

La unificación del derecho privado frente a la globalización

The unification of private law in the face of globalization

ROSALIN DE CASTRO CERVANTES

Abogada, especialista en Derecho Comercial. Directora de la firma Blanco De Castro Abogados
e-mail: rdecastro@blancodecastro.com

Recibido: Julio 30 de 2009

Aceptado: Septiembre 15 de 2009

RESUMEN

En el presente artículo de reflexión se pretende analizar el tema de la unificación del derecho privado frente a la globalización, admitiendo que es un tema bastante complejo. A través del tiempo las negociaciones comerciales siempre se han inclinado por tener un escenario internacional, que desde un primer momento planteó la necesidad de una regulación y una jurisdicción especializada en este terreno por tal motivo, su primera regulación fue la Lex Mercatoria, la cual traspasaba las fronteras de los países. Hoy día producto de la globalización de los últimos años, han aparecido unos organismos jurídicos comunes para diversos Estados, así como también, autoridades supranacionales generalmente de tipo jurisdiccional, cuya función ha sido la de aplicar una norma común en caso de que se presente alguna controversia. Este nuevo fenómeno mundial llamado globalización, ha conllevado la eliminación de barreras de índole geográfica, arancelarias, económicas, etc., produciendo un país más competitivo y con un mercado único. En aras de armonizar estos nuevos cambios se hace necesario unificar el derecho privado, de tal manera que ayude a reglamentar las negociaciones internacionales que se desarrollan entre los Estados contratantes.

Palabras Clave: Comercio Internacional, Derecho Internacional Privado, Globalización, Lex Mercatoria, Unidroit, Uncitral.

ABSTRACT

This article aims to analyze the unification of private law in the face of globalization, acknowledging that this issue is a rather complex topic. Over time, trade negotiations have always been inclined to have an international stage, which initially arose from the need for a regulation and a specialized court in this area. For that reason, their first regulation was the Lex Mercatoria, which pierced borders of countries. Today, because of globalization in recent years, there have been common legal entities for various States and also, usually of a supranational authority or tribunal, whose role has been to apply a common standard law if a dispute is submitted. This new global phenomenon called globalization, has led to remove geographical barriers, tariffs, economic restrictions, and so on, producing a more competitive country with a single market. In order to harmonize these new changes it is necessary to unify private law in such way that helps to regulate the international negotiations taking place between the Contracting States.

Key words: International Trade CCI Deprive Your International Law Globalization Lex Mercatoria, Unidroit, Uncitral.

Antes de abordar el tema de la unificación del derecho privado se hace necesario hacer referencia de manera sucinta algunos antecedentes del derecho comercial, subrayando los aspectos más relevantes. El derecho comercial nace de dos hechos, a saber: la búsqueda de agilidad en el tráfico mercantil y la necesidad de una jurisdicción especializada.¹

En la edad media surgieron ciudades como centros de consumo originando nuevas clases sociales que posteriormente se agruparon en gremios con especiales necesidades, tales como el cambio de moneda, el acceso a créditos, depósito de dineros, entre otras, fomentando la adopción de usos y costumbres, impulsando así el tráfico mercantil. Siendo así las cosas, los diferentes gremios crearon e interpretaron su propio derecho exclusivo a quienes pertenecían a ellos.

Con el transcurrir del tiempo, los gremios se encargaron de compilar las diversas jurisprudencias que reposaban en los tribunales, dando nacimiento a un estatuto integral de instituciones jurídicas mercantiles. Con esta regulación comercial unificada por los gremios, se reflejó una transformación notable en el desarrollo de las normas comerciales.

Posteriormente, la expedición de las ordenanzas de Luis XIV en 1673 trajo consigo una influencia al Estado con su pensamiento mercantilista, basado en la balanza comercial y la intervención del Estado en la economía, unificando así el derecho mercantil francés. No obstante, la influencia de la revolución francesa, se manifestó en el derecho privado con la expedición del Código Civil francés.

Es así como nace la necesidad de regular el derecho en el contexto internacional, ya que el comercio marítimo y fluvial fue uno de los primeros en traspasar las fronteras, trayendo consigo la necesidad de generar derechos y obligaciones con las diferentes partes que acordaban un negocio o acuerdo.

Producto de la globalización de los últimos años, han aparecido unos organismos jurídicos comunes para diversos Estados, así como también, autoridades supranacionales generalmente de tipo jurisdiccional, cuya función ha sido la de aplicar una norma común en caso de que se presente alguna controversia. Se puede citar por ejemplo, la formación de un Derecho Europeo, creado a partir de diversas convenciones y en los que, gracias a los compromisos y acuerdos multilaterales, se han formado ordenamientos

jurídicos tales como el *derecho de las Comunidades Europeas* y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Otro caso de unificación fue la aplicación de la Nueva Constitución de la Europa Comunitaria, jugando un papel importante en la unificación del derecho comunitario.

Igualmente, las naciones americanas han sido parte de este cambio mundial y hoy se puede observar una cantidad importante de tratados en los que la constante ha sido la integración económica y normativa. *Verbi gratia* el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Nafta, por sus siglas en inglés), o el Mercosur, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en cuanto a tratados comerciales. Pero también se puede hacer mención de otro tipo de ordenamientos como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, etc.

Colombia nunca ha sido ajena a la adopción de normas extranjeras; tan es así, que junto con el resto de países latinoamericanos comparten las mismas bases de la tradición francesa, y más recientemente recibe la influencia de las legislaciones anglosajonas. No obstante, las tendencias más recientes se han inclinado a uniformar leyes y modelos normativos multilaterales, tal como es el caso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi o también conocida como Uncitral) y los diversos Tratados Internacionales de Comercio .

En las últimas décadas, estos organismos internacionales han concentrado sus esfuerzos a consolidar las normas del tráfico mercantil internacional, entre otras reglas y costumbres internacionales, permitiendo de este modo el nacimiento legal de la unificación del derecho privado. Es por ello, que es importante adentrarse a hacer un resumen sucinto sobre la consolidación de este derecho en el ámbito internacional:

Unidroit: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es un organismo intergubernamental, creado en el año 1926 en el marco de la Sociedad de las Naciones y restablecido en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral llamado.

En la actualidad hace parte del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado 63 países miembros, los cuales representan una pluralidad de costumbres y sistemas económicos, políticos y jurídicos. Esta pluralidad es la que motiva a los Estados a encontrar una reglamentación única para el derecho privado que sea coadyuvante en el tráfico mercantil internacional, así como de

¹ ALDANA GANTIVA, Carlos Andrés. La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado. Reflexiones desde una Colombia globalizada. Revista de derecho privado. Vol. XXXVIII, Junio, 2007, p.5.

consolidar reglas unificadas sobre las cuales deba resolverse una controversia sobre materia contractual. Los países miembros son: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Egipto, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Santa Sede, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Países Bajos, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Federación Rusa, San Marino, Arabia Saudita, Eslovaquia, Eslovenia, República de Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Tunicia, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos de América, Uruguay, Venezuela.

De acuerdo con el Estatuto Orgánico de Unidroit, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 32 del 30 de diciembre de 1992, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, tiene por objeto, según el artículo primero que reza:

“... estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de derecho privado uniforme. A tal fin, el Instituto:²

- a) *Prepara proyectos de leyes o convenciones con miras a establecer un derecho interno uniforme;*
- b) *Prepara proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales en materia de derecho privado;*
- c) *Emprende estudios de derecho comparado en materia de derecho privado;*
- d) *Se interesa por las iniciativas ya tomadas por otras instituciones en todos esos campos con las cuales puede, en caso necesario, mantenerse en contacto.*
- e) *Organiza conferencias y publica los estudios que juzga dignos de amplia difusión.*

En aras de obtener múltiples beneficios los Estados miembros han acordado la modificación de su ley interna, para conseguir nuevas soluciones internacionales; bajo el entendido de no afectar cualquiera de los principios rectores de todo acuerdo o tratado internacional y la soberanía de las naciones.

En este sentido resulta oportuno destacar cuales han sido los principales instrumentos armonizadores por la *Unidroit*, quienes representan verdaderos procesos unificadores del derecho privado:

Convención de la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías. (La Haya).

Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa).

Convención al Factoraje Internacional (Ottawa).

Convención de los Objetos Culturales Robados o Ilegalmente Exportados (Roma).

De la misma manera, vale resaltar que la Unidroit ha sido desde su comienzo una herramienta esencial para la unificación del derecho privado. La globalización ha llevado a abrir nuevos escenarios en las relaciones jurídicas, sobre todo en el ámbito internacional, impulsando de esta forma a una armonización jurídica de carácter universal destinada a dirimir las relaciones contractuales entre las personas naturales y jurídicas de distintos países; de ahí la importancia que reviste la labor de este organismo internacional.

La Cámara Comercio Internacional: La Cámara de Comercio Internacional, es una organización empresarial mundial, creada en 1919 con el objetivo de defender la globalización de la economía, la creación del trabajo, la prosperidad y la consolidación de las economías nacionales.

Dentro de las funciones principales que tiene la CCI encontramos:

Promueve el crecimiento y la prosperidad por medio de sugerencias a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Promueve alianzas empresariales con las Naciones Unidas y sus agencias.

Fijar las reglas en materia de los Incoterms (Internacional Commercial Terms), que son los términos de las reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales fijados por las partes contratantes.

Autoregula el comercio electrónico.

Defender al empresariado internacional mediante la creación de reglas para acuerdos internacionales y estándares adoptados voluntariamente por las compañías.³

² www.unidroit.org.

³ www.iccwbo.org.

Vale decir, que la Cámara de Comercio Internacional posee un tribunal de arbitraje internacional en donde se expiden laudos arbitrales, que luego son recopilados para ser utilizados como fundamento legal en los contratos de compraventa internacional.

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o también conocida por sus siglas en inglés **Uncitral** fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, por medio de la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966.

La Asamblea General de las Naciones Unidas observó un gran número de diferencias que existían con las leyes nacionales que regían el comercio internacional y consideró que mediante la creación de un órgano jurídico internacional, las Naciones Unidas podría jugar un papel importante en la reducción o eliminación de los obstáculos en el derecho mercantil internacional.

La Asamblea General delegó a la Comisión de las Naciones Unidas el mandato de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional; tal como lo reza textualmente de la siguiente manera:

La Cnudmi da cumplimiento a su mandato mediante⁴:

- a) La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas.*
- b) El fomento de una participación más amplia en los convenios y las convenciones internacionales existentes y de una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas.*
- c) La preparación o el fomento de la aprobación de nuevos convenios y convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y de una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, colaborando, en su caso, con las organizaciones que actúen en esta esfera.*
- d) El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de los convenios y las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional.*
- e) La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, in-*

cluida la jurisprudencia, en el ámbito del derecho mercantil internacional.

- f) El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.*
- g) El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional.*
- h) La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerarse útil para desempeñar sus funciones.”*

Los puntos en que ha trabajado la Cnudmi y ha hecho unos aportes valiosos en materia de derecho comercial internacional son:

Arbitraje y conciliación comercial internacional.

Compra y venta internacional de mercaderías.

Garantías reales.

Insolvencia.

Pagos internacionales.

Transporte internacional de mercaderías.

Comercio electrónico.

Contratación pública y desarrollo de la infraestructura.

Actualmente los países miembros que hacen parte de la Cnudmi son: Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Belarús, Bélgica, Benin, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Canadá, Colombia, Congo, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Ghana, Grecia, Guatemala, Guyana, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Israel, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Jordania, Kenya, Lesotho, Líbano, Lituania, Madagascar, México, Mongolia, Marruecos, Nepal, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Paraguay, Perú, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República Democrática Alemana, República Unida de Tanzania, Rumania, Ruanda, Senegal, Serbia y Montenegro, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Sudán, Suiza, Tailandia, Togo, Trinidad y Toba-

⁴ Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, Sección II.

go, Túnez, Turquía, Uganda, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia, Zaire, Zimbabwe.⁵

Unificación vs globalización

La unificación del derecho privado es un tema bastante complejo, puesto que se está al frente de normas internas de cada Estado lo cual cada país pretende implementar sus propias leyes. El jurista y profesor italiano Cesar Vivante, fue uno de los primeros que apoyo la unificación del derecho, alegando que esta idea ayudaría a superar la dicotomía entre el derecho civil y comercial, plasmando en sus escritos que *“las tendencias de este derecho van hacia la uniformidad especialmente cosmopolita, hacia una reglamentación común de las relaciones terrestres y aéreas”*⁶, no obstante, con el transcurrir del tiempo Cesar Vivante se retractaría de su posición.

Años más tarde se encontraría que algunos países optaron por la unificación del derecho privado, como es el caso del Código Civil Italiano en 1942, el Código Suizo de las Obligaciones en 1881, una unificación parcial como en el caso del Código de Perú en 1984.

El proceso de armonización y unificación del derecho privado en el escenario internacional surgió a partir de la conformación de la denominada *lex mercatoria*.⁷

Colombia no ha sido ajena a la necesidad de armonizar el derecho privado; actualmente algunos doctrinantes son partidarios de unificar el derecho privado en un solo régimen,⁸ toda vez que consideran anacrónica la mencionada división.

Otros juristas se han inclinado por una teoría intermedia: *“unificar lo que sea unificable”*. Con esta teoría se sugiere hacer una relación de la legislación del derecho civil y comercial, para establecer cuáles son los temas que pueden ser armonizados en una sola legislación, vale decir que en los asuntos muy particulares se dejaría en la materia del derecho civil y comercial. Como corolario a lo anterior, la doctrina ha sugerido unificar el derecho privado en el régimen de obligaciones y en los contratos civiles y mercantiles.

En lo que respecta a cuál es la mejor doctrina, si la primera posición o la segunda, lo cierto es que Colombia está enfrentada a una economía globalizada, caracterizada por la destrucción de las barreras nacionales al libre comercio de mercancías, servicios y capitales; el contrato se ha consagrado como la principal herramienta jurídica para la circulación de la riqueza en el ámbito internacional.⁹

La jurisprudencia no ha sido ajena a este tema: al respecto ha dicho que hay que definir y concretar si esta rama del derecho privado definitivamente debe estar separada del derecho civil, y si ello es así, definir de manera precisa cuáles son los elementos esenciales sobre los cuales se edificará.¹⁰

En tratándose de negociación internacional, las partes deben prever en un contrato las diferentes controversias que se deriven de la interpretación o ejecución del mismo, en virtud del principio de autonomía de las partes; es por ello la importancia de que los Estados que han celebrado tratados de libre comercio busquen armonizar y unificar el derecho privado.

Sin embargo, la actividad económica de los Estados va creciendo cada día, mientras que la legislación no se encuentra reglamentada en un sistema único y armónico, convirtiéndose en un obstáculo jurídico y económico; por otro lado, la normatividad se encuentra dispersa en una variedad de leyes, tratados internacionales, legislaciones supranacionales, legislaciones comunitarias, usos y costumbres y principios, *verbi gracia* los principios de Unidroit para la contratación mercantil internacional de mercaderías.

Es de menester anotar, lo importante que es adoptar un sistema adecuado de normas de regulación de los posibles conflictos que se llegaren a suscitar en materia de contratos internacionales en Colombia, así como también cualquier otro que naciera de naturaleza mercantil o civil,

⁵ www.uncitral.org.

⁶ “En 1892, inaugurando mi enseñanza, en la Universidad de Bolonia, he sostenido la oportunidad de reunir el Derecho mercantil con el Derecho civil en un código único. (...) Pero mi frecuente participación en las reformas legislativas y especialmente en la del Código de comercio durante los numerosos años transcurridos desde la iniciativa a que vengo refiriéndome, me convencieron de que la fusión de los dos Códigos en uno habría acarreado un grave perjuicio al Derecho mercantil.” VIVANTE, Cesar. *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana. Volumen primero El Comerciante. Traducido por Cesar Silió Belena. Madrid, Editorial Reus, 1932, pág. 15 y 16.

⁷ Conjunto de usos y costumbres que regían las transacciones de los comerciantes.

⁸ Igualmente MENDOZA RAMIREZ, Álvaro quien expresa: “...Nada se opone a que unas mismas figuras contractuales revistan parcialmente normas y principios autónomos, en la medida en que el objeto mismo de los respectivos actos jurídicos o los mecanismos empleados por ellos así lo justifiquen. Cuando son más los puntos de contacto que las diferencias, se justifica la unificación,....” Campo de aplicación del derecho mercantil. En *Instituciones de Derecho Comercial Colombiano*, cit., pág. 236. En otro escrito hemos tenido igualmente oportunidad de referirnos a este tema. *Vid.*, OVIEDO ALBAN, Jorge. La unificación del derecho privado, en *DISSERTUM* n° 5, revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, Diciembre de 2001, pág. 24 y siguientes.

⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ; Javier “Elección Múltiple y Elección Parcial de la Ley Aplicable al Contrato Internacional”. En *Anales de derecho*. Universidad de Murcia. Número 18. 2000.

¹⁰ OVIEDO ALBAN, Jorge. *Los elementos esenciales del derecho comercial contemporáneo*. En *Universitas* No. 102. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Diciembre de 2001.

tal como el caso de los transporte, seguros, pagos internacionales, etc.; en términos generales, vale la pena recordar, que en Colombia existen pocas reglas de este tipo consagradas en nuestra legislación; y en segundo lugar, hay que entrar a establecer los beneficios que traería la implementación en nuestro ordenamiento de otros criterios más amplios y completos.

No obstante, el derecho mercantil ha asumido un proceso de internacionalización que en cualquier momento va a influir de alguna u otra manera sobre el derecho interno de cada Estado. Este acontecimiento genera una necesidad ineludible de propiciar investigaciones y estudios que permitan contemplar un panorama amplio de las diferentes ramas del derecho que rige las negociaciones comerciales en un mundo globalizado.

En el instante en que el derecho mercantil se reglamentó, así mismo conllevó a armonizar la nacionalización de las normas mercantiles, lo cual posteriormente implicaría al nacimiento del derecho internacional privado. Al principio este derecho comenzó a reglamentar las situaciones internacionales a través de leyes internas, y posteriormente a regular por medio de tratados, costumbres internacionales y la jurisprudencia.

A pesar del desarrollo que ha tenido el derecho internacional privado con su método conflictual, los comercialistas han optado por un método preventivo, consistente en la armonización y unificación de la legislación sustantiva aplicable a las transacciones mercantiles.¹¹

Por otra parte, se puede observar que en el escenario internacional la normatividad mercantil se encuentra esparcida, por tanto, esta dispersidad no contribuye en lo absoluto al desarrollo del tráfico mercantil, por el contrario, lo dificulta.

En consecuencia, se pueden encontrar en el comercio internacional normas, sentencias, laudos e interpretaciones jurídicas diferentes aplicables a un mismo hecho, *verbi gracia* las normas pertenecientes a la capacidad, la validez y formación de los contratos, la ejecución de las obligaciones, los efectos derivados del contrato, etc.

Analizado lo anterior, se observa claramente, que surge la necesidad de que los Estados cuenten con un sistema o reglamento uniforme, donde se pueda aplicar las diferentes negociaciones y transacciones de índole internacional, sin importar la naturaleza y nacionalidad de las personas que

intervinientes en el acto mercantil, así como tampoco la ubicación de los bienes objeto de la negociación. De esta forma, se evitaría las controversias jurídicas derivadas de una negociación mercantil para acordar la ley del contrato aplicable al caso en particular, así como también cuál es el tribunal y la ley aplicable para reglamentar un eventual conflicto jurídico que pueda surgir.

Por otro lado, el derecho mercantil internacional se ha venido fortaleciendo en gran proporción a expensas de la labor legislativa de los Estados, motivo por el cual surgen como fuente principal la costumbre, los usos contractuales, las reglas adoptadas por las entidades gremiales.

Se insiste en que el estudio sistemático del derecho mercantil internacional, debe comprender, entre otros, el estudio de Los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, los Incoterms, y los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional Uncitral, así como del Instituto de Roma, Unidroit, entre otros.

De esta manera se puede concluir que los objetivos que persiguen todos estos instrumentos internacionales que comentamos se refieren a lo mismo: tratar de facilitar las transacciones internacionales, contando con reglas uniformes, que sean a su vez un punto de referencia objetivo para los intervinientes en los negocios.¹²

La tendencia uniformadora por medio de las anteriores fuentes debe ser estudiada también, de manera paralela, con la conformación de un derecho mercantil comunitario, como es el caso del que se está gestando en algunos países europeos, al haber adherido éstos a la Comunidad Económica Europea (C.E.E.). Los Estados miembros tiene el compromiso de adaptar su derecho interno a los postulados fijados en las Directivas del Consejo y la Comisión de la Comunidad Económica Europea.¹³

¹¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. GALLEGU SÁNCHEZ, Esperanza. *Fundamentos de derecho mercantil*. I. 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 85.

¹² Según la introducción a los Incoterms versión 2000, se afirma que "La finalidad de los Incoterms consiste en establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. De ese modo, podrán evitarse las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones de dichos términos en países diferentes o, por lo menos, podrán reducirse en gran medida." Incoterms 2000, Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. CCI. Cámara de Comercio Internacional. Comité español. Barcelona, 1999, pág. 7.

¹³ "Se abre así un constante proceso de adaptación de los ordenamientos internos a la normativa comunitaria que, previsiblemente, conducirá a la creciente uniformidad entre unos y otros ordenamientos estatales en determinados campos del Derecho, y muy especialmente en el sector del Derecho mercantil, que, al ordenar el tráfico comercial, es más sensible que otras disciplinas jurídicas a las exigencias del Mercado Común, objeto fundamental de esa Comunidad." URÍA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*. Vigésimo octava edición, Revisada con la colaboración de Ma. Luisa Aparicio. Marcial Pons, Madrid,

Sin embargo, a pesar de todos los avances que se han logrado en este campo y de los objetivos de los diferentes instrumentos internacionales, su ignorancia en Colombia y en algunos países latinoamericanos es permanente, a pesar del empeño de la doctrina por darlos a conocer.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario que a través de la academia se acuda a la difusión y publicidad del estudio de estos instrumentos internacionales que dan gran aporte al derecho mercantil y la armonización del derecho privado, en procura de un eventual estudio y unificación de los códigos del derecho privado (civil y mercantil) de nuestro país.

Adicionalmente se pueden identificar una serie de dificultades de diverso orden que impiden la estructuración y consolidación del derecho mercantil internacional como categoría sistemática. La doctrina encuentra dificultades de tipo histórico, económico, jurídico y teórico.¹⁴

Se puede concretarlas de la siguiente manera:

Los Estados no son partidarios en muchas ocasiones de “ceder soberanía” a legislaciones foráneas. Esto retrasa en muchas ocasiones la entrada en vigencia de normas convencionales internacionales que dependan para su entrada en vigor, como suele suceder, de la adopción de un número mínimo de países suscriptores o adherentes.

En otras ocasiones suele pasar mucho tiempo entre la adopción de los instrumentos internacionales y su incorporación a los sistemas jurídicos internos, signados en ocasiones por trámites engorrosos.

También puede considerarse que el localismo excesivo y las diferencias entre familias jurídicas entorpece la armonización e interpretación con criterios propios de los instrumentos internacionales, toda vez que los juristas y jueces tienden a aplicar y entender los conceptos contenidos en los mencionados instrumentos con criterios de derecho interno que no atienden a las particularidades de las transacciones internacionales.

Se considera necesario insistir en que el gran reto de la armonización y unificación del derecho privado, puede no consistir en adoptar el mejor sistema para lograr la

mencionada unificación, ni en ponerse de acuerdo en las reglas que conformará la legislación única. De alguna manera estos retos pueden ser superados, y de hecho lo han sido, como es el caso de los mismos principios Unidroit y de la Convención de Viena de 1980 donde ha sido posible llegar a un consenso sobre las referidas normas.

Finalmente, el gran reto de la armonización y unificación se constituye en dar pie para la real y efectiva protección de los consumidores y usuarios, toda vez que estos son protagonistas imprescindibles de las relaciones mercantiles.¹⁵

Esta es una de las grandes falencias de los principios de UNIDROIT y de la Convención de Viena, que expresamente excluyen de su ámbito de aplicación, las relaciones con consumidores.

CONCLUSIONES

Finalmente se puede concluir esta reflexión realizando las siguientes precisiones:

El desarrollo de la tecnología, la necesidad de contratar más allá de las fronteras sin estar físicamente en un lugar determinado, entre otros factores, han llevado a la humanidad a un nuevo fenómeno llamado globalización; por tal motivo, los Estados deben buscar la forma de adecuar no sólo sus legislaciones, sino las diferentes fuentes que informan sus derechos, la creación y adaptación de nuevos y ya existentes criterios que indudablemente ayudarán a suplir tales necesidades jurídicas.

El fenómeno de globalización no puede desvincularse del capitalismo, ya que la misma surge de las necesidades actuales del comercio internacional, que requieren contar con unas herramientas jurídicas lo suficientemente consolidadas y dinámicas, que brinden la firmeza en una negocia-

2001, pág. 10.

¹⁴ Vid., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. *Derecho mercantil internacional*. Segunda edición, Tecnos, 1995, pág. 27. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho*. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales. Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. 1998, pág. 104 y siguientes.

¹⁵ “Por eso, y a pesar de las insistentes referencias que en materia internacional se hacen a la equidad y a la buena fe, hay que insistir en que parece más efectivo asegurar la protección jurídica de los empresarios y de los consumidores de los países débiles en lo que se refiere a sus relaciones contractuales con empresarios de países más poderosos, a través de la inclusión en el derecho nacional respectivo de medidas de obligatoria observancia para cualquier juez, nacional, extranjero o internacional. Y la formulación de tales disposiciones imperativas debe hacerse atendiendo los criterios usuales en la correspondiente materia de acuerdo con la legislación comparada, pues sólo así se evita un exotismo ridículo totalmente inoperante. Hay que reconocer que la heterogeneidad derivada de los derechos nacionales eleva los costos de las transacciones internacionales; pero ella no se opone a la armonización progresiva entre éstos, alternativa más viable que la adopción de leyes uniformes y que la unificación jurídica.” PINZON SANCHEZ, Jorge. *Ibidem*, op. cit., pág. 22.

ción. El concepto de globalización comprende el libre comercio, la inversión extranjera, la tecnología, entre otros.

El estudio del derecho privado, en particular el colombiano, debe hacerse desde una óptica globalizada, con el fin de implementar lineamientos armonizados que posean el carácter de obligatorios para las diversas partes que confluyan en un acto jurídico internacional; lo cual establecería un instrumento trascendental en la solución de conflictos generadas en las relaciones privadas internacionales.

En el escenario mundial existen diversos organismos internacionales, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral o Cnudmi), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otras, que surgieron como una respuesta a la necesidad de brindar un apoyo, con una fuente sistemática para el derecho comercial internacional, cuya principal función es la de constituir reglas uniformes y armonizadoras de derecho privado para los Estados.

Las herramientas utilizadas en el derecho privado en su gran mayoría hacen referencia a un sistema interno diseñado conforme a las necesidades que le son propias a cada Estado, lo que da lugar a que se susciten inconvenientes para regular situaciones controversiales que trasciendan el territorio de cada nación; por tal motivo, la unificación del derecho privado frente a la globalización establece lineamientos que permiten garantizar un marco de seguridad jurídica para los sujetos intervinientes en las transacciones comerciales internacionales, como es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español¹⁶ y los diversos Tratados de Libre Comercio.

En la actualidad, la tendencia mundial de los Estados ha seguido la vía de la armonización y unificación del derecho privado. Por tal motivo, los países desarrollados han

comprendido que limitar su actuar y el de sus asociados a los postulados de determinada teoría, doctrina, jurisprudencia, reglamento, etc. dificulta el proceso de globalización de los pueblos.

La adopción de criterios armonizadores por parte de otras legislaciones, invita a la jurisprudencia y la doctrina colombiana a adoptar un sistema unificador y armonizador en el derecho privado, con el único propósito de regular las relaciones jurídicas contractuales y evitar los conflictos en el escenario comercial.

La internacionalización del derecho privado genera un cambio de paradigma que obliga a dejar de considerar el derecho positivo como un instrumento jurídico perteneciente a un territorio específico, para dar paso a la implementación de unas normas estandarizadas de carácter holístico, cuya aplicación se surte en todos y cada uno de los territorios del mundo.

La armonización es un proceso mediante el cual los obstáculos de una organización jurídica, propenden a desaparecer, incorporando normas al sistema jurídico. De lo antes señalado se desprende el concepto de unificación aunado con la armonización, pudiendo concluir que la unificación es un periodo más desarrollado en donde los sistemas jurídicos se arraigan en una misma disposición legal, mediante un escrito único.

La legislación colombiana en materia de comercio internacional no ha desarrollado doctrinas y jurisprudencias relativas al tema, generando de esta forma una incertidumbre en el sistema jurídico, haciendo evidente igualmente los vacíos de la norma positiva. Este vacío dejado por el legislador hace imperioso que en nuestro ordenamiento jurídico se adopten nuevas herramientas jurídicas tendientes a la unificación del derecho privado frente a los nuevos retos del escenario mundial. Como el nuevo fenómeno llamado globalización; por tal motivo, los Estados deben buscar la forma de adecuar no sólo sus legislaciones, sino las diferentes fuentes que informan sus derechos, la creación y adaptación de nuevos y ya existentes criterios que indudablemente ayudarán a suplir tales necesidades jurídicas.

¹⁶ Ley que entró en vigencia el 1° de enero de 2001, regulando asuntos que eran contemplados en doce leyes distintas, dirimió conflictos del siglo pasado, entre otras ventajas.



Referencias

ALDANA GANTIVA, Carlos Andrés. 2007. *La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado*. Reflexiones desde una Colombia globalizada. Revista de derecho privado. Vol. XXXVIII, Junio.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. 2000. "Elección Múltiple y Elección Parcial de la Ley Aplicable al Contrato Internacional". *En anales de derecho*. Universidad de Murcia. Número 18.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. 2000. *Fundamentos de derecho mercantil I*. 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.

NACIONES UNIDAS. 2007. La guía de Cnudmi. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Viena.

OVIDEO ALBÁN, JORGE. Diciembre de 2001. La unificación del derecho *privado*, en Dissertum No. 5, Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

OVIDEO ALBÁN, JORGE. Diciembre de 2001. *Los elementos esenciales del derecho comercial contemporáneo*. En *Universitas* No. 102. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

RIVERA JULIO, Cesar. Los principios de Unidroit: una alternativa de morigeración de la *lex mercatoria* para latinoamericana. <http://www.ijj.derecho.ucr.ac>. Consultado el día junio 22 de 2009.

SÁNCHEZ CORDERO, Olga. 2001. El futuro del derecho hacia la unificación de las normas procesales como inicio de un salto evolutivo en la justicia. México, disponible en <http://www.scjn.gob.mx>. Consultado el día junio 22 de 2009.

SCOTTI, Luciana. El rol de los organismos internacionales en la armonización del derecho internacional privado. Centro argentino de estudios internacionales, Argentina. <http://www.caei.com.ar>. Consultado el día junio 22 de 2009.

URÍA, Rodrigo. 2001 *Derecho Mercantil*. Vigésimo octava edición, Revisada con la colaboración de Ma. Luisa Aparicio. Marcial Pons, Madrid.

VIVANTE, Cesar. 1932. *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana. Volumen primero El Comerciante. Traducido por Cesar Silió Belena. Madrid, Editorial Reus.

Referencias consultas en la Web

<http://www.unidroit.org>.

<http://www.uncitral.org>.

<http://www.iccwbo.org>.