

Jenner Alonso Tobar Torres*

La nueva Lex Mercatoria o de cuando la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la nueva Lex Mercatoria en el comercio internacional

The new Lex Mercatoria or when reality is stranger than fiction. Attacks and defenses of the new Lex Mercatoria in international trade

Fecha de recepción: 2 de enero de 2012

Fecha de aprobación: 30 de febrero de 2012

RESUMEN

En las últimas décadas la literatura jurídica ha sido escenario de un amplio debate en torno a la aparición de la nueva lex mercatoria en el derecho mercantil internacional, discutiéndose, entre muchos aspectos, su papel en el sistema de fuentes jurídicas y en consecuencia su aptitud para ser fuente de derecho en la resolución de los conflictos mercantiles.

Palabras Claves: nueva lex mercatoria, globalización, comercio internacional, contratos internacionales, arbitraje internacional, international arbitration.

ABSTRACT

In recent decades the legal literature has been the scene of extensive discussion around the emergence of the new lex mercatoria in international commercial law, discussing, among many things, his role in the system of legal sources and therefore its ability to be a source of law in the resolution of commercial disputes.

Key words: World-System Theory, International Relations, Asymmetric Power Relations, Globalization.

239

*Abogado, LL.M, Universidad Nacional de Colombia. Estudiante de los cursos de doctorado en derecho civil de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: jenaltoto@hotmail.com.

I. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA ANTIGUA LEX MERCATORIA Y SU RENACIMIENTO EN LA CONTEMPORANEIDAD.

El comercio es una actividad que acompaña al hombre desde que las primeras comunidades existentes comenzaron a intercambiar productos con sus semejantes. Hacia el siglo XI las sociedades medievales experimentaron una expansión del comercio que reconfiguraría la composición social y economía de las sociedades, siendo el comercio internacional uno de los sectores-guía del desarrollo que se experimentó en Europa desde el siglo XI¹.

Entre los siglos XI y XII se empezaron a realizar ferias de comercio que constituían exposiciones regionales de toda clase de productos que contaban con la concurrencia de gente de varias ciudades, es decir, no se podía asimilar a mercados locales, si no que a las ferias acudían personas de diversas regiones. Estas ferias eran reguladas por un derecho especial que se conocía como “la paz de la feria” con características propias, como, por ejemplo, la suspensión de la prohibición de la usura o de las acciones judiciales, de tal suerte que las prácticas surgidas de dichas ferias crearon una nueva amalgama de prácticas mercantiles².

El ejercicio de estas ferias resultó de trascendental importancia para el desarrollo de las prácticas mercantiles, toda vez que aparecieron normas similares en todas las ciudades que daban respuesta a las necesidades de una clase social determinada: los comerciantes, los cuales a partir de costumbres y prácticas comenzaron a formar un derecho común para el comercio en todas las ciudades europeas³.

En general, sistemas jurídicos como el canónico, el romano o el derecho germánico no fueron capaces en dar una respuesta adecuada a las nacientes relaciones mercantiles, por lo cual, ante la insuficiencia que los

¹Cipolla, Carlos M, *Historia económica de la Europa preindustrial*, Barcelona, Ed. Crítica, 2003, p. 256.

²Marzorati, Osvaldo J, *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, p. 3.

³Fernandez Rozas, José Carlos, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 29.

sistemas jurídicos imperantes en esta época demostraron ante las nuevas dinámicas mercantilistas que emergían⁴, comenzó a crearse un ordenamiento jurídico especial para el gremio de comerciantes y, por tanto únicamente a ellos era aplicable.

Con el transcurso del tiempo estos mercaderes comenzaron a tomar conciencia de clase, lo cual derivó en la aparición de corporaciones que aglutinaban a los comerciantes de determinado producto o sector. Surgen de este modo las corporaciones, con el fin de defender y organizar la actividad comercial y, para ello se proveyeron de sus propias normas y facultades, entre las que se encontraban designar sus propias autoridades que se denominaron cónsules⁵.

Los cónsules, trabajaban a partir de las reglas y principios comunes a los mercaderes y que con el paso del tiempo dichas costumbres se recopilaron y organizaron dando origen a los que se conoce como los estatutos. *“Tales estatutos, y las normas y usos surgidos de las ferias, fueron formando un cuerpo de doctrina y jurisprudencia que con el tiempo adquirió la eficacia de verdaderas leyes, destinadas a regular únicamente las relaciones entre comerciantes. Nace de esta forma el derecho comercial autónomo, diferenciando de la ley civil”*⁶.

241

De la mano de los estatutos, aparece entonces un derecho corporativo que se fue expandiendo rápidamente por el continente europeo, apareciendo primero en Italia, posteriormente en Holanda (las guildas flamencas), en Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania (la Liga Hanseática)⁷.

Como se observa, este derecho corporativo comenzó a tener gran acogida en la mayor parte de Europa, inclusive, en países como España la figura de los consulados perduró mucho tiempo, al punto de que hasta entrado el siglo XVIII existieron consulados en ciudades americanas, claro está, dentro del contexto de la colonia⁸.

⁴Ibid. p. 29.

⁵Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, op. cit, p. 4.

⁶Ibid. p. 24.

⁷Cadena Afanador, Walter René, “La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del derecho”, en *Papel Político*, No. 13, Bogotá D.C, Universidad Javeriana, 2001, p. 106.

⁸Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios*

Surgió entonces la *lex mercatoria*, como un derecho de clase, creado por comerciantes, para comerciantes y, con procedimientos e instancias propias, “*un derecho especial de carácter estatutario, procedente de las costumbres, elaborado por comerciantes agremiados y aplicado por los tribunales especiales*”⁹.

En efecto, durante su desarrollo, la *lex mercatoria* dio origen a varios corpus normativos e instituciones que se encargaron de aplicar dichos corpus. Esta dinámica mercantilista terminó derivando lentamente en la creación de una jurisdicción especial: la jurisdicción de los comerciantes, ya que con el paso del tiempo las corporaciones crearon verdaderos procedimientos judiciales en los cuales los cónsules decidían y existían recursos ante supercónsules, que se caracterizaban por su celeridad e informalidad, esta última considerando que eran los propios comerciantes quienes acudían a la resolución de sus conflictos, sin necesidad de una persona versada en los conocimientos del derecho, por lo que los fallos de los cónsules, aunque basados en los estatutos y costumbres, se fundamentaban en la equidad¹⁰.

Los corpus normativos que surgieron en esta época, son en su gran mayoría recopilaciones de los usos y costumbres imperantes, de allí que la costumbre sea uno de los elementos fundamentales en el desarrollo de esta *lex mercatoria*.

Entre los corpus normativos más sobresalientes en la edad media tenemos el estatuto del Arte de la lana de Florencia (1301); el Breve Mercatorum de Pisa (1316); el capitulare Nauticum de Venecia (1295); el Breve Curiae maris de Pisa (1298)¹¹; las *Rôles d' Oléron* (redactadas en el siglo XI y, que contienen los usos de las costas del océano atlántico, por lo cual tuvo gran importancia); el *Libro del consulado del Mar*¹² (surge en el siglo XIV y,

⁹transnacionales, op. cit. p. 30

¹⁰Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, op. cit. p. 31.

¹¹Ibid. p. 30

¹²Ascarelli, Tilio, *Iniciación del estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch, 1994. Citado en Cadena Afanador, Walter René, *La nueva lex mercatoria: la transnacionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2004, p. 70.

¹³Sobre este particular Vid, Iglesia Ferreiros, Aquilino, “El libro del consulado de Mar”, en Petit, Carlos (Editor), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales,

recoge los usos y costumbres de la navegación mediterráneas); las “Ordenanzas Marítimas” en la liga Hanseática y, en el contexto anglosajón el *Little Red Book de Bristol*¹³ (1280)¹⁴.

La *lex mercatoria* tuvo un gran desarrollo en toda Europa y determinó la dinámica de vida de las sociedades medievales, especialmente aquellas en las que las actividades mercantiles desarrollaban un papel importante, en dicho desarrollo la *lex mercatoria* adquirió características propias¹⁵, a saber, ser i) un derecho especial, frente a los derechos generales como el romano o el germánico, ii) un derecho profesional, en razón a la calidad especial que tenían quienes lo desarrollaban: los comerciantes, iii) un derecho consuetudinario, iv) un derecho con su propio sistema judicial.

Estas características permitieron a la *lex mercatoria* desarrollar la gran importancia que ostentó en la edad media. Sin embargo, con el fin de la edad media y la entrada en vigencia de las nuevas concepciones intelectuales que consigo trajo el renacimiento, la *lex mercatoria* entró en un proceso de franca decadencia.

Hacia el S. XVI el proceso de surgimiento del Estado Moderno estaba alcanzando un punto determinante, de tal suerte que la configuración de nuevos Estados terminó con la gran mayoría de instituciones de carácter feudal. La soberanía como una de las características determinantes del Estado moderno entró en franca lid con la autonomía y especialidad del derecho de los mercaderes, de tal suerte que el Estado asumió el control de la actividad mercantil y del derecho comercial, mediante la incorporación del derecho mercantil en el derecho nacional¹⁶.

1997, pp. 109-142.

¹³Sobre este particular y el desarrollo de la *lex mercatoria* en gran Bretaña, Vid, Coquillete, Daniel, “*Incipit lex mercatoria*, que, quando, ubi, inter quo sete de quibus sit. El tratado del *lex mercatoria* en el *Little Red Book de Bristol*”, en *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Petit, Carlos (Editor), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, pp. 143-228.

¹⁴Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, op. cit. pp. 31-32.

¹⁵Oviedo Alba, Jorge, “Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas Sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como *lex mercatoria*” en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Oviedo Alba, Jorge (Compiladores), *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales, Colección derecho privado y globalización*, T. 2, Bogotá, Grupo editorial Ibañez, 2006, p. 26.

¹⁶Cadena Afanador, Walter René, *La nueva lex mercatoria: la transnacionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2004, p. 71.

A ello se suma, el desplazamiento de los principales centros de comercio desde Italia y Alemania hacia Holanda, Inglaterra y Francia¹⁷, países en los cuales la experiencia de consolidación del Estado- Nación se dio con más fuerza.

Este proceso de consolidación de la soberanía estatal y el consecuente desmedro de la autonomía del derecho de los mercaderes se expandió a lo largo de los siglos XVI al XVIII y, alcanzó su punto máximo durante finales del S. XVIII e inicios del S.XIX, conociéndose con el nombre de codificación y, que tuvo su principal y más influyente desarrollo en Francia.

En efecto, terminada la revolución francesa, una de los objetivos de la burguesía triunfante era terminar con toda clase de privilegios, entre ellos los de los comerciantes, pues se consideraban como privilegio el tener sus corporaciones y regirse por sus propias leyes¹⁸. Años más tarde, con el asenso de Napoleón Bonaparte al poder, el proceso codificador alcanzó su clímax, pues el conocido código de Napoleón fue promulgado y todas aquellas otras normas existentes quedaron derogadas.

Ahora bien, que sea precisamente entre los siglos XVIII y XIX cuando alcanza su clímax el movimiento codificador y nacionalizador del derecho privado se conoce como “la paradoja legal de la codificación”, ya que es a partir de esta época que con el inicio de la revolución industrial comenzó a surgir una sociedad basada en la actividad mercantil inspirada en ideales de practicidad y de ganancia, caracterizada con una extraordinaria expansión del sector mercantil, la presencia de una notable clase mercantil dotada de considerables capacidades empresariales, abundante reserva de mano de obra artesanal calificada y una relativa abundancia del alfabetismo y de capital¹⁹.

Así, resulta paradójico que mientras en el S. XIX se nacionalizaba el derecho privado, en esta misma época se adelantaba el proceso que llevó al

¹⁷Cadena Afanador, Walter René, “La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del derecho”, en *Papel Político*, No. 13, Bogotá D.C, Universidad Javeriana, 2001, p. 106.

¹⁸Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, op. cit. p. 4.

¹⁹Cipolla, Carlos M, *Historia económica de la Europa preindustrial*, Barcelona, Editorial Crítica, 2003, p. 361.

cambio de una economía artesanal y agrícola de alcance regional o nacional a una economía industrial muy internacionalizada²⁰.

Encontramos entonces que justamente la consolidación del proceso que dio fin a la *lex mercatoria* medieval sentó las bases que dieron inicio a un lento proceso de transformación en el derecho comercial internacional que encontraría su apogeo hacia finales del S. XX con la aparición de lo que fue considerado una nueva *lex mercatoria*, que por sus condiciones de surgimiento y características fue comparada con la *lex mercatoria* medieval. De ello nos ocuparemos a continuación.

II. LOS ESFUERZOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO COMO CONTEXTO DE APARICIÓN DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA*

Las relaciones mercantiles modernas atraviesan por un proceso de apertura y de transnacionalización que ha reconfigurado el panorama del comercio mundial. En efecto, en razón al conocido fenómeno de la globalización²¹ las relaciones mundiales han sufrido una progresiva transformación, de tal suerte que son muchos más actores los que aparecen desempeñando roles importantes en la actividad mercantil transnacional.

La globalización o transnacionalización ha incentivado la aparición de procesos tendientes a generar la desterritorialización de los centros de decisiones políticas y económicas, así como la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo²², lo cual ha llevado a que dentro del tráfico mercantil internacional se haya visto en las últimas décadas el surgimiento de nuevos actores y dinámicas de

245

²⁰Calvo Caravaca, Alfonso Luis, Carrascosa Gonzalez, Javier, “Los contratos internacionales y el mito de la “nueva *lex mercatoria*” en Zapata de Arbelaez, Adriana (compiladora), *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 63.

²¹Muchos debates se han suscitado en torno al tema de la globalización, en los cuales no entraremos en detalle porque no constituyen el objeto del presente trabajo. Sin embargo, para adoptar una definición de globalización se recoge la definición de Beck que resulta muy pertinente para el objeto de estudio. En este sentido, por globalización entendemos “*los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios*” Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidos, 2001, p. 29.

²²Fariñas Dulce, María Jose, “De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos

regulación que han reconfigurado el papel del Estado en la economía y su poder decisorio sobre la misma²³.

La actividad de los operadores del tráfico mercantil ha causado una total reconfiguración en el campo del derecho comercial internacional²⁴ que se ha manifestado principalmente en la progresiva pérdida del formalismo jurídico, expuesta en la permisión del derecho comercial internacional a abrir sus puertas a nuevos actores y a nuevas dinámicas de producción del derecho que rompen con la idea clásica de producción jurídica estatal, para dar campo a una creación normativa de carácter transnacional, basada en la autorregulación privada, de tal forma que dé respuesta a las necesidades de los operadores mercantiles²⁵.

Este panorama ha derivado en que los actores del tráfico mercantil e inclusive, los doctrinarios iusprivatistas, coincidan en la necesidad de que el campo jurídico transnacional comience una inevitable tendencia hacia la unificación del derecho privado, procurando que el derecho nacional abra sus puertas al derecho transnacional, en la medida que el primero se adapte a las soluciones que el segundo ofrece, “*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 en este sector*”²⁶.

Los esfuerzos tendientes a la unificación del derecho mercantil surgen como algo de suyo necesario y conveniente si se considera que el panorama mercantil internacional se caracteriza actualmente por la aparición de nuevos tipos de contratos, las dificultades de calificación de estas nuevas formas contractuales, la cada vez mayor complejidad en las relaciones y formas contractuales de los actores, cierta resistencia de los mismos a que

escenarios jurídicos”, en *Derechos y Libertades*, No. 8, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 182.

²³Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 21-22.

²⁴Cadena Afanador, “La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del derecho”, op.cit. p. 104.

²⁵Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, op. cit, pp. 21-25.

²⁶Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, op. cit. pp. 339-440.

²⁷Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, op. cit. pp. 8-11.

el Estado regule sus relaciones, y la consecuente expansión del arbitraje como método de solución de conflictos²⁷.

Ahora bien, este predicado proceso de unificación del derecho privado no es algo precisamente novedoso o pacífico. Desde inicios del S. XX, cuando los códigos civiles decimonónicos, diseñados para sociedades agrarias y artesanales, resultaron cada vez menos adecuados para responder a las exigencias de una sociedad y de un comercio cada vez más industrializado e internacionalizado, surgieron las primeras propuestas de unificación del derecho privado.

En un primer momento, dentro del marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de 1893, se intentó crear una normativa universal de derecho internacional privado; tentativa que fracasó en razón a las grandes diferencias existentes en los sistemas de Derecho Internacional Privado de los países occidentales, así como la imposibilidad de consolidar una interpretación uniforme en los diversos Tribunales Nacionales²⁸.

Posteriormente los esfuerzos se encaminaron a la creación de convenios internacionales que unificaron sectores particulares del derecho internacional privado, pero sin lograr una unificación generalizada, ni tampoco en el campo de la contratación internacional. Por esta razón, la estrategia utilizada con posterioridad a la segunda guerra mundial fue intentar unificar las “normas de conflicto” relativas a la contratación internacional (vg. Convenio de Roma), pero ello conducía al mismo problema: al final el conjunto de normas que regularía el conflicto correspondían a un derecho nacional²⁹.

Por lo tanto, en las últimas décadas del S. XX se optó por crear normas materiales uniformes para la contratación internacional a través de dos vías: i) creación de normas materiales uniforme por consenso entre los Estados (Vg. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de

²⁸ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, Carrascosa Gonzalez, Javier, “Los contratos internacionales y el mito de la “nueva lex mercatoria”, op. cit., pp. 65.

²⁹ Ibíd. p. 65.

³⁰ Rodriguez Fernandez, Maximiliano, *Costumbre internacional, usos y prácticas mercantiles y Lex*

Mercaderías) o; ii) creación de normas materiales uniformes por parte de los actores del comercio internacional, esta última es lo que se ha conocido como la nueva lex mercatoria.

III. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: ¿EL RESURGIMIENTO DEL DERECHO DE LOS MERCADERES?

La doctrina concuerda en que a partir del S. XIX los términos *lex mercatoria* o *law merchant* desaparecieron de la cultura jurídica, pero es evidente que un siglo más tarde dichos términos han reaparecido en la literatura jurídica³⁰, al punto que en la actualidad resulta imposible abarcar toda la literatura existente en torno a la nueva lex mercatoria.

Uno de los primeros autores en utilizar esta expresión fue Goldman, para quien la nueva lex mercatoria se trata de “*reglas transnacionales que los participantes en los intercambios económicos internacionales se dan progresivamente a sí mismos, notablemente en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros constatarán y precisarán, teniendo en cuenta la intención de su elaboración*”³¹.

Ahora bien, con el ánimo de no extender este acápite innecesariamente exponiendo las numerosas definiciones que se han realizado de la nueva lex mercatoria, recogeremos la definición planteada por Fernández Rozas en razón de su cabalidad: “*La nueva lex mercatoria no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamientos y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan 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 carácter vinculante: lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional”, pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente: los llamados “términos comerciales uniformes”, las*

³⁰mercatoria. disponible online en: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=193&conID=2712> Fecha de consulta: (12.12.2011)

³¹Goldman, Berthold. Citado por Espinosa Pérez, Carlos Antonio, “La lex mercatoria: el verdadero derecho de los negocios internacionales”, en *Revista de Derecho Privado*, Vol. VIII, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, p. 11.

³²Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios*

“condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etc”³².

Durante las últimas décadas del S. XX la doctrina jurídica sostuvo un intenso debate frente a la real existencia, alcance, y naturaleza de la nueva *lex mercatoria*, sin embargo, en los últimos años la mayor parte de la doctrina ha tendido a aceptar que la nueva *lex mercatoria* es un fenómeno que superó la mera ficción en la que varios autores la ubicaban, convirtiéndose en una realidad que llegó para quedarse³³.

En este sentido, las principales discusiones ya no se centran en la existencia de la nueva *lex mercatoria*, sino más bien en establecer sus características y condiciones de aplicación, así como su papel frente al desarrollo de los contratos internacionales. Hoy por hoy, las principales críticas que se le realizan a la nueva *lex mercatoria* recaen sobre sus fuentes, su pretensión de plenitud, su contenido, y sus reales oportunidades de aplicación.

• **Fuentes y contenido de la nueva *lex mercatoria***

Una de las principales dificultades que encuentran quienes defienden la existencia de la *lex mercatoria* reside en la ausencia de una clara delimitación de la misma. Cualquier intento de delimitación de *lex mercatoria* no es tarea fácil, incluso entre quienes proclaman y apologizan su existencia. Así se afirma con razón que no es posible proveer una lista con todos los elementos de la *lex mercatoria*³⁴.

Si se parte de la idea que la *lex mercatoria* es un conjunto de *reglas de comportamientos y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional*, encontramos que la principal fuente de la *lex mercatoria* es el comercio

transnacionales, op. cit. pp. 89.

³²Konradi, Wioletta, Fix-Fierro, Hector, “La *lex mercatoria* en el espejo de la investigación empírica” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 117, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2006. Disponible online en www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex117/BMD11704.pdf. Fecha de consulta: (23.10.2011).

³⁴Fernandez Rozas, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, op. cit. pp. 80.

internacional y, de manera específica quienes lo ejercen de manera amplia y reiterada.

En este orden de ideas creemos que son dos los entes con voz autorizada para definir que hace o que no hace parte de la llamada nueva lex mercatoria: los comerciantes y la jurisprudencia arbitral.

Las asociaciones gremiales de comerciantes con representatividad en el ejercicio del comercio internacional son las primeras corporaciones con autoridad para indicar ciertas reglas y usos que de manera constante se están utilizando en el comercio internacional y, que en consecuencia entran a formar parte de la nueva lex mercatoria.

El ejemplo más claro de ello lo encontramos en la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con los **Incoterms (international commercial terms)**, los cuales son un conjunto de cláusulas que establecen términos comunes universales que facilitan la comunicación entre las partes, estableciendo las obligaciones de las mismas, así como los costos de transporte y de los seguros de las mercancías y a la transferencia de los diferentes riesgos que conlleva el transporte de mercancía.

Recientemente, la CCI actualizó los Incoterms de acuerdo a la práctica y el uso que los mismos venían recibiendo en el comercio internacional. De este modo, la CCI optó por eliminar cuatro reglas, a saber, DDU (Delivered Duty Unpaid), DAF (Delivered At Frontier), DES (Delivered Ex Ship) y DEQ (Delivered Ex Quay), las cuales no eran muy utilizados y, se introdujeron dos nuevos Incoterms, el DAP (Delivered At Place) y el DAT (Delivered At Terminal).

La Cámara de Comercio Internacional también ha realizado la recopilación de las **Reglas y Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentarios UCP**, las cuales fueron actualizadas en el 2006 y denominadas UCP600 y, constituyen un reglamento referente a ciertas consideraciones de los créditos documentarios.

Es de resaltar que los Incoterms y los UCP no son leyes nacionales, ni pertenecen a convenios o tratados internacionales, de tal forma que su

poder vinculante procede de uso reiterado y continuo en el comercio. Por ello, estos Incoterms son el ejemplo paradigmático de los **usos y costumbres internacionales**³⁵.

Los usos y costumbres son entendidos dentro del ámbito comercial como prácticas y hábitos ejercidos por los comerciantes en el desarrollo de su oficio y que gracias a su uso reiterado se convierten en fuente de derecho³⁶. La habitualidad, la generalidad de la práctica y, el objeto comercial sobre el cual recae son elementos definitorios de la costumbre.

De este modo, resulta inevitable la aproximación entre uso mercantil internacional y nueva lex mercatoria³⁷, a tal punto que se podría afirmar que lo que constituye la primera necesariamente forma la segunda³⁸, sin que esta última se agote con los usos mercantiles, pues la actividad de los comerciantes que puede ser considerada como lex mercatoria va más allá.

En efecto, dentro del moderno ejercicio empresarial y comercial es muy común el uso de lo que hoy se denominan **contratos tipo**. En razón a la gran variedad legislativa entre las diferentes naciones, organismos y asociaciones profesionales han elaborado una serie de modelos de contratos tipo, en aras de lograr la uniformidad en los modelos contractuales³⁹.

Estos contratos tipo son reiteradamente usados dentro del ámbito comercial internacional, al punto que instituciones de carácter

³⁵ Autores como Peña Nossa distinguen entre el uso social y la costumbre mercantil. “*La costumbre no se puede confundir con los usos convencionales, por cuanto aquella supone una fuente de derecho objetivo, fundada en prácticas generales, públicas, y reiteradas, tomadas de un grupo social en que son obligatorias, con una aplicación de carácter general, abstracto, permanente y objetivo, mientras que los usos comerciales tratan de interpretar la voluntad contenida en el acto o contrato, por lo que sólo vincula a las partes del negocio específico, constituyendo una especie de fuente de derecho en sentido subjetivo.*” Peña Nossa, Lisandro, *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, Bogotá, Ed. Temis, 2010, pp. 110.

³⁶ Cadena Afanador, Walter René, *La nueva lex mercatoria: la transnacionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2004, p. 74.

³⁷ En numerosos laudos de la CCI, la *lex mercatoria* es asimilada a los usos mercantiles internacionales, tal como lo expone en Grande, Silvana, “*La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*”, en *Dikatlon*, No. 17, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2008.

³⁸ De esta misma, Cfr. Konradi, Wioletta, Fix-Fierro, Hector, “*La lex mercatoria en el espejo de la investigación empírica*”, op. cit. p. 701.

³⁹ *Ibíd.*, p. 77.

internacional y multilateral han abordado la tarea de su redacción, como lo ha venido realizando el Centro de Comercio Internacional surgida en el seno de la UNCTAD y la OMC.

Teniendo en cuenta que en la actualidad el comercio internacional es ejercido prácticamente en su totalidad por empresas o corporaciones, algunos autores otorgan importancia a los **códigos de conducta** como fuente de *lex mercatoria*.

Considerando que la ética empresarial es un factor determinante en el correcto desarrollo del mercado mundial (son conocidos y numerosos los casos en los cuales se han desatado crisis corporativas mundiales originadas en comportamientos no éticos) organismos internacionales como la OIT y la OCDE han adoptado códigos de conducta para las empresas internacionales, como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política social expedida por la OIT y los principios directivos de la OCDE⁴⁰.

Estos códigos señalan, a manera de recomendaciones, un marco regulatorio que orienta la actividad económica de las empresas en la esfera internacional, al punto que en ocasiones los mismos suelen ser incluidos como parte integrante de acuerdos o contratos comerciales, o sus principios incluidos como cláusulas dentro de los contratos internacionales⁴¹.

Otra creación de los empresarios y comerciantes son los **contratos atípicos**. Sus creadores no son los legisladores nacionales sino las *law firms* o los consultores de las más diversas asociaciones internacionales de las distintas actividades empresariales, los cuales han gozado de un elevado grado de uniformidad en el comercio internacional⁴².

Ahora bien, una de las fuentes de producción que escapa directamente a los comerciantes y empresarios es el **arbitraje internacional y la jurisprudencia arbitral**.

⁴⁰Peña Nossa, *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, op. cit., p. 110.

⁴¹Ibíd., p. 111.

⁴²López Ruiz, Francisco, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, en *Revista del Derecho del Mercado*

La importancia del arbitraje en el comercio internacional es innegable, pues es mediante este mecanismo de solución de controversias que las partes acuerdan someter el arreglo de una controversia a un tercero, eludiendo la solución del conflicto mediante los tribunales nacionales, siendo el arbitraje el mecanismo de solución de controversias mayormente utilizado en el comercio internacional.

En efecto, estudios han demostrado que aun en ciudades con especial importancia para el comercio internacional, como Nueva York, Hamburgo, Bremen o Milán, los Tribunales Nacionales únicamente asumen un muy reducido número de asuntos internacionales cada año, cerca del 2% y 3%⁴³.

Mediante la institución del arbitraje, la *lex mercatoria* ha encontrado un aliado excepcional para formarse, toda vez que no pocas veces los casos resueltos en sede arbitral han acudido a reglas y principios que conforman la *lex mercatoria*.

Por medio de la jurisprudencia arbitral, los centros de arbitraje comercial han comenzado a establecer en sus laudos consideraciones en torno a la naturaleza, características y contenido de la *lex mercatoria* y, aunque la aceptación de la misma como derecho aplicable al fondo de una controversia ha sido lenta y cautelosa por parte de los árbitros, estudios al respecto muestran que la acogida de la *lex mercatoria* en la jurisprudencia arbitral es progresiva⁴⁴ y, que con la aparición de los **Principios Unidroit** han comenzado a existir decisiones arbitrales que asimilan en todo o en parte la *lex mercatoria* con dichos principios⁴⁵.

Adicionalmente, la jurisprudencia arbitral ha reconocido una serie de **Principios Generales del Derecho** que también han sido asimilados por la *lex mercatoria*. En palabras de Fernandez Rosas, “*Si no es posible proveer*

Financiero, Diciembre de 2007, Madrid, p. 7.

⁴³ En este sentido, Cfr. Konradi, Wioletta, Fix-Fierro, Hector, “La *lex mercatoria* en el espejo de la investigación empírica”, op. cit., pp. 704 y ss.

⁴⁴ Ver, al respecto, Grande, Silvana, “La *lex mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, op. cit. pp. 217 y ss.

⁴⁵ En este sentido, se pueden consultar los laudos arbitrales N° 7375 de junio de 1996 y N° 8873 de julio de 1997 de la Cámara de Comercio Internacional. Así mismo, se resaltan el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia. Noviembre 5 de 2002. Número

una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, en su formulación se encuentran, en efecto, una serie de principios generales: que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc...³¹. Ahora bien, los denominados “principios generales del comercio internacional”, entendidos como un conjunto normativo que no 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, en función de su generalidad y abstracción no permiten resolver la inmensa mayoría de los litigios comerciales internacionales. Se trata del germen de una tendencia que considera a la *lex mercatoria* como un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales; es decir, que ante la duda sobre el sentido y el alcance de una cláusula de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo”⁴⁶.

- **¿Es la nueva *lex mercatoria* un sistema u orden jurídico autónomo? Oportunidades de aplicación actual de la *lex mercatoria* en el arbitraje internacional.**

Entre las controversias y debates que se han realizado alrededor de la nueva *lex mercatoria*, esta pregunta es tal vez, sobre la que mayor se ha escrito. En consecuencia, resulta apenas lógico que no exista una única respuesta a la cuestión y, por el contrario, existen estudios e

11/02, el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc, con sede en San José (Costa Rica). Abril 30 de 2001, el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Junio de 1995. Número 7110, entre varios otros.

⁴⁶Fernandez Rosas, José Carlos, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. IV, Madrid, Iprolex, 2004, p. 42.

investigaciones que apuntan en direcciones opuestas, lo que refleja no sólo la extrema complejidad del fenómeno del derecho global, sino que sugiere que una respuesta idónea no debe caer en posiciones extremas⁴⁷.

Uno de los padres la teoría de la *lex mercatoria*, Berthold Goldman, fue uno de los primeros autores en afirmar que la *lex mercatoria* era un conjunto de principios y reglas que tenían origen en un proceso espontáneo de creación legislativa, sin vincularse a un sistema jurídico nacional y que escapaba a los dominios de los legisladores nacionales⁴⁸.

No obstante, con posterioridad Goldman matizó sus posiciones estimando que si bien la *lex mercatoria* no es un ordenamiento jurídico sí cumple la función de un orden jurídico, pues existen órdenes jurídicos en proceso de formación que en ciertas fases de su desarrollo son incompletos pero que *funcionalmente* son ordenamientos jurídicos, por lo cual la *lex mercatoria* tendría la virtud de regular, en tanto que es derecho aplicable, relaciones jurídicas contractuales surgidas en el ámbito del comercio internacional⁴⁹.

A fines del S. XX, Peter Klaus Berger realizó una completa revisión de la controversia que hasta entonces se había llevado al respecto. En su estudio Berger consideró que la *lex mercatoria* es, en efecto, un sistema jurídico autónomo y abierto porque se va definiendo mediante la descripción del conjunto de reglas, principios y estándares que lo componen, y que se encuentran en constante elaboración por abogados, árbitros y comerciantes internacionales.

En palabras de Grande, para Berger la *lex mercatoria* “*es un derecho de naturaleza híbrida que combina elementos del derecho comercial y del derecho internacional público, y para cuya sistematización es necesario valerse de un método interdisciplinario que incluya al derecho privado en general, al derecho internacional privado, al derecho internacional público y al derecho comparado. Las características de este tercer orden jurídico*

⁴⁷ Konradi, Wioletta, Fix-Fierro, Hector, “La *lex mercatoria* en el espejo de la investigación empírica”, op. cit.

⁴⁸ Berger, K. P. *The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law*. Disponible en www.translex.org

⁴⁹ Lopez Ruiz, Francisco, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, op. cit., p. 5.

son la universalidad de carácter, la flexibilidad y la capacidad para crecer, la informalidad y rapidez de su desarrollo, y su basamento en la costumbre y la práctica comercial.”⁵⁰

El sostener o no que la lex mercatoria es un sistema u orden jurídico autónomo que puede operar con independencia de los ordenamientos nacionales tiene su relevancia práctica al momento de establecer si la lex mercatoria basta por sí sola para resolver un conflicto.

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de que las partes en sus estipulaciones contractuales elijan como derecho aplicable al fondo del asunto la lex mercatoria y, de la potencialidad de esta para resolver efectivamente el asunto sin acudir al derecho nacional.

Existe cierto consenso alrededor de la idea de que cuando en un contrato se presenta una cláusula de elección de un derecho nacional, o cuando el contrato tiene vínculos muy estrechos con un determinado Estado, la lex mercatoria únicamente podría ser aplicada a título supletorio y así mismo, si las partes eligieren la lex mercatoria como derecho aplicable dentro de una jurisdicción estatal, dicha elección resultaría ineficaz⁵¹.

Ahora bien, ¿Qué sucede si las partes han elegido como derecho del fondo de la controversia una regla de conflicto anacional como la lex mercatoria, o simplemente si no se ha elegido el derecho aplicable?

Alrededor de este tema se ha discutido sobre la autonomía conflictual y material en el derecho internacional privado. De acuerdo con Boggiano, mediante la primera, las partes eligen un derecho aplicable al contrato, mediante las segundas, las partes pueden sustituir normas del derecho aplicable por otras que materialmente las remplazan, pero únicamente aquellas normas dispositivas, por lo cual, mediante la autonomía material, las partes no pueden derogar normas imperativas del derecho interno aplicable para los contratos internacionales⁵².

⁵⁰Grande, Silvana, “La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, op. cit, p. 208.

⁵¹Fernandez Rosas, José Carlos, “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, op.cit., p. 36.

Bajo esta perspectiva, reglas anacionales pueden ser elegidas por las partes en virtud de la autonomía material, derogando disposiciones dispositivas, pero siempre deberá existir un derecho nacional de trasfondo, eventualmente supletorio, que dejara a salvo las normas imperativas internacionales del foro, de un tercer país estrechamente conexo con el caso y las normas de orden público.

En este orden de ideas, encontraríamos que resulta perfectamente admisible que los árbitros en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, apliquen las normas de la *lex mercatoria* conjuntamente con un derecho estatal, dándose un fenómeno de cohabitación normativa.

Empero, eventualmente pueden surgir discrepancias entre el derecho estatal y la *lex mercatoria*, en este caso el árbitro debe buscar la solución que mas responda a las necesidades del caso y, es muy posible que en virtud de su carácter trasnacional y dinámico, la *lex mercatoria* sea la que ofrezca una solución más adecuada.

Fernandez Rosas plantea como ejemplo la obligación de minimizar los daños, la cual está presente en los sistemas de *common law*, mas no es aceptada en muchos sistemas de Derecho escrito; de esta suerte, si el contrato está sometido al Derecho español o colombiano, pero en virtud de su carácter transnacional es regulado por el *lex mercatoria*, es evidente que la regla de minimización de los daños debería ser aplicada, no porque dicha *lex* posea una jerarquía superior, sino porque la ley estatal no da una respuesta pertinente a esta cuestión⁵³.

Ahora bien, si la discrepancia de la *lex mercatoria* surge frente a normas imperativas o de orden público, la solución debe resultar distinta. Es claro que no en pocas ocasiones los efectos de un contrato irradian no solo a las partes, sino que pueden llegar a afectar a la sociedad en general, por lo cual

⁵²Boggiano, Antonio, “La solución de controversias: los Principios de UNIDROIT como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros”, en *Los Principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?* Actas del congreso interamericano celebrado en Valencia, Venezuela del 6-9 de noviembre de 1996, Roma, UNIDROIT, 1998, pp. 170-171.

⁵³Fernandez Rosas, José Carlos, “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, op.cit, p. 42.

los Estados han creado normas de orden público que no pueden ser inaplicadas.

Es el caso de las normas que protegen la competencia y el derecho del consumidor, en las cuales la *lex mercatoria* no tiene mayores desarrollos y que resultan de considerable sensibilidad en el desarrollo de la economía. Por ello, ante la colisión de normas de *lex mercatoria* con normas imperativas estatales deben prevalecer estas últimas, especialmente porque es interés de los árbitros proferir decisiones con virtualidad suficiente para ser efectivamente ejecutadas dentro del respectivo Estado y, si el laudo desconociera una norma de orden público, difícilmente los tribunales nacionales admitirían su ejecución.

Si las partes han guardado silencio frente al derecho aplicable ¿es posible elegir la *lex mercatoria* como un sistema autónomo para regular el conflicto? En principio, creemos que si. Sin embargo, esta respuesta requiere ser morigerada bajo ciertas consideraciones.

Uno de los argumentos que una parte de la doctrina ha esgrimido para considerar que la *lex mercatoria* no es un derecho autosuficiente es indicando que “*la mentada lex mercatoria no es un cuerpo legal de reglas y principios, con parámetros y límites definidos, accesibles y lo suficientemente predecibles*”⁵⁴.

Esta crítica no es para nada infundada, pues es evidente que la *lex mercatoria* no es un cuerpo legal a la manera tradicional de los sistemas jurídicos nacionales, pues sus normas no derivan de un legislador único y, en efecto, su delimitación sustancial nunca ha estado totalmente clara.

Los sistemas jurídicos estatales son originados en un legislador nacional que a su vez derivan su poder de la soberanía estatal. Analizar el surgimiento y la producción de la *lex mercatoria* bajo estos parámetros resulta inadecuado, pues este modelo tradicional de producción normativa es insuficiente ante la complejidad del fenómeno del derecho global.

⁵⁴Feldstein de Cárdenas, Sara, y Scotti, Luciana Beatriz, “¿Soberanía o crisis de la *lex mercatoria*?”, en *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, p. 555.

Novedosos enfoques socio-jurídicos han proporcionado modelos más adecuados al fenómeno de producción jurídica global que los procesos de transnacionalización y globalización han traído consigo. La idea de los pluralismos jurídicos ha sido desarrollada en profundidad desde hace varios años por numerosos autores, planteando la idea de que los nuevos fenómenos sociales han roto el monopolio de producción jurídica de los Estados, entrando nuevos actores a disputar la creación de normas a los Estados.

Específicamente en lo que concierne a la *lex mercatoria*, autores como Boaventura de Sousa⁵⁵ o Gunter Teubner han planteado modelos que dan respuestas más satisfactorias a los procesos de producción normativa trasnacional que se observan y que se identifican con la *lex mercatoria*.

En su estudio denominado “Global Bukoniwa” Teubner caracteriza a la *lex mercatoria* como “un derecho global sin Estado”, lo cual rompe con dos premisas de la producción normativa tradicional: i)los acuerdos privados no pueden producir leyes; y ii)las leyes no pueden existir y no se aplican más allá de los ámbitos nacionales.

Para Teubner el derecho es un sistema social autopoietico esto es “*como una red de operaciones elementales que recursivamente reproducen operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones no normas. (...) El Derecho como sistema social autopoietico no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una red de*

⁵⁵“La nueva *lex mercatoria* está compuesta de varios elementos entre los que se encuentran los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las costumbres y los usos, los contratos tipo, y los laudos arbitrales. (...) Aunque sea informal, la nueva *lex mercatoria* no es amorfa ni neutral; las costumbres y los usos no son necesariamente universales, ni mucho menos tradicionales o inmemoriales. La nueva *lex mercatoria* como campo jurídico transnacional emergente es un localismo globalizado, constituido por gruesas expectativas cognitivas y delgadas lealtades normativas reproducidas por la repetición rutinaria de un gran número de relaciones contractuales originalmente diseñadas por sociedades mercantiles transnacionales y por sus abogados, así como por bancos y organizaciones internacionales dominadas por una y otros” Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998, pp. 106-107.

*comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. El Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas*⁵⁶.

Esta concepción del Derecho conlleva a quebrar con la idea de que el sistema jurídico solo puede producirse al interior del Estado- Nación, pues la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las instituciones estatales ni por las internacionales, por lo cual diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensiones de validez global⁵⁷.

En la construcción de su teoría, Teubner se hace la pregunta ¿Dónde ocurre efectivamente la producción de normas concretas? ¿En la política nacional o en las relaciones internacionales?, ¿en las Corte nacionales o internacionales? O ¿en procesos económicos e otros procesos sociales en un contexto nacional global? Teubner considera que el derecho económico global ha evolucionado en las tres direcciones, lo que presupone una teoría pluralista de producción de la norma que reconozca la producción del derecho por procesos políticos, jurídicos y sociales de manera igualitaria⁵⁸.

Sin embargo, ello no significa que estos tres procesos de producción normativa tengan el mismo desarrollo. Tratándose del derecho económico global, este surge dentro de un proceso extremadamente asimétrico, en el cual existe un centro subdesarrollado, pero al mismo tiempo una periferia altamente desarrollada; es un derecho cuyo centro fue creado por las periferias y permanece dependiente de ellas. La lex mercatoria representa aquella parte del derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico, en un "acoplamiento estructural" con las empresas y los

⁵⁶Teubner, Gunther, "El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 25, 2002, pp. 551-552.

⁵⁷Lopez Ruiz, Francisco, "Notas sobre la nueva lex mercatoria", op. cit., pp. 12.

⁵⁸Teubner, Gunther, "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society", en Teubner Gunther (ed.), *Global Law Without a State*, USA, Dartmouth, Aldershot 1997, pp. 3-28.

procesos económicos globales, es un ordenamiento jurídico paralegal creado al margen del derecho, bajo procesos económicos y sociales⁵⁹.

Dentro de esta teoría del pluralismo conceptos claves de la sociología jurídica como norma, sanción y control social pasan a un segundo plano y deben ser remplazados por conceptos como actos de habla, énoncés (en francés, declaraciones), codificación, gramática, transformación de diferencias y paradojas.

Para Teubner, la sanción ha perdido su papel central dentro de la definición de derecho y la delimitación de las esferas jurídica y social; el criticar la lex mercatoria por carecer de sanciones jurídicas autónomas y depender de las sanciones impuestas por los tribunales es sobreestimar la relevancia de las sanciones. Es de gran importancia como el discurso jurídico comunica su pretensión de vigencia: si la lex mercatoria, como discurso jurídico especializado, reivindica una validez mundial resulta irrelevante de si el apoyo simbólico de esta pretensión de validez proviene de sanciones de instituciones locales, regionales o nacionales⁶⁰.

Así mismo, las normas han dejado de desarrollar un papel clave dentro del derecho. En el transcurso de transformación de “estructura” en “proceso” los elementos centrales son, en lugar de reglas jurídicas, énoncés, eventos comunicativos y actos jurídicos. La lex mercatoria ha sido atacada por el hecho de su relativa indeterminación de reglas, ante ello Teubner considera que la existencia de un cuerpo bien elaborado de reglas no es decisiva dentro de un sistema jurídico, a lo que se le debe dar importancia es al proceso de auto-organización de constitución reciproca entre actos y estructuras jurídicas.

Finalmente, Teubner se cuestiona cómo es posible que un sistema jurídico global que predica su propia validez pueda existir sin la presencia de un derecho nacional y, su respuesta es que el derecho económico global es

⁵⁹ Ibid. pp. 3-28.

⁶⁰ Teubner, Gunther, “A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism”, en *Impulso*, Sao Paulo, Universidad Metodista de Piracicaba, 14(33), 2004, p. 19.

construido de manera paradójica. Fundamenta su validez en la paradoja de autovalidación del contrato. Si fuera posible explicitar dicha paradoja de auto-referencialidad contractual, un derecho económico global podría ser colocado exitosamente en marcha⁶¹.

Esta paradoja se encuentra en que es el mismo contrato, cuya validez se disputa, el que establece la manera como se determinará su validez mediante la inclusión de la cláusula arbitral. Para eliminar esta paradoja se debe introducir una nueva: el árbitro puede decidir sobre su propia competencia, si decide que no tiene competencia el caso pasa a la jurisdicción estatal, si decide que si, la paradoja se mantiene.

“Para solventar esta situación, la lex mercatoria consagra la autonomía de la cláusula arbitral respecto de la validez del contrato que la contiene, es decir, la validez sobre la decisión sobre la validez del contrato descansa en el mismo contrato. Si el árbitro estima que el contrato es válido esa validez no deriva de una validez externa al contrato, sino de la decisión del árbitro que lo valida y cuya legitimidad está en la cláusula arbitral del contrato. Si el árbitro estima que el contrato es inválido, la validez de su decisión tendrá su origen en el mismo contrato que consideró inválido. De ahí que el contrato, concebido desde estas coordenadas, tenga un carácter autoreferencial. El Derecho se autovalida por medio de la decisión su propia validez.”

La lex mercatoria es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales supraterritoriales. El positivismo jurídico no alcanza a comprender que entre el sistema jurídico y su ambiente social están teniendo lugar continuos cambios. Fenómenos como la lex mercatoria así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del Derecho no son impermeables”⁶².

Como se observa, las nuevas dinámicas globales de producción legal responden a complejos factores de producción normativa y, en

⁶¹Ibid., pp. 21

⁶²Lopez Ruiz, Francisco, “Notas sobre la nueva lex mercatoria”, op. cit., pp. 12.

consecuencia estas dinámicas difícilmente pueden ser analizadas bajo tradicionales parámetros con los que se examinan los procesos nacionales de producción normativa. Considerar la lex mercatoria como un sistema normativo autónomo para regular un conflicto resulta coherente si se comparten enfoques socio-jurídicos como el expuesto por Teubner.

Ahora bien, retomando la pregunta de si es posible aplicar la lex mercatoria aún cuando las partes han guardado silencio frente al derecho aplicable, consideramos que no sólo es posible, sino que en estos casos se debería hacer.

Compartimos la opinión que indica que cuando en el contrato internacional las partes han guardado silencio frente a la elección del derecho aplicable, tal omisión no es casual, sino que es voluntad de los contratantes no someterse a ninguno de los derechos estatales de las partes, esta es la llamada “elección negativa.”

Un caso de esta naturaleza fue resuelto mediante el laudo CCI 7375 de 5 de junio de 1996. Veamos en que consistió.

Una empresa estadounidense y una agencia gubernamental iraní celebraron una serie de contratos de suministro de bienes, específicamente de radares de defensa aérea. La agencia gubernamental, actuando como compradora y demandante, solicitó el pago de daños y perjuicios mas intereses por el retraso en la entrega de los bienes.

El contrato no contenía cláusula de derecho aplicable, pero en sus argumentaciones, la demandante indicó que el derecho aplicable era el iraní, toda vez que allí fueron negociados los contratos y es allí donde el contrato tiene el vínculo más estrecho, por su parte el demandado invocó la aplicación de la ley del estado de Maryland (Estados Unidos) por cuanto es en ese lugar donde tiene su sede la demandada y, era ese el lugar de ejecución del contrato y entrega de los bienes, resaltando que bajo la normatividad de Maryland la acción se encontraba prescrita.

Ante esta situación, el Tribunal estableció que dadas las características propias del contrato, tomando en consideración las diferencias culturales

entre las partes y la evidente ausencia de elección del derecho aplicable en el contrato, se deducía que no era intención de las partes elegir un derecho nacional de alguno de los contratantes, por lo cual para determinar la normatividad aplicable eran posibles tres soluciones: elegir un derecho neutro, por ejemplo la normatividad suiza, aplicar soluciones doctrinales comunes entre ambas partes, o buscar soluciones desnacionalizadas basadas en principios generalmente aceptados.

La primera opción fue rechazada por arbitraria y artificial, la segunda por conllevar a una ardua y extensa investigación que no aseguraría ningún resultado. Por tanto, se eligió la tercera opción, por ser propicia para mantener el equilibrio entre las partes y mantener las expectativas razonables de las mismas.

Con expresa referencia al laudo de la CCI N ° 710 se decidió aplicar los principios y normas generales de derecho internacional aplicable a las obligaciones contractuales, incluidos los conceptos que se dice forman parte de una *lex mercatoria*, los usos del comercio, así como los principios de Unidroit, en la medida en que se puede considerar que dichos Principios reflejan las normas y principios generalmente aceptados.

En la opinión del Tribunal Arbitral los Principios de Unidroit “*contienen en su esencia la reformulación de los principios rectores universalmente aceptados y, además, se encuentran en el corazón de aquellas nociones fundamentales que han sido constantemente aplicadas en la práctica arbitral.*”

No obstante, el Tribunal también resaltó que existen disposiciones de los Principios que no han superado un examen detallado en todos sus aspectos, por lo cual no todas las disposiciones de los Principios reflejan el consenso internacional, por lo cual, el Tribunal únicamente daría aplicación de aquellas disposiciones que considerada reflejo de los principios y normas generalmente aceptados.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal Arbitral declaró que no estaba listo para tomar una decisión final. Toda vez que los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*, por su propia naturaleza, eran conceptos

demasiado vagos para definir cuestiones de prescripción, tema que los Principios no tratan expresamente, por lo cual invitó a la partes para que presenten sus alegatos de fondo teniendo en cuenta los principios generales del derecho y no sus legislaciones nacionales.

Compartimos la manera en que fue resuelto este asunto, especialmente la manera como el Tribunal optó por no resolver el litigio bajo el derecho nacional de las partes que omitieron la elección del derecho aplicable y, como consideró conveniente optar por la lex mercatoria.

Al repasar las fuentes de la lex mercatoria se pudo observar cómo, en efecto, el contenido de esta podría, en ocasiones, ser demasiado vago o amplio para resolver cuestiones muy específicas de un contrato.

Sin embargo, consideramos que esta situación tuvo un punto de quiebre con la aparición de los Principios Unidroit, los cuales si contienen un completo conjunto de reglas referentes a los más variados aspectos del contrato mercantil internacional. Con la creación de estos Principios se buscó *"crear un sistema de normas "lo suficientemente flexible para tener en cuenta el constante cambio de las circunstancias derivadas de la evolución tecnológica y económica que afectan a la práctica transfronteriza" y al mismo tiempo, los intentos "para asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales"*⁶³.

Traspasa las pretensiones y los objetivos de este trabajo entrar en el análisis y el estudio de los Principios Unidroit frente a su naturaleza y contenido. Acá nos basta con indicar que toda vez que estos Principios no emanaron de corporaciones de comerciantes, sino que fueron el resultado de un brillante trabajo académico realizado por juristas de todo el mundo, para considerar los Principios Unidroit como parte de la lex mercatoria es muy importante tener en cuenta el efectivo uso de los mismos en el tráfico mercantil y en la jurisprudencia arbitral.

⁶³La cita original reza: "It was a primary goal of the drafters to create a system of rules that is "sufficiently flexible to take account of the constantly changing circumstances brought about by the technological and economic developments affecting cross border practice" and that at the same time attempts "to ensure fairness in international commercial relations.". Baron, Gesa, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?* p. 8. Disponible online en http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html#b*. Fecha de consulta: (7.08.2010).

Frente al caso específico del laudo CCI 7110 vale aclarar que en el año 1996, cuando el Tribunal Arbitral realizó su pronunciamiento, efectivamente los Principios no contenían ninguna disposición atinente a la prescripción, que era lo que allí se discutía. Sin embargo, en su edición del 2004, reglas sobre la prescripción fueron incorporadas a los Principios Unidroit. Solo se puede especular sobre cual diferente hubiera sido el fallo del Tribunal si dichas reglas hubiesen existido al momento de proferirse el laudo.

Con el transcurso del tiempo la discusión sobre la lex mercatoria se ha transformado, de cuestionar la juridicidad de sus normas a cuestionar sus condiciones de aplicación. Esto se puede observar en diversas Corte Nacionales que progresivamente en sus recursos de anulación y fallos de exequáutur han mostrado una aceptación a la lex mercatoria:

“En el asunto “Fougerolle” la Cour de cassation francesa declaró expresamente que le lex mercatoria podía alcanzar la cualidad de lex contractus. En la misma dirección, el Tribunal Supremo de Austria se negó a anular el laudo arbitral pronunciado en el asunto “Norsolor”, donde los árbitros se habían referido a la lex mercatoria apoyándose en el principio general de la buena fe para decidir acerca de la responsabilidad derivada de la ruptura de un contrato de representación comercial y esta decisión fue refrendada en el exequáutur del laudo solicitado en Francia al entenderse que el fallo se había fundamentado en los “principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional”. Esta línea ha sido confirmada también para rechazar el recurso en nulidad contra en el laudo parcial en el asunto “Valenciana” donde el árbitro único, después de haber comprobado que las partes no habían tenido la intención someter el contrato litigioso a una ley estatal determinada decidió que el litigio debía regirse únicamente por los usos del comercio internacional, también llamados lex mercatoria. La Cour de cassation consideró para zanjar la cuestión que el árbitro, al referirse al conjunto de reglas del comercio internacional derivadas de la práctica y sancionadas por las jurisprudencias nacionales, había decidido en Derecho de conformidad con el mandato que había recibido del acta de misión. De esta suerte estableció que los principios rectores de la lex mercatoria tenían la consideración de “normas de Derecho”. La jurisprudencia italiana, inglesa y suiza contiene

también precedentes que corroboran esta corriente de admisión favorable”⁶⁴.

Del mismo modo, existen avances en los reglamentos arbitrales y convenciones internacionales que tienden a crear condiciones favorables para que los árbitros apliquen en sus laudos la *lex mercatoria*.

El Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980, conocido como el Convenio de Roma, propuso un sistema cerrado de elección norma de conflicto, en el cual el contrato se rige por un derecho nacional. Este Convenio establece que “*los contratos se regirán por la ley elegida por las partes*” (art. 3.1) y que “*En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 31. el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrecho*” (art. 4.1), por lo cual la posibilidad de elección de la norma de conflicto se circumscribe a ordenamientos jurídicos nacionales.

No obstante, existen vociones que propugnan por una lectura más flexible y moderna de estas normas y que proponen una nueva redacción de la misma que permita a las partes acoger conjuntos de reglas distintas a los ordenamientos nacionales⁶⁵.

Afortunadamente para el desarrollo de la *lex mercatoria*, convenciones y reglamentos subsiguientes han adoptado posiciones más flexible sobre el derecho aplicable al fondo, tal como se realizó en la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 17 de marzo de 1994.

Esta Convención estableció en su art 7.1 que “*el contrato se rige por el derecho elegido por las partes*” y en su art. 9 “*Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del*

⁶⁴Fernandez Rosas, José Carlos, “*Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional*”, op. cit, pp. 42.

⁶⁵En este sentido, Cfr. Ibíd., pp. 70 y ss

Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.” Adicionalmente su art 10. reza “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”

Como se observa, no se habla de “ley” sino de “Derecho”, lo cual resulta mucho más acorde a las realidades de producción global normativa global, pues como se señaló, el derecho global es producido por más actores que los Estados. Así mismo, el art. 9 de la Convención es muy receptivo a tener en cuenta la costumbre y las prácticas mercantiles internacionales aceptadas, de este modo, “*para la Convención no es cuestionable el reconocimiento de un Derecho objetivo extra-estatal que se va paulatinamente organizando y expandiendo en razón de su eficacia para regular los contratos internacionales y que va relegando de manera gradual a importantes sectores del orden jurídico estatal. Tampoco es polémica la aceptación por la Convención de México de la lex mercatoria como principio interpretativo que auxilie a llenar las lagunas que presentan las normas y los contratos internacionales; al menos esto es lo que se desprende del art. 10 cuando se refiere a la obligación de respetar “las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”*⁶⁶.

Una formula muy similar a la establecida en la Convención de México, fue la que se implementó en el Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile de 1998. En esta Convención, el art. 10 indica que “*Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.*”

⁶⁶Ibíd., p. 60.

Al hablarse de “Derecho” y no de “ley”, reiteramos que se permite a las partes acudir a ordenamientos no estatales, lo cual abre posibilidades a las partes de elegir corpus normativos como los Principios de Unidroit, o incluso la misma *lex mercatoria*.

Finalmente, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, adopta una posición amplia sobre el particular al señalar en su art. 17 que “*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.*” Bajo una redacción de este tipo, en la cual se habla de “normas jurídicas” no vemos óbice para que las partes acudan a la *lex mercatoria* como derecho aplicable al fondo de la controversia.

IV. CONCLUSIONES

A este punto, creemos que existen argumentos suficientes para pensar que la *lex mercatoria* es en la actualidad una realidad que está trasformado el panorama de la contratación internacional, una realidad que ha superado la ficción en la que se le creyó durante muchos años.

Se debe tener presente que las normas que son contenido de la nueva *lex mercatoria* han surgido con la aquiescencia de los Estados y en muchas ocasiones con el visto bueno de ellos. Así mismo, son los Estados quienes mediante actos de soberanía ratifican tratados bilaterales y multilaterales de textos que en ocasiones constituyen *lex mercatoria*, o en su defecto que permiten su aplicación.

Teniendo en cuenta las nuevas dinámicas globales de producción legal, la nueva *lex mercatoria* emerge en el comercio internacional como un cuerpo de reglas identificables y aplicables en la solución de los conflictos que se presentan en los contratos internacionales.

Sin embargo, aunque la nueva *lex mercatoria* surge como un cuerpo anacional de reglas, es claro que la ejecución del contrato y de las decisiones arbitrales internacionales es un proceso que se adelanta dentro de fronteras nacionales, por lo cual el contenido y la aplicación de nueva *lex mercatoria*, así como de cualquier cuerpo normativo internacional, siempre deberá estar sujeta a las reglas imperativas del Estado donde se pretende hacer valer la regla de conflicto.

En este sentido, pretender que la *lex mercatoria* es un sistema jurídico que opera de manera completamente autónoma e independiente de los Estados es una posición tan necia como la de quienes pretenden negar su evolución, desarrollo e influencia en el funcionamiento de la contratación internacional⁶⁷. Tal como expone Fernández:

*“Con independencia de las virtudes o de los inconvenientes expresados es innegable que la nueva lex mercatoria, enriquecida, perfeccionada, y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en derecho espontaneo, autónomo, y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional con el recurso para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto. El argumento acerca de la escases de reglas de la lex mercatoria se ha debilitado con el tiempo pudiendo observarse un enriquecimiento permanente que se manifiesta en las prácticas contractuales y en su capacidad para absorber las enseñanzas del derecho comparado, integrando en su interior las normas de los sistemas jurídicos en presencia. Por eso la lex mercatoria constituye un factor trascendental en el marco de las transacciones comerciales internacionales”*⁶⁸.

⁶⁷En este sentido, Vid, Boggiano Antonio, *La contribución de la Conferencia de la Haya al desarrollo del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica niversalidad y genius loci: The contributon of the hague conference to the development of private internacional law in Latin America univerality and genius loci*, Buenos Aires, Editorial Ed. La ley, 1993, pp. 62 y ss.

⁶⁸Fernandez Rozas, José Carlos, *Jus mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, op.cit., pp. 90-91.

BIBLIOGRAFÍA

Ascarelli, tulio, *Iniciación del estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch, 1994.

Baron, Gesa, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?* Disponible online en http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html#b*. Fecha de consulta: (15.03.2011).

Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidos, 2001.

Berger, K. P. *The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law*. Disponible en www.translex.org. Fecha de consulta: (28.05.2010).

Boggiano Antonio. *La contribución de la Conferencia de la Haya al desarrollo del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica niversalidad y genius loci: The contributon of the hague conference to the development of private internacional law in Latin America universality and genius loci*, Buenos Aires, Ed. La ley, 1993.

Boggiano, Antonio. "La solución de controversias: los Principios de UNIDROIT como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros", en *Los Principios de Unidroit; ¿un derecho común de los contratos para las Américas?* Actas del congreso interamericano celebrado en Valencia, Venezuela del 6-9 de noviembre de 1996, Roma, UNIDROIT, 1998.

Cipolla, Carlos M. *Historia económica de la Europa preindustrial*, Barcelona, Ed. Critica, 2003.

Cadena Afanador. Walter René, *La nueva lex mercatoria: la transnacionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2004.

Cadena Afanador, Walter René. “La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del derecho”, en *Papel Político*, No. 13, Bogotá, Universidad Javeriana, 2001.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis. Carrascosa Gonzalez, Javier, “Los contratos internacionales y el mito de la “nueva lex mercatoria”” en Zapata de Arbelaez, Adriana (compiladora), *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Coquillete, Daniel R. “Incipit lex mercatoria, que, quando, ubi, inter quo sete de quibus sit. El tratado del lex mercatoria en el *Little Red Book de Bristol*” en PETIT, Carlos (Ed), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

Cordeiro, Douglas Alexander. “A lex mercatoria e as novas tendências de codificação do direito do comércio internacional”, en *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Vol. 7, No. 7, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

Espinosa Perez, Carlos Antonio. “La lex mercatoria: el verdadero derecho de los negocios internacionales”, en *Revista de Derecho Privado*, Vol. VIII, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

Grande, Silvana. “La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, en *Dikaion*, No. 17, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2008.

Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.

Fariñas Dulce, María Jose. “De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos escenarios jurídicos”, en *Derechos y Libertades*, No. 8, Madrid, 2000.

Feldstein de Cardenas, Sara, y Scotti, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la lex mercatoria?”, en *Colección de análisis jurisprudencial*.

- Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.
- Fernandez Rozas, José Carlos. *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- Fernandez Rosas, José Carlos. "Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. IV, Madrid, Iprolex, 2004.
- Iglesia Ferreiros, Aquilino. "El libro del consulado de Mar," en *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Carlos Petit (Ed), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.
- Konradi, Wioletta, Fix-Fierro, Hector. "La lex mercatoria en el espejo de la investigación empírica" en *Boletín Mexicano de Derecho Compartido*, No. 117, 2006. Disponible online en www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex117/BMD11704.pdf. Fecha de consulta (23.10.2011).
- Lopez Ruiz, Francisco. "Notas sobre la nueva lex mercatoria", en *Revista del Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 1/2007, Diciembre de 2007. Disponible online en <http://rdmf.files.wordpress.com/2007/12/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf>. Fecha de consulta (19.11.2011).
- Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*, 3^a Ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003.
- Oviedo Alban, Jorge. "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas Sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como lex mercatoria" en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Oviedo Alban, Alfonso Luis, (Compiladores). *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales, Colección derecho privado y globalización*, Grupo editorial Ibañez, T. 2, Bogotá, 2006.

Peña Nossa, Lisandro. *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, 3^a Ed., Bogotá, Ed. Temis, 3^a 2010.

Rodriguez Fernandez, Maximiliano. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.

Teubner, Gunther, “A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism”, en *Impulso*, Sao Paulo, Universidad Metodista de Piracicaba, 14(33), 2004.

Teubner, Gunther, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 25, 2002.

Teubner, Gunther, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en TEUBNER Gunther (ed.), *Global Law Without a State*, USA, Dartmouth, Aldershot, 1997.