

Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional[♦]

Maximiliano Rodríguez Fernández¹

Resumen

En el presente artículo queremos referirnos al concepto de la *Lex Mercatoria*, su validez, sus características, las tesis que profesan sus detractores y las de aquéllos que profesan su existencia, su valor normativo, así como sus manifestaciones actuales

Palabras clave: *Lex mercatoria*, comercio internacional

Abstract

This paper purports to explore the concept of Lex Mercatoria, its validity, characteristics, the arguments of its detractors and its followers as well as its legal value and current manifestations.

Key words: *Lex mercatoria*

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 10 de septiembre de 2012 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 22 de noviembre de 2012, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma Universidad con maestría en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, Queen Mary College, Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Colombia. max.rodriguez@uexternado.edu.co.

Sumario

Introducción.....	47
1. La <i>Lex Mercatoria</i> : el concepto.....	51
2. Elementos o características de la <i>Lex mercatoria</i>	55
2.1. Origen privado.....	56
2.2. Autonomía.....	57
2.3. Mecanismos de coacción propia.....	59
3. Crítica a la existencia y formulación de la <i>Lex mercatoria</i> como fuente del Derecho Comercial Internacional.....	61
4. Reconocimiento de la <i>Lex mercatoria</i>	72
5. Fuentes de producción normativa de la <i>Lex mercatoria</i>	77
5.1. Los usos y prácticas ya reconocidos por diferentes agencias internacionales.....	79
5.2. La estandarización de las formas contractuales.....	79
Consideraciones finales.....	84

Introducción

En el contexto jurídico actual algunas de las preguntas más frecuentes a las que se enfrentan comerciantes, abogados y gobiernos están relacionadas con el régimen jurídico que le será aplicable al contrato internacional, así como la pertinencia de ese régimen jurídico para otorgar soluciones adecuadas a los inconvenientes que se presentan en el día a día del comercio global. Esta situación es, en muy buena medida, consecuencia natural de la falta de capacidad o voluntad de los Estados, y de la norma estatal misma, para regular los fenómenos mercantiles modernos y en particular las relaciones jurídico negociales que surgen como consecuencia del comercio internacional².

Esa fragilidad de la norma estatal para regular la relación jurídico negocial en el ámbito internacional se deriva, como lo señala LÓPEZ RUÍZ³, de dos caracteres de la economía contemporánea: en primer lugar, la economía de nuestro presente histórico es una economía transnacional en oposición al carácter nacional de los sistemas legislativos que se elaboraron desde el siglo XVIII y hasta el siglo XX; en segundo lugar, es una economía en continua transformación que reclama la elaboración de normas flexibles que permitan una adecuada interacción entre el Derecho y los cambios de la realidad social y económica que enfrentamos en el mundo moderno. En este sentido la rigidez de las leyes y

² Los códigos civiles nacionales que regulan la contratación fueron diseñados, en su mayoría, en el siglo XIX. Naturalmente, la contratación que regulaban dichos códigos civiles era la contratación propia de una economía rural y artesanal y sólo incipientemente industrial, y, en todo caso, en el contexto de las relaciones contractuales enteramente “nacionales” o “internas”. Esos códigos no se diseñaron para regular una economía internacional como la que surgió tras la segunda Guerra Mundial. Y por supuesto, esos códigos tampoco fueron diseñados para regular la contratación que exige la economía globalizada del siglo XXI. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *Lex mercatoria*”, en *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 61

³ FRANCISCO LÓPEZ RUÍZ. “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *Lex mercatoria*”, en *I Jornada del Seminario Internacional Permanente*, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, *Fuentes del Derecho y Sociedad Civil*, Universidad Carlos III de Madrid, 25 de febrero de 2010.

los códigos, en su concepción clásica, es la antítesis de la flexibilidad de los contratos⁴.

La situación que se nos presenta entonces es una en donde enfrentamos un comercio global con unas normas locales, con lo que el comerciante del mundo moderno pareciera que se presenta como un sujeto extraño al Derecho positivo y cuyas actividades están fuera de la esfera normativa estatal. Como consecuencia de ello, uno de los mayores inconvenientes que encuentra el comerciante en el ámbito internacional es la falta de certeza o seguridad jurídica, o lo que algún sector de la doctrina define como el “riesgo legal”⁵. Es decir, la incertidumbre que acecha a las partes ante la falta de una declaración expresa acerca de la ley que ellas mismas pretendían aplicarle a su relación, o también, la falta de idoneidad de la ley elegida por las partes, o inclusive por el juez al aplicar sus normas de conflicto, para presentar una solución efectiva al problema jurídico tratado.

Como solución al problema planteado, y ante la inexistencia de un régimen jurídico autónomo que regule el contrato internacional desde hace varios siglos se han venido elaborando diferentes soluciones. De una parte, algunos Estados han conseguido generar convenios internacionales que contienen *normas de conflicto* comunes a esos Estados. De ese modo, al menos, la Ley estatal aplicable a los contratos internacionales será siempre la misma con independencia del tribunal que conozca del asunto, siempre que se trate de un tribunal de un Estado parte en el Convenio. Esta solución, según algunos, es más sencilla de alcanzar, permite la competencia entre Derechos estatales

⁴ Los viejos códigos de comercio expresaban un determinado modelo caracterizado por la presencia del Estado; mas cuando dicho modelo entró en crisis pudo observarse la lentitud con que progresa la unificación legislativa, debido a la resistencia de este a ceder competencias y a la asunción de todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte a su soberanía. Tal resistencia favoreció, desde luego, la progresiva formación, en cierto modo espontánea, de un Derecho caracterizado por una substancial inclinación desnacionalizadora que, sin embargo, no elimina por completo el papel del Estado. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, en *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII, *Comercio exterior*, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 83-137.

⁵ El riesgo legal puede ser definido como la incertidumbre acerca del sistema legal que regirá las relaciones nacidas durante el contrato o la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable al contrato: MAXIMILIANO RODRÍGUEZ. “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción”, *Revist@ E-mercatoria*, vol. 6, n.º 1, 2007, disponible en [www.emercatoria.edu.co].

y, además, puede no aumentar los costes jurídicos de las empresas que tienen la capacidad sujetar todos sus contratos, internos e internacionales, a una misma Ley. Sin embargo, sólo en el ámbito de la Unión Europea se ha logrado la uniformidad de esas normas de conflicto, con lo que en la actualidad la utilidad de las mismas se cuestiona.

De otra parte, como señala JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ⁶, para dotar de la seguridad jurídica necesaria a los contratos internacionales y disminuir los costes de transacción que permitan entonces mejoras en la contratación, en las últimas décadas diferentes Estados han tratado de elaborar un *régimen jurídico uniforme* que busca regular ciertos contratos internacionales, como es el caso de la venta internacional de mercaderías y/o el transporte de mercancías⁷. Numerosos convenios internacionales siguen este sistema de *Derecho uniforme lato sensu*. Sin embargo, y como señala el mismo autor, el *Derecho uniforme lato sensu* es una técnica que presenta graves inconvenientes: sus *costes de elaboración* son elevadísimos –es difícil un consenso internacional amplio para elaborar un convenio de normas materiales, vistas las grandes diferencias entre los Derechos de los Estados partes–, es difícilmente modificable, no permite la competencia entre Derechos estatales, reduciendo las opciones de los contratantes para elegir *the better law*, e incluso, puede aumentar los costes de los contratantes, que deben conocer sus leyes nacionales, aplicables a los contratos internos, y la *nueva normativa internacional*, aplicable a los contratos internacionales. A todo ello se le suma la complejidad del proceso de interpretación de dichos instrumentos por parte de jueces y tribunales en diferentes foros y territorios. El proceso de armonización/unificación de las normas a través de leyes modelo o convenciones internacionales presenta problemas en lo que a la interpretación de las normas mismas se refiere. Una vez adoptado e incorporado el instrumento internacional al Derecho interno de los países, debe ser sometido a la interpretación de las Cortes locales, con lo que muchas

⁶ JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, n.º 18, Universidad de Murcia, 2000, pp. 7 a 40.

⁷ Ante la “Paradoja legal de la codificación”, la reacción fue determinante. Nació, a finales del siglo XIX, el fenómeno conocido como “unificación internacional del Derecho”. Si el Derecho privado nacional contenido en los códigos de cada Estado era al mismo tiempo un “freno” para la contratación internacional y un “material jurídico obsoleto” para los contratos internacionales, la solución parecía hallarse en unificar el Derecho privado en el ámbito internacional: ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Los contratos internacionales...”, cit., pp. 63

veces las normas no son interpretadas teniendo en cuenta el contexto en el cual y para el cual fueron creadas: internacional⁸.

Es por ello que la comunidad internacional de comerciantes, también denominada *societas mercatorum*, se ha encargado de la elaboración y reconocimiento de un conjunto de normas que devienen de sus mismos usos y prácticas mercantiles, y que por siglos se ha denominado *Lex mercatoria*. En las últimas décadas ha tomado fuerza la hipótesis de que la existencia de una sociedad o grupo social integrado por aquellos que hacen parte o interactúan en los mercados nacionales, regionales e internacionales (*societas mercatorum*)⁹, le otorga a sus miembros la potestad para regular sus actividades, dictarse sus propias normas y alejarse de esta manera de la tradicional concepción positivista en la que la ley es el único instrumento de regulación del contrato, nacional o internacional¹⁰. Así, una parte importante de la literatura sobre globalización gusta de poner como ejemplo o modelo del nuevo tipo de Derecho que trae consigo ese proceso transnacional la nueva *Lex mercatoria*, una suerte de regulación de los actos de comercio internacionales que, se pretende, surge

⁸ Por lo anterior algunos autores señalan que parece ser más fácil para los participantes del comercio internacional aceptar el uso de un contrato modelo o un estándar comercial que para los gobiernos y académicos llegar a un consenso acerca de la ley uniforme que debería ser adoptada. Por lo menos, ese fue el sentimiento general algunas décadas atrás con la negativa a la posibilidad de adoptar normas uniformes en materia de compraventa internacional: ALEJANDRO M. GARRO. “Rule-Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law”, en IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS y MARISE CREMONA (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 310 a 319.

⁹ FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO. “El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización”, en *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 89.

¹⁰ Tradicionalmente, la potestad legislativa se ha considerado como atributo esencial de la soberanía estatal. La ley responde, de un lado, al principio de legitimación democrática y, de otro, la ley está subordinada a la Constitución en un doble plano: el formal-racional (autoritativo) y el racional-material o valorativo (justificatorio) derivado de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, la complejidad e interdependencia de las sociedades políticas modernas afectan directamente al monopolio de la creación del Derecho por el Estado. La ley, expresión de la soberanía interna, ha de convivir con un conjunto heterogéneo de reglas y sistemas jurídicos provenientes de instancias supranacionales públicas y privadas. En este proceso de globalización, la Constitución se ve afectada a través de las cesiones de soberanía a organismos internacionales. FRANCISCO LÓPEZ RUÍZ. “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa...”, cit.

más allá de la potestad normativa de los Estados y se impone sin recurrir a su coacción. Esa *Lex mercatoria* se desarrolló, según lo afirmado por un buen sector de la doctrina, durante la Edad Media y en el proceso actual de la globalización encuentra su fundamento en la existencia de un Derecho Comercial Internacional, cuyos rasgos generales son aproximadamente los mismos de esta: presunta espontaneidad, desarrollo convencional, independencia y superación de las fronteras estatales y establecimiento de una suerte de agencia de solución de conflictos mediante el arbitraje¹¹.

En las siguientes líneas queremos referirnos al concepto *Lex mercatoria*, su validez, sus características, las tesis que profesan sus detractores y las de quienes aprueban su existencia, su valor normativo, así como sus manifestaciones actuales.

1. **La *Lex Mercatoria*: el concepto**

Históricamente la denominación *Lex mercatoria*¹² ha sido usada para identificar a un conjunto normativo, con carácter supranacional¹³, desligado del poder/capacidad de los Estados para dictar normas, con autonomía e independencia respecto a los ordenamientos estatales, y que es considerada

¹¹ Pero, como es evidente, las nuevas fuentes normativas se enfrentan a la aún existente concepción clásica del Derecho, en donde la regulación era privativa de los Estados soberanos, todo dentro de los límites de su territorio o dentro de los vínculos que mantienen con otras naciones. Aun hoy, los Estados desconocen la capacidad de autorregulación de ese nuevo grupo social (*societas mercatorum*), desconociéndose a su vez las distintas características de las operaciones que este grupo realiza y las diferencias sustanciales con las operaciones que hoy consideramos meramente locales y que sí son sujeto directo de la regulación estatal. Pero, lo más grave es que la concepción clásica a la que hacemos referencia parece ser ajena al fenómeno de la globalización o, más bien, parece no admitir siquiera la existencia del proceso mismo.

¹² Refiriendo tal expresión a la definición dada por GOLDMAN acerca de la *Lex mercatoria*, como “el 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 Twentyfive Years”, art. 7.º, 2, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, p. 151.

¹³ “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. “The Unidroit Principles and arbitral tribunals”, en *International Uniform Law Conventions, Lex Mercatoria and Unidroit Principles*, Symposium, Verona University (Italy), Faculty of Law, 4-6 November 1999, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 141 a 152.

la norma apropiada para la regulación de las relaciones económicas internacionales¹⁴.

En otras palabras, se ha entendido por *Lex mercatoria*, en su expresión genuina y latina, en contraste con la terminología anglosajona (*The Law Merchant*), al conjunto de normas derivadas como consecuencia de los usos de comercio internacional elevados a rango de “sistemas”, o bien a un orden jurídico distinto y diferente al Derecho nacional, bautizado sistema transnacional o a-nacional¹⁵, máxima expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional¹⁶; para otros es una expresión indeterminada entendida como “una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica”¹⁷. En definitiva, como lo señalan LEW, MISTELIS y KROLL¹⁸, se trata de un conjunto de normas creadas por y para los comerciantes que participan en el comercio internacional y que son aplicadas fundamentalmente, aunque no exclusivamente, por árbitros¹⁹, para resolver

¹⁴ Expresión latina con la que se evoca, como es evidente, un fenómeno histórico representado en el *ius gentium* y las leyes del mar de Rodas en el contexto de la antigüedad, a la vez que, la *law merchant* en Inglaterra, el *droit des foires* en Francia, el *ius mercatorum* en Italia, y el *consolato del mare* en España, todos en el ámbito de la época medieval. CAMILO FRANCO LEGUÍZAMO. “De la *Lex mercatoria* a la *Lex constructionis*”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

¹⁵ “In other words, there is a growing sense that the *Lex mercatoria* is not merely an English-language ‘law merchant’. Assuming that global private law is possible, global law expressed only in English is not global law”: NICHOLAS KASIRER. “Lex-Icographie Mercatoria”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, pp. 653 y 654.

¹⁶ Se define la *Lex mercatoria* como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de Derecho, mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un Derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional. WALTER RENÉ CADENA AFANADOR. “La nueva *Lex mercatoria*: un caso pionero en la globalización del Derecho”, *Papel Político* n.º 13, octubre de 2001, Bogotá, Universidad Javeriana, pp. 101 a 114.

¹⁷ ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ. “La *Lex mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales”, en *Nueva Lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006, p. 59.

¹⁸ JULIAN D. M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN M. KROLL. “Comparative International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, Hague, 2003.

¹⁹ En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron “siempre” normas, sobre cuya autoridad inmemorial no debe existir ninguna duda. Se argumenta, con base en ciertas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a “equidad”, que históricamente también este orden jurídico transnacional del comercio ha demostrado ser hasta ahora el que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente y que se encuentra

controversias propias de dicho comercio²⁰.

La sistematización, el reconocimiento y la valoración de la nueva *Lex mercatoria* en el contexto actual del comercio internacional, y las relaciones económicas internacionales que surgen de este, están ligadas en su elaboración inicial a juristas como CLIVE SCHMITTHOFF y BERTHOLD GOLDMAN. Ambos autores y, como consecuencia de ello, buena parte de la doctrina sobre la materia, sustentan la existencia de este cuerpo normativo en la idea de la presencia de unos usos de comercio respetados universalmente y que, como tal, dan cabida a la creación de normas jurídicas de imperativo cumplimiento. Para sustentar la idea de un orden jurídico autónomo SCHMITTHOFF²¹ considera necesario distinguir entre costumbre comercial y uso comercial. Lo anterior con base en el criterio de la formalización, es decir, si surge de un organismo internacional y con un determinado grado de certeza. Llama *costumbre comercial internacional* a aquella formulada por un organismo internacional, y *uso* o *práctica* a la costumbre que no ha sido manifestada de esta manera. Evidentemente, el criterio invocado por el autor sobre los usos de comercio descarta la tradicional concepción inglesa y se inclina por el razonamiento del Código de Comercio Uniforme de Estados

desvinculado del ordenamiento político internacional. Por eso las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún Derecho material nacional. Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona al margen de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales con un sistema normativo y unos procedimientos de arreglo de controversias privativos, que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el Derecho nacional y el Derecho internacional: JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, cit.

²⁰ Otros como ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ han preferido definir la *Lex mercatoria* como “el Derecho específico de las relaciones comerciales internacionales”: “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *Lex mercatoria*”, cit., pp. 63

²¹ CLIVE M. SCHMITTHOFF. “International Business Law: a new law merchant”, en *Current Law and Social Problems*, vol. 29, 1961; íd. *The Sources of the Law of International Trade*, 1964; íd. “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, en CLIVE SCHMITTHOFF (ed.). *The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade*, Londres 1964; íd. *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, London, 1981; íd. *International Trade Usages*, París, Institute of International Business Law and Practice Newsletter, Special Issue, ICC Publ. 440, 1987; íd. *Schmitthoff's Export Trade. The Law and Practice of International Trade*, 9.^a ed., Londres, Stevens & Sons/Sweet & Maxwell, 1990, at VII; íd. “The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”, 17 *International & Comparative Law Quarterly*.

Unidos que permite darle la proyección necesaria a esta nueva norma de carácter a-nacional. Para el autor germano la nueva *Lex mercatoria* es el inicio de un Derecho comercial internacional autónomo²².

GOLDMAN²³, por su parte, observa que la nueva *Lex mercatoria* constituye un derecho sustantivo o de fondo aplicable a una relación internacional que no precisa pasar por el filtro del método conflictual²⁴. La *Lex mercatoria* convoca al conjunto de reglas materiales aptas para gobernar las relaciones económicas internacionales. Ella comporta en su interior fuentes interestatales como, por ejemplo, convenios de leyes uniformes o estatales, así como aquellas sentencias arbitrales que recaen sobre las relaciones de comercio internacional, siendo un derecho experimental que surge como modo de intervención dentro de la solución de las relaciones económicas internacionales. Ambos autores coinciden en el hecho que la *Lex mercatoria* constituye un sistema de Derecho en crecimiento aunque incompleto²⁵.

²² GILBERTO BOUTIN. “*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho Internacional Privado panameño”, *Revista Lex*, Colegio Nacional de Abogados, 1991, p. 32.

²³ Sobre el autor: BERTHOLD GOLDMAN. “Une bataille judiciaire autour de la *Lex mercatoria*. L’affaire Norsolor”, *Revue de l’arbitrage*, 1983, n.º 4; ID. “The applicable law: general principles of law: a new law merchant”, en *Contemporary problems in international arbitration*, Dordrecht, Artinus Nijhoff, 1987; ID. “Nouvelles réflexions sur la *Lex mercatoria*”, en *Études de droit international en l’honneur de P. Lalive*, Bâle, 1993.

²⁴ Desde el punto de vista de su origen, un sector de la doctrina sostiene que este nuevo orden se nutre de normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente, en particular, en los principios generales del Derecho y, más concretamente, de los “principios generales del Derecho de los negocios internacionales”, entendidos como un conjunto normativo que no se deriva de un único ordenamiento estatal sino que se desprende de la comparación de los Derechos nacionales, de fuentes internacionales tales como los convenios internacionales, o de la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Sin embargo, otro sector considera que la moderna *Lex mercatoria* es una creación deliberada de las *formulating agencies* como, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional; esta posición pone el acento en que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de reproducción y de estandarización en virtud de los cuales las cláusulas de los contratos internacionales más importantes, que están cuidadosamente redactadas para evitar cualquier vinculación con los Derechos nacionales, sirven de modelo para las grandes categorías que presiden la contratación internacional: JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, cit.

²⁵ La evolución de un sistema de normas autónomas del comercio internacional, fundado en la idea de la aceptación

En suma, el concepto *Lex mercatoria* hace referencia a un conjunto de normas creadas por y para los comerciantes participantes en el comercio internacional²⁶. La regulación del comercio internacional se sustenta entonces sobre la base de un cuerpo de normas de carácter privado que se originan en la *praxis* del comercio internacional. Esas reglas o normas creadas por los comerciantes mismos no pueden, sin embargo, desconocer los principios básicos y comunes que han sido plenamente identificados y sobre los cuales se sustentan los ordenamientos jurídicos de todos los países. La existencia de un cuerpo normativo autónomo, y su respectivo reconocimiento, de ninguna manera puede significar el abandono de preceptos normativos básicos sobre los cuales se debe fundar la idea de cualquier ordenamiento. Consideramos, entonces, que la creación de ese cuerpo normativo de carácter privado obedece a los principios que se consideran comunes a todos los ordenamientos y que ya han sido plenamente identificados por un buen sector de la doctrina, al punto de crearse recopilaciones de los mismos.

2. Elementos o características de la *Lex mercatoria*

La doctrina internacional se ha encargado de señalar los elementos o características de esa *Lex mercatoria*. El cuerpo de normas creado y adoptado voluntariamente por los comerciantes es de origen privado ya que se deriva de su propia autonomía, es independiente de los derechos estatales, es decir, no requiere de su reconocimiento y además cuenta con mecanismos de coacción propia. A

universal de unos estándares o modelos de comportamiento desarrollados por los comerciantes, es considerada por algunos como uno de los desarrollos legales más importantes de nuestra era. Ese sistema se constituiría en una normativa común para los abogados de todos los países, así como para aquellos interesados en el comercio, que les permitiría cooperar mutuamente en el diseño de un sistema adecuado para el comercio internacional: CLIVE SCHMITTHOFF. *The Sources of the Law of International Trade*, 1964, pp. 3 y 5.

²⁶ Por eso esta nueva *Lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, cit.

continuación nos referiremos a esos elementos.

2.1. *Origen privado*

Tal y como lo señala HAROLD J. BERMAN²⁷ la *Lex mercatoria* ha sido por siglos un cuerpo internacional de normas, fundado en los principios comunes de una sociedad internacional compuesta principalmente por comerciantes, navieros, aseguradores y empresas bancarias de todos los países. Tales principios comunes se reflejan en las prácticas mercantiles de esas empresas, y constantemente encuentran reconocimiento en las decisiones judiciales y arbitrales, así como en la legislación nacional e internacional. Esos principios comunes de la comunidad internacional de comerciantes deben ser vistos como un cuerpo autónomo de normas.

La *Lex mercatoria* se clasifica entonces dentro de las fuentes de producción jurídica de carácter privado y transnacional, ya que en su elaboración no intervienen, en principio, órganos del Estado, ni los parlamentos, ni los jueces, ni la administración, sino que son normas creadas por los comerciantes, basándose en la autonomía de la voluntad²⁸. Sus prácticas, usos y costumbres, suplementadas por los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones que actúan en el mercado comercial, forman un orden normativo que no ha sido desarrollado plenamente, pero que existe independiente de cualquier sistema nacional de normas²⁹.

La fuente de la denominada *Lex mercatoria* no se encuentra entonces ni en el Derecho estatal ni en el Derecho internacional, sino en la acción normativa de los particulares, en los usos y costumbres elaborados por la propia sociedad o comunidad internacional de comerciantes (*societas mercatorum*)

²⁷ HAROLD J. BERMAN. “The New Law merchant and the old sources, content, and legitimacy”, en *Lex mercatoria and Arbitration*, Transnational Juris Publications, Paris, 1990, p. 7.

²⁸ CRISTIÁN GIMÉNEZ CORTE. “Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur”, en *Derecho Privado y Globalización*, t. I, Bogotá, 2005, p. 59.

²⁹ JARROD WIENER. *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Editorial Pinter, 1999, pp. 161 y ss.

mencionada anteriormente. Esta sociedad de comerciantes se apoya en la labor de las instituciones o corporaciones internacionales de profesionales que ellos mismos han creado con el propósito de permitir el reconocimiento mundial de su actividad, así como en instituciones procesales como el arbitraje internacional, el cual, de acuerdo a sus propios estatutos y regulaciones, reconoce y le da plena validez a las disposiciones de los comerciantes mismos. Así, en la actualidad varias reglas de arbitraje no hacen referencia a la aplicación del “Derecho nacional” sino a las “normas jurídicas” permitiéndose de esta manera la aplicación de la *Lex mercatoria*. Estas reglas pueden encontrarse, por ejemplo, en las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³⁰ y en las reglas de la Corte de Londres para Arbitraje Internacional³¹, o inclusive en las normas locales sobre arbitraje internacional, como es el caso colombiano con el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012³².

2.2. *Autonomía*

Como lo señala buena parte de la doctrina la *Lex mercatoria* es a-nacional, es decir, está desvinculada totalmente de cualquier ordenamiento de carácter nacional o local, no depende de aquel y no requiere su reconocimiento o aprobación. Esa afirmación tiene dos matices diferentes: primero,

³⁰ “Artículo 17. Normas jurídicas aplicables al fondo. 1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. 3. El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.

³¹ Artículo 14.2 de las Reglas del *London Court for International Arbitration*: “A menos que las partes acuerden otra cosa, según lo señalado en el artículo 14.1 el tribunal arbitral tendrá absoluta discreción para determinar las leyes o reglas de Derecho que serán aplicables...”.

³² “Artículo 101. *Normas aplicables al fondo del litigio*. El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de Derecho que estime pertinentes. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

las normas que gobiernan el comercio internacional no son, por lo menos en aquellos casos en que no existe elección de las partes sobre la ley aplicable, derivadas de norma alguna que provenga de un sistema legal nacional, y segundo, las reglas de la *Lex mercatoria* tienen una importancia normativa que no depende de la ley local³³.

Este ordenamiento autónomo parece tener su soporte en tres pilares fundamentales: las prácticas del día a día de la comunidad internacional del comercio, los usos codificados en convenciones internacionales y los principios generales del Derecho³⁴. Ese orden jurídico es espontáneo ya que se soporta en la voluntad de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía y del reconocimiento que la gran mayoría de Estados les ha otorgado, elaboran reglas que se identifican mejor con las necesidades de sus creadores³⁵. Pero no es solo la creación de las reglas por parte de los comerciantes lo que sustenta la existencia y validez de ese orden jurídico, también es el reconocimiento que los comerciantes y sus pares le otorgan a las reglas lo que acaba por imponerlas. En ese sentido se ha señalado que el hecho de que los comerciantes actúen de manera repetida y constante, y de que se sientan comprometidos e inclusive obligados a respetar un modelo de comportamiento previamente impuesto, es evidencia de la existencia de un orden jurídico propio de esa comunidad³⁶.

En ese sentido, y como lo afirma la profesora ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ³⁷, un determinado sector de la doctrina ha llegado a la convicción de que el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas y de que la autonomía privada es, por consiguiente, desde esta manifestación, poder normativo. En ese sentido, se reconoce, por ejemplo, que en el plano empírico la concepción que

³³ MICHAEL MUSTILL. "The New Lex mercatoria: The First Twenty-five Years", *Arb. Int'l*, 1988, pp. 86 y ss.

³⁴ BERTHOLD GOLDMAN. "The applicable law: general principles of law: a new law merchant", en J. LEW. *Contemporary problems in international arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.

³⁵ Así, se afirma que la comunidad internacional de comerciantes ha creado un cuerpo normativo que no es parte del Derecho nacional, ni reclama reconocimiento alguno de este ya que los mismos comerciantes se lo otorgan. TAMARA MILENKOVI-KERKOVI. "Origin, development and main features of the new Lex mercatoria", *The Scientific Journal Facta Universitatis*, Serie Economics and Organization, vol. 1, n.º 5, University of Niš, 1997, pp. 87 a 91.

³⁶ JARROD WIENER. *Globalization and the Harmonization of Law*, cit., pp. 161 y ss.

³⁷ ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ. "La *Lex mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales", cit., p. 59.

atribuye calidad de fuente del Derecho al contrato encuentra su fundamento en fenómenos de nuestro tiempo, que exaltan el valor general o, en todo caso, superindividual de la regla contractual. Ese pensamiento se dirige específicamente a los contratos estándar, a los contratos colectivos, a la creciente relevancia de los contratos asociativos, todo ello dentro de lo que algunos han denominado autorregulación gremial. Las asociaciones representativas de los gremios de profesionales elaboran reglas para disciplinar el comportamiento de los asociados en el ejercicio de la actividad respectiva y frente a las correspondientes relaciones externas; la sujeción a estas normas de producción privada tiene base contractual, porque el individuo, como integrante del gremio, se encuentra sujeto a ellas en cuanto ha adherido, por medio del contrato asociativo, a la organización que las produce³⁸.

Con ello se acepta que la *Lex mercatoria*, como muestra de la autonomía privada, es fuente normativa autónoma, capaz de regir la relación jurídico comercial internacional³⁹. Sin embargo, cabe mencionar que si se toman en cuenta los modos y momentos de la producción normativa, no se podría aceptar tal referencia. Mientras que la antigua *Lex mercatoria* se constituía con base en la “larga duración”, de desarrollo lento y constante, por superposiciones y sedimentaciones sucesivas, las reglas creadas por los nuevos “comerciantes del Derecho” siguen ritmos de formación/transformación más acelerados y violentos, con la lógica del tirón y el golpe intencionales, antes que con la del crecimiento espontáneo.

2.3. Mecanismos de coacción propia

En la época de la antigua *Lex mercatoria* de la Edad Media los comerciantes contaban con cortes y tribunales propios, desvinculados totalmente del Estado; en la actualidad también existe un foro común para los comerciantes, el arbitraje comercial internacional, el cual, a diferencia de aquellos

³⁸ VINCENZO ROPPO. “El contrato del dos mil”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 17.

³⁹ Técnicamente se señala que las reglas de la nueva *Lex mercatoria* son normas materiales especiales para el tráfico jurídico externo de naturaleza comercial, directamente aplicables con independencia de las reglas o regulaciones estatales. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA. *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, 2.ª ed., Bogotá, Tecnos, 1993, p. 51.

tribunales de la Edad Media, cuenta con la aprobación, aval o reconocimiento de los gobiernos de muchos países. Así, los Estados, con el propósito de proveer un marco jurídico adecuado para la creación e institucionalización del arbitraje internacional, han acordado la adopción de instrumentos internacionales que garanticen la legitimidad de esa institución. Ejemplos de ello son la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales⁴⁰ proferidas en el exterior, incorporada en Colombia a través de trámite del *exequatur* regulado en el Código de Procedimiento Civil y en los artículos 111 y siguientes de la Ley 1563 de 2012⁴¹, o en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional incorporada al Derecho colombiano, en Ley 315 de 1996 sobre arbitraje internacional y, más recientemente, en la Ley 1563 de 2012.

El arbitraje internacional es un mecanismo establecido especialmente para el esclarecimiento final o definitivo de las disputas originadas en virtud de la aplicación de un contrato o cualquier otra relación jurídica que posea un elemento internacional⁴² y que se adelante por árbitros independientes, escogidos directa o indirectamente por las partes, según los procedimientos, reglas y estructuras de origen legal y contractual⁴³. Es, en pocas palabras, el mecanismo apropiado para resolver las disputas comerciales en el ámbito internacional.

Esto obedece, en parte, a la flexibilidad que otorgan los reglamentos de arbitraje de las más reconocidas instituciones para que los árbitros escojan la norma que consideren más oportuna o pertinente al litigio que se les encomienda resolver. Esa flexibilidad no es propia de los jueces o cortes locales que, en la gran mayoría de los casos, están sometidas al imperio de la ley, y sólo en casos excepcionales pueden acudir a instrumentos de carácter internacional o supranacional como la

⁴⁰ Texto disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html].

⁴¹ Publicada en el *Diario Oficial*, año CXLVII, n.º 48489, 12, julio de 2012, p. 1.

⁴² El arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos: Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-098 de 2001.

⁴³ JULIAN D. M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN M. KROLL. “Comparative International Commercial Arbitration”, cit., 2003.

Lex mercatoria o los Principios de Unidroit.

Pero la existencia de un arbitraje internacional apropiado para el Derecho Comercial Internacional no significa que esta materia no haya gozado de reconocimiento por parte de las cortes locales. En la actualidad es abundante la jurisprudencia que acepta la existencia de unas normas supranacionales que regulan los contratos, ya sea en materia de compraventa internacional de mercaderías o en materia de Principios de Unidroit.

El Derecho transnacional al que hacemos referencia se constituye entonces, en palabras de FERNÁNDEZ ROSAS y SÁNCHEZ LORENZO,

... en un Derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional, con unas fuentes propias, fundamentalmente los usos comerciales, y unos medios de solución de conflictos de intereses específicos al margen del poder de los tribunales del Estado y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje⁴⁴.

3. Crítica a la existencia y formulación de la *Lex mercatoria* como fuente del Derecho Comercial Internacional

Es evidente que la evolución de un concepto como el de la *Lex mercatoria* no se puede aislar de la crítica. Varias han sido las objeciones que se han elaborado en contra de la doctrina de la *Lex mercatoria*⁴⁵. La

⁴⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROSAS y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 175.

⁴⁵ “Since the idea of a new *Lex mercatoria* was introduced some decades ago, it has kindled a highly controversial debate between those in favour and those against the *Lex mercatoria*, which almost resembles trench warfare. With the popularity of international commercial arbitration and the recent efforts and projects of harmonizing international contract law, this debate has regained its importance. Authors and commentators are still divided into two camps – ‘mercatorists’ and ‘anti-mercatorists’. Their controversy finds its climax in the question as to whether the *Lex mercatoria* is a true body of law distinct and autonomous from national legal systems and whether as such, the parties to a contract can validly choose the *Lex mercatoria* as the law governing their contract by including a choice of law clause referring to the *Lex mercatoria* (general principles of international commercial law or alike) as the proper law of the contract. The arguments of the two opposing sides

primera se basa en la clásica teoría de que todo contrato que no ha sido celebrado entre Estados en su calidad de sujetos de Derecho Internacional, deberá someterse a las leyes de un Estado. En otras palabras, a la “ley nacional”. También se señala que la *Lex mercatoria* obedece a los intereses y necesidades específicas de un grupo social⁴⁶. Según sus críticos, esto le resta legitimidad dentro del Derecho internacional puesto que sus promotores son un grupo social poderoso, una nueva *societas mercatorum* que busca crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su servicio, desplazando el Derecho nacional.

Siguiendo estos argumentos, se señala igualmente que la *Lex mercatoria* no es autónoma al condicionar su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los derechos estatales. Así, su función sería secundaria, al servir de orientación a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Desde el punto de vista de los intereses es comprensible el deseo de los Estados de no verse sometidos al Derecho de otro Estado sino a regir por fuentes transnacionales los contratos denominados semi-internacionales, es decir, concluidos entre un Estado y una compañía extranjera. Pero, en cambio, ese mismo interés no aparece tan claro tratándose de particulares. La sociedad internacional de los comerciantes no es un paraíso terrenal. Como en cualquier sociedad existen relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. En este contexto y desde esta perspectiva la posición del Estado se convierte en una instancia de protección de los débiles frente a los fuertes⁴⁷.

Finalmente, se señala que no es un sistema jurídico: su pretensión de universalidad, autonomía,

will be outlined hereafter”. HAROLD J. BERMAN. “The New Law merchant and the old sources, content, and legitimacy”, cit., p. 7.

⁴⁶ Así se ha señalado que ese “Derecho transnacional” creado por los profesionales del comercio internacional no es neutral. Son reglas que reflejan los intereses y la voluntad de las grandes corporaciones multinacionales. Por ello, dejar la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato no es la solución eficiente para muchos empresarios y particulares que, sin ser grandes corporaciones y multinacionales, operan también en el comercio internacional. Dichas reglas, sostienen, los pueden perjudicar en gran medida. FRANCISCO JOSÉ GARCIMARTÍN ALFÉREZ. “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 47, n.º 2, 1995, pp. 11 a 40

⁴⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA. *Derecho mercantil internacional...*, cit.

coherencia y efectividad eliminan cualquier posibilidad de su existencia en el escenario del Derecho internacional. Así, la *Lex mercatoria* se presenta como un conglomerado multiforme de reglas variopintas de comportamiento comercial y carece de unidad sistemática. Lo anterior, ya que no existe una sola y única *Lex mercatoria*, sino un conglomerado de reglas aplicables indistintamente a los contratos petrolíferos, de construcción, de compraventa de materias primas, etc.⁴⁸.

También se ha resaltado la falta de plenitud de la *Lex mercatoria*, ya que se le acusa de no resolver o regular todos y cada uno de los aspectos relacionados con los contratos que pretende regular. Por ello, se afirma, los árbitros suelen señalar que tras todo contrato existe una ley estatal que lo regula, por lo que no es posible un contrato exclusivamente regulado por la *Lex mercatoria*. Todo ello lleva, según un sector importante de la doctrina, a que las partes se vean abocadas a una “pura lotería” cuando pretenden señalar que un contrato será interpretado única y exclusivamente a la luz de lo que conocemos como *Lex mercatoria*⁴⁹.

Esas críticas provienen, en buena medida, de quienes aún consideran que la vieja concepción de que sólo el Estado está facultado para producir normas, o lo que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS ha denominado “paradigma convencional”, es la que debe prevalecer. Es decir, aquellas posturas que sostienen que el Derecho debe ser

... asimilado al Derecho que es producido por el Estado y que posee una serie de propiedades definitorias como la sistematización e institucionalización de normas, la seguridad y la previsibilidad de comportamientos y decisiones, la existencia de un cuerpo burocrático que se encarga de su administración y, finalmente, la garantía coactiva de su cumplimiento⁵⁰.

O como lo sostiene HOBBS

⁴⁸ ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *Lex mercatoria*”, cit., pp. 75

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. “Law: a map of misreading. Towards a postmodern conception of law”, *Journal of Law and Society* n.º 14 (3), 1987, pp 279 a 302.

... el único Derecho es el creado por el Estado; el Estado es el único que tiene poder creador de Derecho y el único que puede juzgar y ejecutar los mandatos legales haciendo uso del monopolio del poder coercitivo del que dispone.

Es por ello que se menciona que la *Lex mercatoria* no es autónoma ya que condiciona su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los derechos estatales⁵¹. Así, su función es suplementaria al servir de orientación a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales⁵².

Esa concepción rechaza entonces la existencia de un régimen autónomo e independiente como lo es la *Lex mercatoria*. Si para los positivistas⁵³ el Derecho es concebido como un sistema jerárquico,

⁵¹ Cuando un prolongado uso adquiere la autoridad de una ley no es la duración del tiempo lo que le da autoridad, sino la voluntad del soberano, significada por su silencio (ya que el silencio es, a veces, un argumento de aquiescencia); y no es ley en tanto que el soberano siga en silencio respecto de ella. Por consiguiente, si el soberano tuviera una cuestión de Derecho fundada no en su voluntad presente, sino en las leyes anteriormente promulgadas, el tiempo transcurrido no puede traer ningún perjuicio a su Derecho, pero la cuestión debe ser juzgada por la equidad. En efecto. muchas acciones injustas, e injustas sentencias, permanecen incontroladas durante mucho más tiempo del que cualquiera puede recordar. Nuestros juristas no tienen en cuenta otras leyes consuetudinarias, sino las que son razonables, y sostienen que las malas costumbres deben ser abolidas. Pero el juicio de lo que es razonable y de lo que debe ser abolido corresponde a quien hace la ley, que es la asamblea soberana o el monarca. THOMAS HOBBS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica.

⁵² Desde el punto de vista de los intereses, es comprensible el deseo de los Estados de no verse sometidos al Derecho de otro Estado sino a regir por fuentes transnacionales los contratos denominados semi-internacionales, es decir, concluidos entre un Estado y una compañía extranjera. Pero, en cambio, ese mismo interés no aparece tan claro tratándose de particulares. La sociedad internacional de los comerciantes no es un paraíso terrenal. Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. En este contexto, la posición del Estado es, desde esta perspectiva, instancia de protección de los débiles frente a los fuertes. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA. *Derecho mercantil internacional...*, cit.

⁵³ En cuanto al positivismo jurídico, autores como KARL LARENZ señalan que el mismo se desarrolla a través de tres tipos diferentes pero que en el fondo se identifican, y son los siguientes: el Derecho se puede considerar como un hecho psicológico puesto que no se encuentra en la realidad externa, sino en la conciencia de los hombres; el segundo caso llega a una teoría del Derecho predominantemente sociológica, ya que se puede clasificar a los hechos de la existencia social, puesto que se refiere a la conducta social de los hombres; la tercera posición se representa por la teoría pura del Derecho

sistematizado y codificado de normas que deben su validez al designio soberano o a una norma fundamental, es evidente que la *Lex mercatoria* no puede ser considerada dentro de dicho sistema⁵⁴.

Para dar respuesta a las críticas realizadas, como lo señalamos, por un importante sector de la doctrina que en nuestro concepto sólo busca la reafirmación del poder del Estado, consideramos oportuno acudir a los planteamientos realizados por el pluralismo jurídico. En términos generales, “el pluralismo jurídico⁵⁵ implica la aceptación de que varios⁵⁶ órdenes jurídicos pueden convivir en un

que emprendió KELSEN, el intento de vindicar para la ciencia del Derecho, de modo similar a la lógica y a la matemática, un objeto puramente ideal; otros, comentando el positivismo jurídico, como el caso de GARCÍA MAYNEZ señalan que el positivismo se caracteriza por su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido; al respecto se dice que el positivismo jurídico nació como teoría opuesta al *iusnaturalismo*, llegándose a hablar de dos órdenes que se oponían “en este último –*iusnaturalismo*– tiene valor de orden (ordenamiento), solo lo que es justo, la norma no es válida si no es justa, en cambio para el positivismo es justo solo lo que es ordenado, la norma es justa sólo si es válida. Para el *iusnaturalismo*, la justicia es la consagración de la validez; para el positivismo la validez es la consagración de la justicia. Es importante mencionar ello, porque KELSEN consideró a la justicia como un ideal irracional (principal crítica a la doctrina *iusnaturalista*). Lo resaltante del positivismo jurídico es el rechazo a todo lo extralegal de todo Derecho que no haya sido creado por la convención humana, sea que aparezca en forma de Derecho natural, divino o racional. El pensamiento del Derecho deviene entonces pensamiento de la legalidad. Esto confiere al pensamiento jurídico un valor de objetividad, de estabilidad y de positividad. El positivismo fue, entonces, considerado como un método puramente jurídico y su purismo consistió en la eliminación de toda consideración metajurídica. JOSÉ C. ALTAMIRANO PORTOCARRERO. “Herencia positivista convertida en legalismo”, *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1, 2007.

⁵⁴ Como lo señala KELSEN, “el ordenamiento jurídico, como es bien conocido, tiene una forma piramidal. La pertenencia de una norma a un sistema jurídico depende no de su contenido sino de que ésta haya sido creada por el ente competente, siguiendo un procedimiento indicado en una norma superior”: HANS KELSEN. *Teoría pura del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, 1982.

⁵⁵ “What makes this pluralism noteworthy is not merely the fact that there are multiple uncoordinated, coexisting or overlapping bodies of law, but that there is diversity amongst them. They may make competing claims of authority; they may impose conflicting demands or norms; they may have different styles and orientations. This potential conflict can generate uncertainty or jeopardy for individuals and groups in society, who cannot be sure in advance which legal regime will be applied to their situation. This state of conflict also creates opportunities for individuals and groups within society, who can opportunistically select from among coexisting legal authorities to advance their aims. This state of conflict, moreover, poses a challenge to the legal authorities themselves, for it means that they have rivals. Law characteristically claims to rule whatever it addresses, but the fact of legal pluralism challenges this claim”: BRIAN Z. TAMANAHA.

mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídica”⁵⁷.

En ese sentido, y aunque no refiriéndose de manera directa al Pluralismo, encontramos los aportes de BERMAN, TEUBNER y BERGER. BERMAN no comparte los argumentos de sus detractores, primero, porque según él la ley de la comunidad mercantil internacional antecede históricamente a la ley estatal misma, es decir, es anterior a la creación misma de los Estados y del concepto de soberanía que soporta la posición clásica de la producción de leyes⁵⁸; inclusive, desde el punto de vista técnico, esa *Lex mercatoria* fue absorbida por los sistemas legales nacionales de la Europa continental e inclusive en el *common law*, y, aunque quedó debilitada, no fue eliminada por la creación de estos

“Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper n.º 07-0080, mayo de 2008.

⁵⁶ La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicas distintas que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado. JEAN-GUY BELLEY. “L’État et la regulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique des pluralisme juridique”, en *Sociologie et Sociétés*, cap. XVIII, n. 1, abril de 1986, pp. 11 a 32.

⁵⁷ Así por ejemplo BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS resalta que se deben considerar, en el ámbito del pluralismo jurídico de “origen no colonial”, tres situaciones distintas: en primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el Derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía, etc.); por otro lado, se trata de la hipótesis en que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho a pesar de haber sido abolido por el nuevo Derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS), y, finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su Derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía): BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Porto Alegre, Sergio A Fabris, 1988, pp. 73 y 74.

⁵⁸ En ese sentido TAMANAHA señala: “The mid-to-late medieval period was characterized by a remarkable jumble of different sorts of law and institutions, occupying the same space, sometimes conflicting, sometimes complementary, and typically lacking any overarching hierarchy or organization. These forms of law included local customs (often in several versions, usually unwritten); general Germanic customary law (in code form); feudal law (mostly unwritten); the law merchant or *Lex mercatoria*-commercial law and customs followed by merchants; canon law of the Roman Catholic Church; and the revived roman law developed in the universities”: BRIAN Z. TAMANAHA. “Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, cit.

sistemas, y en particular por la codificación de la ley civil y comercial que se presentó en los siglos XIX y XX. Como lo señala BOBBIO

... la teoría estatalista del Derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. Esta sociedad fue pluralista, es decir formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en el pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en si misma un ordenamiento. El Estado moderno –así– se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica⁵⁹.

En el contexto descrito no se entiende cómo se puede considerar a la *Lex mercatoria* como un Derecho limitado al poder estatal, ya que su creación es inclusive anterior al mismo. La *Lex mercatoria* se muestra en este contexto como “Derecho vivo”⁶⁰: un orden normativo paralelo al del Estado, que surge espontáneamente en la vida cotidiana (de los comerciantes) como forma de autorregulación y que llega inclusive a ser más importante para ese grupo social que el propio Derecho creado y sancionado por el Estado⁶¹. El error en su falta de reconocimiento radica, como lo señalaría EHRLICH en el hecho de que “en nuestro tiempo, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en

⁵⁹ NORBERTO BOBBIO. *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987, p. 9.

⁶⁰ Así, según EHRLICH, “todo el Derecho vivo en nuestra sociedad actual no puede ser cerrado en artículos, lo mismo que un torrente no puede ser encerrado en un estanque”: E. EHRLICH. “Die Erforschung des lebenden Rechts”, en *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 1967, p. 28, citado por M. SEGURA ORTEGA. “El movimiento del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, x, 1993, p. 431.

⁶¹ LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO. “El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 35.

la jurisprudencia, sino en la sociedad misma”⁶².

En ese mismo sentido debemos mencionar que la fuente de la universalidad de la *Lex mercatoria* no es, como se ha señalado por algunos, el Derecho comparado. Al respecto, BERMAN afirma que la fuente de la universalidad de la *Lex mercatoria* radica en las similitudes entre los conceptos propios del comercio y sus instituciones legales en los diferentes ordenamientos jurídicos. Igualmente, su universalidad proviene primordialmente del proceso mismo de interacción de las personas que se dedican de manera profesional a la exportación e importación de bienes y servicios en los mercados internacionales⁶³. Su fuente primordial, en otras palabras, es la costumbre⁶⁴.

La relevancia del concepto se analiza de igual manera en el contexto del pluralismo jurídico. Tal y como lo menciona TAMANAHA

... el tercer tema de la literatura sobre el pluralismo jurídico global es el crecimiento de ordenes jurídicos “autónomos”, “privados” y no gubernamentales. Lo que los observadores han catalogado como *Lex mercatoria* es el mejor y más mencionado ejemplo de dicha situación. Las transacciones comerciales transnacionales son reguladas por un conjunto de normas e instituciones que no son o están conectadas con un sistema normativo internacional o con el Derecho de una nación en particular. Las normas que en ese sentido se consideran vinculantes provienen de diferentes convenciones internacionales que regulan contrataos comerciales, de

⁶² “En nuestro tiempo, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma”: citado por LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO. “El pluralismo jurídico...”, cit., p. 35.

⁶³ “Many private organizations and institutions promulgate rules that apply to their own activities and to others within their purview. In situations of dispute, many parties choose (or are required) to bypass state court systems seen as inefficient, unreliable, too costly, or too public, resorting instead to arbitration or private courts. Many of the massive slums that are ubiquitous in large cities around the world function with little or no official legal presence, beyond the purview of law and courts, often without legally recognized rights; order is maintained and intercourse conducted in these areas through other social norms, institutions mechanisms”: BRIAN Z. TAMANAHA. “Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, cit.

⁶⁴ HAROLD J. BERMAN. “The New Law merchant and the Old sources, content, and legitimacy”, cit.

formas o modelos contractuales o de usos o costumbres mercantiles⁶⁵.

Así, TEUBNER en su trabajo *Global Bukowina* describe la *Lex mercatoria* como una ley global sin Estado⁶⁶. Igualmente, el autor señala que la existencia de la *Lex mercatoria* como un régimen de Derecho comercial autónomo es generalmente rechazada porque va en contravía de dos tabús clásicos:

a. Los acuerdos privados no tienen la capacidad de producir ley sin que medie la autorización o control de los Estados.

b. La ley no existe y no puede ser aplicada por fuera de las fronteras de los Estados sin que medie previamente una regla de reconocimiento global.

Para TEUBNER esos argumentos deben ser rechazados. Según el autor, la *Lex mercatoria* se explica y sustenta (*self-reproducing legal discourse of global dimensión*) en la interrelación directa con entidades e instituciones que negocian en el ámbito global. En ese sentido, se considera que los tribunales arbitrales internacionales son el factor más importante para la existencia de un sistema legal autónomo⁶⁷. Ellos proveen un control externo para la validación de los principios y reglas que son incorporados en los contratos internacionales. A lo anterior se suma la labor de las instituciones internacionales creadas para tal fin, con lo que el reconocimiento de la *Lex mercatoria* por las legislaciones internas se convierte así en una cuestión secundaria, su reconocimiento no es un elemento constitutivo de ese sistema legal.

En ese contexto entendemos entonces que la *Lex mercatoria* haría parte también de lo que

⁶⁵ BRIAN Z. TAMANAHA. "Understanding legal pluralism: past to present, local to global", cit.

⁶⁶ GUNTHER TEUBNER. "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society", *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 3 a 28.

⁶⁷ "Disputes between contracting parties are resolved through private arbitration. What makes the *Lex mercatoria* noteworthy is that its norms, practices, and institutions are self-generated by the parties and their lawyers, although it intersects at various points with international law norms and national courts (when parties seek recourse from arbitration decisions)": BRIAN Z. TAMANAHA. "Understanding legal pluralism: past to present, local to global", cit.

TAMANAHAN ha denominado “Sistemas normativos económico/capitalistas” (*Economic/capitalist normative systems*), es decir, un cuerpo de normas e instituciones que se constituyen o están relacionadas con la producción capitalista o con transacciones comerciales en un ambiente o contexto social particular. Este sistema incorpora desde normas informales que gobiernan continuamente las relaciones que se presentan en la comunidad de comerciantes, hasta normas que gobiernan operaciones instrumentadas, normas y prácticas contractuales estándar, así como métodos privados de creación de normas como los códigos de conducta y los institutos arbitrales, todas las cuales comparten conocimientos e ideas sobre el capitalismo.

A la par de los anteriores planteamientos consideramos que la discusión acerca la validez de las normas resultantes de esa autorregulación y de su juridicidad misma está condicionada al plano en el que nos situemos. En un plano no contencioso es innegable el significativo papel de la *Lex mercatoria* y de la autorregulación misma como instrumento de regulación de las relaciones comerciales internacionales, independientemente del reconocimiento que de ella haga el Derecho local. Un alto número de contratos internacionales funcionan satisfactoriamente por aplicación de reglas *sui generis* gracias a que las partes se adhieren voluntariamente a ellas, sin que para el efecto se requiera de una autorización expresa por parte de la ley. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en la aplicación de los famosos Términos Comerciales Internacionales –INCOTERMS– de la Cámara de Comercio Internacional⁶⁸. Esos términos se aplican a un gran porcentaje de operaciones de comercio exterior sin que medie una autorización expresa de la ley local. Igual situación se presenta con las llamadas Reglas Uniformes para Crédito Documentario –Reglas UCP 600– que se incorporan directamente a más de un 90% de las operaciones de cartas de crédito en el ámbito internacional sin que medie autorización expresa de la ley local al respecto. Lo mismo podríamos decir de las Reglas de York y Amberes⁶⁹.

⁶⁸ Al respecto cfr. MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “Los nuevos términos comerciales INCOTERMS (versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁶⁹ Las Reglas de York y Amberes fueron promulgadas por primera vez en el año 1890 y han venido siendo reajustadas continuamente, más recientemente en el año 2004. Ellas son el resultado de las conferencias de representantes de distintos mercados y diversos países. Esas reglas entregan unas normas uniformes sobre la avería gruesa y son incluidas voluntariamente en los acuerdos celebrados entre aquellos dedicados a la actividad marina.

En el plano contencioso internacional cabe decir lo mismo. Los árbitros no son guardianes de un sistema jurídico estatal, su competencia procede del acuerdo de las partes, y por lo tanto aceptarán las reglas que son el fruto de ese mismo acuerdo. Es por ello que se considera que el arbitraje internacional es el mecanismo establecido especialmente para el esclarecimiento final o definitivo de las disputas originadas en virtud de la aplicación de un contrato o cualquier otra relación jurídica que posea un elemento internacional⁷⁰. Esto obedece en parte a la flexibilidad que otorgan los reglamentos de arbitraje de las más reconocidas instituciones para que los árbitros escojan la norma que consideren más oportuna o pertinente al litigio que se les encomienda resolver. Esa flexibilidad, como se ha comentado, no es propia de los jueces o cortes locales que, en la gran mayoría de los casos, están sometidas al imperio de la ley, y sólo en casos excepcionales pueden acudir a instrumentos de carácter internacional o supranacional como la *Lex mercatoria* o los Principios de Unidroit.

No obstante, en el plano contencioso estatal la situación cambia: allí, para el juez estatal, la *Lex mercatoria* y la autorregulación misma parecieran tener vigencia sólo en la medida en que el Derecho estatal lo consienta y tolere. Aunque en la actualidad ya es abundante la jurisprudencia que acepta la existencia de unas normas supranacionales que regulan los contratos, ya sea en materia de compraventa internacional de mercaderías o en materia de Principios de Unidroit, se debe advertir que el reconocimiento de esta autorregulación en el ámbito local está cada día más cerca.

Finalmente, otro argumento en contra de la doctrina de la *Lex mercatoria* radica en que las reglas creadas por los comerciantes mismos son demasiado vagas e insuficientes para ser consideradas como un sistema legal objetivo⁷¹. Se manifiesta que esas características hacen que la terminología y su contenido originen imprevisibilidad jurídica a la hora de dirimirse un litigio. Igualmente, se afirma por sus críticos que la *Lex mercatoria* es insuficiente y, por ende, poco efectiva para responder a las necesidades que surjan. Algunos afirman que no existe una *Lex mercatoria* sino islotes de *Lex mercatoria*, lo que restringe su desarrollo futuro y su operatividad. La *Lex mercatoria* proviene de

⁷⁰ Cfr. nota 41.

⁷¹ HAROLD J. BERMAN. “The New Law merchant and the Old sources, content, and legitimacy”, cit., p. 7.

diversas fuentes, lo cual le resta cohesión y termina por diluirla, pues debido a su dispersión puede asimilarse a una especie de ley moral del juez nacional.

GUNTHER TEUBNER rechaza este argumento. Para el autor, la existencia de un sistema jurídico transnacional no se fundamenta sobre la base de la existencia de unas estructuras detalladas y bien elaboradas, lo que en realidad fundamenta la idea de ese sistema es el reconocimiento de la posibilidad de autorregulación o autoproducción normativa. Igualmente, es su flexibilidad lo que le otorga a la *Lex mercatoria* la posibilidad de reaccionar rápidamente a los cambios en los modelos de comportamiento que se presentan entre los comerciantes a nivel internacional. Así, la flexibilidad de la *Lex mercatoria* se traduce en estabilidad, mas no en inseguridad jurídica⁷².

4. Reconocimiento de la *Lex mercatoria*

Una vez referenciadas las diferentes teorías que en la actualidad se sostienen respecto de la existencia y autonomía de la *Lex mercatoria*, es pertinente observar cuál ha sido el reconocimiento que la figura ha recibido en los ordenamientos locales y transnacionales, así como en la jurisprudencia local y arbitral en esa materia.

En lo que a los ordenamientos de carácter local o nacional se refiere, la costumbre (local e internacional) posee una fuerza eminentemente accesoria debido, en parte, a la sujeción a la ley a la que se encuentran sometidos los jueces y nacionales de un país determinado y a las posiciones doctrinales que conciben a la ley como la única fuente de Derecho. De allí que el reconocimiento de la *Lex mercatoria*, o mejor aún, de los usos y prácticas del comercio, se presente como un recurso auxiliar de interpretación normativa que se aplica, única y exclusivamente, en aquellos casos en que no existe ley aplicable al caso, y siempre y cuando el uso que se invoca no sea contrario a las leyes del país en donde se invoca⁷³⁻⁷⁴.

⁷² GUNTHER TEUBNER. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, cit., pp. 3 a 28.

⁷³ Código Civil, artículo 8.º. “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley”.

⁷⁴ Ley 153 de 1887, artículo 13. “La costumbre, siendo general, y conforme con la moral cristiana, constituye Derecho a falta de legislación positiva”.

En ese sentido, el artículo 7.º del Código de Comercio colombiano señala que:

... los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3.^{o75}, así como los principios generales del Derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

Esa costumbre, al igual que la local, servirá, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles⁷⁶⁻⁷⁷. Ese es el sentido del Código de Comercio y también del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de Norteamérica y de los Códigos de Comercio alemán⁷⁸ y argentino⁷⁹.

⁷⁵ Artículo 3.º. “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.

⁷⁶ Código de Comercio colombiano, artículo 5.º.

⁷⁷ “UCC. 1-205. Course of Dealing and Usage of Trade. (1) A course of dealing is a sequence of previous conduct between the parties to a particular transaction which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct. (2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court. (3) A course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or qualify terms of an agreement. (4) The express terms of an agreement and an applicable course of dealing or usage of trade shall be construed wherever reasonable as consistent with each other; but when such construction is unreasonable express terms control both course of dealing and usage of trade and course of dealing controls usage of trade. (5) An applicable usage of trade in the place where any part of performance is to occur shall be used in interpreting the agreement as to that part of the performance. (6) Evidence of a relevant usage of trade offered by one party is not admissible unless and until he has given the other party such notice as the court finds sufficient to prevent unfair surprise to the latter”.

⁷⁸ hgb § 346 Handelsbräuche (Fassung vom 1. Januar 1964) Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Ahora bien, en algunos países como Colombia ese reconocimiento se ha traducido en obligatoriedad. En Colombia y en la Comunidad Andina de Naciones –CAN– el reconocimiento de los INCOTERMS, expresión de la *Lex mercatoria*, ha llevado incluso a la imposición misma del instrumento. En ese sentido la Resolución n.º 1112 de 2007 de la CAN establece, en su artículo 3.^º⁸⁰, que la factura deberá incluir el “lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los términos Internacionales de Comercio –INCOTERMS–, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos”. Los motivos de dicha norma se desconocen, si bien la norma invoca el cumplimiento del primer método “Valor de Transacción de las mercancías importadas” establecido en el artículo 1.º del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, lo cierto es que en el texto de dicho acuerdo no se señala de manera alguna que se deba hacer referencia directa a los INCOTERMS del modo como lo hace la CAN en la Resolución 1112 de 2007.

Igualmente, encontramos que las Reglas UCP 600 de la CCI, otra de las expresiones de la *Lex mercatoria*, también han sido sujeto de reconocimiento y aplicación en el Derecho local. Ese es el caso en Colombia de la Resolución n.º 061 de 2007 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG, por medio de la cual se adopta el Reglamento de Garantías para el Cargo por Confiabilidad, que en su

⁷⁹ “Título Preliminar [...] v. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

⁸⁰ Artículo 3.º Resolución 1112 de 2007. “Factura comercial. A los efectos de la aplicación del primer método ‘Valor de Transacción de las mercancías importadas’ establecido en el artículo 1.º del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la factura comercial debe: 1. Reflejar los pagos directos efectuados o por efectuar del comprador al vendedor y los pagos indirectos realizados o por realizar del comprador a terceros en beneficio del vendedor. 2. Ser un documento original y definitivo. En tal sentido no se aceptará una factura pro forma. 3. Ser expedida por el vendedor de la mercancía. 4. Carecer de borrones, enmendaduras o adulteraciones. 5. Contener como mínimo los siguientes datos: a) Membrete o logotipo del vendedor. b) Número y fecha de expedición. c) Nombre y dirección del vendedor. d) Nombre y dirección del comprador. e) Descripción de la mercancía. f) Cantidad. g) Precio unitario y total. h) Moneda de la transacción comercial. i) Lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los Términos Internacionales de Comercio –INCOTERMS–, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos. La factura comercial puede tomar la forma de un mensaje electrónico, en cuyo caso deberá cumplir con los requisitos antes señalados y para lo cual se aplicará lo establecido en la legislación nacional sobre regulación del comercio electrónico. Cuando las facturas comerciales se presenten en un idioma diferente al español, la autoridad aduanera podrá exigir al importador que adjunte la traducción correspondiente”.

artículo 3.º numeral 8 señala:

Cuando se trate de garantías expedidas por entidades financieras del exterior, el valor de la garantía constituida deberá estar calculado en dólares de los Estados Unidos de América, y ser exigible de acuerdo con las Normas RRUU 600 de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– (ICC *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* UCP 600) o aquellas Normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan y con las Normas del Estado Nueva York de los Estados Unidos de América.

Ahora bien, la existencia de esos usos y prácticas ha llevado igualmente al legislador a considerar como necesario el reconocimiento de los mismos en los diferentes instrumentos de Derecho Comercial Internacional existentes a la fecha. Inclusive se ha llegado a señalar la obligatoriedad de los usos y prácticas negociales en las relaciones contractuales internacionales. Así, el artículo 9.º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (Ley 518 de 1999 en Colombia)⁸¹ señala:

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate⁸².

⁸¹ Disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html].

⁸² “As far as Article 9(1) is concerned, it refers to two different sources, namely usages and practices established between the parties. As for ‘usages’, Article 9(1) does not define the expression; it merely states that usages bind the parties to the extent that the parties have (expressly or implicitly) agreed to them. The lack of a definition, however, does not warrant recourse to domestic notions or definitions, as this would run counter to the ratio conventions. As is the case with most of the terms used in the CISG, the concept of usage must be interpreted autonomously, without resorting to the domestic law of the courts or to any other particular domestic concepts or perceptions. Accordingly, usages within the meaning of the CISG include all those actions or modes of behaviour (including omissions), which are generally and

Por su parte los Principios de Unidroit⁸³, en su artículo 1.9, señalan:

Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil.

Igualmente, ese reconocimiento internacional y su creciente aceptación en el ámbito jurisprudencial ha generado que el legislador colombiano establezca que esos usos internacionales de comercio sean aplicados por el árbitro. Este es el caso de la reciente Ley 1563 de 2012, en cuyo artículo 101 se establece que el árbitro decidirá “teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

Finalmente, la *Lex mercatoria* ha obtenido un pleno reconocimiento en el ámbito contencioso, particularmente en el campo del arbitraje internacional, reconocimiento que se ha dado igualmente por las cortes locales. Así, por ejemplo, en la sentencia de la *Corte di Appello di Genova* (Italia) del 24 marzo de 1995 se señaló que una Cláusula FOB (puerto de embarque convenido) en un contrato internacional es un uso internacional vinculante entre las partes de acuerdo a lo establecido en el artículo 9.1 de la Convención de Viena de 1980 (“Osservato che secondo lo schema accettato della vendita internazionale FOB –Franco a bordo– porto d’imbarco convenuto [vincolante *inter partes* quale uso internazionale ex art. 9 CISG]...”)»⁸⁴.

regularly observed in the course of business transactions in a specific area of trade or at a certain trade centre, and independently of whether the relevant commercial circles believe that they are binding. In contrast to usages to which the parties are bound under Article 9(2) CISG, it is not necessary that the usages referred to in Article 9(1) be ‘widely known’ or international. Local, regional or national usages may also be relevant if the parties agreed to them”: FRANCO FERRARI. “What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG”, 25 *International Review of Law and Economics*, septiembre de 2005, pp. 314 a 341.

⁸³ Disponibles en [<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>].

⁸⁴ Disponible en inglés en la página web: [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950324i3.html>].

En otro caso un tribunal, tras señalar que “los INCOTERMS están incorporados en la Convención en virtud del párrafo 2 del artículo 9.º”, indicó que, con arreglo a tal párrafo, “las definiciones de los INCOTERMS deben aplicarse al contrato aunque no haya una referencia expresa a ellos en éste”⁸⁵. Así, el tribunal sostuvo que, al incorporar un término CIF a su contrato, las partes tenían la intención de aludir a la definición de ese término contenida en los INCOTERMS. Se pueden encontrar afirmaciones similares en un laudo arbitral, así como en el fallo del tribunal de un Estado diferente, en el que el tribunal interpretó una cláusula FOB por remisión a los INCOTERMS aunque las partes no los habían mencionado expresamente⁸⁶.

En ese mismo sentido un tribunal ha sostenido que los Principios Unidroit aplicables a los contratos mercantiles internacionales constituyen usos del tipo señalado en el párrafo 2 del artículo 9.º de la Convención. Del mismo modo, un tribunal arbitral estimó que los Principios del Unidroit reflejaban los usos del comercio internacional⁸⁷.

5. Fuentes de producción normativa de la *Lex mercatoria*

Varias han sido las fuentes de producción normativa de ese Derecho autónomo e independiente. Lo que constituye la nueva *Lex mercatoria* no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional, y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante. Se trata de lo que genéricamente se califica como usos y costumbres del comercio internacional, las condiciones generales de venta aceptadas en ciertos

⁸⁵ Caso Clout n.º 447 (Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos de América, 26 de marzo de 2002), disponible en [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020326u1.html>].

⁸⁶ Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia. Federación de Rusia. Laudo del caso n.º 406/1998, del 6 de junio de 2000, disponible en [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000606r1.html>].

⁸⁷ Una lista de casos relacionados con la interpretación del artículo 9.º de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa internacional se puede encontrar en [<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-cases-09.html>].

sectores del comercio internacional, los contratos tipo para la negociación de productos y servicios. Éstas son técnicas de unificación jurídica que, prescindiendo de los Estados, inciden de manera directa en las transacciones comerciales internacionales, y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional⁸⁸.

Así, los usos comerciales internacionales tales como los recopilados o formulados por la Cámara de Comercio Internacional, las costumbres y contratos estándar “formulados por agencias internacionales”, entre las que se encuentran aquellas elaboradas en el seno del *London Corn Trade Association*, la *International Air Transport Association*⁸⁹ y la *Lloyds Marine Insurance Policy*⁹⁰, constituyen típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma, cuya desconexión respecto de los sistemas jurídicos nacionales se completa a través de la institución del arbitraje comercial internacional.

La *Lex mercatoria* se deriva también de los principios que son universalmente reconocidos al punto de ser considerados independientes de cualquier sistema u ordenamiento legal e, inclusive, de las convenciones internacionales. Ejemplos de esos principios son el *pacta sunt servanda*, el cual se constituye como uno de los puntos centrales sobre los cuales ha girado el desarrollo de la *Lex mercatoria*, no sólo en el plano académico sino también en lo que concierne a su recepción por parte de los ordenamientos. Conforme a este principio, los contratos deben cumplirse según sus términos⁹¹, y con base en esto, los jueces han de juzgar la controversia según la ley que las partes hayan dispuesto⁹². Allí coinciden igualmente la gran mayoría de los ordenamientos nacionales de los países

⁸⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.

⁸⁹ [<http://www.iata.org/Pages/default.aspx>].

⁹⁰ [<http://www.lloyds.com>].

⁹¹ CHARLES MOLINEAUX. “Moving toward a Construction Lex mercatoria, a Lex Constructionis”, *Journal of International Arbitration*, vol. 8, n.º 1, 1991, p. 56.

⁹² 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 3, del artículo 1:101 de los PDEC, y el preámbulo de los Principios de Unidroit, observando así las disposiciones de los artículos 1:102: sobre *Libertad contractual* de los PDEC, y 1.3, acerca del *Carácter*

de economía de mercado en que las relaciones comerciales internacionales de carácter privado deben desenvolverse dentro de la más amplia libertad contractual⁹³.

A continuación nos referiremos brevemente a los modos de exteriorización o expresiones de la *Lex mercatoria*.

5.1. Los usos y prácticas ya reconocidos por diferentes agencias internacionales

Uno de los logros más importantes de la comunidad internacional de comerciantes en el último siglo ha sido la codificación o compilación de las reglas y usos comerciales considerados más importantes para el desarrollo del comercio internacional. La labor de codificación o compilación de esos usos es de suma importancia por la certeza que otorgan dichas compilaciones a los operadores del tráfico jurídico. Si bien esas compilaciones pueden llegar a desconocer algunos de los caracteres de la *Lex mercatoria* (flexibilidad, p. ej.), las mismas otorgan un mayor grado de certeza jurídica para los comerciantes. Así, las compilaciones de Términos Comerciales Internacionales (INCOTERMS), de Reglas Uniformes para el Crédito Documentario (Reglas UCP 600), de Cartas de Crédito Contingente (ISP/98), y las Reglas de York y Amberes se constituyen no sólo en la materialización de la *Lex mercatoria* sino también en la obtención de instrumentos de obligatorio uso en el ámbito de la contratación internacional.

5.2. La estandarización de las formas contractuales

Las condiciones generales y los contratos tipo, que son cada vez más numerosos y de frecuente empleo en la práctica internacional, involucran un amplio volumen de transacciones referidas a sectores muy concretos. Pese a tener como única fuerza jurídica aquella que las partes le confieren a partir de su aceptación, constituyen una importante manifestación de la *Lex mercatoria* por la

vinculante del contrato de los Principios de Unidroit, como manifestaciones del principio *pacta sunt servanda*. CAMILO FRANCO LEGUÍZAMO. “De la *Lex mercatoria* a la *lex constructionis*”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6 n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁹³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA. *Derecho mercantil internacional...*, cit.

existencia de un convencimiento, *prima facie*, de que han sido elaboradas de forma equitativa por los operadores jurídicos intervinientes en una específica rama de actividad comercial o industrial. En ellos se normalizan los enfoques jurídicos de distintos países y culturas, y se da respuesta a las preguntas más frecuentes sobre la redacción de acuerdos comerciales internacionales. Con independencia de que estos instrumentos puedan ser vehículo de la “autonomía conflictual” cuando incorporan una cláusula de elección de leyes, por lo general constituyen una manifestación de la ‘autonomía material’ en la contratación transnacional. Partiendo, pues, de su inclusión manifiesta en el ámbito contractual, su generalización como instrumento simplificador del comercio internacional ha añadido una nueva perspectiva de autorregulación que ha tenido la virtud de uniformar múltiples usos mercantiles siendo por lo general bien acogidos por asegurar un cierto equilibrio entre las partes contratantes⁹⁴.

Los contratos modelo o estándar, así como las cláusulas modelo, son siempre escritas, se preparan anticipadamente e, inevitablemente, siempre son remitidas de una parte a la otra, la cual, generalmente, acepta sus términos sin mayor discusión o deliberación⁹⁵. Esas cláusulas o contratos son, como lo señala BIANCA⁹⁶, al hacer referencia a las condiciones generales de contrato,

... las cláusulas que un sujeto, llamado predisponente, utiliza para regular, de manera uniforme, sus relaciones contractuales. En su definición jurisprudencial, estas condiciones están destinadas a regular una serie indefinida de relaciones, en contraposición a las cláusulas que elaboran mutuamente las partes en las relaciones particulares. El predisponente es, por lo general, un empresario que utiliza las cláusulas para disciplinar de manera uniforme las relaciones referidas a la prestación de bienes y servicios a la clientela.

⁹⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 35 a 78.

⁹⁵ ALEJANDRO M. GARRO. “Rule – Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law”, en IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS y MARISE CREMONA (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*”, London, Sweet & Maxwell, 2001.

⁹⁶ MASSIMO BIANCA et al. *Derecho civil: el contrato*, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 364.

Ahora bien, en lo que al comercio internacional se refiere, es pertinente hacer una distinción entre la manera como funcionan las formas o modelo de contrato estándar en ese comercio y en el ámbito local: en el comercio internacional, a diferencia de lo que acontece con las operaciones mercantiles comerciante-consumidor, el uso de las mismas se presenta entre individuos (comerciantes) con un mismo poder de negociación, por lo que no se considera que exista una parte débil o en desventaja sometida a la mera aceptación o imposición de la forma propuesta por la parte fuerte. De esa manera, encontramos que en la práctica internacional las partes y sus abogados no se ven, generalmente, obligados a aceptar el modelo, sino que más bien lo utilizan como un punto de partida para la redacción del contrato. No se presenta la política del “tómelo o déjelo”, propia de las operaciones de consumo a nivel local, e inclusive internacional⁹⁷.

Así, en la práctica comercial internacional no se presentan entonces las mismas condiciones o modo de utilización de los contratos modelo o estándar que en el ámbito local. Primero, y como lo mencionábamos, por el hecho de que se entiende que son operaciones entre iguales, es decir, comerciantes con la misma capacidad de negociación⁹⁸. Pero también, porque en la práctica internacional esas condiciones generales de contrato, o contratos modelo, provienen no del comerciante, sino de la institución internacional que representa los intereses de toda la comunidad de comerciantes. Es decir, el comerciante no elabora la forma o modelo, como sí sucede en el campo local con las condiciones generales del contrato, sino que adopta una forma modelo que ha sido previamente elaborada por la institución que representa el interés de todos los comerciantes en el ramo del comercio internacional de que se trate⁹⁹.

⁹⁷ ALEJANDRO M. GARRO. “Rule – Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law”, cit.

⁹⁸ Aunque, como lo señala GARRO, en algunos casos sí se presentan negociaciones entre partes con diferente poder de negociación, por lo que el proceso de negociación puede terminar, como sucede en el campo local, en uno de “tómalo o déjalo”.

⁹⁹ “The noted difference between standard terms used in international business transactions and adhesion contracts typically envisioned by domestic consumer legislation does not deny the existence of some kind of connection between the two. International contracts are not always concluded between parties of equal bargaining power, and even though the possibility of changing the standard terms offered by one party is always there, it often happens that the party who is in a weaker bargaining position ends up accepting the standard contract or term in the form in which it is made. However,

La utilización de esas formas contractuales tiene su fundamento principal, claro está, en el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad por parte de los Estados. Igualmente, se fundamentan en la aceptación o aplicabilidad de la forma o contrato modelo en el sistema jurídico en donde se pretendan utilizar, en su validez a la luz de la ley aplicable al contrato y en su no contradicción con las normas de orden público de los Estados involucrados en la transacción¹⁰⁰. Así, si la forma adoptada no puede ser aplicable a un régimen jurídico en particular lo más apropiado es su no utilización.

Tenemos entonces que en el campo de la contratación internacional han sido variados los esfuerzos y los resultados positivos para elaborar formas o modelos estándar. En ese sentido, la labor de la gran mayoría de instituciones que representan los intereses de los comerciantes a nivel internacional se ha enfocado en la recopilación de los usos y prácticas reconocidas plenamente y en su materialización a través de fórmulas contractuales modelo. Fórmulas que a su vez se han convertido en un determinante de los modos de comportamiento de aquellos agentes del comercio que no pertenecen a esas instituciones o, inclusive, mercados. Ello, en buena parte, porque se ha considerado que esas fórmulas modelo se constituyen en estándares que reflejan buenas costumbres en las materias sujetas a su regulación. Así, por ejemplo, los modelos contractuales de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores –FIDIC–¹⁰¹ en materia de contratos de construcción internacional se han convertido en el parámetro general en esa materia, influenciando, inclusive, la contratación de servicios de construcción a nivel local. Por ello, consideramos pertinente reiterar que en la elaboración de esos contratos modelo cuentan mayoritariamente los usos y las prácticas plenamente reconocidas, por lo que su aplicación se considera adecuada para el ramo de negocios que lo utiliza.

unlike the typical consumer transaction, in the typical international business transaction a stringent standard term may have been accepted by the other party for a quid pro quo or a good business reason, or at least this is what in most cases it may be fairly presumed to have happened. If that was not the case, a court or arbitral tribunal will be required to police the terms of the contract in the same way as if it would be an adhesion contract in a domestic setting”: ALEJANDRO M. GARRO. “Rule-setting by private organizations, standardization of contracts, and the harmonization of international sales law”, cit.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ [www.fidic.org].

Consideraciones finales

Tenemos pues que el comercio internacional de la actualidad, tal y como sucedía con aquel de la Edad Media, se rige en muy buena medida por un sistema normativo resultante de las normas creadas por aquellos que interactúan en dicho comercio, y que a su vez tiene como destinatarios a esas mismas personas (comerciantes), en lo que podríamos considerar en sí misma una forma de autorregulación. Autorregulación que tiene como único propósito el logro de un mejor derecho o sistema de normas para el comercio internacional. Sistema que parece ser autónomo e independiente de los sistemas jurídicos nacionales, no obstante su reciente aceptación por estos sistemas. A su vez, un sistema en formación cuyos desarrollos y beneficios para los mercados ya son evidentes por lo que se espera que con el tiempo adquiera una mayor y mejor identidad que le permita gozar de plena independencia a favor del comercio mismo.

Bibliografía

ALTAMIRANO PORTOCARRERO, JOSÉ C. “Herencia positivista convertida en legalismo”, *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1 de 2007.

ARIZA HIGUERA, LIBARDO y DANIEL BONILLA MALDONADO. “El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

BARBOSA DELGADO, FRANCISCO R. “El Derecho y la Historia: mirada convergente en la globalización”, en *El Derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BERMAN, HAROLD J. “The New Law merchant and the Old sources, content, and legitimacy”, en *Lex mercatoria and Arbitration*, Transnational Juris Publications, 1990.

BELLEY, JEAN-GUY. “L’État et la regulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique des pluralisme juridique”, en *Sociologie et sociétés*, cap. XVIII, n.º 1. Abril de 1986.

BERMAN, HAROLD J. “The New Law merchant and the Old sources, content, and legitimacy”, en *Lex mercatoria and Arbitration*, Transnational Juris Publications, Paris, 1990.

BOBBIO, NORBERTO. “Teoría General del Derecho”, Bogotá, Ed. Temis, 1987.

BORTOLOTTI, FABIO. “The Unidroit Principles and arbitral tribunals”, en *International Uniform Law Conventions, Lex Mercatoria and Unidroit Principles*, Verona University (Italy), Facultad de Derecho, 4 a 6 de noviembre de 1999, *Uniform Law Review*, 2000.

BOUTIN, GILBERTO. “*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho Internacional Privado panameño”, *Revista Lex*, Colegio Nacional de Abogados, 1991.

CADENA AFANADOR, WALTER RENÉ. “La nueva *Lex mercatoria*: un caso pionero en la globalización del derecho”, *Papel Político* n.º 13, octubre de 2001, Bogotá, Universidad Javeriana.

CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA. “La *Lex mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales”, en *Nueva Lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006, p. 59.

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *Lex mercatoria*”, en *Derecho Internacional de los Negocios-Alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, n.º 18, Universidad de Murcia, 2000.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Law: a map of misreading. Towards a postmodern conception of law”, *Journal of Law and Society* n.º 14 (3), 1987.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Porto Alegre, Sergio A Fabris, 1988.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA. *Derecho Mercantil Internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1993.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. IV, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII, *Comercio exterior*, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), Madrid, Iustel, 2009.

FERRARI, FRANCO. “What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG”, *25 International Review of Law and Economics*, septiembre de 2005.

FRANCO LEGUÍZAMO, CAMILO. “De la *Lex mercatoria* a la *lex constructionis*”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ. “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 47, n.º 2, 1995.

GARRO, ALEJANDRO M. “Rule-Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law”, en IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS y MARISE CREMONA (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

GIMÉNEZ CORTE, CRISTIÁN. “Los usos comerciales y el Derecho de fuente convencional en el Mercosur”, en *Derecho Privado y Globalización*, t. I, Bogotá, 2005.

GOLDMAN, BERTHOLD. “The applicable law: general principles of law: a new law merchant”, en J. LEW. *Contemporary problems in international arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.

HOBBS, THOMAS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

JUSTICE MUSTILL, LORD. “The New *Lex mercatoria*: The first Twentyfive Years”, art. 7.º, 2, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

KASIRER, NICHOLAS. “Lex-Icographie Mercatoria”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, 1982

LEW, JULIAN D. M.; LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN M. KROLL. “Comparative International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, Hague, 2003.

LÓPEZ RUÍZ, FRANCISCO. “El papel de la Societas Mercatorum en la creación normativa: la *Lex mercatoria*”, en *1 Jornada del Seminario Internacional Permanente*, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, *Fuentes del Derecho y Sociedad Civil*, Madrid, Universidad Carlos III, 25 de febrero de 2010.

MILENKOVI-KERKOVI, TAMARA. “Origin, development and main features of the new *Lex mercatoria*”, *The Scientific Journal Facta Universitatis*, Serie Economics and Organization, vol. 1, n.º 5, University of Niš, 1997.

MOLINEAUX, CHARLES. “Moving toward a Construction *Lex mercatoria*, A Lex Constructionis”, *Journal of International Arbitration*, vol. 8, n.º 1, 1991.

MUSTILL, MICHAEL. “The New *Lex mercatoria*: The First Twenty-five Years”, *Arb. Int’l*, 1988.

ROPPO, VINCENZO. “El contrato del dos mil”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

SCHMITTHOFF, CLIVE. *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964.

SEGURA ORTEGA, M. “El movimiento del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, x, 1993.

TAMANAH, BRIAN Z. “Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper n.º 07-0080, mayo de 2008.

TEUBNER, GUNTHER. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997.

WIENER, JARROD. *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Editorial Pinter, 1999.