



Andean rules as a source  
of New Lex Mercatoria

La normativa andina  
como fuente de la  
Nueva Lex Mercatoria<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2012  
Fecha de revisión: 15 de junio de 2012  
Fecha de aceptación: 23 de junio de 2012

*Forge Ricardo Palomares García*<sup>2</sup>

**RESUMEN**

El presente artículo analiza si la normativa creada por las Instituciones de la Comunidad Andina de Naciones -en adelante CAN-, especialmente, en materia de Propiedad Intelectual y Contrato de Seguro -Póliza Andina- pueden hacer parte de las fuentes de la nueva Lex Mercatoria, partiendo de los primeros resultados de Investigación obtenidos en el Proyecto *La Globalización del Derecho Privado*, promovido por la GTZ en convenio con la Universidad Santo Tomás.

**ABSTRACT**

This paper examines whether the rules established by the institutions of the Andean Nations Community -CAN in Spanish-, especially in Intellectual Property and Contract-Insurance matters -Andean Policy- may be part of the sources of the new Lex Mercatoria, starting with the first results obtained in the research project Globalization of Private Law, sponsored by the GTZ in partnership with the Universidad Santo Tomas.

1 Artículo resultado de investigación del proyecto denominado: *La Globalización del Derecho Privado*, financiado por la Universidad Santo Tomás en Convenio con la Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Alemania. Bogotá (Colombia).  
2 Abogado de la Universidad Santo Tomás-Bogotá, Legum Magister (LL-M) de la U. Konstanz-Alemania. Docente Tutor de la Maestría en Derecho Público de la U. Santo Tomás- Bogotá, Coordinador del Intercambio de Cooperación Académica entre la U. Santo Tomás y la U. Konstanz, Investigador del Proyecto: *Globalización del Derecho Privado de la U. Santo Tomás* en Convenio con la Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) Alemania. Correo electrónico de contacto: [jorge26859@hotmail.com](mailto:jorge26859@hotmail.com)

**Palabras clave**

Nueva Lex Mercatoria, Integración Regional, Normativa Andina, Fuentes de Lex Mercatoria, "Lógica Lando", Globalización.

**Key words**

New Lex Mercatoria, Regional Integration, Andean Rules, Sources of Lex Mercatoria, "Lando Logic", Globalization.



## INTRODUCCIÓN

En convenio con la Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás-Bogotá, inició en el año 2009 un proyecto de investigación denominado: *La Globalización del Derecho Privado*, donde se buscó, en una primera fase, determinar cuál es la tendencia del Derecho Privado- Mercantil, con mayor fuerza e influencia en el mundo globalizado, especialmente, en el Derecho contractual.

Usando un método histórico y con una metodología teórica descriptiva; el Equipo de Investigación intentó construir una genealogía del concepto jurídico "Contrato". Así mismo, este trató de identificar las principales tendencias que influían en la comprensión y desarrollo conceptual del Contrato. Teniendo identificados tanto el objetivo general -la principal tendencia- y la metodología, el Equipo logró determinar cómo la principal tendencia en el Derecho Contractual, la "Nueva Lex Mercatoria", puede ser considerada como una manifestación concreta de la Globalización, no solo por su identidad temporal -década de los 60's-, sino también por su concepción universal, al estar construida por usos, prácticas, costumbres, contratos modelos y modelos de cláusulas, elaboradas por la comunidad empresarial o *Business Community*, con la finalidad de poder celebrar y ejecutar con mayor seguridad distintas transacciones en el plano internacional.

Siendo la "Nueva Lex Mercatoria" -en adelante NLM- la principal tendencia del Derecho Contractual identificada, se cuestionó por la forma cómo está constituida la NLM, es decir, cuáles son las fuentes que rigen las relaciones de la Business Community. Para determinar las fuentes que componen la NLM se tuvo en cuenta, entre otros, a Ole Lando, quien en un escrito hace una reflexión sobre las fuentes de la NLM y explica, que una de las fuentes se encuentra en los Tratados Internacionales, cuyos objetos son el comercio internacional en concreto. De esta afirmación, se podría decir, que los Tratados Constitutivos de Integración son fuentes de la NLM, al tratar temas de Comercio Internacional, como es el caso del Acuerdo de Cartagena, el cual constituye la CAN. En caso de ser este Tratado Internacional una fuente, se podría decir que las normas derivadas de él y que estén directamente relacionadas con asuntos de comercio o contratación internacional, serán también posibles fuentes de la NLM.

A esta cadena deductiva -Tratados de Comercio Internacional, Tratados de Integración, Normas derivadas- será llamada la "Lógica Lando" y será objeto del presente artículo, haciendo un énfasis en dos normativas concretas: 1) la Decisión 486 de la CAN, que regula la Propiedad Intelectual y; 2) la Decisión 290, que reglamenta el contrato de Póliza Andina. Para el estudio de la "Lógica Lando", el artículo se dividirá en cuatro partes: En la primera (I) se tratará de dar una definición sobre la NLM, sus características fuentes en general; en la segunda parte (II) se abordará la concepción de fuentes de la NLM de acuerdo a la reflexión realizada por Ole Lando, deteniéndose especialmente en los Tratados Internacionales sobre Comercio Internacional, tomando como caso concreto la Normativa Colombiana; (analizado el tema de los Tratados Internacionales como posibles fuentes de la NLM, se estudiará (III) si la Normativa Andina, tango originaria como secundaria, puede constituir, bajo la construcción de una cadena deductiva, fuentes de NLM; por último (IV), se cuestionará si esta cadena puede responder o no a las realidades jurídicas, o si la Normativa Andina corresponde al desarrollo de un fenómeno jurídico independiente pero complementario de la NLM.

## APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LA NUEVA LEX MERCATORIA (NLM)

### Contexto de la Nueva Lex Mercatoria

A finales de la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos se vieron en la necesidad de reconstruir las ciudades afectadas, por lo tanto, las legislaciones civiles y comerciales, fundamentalmente en sus artículos sobre contratación, parecían no poder responder a las necesidades de inmediatez y emergencia de cada una de las ciudades. Esta situación dio paso a la formulación de leyes extraordinarias que permitieran un comercio más ágil<sup>3</sup>. Sin embargo, esta legislación excepcional no derogó las legislaciones en materia de Derecho Privado, sino que se constituyeron en excepciones de los cánones generales contenidos en los Códigos. Como consecuencia, todo aquel que de-sease celebrar un contrato, no solo debía tener en cuenta los Códigos vigentes, sino también las posibles

3 Sobre una reflexión acerca de la producción de normativa especializada o excepcional véase, entre otros, Fernández, R. Teoría y Praxis en la Codificación de los Negocios Internacionales, p. 99, recuperado 10 de septiembre de 2012 en [http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA\\_Y\\_PRAXIS\\_DE\\_LA\\_CODIFICACION.pdf](http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA_Y_PRAXIS_DE_LA_CODIFICACION.pdf).

alternativas o limitantes regladas en las legislaciones que se encontraban por fuera de los Códigos.

Junto a la reconstrucción de Europa, la Segunda Guerra Mundial cambió las reflexiones sobre el desarrollo aislado e independiente de los Estados por un desarrollo basado en una interdependencia, especialmente económico, y que tiene una mayor expresión en el llamado “resurgimiento” de la economía internacional. Esta economía internacional dio paso a un fenómeno pluridimensional conocido como Globalización, que puede ser definida como la eliminación de fronteras en las transacciones comerciales, mediante el desarrollo de los medios de transporte -aéreo- y de comunicación -telefonía, Internet-, que permiten operaciones no solo más ágiles sino también en tiempo real. La Globalización como fenómeno también goza de una característica especial, explicada por Charles Hill como la especialidad de los países. La eliminación de fronteras no permite únicamente contratar con otras empresas ubicadas en otros países, sino que también permite aprovechar las fortalezas económicas de cada uno de ellos, ejemplo: materias primas y tecnología, entre otros<sup>4</sup>.

Sin embargo, la apertura a un comercio que puede llamarse global propone algunas cuestiones al Derecho, especialmente al Derecho Privado. La primera cuestión a resolver consiste en si existen o no normas que regulen nuevas formas de acercamiento contractual entre los Estados en distintas materias, como manejo de maquinarias, venta internacional de mercancías, operaciones bancarias<sup>5</sup>. Una segunda cuestión que inicialmente parece más un problema de comunicación que de tipo jurídico, es el idioma en el cual se realizarán tanto las negociaciones previas al contrato como el contrato en sí mismo. Esta cuestión trasciende el aspecto comunicativo por un factor que puede denominarse “identidad conceptual” (Graf Von Westphalen, 2005, p. 21). Aunque hubiese un consenso en el uso de un idioma para la celebración de un contrato, los términos usados en este no tienen una total correspondencia en el segundo idioma jurídico, incluso, algún término que exista en un ordenamiento jurídico nacional, puede no existir o estar regulado de forma totalmente opuesta en el otro ordenamiento. Un tercer problema, que ha sido

objeto de Estudio del Derecho Internacional Privado, consiste en la elección del Derecho Aplicable y de la Jurisdicción competente para conocer del contrato en caso de conflicto. No obstante, esta selección no responderá simplemente a la elección de los contratantes, sino también a problema de conocimiento de las normativas lo suficientemente concreto, que permita conocer las condiciones legales de cada uno de los Estados de cada uno de los contratantes. En otras palabras, el problema no consistirá solamente en si un contratante colombiano decide con un contratante inglés, elegir como normativa aplicable la inglesa, sino también en determinar si el contratante colombiano conoce la normativa inglesa, sus excepciones y sus procedimientos<sup>6</sup>.

Estas cuestiones dieron paso a la formulación de dos tipos de respuestas. Una, por parte de los Estados, a través de la formulación de legislación especial, que regulara las nuevas formas de contratación internacional, como el Leasing Internacional, entre otros, y la celebración de distintos Tratados Internacionales, cuya finalidad es la del establecimiento de Principios, Normas y Criterios Comunes que permitan una contratación segura y uniforme en cualquiera de los países firmantes de los Tratados Internacionales.

La segunda respuesta se da por iniciativa de las empresas, en especial de aquellas que nacieron o han adquirido un carácter transnacional, también conocidas como Empresas Transnacionales (ETN). Las ETN, haciendo uso del Principio de la Autonomía de la Voluntad, trataron de dar respuesta a las cuestiones planteadas anteriormente mediante la elección de una “lingua franca”, el asesoramiento por parte de las oficinas de abogados, y la formulación de instrumentos estándares para la celebración de contratos de modo uniforme.

Si las ETN pretenden establecer nuevos vínculos contractuales en otros países, no solo se hace necesario el dominio de un idioma jurídico, sino también de una cultura jurídica. Esta necesidad podía ser resuelta mediante el estudio de las realidades jurídicas del

4 Para una profundización de las características de la Globalización, véase Hill, C. (2004). *Negocios Internacionales*. México: Mc Graw Hill.

5 Ver Graf Von Westphalen, Friederich, *Wieviel Einheitlichkeit braucht das Recht*, en *Anwaltsblatt (AnwBl)*, 1/2005, pp. 21- 26.

6 Este problema tendría además, como punto de apoyo, la diferencia marcada de cada uno de los sistemas jurídicos. Mientras que Colombia pertenece a un sistema Europeo-Occidental, cuyas fuentes primordiales son la Constitución y la Ley, Inglaterra hace parte del sistema del Common Law, donde la fuente principal es el precedente judicial. En este caso hipotético, el contratante colombiano también debería estar en la capacidad de conocer el funcionamiento del sistema judicial Inglés y de la construcción de conceptos jurídicos a partir de él.

respectivo país del otro contratante, sin embargo, ello produciría unos costos adicionales al momento de la celebración del contrato. Por tal motivo, las ETN han optado por la elección de un idioma independiente al idioma nativo, pero que les permita una aproximación más sencilla y que se pueda usar en varias ocasiones con otras ETN. Este idioma ha sido el inglés, por la sencillez en su redacción y facilidad de aprendizaje (Graf Von Westphalen, 2005, p. 22). Estas dos características no han sido las únicas que han hecho del inglés la actual "lingua franca". Otro factor determinante ha sido la existencia de oficinas de abogados, encargadas no simplemente de asesorar en casos de la existencia de conflictos por incumplimiento contractual, sino también para la formulación de contratos estándar que se pudiesen usar en más de una ocasión, así como la formulación de cláusulas modelos. La mayoría de las oficinas de abogados tenían inicialmente su ubicación en Inglaterra y Estados Unidos, por ello, sus asesorías, cláusulas y contratos modelo fueron -y son- redactados en inglés (Graf Von Westphalen, 2005, p. 23).

La convergencia de legislaciones excepcionales y especiales, la apertura al fenómeno de la globalización, el uso de una "lingua franca", la utilización de contratos y cláusulas modelo y la participación de oficinas de abogados, permite el nacimiento de la NLM, y que es explicada por autores como Clive Schmitthoff y Berthold Goldman desde 1964<sup>7</sup>.

### Definición de la Nueva Lex Mercatoria

La NLM como concepto no es de fácil definición. Por una parte, si la NLM se trata de definir como una ramificación del Derecho -especialmente Derecho Privado- y bajo los criterios tradicionales, es decir, como un conjunto normativo, se podría objetar que en los estudios de la NLM no existe unanimidad al momento de definir la estructuración de sus fuentes. Para un grupo la NLM solo está compuesta por los usos, prácticas y costumbres internacionales; para un segundo grupo serían estas junto a las cláusulas y contratos modelo<sup>8</sup>, y para un tercer grupo lo serían todas las anteriores junto a los Tratados Internacionales, en materia de Comercio y Contratación Internacional (Goldstajn, Aleksandar, 1980).

Por otra parte, si se tratara de definir la NLM con los términos de la Lex Mercatoria Medieval, en virtud de un proceso involutivo<sup>9</sup>, se podría alegar que no existe una identidad plena entre la Lex Mercatoria de la Edad Media y la NLM. La Lex Mercatoria Medieval se puede definir como un conjunto normativo creado por comerciantes, para las relaciones entre los comerciantes y que son usados por los mismos a la hora de resolver un conflicto, debido a la ausencia normativa y jurisdiccional existente en la Edad Media. El uso de esta definición en la NLM arrojaría los siguientes problemas: a) en la actualidad no solamente comerciantes producen normas para la regulación de sus relaciones, sino también participan el Estado, Organizaciones Internacionales y Organismos Supranacionales en la introducción de normativa contractual comercial; b) la resolución de conflictos depende en la actualidad de una cláusula normativa nacional -generalmente contenida en los Códigos de Comercio y de Procedimiento- que faculta a las partes contratantes a acudir a Tribunales de Arbitramento y, en caso de no pactarlo, será un juez civil quien se encargue de solucionar el conflicto y c) sí existen normas cuya producción no depende exclusivamente de los comerciantes y existe un juez institucional que actuará en ausencia de pacto arbitral, la exclusividad de este cuerpo jurídico pierde peso ante la existencia de demás actores que participan directamente en las relaciones contractuales.

Un tercer intento de definición es el de presentar a la NLM como la "ley del mercado"<sup>10</sup>, que se caracteriza por ser espontáneo y dinámico, es decir, que la NLM, se definiría como el conjunto de normas que regulan las relaciones espontáneas y dinámicas en el Mercado. Esta definición parece ser atractiva, en el sentido de no tener en cuenta la participación exclusiva de los comerciantes o *Business Community* en la producción normativa y en la resolución de conflictos, sino que puede presumir la actuación de otros agentes, como el Estado y las Organizaciones Internacionales. Sin embargo, esta definición puede ser objetada si se tiene en cuenta que los comerciantes no son los únicos actores en el mercado, sino que en él también participan los consumidores, quienes gozan de una protección especial, la cual, sujeta a los comerciantes a través de una normativa concreta -Derecho del Consumidor- y limita la actuación del comerciante.

7 Véase, entre otros, Cadena, A. La Nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del Derecho, en *Papel Político*, No. 13, 2001, pp. 101-114.

8 Ver, entre otros, Tovar, María. Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros, en *Lima Arbitración*, No. 2º, 2007, p. 107.

9 La utilización del término "involutivo" no debe interpretarse como la repetición idéntica de la Lex Mercatoria Medieval desde la década de los 60's, sino como el resurgir de los elementos esenciales de la Lex Mercatoria Medieval bajo los matices del Derecho actual.

10 Ver, entre otros, Highet, Keith, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, en *Tulane Law Review*, Vol. 63, 1988-1989, pp. 613-628.

Todos los argumentos anteriormente presentados hacen que algunos autores manifiesten que la NLM sea un concepto complejo y difícil de definir, porque la existencia de una pluralidad de actores, un estado indefinido de fuentes y el comportamiento dinámico de las relaciones mercantiles; hacen que un intento de definición pueda resultar incompleto o inexacto.

No obstante, es posible lograr una aproximación conceptual mediante el uso del término “fenómeno jurídico”, entendiendo este como un conjunto de acontecimientos y relaciones que dan origen a una regulación contractual, fundados en la necesidad de una seguridad en la contratación y funcionamiento del mercado. En este sentido, la NLM podría ser definida como un fenómeno jurídico dinámico donde se regulan las relaciones internacionales de la comunidad de comerciantes o Business Community. Esta definición tiene como ventaja que limita el objeto de la NLM a las relaciones entre comerciantes -B2B- y excluye las relaciones entre los comerciantes y los consumidores -B2C- o entre consumidores y consumidores -C2C- (Graf Von Westphalen, 2005, p. 23). Dejaría esta definición por analizar, cuáles serían las fuentes que compondrían la NLM, teniendo en cuenta que, como se ha dicho antes, en la actualidad las relaciones mercantiles están reguladas no expresamente por los usos, prácticas, costumbres, contratos y cláusulas modelo, sino también por legislación nacional, Tratados Internacionales en materia contractual y comercial, y habría que añadirse los instrumentos preferidos por Organizaciones Internacionales. Este punto será objeto de estudio en el acápite II.

Tres de las características inherentes a la NLM y que se han mantenido como constante en el proceso evolutivo de las relaciones mercantiles, especialmente internacionales, son la universalidad, la “discriminación de clase” y la agilidad en las transacciones internacionales. Cluter explica que el origen de la Lex Mercatoria Medieval se dio gracias, no solo a la ausencia de normativa que regulase relaciones de comercio, sino que el comercio se caracterizaba en la Edad Media por ser “transfronterizo” y por tener mayor representatividad en el comercio marítimo (Cluter, A. Clari, 2003, p.108). Los puertos de las distintas sociedades y las ferias que se celebraban con cierta periodicidad constituían el punto de encuentro de comerciantes quienes, a partir del reconocimiento de unas costumbres, universalizaron unas normas de relaciones negociales (Cluter, A. Clari, 2003, p.125). Estas normas se caracterizaron por ser de aplicación a todos los comerciantes sin distinción de su ciudad de

origen. Este tratamiento no discriminatorio de todos los comerciantes es lo que constituye la universalidad en términos de algunos autores tanto del Derecho Internacional Privado como del Derecho Mercantil Internacional.

Sin embargo, la universalidad se caracterizó también por la existencia de una “discriminación de clase”, es decir, que la normativa únicamente tenía una aplicación a una relación exclusiva, la de comerciantes. La Lex Mercatoria no entraba a regular relaciones de tipo comerciante-civil, ni relaciones comerciante-feudos u organizaciones. En caso de existir un conflicto, especialmente comerciante-civil, este era resuelto por las demás “jurisdicciones”, por ejemplo, el Derecho Canónico entraría en caso de préstamos con altos intereses (usura), mientras que la jurisdicción del Common Law, revisaría los casos de responsabilidad por daños en la propiedad (Cluter, A. Clari, 2003, p.133).

La tercera característica es la agilidad, la cual se manifiesta no solo en la celebración del contrato, sino también en la resolución de conflictos entre comerciantes. Lepera (1988), al igual que Cluter (2003), explican que los comerciantes trataron de evitar las formalidades de las acciones jurisdiccionales tradicionales (Fernández, 1980, p. 87), como los Writs del Common Law o las formalidades del *Ius Canonici*. Esta “evasión” se cristalizó mediante la constitución de unos cuerpos colegiados de comerciantes que cumplían funciones jurisdiccionales y se caracterizaban por la toma de decisiones rápidas, teniendo en cuenta que estos cuerpos colegiados se instalaban durante la celebración de las ferias o en los puertos, donde los comerciantes permanecían por un lapso corto de tiempo. Ejemplo de lo anterior fueron las Cortes de Pie Powder (pies polvorientos) y las Cortes de Almirantazgo (Lepera, 1988, p.14).

Estas tres características se han mantenido con algunos matices en la NLM. Con el fenómeno de la Globalización, las relaciones de comercio retomaron un carácter internacional; que requiere de un tratamiento normativo “uniforme” en las relaciones mercantiles internacionales. La normativa que puede resultar de esta reflexión debe ser creada no solo por los órganos estatales e institucionalmente reconocidos, sino también mediante los actores directos de la contratación internacional, es decir, la Business Community, quien actúa bajo el principio de la Autonomía de la Voluntad Privada, con la finalidad de establecer usos, prácticas costumbres, contratos y cláusulas modelo. Estos instrumentos se caracterizan,

a diferencia de las normativas nacionales, por un carácter “uniforme” en la contratación internacional. En otras palabras, un comerciante podría, a través de la NLM, tener una forma común para contratar tanto con un comerciante alemán, como con un comerciante francés. Lo importante de esta normativa es el uso que tiene entre comerciantes, sin embargo, es de anotar que el uso de estas normas, especialmente, las que son fruto de contratos y cláusulas modelo, no son de carácter exclusivo de las relaciones entre comerciantes -B2B- sino que se han ido expandiendo a las relaciones entre comerciantes y consumidores -C2C-. Estos instrumentos permiten no solo que la contratación entre los comerciantes sea ágil, sino que también prevé la posibilidad de acudir a un cuerpo colegiado para la resolución de conflictos, que se conoce como los tribunales de arbitramento, los cuales, además de tener una regulación propia -aunque los Estados han venido incluyendo una legislación especializada sobre este tema- operan con una mayor celeridad que un tribunal de jurisdicción ordinaria.

En síntesis, se puede decir que la NLM es un fenómeno jurídico<sup>11</sup>, cuyas raíces se encuentran en la Lex Mercatoria Medieval y cuya producción normativa depende la Business Community y que se caracteriza por ser una normativa universal, de clase y ágil, que tiene unos matices al entrar en contacto con la normativa proferida por órganos estatales e internacionales. Esta normativa estaría compuesta, inicialmente por unos usos, prácticas, costumbres, contratos y cláusulas modelo. Algunos de estos se han ido ampliando a otro tipo de relaciones como las de comerciante consumidor. Sin embargo, el hecho haya una ampliación a otro tipo de relaciones, no quiere decir la NLM, regule propiamente otras relaciones, porque algunos sujetos, como los consumidores, tienen una protección especial en los ámbitos nacionales y regionales.

## FUENTES DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y LA CONCEPCIÓN DE LANDO

La NLM no solo presenta problemas en su conceptualización, sino también en la determinación de las

fuentes que constituyen este fenómeno jurídico. El problema central radica no en el aspecto “objetivo” de las fuentes, es decir, en cuáles son las encargadas de regular las relaciones entre comerciantes, sino que radica en el aspecto “subjetivo” de las mismas (Tovar, 2007, pp.107-109).

El aspecto subjetivo de las fuentes se puede reducir a quiénes son los productores de las fuentes de la NLM. A diferencia de la Lex Mercatoria Medieval, no se puede argumentar una ausencia normativa y de interés regulador por parte de los Estados Nacionales en materia de relaciones mercantiles. Cabe mencionar, que han surgido distintos actores que, además de ser independientes a la Business Community y a los Estados Nacionales, corresponden a planos internacionales y regionales<sup>12</sup>.

En la Edad Media, ninguno de los ordenamientos existentes se interesaba por el establecimiento de normas que regulasen las relaciones mercantiles, especialmente, las internacionales. Es así como el ordenamiento Canónico se encargaba exclusivamente de relaciones como las familiares -matrimonio-, excomuniones y las relaciones con la iglesia; el Derecho Romano se encargaba de las relaciones entre los ciudadanos romanos y de las formas de emancipación y; el Common Law, encaminaba sus “normativas” a la responsabilidad por daños en propiedad o en las personas. Este desinterés por cada uno de los ordenamientos, dio la posibilidad a los mercaderes de poder establecer una regulación especializada -comercio-, con unas fuentes claras y diferenciadas, a saber, los usos, las prácticas y las costumbres mercantiles internacionales.

En 1958, los Estados ya contaban con una estructura normativa que incluía la regulación de las relaciones comerciales -pese a ser insuficiente-. Así mismo, los Estados participaban constantemente en la constitución de Tratados Internacionales en materia comer-

11 Una definición similar la ofrece Moreno, al conceptualizar la Lex Mercatoria como “realidad compleja”. Moreno, F. La Lex Mercatoria, Derecho de la Globalización sin Estado, en [www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/](http://www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/) Véase también Highet, K. *The Enigma of the Lex Mercatoria*, en *Tulane Law Review*, Vol. 63, 1988-1989, pp. 613-628.

12 Fruto también de la Investigación fue la descripción de dos fenómenos en los actores del mercado mundial y que tienen una posible participación directa con la NLM. Por una parte, se habla del surgimiento de actores nuevos no previstos en los ordenamientos nacionales e internacionales clásicos, como lo serían organizaciones en materia de comunicaciones satelitales, organismos regionales, entre otros. Por otra parte, se habla de una “redefinición” de agentes internacionales que, frente a las nuevas realidades negociables, rediseñaron sus cláusulas de competencia o sus estructuras orgánicas. Ejemplo de ello sería UNIDROIT, fundada en 1926, pero restablecida en 1940. Sin embargo, estos dos fenómenos constituyen un tema independiente y posterior.

cial<sup>13</sup>. Estos Tratados Internacionales, además de regular el comercio entre los países contratantes, crearon nuevas Organizaciones Internacionales o legitimaron a las mismas para crear instituciones encargadas de la formulación de normativa o políticas normativas para evitar las disparidades legislativas nacionales en Derecho Privado- Mercantil. El ejemplo quizá más claro es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que fue creada por la ONU, mediante la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, cuyas funciones están definidas en la Sección II, Numeral 8, literales del a) al h), encaminadas todas estas a la Armonización y Unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional (ONU, 1966, pp.109-111).

Los Tratados Internacionales, además de servir para la creación de nuevas Organizaciones Internacionales encargadas del Comercio Internacional, sirvieron para la constitución de Bloques Regionales, enfocados en el mejoramiento del mercado entre los Estados Miembros y en lograr una participación de estos Estados en el Comercio Internacional a través de los mismos Bloques. Ejemplo de ello son la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Estas Organizaciones de carácter supranacional y regional, tienen también en sus cláusulas legitimadoras la formulación de normativa y políticas, tendientes a unificar el Derecho Mercantil -tema que explicará en el apartado III-.

Estos nuevos actores -Estados, Organizaciones Internacionales, Organizaciones Supranacionales-, además de las oficinas de abogados-apartado I, a-, entran a regular las relaciones de comercio en conjunto con la Business Community, y actúan ya no por la inexistencia de normativa vigente, sino por una cláusula que los legitima a establecer, mediante contratos y cláusulas, normas que rigen entre los comerciantes y que gozan ya no solo de una coerción fundada en el rechazo de los miembros de la Comunidad de Comerciantes, sino también en las decisiones jurisdiccionales nacionales<sup>14</sup>.

13 Según la información brindada por el Centro de Comercio Internacional, en la actualidad existen 40.000 Tratados Internacionales celebrados, de los cuales unos cientos versan sobre comercio internacional, tocando temas concretos como contratos, bancos, comercio ilícito, propiedad internacional, entre otros. Para profundizar, véase: [http://www.forumdecomercio.org/news/fullstory.php/aid/437/\\_BFConoce\\_bien\\_los\\_tratados\\_comerciales\\_internacionales\\_.html](http://www.forumdecomercio.org/news/fullstory.php/aid/437/_BFConoce_bien_los_tratados_comerciales_internacionales_.html).

14 En Colombia, esta afirmación se respalda desde el art. 16 de la Constitución Política de 1991, en el art. 1602 del Código Civil y en el Art. 4º del Código de Comercio. El art. 16 de la Constitución Política de Colombia consagra el Derecho Fundamental al Libre Desarrollo de la Personalidad, el cual ha sido interpretado

El problema surge cuando el operador jurídico, especialmente el árbitro como juez de los comerciantes, debe entrar a resolver un caso y, a partir de lo que él considere como fuentes de la NLM, tomar una decisión concreta y jurídicamente adecuada, no solo en virtud de la equidad, sino también de la agilidad, porque un fallo errado le puede equivaler a un comerciante un incremento de los costos y una pérdida de tiempo, al tener que acudir a las jurisdicciones nacionales con el fin de obtener una decisión adecuada<sup>15</sup>.

Este es uno de los puntos de partida de Ole Lando (1985), al hacer una reflexión sobre la Lex Mercatoria en el Arbitramento Comercial Internacional. En este escrito, Lando manifiesta una de las complicaciones a las que se enfrenta el árbitro internacional a la hora de fallar un caso: el complejo normativo existente que se caracteriza por ser difuso (1985, p. 752), es decir, por no encontrarse en una misma fuente, o en un mismo productor. Este complejo normativo está, en términos de Lando, compuesto por un conjunto -no excluyente- de siete fuentes (1985, pp. 749-751): a) el Derecho Internacional Público, como la Convención de Viena de 1969; b) los Derechos Uniformes, donde se ubicaría la Convención de 1980 sobre Contrato de Compraventa Internacional de Bienes; c) los Principios Generales del Derecho, cuyo ejemplo más representativo es el *pacta sunt servanda*; d) las Reglas establecidas por Organizaciones Internacionales como UNIDROIT (Baulrock Uwe, 2007, p. 121); e) los usos y costumbres; f) las formas estándar de Contratos y; g) la jurisprudencia arbitral<sup>16</sup>.

Si Lando excluye la normativa nacional de las fuentes de la NLM, es de preguntarse si todas las fuentes enunciadas en su lista pueden constituir NLM, o si alguna debe ser excluida. Para la explicación de

por la Corte Constitucional como el artículo que legitima el principio de la Autonomía de la Voluntad Privada, y por ende, la capacidad de establecer normas vinculantes entre particulares. El art. 1602 del Código Civil, le da el rango de ley a los contratos celebrados entre particulares, que debe ser respetado y cumplido a menos que haya un pacto que modifique la obligación existente. El art. 4º del Código de Comercio le da una preferencia a las cláusulas pactadas entre particulares sobre las normas supletivas y dispositivas del Código de Comercio.

15 Esta acción está consagrada en el ordenamiento en el art. 38 del Decreto 2279 de 1989 bajo el nombre de Recurso de Anulación de Laudo Arbitral. Sin embargo, uno de los primeros problemas a los que se enfrentaría el recurrente sería el de argumentar bajo cuál de las causales se podría ubicar el desconocimiento de fuentes de la NLM.

16 Esta enumeración no es unánime. Véase, Guillén J. D. Introducción a la Lex Mercatoria recuperado el 17 de agosto de 2009 en <http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/RevJud89/Introducci%F3n%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm>

cuáles fuentes constituyen NLM, Lando alude como ejemplo a un conflicto de Compraventa de Bienes donde se tiene en cuenta la legislación escandinava. Según él, si un árbitro se encuentra con un conflicto donde la ley nacional parece no dar respuesta, la mejor alternativa es acudir no a los conocimientos del sistema jurídico del cual provienen los árbitros, sino a la NLM (1985, pp. 753-755). Este es el caso de la ley escandinava, la cual consagra obligaciones de compraventa en el ámbito nacional -como la demora en la entrega del bien-, mas no prevé algunas obligaciones en la contratación internacional, y por ello, es mejor acudir a la NLM.

Esta NLM (1985) se encuentra en el contrato, en instrumentos como la *Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, las costumbres, y todas ellas están reconocidas expresamente por Lando. Los Tratados Internacionales y las Reglas de Organizaciones Internacionales no están excluidas explícitamente, sino que hace un llamado especial a la importancia de ellos, especialmente, a la Comisión de Derecho Contractual Europeo, que pertenece a un Proceso de Integración o Bloque Regional denominado Unión Europea, cuya normativa se rige por unas reglas propias, contenidas en el Derecho Comunitario. Esta mención será punto de partida para tratar de construir lo que se ha llamado en este trabajo la "Lógica Lando".

### La Normativa Andina sobre Propiedad Intelectual y Póliza Andina respecto a la Nueva Lex Mercatoria

La Globalización no fue el único fenómeno que inició su desarrollo en 1958. En Europa, se descubrió que un Estado no puede actuar de forma aislada dentro de un contexto internacional. Igualmente, se reconoció que algunos Estados no tienen las mismas características o ventajas que otros países, pudiendo estar en una situación de desventaja en la celebración de Tratados Internacionales o en la participación en el comercio internacional.

Es así como, con la declaración Schuman y la celebración del Tratado de Roma sobre la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, se da inició en Europa a un proceso de integración que actualmente se conoce como Unión Europea y que se caracteriza por la constitución de un Bloque Regional mediante la consecución escalonada de unos estadios, a saber: a) Zona de Libre Comercio; b) Unión Aduanera; c) Mercado Común; d) Unión Económica y; e) Unión Política. Esto se logra

mediante la celebración de Tratados Internacionales, en donde se prevé la cesión de competencias de los Estados Miembros Instituciones Regionales o Supranacionales, quienes tienen facultad para el establecimiento de normas aplicables en todos los países miembros. Estas normas se encaminan, entre otros, a la consolidación de un mercado, en donde los distintos agentes pueden participar en un plano de igualdad real y en donde se garanticen los estándares necesarios para la prevención de fallas del mercado.

En América se han producido también algunos procesos de Integración pero con distintos matices o niveles. Ejemplo de aquellos es la Comunidad Andina de Naciones -en adelante CAN-, conformada en la actualidad por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Este proceso se encuentra en una Zona de Libre Comercio y cuenta con un conjunto de instituciones, conocido como el Sistema Andino de Integración. En este sistema de integración se han formulado normas para un adecuado funcionamiento de la Zona de Libre Comercio, entre ellas, la Normativa de Propiedad Intelectual y de Póliza Andina. En este acápite se hará una breve enunciación sobre el proceso de la CAN, posteriormente, se analizarán algunos aspectos de las Decisiones 486 -Propiedad Intelectual- y 290 -Póliza Andina-. Partiendo de estos dos puntos, se tomará el planteamiento de LANDO -los Tratados Internacionales- para observar la posibilidad que tienen estas dos decisiones de constituirse en fuentes de NLM.

### Generalidades de la CAN

La CAN es un proceso de integración constituido en 1969<sup>17</sup> por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador Perú, quienes celebraron el Acuerdo de Cartagena (AC). Venezuela se une en 1973. Este acuerdo de Cartagena se caracterizó principalmente por el establecimiento de un Bloque Regional cerrado, cuyo funcionamiento principal es el Sistema de Sustitución de Importaciones. Sin embargo, este sistema, también llamado por Creamer, Regionalismo Cerrado, no funciona, ocasionando un estancamiento en la CAN durante finales de los 70's y comienzos de los 80's (Hurrel, 1992, p.122).

17 Sobre una aproximación general de los Procesos de Integración como Bloques regionales, ver Hurrel, Andrew, *Latin America in the New World Order: a regional Bloc of the Americas?*, en *International Affairs*, Vol. 68, No. 1, 1992, pp. 121 y ss. Desde una perspectiva del Comercio e Infraestructura, véase Acosta, Gina; Galfat, Germán; Flores, Renato, Comercio e Infraestructura en la Comunidad Andina, en *Revista Cepal*, No. 90, 2006, pp. 45 y ss.

Debido al estancamiento del Proceso de Integración, los países miembros deciden reformar el Acuerdo de Cartagena. La reforma estuvo enfocada en el cambio de un Sistema de Sustitución de Importaciones por un Sistema de Mercado Abierto -en términos de Creamer (2005)- el paso de Regionalismo Cerrado a Regionalismo Abierto (Acosta & otros, 2006, p. 47). Esta reforma se consagra en el art. 2º del Acuerdo de Cartagena, el cual establece que los resultados del proceso de integración se evaluarán teniendo en cuenta, entre otros, los efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país (...). Del mismo modo, el art. 7º<sup>18</sup> del Acuerdo de Cartagena propone como finalidad permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.

Tanto la finalidad como los resultados de la integración de la CAN, se podrán realizar en la medida que existan unas instituciones, políticas y normativas conjuntas que permitan la armonización de las economías de cada uno de los países miembro. Es así como el art. 5º<sup>19</sup> del Acuerdo de Cartagena crea la Comunidad Andina de Naciones -antes llamada Pacto Andino-, integrada por los Estados soberanos e Instituciones del Sistema Andino de Integración, a saber, el Consejo Presidencial Andino -arts. 11 y ss AC-, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores -arts. 15 y ss AC-, la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones -arts. 21 y ss AC-, la Secretaría General de la Comunidad Andina -arts. 29 y ss AC-, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJ-CAN) -arts. 40 y 41 AC-, Parlamento Andino -arts. 42 y 43 AC-, entre otras<sup>20</sup>.

Estas Instituciones, específicamente el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General, están facultadas por el AC, para proferir normas de carácter vinculante para los Estados miembros, para poder ejecutar los programas de armonización consagrados en el Capítulo IV del AC -Políticas Económicas y Planes de Desarrollo-.

Tanto las Normas consagradas en el Tratado Constitutivo y Protocolos Modificatorios, así como las Normas proferidas por las Instituciones Comunitarias, constituyen lo que se conoce como Derecho Comunitario. Las normas pertenecientes al primer grupo -Tratados Internacionales- se conocen como Normas de Derecho Originario o Primario (Tremolada, 2004, pp. 317-346). El TJ-CAN ha nombrado estas normas como "normas constitucionales comunitarias" (Tremolada, 2004, p. 318), al ser ellas las que consagran los aspectos fundamentales del funcionamiento del Proceso de Integración, crean Instituciones con sus respectivas funciones, establecen finalidades y límites.

Las normas proferidas por las Instituciones Regionales son conocidas como Derecho Comunitario Derivado o Secundario (Tremolada, 2004, pp. 321-327), debido a que requieren de un acto jurídico anterior que las legitime, es decir, el Derecho Originario. Estas normas, sin embargo, no requieren de un acto consensuado de los Estados miembros y, una vez proferidas, gozan de una aplicación directa e inmediata (Tremolada, 2004, pp.327-338), conforme al art. 3º del Tratado Constitutivo del TJ-CAN. En su Parágrafo primero, el art. 3º del Tratado Constitutivo del TJ-CAN, establece que las normas proferidas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión Andina y la Secretaría General serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación -aplicación inmediata de la Normativa Andina-. En el Parágrafo Segundo del Tratado Constitutivo del TJ-CAN se consagra que las Normas Andinas se aplicarán en el Estado miembro sin necesidad de incorporación en su respectiva legislación, a menos que la norma consagre lo contrario.

Bajo estos criterios -entre otros- el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina han proferido un conjunto de normas, encargadas de regular algunas actividades del mercado, tales como servicio de Transporte, Libre Competencia y Propiedad Intelectual. De estas normas, son de especial atención la Decisión 290 de 1991 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Decisión 486 de 2000 de la misma Institución.

### **Decisión 290 de 1991: Póliza Andina**

La Comisión de la Comunidad Andina, en virtud del Capítulo IX del AC y de la Decisión 257 de la Comisión, decide aprobar mediante la Decisión 290 de 1991, la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil para el Transportador Internacional de Carrete-

18 Este artículo fue modificado, así como todo el Capítulo II del Acuerdo de Cartagena, mediante el Protocolo de Trujillo, celebrado en 1996; Gutiérrez, Alejandro, Globalización Regionalismo Abierto, en Aldea Mundo, Año 4, No. 8, 2003, pp. 48 y ss.

19 También modificado por el Protocolo de Trujillo de 1996.

20 Para una aproximación de la Comunidad Andina desde su historia e instituciones, véase García de Carvajalino, *La Comunidad Andina*, en Revista de Derecho, Universidad del Norte, No. 12, 1999, pp. 69-82. También véase Fuentes F., Alfredo, Contexto Histórico y avances de la Integración en la Comunidad Andina, en Revista Oasis, No. 13, 2005, pp. 177-196.

ra. En el art. 4º de la Decisión 290, la Comisión consagra que la Póliza Andina -en adelante PA- se rige, como cualquier contrato mercantil, por el principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en el establecimiento del precio de la póliza. Según este artículo la empresa que expide la póliza podrá libremente concretar con el asegurado la tarifa del seguro, atendiendo los principios técnicos que regulan la materia y no requerirá, en este caso, de autorización del órgano de control competente de sus respectivos países.

Sin embargo, el Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada se ve limitado en la formulación de algunos elementos de la póliza. Ejemplo es el requerimiento de otra empresa que represente a la aseguradora con facultades de representarla judicialmente y atender, resolver, liquidar y pagar las reclamaciones que sean formuladas a su representada dentro del país miembro -art. 5º Decisión 290 de 1991-. Igualmente, el art. 7º de la Decisión 290 de 1991, determina cuáles son las obligaciones de las aseguradoras y sus representantes en cuanto a prestación de servicios y relaciones entre la empresa aseguradora y su representante.

Otro elemento limitante de la libertad negocial de las partes se encuentra en el establecimiento del ámbito geográfico de aplicación de la Póliza Andina, esencialmente derivada de la interpretación del art. 3º de la decisión 290 de 1991. Este artículo consagra que los países miembros de la CAN no podrán exigir al transportador, para el otorgamiento de la autorización para el transporte internacional, la contratación de otro seguro adicional que cubra los riesgos previstos en la Póliza Andina. Así mismo, el art. 9º de la Decisión 290 de 1991, consagra que para la habilitación de los vehículos, los organismos nacionales competentes de Transporte de los países miembros exigirán la presentación de la Póliza Andina, cuya cobertura debe estar vigente durante las operaciones de transporte internacional.

En los conflictos llevados ante la jurisdicción ordinaria, las excepciones presentadas por las empresas aseguradas, han sido la falta de ámbito de aplicación geográfico. El caso más reciente fue el tratado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación del 14 de Julio de 2009. En ella, la aseguradora Colseguros formuló como una de las excepciones a la demanda el "ámbito geográfico" de

la Póliza Andina<sup>21</sup>. Según la aseguradora, la Póliza Andina cubre, en términos de la normatividad y de los anexos de la Decisión 290 de 1991, solo el ámbito del transporte internacional y en él, no se puede entender incluido el país emisor de la Póliza.

En el análisis del caso, la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 31 de Mayo de 2007, suspende el proceso y solicita la Interpretación Prejudicial de la Decisión 290 de 1991 ante el TJ-CAN, como órgano competente. En la Sentencia del 2009 la Corte Suprema de Justicia incluye dentro de su considerando la interpretación hecha por el TJ-CAN, donde se aclara qué debe entenderse por "ámbito geográfico". Según el TJ-CAN, la intención del legislador en la elaboración de la Decisión 290 de 1991, fue la de evitar realizar un doble amparo por los riesgos que puedan surgir del transporte internacional por carretera. En este sentido el art. 3º de la Decisión 290 prohíbe la exigencia de una segunda póliza con las mismas coberturas que la Póliza Andina. Siguiendo estos dos lineamientos, argumenta el TJ-CAN que, si el objetivo es evitar la doble póliza y tener una póliza con una cobertura lo suficientemente amplia, no es posible argumentar que el país en donde se expide la póliza esté excluido, porque la norma entraría en una contradicción manifiesta, por tanto, resultaría ilícito expedir una póliza que excluya el país emisor. Con esta sentencia, quedaría propuesto otro límite al Principio de la Autonomía de Voluntad Privada, resultando así que únicamente el art. 4º, permite el acuerdo de las partes en materia de precio de la póliza.

### **Decisión 486 de 2000: Propiedad Industrial**

En el año 2000, la Comisión de la Comunidad Andina, en virtud del art. 27 del AC y de la Decisión 344, -se sustituye esta por la Decisión 486-, establece el régimen de Propiedad Industrial al interior de la CAN.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de Julio de 2009, Caso Sociedad Transportes Rutas de América CIA LTDA C.A. contra Sociedad Colseguros S.A. La Transportadora celebró con la Aseguradora un contrato de Seguro de Responsabilidad Civil para el Transporte Internacional por Carretera, -Póliza Andina- donde se pactó como ámbito de aplicación los transportes internacionales entre Colombia y Ecuador. En 1998, uno de los autobuses asegurados colisionó en el Departamento del Cauca. La Transportadora realizó los trámites para hacer efectiva la póliza, pero le fue negada. En la demanda, Asegurada argumentó que la Póliza Andina no cubre en el país donde fue emitido.

Aunque el régimen de Propiedad Industrial hace referencia al estudio de bienes o propiedad, la importancia de la Decisión 486 de 2000, radica en que esta no es aplicable a las normas del Derecho Privado nacional reguladoras de la Propiedad Industrial de los países miembro. En el Ordenamiento Jurídico Colombiano fueron las normas del Código de Comercio sobre Propiedad Industrial, consagradas en el Libro III, Título II, Capítulos I y II, inaplicadas. Más no todas las normas fueron inaplicadas. En algunas materias hay una “doble aplicabilidad”, es decir, se aplican simultáneamente normas tanto del Código de Comercio como de la Decisión 486 de 2000.

Algunas de las normas que tienen “doble aplicabilidad” hacen referencia a los contratos que pueden celebrar las personas, cuyo objeto sea algún bien protegido por el régimen de Propiedad Intelectual. El primer ejemplo de ello son las patentes de invención, las cuales pueden ser objeto de contratación según el art. 57 de la Decisión 486 de 2000, que consagra la licencia y faculta al propietario de la Patente a otorgar o conceder una licencia a uno o más terceros para su explotación. Sin embargo, los artículos siguientes de la Decisión no consagran reglas sobre el contrato de licencia, reglas que sí están consagradas en el art. 556 del Código de Comercio Colombiano. De igual forma, opera la figura de licencias cuyo objeto son las Marcas. El art. 161 de la Decisión 486 permite celebrar el contrato de licencia sobre una respectiva marca, pero las notas aclaratorias de dicho contrato se encuentran en el art. 594 del Código de Comercio.

Al estar los elementos o notas específicas del contrato de licencia, bien sea de Patentes de Invención o de Marcas, en la legislación nacional colombiana, es de anotar que las normas del Código de Comercio son, por lo general, normas supletivas. La norma supletiva se encuentra consagrada en el art. 4º del Código de Comercio y se entiende por ella, toda norma que opera en caso de no existir un acuerdo pactado entre las partes contractuales. Por tanto, en materia de contratación, cuyo objeto sea la Propiedad Industrial, prevalecerá el Principio de Autonomía de la Voluntad, permitiendo a las partes establecer cuáles serán las reglas que regirán la celebración, ejecución, terminación y conflicto del contrato.

### La Normativa Andina y la “Lógica Lando”

Lando considera que el reto para el operador jurídico es el de resolver un caso teniendo en cuenta si

es posible el usar la NLM como medio resolutivo y, si la respuesta es afirmativa, determinar cuáles son las fuentes que componen la NLM (ver apartado II). Para resolver esta pregunta, Lando describe cuáles son las normas que componen el actual fenómeno complejo de las relaciones comerciales, encontrándose con a) el Derecho Internacional Público, como la Convención de Viena de 1969; b) los Derechos Uniformes, donde se ubicaría la Convención de 1980 sobre Contrato de Compraventa Internacional de Bienes; c) los Principios Generales del Derecho, cuyo ejemplo más representativo es el *pacta sunt servanda*; d) las Reglas establecidas por Organizaciones Internacionales como la UNIDROIT; e) los usos y costumbres; f) las formas estándar de Contratos y; g) la jurisprudencia arbitral.

Cuando hace un análisis de cuáles de estos instrumentos componen la NLM, solo hace alusión a que la normatividad nacional no constituye NLM y que en ocasiones los códigos o leyes nacionales pueden dar mejor resultado que la NLM. Pero, cuando se opta por resolver el caso partiendo de la NLM, Lando comienza refiriéndose a la interpretación del contrato y los posibles problemas que pueden surgir de ello. Posteriormente, hace alusión a la importancia que han adquirido los Tratados de Derecho Internacional Público y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, sin embargo, no los excluye como fuentes de la NLM (ver apartado II).

Si Lando no excluye los Tratados Internacionales expresamente, y hace referencia especial a ellos, se podría decir que constituyen fuente de la NLM. La delimitación a Tratados Internacionales se centrará en todos aquellos Tratados, que solo regulen temas de Comercio Internacional, es decir, serán excluidos temas como el Derecho Penal Internacional, Armonización y Cooperación Internacional en la lucha contra el Terrorismo y el Narcotráfico, porque ellos no tratarían las relaciones y conflictos surgidos por o entre comerciantes, es decir, no tienen relación directa con la Business Community.

Es de cuestionarse si la Normativa Andina, ejemplificada a través de las Decisiones 290 de 1991 y 486 de 2000, constituyen también fuentes de NLM. Aunque las Normas Comunitarias Derivadas no corresponden ni a la finalidad y al procedimiento de los Tratados, aquellas sí nacen o se legitiman en estos. Esta pregunta puede ser resuelta teniendo en cuenta las siguientes pautas: a) la relación de la CAN con la

Globalización; b) la finalidad Comercial de la CAN y; c) la vigencia del Principio de Autonomía de la Voluntad en las Normativa Comercial Andina.

Antes de la primera mitad de la década de los 80's, los Procesos de Integración, especialmente la CAN, eran vistos como reacciones contrarias y opuestas al fenómeno de la Globalización. Los bloques regionales servían como mecanismos de protección, al impedir un contacto y una participación en el nuevo orden del Comercio Internacional fruto de la Globalización. Si la finalidad es proteger un bloque frente a la Globalización, el comercio se convertía en una actividad cerrada y exclusiva solo para el Bloque Regional, pensamiento que sustentaba al Sistema de Sustitución de Importaciones. Después de la segunda mitad de la Década de los 80's, no se podía concebir un Bloque Regional que actuase en contra de la Globalización. Los Procesos de Integración se vieron como un medio que facilitaba la participación de los Estados en la Globalización, ofreciendo herramientas que equilibraran las relaciones con Estados no pertenecientes al Bloque. Es por ello que la reforma del AC, tendió a medir los resultados de la Integración a través de exteriorización del comercio de cada uno de los países miembros (ver apartado III, letra a) (Gutiérrez, 2002, p. 49). Una de las formas de facilitar la participación de los Estados miembros de la CAN, a través del Proceso de Integración, es mediante la coordinación o armonización de las normativas y políticas de comercio internacional, es decir, que la Normativa Andina funcione como un elemento armonizante entre las normativas nacionales y la NLM, como normativa fruto de la Globalización (ver apartado I). Esta coordinación puede hacerse mediante la adopción a nivel regional de las fuentes de NLM o en el entender la Normativa Andina como NLM.

Para poder afirmar que la Normativa Andina es fuente de la NLM, el contenido de ella debe estar enfocado hacia un objetivo claro: el comercio internacional. La CAN ha sido pensada inicialmente, según el articulado del AC, y de sus protocolos modificatorios; como el proceso de constitución de un Mercado Común con un doble funcionamiento. Por una parte, busca la formación de un mejor mercado ágil y efectivo entre los países miembros. Por otra parte, la CAN trata de establecer medidas y herramientas para la facilitación del comercio con países terceros o con el mercado Global -ya visto en forma general en el apartado III-. Estos pensamientos están recogidos en los Capítulos IV y siguientes del AC -específicamente en los arts.

50 y ss-. De estas normas son de destacar los arts. 55, 56 del AC. En el art. 55 se establece que la Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías; en el art. 56 se determina que la Comunidad Andina contará con un régimen uniforme al que deberán sujetarse las empresas multinacionales andinas. Estos artículos mencionados, tienen una relación directa con la Business Community, porque consagran dos elementos propios a los comerciantes actuales: la protección de la Propiedad -intelectual- y la formación de sociedades competitivas en el mercado global. Sin embargo, estas normas requieren ser concretadas, por ello surgen Decisiones como la 290 de 1991 y las 486. Estas dos decisiones hacen reales y efectivas las normas generales del AC, y por ello, aunque no son propiamente Tratados Internacionales, son el desarrollo de los mismos y están encaminados hacia un mismo objetivo, que es el comercio internacional.

La Normativa Andina se caracteriza además, por no excluir el Principio de Autonomía de la Voluntad Privada. Como se vio, pese a establecer límites muy concretos en algunos aspectos, como el ámbito geográfico, la Normativa Andina -tanto la Decisión 290 como la 486- permiten que las partes contratantes, bien sea de una Póliza o de una Licencia, formulen sus propias normas a través de acuerdos entre las partes, manifestados en las cláusulas contractuales. Estos argumentos permitirían deducir que, aunque Lando no se cuenta en su reflexión sobre normativas regionales como fuente de NLM, es posible pensar que ellas, mediante una construcción deductiva, pueden llegar a hacer parte no solo del complejo normativo de las relaciones comerciales, sino también de las Fuentes de NLM.

## CONCLUSIONES

La Nueva Lex Mercatoria nace de un contexto delimitado a partir de los años 50's, en el cual, surgió la necesidad de la reconstrucción de la sociedad Europea, mediante la formulación de leyes excepcionales que regulasen formas contractuales no previstas en las regulaciones -códigos- tradicionales. Igualmente, participan en la formación de la Nueva Lex Mercatoria la aparición de leyes especiales; el fenómeno de la Globalización y del Comercio Internacional; el resurgimiento de la sociedad comercial a través de la Business Community; la utilización del inglés como nueva lingua franca; el nacimiento de las oficinas de abogados y de los contratos y cláusulas modelo.

Sin embargo, no es posible dar una definición conceptual precisa sobre la Nueva Lex Mercatoria, para este trabajo, se hizo pertinente la utilización del término “fenómeno jurídico”, en el entendido que la Nueva Lex Mercatoria puede verse como la convergencia de una pluralidad de normas provenientes de distintos actores o emisores, pero que están encaminadas a la regulación del comercio internacional, específicamente, a las relaciones B2B o de la Business Community. Así como es difícil una aproximación conceptual de la Nueva Lex Mercatoria, también lo es el entendimiento de las fuentes de la misma. Partiendo de la idea de Lando, donde solo se excluye expresamente las normativas nacionales como fuentes de la Nueva Lex Mercatoria, se puede decir que los Tratados de Derecho Internacional Público -sobre comercio Internacional-, los Derechos Uniformes, los Principios Generales de Derecho, las Costumbres Internacionales, las reglas establecidas por las Organizaciones Internacionales, y los contratos y cláusulas modelo, hacen parte del sistema de fuentes de la Nueva Lex Mercatoria.

Fruto también de finales de la década de los 50’s son los Procesos de Integración Regional. La Comunidad Andina de Naciones es uno de estos Procesos y nace en el año de 1969 con el Acuerdo de Cartagena, en el cual se plantean unas metas y se constituyen unas Instituciones facultadas para crear normas que hagan efectivos los fines propuestos. Las normas pertenecientes al Acuerdo de Cartagena y a sus protocolos modificatorios, se les conoce como Derecho Comunitario Originario, mientras que a las normas producidas por las instituciones creadas a partir del Acuerdo de Cartagena, se les conoce como Derecho Derivado.

Ejemplo del Derecho Derivado son las Decisiones 290 de 1991 y 486 de 2000, de la Comisión de la Comunidad Andina. La Decisión 290 se encarga de regular la Póliza Andina o seguro de responsabilidad civil de transporte internacional. Aunque esta Decisión establece límites fuertes a la autonomía de la voluntad, no la descarta, sino que permite el establecimiento de cláusulas como la tarifa. La Decisión 486 regula el régimen de Propiedad Industrial en los países miembros de la Comunidad Andina, pero solamente enuncia la posibilidad de contratar mediante licencias, por lo que debe tenerse en cuenta también la legislación

nacional -Código de Comercio-, aunque este es supletivo y da preferencia a la autonomía de la voluntad.

Partiendo de la idea de Lando sobre los Tratados Internacionales como fuente de Nueva Lex Mercatoria; se puede afirmar que la Normativa de los Procesos de Integración constituyen fuente de Nueva Lex Mercatoria, teniendo en cuenta que los Bloques Regionales nacen de Tratados Internacionales en materia de Comercio Internacional; que son una acción complementaria a la Globalización y que dan plena participación a la autonomía de la voluntad privada.

No obstante, es necesario tener presente dos cuestiones que serían objeto de un estudio posterior. La primera cuestión hace énfasis en el Juez. Si bien en la Nueva Lex Mercatoria la tendencia es a que el árbitro internacional, no se debe descartar la posibilidad de que un juez nacional deba resolver un caso donde deba analizar la posibilidad de aplicar fuentes de Nueva Lex Mercatoria. En cualquier caso, tanto el juez nacional como el árbitro internacional se enfrentarán a la siguiente situación. La normativa regional se caracteriza por tener como guarda al Tribunal de Justicia del Proceso de Integración y solo él, es el legitimado a interpretar las normas comunitarias, especialmente, las derivadas. Esto le quitaría parte de la libertad creadora al árbitro o al juez, porque sus decisiones estarían sujetas a las determinaciones de cómo debe interpretarse una norma comunitaria. Asimismo, los contratantes deberán tener presente que toda su actuación se limitaría a los criterios determinados por el juez comunitario y por ende, la libertad de contratar se vería afectada.

La segunda cuestión hace énfasis en la finalidad de los Procesos de Integración. Los Bloques Regionales no solo buscan la formulación de normas armonizadoras de las relaciones B2B, sino que promueven una fuerte protección hacia otros agentes del mercado como el consumidor, y la normativa que formular se dirige a limitar las decisiones del comerciante a un nivel alto, teniendo como preferencia al consumidor, que sería una parte débil en la contratación. Por tanto, la Normativa Andina debería ser vista no como una fuente de Lex Mercatoria, sino como una norma autónoma que no descarta la presencia de elementos comerciales provenientes del Nueva Lex Mercatoria.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, G., Galfat, G. & Flóres, R. (2006). Comercio e Infraestructura en la Comunidad Andina. *Revista de la CEPAL, No. 90*, pp. 45-60.
- Baulrock, U. (2007). Lex Mercatoria and Common Frame of Reference. *Zeitschrift für Europäisches Privat Recht (ZEuP)*, pp. 118 – 129.
- Cadena, A. & Walter, R. (2001). La Nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del Derecho. *Papel Político, No. 13, 2001*, pp. 101-114.
- Cluter, A. (2003). *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Economy*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Creamer, G. (2005). Regionalismo Abierto en la Comunidad Andina: ¿Creación o Desviación de Comercio? *El Trimestre Económico*, Vol. LXXI, No. 281, enero-marzo 2005, pp. 45-71.
- Fernández, R. (2002). *Teoría y Praxis en la Codificación de los Negocios Internacionales*, p. 99. Recuperado de [http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA\\_Y\\_PRAXIS\\_DE\\_LA\\_CODIFICACION.pdf](http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA_Y_PRAXIS_DE_LA_CODIFICACION.pdf)
- Fuentes, A. (2005). Contexto Histórico y avances de la Integración en la Comunidad Andina. *Revista Oasis, No. 13, 2005*, pp. 177-196.
- García, C. (1999). La Comunidad Andina. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, No. 12, 1999. pp. 69-82.
- Goldstajn, A. (1980). *Usages of trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*. Recuperado el 20 de agosto de 2009 de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html>.
- Graf Von, W. F. (2005). *Wieviel Einheitlichkeit braucht das Recht. Anwaltsblatt (AnwBl), 1/2005*, pp. 21- 26.
- Guillén J. D. (2009). *Introducción a la Lex Mercatoria*. Recuperado el 17 de octubre de 2009, en <http://www.poder-judicial.go.cr/escuela-judicial/DOCS/revista%20judicial/RevJud89/Introducci%F3n%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm>
- Gutiérrez, A. (2003). Globalización Regionalismo Abierto. *Aldea Mundo*, Año 4, No. 8, 2003, p. 48.
- Highet, K. (1988). The Enigma of the Lex Mercatoria. *Tulane Law Review, Vol. 63, 1988-1989*, pp. 613-628.
- Hill, C. (2004). *Negocios Internacionales*. México: ed. Mc Graw Hill.
- Hurrell, A. (1992). Latin America in the New World Order: a regional Bloc of the Americas? *International Affairs, Vol 68, No. 1, 1992*.
- Juenger, F. (1999). The Lex Mercatoria and Private International Law. *Louisiana Law Review, Vol. 60, 1999-2000*, pp. 1134-1150.
- Lando, O. (1985). The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34, No. 4, 1985*, pp. 747-768.
- Moreno, F. (2009). La Lex Mercatoria, Derecho de la Globalización sin Estado. Recuperado el 10 de agosto de 2009 en <http://www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/>
- Tovar, M. (2007). Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros. *Lima Arbitration, No. 2º, 2007*, pp. 106-125.
- Tremolada, E. (2004). Los Pilares Jurídicos de la Comunidad Andina: ¿Elementos Decisivos para su Supervivencia? *Revista Oasis, No. 12, 2004*, pp. 317- 346.