

♦ DE LA LEX MERCATORIA A LA LEX CONSTRUCTIONIS.

Por Camilo Armando Franco Leguízamo¹

Sumario: 1. Introducción 2. *Lex mercatoria* 2.1. La autonomía 2.2. *Pacta sunt servanda* 2.3. La intangibilidad y la soberanía de los estados 3. Existencia 3.1. Reconocimiento jurisprudencial 3.2. El reconocimiento legal 4. La *lex mercatoria* en Colombia 5. Especialización de la *lex mercatoria* 5.1. *Lex informática* 5.2. *Lex petrolea* 6. *Lex constructionis* 6.1 Principales formulas contractuales 6.2. Aplicación 7. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho y su tendencia de ocuparse de las diferentes clases de actividades humanas, a la par con la constante evolución de estas², ha llevado a la creación de un conjunto de normas para cada clase de ellas; que en las condiciones de globalización de la economía mundial, y en general, de la sociedad internacional, se ha convertido en un sistema de reglas con tendencia independista³, y con aspectos claramente diversos de los presentados en la otrora preferencia estatista, en la que cada estado regulaba sus asuntos internos, y en la que los espacios para la autorregulación de intereses por parte de los particulares, e incluso de los mismos estados, no escapaba aún de forma tan ostensible, de los que en una época ya remota, fueron los límites de la soberanía de los estados.

* Este artículo fue presentado a la revista el día 30 de marzo de 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de junio de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Estudiante de Quinto año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Este artículo es fruto del Proyecto de Investigación El Contrato de Construcción Internacional, dirigido por el prf. Maximiliano Rodríguez Fernández, perteneciente al Grupo de Investigación de Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

² Sobre la constante evolución de las actividades humanas se ha señalado lo siguiente: "(l)a vida es más fuerte que la teoría, y (sic) el comercio puede estar organizado prácticamente por fuera de la ley si los juristas fallan en su labor y en el intento de proponer reglas que resultan inaceptables en la práctica." Berthold Goldman, "Lex mercatoria", en Journal of World Trade Law, Vol. 17, 1983, p. 4.

³ Tendencia reflejada en "la creciente conciencia de la inadecuación de las leyes nacionales para responder a los problemas que surgen de los contratos cada vez más "deslocalizados" (en cuanto predispuestos para prescindir de una disciplina nacional en su contenido) tendiente a introducir en un primer plano los usos comerciales, en cuanto resulten representativos de las exigencias reales de los operadores de comercio internacionales." Fabio Bortolotti, La "nuova" lex mercatoria. Costituzione dottrina o strumento operativo", en Contratto e Impresa/ Europa, Anno primo, CEDAM, 1996, p. 736.

Dando lugar a que hablemos de una *societas mercatorum*⁴, entendida como un aglomerado conformado en rededor de un núcleo de intereses comunes, y que con ocasión de la realización de las actividades propias a su correspondiente sector, ha dado lugar a un conjunto de normas tendientes a su regulación, y con las cuales se ha dado paso a la acuñación de denominaciones comprensivas de tales. Surgiendo entonces, expresiones como la de *lex mercatoria*; buscando con esta, el identificar toda una serie de regulaciones, y detrás de ellas, el establecimiento de movimientos académicos a su favor o en su contra.

Expresión comprensiva de subconjuntos normativos, desarrollados en función de la especialización de los diversos sectores del mercado, y que responden a las necesidades propias de cada uno de ellos. *Lex petrolea, lex informática, lex constructionis*; expresiones que designan las particularidades normativas de cada sector, y que no son cosa distinta que la reafirmación del género común a todas ellas, *lex mercatoria*.

El presente artículo pretende reseñar las bases de la *lex mercatoria*, y a través de ellas abordar el tema de sus diferentes especializaciones; desde el estudio de algunos presupuestos básicos de la misma, hasta los rasgos particulares de la actividad constructora. Materia sobre la que realizamos un particular énfasis, y con el que buscamos advertir de su vínculo con la *lex mercatoria*, destacando a la vez, que la regulación de la actividad constructora encuentra particulares características, desarrolladas en razón de las necesidades propias de la comunidad constructora, y en general de la complejidad de relaciones que regula.

2. Lex mercatoria

La *lex mercatoria*⁵ es una denominación usada para identificar a un conjunto normativo, con carácter supranacional⁶, con autonomía respecto a los ordenamientos estatales⁷, y que no es otra cosa distinta que, la ley apropiada para la regulación de las relaciones económicas internacionales⁸. Expresión latina, con la que se evocan el *ius gentium*⁹ y las leyes del mar de rodas¹⁰ en el

⁴ Cfr. Erika Salvatore, *La nuova lex mercatoria* en *Contratto e Impresa/ Europa*, Anno primo, CEDAM, 1996, p. 769.

⁵ Refiriendo tal expresión a la definición dada por Goldman acerca de la *lex mercatoria*, como: "(e)l conjunto de principios generales, y de reglas de costumbre espontáneamente referidos o elaborados en el marco del comercio internacional, sin referencias a ningún ordenamiento nacional." Lord Justice Mustill, "The New Lex Mercatoria: The first Twenty-five Years", p. 151. Art. 7º, 2, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

⁶ "La *lex mercatoria* puede ser definida en una primera aproximación como un sistema jurídico supranacional, distinto y autónomo del derecho estatal, aplicable directamente a los contratos de comercio internacional en lugar de las disposiciones de los derechos nacionales." Fabio Bortolotti, Op. Cit. p. 734.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cfr. Berthold Goldman, Op. Cit. p. 5.

⁹ "... el derecho marítimo no es la ley de un país particular, pero sí la ley general de las naciones: 'non erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit'." Ciceron, *La República*, 3.22.33, citado por R.M. Goode, "Commercial Law", p. 989, Penguin, 1985. Gaio, *Inst. I.I.I.*; *Digesto I.I.9*.

contexto de la antigüedad, a la vez que, la *law merchant*¹¹ en Inglaterra, el *droit des foires*¹² en Francia, el *ius mercatorum*¹³ en Italia, y el *consolato del mare*¹⁴ en España, todos en el ámbito de la época medieval.

En todo caso, se debate la definición de la *lex mercatoria* en cuanto a la acepción misma y su existencia, algo menos en lo concerniente a sus fuentes, y casi nada en lo que a su evolución corresponde. Habiendo entonces de advertir que, la discusión acerca de la definición misma y su existencia, hacen referencia a lo que en algunos sectores doctrinarios se conoce como “*nueva lex mercatoria*”¹⁵, con origen en la praxis internacional de los negocios¹⁶; y que se ha desarrollado a través del desarrollo del comercio mundial, la estandarización de los contratos, la codificación de las costumbres (v. gr. INCOTERMS, Reglas y usos uniformes relacionados con créditos documentados, las compilaciones de la CCI, entre otros), y los pronunciamientos de los tribunales de arbitramento, como también de algunas cortes europeas preferentemente.

El principal escollo que presenta la definición de la *lex mercatoria*, es el de su autonomía; tema que se relaciona con el *pacta sunt servanda*, la intangibilidad del acuerdo¹⁷, y la soberanía de los estados. Temas que continuación se estudian, y sobre los cuales consideramos se estructura el reconocimiento de la *lex mercatoria* en los distintos ordenamientos estatales, con los que se sientan unas bases para la armonización entre la primera y los segundos.

2.1. La autonomía

Con relación a la autonomía misma, asimilándole con la de un ordenamiento jurídico, afirma Santi Romano, que todo cuerpo social suficientemente estructurado constituye un orden jurídico, entendiendo que él mismo comprende, las instituciones y/o mecanismos destinados para el buen uso de

Edgar Bodenheimer, “*Jurisprudence*”, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1962, p. 15.

¹⁰ Cfr. Christoph W. O. Stoecker, “*The Lex Mercatoria: To what Extent does it Exist?*”, en *Journal of International Arbitration*, p. 102.

¹¹ http://www.stevesachs.com/papers/paper_thesis.html#chapter1

¹² http://www.news-eco.com/communiqués/languedoc_roussillon/informatique/bgd_3568.php

¹³ <http://www.acton.org/ital/ppolicy/trade/frosi.html>

¹⁴ “Adicionalmente las leyes de Wisby fueron promulgadas alrededor del 1350 y obtuvieron autoridad en el mar Báltico. Al mismo tiempo el Consolato del Mare, una recopilación de costumbres marítimas propuesto en la Corte Consular de Barcelona, obtuvo aceptación en los centros comerciales del Mediterráneo.” Christoph W. O. Stoecker, Op. Cit. p. 102. Ver también, <http://www.historyoflaw.info/maritime-law-history.html>

¹⁵ Cfr. Lord Justice Mustill, Op. Cit.; Christoph W. O. Stoecker, Op. Cit.; Erika Salvatore, Op. Cit.; Fabio Bortolotti, Op. Cit. ; Berthold Goldman, Op. Cit.; entre otros.

¹⁶ “La idea de percatarse sobre la existencia de una nueva *lex mercatoria* fue desarrollada, con especial énfasis a partir de los años 60’s, a fuerza de unas serie de circunstancias que conviene analizar seguidamente. En primer lugar debe afirmarse con un peso determinante, que en la praxis internacional de los negocios, la práctica contractual cada vez más uniforme, fenómeno que en el pasado tendía a limitarse a sectores específicos relativamente escogidos y dotados de mayor homogeneidad (como aquellas de comercio de materias primas y commodities), pero que a partir de la segunda guerra, se ha ido extendiendo a la generalidad de los operadores, al menos para ciertos contratos y cláusulas algo recurrentes en el comercio internacional...”. Fabio Bortolotti, Op. Cit. p. 734.

¹⁷ Cfr M. Paul Guyot, “*Dol et réticence*” en *Etudes de droit civil a la memoire de Henri Capitant*, Libraire Dalloz, Paris, 1944, p. 292.

las relaciones sociales o la resolución de conflictos¹⁸. Resultando determinante entonces, el estudiar el factor de la capacidad de coerción del ordenamiento (*lex mercatoria*); en el que ciertamente debe considerarse la existencia efectiva de tal aptitud¹⁹, esto es, la de la real coerción por parte de la *societas*²⁰; en razón de los medios sociales de contención, referentes al pundonor de los operadores, los cuales se expresan a través de las diferentes sanciones o acciones que pueden emprender los gremios hacia sus miembros; sin que con ellas se desconozca de manera alguna los límites de tales conductas, y la remisión obligada de aquellas a los correspondientes ordenamientos. Pues se observa que, a pesar de esa aptitud coercitiva, su reconocimiento por parte de los mismos (ordenamientos)²¹, resulta determinante para que proceda su implementación por los correspondientes sistemas²².

Pues en todo caso, su existencia resulta innegable²³, por que como se analizará posteriormente, su desarrollo en la práctica comercial internacional y a nivel jurisprudencial, señala claras evidencias sobre esta. Resaltando, que en el mundo de las relaciones comerciales internacionales, las partes tienden a acordar la exclusión de sus disputas de las correspondientes legislaciones

¹⁸ Entendiendo por orden jurídico “*un sistema de racionalización de las relaciones sociales, que se caracteriza no solamente por la edición de reglas... sino también por el establecimiento de instituciones o mecanismos destinados para el buen empleo de las relaciones sociales... o para resolver conflictos...*”. Brigitte Stern, Op. Cit. p. 450.

¹⁹ Cfr. Erika Salvatore, Op. Cit. p. 770.

²⁰ “*Se nota por otra parte que en el ámbito de la comunidad de comerciantes existe un sistema de sanciones indirectas, pero no menos eficaces, (lista negra; boicoteo; inadmisión; requerimiento de mayores garantías o de diversas condiciones de pago que dejan por fuera del mercado al sancionado etc.) y que normalmente las partes crean al interior de la relación contractual un sistema sancionatorio propio.*”. Erika Salvatore, Op. Cit. p. 771.

²¹ “*Un elemento crítico es el de forzar el cumplimiento. Si no es reconocido y forzado su cumplimiento por las cortes, entonces no podría denominarse ley a la lex mercatoria.*”. Vanessa L.D. Wilkinson, “*The New Lex Mercatoria. Reality or Academic Fantasy*” en Journal of International Arbitration, p. 113.

²² Citando a Goldman se ha dicho: “*que debido a que la lex mercatoria es un orden legal incompleto, su implementación depende de los ordenamientos legales nacionales, tanto en lo sustantivo, como en su eficacia.*” [...] “*Lando aconseja que la lex mercatoria se nutra a través de la creatividad de los árbitros, quienes “actuarían como inventores.*”. Vanessa L.D. Wilkinson, Op. Cit. p. 115.

²³ “*(l)a lex mercatoria simplemente existe. Emanada espontáneamente, en el terreno del comercio internacional. Es un incremento, no una creación.*”. Lord Justice Mustill, Op. Cit. p. 153.

nacionales, para someterlas a los usos y costumbres internacionales²⁴, con miras a evitar las vaguedades de los diferentes ordenamientos nacionales²⁵.

2.2. Pacta sunt servanda

En lo que al *pacta sunt servanda* se refiere, habremos de anotar que este se constituye como uno de los puntos centrales²⁶ sobre los cuales ha girado el desarrollo de la *lex mercatoria*, no sólo en el plano académico sino también en lo que a su recepción por parte de los ordenamientos concierne. Así, se plantea el problema de la ley aplicable al caso concreto cuando media un pacto arbitral, o cuando bien, simplemente se acude ante la jurisdicción estatal para la resolución de la controversia; materia sobre la cual omitimos ocuparnos de lo concerniente al aspecto procesal²⁷ (juez o árbitro que deben conocer, su prelación, procedimiento...), para ocuparnos de lo que respecta a las normas de derecho²⁸ (ley aplicable al contrato), y reconocer que la escisión entre una y otra materia es palpable, por no tratarse aquí del clásico aforismo: *qui eligit iudicem, eligit ius*²⁹, concepto superado por los distintos ordenamientos³⁰, si no bien, por la misma materia que nos ocupa, con alcance global, que impediría en todo caso formular una solución unívoca al respecto.

²⁴ “Las partes en un contrato internacional acuerdan algunas veces que su disputa no se rija por la ley nacional. En lugar de ello, acuerdan su sometimiento a los usos y costumbres de comercio internacional, a las leyes comunes a todos o a la mayoría de los Estados comprometidos en el comercio internacional o para aquellos Estados relacionados por la disputa. Cuando tales reglas no son determinables, los árbitros aplican la regla o escogen la solución que les parezca más apropiada y equitativa. De esta manera tienen en cuenta las leyes de varios sistemas legales. Este proceso judicial, que es en parte de aplicación de las reglas legales y en parte un proceso de selección y creación, es la llamada aplicación de la *lex mercatoria*.” Ole Lando, “The *lex mercatoria* in international commercial arbitration”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, p. 747. “Como resultado, el árbitro debe escoger entre la aplicación de una ley nacional y la aplicación de una solución equitativa, ofreciendo la *lex mercatoria* la posibilidad de evitar ese dilema.” Gordon Humphreys, “*Lex mercatoria* in international arbitration: some differences in the anglo-french points of view”, en *RDA/IBLJ*, 1992, P. 851.

²⁵ Cfr. Vanessa L.D. Wilkinson, Op. Cit. p. 105. Cfr. Emmanuel Gaillard, “*Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*”, en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 2, Number 2, Fall 1995, p. 210.

²⁶ “El énfasis dado a esta máxima en la literatura sugiere como se señaló, no una de tantas sino una de las reglas de la *lex mercatoria*, un principio fundamental de todo el sistema.” Lord Justice Mustill, Op. Cit. p. 174.

²⁷ “Si las partes adoptan de manera expresa la ley escogida conforme al principio de libertad contractual esta elección ha de ser respetada por la mayoría de los sistemas legales y no habrá necesidad de aplicar las reglas de conflicto.”, pero, “(S)i las partes no realizaron ninguna elección, explícita o implícita, entonces la respuesta al asunto es la de la ley que debería ser aplicada a la materia de la disputa, *lex mercatoria* o sistema nacional de leyes. Lo que sería un conflicto nacional de reglas o aún un conflicto de reglas de *lex mercatoria*.” Cristoph W. O. Stoecker, Op. Cit. p. 109 s.

²⁸ “El problema de la elección de la ley aplicable es pues resuelto a través de un mecanismo variablemente articulado sobre el objeto de la *electio iuris* de las partes conformado de “normas de derecho” (rules of law, règles de droit)...: Fabrizio Marrella, “*La nuova lex mercatoria Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*”, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, volume trentesimo, diretto da Francesco Galgano, CEDAM, 2003, p. 599.

²⁹ Adriana Zapata Arbelaez, “*Validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción en la contratación internacional. Perspectiva de derecho colombiano*” en *Derecho Internacional de los Negocios*, Universidad Externado de Colombia, p. 361.

³⁰ *Ibidem*.

Teniendo entonces que, conforme a este principio, los contratos deben cumplirse según sus términos³¹, y con base en esto, los jueces han de juzgar la controversia según la ley que las partes hayan dispuesto. Al respecto, resultan claramente ilustrativas las disposiciones de los artículos 1:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, y 1.3 de los Principios de Unidroit, ambos referentes a la *lex mercatoria* conforme lo establecen el literal a, del numeral 3º, del artículo 1:101 de los PDEC³², y el preámbulo de los Principios de Unidroit³³. Observando así, las disposiciones de los artículos 1:102:-sobre- “*Libertad contractual*” de los PDEC, y 1.3 –acerca del- “*Carácter vinculante del contrato*” de los Principios de Unidroit, como manifestaciones del principio *pacta sunt servanda*.

Lo que indefectiblemente nos lleva a concluir que, las partes pueden determinar la ley aplicable a su controversia³⁴, imponiendo con ello al juez, el deber de respetar tal disposición³⁵, y dando con ello vía libre al reconocimiento de la *lex mercatoria* por los distintos ordenamientos; como a la vez, remitir su conducta (la ejecución de la prestación), a los preceptos que la *lex mercatoria* como ordenamiento supranacional consagra³⁶. Anotando en todo caso, que el *pacta sunt servanda* no es un principio absoluto, y que su reconocimiento se sujeta a unos límites internacionales³⁷, o bien, nacionales; sobre los cuales nos ocupamos ahora.

2.3. La intangibilidad del acuerdo y la soberanía de los estados.

En cuanto respecta a la intangibilidad del acuerdo³⁸ y la soberanía de los estados, es importante el recordar que, los estados expresan su soberanía a través de la expedición de leyes circunscritas al ámbito nacional, las cuales persuaden a sus ciudadanos acerca de su empleo, siempre y cuando que, el ejercicio de tales derechos les resulte facultativo; pues de lo contrario nos veremos en un plano sobre el cual, no habremos de incursionar. Anotando, que aún cuando las leyes estatales presenten un mayor o menor grado de prelación frente a las que les resultaren extrañas, es posible concebir el uso de leyes distintas a las creadas por las corporaciones nacionales, en el entendido de que estas deben ser de una u otra manera, autorizadas por los correspondientes ordenamientos³⁹.

³¹ Charles Molineaux, “*Moving toward a Construction Lex Mercatoria, A Lex Constructionis*”, en Journal of International Arbitration, Vol. 8, Number 1, 1991, p. 56.

³² Artículo 1.101: *Aplicación de los principios* PEDC.

³³ Preámbulo de los Principios de Unidroit.

³⁴ Artículos 13 y 13 (5) del Reglamento de arbitramento de la CCI. Vd. Sentencia CCI n. 1512 de 1971 (Aramco).

³⁵ “*El arbitro está en el deber de decidir la disputa de conformidad con el contrato; y el contrato incluye el acuerdo de atenerse a la ley propuesta.*”. Lord Justice Mustill, Op. Cit p. 168.

³⁶ Artículos 1.7 y 1.8 de los Principios de Unidroit.

³⁷ Artículo 3.1, literal c de los Principios de Unidroit.

³⁸ Fernando Hinestrosa, “*Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?*”, en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 8, 2005, p. 111. Cfr M. Paul Guyot, Op. Cit. 292.

³⁹ “*Un arbitramento no estatal no es un arbitramento sin ley. Aquél deberá relacionarse con el deber del arbitro de dar efecto a la política pública y a las normas imperativas.*”. Ole Lando, Op. Cit. p. 763. Cfr. Cristoph W. O. Stoecker, Op. Cit. p. 108.

Es así como concurrimos a presenciar el fenómeno de la recepción de la *lex mercatoria*⁴⁰, fenómeno que se expresa de distintas maneras según se trate de uno u otro sistema, que tiene lugar con ocasión de la ausencia de regulación⁴¹ sobre las relaciones que día a día se suscitan en el comercio, y con la regulación de las mismas por parte de la *societas*. Imponiendo a jueces y árbitros de los distintos sistemas, el deber de interpretar el acuerdo conforme a cuanto se ha convenido, *pacta sunt servanda*, y en tanto ello, evitar modificación alguna, y así pues, presenciar la intangibilidad del acuerdo.

Habremos entonces de reconocer la intangibilidad⁴², como aquella situación en la que se encuentra el intérprete del acuerdo, frente a la cual optará por la conservación del mismo, esto es, la no alteración de lo estipulado, donde el principio *ut re magis valeat quam pereat* (o del efecto útil)⁴³, resulta siendo no cosa distinta, que una proyección de la mencionada situación a la que nos hemos referido. Y conforme a lo dicho, el intérprete optará por mantener el efecto perseguido por el negocio celebrado, en concordancia con lo dispuesto por las partes, y evitar así, cualquier alteración del acuerdo; de manera que, la aplicación de las normas supletorias al respecto, integración, tenga como finalidad, la de llenar los vacíos no previstos por el mismo⁴⁴.

Y, contextualizándolo, nos encontraremos frente a un operador jurídico, que se dispone a reconocer la intangibilidad del acuerdo, mediante el principio *pacta sunt servanda*, que sólo habrá de alterarse de una u otra manera, o bien, de no reconocerse⁴⁵; en tanto contrarie el orden público nacional, o internacional (*contra bonos mores*)⁴⁶. Siendo este el punto, en el que se relacionan los tres

⁴⁰ Cfr. Berthold Goldman, Op. Cit. p. 13 s.

⁴¹ "La nueva *lex mercatoria* opera, por oposición, dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados; su función es la de superar la discontinuidad jurídica provocada por estos." Francesco Galgano, "La globalizzazione nello specchio del diritto", Il Mulino, Bologna, 2005, p. 57. Cfr. Emmanuel Gaillard, Op. Cit. p 210.

⁴² Ilustrando la problemática de la siguiente manera: "(U)n punto más controversial es cuando los árbitros, en ausencia de un acuerdo entre las partes sobre la ley aplicable a los asuntos de la disputa, puede escoger la aplicación de reglas transnacionales en lugar de una ley nacional seleccionada de manera tradicionalista por las reglas de escogencia legal.": Emmanuel Gaillard, Op. Cit. p. 220.

⁴³ "En aplicación del principio *ut re magis valeat quam pereat* (aquél "del efecto útil"), debemos, ante la confrontación de disposiciones contractuales que pueden tener más de una interpretación, o que se contradicen unas con otras, favorecer la interpretación que preserve la efectividad de cada estipulación. [...] Los árbitros de la C.C.I. han mantenido el efecto útil como un "principio de interpretación universalmente reconocido": Jan Paulsson, Op. Cit. p 92. Art. 4.5 de los Principios de Unidroit.

⁴⁴ "Si las reglas de la *lex mercatoria* resultan insuficientes para la resolución de la disputa, entonces el remanente puede ser resuelto por la ley nacional, la cual será determinada por la reglas de la ley de conflictos, nacional o no- nacional." Cristoph W. O. Stoecker, Op. Cit. p. 111. Art. 7º, 2, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

⁴⁵ "Esta discusión de la norma de *pacta sunt servanda* sería incompleta si omitimos una segunda gran excepción: los contratos no son obligatorios si su objetivo es contrario al orden público internacional.": Jan Paulsson, Op. Cit. p 89.

⁴⁶ Ilustrativo lo señalado por el siguiente autor: "(E)n efecto, los árbitros internacionales pueden considerar un contrato como contrario a una norma imperativa de moralidad internacional (*contra bonos mores*). Anotando al respecto que el Consejo de la C.C.I. ha adoptado un Reglamento de conducta para luchar contra las extorsiones y la corrupción, previendo

temas (*pacta sunt servanda*, intangibilidad y soberanía), y dentro de los cuales opera el desarrollo de la *lex mercatoria* en los distintos ordenamientos.

Sin olvidar en todo caso, como ya se anotó anteriormente, que este desarrollo surge de la ausencia de regulación estatal⁴⁷, que es de naturaleza espontánea⁴⁸, y en tanto ella, asimilada dentro de un “*laissez faire*”⁴⁹, en la que los estados, en la etapa actual del desarrollo de la *lex mercatoria*, tan solo concurren a su reconocimiento.

Sentadas así las bases para la armonización entre la *lex mercatoria* y los diferentes ordenamientos, procedemos a ocuparnos de su existencia.

3. Existencia*

La existencia⁵⁰ de la *lex mercatoria* puede acreditarse a través de cualquiera de sus fuentes, razón por la cual, nos referiremos a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, en razón de que en ellos se plasma un análisis generalizado de las distintas fuentes, y se señala de manera clara y concreta, la existencia de una *lex mercatoria*. Una vez observado el reconocimiento de su existencia a nivel jurisprudencial, nos ocuparemos de su recepción por los distintos ordenamientos, las cuales hacen viable el reconocimiento jurisprudencial.

3.1. Reconocimiento jurisprudencial⁵¹

A continuación expondremos los casos brevemente; señalando los hechos o pretensiones que dieron lugar a la controversia, y la resolución jurisprudencial sobre la materia. Señalando en cada caso, las conclusiones que se infieren de los diferentes pronunciamientos, de los cuales deducimos su existencia.

- i) Compañía constructora francesa vs. Subcontratista yugoslavo: “*La constructora sostenía que, el subcontratista le había causado pérdidas debido a los pobres resultados obtenidos en la labor que se*

simplemente en el artículo 1 que “nadie debe ni reclamar o aceptar una copa de vino”.: Jan Paulsson, Op. Cit. p 89.

⁴⁷ “*Así ha tomado vida un derecho uniforme espontáneo; y se habla de la lex mercatoria, en la jurisprudencia, como de un “ordenamiento jurídico”, separado del ordenamiento estatal y dotado, al igual de estos asuntos, del carácter de ordenamiento originario, como expresión de la “business comunita” o “societas mercantil”. Expresión usada también en una sentencia de nuestra Casación, la cual parte de la constatación de que los operadores económicos, sin importar su nacionalidad o la ubicación de su empresa, sustentándose en la opinio necessitatis de determinadas reglas, o sea la convención que ha sido vinculante; y concluyendo que “debe considerarse que existe una lex mercatoria (regla de conducta con contenido variable pero, pro tempore, determinado”.*” Francesco Galgano, Op. Cit. p. 60.

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Cfr.* Lord Justice Mustill, Op. Cit. p. 181.

* Fabio Bortolotti, Op. Cit. . Emmanuel Gaillard, Op. Cit. . Berthold Goldman, Op. Cit. . Martin Hunter, “*Lex mercatoria*”, en Lloyd’s maritime and commercial law quarterly, p. 277 s. . Lord Justice Mustill, Op. Cit. . Jan Paulsson, Op. Cit. . Erika Salvatore, Op. Cit. . Cristoph W. O. Stoecker, Op. Cit. . Vanessa L.D. Wilkinson, Op. Cit. .

⁵⁰ *Cfr.* Michael Joachim Bonell, “*La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*”, SAGGI, p. 320.

⁵¹ *Vd.* Laudos en los casos 6500 de 93, 7585 de 94, 8385 de 1995.

*subcontrato, rehusándose a pagar lo debido, e invocando la exceptio non adimpleti contractus. Principio, que el Tribunal declaró “debía ser considerado como parte de los principios generales del derecho que conforman la lex mercatoria”*⁵².

Caso en donde se advierte que los principios generales del derecho hacen parte de la *lex mercatoria*, de modo que su existencia se verifica a la par con la de los principios generales del derecho.

- ii) Acuerdo de C & F (Cost and Freight, Costo y Fletes): *“(u)n único arbitro interpretó un acuerdo C & F de ventas (costo y fletes), aplicando disposiciones puntuales de los Incoterms relacionadas con ese tipo de contratos, aún cuando las partes no se habían referido a usos codificados tales como los Incoterms. El arbitro considero y declaró que “las dos partes, teniendo el mismo propósito corporativo de la comercialización internacional de productos, se entiende que firmaron (controversia) el contrato con total entendimiento de las características de un acuerdo de venta internacional de C & F.”*⁵³

Infiriéndose, que la *lex mercatoria* puede regir las relaciones que surgen en virtud de un negocio, aún cuando nada se haya convenido sobre la afectación de tales relaciones; siempre y cuando que, el negocio concluido comprenda las características de uno de los negocios practicados dentro de la *lex mercatoria*. Partiendo de la base lógica, de que sin su existencia, no sería viable el reconocer su aplicación sobre el negocio.

- iii) El caso del agente holandés, y el comprador alemán vs. el vendedor argentino, en el que *“(L)a disputa se refería a un contrato de venta de carne congelada, celebrado entre un agente Holandés, entre un vendedor Argentino y un comprador Alemán. El comprador Alemán alegaba que la calidad de los bienes entregados era pobre, y demandaba para que se le autorizara la reducción del precio del contrato. El tribunal encontró que el lugar de la entrega y el domicilio del vendedor eran ambos en Argentina, y que la combinación de esos dos factores podía llevar a la aplicación de la ley Argentina. Consideró, en todo caso, que las partes habían acordado el arbitramento en Holanda, por árbitros en la calidad de goede mannen naar billijkheid – (cuya traducción es amigables componedores)- y según esto, la ley de Holanda sería aplicable en principio. Pero el tribunal decidió finalmente que “la aplicación de la ley Holandesa (teniendo o no la naturaleza imperativa o supletoria) no es relevante para la decisión sobre la controversia puesta bajo el conocimiento de los árbitros. Que la solución de la diferencia podía ser resuelta sobre la base de la confirmación del contrato en las costumbres y el comercio relacionado.”*⁵⁴

⁵² Berthold Goldman, Op. Cit. p. 9. ICC caso no. 3540 de 1980.

⁵³ *Ibidem*. ICC no. 3130 de 1980.

⁵⁴ *Ibidem*. Laudo del Tribunal de Arbitramento de la Asociación de comercio holandesa de aceites, grasas y aceites de semillas, junio 20 de 1980, “*Yearbook Commercial Arbitration*”, Vol. VI, 1981, p. 109.

Luego, si se le permite solucionar disputas, es porque su existencia resulta tangible; entonces, nos encontramos frente a otro argumento a favor de su existencia.

- iv) Caso Norsolor: en un contrato de agencia, celebrado entre una sociedad francesa y otra turca, la primera puso fin al contrato según lo establecido contractualmente; pretendiendo la sociedad turca (agente), la indemnización de la clientela prevista en el derecho francés, más no en el derecho turco⁵⁵. El árbitro decidió de la siguiente manera: “*Ante la dificultad de elegir la ley nacional para que la aplicación se imponga con suficiente firmeza, el Tribunal estima que conviene, tener en cuenta el carácter internacional del contrato, descartar toda referencia a exigencia de una legislación específica, turca o francesa, y aplicar la lex mercatoria internacional.*”⁵⁶

El caso también llegó a manos de la Corte de Casación francesa, y la Corte Suprema austriaca; la primera precisó que: “*la lex mercatoria también es ley*”⁵⁷ (refiriéndose a los principios generales del comercio internacional), y, la segunda, en concurrencia con tal reconocimiento estableció: que “*el estatus de la lex mercatoria como cuerpo de normas, ha sido reconocido por la casuística jurisprudencial Francesa y Austriaca. Y aún [...] la corte Italiana más alta ha declarado que la lex mercatoria constituye un orden legal distinto de los ordenamientos estatales*”⁵⁸.

Concluyendo, que la observancia de su existencia como ordenamiento independiente, se hace con base en su reconocimiento como ley por parte de los sistemas legales y la jurisprudencia.

3.2. El reconocimiento legal*

Al hacer alusión al reconocimiento legal, queremos referirnos a las disposiciones de los diferentes ordenamientos, las cuales hacen viable el reconocimiento de la *lex mercatoria* como un conjunto normativo, con aptitud para la resolución de las disputas que en el comercio internacional puedan suscitarse.

Así, en Europa, encontramos un grupo de países a favor de un reconocimiento amplio⁵⁹: Bélgica, Francia, Holanda y Suiza; otro con un carácter más delimitado: Alemania⁶⁰ e Italia; y un tercero, que sin negarla, sigue un criterio un poco más tradicionalista⁶¹: España⁶² y Portugal. Aclarando, que el mayor o

⁵⁵ Fabio Bortolotti, Op. Cit. p. 752.

⁵⁶ Sentencia arbitral CCI n. 3131 del 26 de octubre de 1979, caso *Pabalk Ticaret Limited Sirketi vs. Norsolor S.A.*, en Rev. arb. , 1983, p. 525 s.

⁵⁷ Berthold Goldman, Op. Cit. p. 15.

⁵⁸ *Idem*, p. 17.

* Cfr. Fabrizio Marrella, Op. Cit, p. 597.

⁵⁹ Code Judiciaire de Belgique, art. 1700; NCPC de Francia, art. 1496, Código de procedimiento civil holandés, art. 1054.

⁶⁰ ZPO, § 1051.

⁶¹ Fabrizio Marrella, Op. Cit, p. 614.

⁶² Ley n. 36 de 1988, art. 62.

menor apoyo que dan una y otra legislación, se aprecia según la posibilidad que tiene el juez o árbitro para el reconocimiento de la *lex mercatoria*, bien por acuerdo de las partes, o bien, a falta de aquél.

A esta tendencia de reconocimiento se suman los países del *Common Law*, y varios países del sistema de tradición Romano- Germánica; los primeros a través de ciertos instrumentos y disposiciones como p. ej. la *Arbitration Act* de 1996 en Inglaterra, y el artículo 1297 del código de procedimiento civil del Estado de California, para citar tan sólo algunos casos; mientras que algunos de los segundos, optan por la adopción y armonización de sus legislaciones, con base en la ley modelo de la UNCITRAL de 1985, dentro de los que encontramos los Estados de México y Perú, entre otros.

En América Latina, uno de los ordenamientos que ha seguido la tendencia de la rama más progresista es Brasil⁶³, mientras que países como el nuestro⁶⁴, al lado de Ecuador, Nicaragua y Venezuela, han adoptado regulaciones sobre la materia, la cuales han sido catalogadas de poco claras⁶⁵.

4. La *lex mercatoria* en Colombia

La *lex mercatoria* en nuestro país no ha tenido un desarrollo tan amplio como el que pueda observarse p. ej. en algún país de Europa, sin que ello implique desmedro, ni tampoco desconocimiento por parte de nuestro ordenamiento. Pues, tanto la legislación como la jurisprudencia no han sido ajenas a ello, y han optado por ejercer ese reconocimiento aplicando la *lex mercatoria*, en las disputas que en su medida lo han permitido, aún cuando podría decirse de manera tímida, y con miras a reforzar el *obiter dicta* de sus decisiones; pero que en manera alguna impide afirmar que existe el reconocimiento y la aplicación de la *lex mercatoria* en Colombia.

Pues, en lo que a la legislación se refiere, esto es, la recepción de la *lex mercatoria*, el artículo 3º y los artículos 5º a 9º del Código de Comercio, hacen perfectamente viable su reconocimiento; así como también, el artículo 7º, numeral 2º, de la Ley 518 de 1999, con base en el cual, los vacíos legales en lo concerniente a la compraventa internacional de mercaderías, se regirán por las normas de derecho internacional privado, normas, que no son cosa distinta a la *lex mercatoria*.

Recepción, que además se verifica en el Código de Costumbres, publicado en el año de 1984, en el que se certificó la costumbre de la contragarantía, para el evento del no pago oportuno de la carta de crédito⁶⁶; una de las formas de pago de los contratos de compraventa internacionales, donde operan los INCOTERMS⁶⁷; los cuales hemos reconocido previamente, como *lex mercatoria*.

⁶³ L. n. 9.307 de 23 de septiembre de 1996, art. 2.

⁶⁴ Artículo 197 del Decreto 1818 de 1998.

⁶⁵ Fabrizio Marrella, Op. Cit., p. 619.

⁶⁶ http://camara.ccb.org.co/documentos/2004_5_4_10_28_51_420_03_contenido.pdf

⁶⁷ <http://www.gestiopolis.com/recursos5/docs/eco/cartacrede.htm>

Como también, el “abono jurisprudencial” en la materia; laudo arbitral de Augusto Ruiz Corredor y Cia. Ltda. vs. Constructora Andrade Gutiérrez S.A., de 2002, en el que la jurisprudencia se pronunció de la siguiente manera:

“...el cuerpo de principios sobre los contratos comerciales internacionales promulgado por Unidroit, en su artículo 7.4.9., - establece- ...que si una parte no paga una suma de dinero cuando le corresponde, la otra tiene derecho a intereses desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, al tipo de interés “promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago.”

Siendo este, un reconocimiento de lo que hasta aquí hemos aceptado como *lex mercatoria*, y que encontramos confirmado, en el laudo arbitral de Teleconsorcio S.A. vs. Radiotrónica S.A. y Sistemas Asesorías y Redes S.A., de 2002, en el cual, el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

“las reglas de Unidroit (art. 7.3.1. N. 1º), que en su condición de principios internacionales están orientando al derecho comercial, y constituyen, cada vez más, (sic) expresión eximia de la llamada “lex mercatoria”, -configurando - un punto de referencia de primer orden para el estudio de la evolución moderna del derecho mercantil –en el mundo y en Colombia -.

Concluyendo entonces, que la *lex mercatoria* es un conjunto normativo, con reconocimiento y aplicación mundial por parte de los distintos ordenamientos, de naturaleza espontánea, orientado por una serie de principios, desarrollado a través de unos usos y costumbres con origen en una *societas*. Que, en Colombia, aún con un reconocimiento tímido, ha existido; y se fortalecerá, en la medida en que los operadores del comercio nacional, concurren a la integración de sus relaciones con el comercio internacional.

5. Especialización de la *lex mercatoria*.

El fenómeno de la especialización⁶⁸ de la *lex mercatoria* permite designar todo el conjunto de reglas propias a ciertos sectores de la economía, en donde el desarrollo teórico de la *lex mercatoria* como conjunto normativo ha asumido unas especiales características, con el que se habla de *lex informática*, *lex petrolea*, y *lex constructionis*; todas, expresiones con las que se asimilan reglas propias de cada actividad, y sobre las cuales se ha producido un desarrollo que hace necesario consideraciones para cada materia.

La *lex mercatoria* a diferencia de sus especies, nos permite identificar la normatividad propia de las relaciones comerciales, p. ej. la compraventa internacional de mercaderías, los contratos de engineering, de countertrade,

⁶⁸ Bonell ilustra la especialización de la siguiente manera: “tratándose en mayor parte de productos normativos circunscritos localmente o sectorialmente, en lugar de usos o reglas de comercio internacional se debería hablar de usos o reglas propios de una u otra plaza comercial o de uno u otro sector de tráfico económico”: *Op. Cit.* p. 321.

know-how, licencia de producción y tecnología, merchandising, y sponsorizzazione⁶⁹, entre otros⁷⁰; regulaciones propias de las actividades comerciales, y en general del tráfico jurídico internacional, con las que identificamos un conjunto de relaciones mas o menos generales, por oposición a aquellas que resultan de actividades altamente especializadas, con las que se ha dado origen a un conjunto de reglas propias. Ahora bien, estos conjuntos han tenido un desarrollo diverso según el tema del que se ocupan, sin que ello obste para que a todos les sean aplicables los principios generales del derecho (buena fe, culpa in contrahendo, abuso del derecho, etc.); siendo relevante, si de analizar sus diferencias se trata, el desarrollo técnico que ha tenido de uno u otro lado, bien a través del desarrollo que del mismo han realizado ciertos laudos (*lex petrolea*), bien a través de la propia autorregulación técnica (*lex informática*), o bien, mediante la formulación y aplicación de una cierta clase de contratos tipo⁷¹ (*lex constructionis*).

El desarrollo de cada especialización de la *lex mercatoria* hace referencia, necesariamente, al particular énfasis que ha asumido una o varias de sus fuentes, y con ellas, a la injerencia mas o menos directa de ciertos agentes en la configuración de la mismas, ya sea que hablemos de particulares o que hagamos referencia a las convenciones internacionales que suscriban los estados, las consecuencias son las mismas, la especialización de la *lex mercatoria* como conjunto normativo, apropiado para la regulación de las relaciones comerciales internacionales, y el fortalecimiento de un sistema jurídico con carácter autónomo respecto de los ordenamientos nacionales.

Ahora bien, la mayor o menor preponderancia de las fuentes puede determinar su aplicabilidad, aún cuando las partes no lo hubiesen previsto, así p. ej. en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, las partes pueden verse vinculadas por las normas propias de su actividad⁷², aun cuando sobre ellas nada se haya previsto⁷³, y siempre y cuando se verifique que sea un uso “ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate” (art. 9,2 de la Convención de compraventa internacional de mercaderías). Asumiendo con esto, que el reconocimiento de uno u otro instrumento por parte de la sociedad de comerciantes, *societas mercatorum*, resulta determinante al momento de

⁶⁹ Vd. Stefano Sabattini, “I contratti di sponsorizzazione”, en <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/icontrattidisponsorizzazione.htm>

⁷⁰ Se destacan también en este ámbito los INCOTERMS(www.iccbo.org/incoterms/id3045/index.html), reglas usadas en los contratos de comercio internacionales, reguladas por la Comisión de Ley Comercial y Práctica de la ICC, reconocidas en sus laudos, y de gran uso por las organizaciones relacionadas con el tema (GAFTA y FOSFA, para mencionar algunas).

⁷¹ “Conforme a la mejor doctrina, el elemento de la *lex mercatoria* que mejor domina la escena jurídica de nuestro tiempo es el contrato internacionalmente uniforme, elaborado por las oficinas centrales de las multinacionales...”: Fabrizio Marrella, *Op. Cit.*, p. 162.

⁷² Art. 9,2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Art. 1.8, num. 2º de los principios de Unidroit, Art. 1:105 num. 2º de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

⁷³ “Las definiciones de los Incoterms deben aplicarse al contrato aunque no haya una referencia expresa a ellos en éste”. *St. Paul Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*, Estados Unidos de América, 26 de marzo de 2002.

analizar las fuentes de la *lex mercatoria* y su incidencia, o mejor su aplicación⁷⁴, en el conjunto de relaciones sobre las cuales se proyectan, y con lo que se determina su grado de especialización respecto de otras de distinta naturaleza.

5.1. *Lex informática*⁵.

La *lex informática*⁷⁶ es el conjunto normativo que regula el flujo de información en las redes electrónicas⁷⁷, que se impone a través de la tecnología y las redes de comunicación, y con la que se busca dar respuesta a los problemas de las políticas de manejo de datos en la red⁷⁸. Que plantea soluciones al manejo y la regulación de tres áreas específicas: contenido, información personal y protección de derechos de propiedad intelectual en la red; sobre los cuales algunos estados buscan el control mediante instrumentos legales, pero que carecen del alcance internacional regulatorio de la *lex informática*, a la vez que, de las herramientas apropiadas para el manejo y regulación de los mismos. Siendo entonces, un conjunto normativo apropiado para la regulación de manejo de datos a nivel internacional, con características particularmente técnicas, con las que se pretende dar solución a áreas particularmente sensibles de control a nivel global.

La *lex informática* opera pues, bajo sus propios parámetros en virtud de su particular naturaleza, mediante Plataformas para la Selección de Contenido en Internet (conocidas en inglés como PICS, The Platform for Internet Content Selection), anonimía, como también la elección del grado de protección requerida por el titular de los derechos de la propiedad sobre cualquiera de sus obras; todas, soluciones técnicas para los controversias que se ventilan en los campos de contenido, información personal y derechos de propiedad, respectivamente⁷⁹.

Las PSCI o PICS, son un conjunto de especificaciones técnicas que definen un formato estándar de calificación, describiendo el material disponible en Internet y los mecanismos estándar para su distribución, permitiendo con ello que los usuarios regulen su propio acceso al material previamente catalogado por la página que lo ofrece o el servidor que lo suministra. La anonimía, herramienta técnica con la que se busca proteger la confidencialidad de los datos de quienes acceden a la red, evita la recolección de información sobre las preferencias informáticas de los usuarios (páginas predilectas de consulta,

⁷⁴ Por ejemplo, el amplio uso de los INCOTERMS en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías haría dudosa su inaplicabilidad a un contrato que tenga tal naturaleza.

⁷⁵ Sobre los movimientos a favor o en contra de la regulación, Vd. Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, "La *lex informática*: la insoportable levedad del no ser", en *Libro de Estudios en Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Ed. *Advocatus*, Córdoba, 2004.

⁷⁶ Algunos hablan de *lex retis* o *ley de Internet*, Vd. www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero4/sistemas_ficha.htm

⁷⁷ En el límite entre la *lex mercatoria* y la *lex informática* se encuentra la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, con la que simplemente se evidencia un grado de especialización en la regulación y manejo de datos, y la utilización de los mismos en las relaciones de comercio.

⁷⁸ Cfr. Joel R. Reinderberg, "Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", en *Texas Law Review*, Vol. 76, No. 3, February 1998.

⁷⁹ Reindenberg, *Op. Cit.*

tendencias de consumo, etc.). Y por último, y en respuesta al grado de protección de la propiedad de las obras que por la Internet circulan, la elección del grado de protección por el propietario, de cualquiera de sus obras frente a los usuarios que intenten acceder a ellas, permite que p. ej. un artículo sobre determinada materia permita su copia o acceso de una u otra manera por quienes tengan un particular interés en ella.⁸⁰

Todas estas herramientas responden a la figura de los códigos de conducta, *soft law*, en tanto contribuyen a la formación de reglas ideales para los operadores del sector informático; cuyo carácter no es propiamente coercitivo, y a pesar de ello, reconocido por algunos doctrinantes, como parte de la *lex mercatoria*⁸¹, y para el caso, parte de una especie de esta, la *lex informática*. *Soft law*, en tanto “normas de comportamiento que, sin estar revestidas de la fuerza obligatoria propia de un tratado o una ley, definen la deontología de las relaciones económicas transfronterizas”⁸², y que en el caso de la *lex informática* se refiere a todas aquellas relacionadas con el manejo de datos en la red.

Concluyendo entonces, que la *lex informática*, es un conjunto normativo con instrumentos especializados para el control del manejo de datos en la red, con base en los cuales, los mismos obran como mecanismos de autorregulación de intereses, códigos de conducta; institucionalizados por la sociedad informática, y erigidos como comportamientos deseables, mediante los cuales se contribuye a la formación de una reglas materiales para el conjunto de operadores de la red.

5.2. Lex petrolea⁸³.

La *lex petrolea*, por analogía a la *lex mercatoria* y a la *lex informática*, es un conjunto normativo para la regulación de las relaciones generadas en la actividad de explotación petrolera, que por regla general se observa entre una parte de derecho público, y otra de derecho privado, y que ha sido desarrollada principalmente a nivel jurisprudencial, en tanto mecanismo de reconocimiento⁸⁴ de ciertas prácticas, usos y costumbres sectoriales, propios de la actividad señalada.

Su desarrollo, muy similar al de la *lex mercatoria*, se confunde a veces con la misma, en cuanto a temas como principios generales del derecho,

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ “Analizando las relaciones de interacción existentes entre los códigos de conducta y la *lex mercatoria* M. METAXAS señala que ‘la influencia de los Códigos de conducta sobre la *lex mercatoria* se manifiesta de una manera triple. (...) De entrada, se supone que los Códigos establecen un ideal de relaciones entre los diversos actores de la vida económica (...) En consecuencia, contribuyen a la formación de reglas materiales para los operadores (...) Finalmente, es muy probable que la adopción de los Códigos de voluntarios tienen un impacto sobre las diversas asociaciones profesionales, con miras a determinar si el comportamiento de una E.T.N. resulta conforme a la norma prescrita.’ Filali Osman, “Les principes généraux de la *lex mercatoria*; contribution a l’étude d’un ordre juridique anational”, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, p. 283.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ R. Doak Bishop, “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a ‘Lex Petrolea’.” en <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol12/article2-3.html>. (1998).

⁸⁴ *Ídem*.

controversias sobre ley sustantiva y ley procesal aplicable, entre otros. Considerándole, en todo caso, como parte del sector especializado de la *lex mercatoria*, debido a la particular normatividad que sobre el tema se ha forjado, bien a través de los contratos que tienen que ver con el tema, o bien, mediante la interpretación de los mismos que a través de la jurisprudencia se ha logrado. Su principal centro de especialización ha girado en torno de la solución de los problemas que plantea la expropiación⁸⁵, mediante la formulación de cláusulas con las que se pretenden remediar los efectos de la medida, y el desarrollo de la interpretación de las mismas.

Así, los temas en torno a los cuales ha girado la especialización de la *lex petrolea* son: ilegalidad de las expropiaciones, cláusulas de estabilización, expropiación paulatina, coacción (fuerza), y resolución por incumplimiento; que de ordinario corresponden a las pretensiones formuladas por los particulares que se ven afectados frente a la expropiación, y frente a las cuales se desarrollan otros temas, tales como: terminación implícita o renuncia, alteración de las condiciones del contrato y eventos imprevisibles, fuerza mayor o imposibilidad, la naturaleza administrativa de los contratos y las resoluciones de la Naciones Unidas respecto del tema.

Con relación al primer grupo, es decir, al que normalmente coincide con el conjunto de pretensiones que formulan las partes afectadas con el proceso de expropiación, encontramos el tema de la ilegalidad de la expropiación, en el que se tiene en cuenta si ha habido o no indemnización a la parte afectada por el proceso de expropiación⁸⁶; y si habiendo tal, hay lugar a la restitución de la propiedad, o bien al aumento del valor de la propiedad en el período comprendido entre la medida y el laudo que decide sobre la ilegalidad de la misma⁸⁷. Las cláusulas de estabilización del contrato, por su parte, son aquellas que “congelan las disposiciones de un sistema legal nacional, escogido para la regulación del contrato desde la fecha de su celebración, con las que se pretenden evitar futuras alteraciones del mismo”⁸⁸, que tienen por objetivo el determinar la ilegalidad de una nacionalización, y con las que se crean legítimas expectativas a tener en cuenta; de manera alguna permiten la parálisis del proceso de expropiación del derecho, y como ya se ha dicho, sin una de ellas que determine la ilegalidad del acto, no habrá lugar a considerarlo como tal.

La expropiación paulatina, aquella que ocurre de manera gradual, a través de una sucesión de actos, y con la que al final se afecta un derecho de la misma forma en que se hubiese hecho en un solo acto⁸⁹; la coacción o fuerza, como vicio de la voluntad, con la que pretende impugnar la validez de aquellos actos de disposición de intereses, en los que las compañías han renunciado a los derechos que gozan en virtud del contrato, que se manifiesta en razón de un

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Vd. AGIP vs. Congo, Yearbook VIII, 1983, p. 131-139.* ‘El tribunal de arbitramento en el caso de AGIP vs. Congo sostuvo que la nacionalización era una violación de la ley nacional e internacional, debido al incumplimiento de las cláusulas de estabilización del contrato...’, *R. Doak Bishop, Op. Cit.*

⁸⁷ *Vd. Phillips Petroleum vs. Iran, 21 Iran-US CTR, p. 79-122.*

⁸⁸ *Amoco International Finance vs. Iran, 15 Iran-US CTR, p 189-239.*

⁸⁹ *15 Iran-US CTR, p 189, 226-229, 244 y 289.*

constreñimiento ejercido por parte de los estados sobre ellas, y sobre el cual, la jurisprudencia ha señalado, que debe tratarse de una naturaleza irresistible, para que permita determinar la nulidad del acto⁹⁰. Por último, con relación a la resolución por incumplimiento, habremos simplemente de señalar el énfasis que han hecho los tribunales de la doctrina del venire contra factum proprium, y de la reiteración del principio del pacta sunt servanda⁹¹.

Sobre el segundo conjunto, consideramos irrelevante el reseñar la mayoría de los temas, por no encontrar en ellos un singular desarrollo con el que se contribuya a la especialización de la *lex petrolea*. No obstante, consideramos importante anotar, que las resoluciones de la ONU⁹² con relación al tema han dado lugar a diferentes conclusiones por parte de los tribunales, sosteniendo unos que la aplicable como la costumbre es la 1803⁹³, y otros las de 1974⁹⁴.

6. Lex constructionis

Denominación con la identificamos todo un conjunto normativo, con el que se regula la actividad constructora internacional, y que encuentra sus principales fuentes⁹⁵ en los contratos tipo y los laudos que deciden controversias que se suscitan en razón de los mismos. Que tienen su origen, por parte de los contratos tipo, en entidades privadas de carácter internacional, relacionadas con el tema de la construcción, y que por la parte de su reconocimiento, esto es, de su aplicación por parte de los tribunales, ha encontrado su principal desarrollo en aquellos que tienen un carácter claramente privado e internacional, y no así por los tribunales de carácter nacional, como habrá podido observarse en el género de esta, la *lex mercatoria*.

Un cuerpo normativo que se ha desarrollado en razón de la especialísima actividad a la que nos referimos, que día a día implica más complejidades, en el sentido de incorporar toda una serie de prestaciones enderezadas a la realización de una sola prestación omnicomprendiva, y que por lo mismo, necesita de una regulación mucho más inteligible de todo el tramo de disposiciones que determinan la realización de la misma. Que es reiterativa del estado actual de la *lex mercatoria*, es decir, de un género con algunas especies bien delimitadas, con las que individualizamos toda una serie de particularidades propias de cada sector de la economía.

Valga entonces estudiar su origen, y referirnos con especial énfasis a los contratos tipo, o mejor formulas-tipo de contratos⁹⁶, para reconocer en ellos, las

⁹⁰ *Kuwait vs. Aminoil*, 21 ILM, 1982, p. 976-1007, *Yearbook IX*, 1984, p 71-76.

⁹¹ 35 *International Law Reports*, 1967, p 136-185.

⁹² Resoluciones No. 626 (VII) de 21 Diciembre de 1952, No. 1803 (XVII) de 14 de Diciembre de 1962, No. 3201 (S-VI) de 1 Mayo de 1974, y No. 3281 (XXIX) de 26 de Julio de 1974.

⁹³ Vd. *Caso TOPCO*, 17 ILM, 1978, p. 3-27, *Yearbook IV*, 1979, p. 177-184.

⁹⁴ Vd. *Caso LIAMCO*, *Yearbook VI*, 1981, p. 89-101.

⁹⁵ Oren Perez, "Using Private-Public Linkages to Regulate Environmental Conflicts: The Case of International Construction Contracts", en *Journal of Law and Society*, vol. 29, no. 1, marzo de 2002, p. 84.

⁹⁶ "Los contratos-tipo son redactados por organizaciones profesionales con miras a constituir un "modelo que contiene las condiciones generales de un contrato que, al menos teóricamente, no recibe su fuerza obligatoria en tanto no es adoptado en los contratos individuales". Lo que hace concluir que la expresión contrato-tipo es incorrecta, entiéndase "desafortunada", según M.

principales elaboraciones de modelos de condiciones en contratos relacionados con la construcción; esto es, la yuxtaposición de contratos que constituyen un conjunto contractual complejo, que por regla general tienen por objeto la concepción y dirección de una obra de gran importancia, en la que resulta relevante la técnica del ingeniero-constructor⁹⁷. Que encuentran su razón de ser en la complejidad de la prestación, en el sentido de que ella sola puede comprender la coordinación de la obra, el diseño, la financiación, la utilización de patentes en razón del manejo de ciertas técnicas, entre otras; es decir, una prestación efectivamente compleja.

Contratos que tienen como su fuente primigenia, y principal en la actualidad, el contrato FIDIC; creado por la Federación de ingenieros-consultores⁹⁸ y la Federación internacional europea de construcción (antiguamente FITB, hoy FIEC), en el año de 1957, con el que se buscaba morigerar los vacíos normativos sobre la materia, en lo relacionado con la contratación con estados del tercer mundo, y que es inspirado en su origen, por las condiciones del Instituto de Ingenieros Civiles (ICE)⁹⁹ del Reino Unido¹⁰⁰. Con un auge plenamente identificable con la época del “boom” constructor de los países productores de petróleo, especialmente el medio oriente, en donde el uso de estas formulas-tipo de contratos se multiplicó¹⁰¹, y con posterioridad se diseminó en su utilización en otras áreas del mundo.

Contrato FIDIC, que regula las relaciones entre el empleador y el contratante: el objetivo y las instrucciones por parte del primero hacía el segundo, la supervisión de la obra, el pago, y en general todo lo relacionado con el proyecto¹⁰². Es un contrato que en términos generales regula toda la comunicación entre las partes señaladas, que sienta las bases para el proceso de desarrollo de la obra, y que prevé la resolución de conflictos mediante formulas alternativas. Una formula contractual con la que se regula de manera permanente el desarrollo de la relación entre las partes, de una utilidad manifiesta en razón de su especialización en la materia, y que tiene como carta

LÉAUTÉ, quien afirma que se trata mas de una “formula-tipo de contrato” que de un acuerdo de voluntad de la manera en que se define por los sistemas jurídicos dominantes”. Filali Osman, *Op. Cit.*, p. 267.

⁹⁷ Guy Lefebvre y Juliette d’Hollander, “La normalisation de contrats internationaux d’ingénierie”, en *Revue juridique Thémis*, Montreal, 1997, p. 215.

⁹⁸ “La FIDIC fue fundada en 1913. Es una asociación de miembros nacionales de asociaciones; de manera que no incluye a firmas de ingenieros consultores particulares como miembros. Los países que la fundaron originariamente fueron Francia, Bélgica y Suiza...”. Oren Perez, *Op. Cit.*, p. 87.

⁹⁹ En la actualidad el ICE publica formulas-tipo de contratos, de relevancia en el contexto nacional británico, que responden a las principales necesidades de la comunidad de constructores de ese país, patrocinadas por la Asociación de Ingenieros Civiles Contratistas (CECA), la Asociación de Ingenieros Consultores (ACE), y por el mismo Instituto de Ingenieros Civiles (ICE). Para más información vd. www.ice.org.uk

¹⁰⁰ G. Lefebvre y J. d’Hollander, *Op. Cit.*, p. 255.

¹⁰¹ Christopher R. Seppala, “International construction contract disputes: commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of contract”, en *ICC Bulletin*, Vol. 9, No. 2, November 1998.

¹⁰² Brian W. Totterdill, “FIDIC user’s guide, a practical guide to the 1999 red book”, Thomas Telford, 2001, p. 3.

de presentación los años de experiencia de la FIDIC en el tema¹⁰³, además, de la actualización de la formula con una relativa frecuencia.

Contrato tipo, adoptado por el Banco Mundial como base para su propio contrato, en el sentido de tomar algunas de sus disposiciones como imperativas, algunas otras como recomendables, y otras, como opcionales¹⁰⁴; producto de una discusión por las organizaciones relacionadas con el tema en su última edición, y de esta manera con cierta autoridad para colmar los vacíos de interpretación sobre los negocios en la materia. Modelo sobresaliente de contrato de construcción internacional, más no el único, por encontrarse formularios de otras organizaciones del mismo carácter, especializadas también en el tema.

Encontrando entonces, la Guía contractual de la Comisión Económica para Europa, *Guide for drawing up international contracts on consulting engineering*, del año de 1983; los modelos de formularios de Contrato de construcción de planta de procesamiento (*Contract for process plant construction*) y Contrato de construcción de centrales eléctricas (*Contract for power plant construction*) de la ENAA, en sus últimas ediciones del año de 1992; los Principios europeos para la contratación con un contratante general (*European principles for a contract with a general contractor*) del año de 1996, y la Guía para la redacción de contratos internacionales de construcción en obras industriales de 1998 de la UNCITRAL. Que responden a la moderna tendencia de asociación (partnering), relación de cooperación entre los asociados al proyecto, con miras al mejoramiento del cumplimiento en la entrega; que traen como beneficios: la reducción de los probables litigios, el mejoramiento del proyecto en términos de costos, tiempo y calidad, reducción de costos administrativos y legales, el incremento de la probabilidad de innovación y de ingeniería de calidad, y el aumento de las oportunidades de éxito financiero¹⁰⁵. Todas, soluciones para la coordinación de la complejidad de prestaciones que constituyen el cuerpo único de la prestación del contrato de construcción.

6.1. Principales formulas contractuales¹⁰⁶

La especialización de la técnica para la regulación de este tipo de actividades ha dado lugar a una serie de formulas, con las que se busca evitar futuras controversias, mediante la asignación de unos determinados roles a las partes, según se trate de una u otra; y con las cuales se ha buscado respuesta a las necesidades que se han suscitado en el medio. Así por ejemplo, con ocasión de la ejecución de contratos de construcción en los países en vía de desarrollo, se llego a una situación en la que no se lograba el éxito de los proyectos, en razón de la falta de preparación del personal nativo para la conclusión del

¹⁰³ “El Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (Banco Mundial) ha “reconocido” el Libro Rojo -de la FIDIC- por años”. Charles Molineaux, *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Chris Skeggs, “Project partnering in the international construction industry”, en <http://www1.fidic.org/resources/contracts/skeggs.asp>

¹⁰⁶ G. Lefebvre y J. d'Hollander, *Op. Cit.*

mismo, situación con la que se vio la necesidad de prescribir formulas contractuales, como por ejemplo, la formula BOT.

Entre ellas encontramos: el contrato llave en mano, la formula BOT (Built Operate & Transfer), la de gestión del proyecto, el contrato a precio fijo, el contrato a cuentas de precio y cantidades presuntas, el contrato a precios por tasas programadas, y el contrato a precio del reembolso.

El contrato llave en mano, es aquel, en el que el ingeniero no es solo el autor del proyecto, sino también un ayudante de su contratante, que debe entregar la obra terminada y lista para su funcionamiento; y que en virtud de ello contrae una obligación de resultado, garantizando el funcionamiento de la obra y su explotación por parte del personal local, que el mismo ha preparado¹⁰⁷. Por su parte, la formula BOT obliga al suscriptor del acuerdo a: financiar, construir, tener y explotar la instalación por un número determinado de años, en los que una vez recuperados los costos de la obra, se transfiere la explotación y la tenencia al país contratista¹⁰⁸.

La formula de gestión del proyecto, que implica una extensión de las responsabilidades del constructor, en donde éste (*project manager*), con el objeto de realizar el proyecto conforme a las exigencias de costo, entrega y calidad, asume a su cargo la dirección del proyecto; en donde, la coordinación se vuelve la esencia del mismo, y la gestión se desarrolla en tres niveles, a saber: 1º. la coordinación del proyecto principal y del contrato de construcción, 2º. los contratos de concepción y ejecución de la obra, y 3º. la coordinación de la obra¹⁰⁹.

A su turno, el contrato a precio fijo (*lump sum contract*), que se refiere a una previsión para el conjunto de prestaciones contractuales, que tiene como consecuencia la imposibilidad de suplementos ulteriores a la conclusión del acuerdo¹¹⁰; el contrato a cuentas de precio y cantidades presuntas (*bill of quantities contracts*), en el que el precio global es el resultado de la suma de costos del conjunto de unidades, que presentan la ventaja de proporcionar una base de pago justa, dejando una cierta libertad para eventuales modificaciones¹¹¹. El contrato a precios por tasas programadas (*schedules of rates*), que comprende una lista de precios unitarios de los materiales, pero que no indica la cantidad, la cual se evalúa en la medida del desarrollo real de la obra; y que da indicios de su práctica para la realización de trabajos en un entretanto¹¹². Y finalmente, el contrato a precio del reembolso (*cost plus fee contracts*), en el que se distinguen los precios de obra y los de porcentaje; refiriéndose los primeros a los costos relacionados con el desarrollo del

¹⁰⁷Fabrizio Marrella, *Op. Cit.*, p. 167.

¹⁰⁸Robert L. K. Tiong, "Risk and guarantees in BOT tender", en *Journal Cr. Engrg. And Mgmt.*, Vol. 121, Issue 2, 1995, p. 183 – 188.

¹⁰⁹Vd. La guide des services de gestion de projet, de la Association canadiense de la construction, <http://www.cca-acc.com/documents/ccalistfr.html>.

¹¹⁰G. . Lefebvre y J. d'Hollander, p. 223.

¹¹¹http://www.atkinson-law.com/cases/CasesArticles/Articles/Bills_of_Quantities.htm.

¹¹²Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, "Sample Standard Tender Documents for Larger Contracts for Construction and for Plant and Design Build, User's guide", 2004.

proyecto, tales como materiales, salarios, etc.; en tanto que los segundos, se refieren al beneficio del constructor. En este clase de formulas se establece por regla general un precio límite, que como su nombre lo indica, no debe ser superado, sin importar el costo de los materiales, o su cantidad; que se erige como una protección a favor del contratista, quien es el que asume la mayor parte del riesgo; disponiendo en todo caso, por regla general, que cuando no se excedan los gastos del precio límite, la diferencia entre este y el gasto real quedará a favor del constructor¹¹³.

6.2. Aplicación.

El reconocimiento de la *lex constructionis*, por parte de los tribunales competentes para la resolución de las controversias con respecto de estos contratos, lejos ha estado de apartarse de la aplicación de la ley del contrato¹¹⁴, sino bien, que se ha limitado a resolver las controversias que de él emanan, con base en las cláusulas preestablecidas para la resolución de los posibles conflictos con base en el mismo¹¹⁵, y que en general, puede identificarse con una tendencia bastante respetuosa de la intangibilidad del contrato, que en ocasiones podría considerarse como conservadora, y aún, distante de la tendencia general de la *lex mercatoria*, como fuente integradora de los vacíos contractuales¹¹⁶. La aplicación podría comprender no solo el reconocimiento judicial de la misma, sino también las soluciones que se formulen por el DAB¹¹⁷ (Dispute Adjudication Board, cláusula 20 del contrato de FIDIC de 1.999), pues en mi opinión, puede darse la oportunidad, en la que una de las soluciones adoptadas por este consejo adquiera tal importancia, en razón de su innovación para la resolución, de manera que su relevancia en el medio llegue hasta el punto de ser tenida en cuenta para soluciones arbitrales; teniendo en cuenta, que en este nivel los árbitros son profesionales especializados en el tema¹¹⁸, y parte de su especialidad, como lo puede indicar el sentido común, puede derivarse de su participación como miembros de estos consejos¹¹⁹.

Por otro lado, y con relación a la armonización de la *lex constructionis*, la doctrina ha sido clara en señalar que no se trata de de entender esta como una uniformidad de criterios, en el sentido de que se “toque la misma nota”¹²⁰; sino

¹¹³ Keith Collier, *Construction Contracts*, 3ª. Ed., 2000, p. 75-77.

¹¹⁴ “En lo concerniente a las condiciones generales invocadas por la demandante, es de resaltar su referencia a los contratos-tipo, que no se aplican, en principio, en tanto las partes de manera implícitamente o explícitamente manifiesten su intención de someter al contrato a las condiciones generales en cuestión”: Laudo No. 8873 de la CCI, 1997.

¹¹⁵ Laudos de la CCI No. 7910 de 1996, No. 6611 de 1992, No. 7423 de 1995.

¹¹⁶ “Es razonable que en una situación non liquet, el tribunal llene los vacíos y aclare la penumbra a través de la *lex mercatoria*”: Charles Molineaux, *Op. Cit.*, p. 63.

¹¹⁷ El Consejo de Resolución de Disputas es un órgano previsto para la resolución de las diferencias que surgen entre el empleador y el contratante, que varía en sus funciones y composición según se trate de una u otra clase de contrato, pero que por regla general está prevista en este tipo de contratos de construcción. Vd. Brian W. Totterdill, *Op. Cit.*, p. 32 ss.

¹¹⁸ Maximiliano Rodríguez Fernández, *El contrato internacional de construcción: aspectos generales*, en E-mercatoria, vol. 5, No. 1, 2006, p. 10.

¹¹⁹ Es importante recordar, que en caso de un fracaso en la selección, esta se realiza por organizaciones independientes, como p. ej. ICE o FIDIC; y si del caso fuese de aquellos en los que se hace por la FIDIC, nada improbable resulta que se seleccione de las mismas listas de árbitros que la misma propone. Vd. Brian W. Totterdill, *Op. Cit.*, p. 32.

¹²⁰ Charles Molineaux, *Op. Cit.*, p. 63.

bien, de que en efecto se armonice, esto es, generar una previsibilidad normativa, en razón de que la base sobre la cual se interpreta el acuerdo suele ser el contrato FIDIC (por tratarse del de más alta difusión), o derivaciones del mismo. Y lo que en manera alguna permitiría señalar como anti-armónicas las interpretaciones que no tengan como base el contrato señalado, pues en todo caso, es posible encontrar un conjunto de principios aplicables a estos contratos, en razón de la especialidad misma, o bien, en tratándose de la ausencia de estos, mediante los principios de la *lex mercatoria*.

Principios a los que de alguna manera nos hemos referido anteriormente, pero que en general podrían identificarse con aquellos que se han plasmado en documentos como el de UNIDROIT, o de PEDC, y según se acoja uno u otro modelo de contrato, hará viable la extracción de unos principios que se compaginen con la generalidad usualmente identificada en los documentos señalados. Sin embargo, la amplia utilización del contrato FIDIC, permitiría hacer referencia a determinados principios¹²¹ de estos contratos, como p. ej. la petición de una extensión de tiempo que se debe solicitar a tiempo (cláusula 8.4 del contrato FIDIC de 1999) , que se compagina con el principio de la buena fe (PEDC art. 1:201, 1:202; UNIDROIT art. 1.7), en razón de su identificación con la salvaguarda de la utilidad de la contraparte; o el que exhorta a las partes a actuar con diligencia frente a su contraparte (cláusula 53 del contrato FIDIC de 1987). Es decir, proyecciones de los principios generales de los contratos internacionales, que se concretan en este tipo de contratos a través de determinadas cláusulas, que determinan unas particulares características, en razón de las especiales relaciones que regulan.

7. Conclusiones.

Estudiados los principales aspectos de la *lex mercatoria*, y su desarrollo doctrinal, jurisprudencial y en general, su desarrollo social, consideramos que:

- 1) La *lex mercatoria* es un conjunto normativo, supranacional y con autonomía respecto de los estados nacionales.
- 2) Los estados pueden concurrir a su formación de una u otra manera, sin que con ello se entienda perjudicada la característica de autonomía.
- 3) Los límites de este conjunto normativo son el orden público nacional e internacional.
- 4) El principio del *pacta sunt servanda* se erige como fundamental en el conjunto normativo de la *lex mercatoria*, sin perjuicio de que se entienda como susceptible de integración e interpretación conforme a las reglas de la misma, y sin que ello implique desmedro del acuerdo perseguido por las partes.
- 5) A la par con el principio mencionado, encontramos la buena fe, como principio fundamental de la *lex mercatoria*.
- 6) La *lex mercatoria* ha dado lugar a un conjunto de ramificaciones que, deben ser consideradas como especies de la misma, y que no son otra cosa que la prueba del actual grado de desarrollo de esta.
- 7) Las actividades a nivel internacional, propias de cada sector de la economía mundial, han dado origen a estos subconjuntos normativos;

¹²¹ Ídem, p. 64 ss.

- que en razón de su especialidad y/o falta de regulación a nivel nacional, adquieren una vocación preferente para la regulación de estas materias.
- 8) La *lex informática, petrolea y constructionis* hacen parte de la *lex mercatoria*.
 - 9) Las principales características de la *lex mercatoria* son predicables de sus especies.
 - 10) La *lex constructionis* es un conjunto normativo con características propias, con vocación para la regulación de la actividad constructora, que hace parte de la *lex mercatoria*, y que tiene como fuentes principales la praxis contractual del ramo, a la vez que, la jurisprudencia sobre la misma.
 - 11) El contrato FIDIC es hoy por hoy la principal fuente de la *lex constructionis*, en razón de su reconocimiento por organizaciones a nivel internacional, como también su amplio uso en países donde la regulación parece no responder a la especialidad de la actividad constructora.
 - 12) La *lex constructionis* regula la actividad constructora de forma principal, sin perjuicio de que los vacíos de la misma sean colmados por la *lex mercatoria*, en razón del complejo contractual que normalmente va inmerso en este tipo de contratos.
 - 13) El proceso de desarrollo y evolución de la *lex mercatoria* (y sus especies), ocurre de manera continúa en la práctica internacional a través de toda una serie de fuentes; en donde se destacan de manera principal los contratos internacionales, y los pronunciamientos judiciales sobre ellos.