

En suma, el Derecho Comercial Internacional de la actualidad se sustenta sobre la base de diversas fuentes normativas. Estas son:

A. Fuentes propias del Derecho Comercial Internacional

1. Los principios relativos a los contratos comerciales internacionales;

2. Los usos y prácticas comunes a los agentes del comercio internacional, lo que conocemos como *Lex mercatoria*;

3. El Derecho armonizado, o los instrumentos de Derecho Comercial Internacional creados al interior de organizaciones intergubernamentales y ratificados e incorporados por los Estados;

4. La jurisprudencia internacional, especialmente la arbitral, considerada el foro natural del comercio internacional;

5. La doctrina internacional.

B. Fuentes impropias del Derecho Comercial Internacional

1. Ley local o nacional y los demás medios de producción normativa de cada uno de los Estados en donde se desenvuelve el comercio internacional.

En los siguientes capítulos nos referiremos a las fuentes propias antes mencionadas, única y exclusivamente por considerarlas el eje fundamental sobre el cual gira el Derecho Comercial Internacional y como tal la materia de nuestro estudio.

CAPÍTULO CUARTO LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Durante más de un siglo los especialistas en el Derecho Comercial Internacional se han reunido en varios foros de discusión con el propósito de promover la convergencia y armonización de aquellas leyes nacionales que afectan las transacciones comerciales internacionales¹. En estos foros se ha perseguido, y en gran parte se ha conseguido, la divulgación de convenciones y otros instrumentos legales que, según sus creadores, se han adoptado para gobernar este comercio por considerarse las mismas aptas para ese propósito. Hoy, por ejemplo, las ventas internacionales de bienes, los instrumentos bancarios y de pagos, y los contratos de transporte descansan en gran parte en estas leyes o instrumentos².

1 "From ancient times, men and women engaged in trade and commerce among nation states have recognized the value, in terms of economic efficiency, of having a uniform legal frame of reference to allocate responsibility and risk in their contractual dealings and thus promote the predictability, certainty and stability which are the foundations of international trade and maritime commerce". BRIAN MAKINS. "Uniformity of the law of the carriage of goods by sea in the 1990s: The Hamburg Rules - a casualty", *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 1991, vol. 8.

2 HAROLD J. BERMAN. "The Law of International Commercial Transactions (*Lex mercatoria*)", 2 *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 235, 1988.

El impulso de reducir la diversidad entre los sistemas legales que gobiernan el comercio se ha manifestado desde el momento mismo en que las diferentes culturas han desarrollado el comercio atravesando los límites políticos tradicionales³. Pero no es sino hasta el siglo xx, y especialmente en los últimos 30 años⁴, que ese proceso empieza a producir resultados alentadores en la materia. Tal y como lo señala MISTELIS⁵, el siglo xx se caracterizó por ser el *siglo de la transición*. Como resultado de las dos guerras mundiales, se experimentó la creación de un nuevo marco geopolítico que conllevó a una revolución legal al interior de las legislaciones nacionales y a un movimiento integracionista o armonizador de las normas de Derecho Comercial Internacional. Ese movimiento integracionista fue impulsado por las diversas agencias creadas para tal fin. En ese sentido, la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), se han enfocado en la creación y negociación de muchos de los instrumentos de Derecho Comercial Internacional que hoy se encuentran en vigor.

3 De hecho, siglos atrás, una de las glorias del Imperio Romano y Bizantino era la coherencia de su ley, que unificó las reglas de comercio para grandes porciones del mundo comercial. El renacimiento de la ley romana en Europa Occidental y Central durante los siglos x y xi tuvo mucho que ver con el deseo de varias ciudades de mercado de adquirir unas reglas uniformes que gobernarán el comercio. PAUL B. STEPHAN. "The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law", University of Virginia School of Law, Working Paper n.º 99, 10 de junio de 1999.

4 "During the past two generations there has been a remarkable degree of harmonization among nations in the law applicable in international commercial transactions. Indeed, today it is difficult to identify any examples of persistent, significant, and substantial divergence that produce important and predictable differences in the outcome of commercial disputes". ARTHUR ROSETT. "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", cit., pp. 683 a 697.

5 LOUKAS MISTELIS. "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law reform. Some Fundamental Observations", en LASTRA (ed.). *The Reform of the international Financial Architecture*, London, Kluwer, 2000, pp. 153 a 173.

Por armonización normativa nos referimos a los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear una afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal. Es decir, son los impulsos por lograr la mayor convergencia normativa posible, reconociendo a su vez la imposibilidad de encontrar esa convergencia en aquellos aspectos del Derecho que son totalmente disímiles en los diversos ordenamientos del mundo. Es por ello que se debe aclarar que la armonización de las normas no necesariamente conlleva a la unificación normativa. La unificación, en sentido estricto, se da cuando se insertan en dos o más sistemas jurídicos nacionales normas de contenido idéntico tomadas de un modelo establecido en una convención, en un tratado internacional o en una ley modelo o tipo. Por lo que hace al concepto de armonización, es posible dar una definición más restringida, ya que no se alcanza una completa unificación de las normas de los diferentes Estados que se dan a la tarea del proceso armonizador.

Por ello, y a diferencia de la unificación, cuando hablamos de armonización podemos encontrar diversos grados o campos en que se logra el objetivo propuesto. En el caso de la compraventa internacional de mercaderías, por ejemplo, desde el inicio de las negociaciones que llevaron a la adopción de la Convención de Viena de 1980 en esa materia, los representantes de los países involucrados decidieron excluir aquellos temas que consideraron imposibles de conciliar. De allí que dicho instrumento no regule el tema de la validez del acuerdo o la transmisión de la propiedad de las mercaderías, por ejemplo.

Así, se habla de estandarización de reglas, de conceptos o de métodos. Al mismo tiempo, es preciso destacar que la armonización no implica necesariamente la existencia de una obligación internacional, es decir, los Estados no están obligados a adoptar el instrumento acordado ya que pueden

decidir no adoptarlo o, inclusive, pueden decidir adoptar sólo unas partes del mismo. De allí que la gran mayoría de instrumentos de Derecho Comercial Internacional aprobados en el seno de instituciones como la CNUDMI incorporen capítulo de reservas, con lo que se le permite a los Estados apartarse de algunas de las normas del instrumento aprobado al momento de su ratificación o incorporación al régimen jurídico interno de un país.

En consecuencia, mientras en el caso de la unificación en sentido estricto decimos normalmente *Derecho Internacional Uniforme*, en el caso de la armonización no se habla de *Derecho Internacional Armonizado*, porque cada Estado goza de una cierta discrecionalidad en la determinación del contenido y alcance de la norma que introduce en su derecho interno; discrecionalidad que no se tiene en caso de que se trate de un derecho uniforme de origen convencional⁶.

De esta manera tenemos que la armonización normativa no equivale a la unificación del Derecho. Es un proceso que bien puede resultar en la unificación de la ley si y sólo si se cumple unas determinadas condiciones, tales como la aceptación universal de instrumentos de armonización, acompañada de una mayor producción normativa en la materia que sustituya la ley preexistente⁷. En ese sentido, la creación de organismos internacionales dedicados única y exclusivamente a la armonización de las normas del Derecho Privado, como Unidroit, y mercantil internacional, como la CNUDMI, es uno de los frutos que nos ha entregado ese proceso. Igualmente, la creación de tribunales internacionales de arbitraje y la aprobación de instrumentos como la Convención de Nueva York de 1958⁸ y la Convención de Viena de

6 MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. "Derecho Uniforme y Derecho Internacional Privado", en *Contratación Internacional en el sistema Interamericano*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, 2000.

7 LOUKAS MISTELIS. "Is Harmonisation a Necessary Evil?...", cit., pp. 3 a 27.

8 Sobre reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias proferidos en el Exterior.

1980⁹, entre otras, son pruebas fehacientes del relativo éxito del proceso integracionista de las normas del Derecho. Lo anterior, aunado al reconocimiento por parte de la doctrina y su correspondiente aplicación en la práctica internacional, de la existencia de un grupo de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales, principios éstos que fueron compilados recientemente por Unidroit (promulgados en el año 1994 y revisados en el año 2004)¹⁰.

La armonización, entonces, propende por el fortalecimiento de las similitudes de los derechos de los diferentes países, pero no reclama su unificación. Así, no encontramos una definición correcta o uniforme de lo que armonización significa ya que es un concepto bastante flexible e indeterminado. Por ejemplo, el nivel de armonización alcanzado nunca será total o absoluto ya que el mismo depende de variadas circunstancias¹¹. Dependerá en buena medida, y a juzgar por la metodología preferida hasta ahora, de la voluntad de los Estados para adoptar en sus legislaciones

9 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

10 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004. Disponible en [www.Unidroit.org].

11 "Different lawyers consider harmonization as positive or negative notion. RCC Cuming refers to it as an 'evil', however he notices that it is 'necessary evil'. According To MARTIN BOODMAN, harmonization of law requires diversity which enables adaptation of model law to particular circumstances. These 'diverse elements are combined or adapted to each other so as to form a coherent whole while retaining their individuality. In its relative sense, harmonization is the creation of a relationship between diverse things'. It is the fundamental difference between unification and harmonization-unification may be called the fullest, total harmonization. Although unification and harmonization have 'même objectif: celui de mettre en harmonie, de concilier, de mettre en accord les législations, les normes juridiques de plusieurs systèmes juridiques divergents', 'harmonisation laisse subsister plus de divergences, plus de liberté, que l'unification'. Sometimes approximation of legal systems is mentioned as a process different from harmonization. I do not agree with this point of view. I think that harmonization is nothing else than bringing separate regulations closer": KONRAD OSAJDA. *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, Ottawa University's Faculty of Law, 2006.

internas el instrumento internacional negociado y aprobado en el seno de una de las organizaciones que promueven la armonización normativa. Dependerá igualmente de la voluntad de los Estados para aceptar el uso continuado de instrumentos de carácter privado, como los INCOTERMS o las Reglas UCP, al interior de sus legislaciones, o dependerá de la aceptación de mecanismos alternativos de resolución de disputas como el arbitraje internacional.

En ese sentido hasta hoy se ha observado que los Estados parecerían no estar dispuestos o interesados, con contadas excepciones, en la armonización de las normas del Derecho Comercial Internacional a través de la incorporación a sus legislaciones de instrumentos acordados al interior de instituciones como CNUDMI o Unidroit. Esto es evidente: de los múltiples instrumentos de Derecho Comercial Internacional que se encuentran en circulación a la fecha, sólo unos pocos han sido exitosos, de hecho, sólo dos han sido exitosos. En la actualidad sólo la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de 1980, la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional han tenido plena aceptación en los diferentes ordenamientos jurídicos internos. La Convención de Viena ha sido aprobada por poco más de 70 países y la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional en por lo menos 65 países. Los demás instrumentos carecen en la actualidad de plena aceptación, lo que nos lleva a cuestionarnos sobre la pertinencia de la utilización de estos métodos como mecanismos idóneos de armonización normativa.

Es por esto que la armonización de las normas del Derecho Comercial Internacional se ha desarrollado con mayor éxito a través de la recopilación y plena aceptación de los principios y de los usos y prácticas que se han impuesto los mismos comerciantes. Como es evidente, es mucho más fácil extraer de la actividad comercial misma las reglas que se imponen los comerciantes que negociar la adopción de convenciones y otros instrumentos internacionales entre diferentes Estados. Tal y como lo expresa BERGER

... ya ha sido plenamente reconocida la idea de que la codificación a través de la redacción de listas de reglas y principios extraídos de la *Lex mercatoria* provee un escape al dilema de la codificación de la ley comercial transnacional. Estas listas reproducen todas las reglas y principios de la *Lex mercatoria* como *black-letter-law* que ha sido reconocida y aceptada en el arbitramento internacional y en la práctica contractual. Las listas unifican las diversas fuentes que han impulsado la evolución del sistema legal comercial transnacional como un sistema normativo autónomo¹².

Así, la armonización del Derecho Comercial Internacional se ha visto favorecida con la reaparición de la denominada (Nueva) *Lex mercatoria*. Como lo señalan FERNÁNDEZ y CALVO

... la visión cosmopolita del derecho mercantil uniforme, percibida en la Edad Media sobre la base de un mercado económico supranacional, vuelve a cobrar nueva actualidad y plantea desde una perspectiva diferente el fenómeno de la universalidad del Derecho mercantil. Retorna así la idea de un derecho comercial o mercantil *despolitizado*, cuya uniformidad supranacional pueda realizarse independientemente de la unidad política, no asociada por tanto a elementos que los de la unidad del mercado¹³.

Solamente la fuerza con que todavía gravita el principio de la soberanía nacional de los Estados y, consiguientemente, el insuficiente desarrollo de la cooperación internacional en este campo pueden explicar la vigencia, aún prevalente, del tradicional método del Derecho internacional privado como medio para solucionar los conflictos derivados del tráfico mercantil internacional.

12 KLAUS PETER BERGER. *The Concept of the "Creeping Codification" of Transnational Commercial Law*, cit.

13 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA. *Derecho Mercantil Internacional, Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, cit., p. 48.

Es pertinente resaltar que aquí nos referimos a la armonización de las normas del Derecho Comercial Internacional. No incluimos en este estudio de la armonización o unificación de las normas de conflicto ya que estas buscan o tienen como único propósito localizar la materia controvertida en una legislación o sistema jurídico particular. Primero, porque estas normas desconocen el carácter internacional de las relaciones contractuales al ubicarlas dentro de un contexto local, es decir, al asignarles una ley estatal para su regulación; y segundo, porque estas normas también han sido sujeto de un extenso proceso de armonización o unificación, cuyos resultados se encuentran fácilmente y entre los que se destacan el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 19 de junio de 1980.

II. MÉTODOS UTILIZADOS PARA ARMONIZAR LAS NORMAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Antes de entrar a describir los métodos utilizados para armonizar las normas que regulan el comercio internacional es pertinente aclarar que en la actualidad se adelantan, con mayor o menor éxito, diferentes procesos de armonización y unificación de las normas del Derecho y, en particular, del Derecho de los Contratos. Si bien esos procesos siguen un propósito común (certeza jurídica o la reducción de la incertidumbre legal), los mismos se adelantan de manera diferente o a través de mecanismos diferentes a aquellos que persiguen la armonización de las normas que regulan los contratos internacionales.

Así, encontramos los diferentes intentos que se adelantan con el propósito de unificar el Derecho de los contratos. Allí encontramos el Proyecto Lando sobre Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el proyecto del Código Europeo de los Contratos, el Proyecto OHADA para la unificación del Derecho Africano de los Contratos y más recientemente algunos proyectos encaminados a unificar el

Derecho latinoamericano de los contratos, entre otros. Estos proyectos tienen un propósito común: unificar las normas internas que regulan el Derecho de los contratos en cada uno de los países que forman parte de esos proyectos. No hace parte de esos proyectos el propósito de lograr normas armónicas que regulen los contratos internacionales, es decir, se dedican única y exclusivamente a la unificación del Derecho interno de los países: los contratos a nivel local mas no a nivel internacional. Esos proyectos buscan y logran, al igual que aquellos que buscan la armonización de las normas que rigen los contratos internacionales, proveer certeza legal a los agentes comerciales que desarrollan su actividad en el ámbito internacional; sin embargo su método es diferente.

A la par de esos proyectos se adelanta un proceso de armonización de las normas de Derecho Comercial Internacional o, mejor aún, las normas que regulan los contratos internacionales. A diferencia de los proyectos anteriormente mencionados esos intentos de armonización se centran en la regulación de una relación puramente internacional, mientras que los intentos de unificación del Derecho interno de los países se centran en la unificación de sus Derechos observando al contrato en su concepción local; los intentos de armonización del Derecho Comercial Internacional buscan una regulación apropiada para los contratos internacionales, única y exclusivamente.

Para el agente de comercio, lo relevante es la certeza acerca de la ley que se aplica al contrato, independientemente del lugar de donde provenga esa ley. Así, si un comerciante francés celebra un contrato de compraventa con uno alemán, les será indiferente si la norma aplicable es la francesa o la alemana, si en los dos países se ha adelantado un proceso de unificación de sus derechos o si en los dos países se ha incorporado a la legislación interna un instrumento de Derecho Comercial Internacional que regula la compraventa internacional de mercaderías, puesto que, independiente-

mente del método o sistema que se utilice, el efecto para la comunidad jurídica internacional será el mismo.

Ahora bien, en lo que hace referencia a los métodos utilizados para lograr la armonización normativa del comercio internacional debemos señalar que existen diversas maneras de clasificar los medios o las fuentes que siguen ese propósito¹⁴. En términos generales podemos decir que la armonización normativa del Derecho Comercial Internacional se ha impulsado de las siguientes maneras:

A. Trasplantes legales

Si bien el movimiento integracionista ha identificado puntos de convergencia entre los diferentes sistemas de derecho y la creación de sistemas legales más dinámicos, es evidente que la armonización moderna ha tomado usualmente la forma de trasplantes legales¹⁵ de conceptos y reglas de los países industrializados a las economías emergentes¹⁶.

14 "A large variety of instruments are utilized to reduce differences among legal systems, harmonizing national legal rules for the creation of a leveled playing field for transnational commerce. Harmonization may be conducted in different forms: as a planned action or an effect of amendment of law in different jurisdictions. As a planned project it may be initiated either by an international organization or by federal government. Frequently it is chosen instead of unification, because it is easier to achieve and it is not regarded as a danger for sovereignty of states. The best example, in my opinion, is the European Union law. One of the sources of European law is directives. They are binding for member states as for 'results to achieve only'. It means that each country can choose a method to implement a directive to effectively introduce the directive's standards to its legal system. Using directives produces the same level of legal protection (for example with regard to consumers), but still each legal system remains different". KONRAD OSAJDA. *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, cit.

15 Fue WATSON quien por primera vez ensayó una definición del fenómeno de préstamos institucionales, conceptualizándolo como: "el paso de una norma o de un sistema jurídico de un país a otro o de un pueblo a otro". ALAN WATSON. *Legal Transplants: An Approach to Comparative law*, 2.^a ed., Athens, University of Georgia Press, 1993.

16 ALAN WATSON. "Legal Transplants and European Private Law", 44 *Electronic*

Los trasplantes legales consisten en la introducción, en los sistemas jurídicos nacionales, de normas y principios pertenecientes a otros sistemas.

Es así como los sistemas legales pueden unilateralmente reformar o adicionar sus leyes para adoptar normas frecuentemente usadas en otros ordenamientos. Se considera así que los trasplantes legales son útiles para reducir las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de diversos países. Ejemplos de la ocurrencia de trasplantes legales se encuentran en la introducción del Código Civil Francés por el Estado de Luisiana y otras naciones europeas. La adopción completa del Código Civil Alemán de 1900 (BGB) en el Japón es otro de los ejemplos de la ocurrencia de un trasplante legal¹⁷.

Igualmente, los trasplantes legales se manifiestan a través de la incorporación de estipulaciones contractuales, formas y cláusulas contractuales modelo, propias de un ordenamiento jurídico, en contratos celebrados en otro ordenamiento, generalmente de un sistema jurídico diferente. El mejor ejemplo de esta forma de trasplante legal es la incorporación a los contratos de mutuo (empréstito), local e internacional, de cláusulas modelo o tipo propias del derecho anglosajón, independientemente del sistema jurídico en el que se celebran esos contratos.

Desafortunadamente, este tipo de armonización termina en un agrupamiento regional y en la diversificación de reglas o sistemas. Las normas que se adoptan como copia de otros ordenamientos suelen provenir de aquellos países vecinos

Journal of Comparative Law, 2000, disponible en [<http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>].

17 ALEJANDRO M. GARRO. "Rule-Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law", en IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS y MARISE CREMONA (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 310 a 319.

en donde las normas han dado el resultado esperado. Sin embargo, eso no garantiza de manera alguna el éxito de la misma en el ordenamiento en donde ha sido trasplantada. De igual manera, esta forma de armonización no se presenta como aceptada o acordada por todos los ordenamientos, por lo que no debería ser considerada como un tipo de armonización, por lo menos en lo que a las normas que regulan el comercio internacional se refiere. Como lo veremos más adelante, la forma más apropiada para armonizar la norma de comercio internacional es aquella que implica un proceso de consenso entre todos los Estados, uno en el cual, con la ayuda de una institución intergubernamental creada para ese propósito, los Estados convergen en pro de un interés común, a saber: la obtención de un instrumento que regule el comercio internacional o, por lo menos, una de las tantas relaciones jurídico-negociales que surgen en ese comercio.

B. Convenciones internacionales y leyes modelo

La armonización normativa también se ha adelantado a través de la creación de normas comunes y de carácter general que tienen como propósito regular todos los contratos que se celebran por los operadores del comercio internacional. Esas normas se crean o elaboran con el propósito de que sean adoptadas por la ley o buscando que las partes, en el normal desarrollo de sus relaciones, las adopten voluntariamente. Como ya lo hemos señalado, las normas más importantes en la materia se han elaborado en el marco de la actividad de las organizaciones internacionales que tienen como objeto, o uno de sus objetos, la armonización de las normas del comercio internacional.

Prueba de ese proceso son las Convenciones sobre Compraventa Internacional de La Haya de 1964, la Convención de Viena de 1980, las Convenciones de Ottawa sobre *factoring* y *leasing financiero* de 1988 y muchas otras en el campo contractual y arbitral. Este método de armonización

se considera el más apropiado ya que en la elaboración de estos instrumentos se observa la acción coordinada de los diferentes países encaminados a proveer un orden jurídico autónomo y apropiado para el comercio internacional: un cuerpo de normas que se consideran aptos para todos y cada uno de los agentes del comercio internacional, independientemente de la posición contractual, cultural o geográfica que estos detenten¹⁸. Se entiende que son instrumentos que representan el deber ser de la regulación del comercio internacional.

Sin embargo, se debe anotar que en la elaboración de esos instrumentos son varios los obstáculos que se han enfrentado. Primero, el proceso de negociación del instrumento internacional, en la práctica, es lento. Ello, claro está, por las diferencias de índole jurídico que deben superar los negociadores de los diferentes Estados. Muchas veces, porque representan los intereses de diferentes ordenamientos en donde existen diversas maneras de interpretar los problemas jurídicos que rodean el contrato internacional. Segundo, ese proceso presenta algunos inconvenientes en la etapa posterior a su aprobación. Se ha comprobado que una vez el instrumento ha sido aprobado por los representados de los diferentes países, el proceso de incorporación a las

18 "Legal systems can bilaterally or multilaterally coordinate their efforts by harmonizing or unifying their national systems. With 'legal harmonization' nations agree on a set of objectives and targets and let each nation amend their internal law to fulfill the chosen objectives. With 'legal unification' nations agree to replace national rules and adopt a unified set of rules chosen at the interstate level. Although legal harmonization and legal unification are often pursued with different legal instruments, they both result from cooperative efforts of the countries involved. The results of legal harmonization and legal unification differ however in the degree to which systems are effectively homogenized. Examples of harmonization and unification are frequently observed in the recent development of the national laws of EU member states. With the use of 'directives' member states of the EU harmonize their national legal systems by setting common goals and standards". EMANUELA CARBONARA y FRANCESCO PARISI. "The Paradox of Legal Harmonization", University of Minnesota Law School, Legal Studies Research, Paper n.º 07-14, 2007.

legislaciones locales es lento, por lo que muchos de los instrumentos hasta ahora aprobados no han entrado en vigor. Tomemos como ejemplo el caso colombiano. En Colombia, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 fue incorporada a nuestra legislación sólo 19 años después de haber sido aprobada. Además, este parece ser el único instrumento incorporado a esa legislación, con lo que se evidencian las fallas o inconvenientes que esta forma de armonización presenta.

Finalmente, el proceso de armonización de las normas a través de leyes modelo o convenciones internacionales presenta problemas en lo que a la interpretación de las normas mismas se refiere. Una vez adoptado e incorporado el instrumento internacional al Derecho interno de los países, debe ser sometido a la interpretación de las cortes locales, con lo que muchas veces las normas no son interpretadas teniendo en cuenta el contexto en el cual y para el cual fueron creadas: internacional. Es por ello que la gran mayoría de instrumentos incorporados propugnan por el respeto a su carácter internacional. Así, el artículo 7.º de la Convención de Viena de 1980 señala que "En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional".

Por lo anterior algunos autores señalan que parece ser más fácil para los participantes del comercio internacional aceptar el uso de un contrato modelo o un estándar comercial que para los gobiernos y académicos llegar a un consenso acerca de la ley uniforme que debería ser adoptada. Por lo menos, ese fue el sentimiento general algunas décadas atrás con la negativa a la posibilidad de adoptar normas uniformes en materia de compraventa internacional¹⁹.

19 ALEJANDRO M. GARRO. "Rule-Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law", cit.

C. Contratos estándar

En algunos mercados en particular, como en los llamados *commodities*, se han venido desarrollando formas contractuales que pretenden regir las operaciones que se adelantan en esos mercados y que se aplican únicamente en aquellos casos en que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, deciden adoptarlas. Es común encontrar que los agentes del comercio internacional (exportadores e importadores) adoptan términos o condiciones generales de negocios a sus contratos, los cuales a su vez van adquiriendo un carácter vinculante para los operadores del comercio que se manejan en esos mercados²⁰. En lo pertinente a la estandarización de los contratos, el tema se encuentra dominado de manera particular por un pequeño número de organizaciones Internacionales, entre ellas CNUDMI y Unidroit. Adicionalmente, el Banco Mundial, FIDIC, The International European Construction Federation -FIEC- y un número considerable de firmas de abogados también contribuyen de manera significativa a ese proceso. Igualmente la Cámara de Comercio Internacional de París y la International Bar Association han contribuido con cláusulas y contratos de modelo, de amplia difusión y uso en los mercados internacionales.

Debemos mencionar que, como lo resalta CLIVE SCHMITTHOFF, los intentos de armonización mediante la adopción de cláusulas o contratos estándar no se concibe como un mecanismo autónomo de armonización, sino más bien, como un complemento a los intentos de armonización adelantados mediante la adopción de instrumentos internacionales²¹. Después de todo, es evidente que la producción

20 LEO D'ARCY; CAROLE MURRAY y BARBARA CLEAVE. *Schmitthoff's Export Trade: The law and practice of international trade*, 10.ª ed., 2000, pp. 669 y 670.

21 "The gradual establishment of a codified world trade law, essentially identical in all national jurisdictions, can only be achieved by a series of international

de normas o reglas por parte de las agencias de carácter privado que representan los intereses de los comerciantes buscan formalizar o imponer las prácticas ya existentes en un comercio determinado. Por el contrario, la actividad de las agencias que se encargan de la negociación y adopción de instrumentos de carácter internacional buscan la adopción de un orden jurídico ideal para ese comercio.

D. Principios aplicables a los contratos comerciales internacionales

Finalmente, la armonización normativa se ha adelantado en las últimas dos décadas a través de la recopilación de principios de derecho aplicables a los contratos o relaciones comerciales internacionales. En los últimos años renombrados juristas se han dado a la tarea de identificar los principios que hoy se consideran comunes a todos los ordenamientos y que son aplicables a los contratos internacionales. Ese trabajo de identificación de unos principios comunes ha promovido la idea de compilar esos mismos principios. Tarea que ha sido asumida con bastante éxito por instituciones como Unidroit, institución que, luego de varios años de trabajo, en 1994 publicó un primer texto de lo que hoy conocemos como los "Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales", recopilación considerada como la nueva *lingua franca* del Derecho actual. Esos principios son, en la actualidad, uno de los instrumentos jurídicos más

conventions. This lofty ideal presupposes an international understanding to establish such a law, and at the present stage, on a realistic appreciation of the position, it would be premature to contend that such understanding already exists among the nations of the world. In the meantime, however, much practical preparatory work in the field of unification can be done by the ascertainment of standard contract texts". CLIVE SCHMITTHOFF, "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions", 17 *International & Comparative Law Quarterly*, 1968, pp. 661 y 569.

discutidos en la última década y de ellos se han derivado una serie de reglas que son consideradas imperativas para todos los agentes del comercio internacional. Más adelante nos referiremos con más detalle a estos instrumentos.

III. OBJETIVOS DEL PROCESO ARMONIZADOR

Como se ha señalado, la globalización de las economías y, consecuencia de ello, del derecho, nos ha obligado a buscar soluciones a los diferentes problemas jurídicos que se generan en el día a día de las relaciones comerciales en ese nuevo contexto. Esa búsqueda de soluciones ha dado lugar a un proceso de armonización de las normas del Derecho Comercial Internacional que, a decir de renombrados juristas, se ha desarrollado para facilitar el proceso integracionista y para solucionar los problemas jurídicos que surgen de este.

Este nuevo Derecho (armónico) tiene como propósitos la reducción del riesgo legal, el mejoramiento de las leyes locales que afectan el comercio internacional y el mejoramiento en las cualidades profesionales de los agentes del comercio y de sus intermediarios o asesores.

A. La reducción del riesgo o la incertidumbre legal

Tal y como lo señala STEPHAN, el primer objetivo de un legislador benevolente deberá ser el de lograr estabilidad y predictibilidad de las normas relacionadas con el comercio internacional. En un mundo en el que reinan diferentes sistemas legales e incertidumbre acerca del régimen jurídico aplicable, las partes o agentes del comercio internacional deberán siempre preocuparse acerca de las diferentes reglas que se le pueden aplicar a su operación²². El argumento

22 PAUL B. STEPHAN. *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, cit.

dominante en la actualidad es el de que la incertidumbre legal representa un riesgo para las inversiones de comerciantes locales y extranjeros. Así, WAGNER señala que la incertidumbre legal puede ser causada por sistemas jurídicos imperfectos, es decir, aquellos en donde no existen las normas suficientes o adecuadas para dar solución a las controversias que se generan con la celebración y ejecución de contratos internacionales, o por la naturaleza diferente de los sistemas legales a la que se enfrenta un comerciante en el ámbito internacional²³.

La estabilidad legal o jurídica es uno de los puntos que mayor interés ha generado en los inversionistas privados que pretenden participar activamente en los mal denominados países del tercer mundo. La gran cantidad de normas que se producen en estos países, aunada a la desorganización nor-

23 "Legal uncertainty always occurs when individual actors are uncertain of the effects of the provisions of the dominant legal system on the results of their actions. In the wider sense, the term covers both 'subjective' and 'objective' legal uncertainty. The term 'subjective legal uncertainty' refers here to the subjective assessment of marginal costs and marginal utility, which differs from individual to individual. Subjective legal uncertainty can also be referred to as 'uncertainty as to what the law is'. Because an improvement in individual knowledge of the law is bound up with, in part, considerable information and transaction costs, it is irrational to want to do away with complete legal uncertainty. With increasing marginal costs of acquiring information and the sinking marginal utility of additional legal knowledge, individual economic subjects will only spend so much on information and transactions until marginal costs and marginal utility are equal. Ignorance beyond this will remain in existence so that decisions will continue to be taken in uncertainty. 'Objective legal uncertainty' describes an objective reality that has to be accepted to an equal extent by all involved. It is found where statutory regulations for certain sets of facts are either non-existent or do not form a reliable basis for decisions. Examples are: 'Absence of law': this term applies to areas for which there are (as yet) no statutory rules and regulations. 'Legal instability': this type of legal uncertainty occurs where regulations are unstable over and beyond consumption or investment periods, because amendments to statutes are frequent and unforeseeable, so that even experts are not clear about the current legal position and the continuance of subjective claims. 'Denial of justice': this is understood to be the obstruction or prevention of the enforcement of legal rights by state authorities or employees'. HELMUT WAGNER. "Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?", cit.

mativa existente, genera incertidumbre respecto del sistema jurídico aplicable a las relaciones contractuales nacidas en el desarrollo del comercio internacional²⁴. En ese contexto, el riesgo legal puede ser definido como la incertidumbre acerca del sistema legal que regirá las relaciones nacidas durante el contexto del comercio internacional o la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable a los diferentes contratos que se generan durante el mismo.

Pueden incluirse dentro de este grupo: la negativa de cortes locales para reconocer la elección de las partes sobre temas como la ley aplicable al contrato y/o el foro jurisdiccional; el fracaso de abogados locales para identificar correctamente o analizar problemas importantes de ley local, por ejemplo, las restricciones medioambientales, o problemas relacionados con la ley laboral; la no existencia o insuficiencia de leyes para la protección de propiedad intelectual, como las patentes, marcas o derechos de autor y las leyes de economías que compelen la venta de productos o artículos a través de tablas del mercadeo estatales o corporaciones.

Es así como, en desarrollo de las actividades comerciales cotidianas, es frecuente que en una misma transacción participen agentes de diferentes países, los cuales a su vez

24 "Demands for a more comprehensive harmonization of law between legal areas are based on the assumption that legal diversity causes transaction costs and lowers economic trade and welfare, in particular by creating legal uncertainty. It is argued that legal diversity increases the transaction costs of cross-border contracting and discourages consumers and small entrepreneurs from engaging in such transactions. Consumers as well as producers tend to refrain from contracts in foreign legal systems if the costs of information (about the law, about administrative procedures, about competent legal advice) and/or the costs of enforcement (by way of litigation or alternative forms of dispute resolution) seem too high or unpredictable. This unpredictability or uncertainty about the costs of cross-border transactions may stem from the diversity in the formal legal system or diversity in judicial administration across the individual member countries". HELMUT WAGNER. "Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?", cit.

desarrollan su relación en diferentes territorios y como tal, podrían estar sometidos a la ley de cualquiera de esos territorios. Por ejemplo, un contrato de compraventa de mercaderías entre dos agentes del comercio cuyos establecimientos o lugares de negocios se encuentran en Estados diferentes, puede señalar que las mercaderías serán entregadas en el territorio de un Estado diferente a aquel en el cual las mismas fueron fabricadas o manufacturadas por el vendedor. Adicionalmente, puede señalarse que el pago de las mercaderías será efectuado en un Estado diferente al del comprador y al del vendedor e inclusive diferente al del lugar en donde se hará la entrega de las mercaderías. Ante una eventual disputa o conflicto relacionado con la interpretación del contrato, es común encontrar que cualquiera de las partes, ante las divergencias existentes entre las legislaciones en donde se desarrolló la relación jurídica, intentará adelantar la acción judicial en la jurisdicción que más convenga a sus intereses, por ejemplo en aquella en donde los jueces y tribunales se inclinan por desconocer la validez de aquellas cláusulas del contrato que desfavorecen la posición de esa parte.

De tal forma que si contamos con un sistema legal armónico que permita o autorice a las partes a obligarse incondicionalmente y que, a su vez, entregue certeza acerca de la manera como será interpretada la voluntad de las partes, será, claro está, mucho más fácil confiar en su contraparte y de esa manera desarrollar una relación comercial más estable y productiva²⁵.

25 "The primary function of commercial law is to provide tools for economic and social enterprise. Viewed functionally in an international context, harmonization of results, that is, general consistency in substantive outcomes, will allow those who, engage in transactions a higher level of confidence in a worldwide market". ARTHUR ROSETT. "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", cit.

B. El mejoramiento de las normas relacionadas con el comercio internacional

Un segundo objetivo de la armonización normativa es la creación de mejores normas que reemplacen aquellas existentes en los sistemas legales de los diferentes Estados y que se consideren poco apropiadas para regular el comercio internacional²⁶. Por *mejores normas* entendemos aquellas que mejoran el *status quo*, ya sea porque cumplen de mejor manera el propósito para el cual fueron creadas, o porque logran justicia redistributiva o realzan el bienestar económico de aquellos a los que están dirigidas. En el caso del comercio internacional se ha manifestado reiteradamente que las normas locales no son aptas para regularlo por cuanto no son creadas para tal propósito. Es por ello que uno de los propósitos de la armonización o unificación de las normas es el de proveer a la comunidad de comerciantes de unas normas que consideren los problemas que enfrentan al traspasar las fronteras de sus países. Ello implica, claro está, la creación de normas que logren reconciliar las diferencias existentes entre las diferentes culturas o sistemas de derecho y las diferencias existentes entre los ordenamientos de los distintos estados.

C. El mejoramiento en las cualidades profesionales de los agentes del comercio

Tal y como lo señala GIOVANNUCCI la discusión sobre el conocimiento y capacitación de los profesionales del Derecho está tomando cada día mayor importancia²⁷. Lo anterior

26 PAUL B. STEPHAN. *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, cit.

27 Ello ha quedado demostrado en los diversos foros que se han adelantado en la materia. Por ejemplo, en el "International Forum on New Legal Education Method in the Global Society" llevado a cabo en Kioto en el año 2006, se llamó la atención sobre los diferentes métodos e instrumentos de capacitación que

toma mayor importancia en un mundo globalizado en donde, como se ha señalado, los profesionales del Derecho se ven enfrentados a una pluralidad de inconvenientes que hacen que su labor de asesor sea cada día más difícil. El abogado de nuestros días se encuentra habitualmente ante la imperiosa necesidad de enfrentar todo tipo de obstáculos en su labor profesional. Se cuentan entre esos obstáculos la necesidad de negociar acuerdos en varios idiomas, de enfrentarse a asesores de otros países con sistemas legales diversos y de asistir al cliente en litigios que se desarrollan en foros extranjeros²⁸.

Es por ello que un tercer objetivo de la unificación y armonización de las normas que regulan las relaciones contractuales a nivel internacional será, entonces, el dar a los asesores jurídicos de todo el mundo comercial un nivel común de conocimiento más amplio y especializado. Considerando las diferencias culturales, lingüísticas y profesionales a que se enfrentan los abogados dedicados al comercio internacional, el potencial para suplir de manera adecuada los vacíos de conocimiento a través de la incorporación de normas armónicas que regulen esas materias es enorme²⁹. La creación de una norma común a todos los ordenamientos facilita la labor del asesor eliminando las barreras de tipo jurídico, cultural o lingüístico e incrementa la capacidad de los asesores jurídicos para entender y comunicar las necesidades de sus clientes de una manera más eficiente, a la vez que realza el valor de los servicios que prestan.

deberán utilizar los profesionales del Derecho encargados de interpretar y aplicar la ley armonizada o uniforme. CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI. "Legal harmonization in practice: teaching and learning uniform commercial law (preliminary version)", en *Model Law for Global Commerce*, Congress celebrating the fortieth annual session of CNUDMI, Vienna, 9 a 12 de julio de 2007.

28 Ídem.

29 ROBERT COOTER y JANET T. LANDA. "Personal Versus Impersonal Trade: The Size of Trading Groups and Contract Law", 4 *International Review Law and Economics*, 1984, p. 15.

El mejoramiento de la posición de los abogados también genera ventajas para la sociedad en conjunto pues permite un mayor grado de especialización de la actividad, por lo que los asesores (o las firmas a las cuales pertenecen) tienden a trabajar en transacciones particulares más a menudo, lo que les permite un mejor conocimiento de las mismas³⁰.

IV. AGENCIAS DEDICADAS A LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Como lo hemos señalado, el proceso de armonización de las normas del Derecho Comercial Internacional ha sido impulsado por una gran cantidad de agencias o entidades. Hacemos referencia aquí a todas las agencias u organizaciones, nacionales, regionales o internacionales, que son confiadas, delegadas o simplemente implicadas en la formulación de políticas comerciales o en la imposición de reglas para la conducta que deben seguir los agentes que realizan transacciones comerciales internacionales. El término "agencias" describe un aspecto de las actividades de organizaciones internacionales, pero apropiadamente cubre todas "las nuevas" organizaciones legislativas internacionales. Un número significativo de agencias ha surgido en los 100 últimos años. Al respecto, MISTELIS ha recomendado establecer una diferencia entre los distintos tipos de agencias que encontramos en la actualidad, y las clasifica en organizaciones intergubernamentales y organizaciones no intergubernamentales³¹. A continuación nos referiremos a ellas:

30 JANET T. LANDA. "A Theory of the Ethnically Homogeneous Middleman Group: An Institutional Alternative to Contract Law", 10 *Journal of Legal Studies*, 1989, p. 349.

31 LOUKAS MISTELIS. "Is Harmonization a Necessary Evil?" ..., cit., pp. 3 a 27.

A. Organizaciones intergubernamentales encargadas de la armonización del Derecho Comercial

Son pocas las organizaciones intergubernamentales encargadas de armonizar la ley del comercio internacional. Entre las organizaciones más destacadas encontramos la CNUDMI y el Unidroit.

1. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-

La CNUDMI fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (xxi) del 17 de diciembre de 1966. Su mandato es el de promover la armonización y modernización progresiva del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil internacional. Tales temas comprenden: la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa internacional de mercancías³².

La CNUDMI da cumplimiento a su mandato mediante³³:

- a. La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas;
- b. El fomento de una participación más amplia en los convenios y las convenciones internacionales existentes y

³² La guía de la CNUDMI. "Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", disponible en [www.cnumdi.org].

³³ Incorporado en la resolución 2205 (xxi) de la Asamblea General, sección II, párr. 8.

de una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas;

c. La preparación o el fomento de la aprobación de nuevos convenios y convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y de una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, colaborando, en su caso, con las organizaciones que actúen en esta esfera;

d. El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de los convenios y las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional;

e. La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, en el ámbito del derecho mercantil internacional;

f) El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo;

g. El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional, y

h. La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones.

Tal y como lo señala JOSÉ ANGELO ESTRELLA FARÍA³⁴, la CNUDMI ha adoptado una posición flexible en lo relacionado con las técnicas a utilizarse en la armonización de las normas sobre derecho comercial internacional. Esos métodos operan en y envuelven los diferentes niveles de compromiso logrados por los Estados en el curso de las negociaciones adelantadas. Tales metodologías se ubican en tres categorías:

³⁴ JOSÉ ANGELO ESTRELLA FARÍA. *Legal harmonization through model laws: the experience of the CNUDMI*.

1. Legislativas (convenciones³⁵, leyes modelo y modelos legislativos³⁶);

2. Contractuales (formas contractuales estándar, cláusulas y reglas comunes); y

3. Notas explicativas y guías legislativas para uso en la práctica legal.

Estos instrumentos se negocian a través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos los Estados miembros de la CNUDMI, que representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico; los Estados no miembros; las organizaciones intergubernamentales, y las organizaciones no gubernamentales. Por lo tanto, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico. Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

35 "A convention is a multilateral treaty designed to unify law in the States parties to it by establishing international obligations that a State adhering to the convention must observe. States that decide to adopt a convention are required to formally deposit a binding instrument of ratification or accession with the depository (for conventions prepared by CNUDMI, the Secretary-General of the United Nations)". Información obtenida de la página web de la CNUDMI: [www.cnudmi.org].

36 "A model law is a legislative text that is recommended to States for enactment as part of their national law. A model law is an appropriate vehicle for modernization and unification of national laws when it is expected that States will wish or need to make adjustments to the text of the model to accommodate local requirements that vary from system to system, or where strict uniformity is not necessary. It is precisely this flexibility which makes a model law potentially easier to negotiate than a text containing obligations that cannot be altered and promotes greater acceptance of a model law than of a convention dealing with the same subject matter". Información obtenida de la página web de la CNUDMI: [www.cnudmi.org].

Según los objetivos de la CNUDMI se acogen dichas herramientas por consenso; nunca se adoptan por mayoría o se utiliza cualquier otro medio de imposición política, y durante la elaboración de los trabajos están representadas todas las regiones del mundo, lo cual otorga una importante credibilidad y certeza jurídica. En las consultas e investigaciones de la secretaría, los grupos de expertos, grupos de trabajo y reuniones en pleno, participan importantes expertos de naciones y organizaciones lo que le da un alto grado de calidad práctica a los instrumentos legales³⁷.

Entre los textos preparados y aprobados por la CNUDMI se encuentran, entre otros, los siguientes:

i. Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974;

ii. Convención sobre el Transporte Marítimo de mercancías, Hamburgo, 1978;

iii. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980;

iv. Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, Nueva York, 1988;

v. Convención sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958;

vi. Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, 1985;

vii. Ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito, 1992;

viii. Ley modelo sobre contratación pública de bienes, obras y servicios, 1994;

ix. Ley modelo sobre comercio electrónico, 1996;

x. Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza, 1997;

37 JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA. "¿Debe México adoptar la ley modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico?", en [www.bma.org.mx/ponencias/comercio].

xi. Guías jurídicas, guías legislativas, reglamentos y notas sobre determinadas prácticas.

2. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –Unidroit–

El Unidroit es una organización intergubernamental independiente con su asiento en el *Chalet Aldobrandini* en Roma. Su objetivo es estudiar las necesidades y métodos para la modernización y armonización del derecho privado y, en particular, la ley comercial. El Instituto fue creado en el año de 1926 como un órgano auxiliar de la Liga de las Naciones. En el año 1940 y ante el colapso de la Liga de las Naciones fue restablecido sobre la base de un acuerdo multilateral entre los diferentes Estados que lo integran³⁸.

Los objetivos del Instituto se centran en el examen de los modos de armonizar y coordinar el derecho privado, y en la preparación de instrumentos o reglas uniformes de derecho privado. Esa labor se desarrolla mediante:

- a. La preparación de proyectos de leyes y convenciones con el objeto de establecer la ley interna uniforme;
- b. La preparación modelos de acuerdos con miras a la facilitación de las relaciones internacionales en el campo de la ley privada;
- c. La realización de estudios relativos al derecho privado;
- d. Tomar parte en proyectos ya emprendidos en cualquiera de estos campos por otras instituciones;
- e. La organización de conferencias y foros académicos sobre la materia³⁹.

Entre los textos desarrollados bajo el marco de Unidroit tenemos:

³⁸ Información obtenida de la página web de Unidroit: [www.Unidroit.org].

³⁹ Unidroit Statute, incorporating the amendment to Article 6(1) which entered into force on 26 March 1993, disponible en [www.Unidroit.org].

- “Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods”, The Hague, 1964.
- “Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods”, The Hague, 1964.
- “International Convention on Travel Contracts”, Brussels, 1970.
- “Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will”, Washington, D.C., 1973.
- “Convention on Agency in the International Sale of Goods”, Geneva, 1983.
- “Unidroit Convention on International Financial Leasing”, Ottawa, 1988.
- Unidroit Convention on International Factoring, Ottawa, 1988.
- Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, 1995.
- Convention on International Interests in Mobile Equipment, Cape Town, 2001.
- Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, Cape Town, 2001.
- Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock, Luxembourg, 2007.

B. Organizaciones no gubernamentales

Junto a la labor desempeñada por Unidroit y la CNUDMI, varias organizaciones mercantiles internacionales no gubernamentales o asociaciones profesionales también se han dado a la labor de armonizar la ley del comercio internacional. Entre ellos la Cámara de Comercio Internacional –ICC–, la Asociación Internacional de Derecho (*International Law Association*), el Colegio Internacional de Abogados (*International Bar Association*) y el Comité Marítimo Internacional –CMI–.

Estas organizaciones no gubernamentales a menudo promulgan leyes modelo, contratos estándares o convenciones preliminares. Igualmente, cooperan con las organizaciones intergubernamentales en la formulación de instrumentos internacionales, en particular, convenciones internacionales. A continuación nos referiremos a algunas de ellas:

1. *Cámara de Comercio Internacional –ICC–*

La Cámara de Comercio Internacional es la más grande y representativa organización de negocios en el mundo. Sus miles de compañías miembros en más de 130 países tienen intereses que abarcan cada sector de la empresa privada⁴⁰. Adicionalmente, las Naciones Unidas, la Organización Mundial de Comercio, y muchos otros cuerpos intergubernamentales, tanto internacionales como regionales, son mantenidos en contacto con los puntos de vista de los negocios internacionales a través de la ICC.

De particular importancia para el comercio internacional han resultado los trabajos adelantados por la CCI en la recopilación de los usos y prácticas mercantiles de uso común en los mercados internacionales y, en particular, las recopilaciones de los INCOTERMS y las Reglas UCP (600 en su versión actual), instrumento de uso casi que absoluto por los mercaderes en sus operaciones de compraventa internacional de mercadería a nivel mundial.

En adición a la labor de codificación o recopilación de los términos comerciales, la actividad legislativa de la CCI se ha extendido a la elaboración de códigos de conducta de

40 Una cadena mundial de comités nacionales mantiene al Secretariado Internacional de la ICC en París, informado acerca de las prioridades de negocios nacionales y regionales. Más de 2.000 expertos traídos de las compañías miembros de la ICC alimentan sus conocimientos y experiencia para moldear la postura de la Cámara sobre temas específicos de negocios. Disponible en [www.iccwbo.org].

amplio reconocimiento en el mundo comercial. En ese sentido se han producido normas en materia arbitral, bancaria y financiera, mercadeo y publicidad, seguros, aduanas, telecomunicaciones, transporte, ambientales y anticorrupción. Independientemente de la forma que esas reglas tengan son adoptadas con la aspiración de que sean determinantes o de influencia positiva para las legislaciones nacionales. Sin embargo, y sin importar la poca influencia que ha tenido en las legislaciones estatales, las reglas o normas creadas al interior de la CCI gozan de profundo respeto por los comerciantes e industriales en el ámbito internacional⁴¹.

2. *Asociación Internacional de Derecho (International Law Association)*

La Asociación Internacional de Derecho fue fundada en Bruselas en 1873. Sus objetivos son "El estudio, clarificación y desarrollo del derecho internacional, público y privado, y el fomento de la comprensión y del respeto por el derecho internacional"⁴².

Las actividades de la Asociación Internacional de Derecho son organizadas por el Consejo Ejecutivo, asistido por la Secretaría cuya sede se encuentra en Londres. Actualmente cerca de 3.700 miembros de la asociación se separan en ramas a través del mundo. Sus miembros son abogados en ejercicio privado, academia, gobierno y judicatura.

Los objetivos de la asociación se persiguen a través del trabajo de sus comités internacionales, y el punto focal de sus actividades es la serie de conferencias bienales. Las conferencias, de las cuales 72 se han sostenido hasta ahora en diversas localizaciones a través del mundo, proporcio-

41 ALEJANDRO M. GARRO. "Rule-setting by private organizations, standardization of contracts, and the harmonization of international sales law", cit.

42 Información obtenida de la página web de la asociación.

nan un foro para la discusión y el endoso comprensivos del trabajo de los comités. Esos comités se establecen para emprender la investigación y para preparar informes sobre áreas cuidadosamente seleccionadas del derecho internacional (público, privado o comercial). Estos informes son discutidos y considerados por los miembros y otros interesados en las conferencias bienales y toman varias formas: una nueva exposición de la ley; un proyecto o una convención de tratado; una elaboración de un código o de reglas o principios del derecho internacional, o una revisión de progresos recientes de la ley o de la práctica.

3. Colegio Internacional de Abogados (*International Bar Association*)

El Colegio Internacional de Abogados –IBA– fue establecido en 1947. Es una organización que agrupa a las asociaciones de abogados a nivel local (nacional) y a otras asociaciones dedicadas al estudio del derecho. Los trabajos del IBA influyen el desarrollo de reformas internacionales sobre el futuro de la profesión legal a través del mundo.

Agrupado en dos divisiones IBA cubre todas las áreas de la práctica e intereses profesionales, proveyendo a sus miembros con acceso a expertos y a información actualizada. A través de los varios comités, IBA permite un intercambio de información y de opiniones entre sus miembros en cuanto a leyes, prácticas y responsabilidades del profesional del derecho en lo que hace referencia a la práctica de la profesión alrededor del globo.

En la actualidad IBA posee los siguientes comités: *International Sales, Antitrust and Trade Law, Corporate Law, Criminal Law, Dispute Resolution, Energy, Environment, Natural Resources and Infrastructure Law, Financial Services, Human Resources, Insolvency, Restructuring and Creditors' Rights, Intellectual Property, Communications and Technology, Franchising and Product Law, Law and Individual Rights, Lei-*

sure Industries, Maritime and Aviation Law, Public Law, Real Estate y Taxation.

Como parte de sus actividades, por ejemplo, el comité internacional de ventas examina las cuestiones legales fundamentales al crecimiento y al desarrollo del comercio internacional. El comité se ocupa extensivamente de los contratos de ventas internacionales, agencia y distribución, de las adquisiciones fronterizas, las garantías y financiamiento de ventas internacionales. Además de repasar la posición legal actual en diversos países desde una perspectiva comparativa, el comité también examina los instrumentos internacionales y supranacionales, tales como la convención de Naciones Unidas sobre la venta internacional de mercancías, INCOTERMS y las costumbres y la práctica uniformes para los créditos documentales. El comité también se centra en la reforma de la ley en los campos dentro de su alcance, y desde 1997 ha supervisado las sugerencias ofrecidas en conexión con la convención propuesta de Haya sobre la jurisdicción internacional y los efectos de juicios extranjeros en materias civiles y comerciales⁴³.

4. Comité Marítimo Internacional –CMI–

El CMI fue establecido formalmente en 1897 y es la más antigua organización internacional del campo marítimo. Su fundación siguió a la de la Asociación Internacional de Derecho (ILA) por lo que el CMI es considerado un descendiente del ILA; el Comité fue la primera organización internacional referida exclusivamente al derecho marítimo y a las prácticas comerciales relacionadas.

Sus orígenes se remiten a los esfuerzos de un grupo de comerciantes y políticos belgas que en el año 1880 le pro-

43 Información obtenida de la página web de IBA [http://www.ibanet.org/legalpractice/International_Sales_and_Related_Commercial_Transactions.cfm].

pusieron a ILA realizar una codificación de las normas que conformaban lo que ya era considerado el derecho internacional marítimo. Con ese propósito se realizaron un par de conferencias diplomáticas auspiciadas por el gobierno belga en Amberes (1885) y Bruselas (1888). El fracaso de dichas conferencias diplomáticas provocó la creación del CMI en 1897.

Las finalidades de la Organización son⁴⁴:

a. Establecer un sistema de colaboración entre los Gobiernos en la esfera de la reglamentación y las prácticas gubernamentales relativas a cuestiones técnicas de toda índole concernientes al tráfico marítimo destinado al comercio internacional;

b. Alentar y facilitar la adopción general de normas en cuestiones relacionadas con la seguridad marítima, la eficiencia de la navegación, y la prevención y contención de la contaminación del mar ocasionada por los buques; atender las cuestiones administrativas y jurídicas relacionadas con los objetivos enunciados en el presente artículo.

c. Fomentar la eliminación de medidas discriminatorias y restricciones innecesarias aplicadas por los Gobiernos a la navegación comercial internacional con el fin de promover la disponibilidad de los servicios marítimos para el comercio mundial sin discriminación;

d. Tomar medidas en materias relativas a las prácticas restrictivas desleales de empresas de navegación marítima.

e. Facilitar el intercambio de información entre los Gobiernos en asuntos sometidos a consideración de la Organización.

Uno de los éxitos más importantes que ha logrado el Comité Marítimo Internacional es la elaboración y posterior actualización de las Reglas de York y Amberes. Esas

44 Convenio Constitutivo del Comité Marítimo Internacional. Parte Primera (finalidades de la organización), artículo 1.º.

normas fueron promulgadas por primera vez en el año 1890 y han venido siendo reajustadas continuamente, más recientemente en el año 2004. Ellas son el resultado de las conferencias de representantes de diversos mercados y diversos países. Esas reglas entregan unas normas uniformes sobre la avería gruesa y son incluidas voluntariamente en los acuerdos celebrados entre aquellos dedicados a la actividad marina; además proveen un marco normativo que asegura la uniformidad en lo que a las obligaciones de las partes se refiere⁴⁵.

En la actualidad el CMI adelanta trabajos tendientes a la implementación de una convención en materia de transporte marítimo internacional y, a su vez, dedica parte de su trabajo a la recopilación de la jurisprudencia en esta materia.

V. VENTAJAS DEL PROCESO ARMONIZADOR (EFICACIA)

La armonización de la ley del comercio internacional, independientemente del método que se utilice, tiene dos objetivos mutuamente exclusivos. Primero, apunta a la unificación de la ley o, por lo menos, a la identificación de puntos comunes entre las diferentes legislaciones. Segundo, apunta a la reforma y mejoramiento de la ley cuando ésta no puede enfrentarse con el desarrollo de prácticas comerciales, es decir, cuando la ley misma no tiene la capacidad de dar solución a los problemas que el nuevo entorno social y jurídico genera.

Teniendo en cuenta esos dos objetivos las ventajas de la armonización de la ley del comercio internacional parecen ser evidentes. Los logros en la materia abundan, ya sea

45 Reglas de York y Amberes 2004. "Rule of Interpretation. In the adjustment of general average the following Rules shall apply to the exclusion of any Law and Practice inconsistent therewith. Except as provided by the Rule Paramount and the numbered Rules, general average shall be adjusted according to the lettered Rules".

desde la perspectiva de la autorregulación de los mismos comerciantes como de la intervención de los Estados en esas materias.

Es esencial entonces reiterar algunas ventajas de la armonización de las normas del derecho comercial internacional:

Primero. La armonización normativa facilita el comercio internacional ya que significa el levantamiento de barreras que resultan de las complejidades de regímenes legales diferentes⁴⁶. La certidumbre que otorga un régimen armónico equivale a la seguridad de que los esfuerzos del comerciante para traspasar las barreras del territorio donde normalmente habita no serán en vano.

Segundo. La armonización del derecho del comercio internacional crea un marco legal y normativo que refleja las necesidades reales de quienes se embarcan en transacciones internacionales⁴⁷. Es decir, un marco jurídico hecho a la medida de las necesidades de los agentes del comercio internacional. Como se ha observado, buena parte de los problemas que enfrentan los comerciantes en el ámbito in-

46 "The primary motivation driving the push for a harmonised law on the international sale of goods is economic: a harmonised law makes it easier and more efficient for the business person to sell and buy goods across state borders. However, the engine driving the push for harmonization is political and cultural; and the task of creating the harmonised law belongs to the diplomat. A study of the CISG demonstrates that the political and cultural demands on the diplomat also act as shackles that restrain the achievement of a harmonised law". TROY KEILY. "Harmonization and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law of the University of Turku*, Finland, Issue 2003 # 1 [http://www.njcl.utu.fi].

47 "I have pointed out elsewhere that harmonization is not always the equivalent of substantive reform that improves the operation of the law. A unified law is not always a better law, nor need it produce better results in application. The challenge is to use the opportunity of legal change for harmonization to produce better law". ARTHUR ROSETT. "Unidroit Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven", en *Seminar on International Contracts: the Unidroit Rules for International Contracts in North America*, México, 12 a 14 de noviembre de 1996, Universidad Panamericana.

ternacional devienen de la falta de normas aptas o creadas con el propósito de regular las relaciones que surgen en el ámbito internacional. Las leyes locales o nacionales, como también se ha señalado, parecen no estar preparadas para afrontar la realidad jurídica y económica que nos ofrece la globalización, por lo que los esfuerzos armonizadores tienen como último propósito ofrecer a la comunidad económica internacional normas justas y pertinentes para el nuevo entorno económico y jurídico.

Tercero. En buena parte la armonización normalmente pretende producir, o produce efectivamente, unas normas neutras, es decir, que respetan los principios o preceptos propios de cualquier ordenamiento jurídico. Es evidente: el proceso de armonización de una norma pasa primero por la identificación de principios o reglas comunes a todos los ordenamientos por lo que el resultado final incluye, única y exclusivamente, aquello que es pertinente o apropiado para todos los ordenamientos. Ejemplo de ello es la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional, la cual se constituye en un sistema de la ley de ventas internacional que es compatible tanto con el derecho común como con el civil.

Cuarto. La armonización busca igualmente el lleno de un vacío legal, con lo que se proporcionan reglas en materias en donde la ley nacional era antes inexistente. Ejemplo de ello son las Convenciones de Ottawa de 1988 sobre *Factoring* y *Leasing* Financiero Internacional, la Ley de Modelo de CNUDMI sobre Comercio Electrónico, o la Convención de Unidroit sobre Garantías sobre Equipos Móviles.

VI. INCONVENIENTES DEL PROCESO ARMONIZADOR

No obstante sus beneficios, existen ocasiones en que el fin perseguido con la armonización de las normas no se cumple. Particularmente no es exitosa la armonización por la carencia de voluntad política o apoyo institucional

en la incorporación del instrumento de armonización en la ley nacional. También se evidencia la falta de un tribunal superior o de carácter global que interprete armónicamente las decisiones sustentadas en la ley armonizada. Una vez se logra el instrumento de Derecho Comercial Internacional y este se incorpora en la ley local, se hace necesario hacer una interpretación armónica del mismo. Sin embargo, ello es casi imposible si se tiene en cuenta que el instrumento está sometido a la interpretación de múltiples órganos judiciales en diferentes Estados.

Los inconvenientes principales que afronta la armonización son los siguientes:

Primero. La negociación y redacción de convenciones internacionales es normalmente un proceso lento y costoso. Las convenciones internacionales deben ser sometidas a su incorporación en la ley nacional. Las tardanzas en la ratificación hacen que el instrumento sea adoptado muchos años después de su aprobación, generando así una descompensación en el conocimiento y desarrollo jurisprudencial que de ese instrumento se tiene en algunos países. Por ejemplo, en Colombia tardamos poco más de 18 años para incorporar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional a nuestro ordenamiento y al año 2008 aún no se había producido el primer pronunciamiento judicial sobre esta materia.

En este aspecto el Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) de Estados Unidos es tal vez el mejor ejemplo de los potenciales problemas que pueden enfrentar las leyes uniformes. Este código fue impulsado en un campo del Derecho en donde se consideraba que ya existía un alto grado de armonización. Su redactor y promotor principal, el profesor KARL LLEWELLYN, brillantemente logró dejar atrás los viejos problemas conceptuales, convirtiendo el Código en un instrumento muy significativo para la reforma y actualización de la ley comercial. Sin embargo, el impacto respecto de la armonización de la ley comercial de los dife-

rentes estados no ha sido tan significativo, por lo que varios Estados han adoptado la norma con algunos cambios⁴⁸.

Segundo. Como causa de la participación de Estados con tradiciones legales diferentes y expectativas diferentes, el grado de unificación puede ser en exceso restringido y las diferencias pueden llegar a ser irreconciliables, lo que a menudo causa compromisos inaceptables.

Tercero. Se ha observado que en algunas ocasiones se considera que la negociación del instrumento no fue equitativa, es decir, los Estados no negocian los instrumentos como iguales y de allí surgen cuestionamientos relacionados con la soberanía. Pase lo que pase, cada vez que un nuevo instrumento internacional surge, también surgen interrogantes sobre la legitimidad y responsabilidad de las autoridades que lo han acordado⁴⁹.

Ahora bien, otro punto de discusión es el método utilizado para lograr la armonización de las normas. Se ha discutido que aquellos que impulsan y quienes negocian la ley comercial armonizada, generalmente lo hacen pensando en

48 ARTHUR ROSETT. "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", cit.

49 "Regulation of economic activity by way of legislation is linked with inherent problems. Regulation normally denotes state interference for the organization of trade and is more often used for the 'public law aspects' of commerce. In the second half of the twentieth century, trade regulation became a matter of international concern with the introduction of GATT and GATS and more recently of the World Trade Organization. While regulation is not synonymous to harmonization, some experiences from regulatory attempts can draw useful conclusions for the harmonization process and vice versa. The main pitfall is that international harmonization of commercial law, or indeed coordination of trade regulation in the form of international conventions, results from compromises, and the degree of unification is often restricted if not questionable. It has also been observed that states do not always negotiate such treaties as equal partners, and issues of sovereignty may arise in the context of international trade regulation. In any event, a new international law has emerged and questions of legitimacy, accountability, authority, and freedom in this new global legal order may arise". MARY E. FOOTER. *The International Regulation of Trade in Services Following Completion of the Uruguay Round*, 29 Int'l Law. 453 (1995).

la adopción de instrumentos como tratados o declaraciones conjuntas de los Estados. Es evidente que el modelo de soberanía basado en los derechos y obligaciones de los Estados sigue predominando, por lo que el proceso armonizador no ha sido tan fructífero como se pensaría. Sin embargo, al pie de ese modelo, se ha desarrollado otro de adopción o recopilación de reglas autónomas e independientes de los propios agentes del comercio. Ese modelo se crea y aplica por los mismos proveedores de bienes y servicios sin la intervención de los Estados. Con ello se ha señalado que "la globalización no está destruyendo el poder del Estado, sino más bien redireccionándolo"⁵⁰.

Tal y como lo señala ROSETT los medios alternativos de la armonización de la ley comercial, como la codificación de la costumbre o de los usos comerciales, en la mayor parte de los casos, evitan los escollos de las convenciones internacionales. Ese tipo de armonización no tiene límites determinados y asegura una convergencia flexible y eficaz entre sistemas legales diferentes. Es por eso que se ha señalado que la búsqueda de la armonización debe presentarse sin acudir a la unificación o codificación de las normas⁵¹. La armonización siempre ha ocurrido y ocurrirá por métodos diferentes a la adopción de leyes. Los esfuerzos para negociar y redactar leyes uniformes son sinónimos de un proceso que ya se ha adelantado previamente, no de su causa⁵².

50 LOUKAS A. MISTELIS. "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform - Some Fundamental Observations", en 34 *International Lawyer*, 2000, 1055-1069, disponible en [http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistelis.html].

51 ARTHUR ROSETT. "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", cit.

52 JAN M. SMITS. "The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law", cit.

CAPÍTULO QUINTO

PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN

Como lo señalamos en los capítulos anteriores, la regulación del comercio internacional se sustenta sobre la base de un cuerpo de normas de carácter privado que se originan en la praxis misma del comercio internacional. Esas reglas o normas creadas por los comerciantes deben obedecer los principios básicos y comunes que han sido plenamente identificados y sobre los cuales se sustentan los ordenamientos jurídicos de todos los países. Así, la existencia de un cuerpo normativo autónomo y su respectivo reconocimiento se sustenta en la existencia misma de un cuerpo de principios plenamente reconocidos por todos los ordenamientos y como tal, considerados aptos o apropiados para la regulación del comercio internacional.

La interpretación uniforme de las normas a través de principios no es una novedad en el ámbito del Derecho. Basta remontarse a la época romana en la cual se utilizó la experiencia para establecer una serie de pautas generales que permitieron, a través de la previsibilidad y la flexibilidad, adaptarse a las novedades jurídicas que la sociedad les iba ofreciendo¹. En nuestros días, como lo señala el profesor KLAUS

1 CARMEN PARRA RODRÍGUEZ. *El nuevo Derecho Internacional de los Contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y J. M. Bosch Editor, 2002, p. 32.