

ÉDGAR IVÁN
LEÓN ROBAYO

PRINCIPIOS Y FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO	
EL SISTEMA DE CREACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO: FUENTES Y PRINCIPIOS	
Introducción	25
1. El sistema de fuentes del derecho	27
1.1. Concepto y críticas	27
1.2. Origen	30
1.3. Clasificación	31
1.3.1. Fuentes formales	32
1.3.2. Fuentes reales o no formales	35
1.3.3. Fuentes históricas	36
1.3.4. Fuentes materiales	36
1.4. Jerarquización, obligatoriedad y... ¿permanencia o mutabilidad?	36
1.5. El sistema general de fuentes del derecho colombiano	38
2. El sistema de principios	39
2.1. Concepto	39
2.2. ¿Origen o descubrimiento?	40
2.3. Funciones e importancia	42
2.3.1. Creación	43
2.3.2. Interpretación	43
2.3.3. Integración	43
2.4. Los principios frente a las otras fuentes	45
2.4.1. Los principios frente a las reglas	45
2.4.2. Los principios frente a la jurisprudencia	48
2.4.3. Los principios frente a la costumbre	50
2.4.4. Crítica del carácter normativo de los principios	51
3. Las fuentes del derecho comercial colombiano	52
3.1. Las fuentes directas de creación del derecho comercial colombiano, también llamadas formales, reales o materiales	53
3.1.1. La Constitución Política y el bloque de constitucionalidad	53
3.1.1.1. Disposiciones constitucionales que regulan la materia mercantil	57
3.1.1.2. La constitucionalización del derecho privado y, específicamente, del mercantil	58
3.1.1.3. Críticas a la constitucionalización del derecho privado	59
3.1.1.4. El bloque de constitucionalidad	61
3.1.2. La ley comercial, los tratados internacionales en materia comercial ratificados por Colombia y la ' <i>ratio decidendi</i> ' —¿o la ' <i>obiter dicta</i> '?— de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que decide la exequibilidad de la ley comercial	66

3.1.2.1.	La ley en general y la ley mercantil en especial	68
3.1.2.1.1.	Conceptualización de la ley	68
3.1.2.1.2.	La ley comercial colombiana	76
3.1.2.2.	Los tratados internacionales de derecho comercial ratificados por Colombia	83
3.1.2.2.1.	Conceptualización	84
3.1.2.2.2.	La triada constitucional en materia de tratados	85
3.1.2.2.3.	Entrada en vigor y vigencia de los tratados internacionales	86
3.1.2.2.4.	Los tratados internacionales como fuente del derecho comercial colombiano	91
3.1.2.2.5.	Aplicación provisional de tratados de naturaleza económica y comercial	94
3.1.2.3.	Las decisiones de la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad de leyes mercantiles	95
3.1.2.3.1.	Antecedentes del sistema de precedentes	96
3.1.2.3.2.	El precedente y sus características	98
3.1.2.3.3.	Clasificación de los precedentes	102
3.1.2.3.4.	El control del respeto al precedente constitucional	102
3.1.2.3.5.	La doctrina constitucional integradora y la jurisprudencia constitucional interpretativa	103
3.1.2.3.6.	Situaciones especiales en materia de precedentes	104
3.1.2.3.7.	La “fuerza vinculante” de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional y la supremacía de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional	106
3.1.2.3.8.	La “fuerza vinculante” de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia mercantil	108
3.1.2.3.9.	El desconocimiento o pérdida de validez del precedente y la posibilidad del apartamiento judicial	115
3.1.3.	La autonomía de la voluntad	117
3.1.4.	La analogía de la ley mercantil	120
3.1.4.1.	Conceptualización	121
3.1.4.2.	Lugar de la analogía en el sistema de fuentes	123
3.1.4.3.	Clasificación	124
3.1.4.3.1.	Analogía ‘ <i>legis</i> ’	124
3.1.4.3.2.	Analogía ‘ <i>iuris</i> ’	125
3.1.4.4.	La analogía en la ley mercantil	125

3.1.5.	La costumbre	126
3.1.5.1.	Elementos de la costumbre	130
3.1.5.1.1.	Aspecto material u objetivo	130
3.1.5.1.2.	Aspecto subjetivo, psicológico o formal	133
3.1.5.2.	Distinción entre la costumbre y los usos	134
3.1.5.3.	Funciones de la costumbre	137
3.1.5.3.1.	Regla de conducta o “colmar las lagunas de la ley”	137
3.1.5.3.2.	Integración	138
3.1.5.3.3.	Interpretación	139
3.1.5.4.	La costumbre frente a la ley	139
3.1.5.4.1.	La costumbre ‘ <i>secundum legem</i> ’	140
3.1.5.4.2.	La costumbre ‘ <i>praeter legem</i> ’	141
3.1.5.4.3.	La costumbre ‘ <i>contra legem</i> ’	142
3.1.5.5.	Clases de costumbre según su territorialidad y sus formas de prueba	149
3.1.5.5.1.	Costumbre local	151
3.1.5.5.2.	Costumbre nacional	153
3.1.5.5.3.	Costumbre extranjera	155
3.1.6.	La ley civil	156
3.1.6.1.	Normas civiles directamente aplicables a la materia mercantil –por remisión expresa–	159
3.1.6.2.	Aplicación de la ley civil a falta de normas de carácter mercantil –carácter subsidiario–	160
3.1.6.3.	Una categoría intermedia: el artículo 822 del Código de Comercio	161
3.1.7.	Jerarquía de las fuentes formales	162
3.2.	Fuentes indirectas –auxiliares, materiales o subsidiarias–	164
3.2.1.	Fuentes legales	165
3.2.1.1.	Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia	165
3.2.1.2.	La costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3.º del Código de Comercio	166
3.2.1.3.	Los principios generales del derecho comercial	168
3.2.2.	Fuentes extralegales	171
3.2.2.1.	La jurisprudencia	171
3.2.2.2.	Los laudos arbitrales	176
3.2.2.3.	La doctrina	180
Colofón		183

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO UNIFORME DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: LA NUEVA ‘LEX MERCATORIA’

Introducción	187
1. Una mirada al pasado: la ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ medieval	190

2.	La resurrección —o renacimiento— de un concepto	194
2.1.	Contextualización y contenido	196
2.2.	La excesiva creatividad terminológica y la predilección por el uso de la expresión “nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’”	199
2.3.	Críticas y reparos a la utilización del término	200
3.	Las fuentes de la ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ y la ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ como fuente	202
3.1.	Perspectivas de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ como fuente del derecho	203
3.1.1.	El derecho rígido o ‘ <i>hard law</i> ’	203
3.1.2.	El derecho suave o ‘ <i>soft law</i> ’	205
3.1.3.	El ‘ <i>softer law</i> ’	208
3.1.4.	El papel del árbitro en la escogencia de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ como fuente	208
3.2.	Los instrumentos considerados como origen de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’	209
3.2.1.	La ley modelo de arbitraje de la CNUDMI	209
3.2.2.	Los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales	210
4.	Manifestaciones de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’	215
4.1.	La unificación normativa internacional	216
4.1.1.	La unificación legislativa	216
4.1.2.	La unificación autónoma	218
4.1.2.1.	La CCI	220
4.1.2.1.1.	Los Incoterms de la CCI	221
4.1.2.1.2.	Las RUU(UCP)600	222
4.1.2.2.	La FIDIC	223
4.1.2.3.	La Comisión sobre Derecho Contractual Europeo	223
4.2.	Aplicabilidad de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ por las partes en sus contratos	224
4.3.	El derecho arbitral internacional	225
4.3.1.	La interpretación de los árbitros	229
4.3.2.	Principios incorporados a la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’, decantados de los laudos arbitrales	231
4.3.3.	Reconocimiento de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ por las cortes nacionales	233
4.4.	Otras manifestaciones de unificación contractual	235
4.4.1.	La unificación del contrato de transporte internacional de mercancías	236
4.4.2.	El proyecto de Marco Común de Referencia europeo	237
5.	Admisión y trasplante de la nueva ‘ <i>Lex Mercatoria</i> ’ a las legislaciones estatales	239
	Colofón	243

CAPÍTULO TERCERO
LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' COMO ORIGEN Y FUENTE
DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Introducción	247
1. Positivización de la nueva 'Lex Mercatoria' en normas en sentido material	248
2. La revaloración de los arbitrios complementarios y la necesaria reformulación de la trascendencia de la costumbre internacional	254
3. Ámbito de aplicación de los Incoterms de la CCI en el derecho colombiano	257
4. Aplicación de los Principios de Unidroit por tribunales arbitrales colombianos	258
4.1. 'Guillermo Alejandro Forero Sáchica v. Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados, SAT y CITECO Consultora S.A.'	259
4.2. 'Intercelular de Colombia S.A. v. Bellsouth de Colombia S.A.'	260
4.3. 'Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP v. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP'	261
4.4. 'Compañía de Remolcadores Marítimos S.A. COREMAR S.A. v. Rosales S.A.'	262
4.5. 'Sociedad Colombiana de Construcciones, SOCOCO S.A. v. Carbones del Cerrejón LLC (antes International Colombia Resources Corporation)'	263
4.6. 'Construcciones C.F. Ltda. v. Banco de la República'	264
4.7. 'Consortio Arabia v. Instituto Nacional de Vías (INVÍAS)'	265
4.8. 'Jairo Gómez Rueda v. PRODAÍN S.A.'	266
4.9. 'Ecopetrol S.A. v. Hupecol Caracara LLC y CEPESA Colombia S.A. (CEPCOLSA)'	267
5. Aplicación de los 'Principios de Derecho Contractual Europeo' por tribunales arbitrales colombianos. 'NCT Energy Group C.A. v. Alange Corp.'	268
6. Aplicación de los Principios de Unidroit por la Corte Suprema de Justicia	270
6.1. Nueva ' <i>Lex Mercatoria</i> ' – 'Mónica Matarija y otros v. Granahorrar y Rafael Navarro'	270
6.2. Nueva ' <i>Lex Mercatoria</i> ' – 'Compañía Transportadora S.A. v. Suramericana de Seguros S.A.'	271
6.3. Nueva ' <i>Lex Mercatoria</i> ' – 'Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino v. Granbanco S.A.'	273
7. Reconocimiento jurisprudencial de los Principios de Unidroit como ley aplicable a los contratos: la nueva ' <i>Lex Mercatoria</i> ' como fuente del derecho comercial colombiano	275
Colofón	279
CONCLUSIONES	281
BIBLIOGRAFÍA	289
EL AUTOR	309