de variados métodos y técnicas, entre otros fenómenos, la armonización del derecho; fragmentariamente, ésta se concentra mediante distintos instrumentos en particulares segmentos del comercio internacional, haciendo que *la regulación* de este último asuma un aspecto poliforme e inacabado. En efecto, cada vez más, los Estados nacionales pierden importancia en la creación del derecho comercial internacional, entre otras, por el crecimiento, en importancia y número, de las agencias armonizadoras, los agentes no estatales y el desarrollo del arbitraje internacional; no obstante, no por ello los derechos nacionales han dejado de ser protagónicos en la escena de ese último. Ahora bien, el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, junto a la globalización, y su correspondiente necesidad por un derecho comercial internacional, avivan el fenómeno. Al mismo tiempo, la armonización se presenta como el medio idóneo para conseguir la certeza en cuanto al régimen aplicable a la relación contractual, puesto que a través de los instrumentos armonizadores se obtiene claridad al respecto (Pulido, 2016, págs. 281-296).

Ahora bien, cuando se habla del proceso armonizador vienen a la mente diverso número y variedad de instrumentos; en este escrito, se hará preponderante alusión a reglas no vinculantes

promulgadas por organizaciones internacionales, ya que éstas han sido las más remarcables en las últimas décadas (Pulido, 2016, págs. 138-171).

Goode, Kronke, & McKendrick (2015) ponen de presente que, a pesar de su carácter no vinculante, algunos de ellos son especialmente exitosos y, *literalmente*, gobiernan en todo el mundo el área del derecho de la que tratan. Para los autores, la primera categoría son los INCOTERMS¹⁰, la segunda consiste en los modelos contractuales y condiciones generales de contratación y la tercera es, siendo la más interesante, con más potenciales destinatarios y usuarios: no sólo redactores de contratos, sino legisladores nacionales e internacionales, tribunales arbitrales y cortes estatales, las codificaciones y *restatements*, elaborados por reconocidas organizaciones

10. Los INCOTERMS fueron elaborados en el seno de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en 1936. Han sido objeto de varias versiones hasta la última, de 2010. Ésta última versión, vigente desde el 1º de enero de 2011, divididos en 11 términos comerciales, son una serie de reglas de aplicación voluntarias. Los INCOTERMS extractan, mediante una abreviatura, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la contratación internacional; de ese modo, se convierten en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica el alcance de tales responsabilidades, fundamentalmente, en el área del comercio marítimo. Están redactados originalmente en inglés y cuentan con una traducción al francés. Tienen por objetivo, establecer una serie de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en las operaciones de comercio exterior, estando referidos a la transmisión del riesgo de destrucción o deterioro de las mercancías, así como a la distribución de los gastos del transporte entre comprador y vendedor, y en algunos casos a la obligación de contratar seguros. Su función, establecida cuando las mercancías se venden para ser entregadas más allá de las fronteras nacionales, denota el aspecto internacional. No obstante, su difusión ha hecho que en ocasiones, se incorporen a intercambios regionales o nacionales; su última versión incide en esa posibilidad: se indica expresamente que pueden ser utilizados en las compraventas nacionales. En ese orden de ideas, se trata de instrumentos que proporcionan seguridad jurídica a las partes, por especificar las obligaciones y derechos que, derivados del consenso internacional, se han adoptado en este tipo de operaciones. Así, los INCOTERMS evidencian una nueva manifestación de empleo de los usos y costumbres mercantiles. Los INCOTERMS tienen, al depender su aplicación de la voluntad de las partes, carácter meramente facultativo; son reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional. Reglas que, a pesar de recibir tal epíteto, poseen un carácter puramente contractual: las partes, en cada contrato, las admiten o rechazan de común acuerdo; ocurra la aceptación de forma directa o indirecta. Se presentan como clausulados típicos que, al ser incorporados en un contrato, reducen costes de negociación en el vacío que podría dificultar, o al menos impedir que, mediante la facilitación de la negociación, se retrase la conclusión del contrato (Fernández Rozas & Arenas García, 2013, págs. 364-366).

internacionales, tales como los Principios de UNIDROIT¹¹ y los PECL¹² (págs. 169-170).

En el ámbito nacional, existen distintos escenarios en los que se receptionan dichos instrumentos fruto del actual movimiento armonizador, existe *i)* aquel que ocurre a nivel estatal en virtud de la iniciativa tomada por el legislador, como cuando en la elaboración de una ley se guía por una norma de *soft law*, i.e. una guía legislativa o ley modelo, o se adopta un tratado; asimismo, *ii)* aquel que se da mediante decisiones de órganos jurisdiccionales, como cuando se emplea instrumentos del derecho uniforme, independientemente de la vinculatoriedad del instrumento, para justificar una decisión judicial; y, *iii)* el que surge como iniciativa de las

11. Los Principios de UNIDROIT son considerados como un conjunto de "reglas coherentes organizadas en una forma sistemática", al ser capaces de ofrecer soluciones eficientes a las disputas surgidas en el seno de las transacciones mercantiles contemporáneas por atender a las realidades propias del comercio actual (León Robayo, 2014, pág. 37). Tienen cuatro versiones: 1994, 2004, 2010 y 2016. Como lo recuerda De Carolis (2010), la creación de los Principios nació de un grupo de trabajo compuesto por los principales expertos en el campo de derecho contractual y el derecho mercantil internacional, representantes de las principales tradiciones jurídicas y los diversos sistemas socio-económicos del mundo. La mayoría de sus miembros eran académicos, algunos jueces de altas cortes o funcionarios públicos, pero, lo más importante, todos acudieron a título personal y no se expresaron en representación de sus gobiernos (págs. 53-55). Aunque derivan su inspiración de diversos sistemas jurídicos al ofrecer un conjunto de reglas producidas y acordadas entre juristas representativos de las principales familias jurídicas del mundo, los Principios de UNIDROIT no son normas de un sistema en particular y, en cambio, ofrecen soluciones eficientes, asentadas en la práctica comercial y adaptables al tráfico mercantil contemporáneo que se da fuera y dentro de las fronteras. Al haberse extraído del derecho comparado la inspiración de las soluciones de los Principios, suponen una especie de síntesis que, en todo caso, es ajena a cualquier derecho interno en particular. No se ha tratado de buscar un denominador común para utilizarlos como solución, sino que se ha "ido más allá" pues se han establecido una serie de principios internacionalmente coherentes (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 81).

12. El proceso de armonización del derecho contractual europeo comenzó en los 80's con dos proyectos. El primero, y más importante, los PECL, que fueron preparados bajo la dirección del profesor Ole Lando; en segundo lugar, y con menor influencia, el Código elaborado por el Profesor Harvey McGregor, publicado en 1993 y que ha sido traducido a diferentes idiomas (Tomás Martínez, 2013, pág. 398). Para Del Duca, la discusión y el desarrollo de los PECL responden al gran esfuerzo de la comisión Lando por armonizar una gran variedad de derechos contractuales de los Estados Europeos. Armonización que resulta necesaria debido a las presiones económicas existentes por un mercado abierto y la facilitación del comercio. Los PECL proveen un *restatement*, y combina soluciones nuevas con algunas otras ya existentes en unos Estados. Los redactores intentaron modernizar el derecho contractual existente con algunas soluciones consideradas deseables para el desarrollo del derecho contractual europeo (2007, págs. 650-651; 2012, págs. 134-135).

partes de un contrato, como cuando se adoptan términos de un instrumento internacional para desprenderse de una regulación estatal, o se acoge una cláusula tipo o un modelo contractual; éste último escenario, se presta para que ocurra una armonización a escala dispersa y marginal. Al respecto, cabe mencionar que desde cierta perspectiva, algunos podrían agregar a dichos "escenarios de recepción" a escala estatal, el medio académico¹³(Pulido, 2016, págs. 135-138).

Fijese el lector que lo descrito hasta acá, hace que se ponga de presente la complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales puede ofrecer el proceso de armonización jurídica del comercio internacional –y a través de él, el *soft law*–, y el diálogo de fuentes que éste ha generado en dichos escenarios. Ésto último, revela la globalización del pensamiento jurídico que se da en la actualidad, así como la gran conveniencia e importancia de este tipo de debates: el proceso de armonización, a través de los distintos métodos por los que se expresa, ha interactuado con los tres 'escenarios de recepción' estatales –el legislativo, el jurisprudencial y el de la práctica contractual-. Los partícipes de éstos escenarios, a su vez, se han valido de aquel proceso mediante la utilización de sus diversas expresiones; haciendo que algunos incluso hablen de manifestaciones de *la nueva lex mercatoria*, una de las teorías más influyentes en la escena global actual¹⁴, y de la que se hablará en el acápite III de éste escrito.

Puesto de presente lo anterior, debe pasar a advertírsele al lector que para la elaboración de este escrito, se ha tenido primordialmente

13. Cabe advertir que una de las maneras más prolíficas de divulgar y propagar el proceso armonizador, no sólo a escala estatal, sino también transestatal, es mediante la práctica académica y doctrinal. Es decir, sin obviar que en el medio académico se han desarrollado algunos de los resultados más destacables del proceso de armonización, sea o no en el seno de organismos internacionales (Del Duca, 2007, págs. 632-653); a su vez, éste proceso encuentra uno de sus principales impulsores y difusores en dicho ámbito.

14. Para los efectos de éste trabajo, se entiende por nueva lex mercatoria aquella teoría desarrollada a partir de mediados del siglo XX, para sustentar las fuentes del derecho comercial internacional, cuyo origen principio a partir de lo afirmado especialmente por Edouard Lambert, Clive Schmitthoff, Berthold Goldman y Philippe Kahn (De Ly, 1992, pág. 208). Siguiendo a Jhonson (2015), puede afirmarse que desde la última parte del siglo XX hasta nuestros días, la lex mercatoria a entrado en una nueva era -la "nueva lex mercatoria"- que podría traducirse en el tránsito de un movimiento "de una ley blanda amorfa y flexible a un sistema establecido de ley con normas jurídicas codificadas... y un arbitraje internacional fuertemente institucionalizado" (pág., 151).

en cuenta que, en el ámbito del comercio internacional, i) se ha establecido una práctica jurídica que funciona cuando, al margen de los ordenamientos jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales, con un sistema normativo y unos procedimientos de arreglo de controversias privativos que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el derecho nacional y el derecho internacional, las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción ni a ningún derecho material estatal; y que al mismo tiempo, ii) se ha fortalecido ampliamente el movimiento de armonización del derecho sustantivo aplicable a los contratos, con el consecuente surgimiento de asociaciones altamente involucradas en la estandarización de contratos y procedimientos, y la formación de un derecho no estatal destinado a reglar las relaciones económicas paraestatales (Pulido, 2016, págs. 281-296).

En ese contexto, el problema de investigación que planteó la elaboración de este escrito fue determinar si el fenómeno del actual movimiento de armonización jurídica internacional, que se manifiesta primordialmente a través de instrumentos de naturaleza *soft*, puede ser enmarcado dentro de la teoría de la *nueva lex mercatoria*. A partir del desarrollo de dicho problema, se tiene como propósito de este documento dejar en evidencia la equiparación que se hace de ciertos instrumentos de naturaleza *soft* con la teoría de la *nueva lex mercatoria*, para a partir de allí, intentar acotar lo que se entiende por "nueva lex mercatoria", y por "*soft law*", teniendo en cuenta que éste último se ha convertido en uno de los mayores exponentes del movimiento armonizador contemporáneo, y a su vez, varios de sus instrumentos son ubicados por algunos doctrinantes, así como por cortes nacionales –tal como la Corte Suprema de Justicia Colombiana– dentro de la órbita de la primera.

Igualmente, se pretende poner de presente que el debate en torno a la *nueva lex mercatoria*, subrepticamente, puede esconder una labor de marketing por parte de operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en el ámbito mercantil internacional, buscando poner en presencia del mercado, soluciones de controversias contractuales mercantiles internacionales. Asimismo, se persigue señalar que el apoyo a la ligera en torno a este tipo

de teorías, en ocasiones, no sería más que un culto a la doctrina de *laissez-faire*, asegurando el cumplimiento obligatorio del contrato internacional sin más consideraciones. También, se procura resaltar que el derecho de los negocios internacionales se configura, hoy por hoy, en un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas, dotado de mecanismos que aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional, adquiriendo un aspecto inacabado y poliforme; en los procesos de normación de este *ordenamiento*, al no poder realizarse en su totalidad a través de instituciones estatales o internacionales, instituciones privadas, que provienen de la *autojuridificación* de fragmentos sociales altamente diversos, asumen un marcado protagonismo (Pulido, 2016, págs. 281-296).

En consecuencia, éste documento recuerda que *la nueva lex mercatoria* más que una realidad actualmente existente, es una construcción teórica, con aspiración global. No obstante, a pesar de no ser más que una quimera¹⁵, se advierte que los teóricos de la *nueva lex mercatoria*, indistintamente de la postura que tengan respecto de dicha construcción, se están valiendo de instrumentos no vinculantes propios del actual movimiento armonizador para hacer trascender dicha teoría, dándole cuerpo y forma; como se verá a lo largo de este documento, ello es constatable a partir de lo sucedido respecto de los principios de UNIDROIT.

En ese orden de ideas, este artículo, aparte de denotar la importancia que actualmente revisten algunos instrumentos de *soft law* y los efectos de su empleo, busca mostrar cómo éstos están siendo enmarcados dentro de la teoría de la nueva *lex*, cuando en principio, son fruto de un movimiento independiente de (auto) regulación/armonización, que se muestra muy desordenado y sectorizado¹⁶, y aún en permanente evolución.

15. La palabra quimera es polisémica, uno de sus significados (aquí acogido) es definido por la vigesimotercera edición del diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE) como "aquello que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo".

16. La mayor parte de la armonización internacional se concreta en instrumentos sectoriales, sin que quepa vislumbrar la unificación completa; dicha sectorialización se manifiesta no sólo en las materias objeto de armonización, sino también en las técnicas de reglamentación utilizadas. Esa sectorialización también se percibe mediante el análisis del empleo de los diversos instrumentos fruto de la armonización, que se da en cada 'escenario de recepción' para la utilización de éstos a escala

Puestas así las cosas, en este escrito se pasará a hacer alusión al *Soft law* como la principal manifestación del desarrollo normativo extra-estatal del que se viene hablando; y en ese contexto, se pondrá de presente su '*homologación*' a escala estatal en distintos escenarios, para hacer al final del documento, alusión a la homologación que ha operado en Colombia tanto en el ámbito legislativo y judicial. Asimismo, se señalará como éste último fenómeno, hace que, para algunos, se vivifiquen –o manifiesten– expresiones de la *nueva lex mercatoria* en entornos locales, aportando de esa manera al debate que aún gira en torno a la concretización de ésta. A la terminación, se señalarán algunas conclusiones.

Previo a lo anterior, se hace necesario resaltar algunas de las secuelas que ha dejado la globalización en el derecho, entre las principales (y a efectos de éste artículo), se destaca la ultranacionalidad del derecho estatal y la formación de un derecho no estatal, destinado a reglar las relaciones económicas paraestatales; así como la preponderancia en las últimas décadas de los *restatements internacionales*, como una de las principales manifestaciones del *soft law*, y la globalización del pensamiento jurídico que éstos están generando.

1. HACIA LA GLOBALIZACIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO: LOS RESTATEMENTS INTERNACIONALES

Quien se revela contra la idea de un derecho no estatal y demuestra no poder concebir otro derecho que no sea el dictado por ley del Estado o por una convención entre Estados, olvida que el derecho es una realidad mucho más antigua que el estado-nación y que nuestra civilización, en términos jurídicos, ha

estatal, donde se halla que i) los modelos contractuales y cláusulas modelo o tipo, son el prototipo usado para la incorporación contractual de reglas no vinculantes promulgadas por organizaciones internacionales; ii) los tratados internacionales, las guías legislativas y las leyes modelo, son el instrumento que por excelencia se usa en los Estados para la incorporación de frutos del proceso armonizador en sus sistemas normativos interno; y, iii) los *restatements internacionales*, tales como los Principios de UNIDROIT y los PECL, así como algunos tratados, son el prototipo de instrumentos empleados por los jueces y árbitros en sus decisiones. Al respecto, debe aclararse que si bien, una de las funcionalidades de los *restatements internacionales*, está en servir a los jueces, éstos ostentan muchas otras: éste tipo de instrumentos tiene posibilidad de generar interacción no sólo respecto de cortes estatales, sino además, con redactores de contratos, legisladores nacionales e internacionales, académicos e investigadores, y tribunales arbitrales (Pulido, 2016, págs. 289-296).

tenido vigencia y prosperado sin la existencia del Estado nacional como lo entendemos hoy, durante unos quince siglos (Escuti, 2011, pág. 256).

Fenómenos tales como el auge del arbitraje mercantil internacional, que se ha convertido en un utensilio esencial en la consolidación del derecho de los negocios internacionales; aunado al movimiento de armonización del derecho sustantivo aplicable a los contratos, con el consecuente surgimiento de asociaciones altamente involucradas en la estandarización de contratos y procedimientos; el advenimiento del comercio global, con mercados nacionales interconectados y fragmentación de los procesos de producción que trascienden fronteras, y la consecuente supresión de las barreras que de antaño, existen para el comercio internacional; el crecimiento del número de organizaciones no gubernamentales transnacionales; el notorio incremento de los activos de las empresas con operaciones internacionales, al punto que algunas de ellas exceden el PIB de varios países; la vocación de los Estados para relacionarse económicamente con el exterior; la internacionalización de la empresa, consecuencia del estudio de las posibilidades que le ofrecen los mercados internacionales; así como el aumento de la importancia del derecho privado, debido al paso de economías planificadas a economías de mercado, entre otros, son todos ellos resultados atribuibles a la globalización (Fernández Rozas, 2000, págs. 161-169; Goode, 2010, págs. 77-78; Moreno Rodríguez, 2013, págs. 270-271; Perales Viscasillas, 2014, pág. 3).

Ésta última, provoca en el Derecho un doble efecto: conduce a la superación de la estatalidad de éste, ocasionando una ultranacionalidad del derecho estatal, es decir, su aplicación fuera de los confines nacionales del Estado que lo ha elaborado, pero a la vez, actúa por encima del principio de nacionalidad, puesto que se genera la formación de un derecho no estatal, destinado a reglar las relaciones económicas paraestatales (Escuti, 2011, pág. 260).

Estando así las cosas, con la finalidad de establecer un marco de referencia común para el evento de imprevistos futuros que no sean capaces de resolverse mediante la negociación directa entre las partes, así como para reducir los riesgos y la incertidumbre generada por la insuficiencia de los mecanismos de determinación

de derecho aplicable y el sistema conflictual¹⁷, y la probable insuficiencia del régimen legal asignado¹⁸, los agentes comerciales y las partes contractuales, a menudo animan el desarrollo normativo extra-estatal.

Dicho desarrollo normativo, naturalmente, no se hace mediante los tradicionales causes vinculantes como los tratados internacionales; sino a través de instrumentos carentes de vinculatoriedad,

de forma que gran parte de los instrumentos de armonización componen el que en la doctrina ha sido denominado como *soft law*, cuyo valor normativo no depende de la voluntad legislativa de los Estados, sino de la voluntad de las partes de incorporarlos a los contratos, la decisión de los árbitros y jueces de fallar conforme a ellos al reconocerlos como manifestación de la *lex mercatoria* o en definitiva, por su propia fuerza persuasiva, tal como ha sucedido con los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales; las reglas y usos uniformes sobre crédito documentario; los términos INCOTERMS, etc. (Oviedo Albán, 2013, págs.49-50).

En la elaboración del precitado desarrollo normativo extra-estatal, participan múltiples agentes; al respecto, Moreno Rodríguez (2013) destaca que:

17. *Se genera mucha incertidumbre por cuanto el régimen legal no es el mismo en los diferentes ordenamientos jurídicos, debido a que cada ordenamiento puede eventualmente contener disposiciones diversas, y porque normas similares pueden poseer carácter imperativo en un determinado ordenamiento y no tenerlo en otro. Por ello, con las reglas de conflicto, se da una situación poco beneficiosa para los comerciantes (Bonilla Aldana, 2013, pág.4). Entre las principales consecuencias de la utilización de las reglas de conflicto se encuentran: a) Las Decisiones claudicantes, en la medida en que se pueden producir decisiones judiciales con soluciones diferentes en países distintos cuyo contenido sea contrario o incompatible; b) el Forum Shopping, en la medida en que las partes buscarán acudir a autoridades judiciales de uno u otro Estado, con el fin de lograr la ley más favorable a sus intereses; y consecencialmente, c) Inseguridad Jurídica, toda vez que las decisiones pueden variar de un Estado a otro, en la medida en que cada tribunal tenderá a aplicar exclusivamente un ordenamiento jurídico y no otro (Oviedo Albán, 2006, págs.31-32).*

18. *Junto a las deficiencias del sistema conflictual, se une "el inconveniente de que los códigos de los distintos ordenamientos nacionales, al ser muchos de ellos del siglo pasado, no solo adolecen de graves lagunas, sino que además son instrumentos inadecuados para regular la moderna contratación internacional. Muchos de los códigos, todavía hoy vigentes, parten de una realidad preindustrial anclada en los tipos contractuales tradicionales que no pudieron prever los cambios tecnológicos, industriales y comerciales hoy operantes" (Perales Viscasillas, 2014a, pág.4).*

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

En efecto, hoy día sucede con considerable demostración que, aún sin mediación de los Estados, se originan instrumentos para reglar de manera uniforme relaciones mercantiles más allá de unidades políticas territoriales estatales y regionales: a este respecto, Kuznetsova(2012) destaca como ejemplo de lo anterior, el trabajo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)¹⁹ en la adopción de los principios sobre los contratos comerciales internacionales (Principios de UNIDROIT)²⁰, que

19. Organización intergubernamental independiente con asiento en Roma, cuyo objetivo es el estudio de los medios y métodos en pro de la modernización, armonización y coordinación del derecho privado –en particular el derecho comercial– entre los Estados o grupos de Estados, y, en fin, la elaboración de instrumentos de derecho uniforme, de principios y reglas.

20. Los Principios de UNIDROIT fueron ideados para los contratos celebrados entre comerciantes en un contexto internacional. Son un intento por presentar normas comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, seleccionando las soluciones más adaptables a las exigencias del comercio internacional. Los Principios reflejan la regla más convincente para las transacciones transfronterizas, por lo que su expansión se ha basado en la persuasión de la calidad académica de los mismos; fueron redactados al estilo de los Códigos Europeos (civil law) y usan una terminología particular para el específico sistema jurídico que pretende normar, el internacional. En términos de Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), los Principios son un conjunto de reglas articuladas, y comentadas por los redactores, puestos a disposición de los interesados como un modelo de reglamentación aplicable a sus relaciones contractuales; "A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional no tienen carácter obligatorio o vinculante para los contratantes a menos que estos hayan elegido su aplicación. Y tampoco se encuadran en el concepto clásico de norma de derecho internacional privado como norma de conflicto. Se presentan como un texto articulado, elaborado con finalidad de armonización jurídico sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, de naturaleza opcional (soft-law) que, en la medida en que se generalice su aplicación, servirá a la unificación de los contratos comerciales internacionales y resulta, por tanto, un instrumento útil en la unificación del Derecho Comercial Internacional. Por otro lado, y a diferencia de otros instrumentos de soft-law de utilización generalizada en el tráfico comercial como los Incoterms o los Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, recopilados y editados por la Cámara de Comercio Internacional, han sido elaborados en el seno de una organización intergubernamental por un grupo de expertos

para la autora, no sólo se han convertido en una base consolidada para la formación de una nueva *lex mercatoria*²¹, sino que además, sirven como estándares fiables para la regulación de relaciones contractuales a nivel local por los sistemas legales nacionales (pág.242).

En cuanto a la identificación de los Principios UNIDROIT como *lex mercatoria*, resulta interesante apreciar como los preámbulos de las versiones 2004, 2010 y 2016 establecen que los Principios son reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, y esto debe hacerse cuando las partes hayan acordado que su convenio se rija por ellos. Igualmente, señalan que ellos pueden ser aplicados cuando las partes acuerden que su contrato se rija por los *principios generales del derecho*, la *nueva lex mercatoria* o expresiones semejantes, y también si estas no escogieron expresamente un derecho específico que lo regule.

Para el Derecho Privado, es tanta la importancia de ese tipo de instrumentos de *soft law*, que aludiendo a los Principios de UNIDROIT, a los Principios del Derecho Contractual Europeo –PDEC o PECL–, al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, a los *Trust Principles*, a la *Insurance Initiative*, y a los *Principles of European Tort Law*, Magnus (2012) expresa que esos cuerpos normativos se han influenciado, dándose justo como huevos, puestos uno después de otro, y cada uno comprende una codificación comprensiva en su respectivo campo. Sin embargo, en razón a su creación privada, o semi-oficial, carecen de fuerza y vinculatoriedad, por lo que deben valerse de su calidad para convencer respecto de su uso y aplicabilidad. La importancia

independientes que representan a una gran variedad de sistemas jurídicos, económicos y políticos mundiales y se consideran, por ello, como un texto de autoridad" (pág. 254)

21. Aunque existen serios estudios históricos que ponen en duda la real existencia de la *lex mercatoria medieval* (Cfr. Kadens, E. 2011), la doctrina predominante nos recuerda que ese derecho especial se desarrolló paralelamente en el tiempo a las decisiones de los denominados "tribunales consulares", fue construido por los propios comerciantes y para los comerciantes –al margen de la soberanía estatal, a partir de la sucesión de una serie de circunstancias peculiares y caracterizado por la desvinculación del poder político que no solo se proyectaba en el ámbito de la producción normativa, sino en el arreglo de las controversias–, y procedió de costumbres, fue aplicado por los tribunales especiales y elaborado por comerciantes agremiados. Este, a su vez, se caracterizó por su condición interlocal adquirida con ocasión de las ferias, y también, con relación al comercio y la navegación marítima. Ahora bien, dicha *lex medieval*, ha sido utilizada para legitimar la actual construcción teórica y darle mayor fundamento (Michaels, 2011, págs. 262-265).

de dichos cuerpos normativos, menciona Magnus, también se ve expresado en el término "principios"; la mayoría de sus creadores tuvieron una orientación eminentemente europea; pero en tratándose de los principios UNIDROIT, se hizo un esfuerzo consciente por hacer que estos tuvieran una orientación y aceptación global. En cualquier evento, para el autor es claro que esos cuerpos normativos son fruto de un intenso ejercicio de derecho comparado; que puede tener como resultado la asimilación o modificación de una solución que da el derecho nacional en un determinado campo (pág.165).

En lo que respecta a Colombia, tal ha sido el reconocimiento a éste tipo de instrumentos carentes de vinculatoriedad, que la Corte Constitucional –intérprete autorizada de la Constitución Política y guardiana de la integridad del texto superior (Art. 241 C.N.)– ha calificado a los Principios UNIDROIT como "referentes normativos del ordenamiento jurídico internacional" (Corte Constitucional, C-1008/10).

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

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

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

Conocidos como *restatements* en el derecho anglosajón, los *restatements internacionales* nacen de un sistema de creación que se identifica al de una recopilación de soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia. Precisamente, el proyecto de los Principios de UNIDROIT involucró unos verdaderos *restatements internacionales* del derecho contractual: los Principios cumplen varias necesidades prácticas, al ser un cuerpo normativo que contiene principios y normas relativas al fondo del contrato, proporciona un entorno jurídico adecuado para la resolución de conflictos, interpretación de las normas tanto del derecho interno como del derecho uniforme, etcétera²².

Al respecto, haciendo alusión a los Principios de UNIDROIT como ejemplo de *Restatements internacionales*, menciona Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), que éstos:

han sido considerados desde su aparición como un paso significativo hacia la globalización del pensamiento jurídico, en cuanto que representan una codificación privada o *restatement* de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales. En la

22. Para Del Duca, a pesar de convertirse en un ejemplo del éxito que ha tenido la armonización sectorizada –compraventa de bienes, instrumentos negociables, medios de transporte, propiedad intelectual, etc.–; la naturaleza limitada de la unificación plantea el problema de como utilizar las normas nacionales que han escapado a la unificación, de modo que puedan ser empleadas adecuada y eficientemente por el derecho uniforme. Al respecto, como herramienta interpretativa los *restatements internacionales* pueden ser de gran provecho (2007, pág. 632).

redacción de los Principios los redactores fueron capaces de olvidarse de sus estrechos patrones jurídicos y con una gran amplitud de miras, consiguieron el gran logro de llegar a un terreno común. Además han realizado grandes esfuerzos para impulsar su aplicación, ya que sin esta aplicación práctica los principios hubieran tenido un impacto muy limitado (pág. 255).

La referencia que de la palabra “*restatement*”²³ se le ha hecho al esfuerzo más representativo de armonización jurídica en materia del derecho de los contratos a nivel global, personificado por los Principios de UNIDROIT, además de los diversos trabajos que paralelamente han venido siendo desarrollados en el ámbito de organismos multilaterales, tales como la Unión Europea, ha propagado la divulgación del término fuera de las fronteras de los EEUU. La justificación del uso del término, podría apoyarse en que: i) los Principios fueron concebidos con la idea, no de introducir nuevas soluciones, sino con la de agrupar soluciones habituales existentes para los aspectos por ellos abarcados; ii) fueron diseñados con un comentario explicativo en letra más pequeña, junto a cada una de sus disposiciones, lo que facilita su comprensión y allana el camino para su difusión y aplicación; y, iii) se formularon por particulares, esto es, no existió la intervención directa de los Estados, por lo que en su mayoría, fueron juristas y profesores que representan todas las tradiciones jurídicas. Esto no implica para nada desconocer el marco intergubernamental en el que se han desarrollado (Fernández Arroyo, 2010, págs. 64-66).

Al no ser instrumentos vinculantes, los *Restatements internacionales*, Principios de UNIDROIT, PECL, no han recibido la influencia de ningún gobierno, ni preferido para su redacción, un sistema jurídico nacional en particular. Al igual que la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la UNCITRAL, están diseñados para ser una influencia unificadora y fuente de inspiración, pero al mismo tiempo –he allí su gran ventaja–, se prestan como herramienta útil a Cortes estatales y Tribunales Arbitrales, a la hora de decidir un litigio, así como a los agentes

23. *Los restatements, mientras buscan principalmente aclarar y consolidar la norma, en ocasiones, también pueden pretender alguna reforma significativa en uno u otro sentido. No obstante, la libertad de los redactores está limitada por algunos principios de orden público. Si los redactores de un restatement los ignorasen, esto afectaría la legitimidad, y claramente, la utilidad del instrumento resultante (Bermann, 2010, pág. 201).*

mercantiles, para la redacción de sus contratos, mostrando su inusitada practicidad.

Para Perales Viscasillas (2014b), por su forma de presentación, finalidad y contenido, los Principios de UNIDROIT recuerdan más a los *Restatements* que a los códigos de los sistemas del civil law, excepto por lo que se refiere a su redacción. Sin embargo, aun así, ésta última

acoge las orientaciones de los Restatements al acompañarse también de ejemplos (illustrations) y de un “título” para cada artículo que avanza cuál es su contenido. Por ejemplo, el artículo 2.5. se acompaña de una descripción de su contenido (Rechazo de la oferta) (págs. 241-242).

Por su lado, Vargas Gómez-Urrutia (2000) destaca que existe una analogía entre los Principios con los instrumentos que se usan en la práctica y, al mismo tiempo, que los primeros hayan sido consensuados en el seno de organizaciones internacionales no gubernamentales, fuera de los círculos empresariales, lo que los dota de una necesaria neutralidad y contenido más equilibrado (pág. 77).

Para Moreno Rodríguez (2013), los *restatements*, resultado del esfuerzo del *American Law Institute* (ALI), organizan, resumen y reformulan (*to restate* en inglés), en reglas análogas a las de los códigos civiles, las tendencias jurisprudenciales preponderantes en distintas áreas del derecho. Siguiendo al autor,

los Principios UNIDROIT van en esa dirección y han tenido el mérito de fusionar en un solo texto soluciones aceptables de los dos sistemas jurídicos imperantes en el mundo: el derecho civil y el common law. Este último, de carácter marcadamente jurisprudencial o casuístico, ya había sido objeto de monumentales labores de sistematización. Ello ocurría en tanto que el derecho civil había experimentado un proceso hasta si se quiere inverso, en que los tribunales han desarrollado y suplido los Códigos y las leyes –en muchos casos vetustos– ‘en diálogos con la doctrina’, según feliz expresión de Lando (págs. 291-292).

Tal como lo resaltan Goode, Kronke, & McKendrick (2015), lo que más distingue a los Principios UNIDROIT, y a los PECL, es que estos no fueron emitidos por cuerpos legislativos

tradicionales. Son esencialmente, herramientas no vinculantes hechas para ponerlas a disposición de la comunidad internacional en la adopción de sus contratos, y para el uso de jueces, tribunales y legisladores estatales e internacionales; acá se hace evidente el ánimo para que ocurra la *aplicación por persuasión*.

Pretendiendo denotar el carácter no estatal de estos instrumentos normativos, se adoptó el término *Principios*, aunque claro está, la mayor parte de sus disposiciones son técnicamente “reglas” y no “principios”. En realidad, no existe consenso en la doctrina respecto del término *principios*, pues es ampliamente usado en diferentes contextos²⁴. Sobre el particular, Magnus (2012) reconoce que generalmente se entiende por *principios*, aquellas normas generales de naturaleza más bien abstracta, que, para ser desarrolladas, a su vez requieren de normas que los concreten. Entre las reglas concretas y los principios generales, no existe una frontera claramente delimitadora, por lo que generalmente es fácil distinguir los extremos, pero en ocasiones no ocurre igual con las normas que se encuentran entre éstos (pág. 162). En el pasado reciente, el término *principios* ha recobrado un nuevo sentido, gracias a los PECL y a los Principios de UNIDROIT: estos “principios” son cuerpos de normas, que aparecen principalmente en codificaciones, convenciones, o alguna otra clase

de compilación. Ellos contienen reglas específicas y concretas, por lo que pudieron haber sido bautizados de otra manera. Sin embargo, el término *principio* es tan vago que es capaz de ser incorporado en las leyes nacionales por vía de interpretación o abstracción. Se debe ser consciente de que la terminología “principios” no determina necesariamente el contenido del conjunto normativo, pero si evita prevenciones que pueden provenir de juristas integrantes las distintas familias jurídicas del mundo, por lo que el empleo del término facilita su propagación y evita recelos debido a la terminología utilizada (Magnus, 2012, pág. 163).

No obstante, se resalta que los redactores quisieron *immunizarlos* de eventuales connotaciones semánticas que los acercaran a los sistemas preponderantes en el mundo del civil y *common law*: al utilizar la palabra “principios” hubo un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término; pudieron denominarlo Código o Code, lo que denotaría sanción legislativa o análoga, o como ley o law, o como *Restatements* (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 294-295). Sin perjuicio de lo anterior, cabe decir que los *Restatements internacionales* escapan al problema que persigue a los tratados y convenciones internacionales: no necesitan ser ratificados. Los esfuerzos hacia la armonización del derecho comercial internacional, hasta antes de la aparición de los Principios, habían adoptado, preponderantemente, la forma de instrumentos vinculantes (tratados, convenios) y leyes modelo; sin embargo, con su aparición se transformó el panorama y se reflejó que, compilaciones de normas hechas a medida del comercio, con soluciones neutras, hechas por académicos y especialistas en el tema, sin carácter vinculante, sedujeron a comerciantes, y jueces y árbitros por todo el mundo. El fenómeno se ha expandido, haciendo que se piense cada vez más en recurrir a medios legislativos no tradicionales para la armonización del derecho del comercio internacional.

En reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, los *Restatements internacionales* son flexibles en su aplicación, tienen un lenguaje directo y conciso para facilitar la comprensión por juristas y no juristas, de forma que puedan ser fácilmente entendibles en todo el mundo; en ese sentido puede hablarse de ellos como “*lingua franca, checklist de situaciones que implican negociación o incluso como esperanto de los negocios internacionales*”. Al respecto, menciona Pablo-Romero Gil-Delgado que:

24. A pesar de parecer infructuoso hacer una lista detallada de los posibles usos que pueden tener los principios del derecho civil y comercial, algunos ejemplos son de utilidad para comprender la diversidad de categorías en las que estos pueden hallarse. Sobre el particular, Magnus (2012) resalta que las referencias a los principios pueden encontrarse en: i) los sistemas jurídicos estatales, en donde se hayan como adiciones a las normas promulgadas, they are the raisins in the cake. En el derecho estatal, también es posible encontrar principios en convenciones adoptadas, v.gr. reconociendo el principio de buena fe o el de libre autonomía de la voluntad; ii) en el ámbito judicial, donde es inusual hallar decisiones que tengan como base únicamente principios generales, por cuanto los jueces prefieren basar sus decisiones en reglas concretas, y precedentes, de los que la solución al caso puedan ser directamente derivada; iii) en el campo académico, en el cual el derecho privado parece ser el suelo más fértil para el desarrollo de tales principios; iv) en el art. 7(2) de la CNUCCIM, que hace referencia a los principios generales en los que se basa la Convención, idéntica disposición a la que se encuentra en otras convenciones internacionales, tales como las **convenciones sobre arrendamiento financiero internacional** y sobre factoring internacional de UNIDROIT; y, v) en algunos contratos internacionales, en los que se hace alusión expresa a los principios generales del derecho como derecho aplicable al contrato. Dicho tipo de disposiciones, a pesar de ser desconocidas por Cortes estatales, son calificadas como válidas por tribunales arbitrales, los que se dan a la tarea de determinar el contenido de dichos principios, para lo que recurrir a la vaga *lex mercatoria*, o a los Principios de UNIDROIT, puede resultar de mucha ayuda (págs. 164-166).

(...) aunque algunas normas incluidas en los Principios puedan no estar aceptadas con carácter general en un derecho nacional en concreto, las soluciones en ellos incluidas, son reconocibles en muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo, aunque no coincidan exactamente con la ley de un determinado ordenamiento nacional. Y solo un pequeño número de artículos suponen una auténtica novedad y la razón de ellos hay que buscarla en las especiales necesidades de la contratación internacional. Así, los arts. 6.2.1 a 6.2.3, (hardship), los arts. 7.1.4, 9.1.9 y el art. 3.1.2, que declara la validez del contrato mediante el acuerdo de las partes sin que sea necesario ningún otro requisito adicional como la causa o consideration. Y, lo que puede resultar sorprendente, es que estas normas auténticamente novedosas, han recibido comentarios favorables por la doctrina e incluso han sido tenidas en cuenta en la interpretación del derecho nacional en algunos casos (Pablo-Romero Gil-Delgado, 2014, pág. 256).

Así las cosas, cabe admitir que los Principios de UNIDROIT, siendo la principal expresión de los *Restatements internacionales* como método de armonización, tienen un sinnúmero de funciones y ello le permite interactuar con múltiples agentes relacionados a la praxis mercantil, facilitando subsecuentemente diálogos de fuentes que, en últimas, lo que permiten es un manejo adecuado del derecho privado en el actual ambiente generado por la globalización. Lo anterior, en la práctica está haciendo que se facilite y propicie una interacción inesperadamente fuerte en los últimos años, lo que faculta a que disímiles agentes, como jueces, árbitros, partes contractuales, legisladores nacionales, académicos, etcétera, pongan a dialogar e interrelacionar a diversas fuentes jurídicas con ese tipo de instrumentos, en aras de darle un tratamiento contemporáneo y/o transnacionalizado al derecho privado.

En efecto, algunos legisladores nacionales se han valido de los Principios como modelo para la elaboración de nueva legislación en general, o respecto de determinados contratos; ello se ha evidenciado principalmente en los países que hicieron transición a economías de mercado, v.g. Ucrania, Rusia, China, Estonia, Lituania y República Checa, pero también en algunos *países desarrollados*, tales como Alemania, Holanda y, más recientemente, España (De Carolis, 2010, pág. 66; Kuznetsova, 2012, págs. 242-245);

asimismo, cada vez más, cortes estatales y tribunales arbitrales los tienen en cuenta para su aplicación práctica en la resolución de conflictos; en dicho escenario, pueden usarse como argumento de autoridad, como cuerpo normativo para hacer ejercicios comparativos, para la interpretación y/o complementación de otros instrumentos de derecho uniforme, así como de normas del derecho interno, para el fortalecimiento de la justificación de sus decisiones, así como también para la solución de litigios en general, etcétera. De la misma manera, al poderse usar por las partes de un contrato, los Principios hacen que la convergencia jurídica se vaya materializando paulatinamente; ello, se potencia si se considera que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, los Principios pueden utilizarse también en contratos que no sean de índole internacional, adoptando términos propios de éste instrumento, o haciendo remisión expresa a él, siempre que no se contravengan disposiciones de orden público internas.

Por lo anterior, actualmente los *restatements internacionales*, como manifestación del *soft law*, son la categoría más interesante de la armonización, con más potenciales destinatarios y usuarios. En suma, aunque están diseñados para ser una influencia unificadora y fuente de inspiración, al mismo tiempo, se prestan como herramienta útil a cortes estatales y tribunales arbitrales, a la hora de decidir un litigio, así como a los agentes mercantiles, para la redacción, negociación y ejecución de sus contratos, mostrando su inusitada practicidad. Al mismo tiempo, cada vez que éstos se emplean en diferentes ámbitos por sus disímiles destinatarios y usuarios, se impulsa su difusión y propagación, no solo para servir en transacciones a nivel transnacional, sino también a escala estatal.

Ahora bien, aunque entre las principales manifestaciones del *soft law*, están las condiciones generales de contratación, modelos contractuales y cláusulas tipo, así como recomendaciones, manuales, directrices, términos uniformes, reglas estándar, leyes modelo y guías de distinto alcance, etcétera, no obstante, y sin perjuicio del desarrollo de dichos instrumentos, actualmente la más notable manifestación del *soft law*, y de la privatización de la armonización jurídica, es el progreso de *Restatements internacionales*, desarrollados en medios académicos o en el seno de organismos internacionales; son los instrumentos que tienen más potenciales

destinatarios y usuarios: no sólo redactores de contratos, sino también, académicos, legisladores nacionales e internacionales, tribunales arbitrales y cortes estatales. Sin embargo, no puede dejarse de desconocer las demás manifestaciones de normas sin vinculatoriedad y su importancia, por lo que es necesario referirnos con mayor profundidad al *soft law* en general.

2. EL SOFT LAW, Y LA CONVERGENCIA JURÍDICA QUE ESTÁ GENERANDO

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

El *soft law* o *derecho blando*, en traducción literal, consiste en todas aquellas reglas y principios generales no coercitivos, que regulan los contratos transnacionales, y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones; o, al servir de guía para la toma de decisiones de árbitros y jueces, al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido la ley aplicable que regulen sus convenios (León Robayo, 2014, pág. 36).

En la actualidad, el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad permite la adaptabilidad a los cambios, ya que son las nuevas realidades las que van transformando al derecho. Así las cosas, hoy por hoy, el *soft law* se instaura como una fuente alternativa, que se caracteriza por la

carencia de coercitividad, desapego a la rigidez de la legalidad y por la indeterminación en su contenido (Cortés Cabrera, 2014, pág. 59).

Puestas así las cosas, el *soft law* alude a textos cuya normatividad no tiene fuerza de obligar en sí misma –por lo que su clave radicaría en la descripción de los fenómenos que comprende y la sujeción al concepto de *Derecho* que se adopte–, a diferencia de otros instrumentos como las convenciones o los tratados internacionales, que una vez producida su incorporación al derecho interno y dándose sus condiciones de aplicación, resultan inmediatamente aplicables a una transacción salvo que las partes decidan excluirlos, tal como sucede con la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM o CISG)²⁵, sino que dependen, para su eficacia, del acuerdo de voluntades de las partes.

Pues bien, no debe de pasarse por alto que:

el orden jurídico internacional ya no es un universo cerrado, y hoy los miembros de la comunidad internacional juegan un rol activo en la generación de soluciones, pudiendo acordar nuevas fórmulas para crear derechos, cubriendo lagunas en las cuales la legislación es insuficiente, ineficaz

25. La CNUCCIM, elaborada por la UNCITRAL, es el instrumento vinculante del derecho uniforme más notable en el globo. Al respecto, menciona Perales Viscasillas que esa es la institución que puede responder a los problemas jurídicos universales que se plantean en el comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Para dicha autora, UNCITRAL ha legitimado su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada; sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales y del arbitraje comercial internacional, como el UNIDROIT o la CCI (2014a, págs. 4-5). Respecto de la UNCITRAL, la C. Constitucional en sentencia del 23 de julio de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía), señaló que al ser su objeto principal la elaboración y puesta a disposición de normas que unifican el derecho comercial internacional, ésta, al encargarse de la compilación de las tendencias más relevantes que se dan al seno del derecho comercial a nivel internacional, reconoció implícitamente la idoneidad que éste tipo de instrumentos, en razón a su vigencia y correspondencia con el contexto del comercio contemporáneo, tiene para regir las relaciones mercantiles. En dicha ocasión, dijo la corporación que: "... la UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos" (Corte Constitucional, Sala Plena (23 de Julio de 1997) Sentencia C-347/97 [M.P. Jorge Arango Mejía], 1997).

o carece de consenso, o satisfaciendo nuevos intereses de la comunidad internacional, que de otro modo se tornaría complejo, al mismo tiempo de ir enriqueciendo aún más el soft law, dotándolo de nuevas características para dar respuesta a nuevos problemas” (Cortés Cabrera, 2014, pág.59).

El carácter vinculante del que carece el *soft law*, propio de tratados o convenciones internacionales, es al mismo tiempo el talón de Aquiles de éstos últimos: su concreción demanda demasiados esfuerzos y los países no están en la obligación de ratificar el instrumento. Ello, aunado al tiempo y recursos necesarios que se invierten para su gestación, y que por la rigidez y múltiples dificultades de la armonización vía instrumentos de *hard law* pueden perderse, motiva la elaboración de instrumentos de *soft law*:

uno de los rasgos esenciales del régimen del *soft law*, en contraposición al *hard law*, es la participación y aporte de recursos de actores no gubernamentales en la construcción, operación e implementación de instrumentos del *soft law* (Cortés Cabrera, 2014, pág.61).

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

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

Algunos instrumentos *soft*, son textos que se caracterizan por la posibilidad de su constante revisión, y porque sin asumir altos costos, permiten armonizar los sistemas jurídicos existentes, pues en su formación basada en general en el sistema de consenso, participan prestigiosos juristas y representantes de la mayoría de las naciones del mundo, así como de todas las tradiciones jurídicas²⁶.

El desarrollo de normas no vinculantes, acogidas por partes, jueces y árbitros, hace que, hoy por hoy, la proliferación de instrumentos de *soft law* no sorprenda. Por ejemplo, los Principios de UNIDROIT, en varias oportunidades, en controversias contractuales mercantiles internacionales han sido aplicados sin haber sido si quiera incorporados por las partes. En algunas oportunidades como expresión de la *nueva lex mercatoria*; en algunas otras, como expresión de *los principios generales del derecho, de los usos y costumbres ampliamente aceptados y expresiones semejantes*; en algunas otras, se les ha usado ante la ausencia de toda elección por las partes del derecho aplicable al contrato (Para ver la casuística que ejemplifica dichos usos: Cfr.Tobar Torres, 2009, págs.60-108).

Se presenta con mayor probabilidad su auge, si se considera que es cada vez más frecuente que los Estados no tienen la competencia, ni la inclinación para moverse a la misma velocidad en que los comerciantes de hoy día requieren para sus transacciones. Como derivación de lo anterior, los legisladores privados están llenando un vacío en el comercio internacional, y los agentes de éste último, mediante su uso, han sabido responder.

En suma, las partes comerciales del mercado global, no están en la necesidad de un legislador nacional, ni del visto bueno de algún Estado que valide esos procesos de creación

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

normativa internacional, o el empleo de los instrumentos en los que dichos procesos se personifican; precisamente, la *aplicación por persuasión* de ese tipo de instrumentos por la calidad material de su contenido, es una de las principales características de la privatización de la armonización jurídica contemporánea²⁷.

Lo precedente, se ve impulsado por la creciente elaboración de normas creadas fuera de la institucionalidad estatal; así como de la homologación que del *soft law* se hace a escala estatal cuando éste es empleado en distintos 'escenarios' por disímiles agentes: a través de la jurisprudencia, la legislación y la práctica contractual, los instrumentos en los que se materializan los métodos de *soft law*, se introducen y se hacen operantes a escala estatal. A su turno, los partícipes de éstos últimos 'escenarios de homologación' (el legislativo, el jurisprudencial, y el de la práctica contractual), han visto la utilidad que trae consigo el empleo de dichos instrumentos. De ahí que se hable de la complementariedad que reciben los sistemas jurídicos estatales del *soft law*, y el diálogo que entre fuentes jurídicas propaga el fenómeno (Pulido, 2016, págs. 286-296).

Lo anterior, ha hecho que se potencie el *soft law* y que se visibilice la operatividad de las funciones que éste puede cumplir a escala estatal, las cuales, en el marco de las transacciones comerciales internacionales, pueden concebirse principalmente desde dos perspectivas:

i) en relación al legislador estatal, es susceptible de configurar una *directriz habilitante*, v.gr. a través de una directiva comunitaria en el ámbito de la UE, pero también puede perseguir un *efecto dinamizador* abriendo nuevas áreas de expansión del derecho. En éste último sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del derecho sin

27. Hoy por hoy, los miembros de la comunidad del comercio internacional juegan un rol muy activo en la generación de soluciones, pudiendo acordar nuevas fórmulas, cubriendo lagunas en las cuales la legislación es insuficiente, ineficaz o carece de consenso, o satisfaciendo nuevos intereses de la comunidad, que de otro modo se tornaría complejo de materializar; al mismo tiempo de ir enriqueciendo aún más el *soft law*, dotándolo de nuevas características para dar respuesta a nuevos problemas. Subsiguientemente, y teniendo en consideración que el desarrollo de instrumentos de *soft law* obedece al imperativo comercial de asegurar el derecho aplicable a la concreta transacción comercial internacional, éstos han venido multiplicándose progresivamente, en una clara complementariedad ofrecida a las legislaciones nacionales (Pulido, 2009, págs. 289-296).

soportar los costes de negociación que supone un proceso *hard* y, de esa manera, abrir la posibilidad de insertar en el razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente al ordenamiento nacional como *ratio scripta*; y,

ii) en relación al marco judicial, donde se contempla la posibilidad que tienen los intérpretes para utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones. El uso de esas *normas*, aunque condicionado a que se utilice como argumento adicional es factible, e incluso es útil para evidenciar una serie de postulados que existen en determinados círculos jurídicos, y que implícitamente, sirven para fundamentar una decisión (Fernández Rozas, 2013b, pág. 69) –esto último, teniendo en consideración que la argumentación cumple un papel fundamental en el derecho: se espera que alguien que presenta una tesis jurídica exponga argumentos que la respalden. Así pues, la aceptabilidad de una tesis jurídica depende de la calidad de su justificación–.

Ejemplo de lo anterior, es tanto el uso de los Principios UNIDROIT como expresión de *Restatements internacionales*²⁸ en decisiones judiciales/arbitrales y en la elaboración de contratos comerciales por agentes mercantiles, como la acogida de guías legislativas y leyes modelo por los legisladores estatales. Justamente, la convergencia jurídica no solo es causada por los *restatements internacionales*; otras formas de *soft law* también generan dicha consecuencia. Por ejemplo, la recepción de leyes modelo por los Estados, donde se recogen como leyes, ha dado lugar a homologación de normas *soft*, y a formas híbridas del derecho: son normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales. Al respecto, una de sus mayores expresiones, es la ley modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985; cuyo carácter *soft*, facilitó una onda expansiva de reformas legislativas estatales a nivel global²⁹ (Cfr. *Infra IV.a*).

28. Para un completo estudio de los *Restatements Internacionales* y los Principios de UNIDROIT como su mayor expresión Cfr.: Goode, Kronke, & McKendrick (2015). *Restatements of Contract Law*. En: *Transnational commercial law*. pp.: 461-489. New York: Oxford University Press.

29. Siguiendo a Del Duca (2012), muchas normas han sido

3. ¿VIVIFICA EL *SOFT LAW*, A LA NUEVA *LEX MERCATORIA*?

Si tomamos el caso del derecho comercial, observamos la fuerte tendencia de los círculos comerciales a armonizar y unificar voluntariamente el derecho a través de instrumentos no vinculantes como formas de contrato estandarizadas, términos de contratos unificados como los Incoterms y otras formas de *soft law*, así como el cuerpo de la *lex mercatoria*. El derecho mercantil, y en particular el derecho mercantil internacional, tiene por objeto fundamental establecer normas uniformes acompañadas del principio de autorregulación o de autonomía de las partes. La razón de este deseo de reglas uniformes autodesarrolladas parece ser bastante simple: reducir los costos que la diversidad de leyes aplicables normalmente provoca (Magnus, 2012, pág.170) –traducción del autor-

A pesar de la actual falta de certidumbre que produce la *nueva lex mercatoria*, la idea subyacente de ésta, es la de superar la incertidumbre que resulta perjudicial para la eficiencia de las relaciones comerciales internacional respecto del derecho aplicable. Para Rodríguez Fernández la *nueva lex mercatoria* es

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

Al ser internacional la relación jurídica que regula, y no nacional, se suele afirmar que los contratos comerciales internacionales, estando en continuo avance los intereses de las transacciones

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

Para Fernández Rozas (2009), el desenvolvimiento de la teoría de la nueva *lex mercatoria* constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el Derecho de los negocios internacionales, como vía de superar las insuficiencias del sistema conflictual de leyes (pág. 107).

No obstante, aunque lentamente se asiste a su concreción, actualmente no hay nada más incierto que la *nueva lex mercatoria*: Independientemente de que la *nueva lex mercatoria* sea concebida como un cuerpo de normas o un método de tomas de decisiones, es evidente que ésta no ofrece reglas de decisión equiparables con las leyes nacionales, en términos de precisión y exhaustividad. Por ello, actualmente si su finalidad es que sea usada como ley del contrato para fijar cláusulas precisas o como guía para la toma de decisiones litigiosas contractuales, la *lex* parece inadecuada en razón de su abstracción y vaguedad; ante lo cual, siguiendo a Cuniberti (2014), la principal cuestión que queda por resolver es si la *Lex Mercatoria* puede algún día alcanzar el objetivo de precisión y seguridad jurídica suficiente para ser considerada satisfactoria por los actores comerciales (págs. 391-392).

Hoy en día, respecto de la *nueva lex mercatoria* no existe si quiera coincidencia sobre el alcance de la idea de ésta. Para algunos, es un orden jurídico autónomo, independiente a los sistemas jurídicos nacionales, siendo ésta la acepción más ambiciosa; para otros, es un cuerpo de reglas sustantivas o de fondo, suficiente para decidir una disputa, que opera como alternativa a los derechos nacionales que resultarían aplicables.

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

Desde una óptica más restrictiva, se le concibe como un simple complemento al derecho aplicable, considerándola como una consolidación gradual de los usos y expectativas establecidas en el comercio internacional³⁰.

Aunque, siguiendo a De Ly (1992), se debería poder definir claramente su alcance, no obstante, una definición uniforme de la *lex mercatoria* internacional es extremadamente difícil de vislumbrar. En efecto, puede verse como a partir de un análisis comparativo de las prácticas comerciales transnacionales, y las convenciones internacional y leyes nacionales que regulan éstas, tal definición uniforme no es posible. Sin embargo, en aras a las mejor comprensión del debate actual, el autor afirma que básicamente hay dos concepciones acerca de la *lex mercatoria*: en una, se la concibe como un set de reglas supeditadas a los sistemas legales nacionales, que han sido creadas a nivel internacional (principalmente a través de convenciones y prácticas internacionales) y puede promover la unificación del derecho internacional de los negocios. Al otro extremo, se le observa como un set de reglas autónomas que existen al exterior de los sistemas nacionales, como un intento por mejorar la regulación que se hace de las transacciones comerciales internacionales, sin mucha interferencia desde los sistemas jurídicos nacionales. Para De Ly, desde estas concepciones fundamentalmente distintas, puede claramente distinguirse el debate que gira en torno a la nueva *lex mercatoria* (págs. 317-319).

Por su parte, Chamorro-Courtland (2011) le da preponderancia al reconocimiento que los tribunales hacen de las normas que componen la nueva *lex mercatoria*. Para el autor, los usos, prácticas y costumbres de los comerciantes adoptados por los tribunales forman la nueva *lex mercatoria*. Dicha postura, la asume respaldándose en el profesor Jan Dalhuisend, quien –según el autor– asegura que existe un

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

nuevo desarrollo consuetudinario en el comercio globalizado y las finanzas, que está poniendo las bases de un proceso evolutivo que está en marcha, y que se manifestará cada vez con más prominencia en los próximos años. Para Chamorro, ello se hace evidente, verbigracia en instituciones tales como *Central Counterparty (CCP)* –sistema que garantiza y facilita la solución de disputas entre comerciantes– (págs. 65-73).

Para Cuniberti, aunque la doctrina ha debatido acaloradamente respecto de la naturaleza y contenido de la *lex mercatoria*, las razones por las que se ha desarrollado el concepto y si este ha resultado beneficiado para los distintos actores del tráfico mercantil, han sido poco exploradas. Según el autor, ello se debe a que la respuesta parece casi obvia; por ende, se sigue que la *lex mercatoria* simplemente tiene que satisfacer necesidades de los actores comerciales. Sin embargo, presentando evidencia empírica, Cuniberti sostiene que es altamente improbable que las características actuales de la *lex mercatoria* la haga capaz de satisfacer las necesidades de los comerciantes internacionales, especialmente en razón a sus numerosas fuentes, muchas de las cuales no son generadas directamente por la comunidad de comerciantes (2014, págs. 384-396).

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

Según Jhonson (2015), desde finales de los 90's del siglo anterior, el debate que gira en torno a la *Lex mercatoria* ha evolucionado a

un nuevo nivel que aborda de mejor manera la realidad actual, generalmente aceptada, de que es una forma *sui generis* de derecho, dejándose de lado las cuestiones respecto de su existencia o inexistencia. Para la autora, existen a grandes rasgos dos aproximaciones contemporáneas que se hacen de la *lex mercatoria*. La primera, se acerca a la aproximación que hace Teubner, en el que la *lex mercatoria* aparece como un sistema jurídico independiente que está a la par, y no subordinado a los sistemas jurídicos estatales; esta concepción se ve lejos de alcanzarse en la práctica, aunque se vea reforzada por la creación de normas a-nacionales. La segunda, responde a ópticas como la de los profesores Michaels y Dalhuisen, y la conciben como un cuerpo normativo inseparable, por depender de ellos para su aplicación y efectividad, a los sistemas jurídicos estatales; hoy por hoy, esta concepción es más realista, de acuerdo al estado actual de la cuestión. Sin embargo, dichas posturas pueden cambiar, si se sacan las aproximaciones que se hacen de la nueva *lex mercatoria* de la dicotomía estado/no estado; todo un desafío, dado que dicha dicotomía es el paradigma común a través del cual los abogados, comerciantes, árbitros y académicos, conciben el derecho (pág. 160-166)

Aunque el debate acerca de su conceptualización parece estar lejos de ser resuelto, la utilidad del debate acerca de su legalidad es clara; la aceptación de la *lex mercatoria* como derecho era necesaria para darle cierta legitimidad a la práctica comercial moderna (ejemplificada por la creación de codificaciones como los Principios UNIDROIT). Esto, a su vez, ha facilitado el desarrollo de marcos teóricos que intentan conceptualizar la *lex mercatoria* como una forma de derecho en relación con los sistemas legales estatales. La autora pone de presente que éste es el debate actual y necesario: la cuestión no es debatir el reconocimiento de la teoría, sino las condiciones de aplicación. Hasta que no se determine la respuesta a esta pregunta, es irrelevante que la *lex mercatoria* sea o no considerada como una norma, porque para que la *lex mercatoria* logre una verdadera legitimidad y funcione como derecho aplicable, debe encontrar su lugar en relación con los sistemas jurídicos ya existentes (págs. 153-154)

Son muchas las controversias alrededor de la *nueva lex mercatoria*, al punto que hasta se debate si su creación responde a una creación deliberada

vía *formulating agencies* como v.gr. la CCI o no, nutriéndose de normas específicas que resultan apropiadas para relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente v.gr. principios generales del derecho, entendidos como un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal sino que se desprende de la comparación de los derechos nacionales, fuentes internacionales tales como convenios internacionales, jurisprudencia de los tribunales internacionales, etcétera; y el grado de su eficacia, que va a ser considerado desde un simple recurso interpretativo, hasta un verdadero *ordenamiento supraestatal*.

Fernández Rozas (2013c) admite la existencia de un debate, pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la *nueva lex mercatoria*. Para el autor, ese debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, pero aún es incipiente en América Latina; sectores amplios de la doctrina del DIP'r directamente desconocen su existencia y, por si fuera poco, entre aquellos que la reconocen concurren varias posturas que intentan encuadrar teóricamente el fenómeno observado (pág.137).

Por su parte, Goode(2010) resume el desacuerdo sobre la *nueva lex mercatoria*, así:

No existe un acuerdo sobre lo que la *lex mercatoria* abarca. Para algunos se trata meramente de otro rótulo para el derecho comercial transnacional y por lo tanto abarca todos los tipos de armonización, formales e informales. Para otros, se trata de un producto de la así denominada creación espontánea de normas internacionales a través del uso internacional del comercio, evidenciando reglas de las cámaras de comercio, las cláusulas de los contratos standard, y los principios generales y las reglas y *restatements* formulados por agencias internacionales. Se propone a la *lex mercatoria* como un conjunto de reglas que no solo pueden ser aplicadas por árbitros *ex post*, sino que pueden ser elegidas por las partes como derecho aplicable para sus contratos (págs.85-86).

A su turno, Operti Badán y Fresnedo de Aguirre (2010) describen el desacuerdo que gira en torno al fenómeno aludido, en los siguientes términos:

(...) la doctrina mantiene un debate en cuanto a la defensa o rechazo de la *lex mercatoria* –sin que eso obste al reconocimiento de su existencia–, desarrollada en los años 60's y refutada en cuanto

al propio contenido de la misma. Los partidarios buscan incluir dentro de ella toda suerte de normas no vinculadas entre sí por principios generales del orden jurídico, como la jerarquía, pilar básico de la doctrina kelseniana. Puede verse que una definición amplia que incluya los usos y costumbres del comercio, los principios de UNIDROIT y la Convención de Viena, da cuenta de una recopilación de carácter práctico, sin ajustarse a un ordenamiento regular de las fuentes, a tal punto que llega a tomar en cuenta la jurisprudencia de aplicación de dicha lex mercatoria. Esto último genera, obviamente, dificultades y eventuales contradicciones, así como un fraccionamiento en función del país donde dicha fuente se desarrolla (pág.392).

Ahora bien, entre los autores que han hecho una completa revisión acerca de los debates que han girado en torno a la teoría de la *lex mercatoria*, puede señalarse a Peter Klaus Berger. En su estudio, Berger consideró que la *lex mercatoria* es, en efecto, un sistema jurídico autónomo y abierto porque se va definiendo mediante la descripción del conjunto de reglas, principios y estándares que lo componen, y que se encuentran en constante elaboración por abogados, árbitros y comerciantes internacionales³¹ (Tobar, 2012). Pues bien, en términos de Grande, para Berger la Lex Mercatoria

es un sistema jurídico autónomo y abierto porque se va definiendo mediante la descripción del conjunto de reglas, principios y estándares que lo componen, y que se encuentran en constante elaboración por abogados, árbitros y comerciantes internacionales. Es un derecho de naturaleza híbrida que combina elementos del derecho comercial y del derecho internacional público, y para cuya sistematización es necesario valerse de un método interdisciplinario que incluya al derecho privado en general, al derecho internacional privado, al derecho internacional público y al derecho comparado (Grande, 2008).

Así las cosas, las principales discusiones ya no se centran en su existencia, sino más bien en establecer sus características y condiciones de aplicación, así como su papel frente al desarrollo

de los contratos internacionales. Las críticas más fuertes que se le hacen, recaen en la delimitación de sus fuentes, su pretensión de plenitud, su contenido y efectivas oportunidades de aplicación.

En este contexto, Cordero Moss(2010) resalta que: La teoría de la *lex mercatoria* (...) ha recibido apoyo convincente de ciertos círculos académicos, pero ha sido acogida con escepticismo por la práctica judicial. Las principales razones para este escepticismo son: que resulta muy difícil determinar cuál es el contenido exacto de la lex; que los principios que pueden ser determinados como parte de la lex son, en su mayoría, vagos y, por tanto, no pueden ser usados para decidir conflictos específicos de carácter técnico-legal, y que el contenido de la lex es bastante fragmentario, dejando muchas lagunas en la ley. Algunos de estos aspectos negativos pueden ser solucionados por los restatements, las sistematizaciones y la normalización de la lex que han sido producidas en los últimos años y, en particular, por la Troika [la autora hace referencia a la CISG, los Principios de UNIDROIT y los PDEC]" (pág.47).

Al margen de las muchas controversias que se ciernen entorno a la *nueva lex mercatoria*, no deben de dejarse de valorar estas construcciones teniendo en cuenta que esconden, subrepticamente, una labor de marketing por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en el ámbito mercantil internacional, buscando poner en presencia del mercado, soluciones de controversias contractuales mercantiles internacionales. Además, desde el plano ideológico, podría sostenerse que la construcción de la *lex mercatoria* beneficia solamente a las partes fuertes y países desarrollados, y no sería más que una doctrina del *laissez-faire*, asegurando el cumplimiento obligatorio del contrato. Aunque esas críticas no carezcan totalmente de fundamento, son únicamente los acuerdos legítimamente negociados lo obligatorios para las partes y, además, el principio *pacta sunt servanda* no es de por sí desfavorable para ninguna de ellas. Lo anterior, teniendo en cuenta que se ha establecido una práctica jurídica que funciona cuando, al margen de los ordenamientos jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales, con un sistema normativo y unos procedimientos de arreglo de controversias privativos que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el derecho

31. Cfr.: Berger, K. P. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria. 2a edition. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International & Center for Transnational Law (CENTRAL)*.

nacional y el derecho internacional, las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción ni a ningún derecho material estatal.

En ese orden de ideas, pareciera que el derecho de los negocios internacionales se configura hoy por hoy, en un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas, dotado de mecanismos que aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional, adquiriendo un aspecto inacabado y poliforme. En los procesos de normación de este *ordenamiento*, al no poder realizarse en su totalidad a través de instituciones estatales o internacionales, instituciones privadas, que provienen de la *autojuridificación* de fragmentos sociales altamente diversos, asumen un marcado protagonismo. La sustracción de la pretensión reguladora de los ordenamientos nacionales y el internacional, y la aspiración a un nivel regulador autónomo, es lo novedoso del actual fenómeno³² (Fernández Rozas, 2013b, págs. 43-45).

Ante un régimen de contratación internacional tan disperso y dísimil como el actual, en el afán de unificar criterios jurídicos, se han creado instituciones, tales como la CNUDMI³³, el UNIDROIT,

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

33. Siendo establecida en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, para ser el vehículo a través del cual "las Naciones Unidas desempeñarán un papel más activo en la reducción o eliminación de los obstáculos jurídicos con que tropieza la corriente del comercio internacional", la CNUDMI tiene por objeto "promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional" mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos, en diversos temas clave del derecho mercantil (Kaufmann-Kohler, 2010, pág. 117). Esos temas comprenden en concreto, la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 250). UNCITRAL, además de ser la organización que mejor refleja el peso del sector privado en la elaboración de sus instrumentos, tanto de *hard law* como de *soft law*, constituye la principal usina generadora de derecho comercial internacional. Así las cosas, para Perales Viscasillas (2014a), la Comisión "es la institución que puede responder a los problemas jurídicos universales que se plantean en [el] comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Uncitral ha logrado aunar los principios jurídicos provenientes de diversos ordenamientos, mediante equilibrios complejos y delicados; se legitima así su

la CCI, la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, etcétera, con el propósito de reducir obstáculos al libre mercado. Los instrumentos que producen dichas instituciones, suelen ser clasificados dependiendo de su vinculatoriedad, en documentos de *hard law* y de *soft law*. Precisamente, la teoría de la *nueva lex mercatoria*, independientemente de las posturas que alberguen su propulsores, se ha interrelacionado con varios de esos instrumentos, algunos de los cuales, a pesar de carecer de fuerza vinculante, han sido denotados como expresión, concreción o consolidación de la primera (Cfr. *Supra I y II*).

Sin perjuicio de lo anterior, debe ponerse de presente que en el ámbito del derecho comercial internacional, la regulación originada en las organizaciones internacionales públicas, -como la CNUDMI, con la elaboración de tratados, cláusulas modelo, contratos tipo, leyes modelo, etcétera; en un terreno similar, se sitúan los Principios de UNIDROIT que, si bien no constituyen un verdadero código, contribuye a profundizar con amplitud la regulación de esta figura-, o privadas -entre éstas, cabe recordar el trabajo de la CCI³⁴,

posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada, sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales y del arbitraje comercial internacional, como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o la Cámara de Comercio Internacional" (pág. 4). Su metodología, concretada en la existencia de seis grupos de trabajo establecidos por materias, en el marco de los cuales se discuten conjuntamente, los textos jurídicos por delegados de los Estados -cuya procedencia, en la mayoría de los casos, está relacionada con el sector privado- y por representantes de las más variadas entidades que van desde organizaciones internacionales universales y regionales de carácter interestatal o supranacional, hasta instituciones académicas más o menos representativas, pasando por una amplia gama de entidades privadas (cámaras de comercio, cortes de arbitraje, asociaciones de abogados, clubes de árbitros, asociaciones de bancos, etcétera), da cuenta de esa situación. Así como están actores que apoyan el sector privado, entre los observadores estatales suelen aparecer algunas entidades dedicadas a la protección y promoción de determinados intereses generales, v.gr. organizaciones ambientalistas, etcétera (Fernández Arroyo, 2010, págs. 60-62). Así, la Comisión es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que prepara textos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. En el curso de su actividad, los métodos que utiliza la Comisión, operan en, y envuelven, los diferentes niveles de compromiso logrado por los Estados: "Tales metodologías se ubican en tres categorías: 1. Legislativas (Convenciones, leyes modelo y modelos legislativos); 2. Contractuales (formatos contractuales estándar, cláusulas y reglas comunes); y, 3. Notas explicativas y guías legislativas para uso en la práctica legal" (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 251-252).

34. Fundada en 1919, es el ejemplo más expresivo, pudiendo ser considerada como la "organización mundial de la comunidad empresarial", de la sociedad de comerciantes. Rodríguez Fernández (2009) la califica como "la más grande y representativa organización de negocios en el mundo",

así como la autodenominada Comisión para el Derecho Europeo de Contratos-, aunque se relacionan y pueden ser usadas como una forma de su expresión, debe ser distinguida de la nueva lex mercatoria cuya construcción y evolución, continúa lentamente gestándose con el paso del tiempo.

Asimismo, debe ponerse de presente que independientemente de la postura que quiera acogerse respecto a la *nueva lex mercatoria*, ésta teoría se ve favorecida por el proceso de armonización jurídica internacional, y su reconocimiento a nivel estatal, el cual puede operar a escala doctrinal, legislativa, judicial, arbitral y práctica comercial. Lo anterior, pone en evidencia la existencia de normas supranacionales no vinculantes, pero reconocidas u *homologadas* a escala nacional, vivificándose la teoría de la que viene haciéndose referencia.

Como corolario de lo anterior, está que la evolución de la *nueva lex*, así como la del proceso de armonización a través del *soft law*, continúa gestándose constantemente con el tiempo, y mantienen fronteras que, a pesar de sus múltiples porosidades, permite distinguir dichas categorías de conocimiento. La teoría de la *nueva lex mercatoria* no ha generado, a pesar de ser una de las propensiones más influyentes de la escena jurídica mundial, el consenso necesario entorno a lo que abarca su idea; un gran sector de la doctrina viene afianzándose sobre instrumentos fruto del proceso armonizador como concreción, consolidación o expresión de aquella; sin duda, el multifacético proceso de armonización, así como el empleo de sus resultados por múltiples agentes comerciales, nutre el debate en torno a la *nueva lex mercatoria*, así como sobre sus condiciones

debido a que sus miles de compañías miembros, en más de 130 países, tienen intereses que abarcan cada sector de la empresa privada (pág. 256). La CCI ayuda a que la voz de las empresas sea considerada al formular políticas comerciales, tanto a nivel nacional como internacional, por lo que para Fernández Rozas(2009), la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que estos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC(pág. 113). Según la información publicada en su página web, a través del trabajo realizado por sus 12 comisiones, conformadas por ejecutivos y expertos procedentes de empresas, organizaciones empresariales y despachos de abogados –todos socios–, la CCI influye sobre las decisiones y orientaciones de organizaciones intergubernamentales (G20, Naciones Unidas, OMC, OCDE, Organización mundial de Aduanas, Comisión Europea) y gobiernos nacionales en materia de aduanas y facilitación del comercio, arbitraje, banca, derecho y prácticas comerciales, competencia, responsabilidad social corporativa y anticorrupción, economía digital, medioambiente y energía, propiedad intelectual, Marketing y publicidad, fiscalidad, y comercio e inversión (International Chamber of Commerce, s.f.).

de aplicación, delimitación de fuentes, contenido, oportunidades de aplicación, etcétera.

Lo precedente, se ve impulsado por la marcada tendencia de las técnicas del *soft law* en el actual panorama del proceso de armonización, y por la creciente elaboración de normas creadas fuera de la institucionalidad estatal; lo que explica que se hable de la 'privatización' de dicho proceso, así como de la homologación que del *soft law* se hace a escala estatal cuando éste es empleado en distintos ámbitos por disímiles agentes. Todo ello, muestra al respecto el diálogo de fuentes jurídicas que opera en la actualidad, y pone en evidencia la marcada complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales ofrece el proceso de armonización y los instrumentos del *Soft law*.

4 MANIFESTACIONES DE LA NUEVA LEX MERCATORIA, POR HOMOLOGACIÓN DEL SOFT LAW, EN COLOMBIA

El derecho comercial es un derecho de tráfico económico y lo que le ofrece al empresario, y a la vida económica, son los instrumentos para que la comercialización pueda desplegarse; para que pueda llevarse a efecto, evitando en lo posible, el menor número de conflictos entre las personas; disciplinando esa actividad y buscando un equilibrio en todo ese proceso. Ese es el papel del derecho comercial en este espacio, es la finalidad que persigue y es el valor que se realiza (Arrubla Paucar, 2005, pág.60).

Rodríguez Fernández (2009) señala que parte importante de la literatura pone como ejemplo o modelo del "nuevo tipo de derecho" que trae consigo la globalización, la *nueva lex mercatoria*, a la que califica como una suerte de regulación de los actos de comercio internacionales que, se pretende, surge más allá de los Estados y se impone sin recurrir a su coacción. Para el autor,

en el proceso actual de la globalización uno de los ingredientes jurídicos más característicos es precisamente un derecho del comercio internacional cuyos rasgos generales son aproximadamente los mismos de ésta [la *lex mercatoria* de la edad media]: presunta espontaneidad, desarrollo convencional, independencia y superación de las fronteras estatales y establecimiento de una suerte de

agencia de solución de conflictos mediante el arbitraje (pág.99).

Respecto de la *nueva lex mercatoria* y del orden jurídico colombiano, León Robayo (2015) afirma:

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

Estando así las cosas, a pesar de que la *nueva lex mercatoria* está aún en proceso de cimentación –y lo estará por mucho más tiempo–, es considerable el número de quienes abrazan y profesan la misma quimera; aún más, ello ha sido potenciado debido a que se ha tendido a identificar instrumentos de *soft law* que son manifestaciones del proceso armonizador, como expresión, concreción o consolidación de la *nueva lex mercatoria*. Lo anterior, se hace ostensible con el caso de los Principios UNIDROIT (Cfr. Jhonson, M. V. 2015)

En efecto, ha causado sorpresa ver cómo los Principios de UNIDROIT han sido reconocidos como fundamento de múltiples fallos proferidos por cortes nacionales. Tal como lo expone León Robayo (2014), las cortes nacionales los han asumido e interpretado para aprobar no solamente lo decidido en laudos arbitrales extranjeros que las han aplicado, sino que también les han servido como punto de partida para fallar asuntos sometidos a su consideración, como referencia o argumento de autoridad.

Dan cabida a ese tipo de afirmaciones, algunos pronunciamientos judiciales. Sobre este último aspecto, cabe traer a colación la sentencia del

primero de julio de 2008³⁵, en la que la Corte Suprema de Justicia advierte que:

(...) la constante mutación evolutiva del comercio es un axioma y el auge de la empresa, industria, banca, tecnología, comunicaciones, información, trasmisión, intercambio, negociación (*e-business*, *e-commerce*), la ‘deslegislación’ ‘jurificación’, ‘descodificación’, la expedición de regímenes sectoriales, específicos, normas de ocasión o expansión impulsiva legislativa, el rol del régimen político y económico que a más de alimentar la dirección de la economía a escala mundial con la liberación del mercado, propugna la extensión y propagación del humanismo típico (el fenómeno de moda, la ‘mística del mercado’), el derecho del consumo y la protección del consumidor, la responsabilidad del productor, el ejercicio de posición dominante, el control de las desigualdades e inequidades, la internacionalización del derecho mercantil, la ‘*lex mercatoria*’, los principios para los contratos del comercio internacional, los contratos del comercio electrónico, los contratos del derecho contractual europeo y las soluciones del *common law*, comportan la relatividad conceptual y la adaptación de la mercantilidad y del contrato a la dinámica del tráfico jurídico, las más de las veces con pretensiones de especificidad, autonomía y singularidad (CSJ, Sala de Casación Civil, Ref.:Exp.2001-00803-01).

Del mismo modo, en la referida sentencia, la Corte reconoce la tendencia que a escala global se vive respecto a la armonización del Derecho de los Negocios, resaltando dentro de dicho fenómeno a la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM o CISG), los Principios UNIDROIT y la *lex mercatoria*. Al respecto, manifestó que:

La tendencia unificadora universal actual es más precisa, según evidencian el ‘*Contract Code of Mc Gregor, Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission, Londres, 1994*’, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos

35. En su demanda, la actora solicitó declarar la nulidad absoluta de un contrato de hipoteca abierta de primer grado celebrado entre los demandados, dada la constitución de esta por su cónyuge (el señor Rafael Navarro) sin el consentimiento de la señora Matarija (la accionante). Ello en razón de que al momento del otorgamiento de la escritura pública, el notario omitió la indagación de la que trata el artículo 6º de la ley 258 de 1996 respecto de la existencia de matrimonio y la sociedad conyugal (CSJ, Sala de Casación Civil, Ref.:Exp.2001-00803-01).

(*Common European Code of Private Law*, 30 de octubre de 1995 y 24 de marzo de 1997); *The Principles of European Contract Law* (julio de 1998); los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (Roma, 1994) la '*Lex mercatoria*', Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, (UNCITRAL, 11 de abril de 1980) (CSJ), Sala de Casación Civil, Ref.:Exp.2001-00803-01).

Además, la Corte Suprema expresó en sentencia del primero (1º) de agosto de 2011³⁶, que los Principios de UNIDROIT 2010 hacen parte de lo que ella entiende por *lex mercatoria*, cuando pone ese instrumento como ejemplo de ésta última, al afirmar que:

Regulaciones recientes del derecho comercial internacional y nuevas tendencias de la *lex mercatoria* afirman el interés generalizado por reglamentar las condiciones en que las partes pueden acordar el régimen de responsabilidad contractual. Por ejemplo, el artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT, 2010, según el cual, la parte no podrá invocar la cláusula de limitación o exoneración, en caso de incumplimiento de una obligación, o si permite una prestación sustancialmente diferente de aquella que razonablemente debe atender la otra parte, o su ejecución resulta manifiestamente inequitativa" (CSJ), Sala de Casación Civil, Ref.:e xp.11001-3103-026-2000-04366-01).

A continuación, a modo ilustrativo se hará alusión a la homologación que ha operado en Colombia respecto de dos de los 'escenarios de homologación' mencionados en este escrito: el legislativo y el judicial. De inmediato, para evidenciar lo dicho hasta acá, se expondrá un caso paradigmático de cada uno de esos 'escenarios', donde se puede observar cómo se vivifica localmente la *lex mercatoria* a través del uso del *soft law*.

a. En el escenario legislativo

Gaillard(2010) destaca que las leyes modernas sobre arbitraje, en diversos grados, han *rescatado* a los árbitros del *yugo* de las reglas de conflicto, permitiéndoles aplicar al fondo del asunto

36. Se trató de un caso en donde una aseguradora que se subrogó en los derechos de su asegurado respecto de una reclamación por la pérdida de una mercancía que fuera objeto de un contrato de transporte marítimo efectuó el cobro (CSJ), Sala de Casación Civil, Ref.:exp.11001-3103-026-2000-04366-01).

normas de derecho, en lugar de un *derecho*, comprendidas las normas que no han tenido creación en un derecho estatal determinado; a lo que el mismo autor agrega que, en razón a que el derecho doméstico de cierto número de Estados parecía inadecuado para responder a las necesidades del comercio internacional, se desarrolló la idea de que los árbitros deberían decidir el asunto, ya no seleccionando un derecho con la ayuda de una regla de conflicto, sino cuando ello fuere necesario recurriendo, ante estipulación contractual o ante el silencio de las mismas, a normas sustantivas adaptadas a las necesidades del comercio internacional.

Precisamente, el *soft law* encuentra su máximo apoyo en el arbitraje³⁷. Según Kaufmann-Kohler(2010), en el área del procedimiento arbitral, existe un proceso de codificación del *soft law* que combina la *compilación*, de soluciones existentes, con la *innovación*, de soluciones deseables, de la regulación existente. Ese proceso, que se ve favorecido por la globalización y el subsecuente debilitamiento del poder regulatorio estatal, al dejar amplias zonas para el desarrollo de la autonomía de los actores no estatales, es impulsado por la "*comunidad epistémica global del arbitraje*" (pág.127).

Justamente, el proceso de armonización del arbitraje del comercio internacional, está caracterizado por la homologación de normas *blandas*. Prueba de ello, es la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL de 1985; fue creada con la intención de armonizar la regulación del arbitraje del comercio internacional y adaptarla a las necesidades de la práctica arbitral y, su carácter *soft*, facilitó una onda expansiva de reformas legislativas estatales a nivel global debido, tal vez, a que su no recepción podría implicar no ajustarse a estándares internacionales y, consecuentemente, aislar al país del resto de la comunidad internacional de arbitraje, haciendo que los extranjeros no acudan a sus tribunales y obligando a que sus nacionales tengan que acudir a tribunales foráneos; a la vez

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

que permitió a cada país, adecuar el texto a sus necesidades internas: ello ha dado lugar a que se considere, incluso, a esa ley modelo como un uso comercial o parte de la *nueva lex mercatoria*.

La recepción de dicho modelo por los Estados, donde se ha acogido legislativamente como leyes, ha dado lugar a homologación de normas *soft*, y a formas híbridas del derecho³⁸: son normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales.

Así las cosas, Colombia no ha sido ajena a dicho fenómeno: La ley sobre arbitraje comercial adopta parcialmente la ley modelo, en tanto que se propone un régimen arbitral dualista, el cual da un tratamiento dispar al arbitraje comercial nacional, del internacional. En relación con las normas del arbitraje internacional, y siguiendo a una gran mayoría de países a nivel mundial, la ley adopta casi textualmente, con algunas variaciones en la redacción, la Ley Modelo de 1985 junto con sus enmiendas del año 2006.

Así pues, la ley 1563 de 2012, “*por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*” (Diario Oficial: 48.489 de 12 de julio de 2012), igualándose a múltiples leyes de arbitraje y reglamentos de institutos arbitrales en todo el mundo, dispone en su artículo 101 que, en tratándose de arbitraje internacional, “*el tribunal decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes*”, admitiendo así la posibilidad en Colombia, de someter un contrato a un cuerpo de normas no estatales. Ese tipo de leyes, han empoderado a los tribunales arbitrales para aplicar “*rules of law*” que, se considera una expresión apropiada para referirse a las normas transnacionales.

Para Aljure Salame (2009), ese tipo de normas reconoce a la *nueva lex mercatoria*. A pesar del autor, ése tipo de normas no *reconoce* a la *nueva*

lex mercatoria, pero si abre espacios para que ello ocurra. Sobre el particular, refiriéndose a la teoría de la *nueva lex mercatoria*, el autor anota:

En el plano interno es reconocida en especial por el derecho francés en el artículo 1496 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, que utiliza la expresión ‘*regles de droit*’ y no ley interna que impediría la aplicación de la *lex mercatoria*. Lo mismo sucede con el artículo 1054 del Código de Procedimiento Civil Holandés. En el ámbito internacional la reconoce el artículo 28, la ley tipo de arbitraje CNUDMI (...) (pág.367)³⁹.

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

Así, mediante el artículo 101 de la ley colombiana, se acoge la fórmula del reconocimiento del derecho transnacional del artículo 28 de la ley modelo, haciendo que la homologación del *soft law* no solamente opere a nivel legislativo con la adopción de dicha norma,

38. Otro ejemplo de ese tipo de hibridación se encuentra en la “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York 11 10 de junio de 1958” por medio de la cual UNCITRAL, a través de un mecanismo de *soft law*, esto es la recomendación, busca unificar, a través de su fuerza persuasiva, una interpretación más amplia de disposiciones de *hard law* (la Convención de Nueva York -1958-).

39. Posición compartida por De Ly(1992), quien afirma que el artículo 1496 y el 1054 de la norma francesa y holandesa referidas, respectivamente, tuvieron una fuerte influencia por defensores de la teoría de la *lex mercatoria*. Asimismo, agrega el autor que recientemente sentencias de cortes nacionales y laudos de tribunales arbitrales, han venido haciendo referencia a algunas reglas de la *lex mercatoria* (págs. 248-257)

sino también, que se auspicie y favorezca su empleo a escala de solución de controversias mercantiles, vía arbitraje comercial internacional.

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

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

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

b. En el escenario Judicial

En este escenario, el *soft law* tiene la potencialidad de servir para justificar la argumentación de una decisión, dependiendo claro está, del tipo de problema legal. Con mayor razón, si han tenido dicho uso por las altas Cortes de un Estado: en Colombia, como ya se enunció, la Corte Constitucional reconoció la existencia del ordenamiento jurídico internacional, y en ese contexto se ha referido a la CNUCCIM y a los Principios UNIDROIT como *referentes normativos*.

En esta instancia, cabe destacar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 2012, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas⁴⁰. Esa sentencia, "*constituye el más importante aporte que hasta la fecha ha hecho nuestra jurisprudencia sobre esta materia*" (Zapata de Arbeláez, 2012, pág.21). Para León Robayo (2015), ese fallo abre la puerta para que las partes de un contrato celebrado en Colombia, aún sin necesidad de contar con ningún tipo de elemento internacional, lo sometan a la ley que ellas precisen, dentro de la cual se encuentra la *lex mercatoria* y, en ella, disposiciones como los Principios de UNIDROIT. Ello, claro está, salvaguardando el orden público jurídico y, en general, todas las normas imperativas aplicables en el ordenamiento. Así mismo, anota el autor que,

(...) el fallo tiene una dimensión hasta hace tiempo completamente insospechada. La posibilidad de aplicar instrumentos de *soft law* hace que Colombia se integre jurídicamente con la *societas mercatorum* global, con lo cual los operadores del mercado en todas sus perspectivas podrán acercarse cada vez más a la anhelada seguridad jurídica, según lo señala Rodríguez Fernández. Esta, a juicio del doctrinante 'se obtiene a través de la incorporación y aplicación de estos valiosos instrumentos. Su aplicación nos permitirá cerrar la brecha de desigualdad que se origina en contexto de la globalización por la ya creciente tendencia a la utilización de figuras, conceptos e instrumentos propios de otros sistemas jurídicos (del *commonlaw*, por ejemplo)'... (...) ... esta jurisprudencia se convierte en un punto de partida para la modernización de la regulación de los contratos en Colombia, fundamentada principalmente en los principios del derecho romano y el Código Civil Francés, pero que en ciertos aspectos va en contravía de la realidad actual del comercio, caracterizada por la globalización y armonización de los sistemas legales actuales, y con lo cual se facilita el intercambio entre sujetos ubicados en todas partes del mundo..." (pág.277).

La Corte, en la aludida sentencia, hizo mención especial a la *lex mercatoria* como fenómeno enmarcado en la economía de mercado, -de la

⁴⁰ En dicha sentencia la Corte analiza la "teoría de la imprevisión", a la que da alcance de principio general del Derecho; destacando que dicha teoría es inaplicable a las situaciones creadas con la caída del sistema UPAC, por no existir la totalidad de elementos que estructuran la aplicabilidad de dicha institución (CSJ, Sala de Casación Civil, Ref.:Exp.11001-3103-040-2006-00537-01).

que a su vez afirmó que tiene por característica el desenvolverse más allá de los esquemas normativos tradicionales y encontrarse en proceso mundial de armonización unificación o uniformidad de las reglas aplicables⁴¹, y a un –presunto– interés de los Estados por la armonía y uniformidad del derecho en atención a la globalización de la economía y del mercado; al afirmar:

La *lex mercatoria*, útil para apreciar la orientación moderna, refleja los usos, prácticas o costumbres, los principios generales del derecho, la experiencia del foro en las relaciones jurídicas contractuales u obligatorias internacionales, y el interés de los Estados en la armonía y uniformidad del derecho en atención a la globalización de la economía y el mercado, a través de organismos internacionales, públicos o privados, como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Seguidamente, dicha Corporación pasa a hablar de tres de los instrumentos de derecho uniforme más significativos, esto es la CNUCCIM, los Principios de UNIDROIT y los PECL, recurriendo en primera instancia al único instrumento de Derecho Uniforme que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano –la CNUCCIM fue incorporada al derecho interno por la ley 518 de 1999– para servir en la interpretación que en la sentencia realiza, cuando en la misma manifestó que:

La Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG*), incorporada al derecho interno por Ley 518 de 1999 (D.O. 43.656, agosto 5 de 1999, exequible según sentencia C-529 de 2001, promulgada por Decreto 2826 de 2001), si bien carece de previsión, en el artículo 79 prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación, probando

41. Cuando en la sentencia expresó: “(...) en el contexto actual de la *lex mercatoria* inserta en la economía de mercado caracterizada por la producción, distribución, circulación y el consumo masivo, la globalización, expansión e integración mundial, avances del desarrollo científico, técnico y tecnológico, aprovechamiento de la cibernética, electrónica, informática, telecomunicación digital o satelital, la competencia y negociación a gran escala, expedita, sin barreras geográficas ni temporales, más allá de los esquemas normativos tradicionales, en progresiva propensión mundial a la armonía, unificación o uniformidad de las reglas aplicables”.

“que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”, y en cualquier caso, la *lex mercatoria* propugna por las cláusulas (*hardship*) o la revisión del contrato.

Inmediatamente después, la Corte pasa a hablar de los Principios de UNIDROIT. Sobre los mismos, la Corte asumió que éstos:

Simbolizan el significativo esfuerzo de las Naciones por armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas. Afirmación que genera ambigüedades por su relatividad, pero resulta práctica y beneficiosa por sus consecuencias; si bien, desconoce el rol principal que jugaron en su elaboración los agentes privados del comercio internacional, y juegan en su constante revisión, haciendo la preocupación propia de las naciones, escasa en nuestro entorno, que en realidad atañe más a quienes se ven involucrados de forma directa en dicho tipo de transacciones i.e. los comerciantes, justifica su utilización y deja sin peso algunas posiciones que se oponen a su uso con argumentos propios de discusiones bizantinas, atinentes a su no reconocimiento en razón a ser normas que responden a los intereses de los comerciantes, siendo éstas elaboradas por y para éstos. Olvidan dichos críticos, que el Estado las reconoce y otorga validez a través de diversos tipos de manifestaciones, siendo uno de los más preponderantes este tipo de fallos.

Demuestran el fenómeno que se está dando en el mundo de las relaciones jurídicas contractuales contemporáneas: “Aproximación a un uniforme entendimiento”.

Hacen que se superen las incertidumbres en torno al contrato, y las incertidumbres en torno a los “conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencias ambigüedades u oscuridades”, en palabras de la Corte, de las normas locales⁴².

42. “Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -Principles of International Commercial Contracts (PICC)- de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la “excesiva onerosidad” (*hardship*) y la adaptación. Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo

Luego, haciendo que se pueda superar la discusión doctrinal entorno al alcance del artículo 869 del C.Com⁴³, la Corte entró a aclarar que las partes de un contrato internacional pueden someterlo a las leyes que ellas acuerden, dejando a salvo, claro está, las leyes imperativas, al indicar:

Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos (CSJ, Sala de Casación Civil, Ref.:E xp.11001-3103-040-2006-00537-01).

Desde vieja data, se ha reconocido que las normas se dictan a la vista de los comportamientos más frecuentes y ordinarios; por ello, se hace necesario que el ordenamiento jurídico, deba servirse de herramientas que cuando en la práctica, como sucede a menudo, se dan notas atípicas, cumplan con la tarea de adaptar el tenor de las normas a la realidad imperante. Por ello, si bien el texto anteriormente analizado hace parte solamente de un *obiter dicta* de la Corte, no deja de ser necesario resaltar que a vistas de ésta, un juez debe remitirse a las reglas que dispusieron las partes de un contrato mercantil internacional, y dentro de su hermenéutica de la ley o del contrato, remitirse a ellas para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos. Ello hace que, localmente, vía instrumentos de *soft law*, poco a poco se vivifique la *lex mercatoria* en los ámbitos nacionales.

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".

43. No sobra hacer referencia al carácter eminentemente dispositivo que tiene la legislación mercantil, bastándonos en este punto afirmar que el art. 869 no hace parte de las pocas excepciones de normas imperativas contenidas en el C.Com. La legislación mercantil excepcionalmente incluye normas imperativas, pues connatural a su esencia es el carácter supletivo/dispositivo de la casi totalidad del ordenamiento mercantil. "...El carácter dispositivo de gran parte del ordenamiento legal permite concluir que la costumbre y las estipulaciones contractuales son consecuencia de la libertad económica y de la iniciativa privada, garantizadas constitucionalmente, y su exigibilidad judicial se torna imperativa en virtud del interés social de un intercambio económico transparente y fluido y de la racionalización de la economía (CP arts. 333 y 334)"(Corte Constitucional, C-486/93).

CONCLUSIONES

En este documento, se ha expuesto que el contexto de la globalización favorece la autorregulación o creación de normas sin la activa participación de los Estados; así, se muestra cómo éste fenómeno no sólo ha transformado gradualmente las estructuras políticas y económicas, sino que además, genera que se transformen los aparatos de producción normativa. Igualmente, se ha referido que la armonización y la creación del derecho en el plano transnacional del comercio, son la expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales. Se ha sostenido que hoy por hoy, el derecho de los negocios internacionales se configura en un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas, dotado de mecanismos que aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional, adquiriendo un aspecto inacabado y poliforme; en los procesos de normación de este *ordenamiento*, instituciones privadas, que provienen de la *autojuridificación* de fragmentos sociales altamente diversos, asumen un marcado protagonismo. Lo novedoso del actual fenómeno, es la sustracción de la pretensión reguladora de los ordenamientos nacionales y el internacional, y la aspiración a un nivel regulador autónomo.

Por ende, se ha mencionado que el tradicional modelo de creación normativa, caracterizado por la presencia protagónica del Estado, resulta insuficiente para comprender la actual regulación que se da al interior del comercio internacional; esto, puesto que sin prisa avanza en ese ámbito, a través de variados métodos y técnicas, la armonización del derecho. En efecto, se ha puesto de presente que cada vez más, los Estados nacionales pierden importancia en la creación del derecho comercial internacional, ello es potenciado por factores tales como el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, junto a la globalización -incluyendo a 'la globalización del pensamiento jurídico'-, y su correspondiente necesidad por un derecho comercial internacional. Asimismo, se ha resaltado que éste fenómeno pone de presente la complementariedad que a los sistemas jurídicos estatales puede ofrecer el proceso de armonización jurídica del comercio internacional -y a través de él, el *soft law*-, y el diálogo de fuentes que éste ha generado. Justamente, la aplicación voluntaria del *soft law*, es decir, el amplio reconocimiento y uso de las

normas elaboradas por respetadas y prestigiosas organizaciones internacionales, se constituye en la actualidad, en un importante foco de armonización; dicho fenómeno ha sido calificado como la *homologación de normatividad blanda*, la cual es susceptible de darse, a escala estatal, tanto en la órbita judicial, como en el ámbito legislativo y en el de la praxis contractual.

Asimismo, se ha sostenido que los agentes comerciales y las partes contractuales, ante las deficiencias de los regímenes legales estatales existentes respecto de las transacciones del comercio internacional, y con el fin de reducir riesgos e incertidumbre causada por la insuficiencia de mecanismos de determinación del derecho aplicable (sistema conflictual), a menudo animan el desarrollo normativo extra-estatal; que hoy por hoy se da no mediante los tradicionales causes vinculantes como los tratados internacionales, sino a través de instrumentos carentes de vinculatoriedad en cuya elaboración participan múltiples agentes. Precisamente, el carácter vinculante del que carece el *soft law*, propio de tratados o convenciones internacionales, es al mismo tiempo el talón de Aquiles de éstos últimos: su concreción demanda demasiados esfuerzos y los países no están en la obligación de ratificar el instrumento.

También, se ha mencionado que entre las principales manifestaciones del *soft law*, están las condiciones generales de contratación, modelos contractuales y cláusulas tipo, así como recomendaciones, manuales, directrices, términos uniformes, reglas estándar, leyes modelo y guías de distinto alcance, etcétera, no obstante, y sin perjuicio del desarrollo de dichos instrumentos, actualmente la más notable manifestación del *soft law*, y de la privatización de la armonización jurídica, es el progreso de *Restatements internacionales*. Como ejemplo de lo anterior, en este documento se han destacado a los Principios de UNIDROIT, que no sólo se han convertido para mucho en una base consolidada para la formación de una nueva *lex mercatoria*, sino que además, sirven como inspiración para la redacción contractual, como estándares fiables para la regulación de relaciones contractuales a nivel local por los sistemas legales nacionales, o como fundamento de fallos judiciales o arbitrales de índole local o internacional.

Sin embargo, también se destacó que aunque lentamente se asiste a su concreción, y a pesar de ser una de las propensiones más influyentes de la escena jurídica mundial, actualmente no hay nada más incierto que la *nueva lex mercatoria*: no existe si quiera coincidencia, o el consenso necesario, sobre el alcance de la idea de ésta; por ello, se puso de presente que en el ámbito del derecho comercial internacional, la regulación originada en las organizaciones internacionales públicas, o privadas, aunque se relacionan y pueden ser usadas como una forma de su expresión, debe ser distinguida de la *nueva lex mercatoria* cuya construcción y evolución, continúa gestándose con el paso del tiempo. No obstante, igualmente se consideró que un gran sector de la doctrina viene afianzándose sobre instrumentos de naturaleza '*soft*' como concreción, consolidación o expresión de aquella, encontrando respaldo en varias normas adoptadas a nivel estatal y en pronunciamientos jurisdiccionales.

Como consecuencia de ello, se sostuvo que la teoría de la *nueva lex*, así como el proceso de armonización, mantienen fronteras que, a pesar de sus múltiples porosidades, permiten distinguir dichas categorías de conocimiento. No obstante, el *soft law*, y su incidencia en el proceso de armonización jurídica, nutre el debate en torno a la teoría de la *nueva lex mercatoria*. Puestas así las cosas, se reconoció que los Principios de UNIDROIT, siendo la principal expresión del *soft law* y de los *Restatements internacionales* en el ámbito del comercio internacional, tienen un sinnúmero de funciones y ello le permite interactuar con múltiples agentes relacionados a la praxis mercantil, facilitando subsecuentemente diálogos de fuentes que, en últimas, lo que permiten es un manejo adecuado del derecho privado en el actual ambiente generado por la globalización. Lo anterior, en la práctica está haciendo que se facilite y propicie una interacción inesperadamente fuerte en los últimos años, poniendo a dialogar e interrelacionar a diversas fuentes jurídicas con ese tipo de instrumentos, en aras de darle un tratamiento contemporáneo y/o transnacionalizado al derecho privado.

Tanto así, que en Colombia tal ha sido el reconocimiento a éste tipo de instrumentos carentes de vinculatoriedad, que la Corte

Constitucional –intérprete autorizada de la Constitución Política y guardiana de la integridad del texto superior (Art. 241 C.N.)– ha calificado a los Principios UNIDROIT como “*referentes normativos del ordenamiento jurídico internacional*” (Corte Constitucional, C-1008/10). Ahora bien, la convergencia jurídica no solo es causada por los *restatements internacionales*; otras formas de *soft law* también generan dicha consecuencia. Acá, se destacó cómo la recepción de leyes modelo por los Estados, donde se recogen como leyes, ha dado lugar a homologación de normas *soft*, y a formas híbridas del derecho, al ser normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales. A ese respecto, se resaltó como una de sus mayores expresiones, la ley modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985, acogida por el Estado colombiano mediante la Ley 1563 del 2012.

Por lo anterior, deberíamos ser muy conscientes de que el *soft law* tiene operatividad a escala estatal; las funciones de éste, en el marco de las transacciones comerciales internacionales, pueden concebirse principalmente desde dos perspectivas: en relación al legislador estatal, donde persigue un *efecto dinamizador* abriendo áreas de expansión para el derecho, ejemplo de ello son algunas leyes adoptadas en Colombia v.gr. la 1563 de 2012; y, en relación al marco judicial, donde se contempla la posibilidad que tienen los intérpretes para utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones, ejemplo de ello son algunas de las decisiones judiciales adoptadas en Colombia que se valen de dicho tipo de instrumentos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aljure Salame, A. (2009). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), Los Contratos en el Derecho Privado (pp. 351-370). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Arrubla Paucar, J. A. (2005, Octubre). Contrato de Distribución. Revista Foro del Jurista (26), 59-75.
- Berger, K.P. (2010). The creeping codification of the new lex mercatoria. 2a edition. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International & Center for Transnational Law (CENTRAL).
- Bonilla Aldana, J. (2013, Julio/Diciembre). La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación. Revist@ E-Mercatoria, 12 (2), 80-139.
- Cataño Berrío, S. E. (2009). Caracterización del ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales. Estudios de Derecho, 66 (148), 145-164.
- Cataño Berrio, S. E. (2010). La autonomía privada en la transnacionalización de capitales. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Chamorro-Courtland (2011). Central Counterparties (CCP) and the New Transnational Lex Mercatoria. Florida State University Law Review, 57, 116. Pp. 57-116
- Cordero Moss, G. (2010). El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?(pp. 29-50). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Corte Constitucional, Sala Plena (28 de Octubre de 1993) Sentencia C-486/93 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Plena (10 de febrero de 1994) Sentencia C-048/94 [M.P. Fabio Moron Diaz].
- Corte Constitucional, Sala Plena (23 de Julio de 1997) Sentencia C-347/97 [M.P. Jorge Arango Mejía].
- Corte Constitucional, Sala Plena (9 de Diciembre de 2010) Sentencia C-1008/10 [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Julio de 2008) Ref.:Exp.2001-00803-01 [M.P. William Namén Vargas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010) Ref:Exp.05001-3103-010-2000-00012-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1 de Agosto de 2011) Ref.:Exp.11001-3103-026-2000-04366-01 [M.P. William Namén Vargas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de Febrero de 2012) Ref.:Exp.11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas].
- Cortés Cabrera, B. A. (2014). El soft law y su aplicación en el derecho comercial internacional. Revista Tribuna Internacional, 3 (6), 55-69.
- Cuniberti, G. (2014) Three Theories of Lex Mercatoria, 52 Columbia Journal of Transnational Law 369, 434. Recuperado de: <http://jtl.columbia.edu/three-theories-of-lex-mercatoria/>
- De Carolis, D. (2010). Some Features of the Harmonisation of International Trade Law in the Third Millennium. Uniform Law Review, 15, 37-72.
- Del Duca, L. (2007). Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence. Texas International Law Journal, 42(3), 625-660.

- Del Duca, L. (2012). Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence-First Decade Update. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 107-150). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- De Ly, F. (1992). *International business law and lex mercatoria*. Amsterdam, North Holland: T.M.C. ASSER INSTITUUT – The Hague
- De Ly, F. (2012). De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (Lex Mercatoria). En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 151-160). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Edlund, H. H. (2012). The Concept of Unification and Harmonization. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 7 -18). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Escuti, I. (2011). Problemas que plantea la circulación de modelos contractuales. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado*. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011 (pp. 253-264). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Esplugues Mota, C. (2011). Estructura institucional del comercio internacional. En C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno, R. Espinosa Calabuig, E. Fernández Masiá & F. Garín Alemany, *Derecho del Comercio Internacional* (pp. 43-56). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Fernández Rozas, J. C. (2000). El Derecho del Comercio internacional en el contorno de la globalización. *Escriba: Revista del Colegio de Notarios del Estado de México* (5), 161-230.
- Fernández Rozas, J. C. (2009). Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales. En *Derecho de la regulación Económica*, vol. VIII, Comercio Ext. Madrid, Iustel, pp. 83-137.
- Fernández Rozas, J. C. (2013a). Arbitraje Comercial Internacional. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 639-737). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013b). Derecho de los negocios internacionales. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 27-77). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013c). Un nuevo mundo jurídico: La lex mercatoria en América Latina. En J. A. Silva, *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional* (2ª ed., pp. 95-155). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fernández Rozas, J. C. & Arenas García, R. (2013). Compraventa y transporte internacional de mercaderías. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García, & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 359-446). Madrid, España: Iustel.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Trad. de Alberto Supelano. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fogt, M. M. (2012) *Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law: The 'Ugly Duckling'?* En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 57-103). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Gaillard, E. (2010). *Teoría Jurídica del arbitraje internacional*. Asunción, Paraguay: La Ley S.A. & Centreo de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

- Grande, S. (2008). La lex Mercatoria en los Laudos de la Cámara de Comercio Internacional. *Dikaion*, 17, 199-244.
- Goode, R. (2010). Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 75-106). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Goode, R., Kronke, H., & McKendrick, E. (2015). *Transnational commercial law* (2a ed.). New York, United States of America: Oxford University Press.
- Gopalan, S. (2004). New Trends in the Making of International Commercial Law. *Journal of Law and Commerce*, 23, 117-142.
- Gutiérrez De Larrauri, N. (2010, Julio/Diciembre). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado* (44), 2-40.
- Jhonson, M. V. (2015). Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*, 21, pp. 151-166
- Kadens, E. (2012). The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*, 90, 1153-1206.
- Kaufmann-Kohler, G. (2010). La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 107-127). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Kuznetsova, N. (2012). Problems of the harmonization and unification of contemporary private law. *Law of Ukraine*, 233-245.
- León Robayo, É. I. (2014). Los principios de Unidroit como recurso de interpretación contractual en el derecho colombiano. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- León Robayo, É. I. (2015). Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- López Rodríguez, A. (2006). Las compilaciones orgánicas de principios generales del derecho de los contratos y su naturaleza jurídica. En A. L. Calvo Caravaca & J. Oviedo Albán, *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales* (pp. 119-142). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- López Villegas, E. (2011). El paradigma de la argumentación de lo razonable. En *Derecho y argumentación* (pp. 73-168). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Magnus, U. (2012). Harmonization and Unification of Law by the Means of General Principles. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 161-174). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Michaels, R. (2011). Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship. *Texas International Law Journal*, 90, 259-268.
- Mantilla Blanco, S. (2013). *¿Derecho a la Carta? Las cláusulas de ley aplicables y tres mitos de la cultura jurídica colombiana*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Monéger, J. (2011). De quelques problèmes posés par la circulation des modèles contractuels. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado*. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011 (pp. 209-227). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación

- Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Moreno Rodríguez, J. A. (2013). Derecho aplicable y arbitraje internacional. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Centro de estudios de Derecho, Economía y Política -CEDEP.
 - Munar Cadena, P. O. (2015, Julio) Internacionalidad del arbitraje en la Ley 1563 de 2012. Recuperado de: <http://www.vsmlegal.com/notasdesdeescriptorio/internacionalidad-del-arbitraje-en-la-ley-1563-de-2012/>.
 - Operti Badán, D., & Fresnedo De Aguirre, C. (2010). El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay - Una primera aproximación. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? (pp. 385-411). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
 - Oviedo Albán, J. (2006). Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como Lex Mercatoria. En A. L. Calvo Caravaca & J. Oviedo Albán, Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales. Tomo II (pp. 22-53). Bogotá D.C., Colombia: Ibáñez.
 - Oviedo Albán, J. (2013, Abril/Junio). Las reglas de conflicto y la armonización del derecho de los contratos internacionales. Revista foro derecho mercantil (39), 43-69.
 - Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C. (2014) Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes. Cuadernos de Derecho Transnacional 6 (1), 253-268.
 - Perales Viscasillas, P. (2014a). Derecho uniforme del comercio internacional y tratados de libre comercio en América. En Derecho Comercial Internacional (pp. 3-20). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
 - Perales Viscasillas, P. (2014b). Los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. En Derecho Comercial Internacional (pp. 319-343). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
 - Perales Viscasillas, P. (2014c). La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit y los principios del derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de Lagunas. En Derecho Comercial Internacional (pp. 21-48). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
 - Petsche, M. (2010). International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory. Michigan State Journal of International Law, 18(3), 454-493.
 - Piketty, T. (2014). El capital en el siglo XXI. Trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard & Guillermina Cuevas. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.
 - Pulido Riveros, J. C. (2016). La armonización jurídica del comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en Colombia (Tesis de Maestría). Bogotá D.C., Colombia: Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/56074/>
 - Rodríguez Fernández, M. (2009). Introducción al Derecho Comercial Internacional. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
 - Rodríguez Mejía, M. (2012, Julio/Diciembre). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. Revista de derecho privado, 23, 379-417.
 - Samtleben, J. (2010). Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex

mercatoria en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 413-426). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

- Silva Romero, E. (2002, Enero/Junio). Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. *Revista de derecho privado*(28), 3-43.
- Tobar Torres, J. A. (2009). La aplicabilidad de los principios sobre los contratos comerciales de Unidroit en el marco del arbitramento internacional (Tesis de maestría). Bogotá D.C., Colombia: Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- Tobar Torres, J. A. (2012, Mayo/Agosto). La nueva Lex Mercatoria o de cuando la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la Nueva Lex Mercatoria en el Comercio Internacional. *Pensamiento Jurídico* (34), pp. 239-274.
- Tomás Martínez, G. (2013). Harmonisation of european contract law: slowly but surely? *Challenges of the Knowledge Society*, 1 (20), 397-404.
- Unidroit. (s.f.). Acerca de nosotros. Recuperado de: <http://www.unidroit.org/fr/presentation/presentation>
- Vigotti, F. (2005). Contratos internacionales: aspectos teóricos y prácticos. En A. Zapata de Arbeláez, *Derecho Internacional de los Negocios*. Tomo II (pp. 49-70). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zapata de Arbeláez, A. (2012, 26 de Noviembre). Los instrumentos del Derecho Internacional como puntales para interpretar normas internas. *Ámbito Jurídico*, pp. 21.