
El derecho mercantil en el contexto transnacional: su relación con el procedimiento de inclusión

*Mateo Jaramillo Vernaza**

Resumen

La producción jurídica en el contexto transnacional puede ser vista desde dos perspectivas: la primera de ellas, como una herramienta para elaborar contratos y como un recurso para resolver conflictos. La segunda, como un factor necesario en la elaboración del derecho en un contexto institucional. Este segundo carácter se consigue a través del denominado “método de incorporación” que permite que el *soft law* se convierta en *hard law*. En este campo es necesario hacer claridad acerca de si el “método de incorporación” es o no es parte esencial del sistema jurídico transnacional.

Palabras clave: derecho mercantil, derecho transnacional, *soft law*, *hard law*, órganos de producción, procedimientos de inclusión, efectividad normativa.

Abstract

The legal production on a transnational context could be seen from two perspectives: the first one, in its role as tool for making-contracts and as resource for disputes resolution; the second other, like a necessary factor in the law-making process on an institutio-

* Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario y en Derecho de las Telecomunicaciones de la misma Universidad. Profesor de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, donde coordina la línea de investigación denominada «Derecho de la integración y derecho de las transacciones económicas transnacionales».

nal context. This second character is achieved through the called “incorporation method”, that also allows that soft law become hard law. On this field it is necessary to clarify if the “incorporation method” is or is not an essential part of the transnational law system.

Key words: commercial law, transnational law, soft law, hard law, production organs, incorporation procedures, normative effectiveness

1. Introducción

El presente artículo busca exponer de manera esquemática algunos de los elementos preliminares utilizados durante la etapa inicial del proyecto de investigación denominado «El crédito documentario en la cámara de comercio internacional y en el derecho colombiano. Un caso de transnacionalización del derecho». Este proyecto nace de la intención de llevar a cabo un estudio sistemático que evidencie el margen de fuerza vinculante que las reglas y usos uniformes, en particular el folleto 600, han logrado en el contexto colombiano, a través de los procedimientos de inclusión. En ese orden de ideas, pretendo dos objetivos esenciales: 1) reflejar algunos presupuestos que dieron origen al marco de la investigación en relación con el concepto de derecho en el contexto transnacional;¹ y 2) asumir una posición frente a la eficacia de las normas mercantiles en dicho contexto, y en su relación con el derecho local.

Con el fin de lograr una ubicación inicial dentro de una estructura jurídica contemporánea, intento una aproximación conceptual al objeto del derecho desde una perspectiva *geográfica*,² en donde el concepto de norma jurídica actual resulta aplicable tanto al contexto local como a un entorno transnacional.

Siendo la norma el objeto inmediato de la ciencia jurídica,³ la conducta humana será de suyo, objeto de dicha ciencia siempre y cuando se realice en perspectiva con la norma.

1 Para una aproximación al concepto de derecho transnacional y su relación con la llamada nueva *lex mercatoria*, ver H. Dalhuisen, «The development of Transnational or International Commercial and Financial Law», en Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law, 3ª ed., Hart Publishing, 2007, p. 209-211.

2 Aunque no pretendo realizar un estudio detallado de las diferentes categorías del derecho, surgidas de una conceptualización de contexto, conviene señalar que William Twining, en su construcción de niveles cartográficos, sostiene que el derecho se ocupa de las relaciones entre actores situados en uno de varios niveles, como el transnacional (que como se verá más adelante, permite una *ubicación cartográfica* del concepto de *lex mercatoria*), y el territorial-estatal, tratado clásicamente como derecho local, y relacionado con los sistemas legales aplicables a los estados-naciones. Ver William Twining, *Derecho y globalización*, traducción de Óscar Guardiola-Rivera, Clara Sandoval Villalba y Diego Eduardo López Medina, Bogotá, Siglo del Hombre / Instituto Pensar / Universidad de los Andes (Facultad de Derecho), 2003, pp. 161-167.

3 Es posible asumir un concepto kelseniano, en donde se señala inicialmente una diferencia entre lo que es una ciencia natural y una ciencia social, para luego precisar como objeto de esta última, en lo que a la ciencia social-derecho se refiere, la norma jurídica. Señala Kelsen haciendo referencia al derecho como objeto de la ciencia, lo siguiente: “En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra –menos evidentemente– incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas”. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., traducción de R. Vernengo, México, Porrúa, 2007, p. 82.

Esta precisión resulta adecuada puesto que la ubicación que pretendemos de la norma mercantil, es en cualquier escenario en que sea concebida como precepto que admite la instrumentalización de ciertos derechos y de su efectivización, a través de la utilización mediata o inmediata de la misma, en el desenvolvimiento de las conductas transaccionales de los comerciantes.⁴ La utilización de la definición transcrita no es caprichosa; precisamente Twining considera que la teoría del Estado y del derecho de Kelsen se sustenta en una universalidad que podríamos caracterizar de contexto. Dicha universalidad es la que permite el estudio de las normas que contienen a la figura, tanto en un ámbito reducido como en un entorno más amplio.⁵

Por su parte, la normatividad mercantil como objeto de la ciencia jurídica, se ha ocupado desde sus inicios, de desarrollar una estructura que permita regular de forma independiente el carácter socioeconómico de las relaciones entre particulares, en aquellos eventos en donde el ánimo de lucro se presenta como condición principal, es decir en donde se manifiesta a través de las conductas contenidas en las normas que integran el derecho mercantil,⁶ o en donde se advierte la calidad del comerciante como elemento principal (aceptando un criterio subjetivo). Dicha estructura jurídica, que en la edad media fue reconocida como expresión palpable del régimen especial aplicable a los comerciantes⁷ (criterio subjetivo), logró tal reconocimiento al ocuparse principalmente de unificar: 1. El derecho marítimo, 2. El papel de los tribunales (y su constitución), y 3. la normatividad de las diversas corporaciones de comerciantes; lo que da lugar así a un sistema internacional, cosmopolita y supra local conocido como *lex mercatoria*, el cual se caracteriza por su naturaleza primordialmente consuetudinaria, y el carácter *a-nacional* de su proceso de creación.⁸

4 Sobre el fin último de la norma y su diferencia con los conceptos de situación y relación jurídica, ver: Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes – I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 38-44.

5 Al indicar Twining el alcance de la teoría jurídica general, hace evidente que Kelsen permite una universalidad del concepto de norma, lo que implica que la definición transcrita es aplicable a un estudio del derecho y de su objeto en un contexto lato, permitiendo la inclusión de los niveles expuestos. Ver William Twining, *op. cit.*, pp. 168-169. La posición asumida por Twining en lo que respecta a la existencia de niveles, y que permite un reconocimiento a la variedad de órdenes jurídicos de carácter no estatal en el contexto global, es compartida por Robert Wai, quien destaca como evidente la diversidad en lo que se refiere al marco normativo aplicable al comercio contemporáneo. Ver Robert Wai, «The Interlegality of Transnational Private Law», en *Law and Contemporary Problems*, 71 N° 3, 107-27, Summ. 2008, Duke Law School.

6 Este criterio objetivo es ampliamente criticado por Carlos Antonio Espinosa Pérez, quien sostiene que, su adopción dio lugar en gran parte al descrédito de la costumbre como fuente principal del derecho mercantil, y por lo tanto fue causa imperativa del nacimiento del *derecho de los negocios* como resurgimiento del criterio subjetivo. Ver Carlos Antonio Espinosa Pérez, «Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, N° 25, 99-126, octubre de 2000, Universidad de los Andes (Facultad de Derecho).

7 Como un antecesor de la *lex mercatoria*, podría considerarse al *ius gentium* en su condición de normatividad aplicable tanto a extranjeros como a ciudadanos del imperio. Por otra parte, es fundamental tener en cuenta el papel del pretor peregrino en la recepción de costumbres internacionales de carácter comercial al interior del imperio; así lo señala Berthold Goldman al considerar que el estudio de la evolución de la ley comercial debe necesariamente visualizarse desde la época romana. Ver Nikitas E. Hatzimihail, «The many lives-and faces-of *lex mercatoria*: history as genealogy in international business law», en *Law and Contemporary Problems*, 71.3, Summ. 2008, p. 169 (22), Duke Law School.

8 Es aceptado que el concepto de *lex mercatoria* implica la presencia de un conjunto de normas de naturaleza diversa y *posiblemente superior* a las instituciones legales de orden estatal y local. Ver Hatzimihail, *op. cit.*

La *lex mercatoria*, concebida como un desarrollo mercantil de contexto cosmopolita en el Medioevo, se incorpora posteriormente a los sistemas legales nacionales a través de procesos de codificación; entre los siglos XVII y XIX la corriente preponderante exige una sistematización de las reglas internas de cada país, el código de comercio de Napoleón y el *common law* inglés expresan la intención de lograr una integración nacional aún en el contexto comercial. Es preciso señalar que la codificación no puede asimilarse a una simple interrupción en el proceso de evolución de la *lex mercatoria*, esta *interrupción* agregó a dicho proceso el carácter técnico que la codificación permite en la construcción de un sistema normativo, lo cual se evidencia actualmente en la existencia de organizaciones dedicadas precisamente a compilar, promocionar y aplicar los principios y conceptos que definen la nueva *lex mercatoria*.⁹

Si por el contrario se considera el proceso de codificación como una causa terminal de la evolución de la *lex mercatoria*, es necesario aceptar que la nueva *lex mercatoria* obedece a un fenómeno independiente o por lo menos no tan articulado a la antigua ley mercantil.¹⁰

2. El derecho mercantil en el nivel transnacional

William Twining ha pretendido esquematizar una estructura del derecho que sea asimilable desde la perspectiva contemporánea de la globalización, en donde el concepto de norma pueda ser aprehendido cartográficamente, en relación con la multiplicidad de ordenamientos jurídicos que se encuadran en niveles que van desde el global hasta el sub-estatal, pasando por las categorías internacional, regional, transnacional, intercomunal y territorial estatal.

Aunque el mismo Twining considera dicha categorización como *rudimentaria*, su utilización es adecuada por dos razones, en primer lugar, en tanto que advierte la complejidad en que se desarrollan las estructuras jurídicas modernas, y en segundo lugar porque se aproxima a una explicación más asimilable de la teoría jurídica general en el mundo contemporáneo.¹¹

Para efectos de este artículo, la posición esbozada permite percibir la norma mercantil tanto desde su función inmediata en la regulación directa de los negocios y de sus controversias, como en su papel de modelo legislativo de aplicación mediata. Vale señalar que por la misma naturaleza esencial del derecho mercantil, en donde lo que se busca es generar un mayor dinamismo a las relaciones soportadas en un contenido económico cardinal, y que tienen como objetivo primordial generar un lucro, esta especie se ha visto sometida la mayoría de las veces, a procesos de institucionalización únicos o por lo menos muy

9 Ver Hatzimihail, *op. cit.*

10 Para algunos, el proceso de creación y desarrollo de la *lex mercatoria* que inicia en la edad media, se ve frenado con el paso a la codificación de los siglos XVIII y XIX, en donde el reconocimiento pleno de validez de la norma mercantil resulta de su origen estatal y territorial, precisamente como resultado de dicha codificación. Después de la interrupción se dará paso a la evolución de un nuevo fenómeno de *lex mercatoria* que se hace evidente en la postguerra. Ver Dalhuisen, *op. cit.*, pp. 1-15.

11 Ver Twining, *op. cit.*, pp. 161-173.

especiales, de mecanismos jurídicos idóneos para regular las relaciones comerciales, y las controversias surgidas en virtud del desarrollo de los negocios.¹² La institucionalización¹³ del derecho mercantil transnacional¹⁴ a través de procesos legislativos puede evidenciar su carácter de fuente fundamental de normas adoptadas por estados soberanos.¹⁵ A diferencia de otras ramas del derecho, en donde las normas nacen generalmente por iniciativa de cuerpos colegiados de carácter público, o de actos de la administración, en el derecho mercantil contemporáneo las fuentes principales serán casi siempre tres: 1) el desarrollo de las costumbres mediante las cuales se instrumentalizan las actividades mercantiles; 2) la autonomía de la voluntad privada expresada en las formas contractuales más utilizadas en el ámbito comercial, y 3) la asimilación por parte de organizaciones internacionales de comerciantes y de sus tribunales de arbitramento,¹⁶ de reglas y principios aceptados por sus miembros.¹⁷ Dichas reglas y principios propenden permanentemente por una armonización que solucione los inconvenientes derivados de la multiplicidad de sistemas culturales, políticos y económicos que recorren transversalmente las relaciones comerciales.¹⁸

-
- 12 Subraya Graf-Peter Callies que el desarrollo del comercio se encuentra condicionado a una muy compleja agrupación de instituciones de orden jurídico, sustentadas en la aplicación del concepto de autonomía de las partes, tanto para las condiciones del contrato como la solución de las controversias. Ver Callies, «The Making of Transnational Contract Law», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14 N° 2, 469-83, Summ. 2007, Indiana University Press.
- 13 Como explicaré más adelante, no considero el proceso de institucionalización como la condición necesaria que define la efectividad de las normas mercantiles de carácter transnacional, en su aplicación inmediata.
- 14 Para una definición básica de derecho transnacional tómese la definición dada en 1956 por Phillip Jessup como “toda aquella ley que regula acciones y eventos que trascienden las fronteras nacionales” (traducción libre). Ver Callies, *op. cit.*
- 15 Dentro de este contexto de fuentes del derecho mercantil, pierde fuerza el concepto de certeza, entendida como una cualidad inherente a los preceptos incluidos dentro de un ordenamiento positivo o *institucional*. Como bien lo señala Carlos Antonio Espinoza Pérez, dicha certeza deviene de la posibilidad que tienen las partes de conocer de antemano cual es la normatividad aplicable tanto para la ejecución del contrato como para la solución de cualquier controversia. Ver Espinoza Pérez, *op. cit.*, pp. 110-112.
- 16 El papel de los tribunales de arbitramento no es concebido para algunos, dentro de este proceso de globalización, únicamente como un método alternativo de solución de conflictos para controversias ocurridas en el contexto a-nacional, sino como una verdadera jurisdicción de carácter global. Ver Christopher A. Whytock, «Litigation, Arbitration, and the Transnational Shadow of the Law» en *Duke Journal of Comparative & International Law* 18.2, Spring 2008, pp. 449(27).
- 17 Es innegable la participación del estado en la construcción del derecho privado, sin embargo dentro de una jerarquía práctica de utilización de fuentes considero que para el derecho mercantil, la producción legislativa de carácter local está hoy por hoy, en un nivel inferior de utilización frente a las fuentes mencionadas. Robert Wai indica de manera concreta el papel del estado en los procesos normativos de carácter mercantil, singularizando su aptitud como normas de *utilización mediata o indirecta* en la solución de controversias contractuales. Ver Robert Wai, «Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society», en *Harvard International Law Journal*, 46 N° 2 471-86, Summ. 2005, Harvard Law School.
- 18 Dentro de los objetivos finales perseguidos por cualquier concepción de *lex mercatoria* encontraremos sin duda tres: 1. Establecer un sistema de principios y reglas de aplicación directa en la realización de las transacciones por parte de quienes participan (profesionalmente o de manera ocasional) en el mercado global, 2. Disminuir al máximo las situaciones que den lugar a controversias suscitadas en virtud de problemas de interpretación de las normas mercantiles, y 3. Señalar unos criterios mínimos para la solución de controversias, de aceptación general o mayoritaria por parte de los tribunales de arbitramento. Algunos consideran que dichos objetivos se alcanzan a través de una armonización *legislativa o institucional* de las normas aplicables a los contratos internacionales; la dificultad de lograrlo a corto plazo en una escala global, ha generado la necesidad de iniciar dichos procesos en contextos regionales o gremiales. Son claros ejemplos los principios del derecho contractual europeo publicados por la comisión que lleva su nombre, y las recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional en materia de crédito documentario. Para una mayor exposición de los procesos de armonización, ver: Meyer Lars: «¿Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization», en *Denver Journal of International Law and Policy* 34.1, Spring 2006, p. 119(25).

3. El procedimiento de inclusión

Lo que sugiero como fenómeno de institucionalización debe entenderse como el resultado de un proceso que inicia, en una primera etapa con la utilización reiterada, por parte de los comerciantes o de los tribunales de arbitramento, de regímenes normativos ubicados en el nivel transnacional (nueva *lex mercatoria*), para luego continuar hacia el *endurecimiento* de los mismos, a través de su inclusión, por vía legislativa o judicial, en los niveles internacional, regional o territorial-estatal,¹⁹ que para efectos del artículo he considerado, como institucionales.

Debo señalar frente lo anterior, que no califico la inclusión como una condición esencial al momento de medir la efectividad del régimen normativo ubicado en el nivel transnacional.²⁰ La efectividad es resultado de la utilización directa de sus preceptos en el desarrollo cotidiano de los negocios por parte de los comerciantes internacionales o en la solución de conflictos por los tribunales, y no de la inserción de sus normas en los ordenamientos *institucionales*, a través de procedimientos semejantes de inclusión, los cuales se asemejan a los trasplantes normativos utilizados en el derecho comparado.

Son entonces procedimientos de inclusión, los mecanismos a través de los cuales las normas ubicadas en un nivel transnacional,²¹ son adoptadas por parte de las autoridades de niveles internacional,²² regional o territorial-estatal, bien como imperativas, bien como supletivas de los vacíos contractuales. Nos surge así una pregunta derivada del concepto de inclusión: ¿podemos decir entonces que la efectividad de las normas transnacionales depende únicamente de su utilidad práctica en su nivel inicial, en tanto la adhesión al ordenamiento institucional es un efecto mediato y no una necesidad de primer orden? Precisamente algunos consideran que el papel de tales normas se cumple cuando se utilizan de manera expresa en la elaboración de los contratos, en la interpre-

19 En cuanto al nivel internacional, Twining lo toma como aquél en que se suceden los vínculos jurídicos entre *estados soberanos* o se desarrollan esquemas normativos de carácter más amplio como *los derechos de los refugiados*. Por su parte el nivel regional es explicado como el ajustable a los regímenes cuyo contorno obedece a relaciones entre países, derivadas de una situación geográfica. Son citados por el autor como ejemplos la Unión Europea, la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Organización para la Unidad de África. Ver Twining, *op. cit.*, pp. 164-166.

20 Para Bruno Oppetit, puede resultar bastante adecuado al momento de medir la efectividad normativa de los diferentes regímenes de contexto, pensar en la posibilidad de una *unidad del ordenamiento jurídico*, compatible con una pluralidad de fuentes, lo cual permite por un lado aceptar una autonomía en los modos de creación del derecho, y por el otro el reconocimiento que dentro de esa unidad se hace de la prevalencia de *ciertas normas o de ciertos principios*. Ver Oppetit, *Teoría del arbitraje*, traducción de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis, 2006, pp. 208-213.

21 Aunque las normas ubicadas en el nivel transnacional pueden asimilarse a primera vista a lo que se denomina *soft law*, existe una diferencia cardinal expuesta más adelante.

22 Un ejemplo claro de la institucionalización a través de procedimientos de inclusión es el que resulta de la codificación del *soft law* por parte de organizaciones internacionales que funcionan a través de comisiones compuestas por estados miembros. Ver Callies, *op. cit.*

tación de los mismos o aun en la forma de dirimir los conflictos;²³ aunque no exista una utilización obligatoria de ciertas normas de corte transnacional al momento de aplicar el contrato o de dirimir el conflicto, cuando tales normas no se han pactado como obligatorias en el cuerpo del contrato, algunos tribunales internacionales, como lo señala el profesor Oviedo Albán, deciden dar aplicación a lo que se denomina instrumentos de *soft law*, y como ejemplo cita Los principios de Unidroit como “principios generales de los contratos de comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo”.²⁴ Lo anterior es consecuencia de la necesidad que tienen los tribunales internacionales de proveer a las partes de soluciones que sean acordes con la intención inicial del contrato, el cual nace en un contexto internacional, se desarrolla y se incumple en el mismo contexto, y por lo tanto se encuentra alejado de una solución local.²⁵

4. ¿Se asimila el concepto de *soft law* al de derecho del nivel transnacional?

La aplicación del concepto de *soft law* se relaciona con lo que hasta aquí se ha señalado; la existencia de unas normas que no han sido sometidas a procesos de institucionalización y que por lo tanto no ostentan en teoría, una obligatoriedad suficiente como para permitírseles su aplicación inmediata sin pacto contractual alguno. Lo anterior evidencia que aunque existe una articulación entre ese concepto y el derecho transnacional (reitero, visto desde la perspectiva de los niveles cartográficos de Twining), no se puede considerar que dicha relación es de equivalencia. Mientras que la expresión *soft law* hace referencia a la fuerza vinculante de una norma, la transnacionalización debe ser entendida como la ubicación de ciertas normas dentro de un esquema de categorización del derecho.²⁶ Precisamente Oviedo Albán, en el texto ya citado, afirma con relación a los principios Unidroit que su tratamiento como instrumento de *soft law* deviene del origen de su obligatoriedad, en el caso de dichos principios, de la autonomía de la voluntad de las partes. Coincido

23 Las partes al momento de realizar el contrato en un contexto transnacional, pueden escoger de entre varias opciones, la ley aplicable al contrato, lo cual es un principio esencial de la *lex mercatoria*, y frente a lo que no existe discusión en este artículo. Lo que sí es un punto importante a tener en cuenta es ¿cómo evidenciar la efectividad de las normas que pueden ser escogidas por los contratantes o por un tribunal de arbitramento?, ¿bastara con medir el nivel de utilización inmediata o es necesario tener en cuenta los procedimientos de inclusión? Yo considero, como trataré de explicarlo que la inclusión no hace evidente la efectividad. Ver Héctor M. Medina Casas, «La ley aplicable al contrato», en Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios (dir. acad.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario / Legis, 2007, pp. 372-382.

24 Lo expuesto por el autor genera una duda de prominente consideración, que podría ser objeto de otra investigación: ¿si los procesos de inclusión son necesarios para medir la efectividad de las normas de orden transnacional, se podría considerar dentro de esa medición las posiciones adoptadas por tribunales que pueden considerarse como institucionales al acatar la Resolución 31/98 de 1976 proferida por la Asamblea General de la ONU? Ver Jorge Oviedo Albán, *Estudios de derecho mercantil internacional (principios de Unidroit, lex mercatoria, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza)*, Bogotá, Universidad de la Sabana / Ibáñez, 2009, p. 25.

25 Como ejemplos de la utilización de los principios Unidroit por parte de tribunales internacionales, para efectos de la interpretación de la ley aplicable, véase Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kröl, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague / London / New York, Kluwer, 2003, pp. 444-445.

26 La categorización hace referencia a la determinación de especies jurídicas definidas, en este caso en particular, por el contexto en donde sus preceptos son creado y/o aplicados.

plenamente con dicha afirmación, y menciono así una primera conclusión preliminar, derivada de lo hasta aquí expuesto: la categorización del derecho en niveles, de acuerdo con el esquema cartográfico de Twining, no es la razón definitiva de su fuerza vinculante, ni viceversa.

Es necesario aclarar que aunque no se acepta la relación equivalente, si existe una dependencia condicionante²⁷ entre algunos de los órganos que producen normas del nivel transnacional y el *soft law*. Dentro del esquema cartográfico de Twining, se proponen como ejemplos de dicho nivel, el derecho islámico, el hindú, o el derecho judío, los cuales no se someten a la dependencia señalada puesto que la obligatoriedad de sus normas no estriba en un acuerdo de voluntades, sino en razones culturales, étnicas, religiosas etc. Sin embargo Twining incluye el arbitramento transnacional y la *lex mercatoria*, conceptos que sí pueden considerarse como fuente del *soft law*, y por lo tanto como ejemplos de la dependencia condicionante. Es evidente que los órganos de producción normativa mercantil del nivel transnacional, no pueden obligar a la utilización de dichas normas más allá de lo que puede obligar un contrato, una costumbre o una decisión arbitral.

Lo anterior nos permitirá presentar una segunda conclusión inicial, derivada precisamente de la existencia de una dependencia condicionante, más no de una equivalencia permanente entre los dos conceptos: ciertas normas consideradas como *soft law* pueden encontrar su origen en órganos ubicados en el nivel transnacional de Twining, lo que no implica que el carácter transnacional de tales órganos, en todos los casos, defina su nivel de obligatoriedad o las condiciones para su uso. Sin embargo, cuando se trata de normas relativas a la regulación de fenómenos comerciales, la dependencia condicionante entre la calidad de derecho blando y su nivel de ubicación es una constante, y su correlación permanente. En otras palabras, en materia de derecho comercial los órganos de producción del nivel transnacional producen derecho blando.

5. La efectividad de los órganos de producción de normas mercantiles en el nivel transnacional: su relación con los procedimientos de inclusión

Surge así otra pregunta: ¿cómo medimos la efectividad de estos cuerpos normativos de corte transnacional, que nacen como resultado de la necesidad de aplicar normas que se adecuen a los procesos contemporáneos de comercio? Lo cierto es que en la medida en que están normas sean utilizadas por los contratantes actuales, y de igual manera reconocidas por los tribunales al momento de dirimir sus conflictos, su aplicación en los futuros contratos así como en las controversias derivadas de aquéllos, será cada vez más significativa, y por supuesto su adopción por parte de las legislaciones locales, será más factible a

27 Este concepto hace referencia a la interrelación necesaria que existe entre ciertos órganos ubicados en el nivel transnacional y la obligatoriedad de las normas que profieren.

través de la utilización de los mismos como modelo legislativo.²⁸ No nos encontramos muy lejos de tal situación, existe una polémica frente a la disminución del papel de los organismos estatales versus el desarrollo de las actividades de órganos de producción transnacionales y de su función reguladora; mientras algunos defienden una *teoría clásica* del papel soberano del Estado, y afirman que éste se encuentra en una posición superior y condicionante frente a los organismos no estatales que desarrollan normas de carácter mercantil acogidas ampliamente por los comerciantes, otros aclaran que la tendencia es exactamente la inversa, son los organismos no estatales quienes definen el proceso de legalización interna y de aceptación gubernamental de las directrices contenidas en sus pronunciamientos. Sandeep Gopalan hace referencia a la existencia de una competencia entre los que denomina actores estatales y actores no estatales, afirmando que frecuentemente dicha pugna obtiene como resultado la prevalencia de los preceptos originados en los procesos legislativos de los segundos.²⁹ Lo cierto es que hoy en día la tendencia se dirige a la aceptación tácita del *soft law* por parte de las autoridades institucionales, y en menor medida a su instrumentalización a través de procesos de inclusión.³⁰

Así las cosas, aunque en la actualidad hay un incremento del endurecimiento del derecho blando a través de los procedimientos de inclusión,³¹ considero que dicho *endurecimiento* de normas del nivel transnacional hacia los *institucionales* no es el mecanismo más adecuado para medir la efectividad inmediata de tales normas; me sustento en lo siguiente:

-
- 28 Precisamente el profesor Oviedo subraya que los principios Unidroit pueden ser considerados como una fuente de producción legislativa para las autoridades nacionales e internacionales, así como para el desarrollo de reglas de carácter general útiles para la construcción y desarrollo de contratos de carácter mercantil. Ver Oviedo Albán, *op. cit.*, pp. 55-56.
- 29 Gopalan hace evidente la existencia de los conflictos entre los órganos de producción de derecho blando y aquéllos que hemos señalado como institucionales, y señala la ubicación jerárquica superior de los primeros frente a los segundos, derivada de su habilidad técnica y de las políticas de implementación aplicables a los procesos de construcción normativa. *"This explains their understanding of how the states are mediating demandeurs and designing agreements considering the preferences of these groups. However, the reality may frequently be the opposite. Non-state actors compete with state actors and frequently dominate them in certain areas of international law--the work of the ICC in occupying the field of documentary credits has particular salience here. Non-state entities dominate these fields because of technical expertise and policing mechanisms. In the demandeur-centric approach, the non-state demandeur mediates state preferences, not viceversa"*. Ver Sandeep Gopalan, «A Demandeur-Centric Approach to Regime Design in Transnational Commercial Law», en *Georgetown Journal of International Law*, Winter, 2008.
- 30 Dalhuisen considera que el reconocimiento de la fuerza vinculante de las normas del nivel transnacional, por parte de las autoridades institucionales, se sujeta a unos límites muy precisos de inclusión, tomando como base su relación con aspectos cercanos al concepto de democracia, de derechos humanos y transparencia. De igual manera señala que en términos de derecho mercantil, la inclusión resulta más factible a través de organizaciones internacionales, que de manera directa en el contexto local. Dalhuisen, *op. cit.*, pp. 129-134. Aunque no haré referencia al concepto de autorregulación interna, es preciso señalar que un mecanismo para evitar la formalidad exagerada de los procedimientos de inclusión, es la creación uniforme de las formas contractuales por parte de un gremio en particular, lo cual es probable particularmente en los sistemas autorregulados como el bancario. Ver Eduardo Antonio Barbier, *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, tomo I, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 48-52.
- 31 Aunque no es objeto de este estudio, los procedimientos de inclusión no necesariamente se originan en el nivel transnacional; existen claros ejemplos de inclusión que parten de un nivel institucional para llegar a uno de igual categoría, a través de lo que un sector de la doctrina a considerado como transplantes legales. Ver Francisco Reyes Villamizar, *SAS: la Sociedad por Acciones Simplificada*, Bogotá, Legis, 2009, pp. 33-38.

La efectividad de una norma mercantil, de acuerdo con objeto del derecho comercial ya expuesto, debe medirse en términos de la consonancia entre las causas de su utilización y las consecuencias de la misma, en otras palabras de la correspondencia entre los resultados esperados y los resultados obtenidos por la norma, lo cual para el caso que nos ocupa, implica la asimilación permanente de los cambios tecnológicos, culturales e idiomáticos adheridos a los negocios regulados, lo cual es logrado ampliamente por el derecho mercantil transnacional.

El derecho mercantil del nivel transnacional ha logrado unificar un conjunto de principios, reglas, usos y costumbres que componen el objeto principal de su naturaleza. Dicha unificación puede considerarse a su vez un logro y una necesidad, lo primero porque evidencia la existencia de una legislación transnacional estructurada y de gran alcance, y lo segundo en tanto que deja de lado los obstáculos legales que impiden un movimiento continuo del negocio, obstáculos que nacen tanto de la rigidez normativa local como de la falta de coherencia regulatoria entre las diferentes autoridades institucionales.³²

Podríamos concluir con respecto a lo anterior que la producción de preceptos normativos de una nueva *lex mercatoria transnacional* genera, *per se*, una solución a la incapacidad de lograr, por parte de los estados, un desarrollo normativo acorde con la evolución del comercio. Así lo considera el profesor Oviedo cuando resalta la calidad autonómica de este tipo de derecho, y lo señala como una solución a las necesidades del comerciante, solución que nace precisamente del origen mismo de la norma.³³

La efectividad inmediata de las normas ubicadas en el nivel transnacional dependerá inicialmente del margen de utilización desarrollado en ese contexto, margen que debe ser verificado en tres momentos diferentes, en primer lugar en el proceso de construcción del contrato por parte de quienes realizan un negocio, en segundo lugar en la interpretación

32 Un ejemplo claro es el procedimiento de construcción de las reglas y usos uniformes por parte de la Cámara de Comercio Internacional; tal y como lo señala Koven Levit, la estructura final y la actualización de dichas normas resulta de la participación permanente de quienes son los ejecutores inmediatos de las mismas. Lo interesante de lo señalado por Levit es el proceso realizado por la ICC con posterioridad a la producción de las UCP, en donde se busca la penetración de las mismas en los ordenamientos institucionales. Eso daría pie para pensar que estos órganos del nivel transnacional consideran, en términos de efectividad, necesario el proceso de inclusión. Sostiene Koven Levit lo siguiente: “*The UCP is a living compilation of group norms and practices, intentionally designed by those who issue I/C not only to maintain coincidence with commercial banking practice but also to discourage emerging practices that might ultimately undermine bankers’ perceived interests. Thus, Banking Commission members continually interpret, reinterpret, and refine their rules. Acutely aware that the UCP does not and, given the scope of I/C practice, could not offer I/C users a true closed legal system, the Banking Commission seeks validation from official lawmakers and, in turn, assurance that any domestic or international regulatory efforts will coincide with, rather than undermine, Banking Commission norms. Unsurprisingly, Banking Commission norms escape the confines of the relatively insular group and embed in official legal structures*”. Janet Koven Levit, «Bottom-Up Lawmaking through a Pluralist Lens: the ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit», en *Emory Law Journal*, 2008.

33 “La nueva *lex mercatoria* consiste en un Derecho autónomo, de base no legislada, surgido al margen del derecho de origen estatal, que por el hecho de no tener origen nacional está en capacidad de responder de manera más eficiente a las necesidades surgidas al seno de la comunidad de comerciantes, la cual no sólo ve con buenos ojos el surgimiento de este derecho, sino que contribuye a su formación y decantación por medio de instrumentos como pueden ser los mismos contratos, las recopilaciones de reglas, costumbres etc.”. Oviedo Albán, *op. cit.*, p. 56.

que las partes de dan a los preceptos contractuales en caso de una controversia directa o por escogencia previa de las reglas a las que se someterá el tribunal, y en tercer lugar, en las normas que de manera autónoma seleccione el tribunal cuando las partes no han señalado la normatividad aplicable a las controversias y aun al contrato mismo.

En cuanto al primer caso, la efectividad se evidencia en el momento en que las normas, los principios, los usos o las recomendaciones del nivel transnacional son incluidos en el documento contractual. Si las partes convienen celebrar el contrato bajo unas condiciones establecidas en normas transnacionales, y en desarrollo del contrato dichas normas son acatadas por quienes contratan, estaremos frente a un uso efectivo del precepto transnacional.

Cuando se trata de la solución de una controversia surgida entre las partes, es necesario confirmar si en el contrato se incluyeron normas de carácter transnacional que ofrezcan soluciones a la controversia, bien de manera directa o bajo el auspicio de un tribunal de arbitramento. En caso de que efectivamente se haya realizado la inclusión de las normas, la efectividad será medible en términos de la aceptación de lo que señala el contrato, tanto por las partes como por el tribunal, es decir de manera similar a la medición en el momento uno. Si por el contrario nada se ha dicho en cuanto a las controversias que pudiesen surgir, la efectividad debe evaluarse teniendo en cuenta en primer lugar las opciones de selección de normas por las partes y el tribunal, y en segundo lugar la selección realizada.

En el momento tres, como ya se mencionó, se parte del supuesto de que las partes no han pactado la legislación aplicable al momento de una controversia y han decidido acudir al tribunal para que sea éste quien decida que normas utilizar para resolver la controversia.³⁴ Es entonces apenas obvio que la efectividad de las normas transnacionales resultara de los argumentos contenidos en la parte motiva del laudo.³⁵

No podemos dejar de mencionar que en el contexto actual del derecho mercantil, aunque existe una tendencia hacia la aglutinación de principios y de conceptos aplicables a las controversias contractuales (lo cual se hace evidente con la exposición de los tres momentos y con la aplicación de la noción de *soft law*), surge persistentemente la duda referente a ¿quién decide en un contexto institucional acerca de la legitimidad de las cláusulas compromisorias para acudir a los tribunales de arbitramento internacionales?

34 Frente a la posibilidad de que en una controversia suscitada en el nivel transnacional, el tribunal decida en un criterio autónomo qué tipo de normatividad será utilizada para resolver, en un contexto institucional, y particularmente local, el criterio del tribunal se verá permanentemente condicionado a la posición jurisprudencial asumida por las altas cortes para lo solución de controversias de naturaleza similar. Ver Hernán Fabio López Blanco, *La jurisprudencia arbitral en Colombia*, tomo iv, «Laudo arbitral de Carlos Eduardo Naranjo Flórez vs. Darío Giovanni Torregroza Lara y Germán Ortiz Rojas» –árbitros: Carlos A. Useche Ponce de León (presidente), Pedro Nel Escorcía Castillo y Néstor Raúl Correa, 16 de agosto de 2002 en Bogotá–, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 98-103.

35 Un ejemplo de la posibilidad de escoger los principios Unidroit como fuente para la resolución de la controversia lo encontramos en las reglas de arbitraje de la ICC, las cuales permiten que tanto las partes como el tribunal escojan la ley para la interpretación del contrato y para la solución de la controversia. Ver Fabrizio Marrella, «Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: the Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36 N° 4 1137, Oct. 2003.

Hago referencia de manera escueta a dos conceptos de extensa aplicación en el régimen del arbitramento comercial internacional. Por un lado el de la separación o separabilidad (*separability*) entre el objeto *in natura* del contrato y la cláusula compromisoria incluida en el mismo. Este concepto implica que, el juez *institucional* debe tratar el contrato como un acto complejo, compuesto por un lado, por las cláusulas aplicables al desarrollo normal del mismo, y por el otro, por el acuerdo que las partes estipularon para remitir las controversias a un tribunal de arbitramento internacional. Esta interpretación del contrato como acto complejo implica que, si el juez institucional conoce del contrato, en razón de una controversia en la aplicación o en la interpretación del objeto del contrato, debe remitir el debate al tribunal escogido por las partes, mientras que si la controversia recae sobre la validez de la cláusula de arbitramento o sobre el alcance y jurisdicción del tribunal, aquél debe proferir un pronunciamiento al respecto; lo anterior implica evidentemente que aún si las partes deciden acudir al tribunal de manera directa, sin verificar su legitimidad ante el juez, la decisión arbitral puede verse en suspenso si una de las partes posteriormente recurre a éste.³⁶

El otro concepto que procura solucionar el problema de la legitimidad es el de competencias compartidas (*competence-competence*), en el cual se sugiere que el tribunal y el juez se encuentran en un mismo nivel jerárquico, razón por la cual, el reconocimiento de la jurisdicción arbitral, como aplicable a la controversia, puede ser objeto de conocimiento del tribunal de manera directa.³⁷

La importancia de estos tres momentos, en el estudio de efectividad de las normas transnacionales, deriva en que la medición cuantitativa de las variables escogidas, a un nivel macro y con una muestra representativa de contratos, controversias y decisiones por parte de los tribunales, generará como resultado una proporción de utilización y por lo tanto un provecho de máxima importancia tanto para los actores no institucionales, como para los países que quieran llevar a cabo procesos de inclusión, quienes podrán tener una idea más acertada del objeto de la inclusión.

La anterior conclusión parte del desconocimiento del proceso de inclusión como variable necesaria, que en mi concepto no le resta efectividad inmediata a las normas transnacionales, más aun cuando se ha señalado que dichas normas surgen precisamente como un mecanismo para solucionar las dificultades a las que se enfrentan los desarrollos legis-

36 Una crítica considerable a la tesis de la separación niega su aplicación práctica, señalando que cuando la controversia se centra en la validez o invalidez del contrato, recae indefectiblemente sobre la cláusula compromisoria contenida en él por ser un solo cuerpo convencional, poniendo en tela de juicio su aplicación y por lo tanto el papel del tribunal. Ver John J. Barcelo III, «Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 N° 4, Oct. 2003, p. 1115(22).

37 La utilización de la doctrina de competencias compartidas es bastante controvertida, en tanto se señala que aún si el tribunal reconoce su propia jurisdicción como aplicable, el laudo puede ser sometido posteriormente *por la parte descontenta*, a la revisión judicial, en la cual es posible que se advierta una falta de jurisdicción del primero. Ver Barcelo III, *op. cit.*, pp. 122-124.

lativos institucionales, que impiden la adecuación de sus normas a la evolución mercantil actual, cada vez más acelerada.³⁸

6. Efectividad como norma *vs.* efectividad como modelo

Creo que lo que se ha dicho hasta aquí permite hacer evidente que la efectividad mencionada se circunscribe a la función que el precepto originado en el nivel transnacional, debe cumplir como norma, principio, uso o costumbre de aplicación inmediata. Su finalidad como norma, estará condicionada únicamente a lo que suceda en alguno de los tres momentos expuestos.

Sin embargo, puede hacerse referencia a otro tipo de efectividad de la norma transnacional, y las condiciones para la verificación de los resultados esperados no dependerá de la utilización inmediata que los comerciantes o los tribunales le den al momento de la realización de los contratos o de la solución de las controversias, sino que obedecerá directamente al impacto que las mismas tengan en la construcción de procedimientos mercantiles institucionales modernos, es la *efectividad como modelo legislativo*.

La idea de un modelo legislativo implica la preexistencia de unas normas que no ostentan fuerza vinculante en el contexto en el cual se quiere realizar la inserción, y que a través de mecanismos de inclusión, pueden hacerse obligatorias. Dichos mecanismos implican que las autoridades legislativas,³⁹ pueden insertar dentro de los proyectos de norma que pretendan aprobar, algunos preceptos originados en el nivel transnacional, o inclusive trasladarlos de forma geométrica para que la ley funcione como una reproducción textual de su fuente original. Estos mecanismos de inclusión por su parte, pueden ser tan variados como lo sean los procesos legislativos de cada país, dependerá en gran medida de quienes son las autoridades facultadas para presentar proyectos de ley y para aprobarlos, y por supuesto influye tanto la calidad técnica como la autonomía legislativa de dichas autoridades. Lo cierto es que la utilización de los mecanismos de inclusión es la variable que nos permitirá medir la efectividad de la norma transnacional como modelo.

Este concepto de *mecanismos de inclusión* parece ser una constante del estudio del derecho mercantil transnacional; para Koven Levit, en lo que denomina un *proceso de cons-*

38 Existe una diferencia entre lo que he denominado los niveles institucionales, y el concepto de arbitramento institucional, mientras los primeros se relacionan directamente con los procesos de endurecimiento del derecho blando, el arbitramento institucional se refiere a aquél que se regula por normas preestablecidas al interior de una organización que bien puede ubicarse en el nivel transnacional, y que para efectos del derecho mercantil genera derecho blando. Ver Tibor Várady, Jhon Barcello III & Arthur Von Mehren, *International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective*, 3ª ed., Thomson West, 2006, pp. 21-28.

39 Me refiero a las autoridades que disponen de la potestad de expedir normas en un sentido material, haciendo uso de la clasificación de Kelsen en su *Teoría pura*, cuando señala que el concepto se refiere a “toda norma jurídica general”, en contraposición a la ley en sentido formal, como “norma jurídica general votada por el parlamento y según las típicas disposiciones de la mayoría de las constituciones”. Kelsen *op. cit.*, pp. 240 y 241.

trucción legislativa de abajo hacia arriba, o de derecho blando a derecho institucional, se comienza con la preexistencia de un ordenamiento de carácter privado o informal surgido de agremiaciones de sujetos mercantiles, dirigido a normativizar ciertas prácticas y de igual manera a condicionar la construcción de las regulaciones futuras. Posteriormente se procura la inclusión de los modelos normativos creados, en los que he denominado como niveles institucionales.⁴⁰

Otro mecanismo de inclusión, y al que no haré mucha referencia, es el que se logra a través de la interpretación que los jueces en un determinado momento hagan de una controversia contractual de carácter transnacional, cuando deban conocer por razones del principio civil de *locus regit actum*. Si al momento de la decisión el juez se sustenta en ciertas normas de carácter no institucional, y la misma pasa a ser fuente de pronunciamientos judiciales posteriores, se habrá hecho evidente la inclusión.

Es muy difícil que lo anterior ocurra en Colombia, precisamente el ordenamiento institucional impide una aproximación efectiva del juez a normas no institucionales. Sin embargo existen casos en donde el fenómeno de inclusión a través de decisiones judiciales, se ha hecho evidente cuando autoridades judiciales han optado por la utilización de normas de derecho blando al momento de solucionar disputas sobre contratos de carácter transnacional.⁴¹

7. Conclusiones

Como primera conclusión, y con referencia al derecho ubicado en el nivel transnacional, es preciso señalar que aunque no se puede afirmar la existencia permanente de

40 La construcción normativa en el nivel transnacional tiene como fin inmediato la aplicación de los preceptos por parte de sus creadores o asociados. Sin embargo los procedimientos de inclusión permiten el fin mediato de dichos preceptos cuando su uso se escapa de la esfera singular de la agremiación y se integra a lo que Koven Levit denomina estructuras jurídicas oficiales. *“Bottom-up lawmaking is a soft normative process that produces hard legal results. At least initially, bottom-up lawmaking echoes normative development within private legal systems: unofficial, or informal, lawmaking communities, ”*² *with members joined by avocation rather than location, coalesce around shared [*1151] practices and perceived self-interests; these groups “codify” norms that not only embody extant practices but also condition future practice in furtherance of the groups’ interests; thereafter, such groups engage in a continuous, iterative interpretive loop designed to assure coincidence between stated norms and evolving practices, interests, or both. Yet, at a certain moment, the norms escape the group confines and embed in a more formal legal system. Through bottom-up, transnational lawmaking, practice-based norms enter official legal structures; fundamentally, the bottom-up lawmaking process draws informal, community-based norms (often referred to in international legal scholarship as “soft law”) ”*³ *into officialdom. Thus, practices and interests gel as norms, and norms ultimately become law”*. Koven Levit, «Bottom-Up Lawmaking Through a Pluralist Lens: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit», en *Emory Law Journal*, 2008.

41 En otro artículo de Janet Koven se hace referencia a la utilización de las UCP como fundamento para la solución de disputas por parte de los jueces norteamericanos, en materia de cartas de crédito: *“First, the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP) provides a set of transnational rules that commercial banks uniformly follow in their letter-of-credit practices. These rules are not the work of policymakers; they are the creation of private bankers who congregate under the auspices of the Commission on Banking Technique and Practice (Banking Commission) of the International Chamber of Commerce (ICC) to draft the rules and offer practice-based interpretations of their meaning. While the UCP is not technically law, courts in the United States and elsewhere frequently use it to decide letter-of-credit disputes”*. Koven Levit, «A Bottom-Up Approach To International Lawmaking: The Tale Of Three Trade Finance Instruments», en *The Yale Journal of International Law*, Winter, 2005.

una correlación condicionante entre ese nivel y el carácter de *soft law* de sus normas; en lo que corresponde al derecho mercantil la correlación se presentará como una constante, en tanto que mientras sus preceptos no sean sometidos a procesos de inclusión, la fuerza vinculante obedecerá únicamente a la voluntad de los contratantes o al criterio utilizado por los tribunales de arbitramento.

Como segunda conclusión, aunque exista una correlación condicionante entre el nivel transnacional del derecho mercantil y el concepto de *soft law*, no podemos tomarlos como sinónimos, lo transnacional hace referencia a la ubicación de los órganos de producción, mientras que la calidad de *blando* se deriva de la fuerza vinculante.

La efectividad de las normas ubicadas en el nivel transnacional no se condiciona, en su aplicación inmediata, a procesos de inclusión en niveles institucionales. Los mecanismos de inclusión se hacen relevantes al momento de medir la efectividad del derecho transnacional mercantil, en su calidad de modelo legislativo de los niveles institucionales. Vale reiterar que dichos mecanismos de inclusión hacen referencia tanto al esquema de producción legislativa, como a la utilización de las normas transnacionales en las disputas resueltas por la autoridad judicial.

Bibliografía

- BARBIER, Eduardo Antonio. *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2008.
- BARCELO III, John J. «Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 N° 4, Oct. 2003.
- CALLIES, Galf-Peter. «The Making of Transnational Contract Law». En *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14 N° 2, 469-83, Summ. 2007, Indiana University Press.
- DALHUISEN, H. «The Development of Transnational or International Commercial and Financial Law». En *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law*. 3ª ed. Oxford / Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007.
- ESPINOSA PÉREZ, Carlos Antonio. «Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica». En *Revista de Derecho Privado*, N° 25, 99-126, octubre de 2000, Universidad de los Andes (Facultad de Derecho).
- GOPALAN, Sandeep. «A Demander-Centric Approach To Regime Design In Transnational Commercial Law». En *Georgetown Journal of International Law*, Winter, 2008.
- HATZIMIHAIL, Nikitas E. «The Many Lives –and Faces– of *Lex Mercatoria*: History as Genealogy in International Business Law». En *Law and Contemporary Problems* 71.3, Summer 2008, p. 169 (22), Duke Law School.

- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes 1*. 3ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- KELSEN H. *Teoría pura del derecho*. 15ª ed. Traducción al castellano de R. Vernengo. México, Porrúa, 2007.
- KOVEN LEVIT, Janet. «A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: the Tale of Three Trade Finance Instruments». En *The Yale Journal of International Law*, Winter, 2005.
- . «Bottom-Up Lawmaking Through a Pluralist Lens: the ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit». En *Emory Law Journal*, 2008.
- LEW, Julian, Loukas MISTELIS & Stefan KRÖL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague / London / New York, Kluwer, 2003.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *La jurisprudencia arbitral en Colombia*. Tomo iv. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARRELLA, Fabrizio. «Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 N° 4 1137, Oct. 2003.
- MEDINA CASAS, Héctor M. «La ley aplicable al contrato». En Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios, (dir. acad.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario / Legis, 2007.
- MEYER Lars. «¿Soft law for solid contracts? A comparative analysis of the value of the Unidroit principles of international commercial contracts and the principles of European contract law to the process of contract law harmonization». En *Denver Journal of International Law and Policy* 34.1, Spring 2006, p. 119(25).
- OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Traducción de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá, Legis, 2006.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Estudios de derecho mercantil internacional (principios de Unidroit, *lex mercatoria*, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza)». Bogotá, Universidad de la Sabana / Ibáñez, 2009.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *SAS: la Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá, Legis. 2009.
- TWINING, William. *Derecho y globalización*. Traducción de Óscar Guardiola-Rivera, Clara Sandoval Villalba y Diego Eduardo López Medina. Bogotá, Siglo del Hombre / Instituto Pensar / Universidad de los Andes (Facultad de Derecho), 2003.
- VÁRADY, Tibor, Jhon BARCELLO III & Arthur VON MEHREN. *International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective*. 3ª ed. St. Paul (Mn.), Thomson West, 2006.
- WAI, Robert. «The Interlegality of Transnational Private Law». En *Law and Contemporary Problems* 71 N° 3 107-27, Summ. 2008. Duke Law School.

———. «Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society». En *Harvard International Law Journal* 46 N° 2 471-86, Summ. 2005. Harvard Law School.

WHYTOCK, Christopher A. «Litigation, Arbitration, and the Transnational Shadow of the Law». En *Duke Journal of Comparative & International Law* 18.2, Spring 2008, p. 449(27).