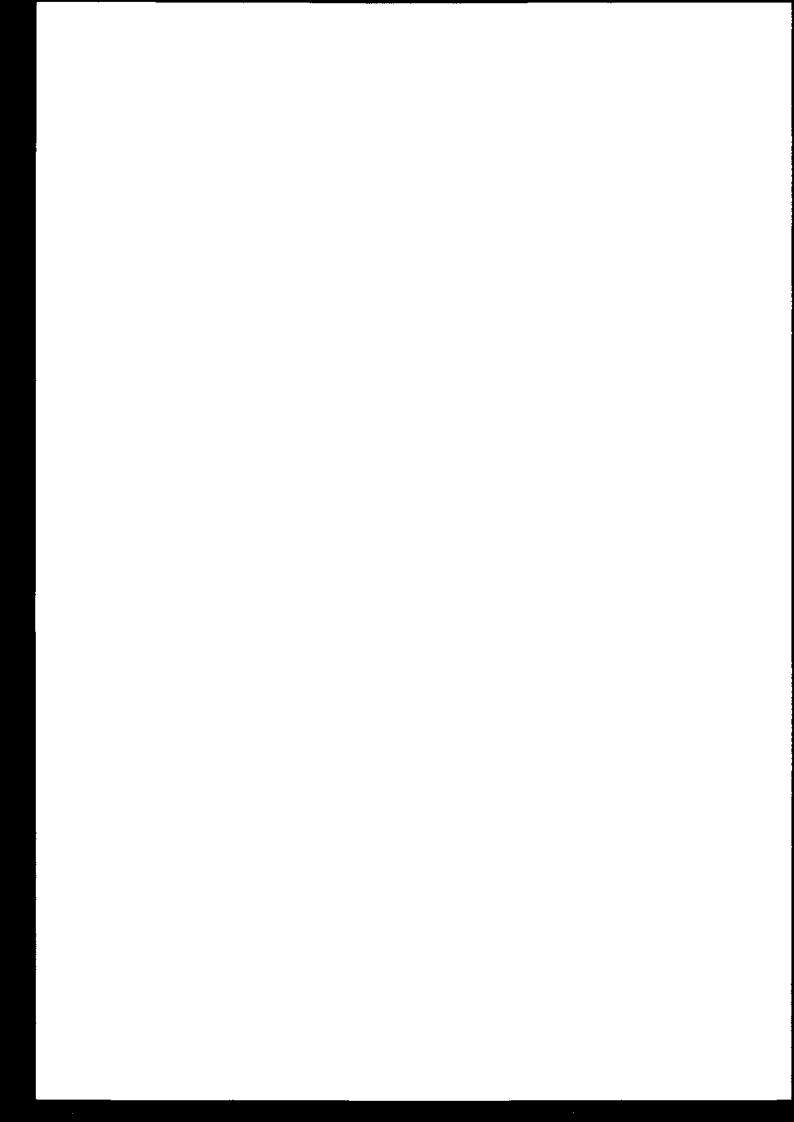
# HACIA UN DERECHO MERCANTIL UNIFORME PARA EL SIGLO XXI

Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Nueva York, 18 a 22 de mayo de 1992





### Prefacio

La Secretaría de la CNUDMI se complace en presentar las actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que se celebró del 18 al 22 de mayo de 1992 en la Sede de las Naciones Unidas bajo el lema "hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI". El Congreso se celebró durante el 25° período de sesiones de la CNUDMI y forma parte de la contribución de la CNUDMI al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional que se extiende de 1990 a 1999.

Hicieron uso de la palabra en el Salón de la Asamblea General casi 70 conferenciantes invitados ante más de 600 participantes procedentes de las distintas partes del mundo. Entre ellos cabe mencionar a profesionales de la abogacía, asesores jurídicos de empresas, altos cargos de los ministerios, jueces, árbitros, miembros de los claustros de las facultades de derecho y otros profesionales que se sirven de los textos jurídicos uniformes.

El Congreso de la CNUDMI tenía por objeto dar a los participantes una ocasión de reflexionar sobre los avances efectuados en orden a la unificación del derecho mercantil internacional durante los últimos 25 años, en definitiva, sobre las necesidades que cabía prever a este respecto durante los próximos 25 años. El Congreso supuso, entre otras cosas, para los participantes la posibilidad de obtener información actualizada y orientación práctica sobre los principales textos jurídicos de alcance mundial; una oportunidad para expresar sus pareceres sobre la utilidad práctica de las normas legales y reglamentarias por las que se rige el comercio mundial, y un foro en el que poder dar a conocer sus necesidades prácticas como base de la posible labor futura de la CNUDMI y de otros organismos que laboran en la formulación de textos jurídicos con miras a facilitar el comercio internacional.

El primer día del Congreso se dedicó al examen del proceso de unificación del derecho mercantil y se hizo referencia a su utilidad práctica. Tras las palabras de apertura pronunciadas por el Secretario General, Sr. Boutros Boutros-Ghali, diversos oradores hablaron de las enseñanzas que les había deparado la experiencia de la CNUDMI e hicieron sugerencias prácticas para su futura labor, y algunos representantes de las organizaciones regionales y de otra índole que participan en la labor de unificación del derecho abordaron el importante tema de la cooperación y coordinación de esfuerzos.

Los tres días siguientes se dedicaron a las siguientes seis especialidades del derecho mercantil: la compraventa de mercaderías; el suministro de servicios; los medios de pago, los créditos y la banca; el intercambio electrónico de datos; el transporte; y la solución de controversias. Dos expertos de renombre pronunciaron sendas conferencias sobre los textos jurídicos de alcance universal existentes en cada una de esas especialidades, mientras que representantes de los colegios de abogados de las diversas regiones, en su calidad de "portavoces de la práctica internacional" evaluaban la utilidad práctica de los textos uniformes y sugerían para la futura labor cuestiones en las que se hacía sentir la necesidad de una unificación del derecho, todo ello seguido por observaciones y preguntas formuladas por los participantes.

Se dedicó el último día al examen de la función que competiría en el futuro a la CNUDMI, insistiéndose en particular en las necesidades y expectativas de los países en desarrollo. En sus observaciones de clausura el Sr. Carl-August Fleischhauer, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico, expresó su satisfacción por el éxito del Congreso y, en particular, por las muchas propuestas útiles que se habían hecho. De conformidad con el concepto de libre intercambio de pareceres y las perspectivas a largo plazo del Congreso, ni estaba previsto que los miembros de la CNUDMI y demás participantes llegaran a una comunidad de pareceres, ni menos aún que se hicieran recomendaciones sobre las propuestas presentadas durante el Congreso.

Las ponencias e intervenciones del Congreso constituyen una mina de sugerencias y de ideas que habrán de ser evaluadas y, de ser prometedoras, puestas en práctica durante los próximos años. Cabe suponer que

esas ideas serán aprovechadas no sólo por la CNUDMI en su calidad de entidad organizadora, sino por diversas otras entidades dedicadas a la preparación de textos jurídicos y otros órganos interesados en la futura reglamentación del comercio internacional.

En lo que respecta a la CNUDMI, podemos informar sobre los primeros pasos que se han dado en este sentido. En una nota preparada para el 26° período de sesiones de la CNUDMI en 1993 (A/CN.9/378), la secretaría enumeró todas las propuestas efectuadas en el Congreso, la mayoría de las cuales se referían a alguna posible labor futura en determinada esfera del derecho mercantil. Sobre algunas de esas sugerencias, se explicó brevemente en notas adicionales cuáles eran los principales problemas y demás factores pertinentes para determinar, al menos provisionalmente, la viabilidad de una labor de unificación y de elaboración de textos jurídicos. Sobre la base de estas notas, la Comisión decidió preparar unas directrices para las conferencias preparatorias del proceso arbitral y explorar, especialmente mediante estudios de viabilidad, el campo de la cesión de créditos para el financiamiento mediante efectos a cobrar y de la insolvencia transfronteriza. La secretaría sigue de cerca la labor emprendida en otras esferas (especialmente en lo relativo al concepto de construcción-explotación-traspaso, así como respecto de los valores bursátiles, los conocimientos de embarque electrónico y los registros públicos internacionales), y tiene previsto presentar al respecto nuevas notas explicativas en futuros períodos de sesiones.

Algunas de las propuestas efectuadas en el Congreso versaron sobre asuntos distintos de la preparación de nuevos textos jurídicos. Como seguimiento de una de esas propuestas, la secretaría tiene previsto ocuparse de la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, concertada en Nueva York en 1958, y otros tratados de derecho mercantil. A raíz de otra de estas propuestas, el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Pace University School of Law de Nueva York, creó recientemente el concurso de arbitrajes simulados Willem C. Vis habiéndose celebrado uno de estos concursos en la Cámara Federal de Economía con sede en Viena.

Muchos de los oradores insistieron, durante el Congreso, en la necesidad de coordinar mejor las actividades de los organismos formuladores para que no preparen textos incompatibles o duplicativos. Se recordó que al fundarse la CNUDMI se le asignó como una de sus tareas primordiales la de coordinar las actividades de otras organizaciones en el campo del derecho mercantil. Si bien la CNUDMI no ha descuidado esta labor y ha logrado algunos éxitos, se necesitará un mayor esfuerzo para superar algunos obstáculos imputables a ciertas peculiaridades institucionales o a posibles debilidades humanas.

Irá siendo mayor la necesidad de mejorar la coordinación -y más difícil lograrla- al ir proliferando los movimientos de integración regional con miras a la formación de zonas de libre cambio y mercados comunes, hasta que estas agrupaciones regionales se den cuenta de que el interés superior de sus miembros requiere que sus actividades comerciales se rijan por unas mismas normas jurídicas preparadas en algún foro mundial que les facilite su aceptación mundial, salvo que alguna necesidad o peculiaridad regional justifique lo contrario. La CNUDMI, gracias a su representación equilibrada y genuinamente universal, su excelente combinación de altos cargos ministeriales, catedráticos y profesionales del derecho, su genuina labor de consenso, y la competencia y profesionalismo de su personal, y con los seis idiomas oficiales de trabajo, de sus reuniones, está magníficamente equipada para mejorar la coordinación y marcar el rumbo de la labor a realizar de cara al siglo XXI.

Es probable que el llamamiento más vigoroso y más repetido durante el Congreso fue el de ampliar e intensificar la difusión de información sobre los textos jurídicos uniformes. Se opinó que en muchos países no se disponía de suficiente información sobre las normas por las que se rige el comercio internacional y que el ritmo relativamente lento de adhesión a los textos uniformes era en general, atribuible a la falta de familiaridad con esos textos más que objeciones de fondo contra su régimen. La secretaría ha respondido incrementando su labor en la organización de seminarios nacionales y regionales, o su participación en ellos, y prestando asistencia técnica a la labor de reforma legislativa de los gobiernos o parlamentos.

La falta de recursos humanos y principalmente financieros (es decir, de contribuciones voluntarias), explica que ese aumento sea muy limitado y casi mínimo si se lo comparaba al número de solicitudes recibidas. Esas solicitudes reflejan la amplitud de las necesidades actuales, que son particularmente evidentes

en los países con una economía en fase de transición. En estos países se siente una necesidad mayor y a veces repentina de reformar el derecho mercantil como soporte de la nueva infraestructura que se está desarrollando. Se tropieza con esta misma conciencia en otros países, especialmente en países en desarrollo que están proyectando entrar, o aumentar su participación, en el mercado mundial. Esos países necesitan de un derecho bien estructurado y adaptado a las operaciones transfronterizas, por lo que pueden beneficiarse particularmente de la elaboración de regímenes uniformes que estén siendo simultáneamente introducidos en muchos otros Estados y con los que estén familiarizados sus clientes y colaboradores comerciales en el extranjero. Por consiguiente, los textos jurídicos preparados por la CNUDMI son particularmente idóneos para ser incorporados al derecho interno de esos países, al satisfacer sus dos objetivos gemelos de armonizar y mejorar su derecho mercantil.

Cabe esperar que en años venideros muchos más Estados se vayan dando cuenta de la necesidad de dar su adhesión a los textos jurídicos uniformes. Después de todo, tarde o temprano todo el mundo adquirirá conciencia de la índole paradójica de moverse en un mercado mundial con bienes y servicios que atraviesan habitualmente unas fronteras, que de repente, vuelven a alzarse, al surgir cuestiones jurídicas que obstaculizan ese comercio por razón de la disparidad y el desconocimiento del derecho aplicable en diversos países. El convencimiento de que el Congreso de la CNUDMI ha contribuido al despertar de esa conciencia nos da un motivo adicional para expresar nuestra sincera gratitud a todos cuantos hicieron uso de la palabra o pronunciaron conferencias en el curso del mismo.

Para todos cuantos han participado, a lo largo de los años, en la labor de la CNUDMI, el Congreso brindó además la oportunidad para "reunirse en familia" con motivo del jubileo de plata de la CNUDMI. En el Salón de la Asamblea General se encontraban muchas personas que habían participado largo tiempo en su labor como delegados y once de los cuales habían participado en la sesión inaugural de la CNUDMI en 1968, así como la casi totalidad de los anteriores Secretarios de la CNUDMI, en particular los profesores John O. Honnold, Willem C. Vis, Kazuaki Sono y Eric E. Bergsten.

Con tristeza hemos sabido que el Congreso sería la última ocasión en que el profesor Willem C. Vis asistiría a una reunión de la CNUDMI, al haber fallecido el 5 de diciembre de 1993. El profesor Willem C. Vis, que se refirió al profesor John O. Honnold con el calificativo elogioso de gran arquitecto de muchos de los importantes logros de la CNUDMI, ha sido, sin duda, uno de los que más contribuyeron a configurar la CNUDMI en sus años formativos, con su aguda mente analítica, su profundo conocimiento de los diversos sistemas jurídicos, su rica experiencia de las organizaciones internacionales, y su magnífica maestría lingüística en varios idiomas. La Secretaría recordará siempre su duradera contribución al desarrollo de un derecho mercantil uniforme.

Secretaría de la CNUDMI

## Notas explicativas

AAA Asociación Estadounidense de Arbitraje

ABCNY Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York AICC Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio

CCE Comisión de las Comunidades Europeas CCI Cámara de Comercio Internacional

CE Comunidad Europea

CEE Comunidad Económica Europea
CEPE Comisión Económica para Europa

CESPAP Comunidad Económica y Social para Asia y el Pacífico

CET construcción-explotación-traspaso

CHIPS Sistema de cámaras de compensación de pagos interbancarios (de Nueva York)

CIAC Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

CICES Centre international de commerce extérieur du Sénégal (Centro Internacional de Comercio

Exterior del Senegal)

CIF costo, seguro y flete
CIP porte y seguro pagado a ...
CMI Comité Marítimo Internacional

CMR Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route

(Convenio sobre el Transporte Internacional por Carretera)

COMESA Common Market for Eastern and Southern Africa (Mercado Común del África Oriental y

Meridional)

CPT porte pagado a CyF costo y flete

DEG Derecho especial de giro
ECU Unidad monetaria europea
EDI intercambio electrónico de datos

EXW ex works (en fábrica) FCA franco transportista

FMI Fondo monetario internacional

FOB franco a bordo FOR franco en vagón FOT franco en camión

GATT Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

Incoterms Reglas internacionales para la interpretación de las cláusulas comerciales abreviadas

OCDE Organización de Cooperación y Desarrollo Económico

OEA Organización de Estados Americanos OMI Organización Marítima Internacional

OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

RUU Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios

UNCID Reglas de conducta uniformes para el intercambio de datos comerciales por teletransmisión

UNCTAD Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNIDROIT Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

ZCP Zona de Comercio Preferencial para los Estados de África oriental y meridional

# Índice

				Página
Pref	facio	·		iii
I.			RSO INAUGURAL	1
II.	ME LE	ETO! CCI	DOLOGÍA Y VALOR DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL: ONES PARA EL FUTURO EXTRAÍDAS DE LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS	3
	A.	Nac	cimiento y objetivos de la CNUDMI	3
		1.	Antecedentes de la creación de la CNUDMI	3
			Profesor László Réczei, Budapest	3
		2.	Nacimiento de la CNUDMI	5
			Aron Broches, Ex Vicepresidente y Asesor Jurídico General del Banco Mundial, Washington, D.C.	5
			Embajador André Erdős, Representante Permanente de Hungría ante las Naciones Unidas	7
		3.	Las metas de la unificación	8
			Profesor John O. Honnold, Universidad de Pensilvania, Filadelfia Secretario de la CNUDMI, 1969-1974	8
		4.	Preparación de unas normas legales uniformes de aceptación universal	11
			Profesor Willem Vis, Pace University, White Plains, Nueva York Secretario de la CNUDMI, 1974-1980	11
	В.	M	étodos para mejorar la coordinación entre los organismos formuladores	13
		1.	Visión de conjunto	13
			Profesor Eric E. Bergsten, Pace University, White Plains, Nueva York, Secretario de la CNUDMI, 1985-1991	13
		2.	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado	17
			Malcolm Evans, Secretario General, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma	17
		3.	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	20
			Michel Pelichet, Secretario General Adjunto, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya	. 20

			Página
	4.	Cámara de Comercio Internacional	22
		Dominique Hascher, Secretaria, Comisión de Arbitraje Internacional, Cámara de Comercio Internacional, París	22
	5.	Tribuna pública	24
		Jean-Paul Beraudo, Presidente de la Audiencia de Grenoble	24
		Manuel Olivencia, Universidad de Sevilla	25
C.	Di	versas técnicas de unificación	26
	1.	Métodos legislativos de unificación	26
		Profesor Sergej Lebedev, Moscú	26
	2.	Métodos de armonización no legislativos	29
		Profesor Michael Joachim Bonell, Universidad de Roma I "La Sapienza", Asesor Jurídico, UNIDROIT	29
D.	Ap	olicación e interpretación de textos jurídicos uniformes	36
	1.	Principios para la interpretación de un derecho uniforme y función de los trabajos preparatorios, comentarios y repertorios de jurisprudencia en esa interpretación	36
		Zhang Yuqing, Departamento de Tratados y Leyes, Ministerio de Relaciones Económicas y Comercio Exterior, Beijing	36
	2.	"Yo me lo guiso yo me lo como": experiencias de un juez al aplicar un texto jurídico en cuya redacción colaboró	42
		Howard M. Holtzmann, Juez, Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos, La Haya	42
	3.	Un derecho uniforme requiere una interpretación uniforme: propuestas para la creación de un tribunal internacional para la interpretación de los textos jurídicos	4.4
			44
œ	1/-	Profesor Louis B. Sohn, Universidad George Washington, Washington, D.C.	44
E.	des	lor de la aplicación universal a los efectos de la integración y el sarrollo regionales	48
	1.	Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano	48
		D.S. Mohil on Behalf de F.X. Njenga, Secretario General del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano	48

			Página
	2.	Organización de los Estados Americanos	51
	3.	Zona de Comercio Preferencial para los Estados de África Oriental y Meridional. Dr. Hawa Sinare, Asesor Jurídico, Zona de Comercio Preferencial para los	53
		Estados de África Oriental y Meridional	53
	4.	Comunidad Económica Europea	56
		Profesor Uwe Schneider, en nombre de Harris-Burland, Representante de la Comisión de las Comunidades Europeas ante la CNUDMI	56
III.	DE L	AS MERCADERÍAS A LOS SERVICIOS	63
	A. C	ompraventa de mercaderías	63
	1.	La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: visión general y análisis de algunas cuestiones prácticas	63
			63
		S. Kofi Date-Bah, Secretaria del Commonwealth, Londres	
	2.	Nuevas características de las Incoterms 1990 de la CCI	71
		Jan Ramberg, Profesor de Derecho Privado de la Universidad de Estocolmo	71
	3	Portavoces de la práctica internacional	77
		Hans van Houtte, Profesor y Jurista, Bruselas; Presidente del Subcomité de Compraventas Internacionales, Asociación Internacional de Abogados	77
		Burghard Piltz, Abogado, Gütersloh (Alemania), Union internationale des avocats	79
		Rafael Eyzaguirre, Profesor de Derecho Comercial Internacional, Universidad de Chile, Santiago; Presidente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial	80
		Helen Elizabeth Hartnell, Profesora asociada de derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane, Presidenta del Comité de Derecho Internacional Privado de la Sección de Derecho y Prácticas Jurídicas Internacionales de la American Bar Association; miembro de la Illinois State Bar Association	84
		Michael L. Sher, Abogado, miembro de los colegios del Estado de Nueva York y del distrito de Columbia del Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York.	87
	4	. Tribuna pública	96
		K.T.S. Tulsi, Abogado general de la India, Nueva Delhi	96
		Philippe Kahn, Universidad de Borgoña, Dijon	96

			Pagin
		Mary Hiscock, Universidad de Melbourne, Melbourne	97
		Donato Carpio, Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Internacional, Lima	97
		Ana Quiñones Escamez, Universidad Central de Barcelona, Barcelona	97
		Profesor Donald King, Escuela de Derecho, Universidad de Saint-Louis, Saint-Louis, Missouri	98
		Profesora Samia El-Sharkawi, Profesora de Derecho Mercantil, Universidad de El Cairo, El Cairo	98
		Profesora Caroline Rider, Red Hook, Nueva York	99
В.	Pre	estación de servicios	99
	I.	Cuestiones prácticas relativas a la Convención de UNIDROIT sobre arriendo financiero internacional	99
		Profesor Roy Goode, St. John's College, Oxford	99
	2.	La Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales	103
		James J. Myers, Gadsby & Hannah, Boston, Massachusetts	103
	3.	Portavoces de la práctica internacional	113
		Justice R.D. Nicholson, Magistrado, Perth; The Law Association for Asia and the Pacific	113
		Richard E. Lutringer, Abogado, Nueva York, Presidente de la American Foreign Law Association	116
		José Ignacio Cruz, Abogado, Nueva York, Colegio de Abogados de México	120
		Edward V. Lahey, Vicepresidente y Asesor General, Pepsico Inc., Purchase, Nueva York; Westchester-Fairfield Corporate Council Association	122
	4.	Tribuna pública	124
		Profesor Lars Hjerner, Universidad de Estocolmo, Estocolmo; Vicepresidente de la Comisión de Prácticas Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional	124
		J.B. Dadachanji, Abogado, Tribunal Supremo, Nueva Delhi	124
		William Pierce, Socio del bufete Pierce & Kennerson, Nueva York, Nueva York .	126
		Profesor Samia El-Sharkawi, Profesor de Derecho Mercantil, Universidad de El Cairo, El Cairo	126

			Página
		Profesor Egon Guttman, Profesor de Derecho, American University, Washington College of Law, Washington, D.C.	126
IV.		S MODALIDADES DE PAGOS TRADICIONALES A LOS MENSAJES RÓNICOS	129
	A. Pag	gos, créditos y banca	129
	1.	La Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales vista por un abogado que ejerce en el sector bancario	129
		Bradley Crawford, QC, Profesor y abogado, Toronto, Ontario	129
	2.	"RUU 500": propuesta de revisión de la Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la CCI	133
		Salvatore Maccarone, Profesor y abogado, Roma	133
	3.	Portavoces de la práctica internacional	139
		Robert D. Webster, Abogado, Nueva York, Nueva York; Comisión Jurídica Bancaria de la Asociación Internacional de Abogados	139
		Umberto Burani, Secretario General, Asociación Bancaria de la Comunidad Europea, Bruselas	143
		Carlos Zeyen, Abogado, Luxemburgo	145
		George A Hisert, Abogado, San Francisco, California; Presidente, Subcomité sobre Cartas de Crédito, Comité sobre Código de Comercio Uniforme, Asociación de Abogados del Estado de California	147
	4.	Tribuna pública	149
		Hosny Hassan Al-Masry, Profesor de Derecho Mercantil, Universidad de Kuwait, Kuwait	149
		Profesor Cari Felsenfeld, Universidad de Fordham, Nueva York, Nueva York	150
	B. In	tercambio electrónico de datos	152
	1.	El comercio electrónico y la legislación	152
		Amelia H. Boss, Profesor de Derecho, Escuela de Derecho de la Universidad de Temple, Filadelfia, Pensilvania	152
	2.	Reglas jurídicas uniformes necesarias para el EDI	158
		José María Abascal Zamora, Profesor y abogado, Ciudad de México	158

Página
nisión Económica para Europa, mites del comercio
York; Comisión sobre la doras y de tecnología,
macional para Comercio
igaciones para Computadoras
tts
orida 180
ormes modernas para el
de Derecho, Fourah Bay Freetown
consabilidad de los Empresarios nacional (1991)
isión de cláusulas dispositivas la Responsabilidad de los Comercio Internacional;
e la India; Vicepresidente Decano residente del Capítulo Indio de

			Página
		Lennard K. Rambusch, Abogado, Nueva York; Maritime and Transport Law Committee, Asociación Internacional de Abogados	196
		Geoffrey J. Ginos, Abogado, Nueva York; Section on International Law and Practice, New York State Bar Association	199
	4.	Tribuna pública	200
		Geoffrey Jones, Unión Internacional de Seguros de Transportes	200
		Profesor Samia El-Sharkawi, Profesor de Derecho Mercantil, Universidad de El Cairo, El Cairo	201
		Profesor John Honnold, Universidad de Pensilvania, Filadelfia, Pensilvania	202
		D. Jacobsen, Abogado, Nueva York	202
		Jean-Paul Beraudo, Presidente de la Audiencia de Grenoble	203
В.	Ar	reglo de controversias	203
	1.	Algunas cuestiones prácticas relativas a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras	203
		Albert Jan van den Berg, Profesor y abogado, Amsterdam; miembro del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial; Vicepresidente del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos	203
	2.	Adiciones a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional	210
		Iván Szasz, Profesor y abogado, Budapest	210
	3.	Portavoces de la práctica internacional	214
		Giorgio Bernini, Profesor y abogado, Bolonia; Presidente, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial	214
		John Townsend, Abogado, Washington D.C.; Comité consultivo sobre legislación y sociedades, Asociación Estadounidense de Arbitraje	220
		Dominique Hascher, Secretario, Comisión sobre Arbitraje Internacional, Cámara de Comercio Internacional, París	221
		Jan Paulsson, Abogado, París, Consejo de Usuarios, Corte de Arbitraje Internacional de Londres	225
		Mohamed Aboul Enein, Director, Centro Regional de El Cairo para Arbitraje Comercial Internacional, El Cairo	227

			Página
		4. Tribuna pública	232
		Profesor Gilberto Boutin, Panamá	232
		Aron Broches, Antiguo Vicepresidente y Consejero General, Banco Mundial, Washington, D.C.	233
		Luis Cova Arria, Presidente, Centro Permanente de Arbitraje Marítimo, Caracas .	233
		Bonita Thompson, Centro para la solución de litigios comerciales, Vancouver, Centro de Arbitraje Comercial Internacional de Columbia Británica, Vancouver, Columbia Británica	234
		César Guzmán-Bartón, Sobrevilla, Lima	234
¥ 7T	т 4	J.B. Dadachanji, Abogado, Tribunal Supremo, Nueva Delhi	235
V1.	LA	A FUTURA FUNCIÓN DE LA CNUDMI	239
	A.	La función cambiante de la CNUDMI	239
		Profesor Kazuaki Sono, Sapporo; Consejero General Ayudante, Fondo Monetario Internacional; Secretario de la CNUDMI, 1980-1985	239
	B.	Dar a conocer mejor y promover la aceptación de los textos jurídicos uniformes	242
		Secretaría de la CNUDMI	242
	C.	Aspiraciones y prioridades de los países en desarrollo - los representantes de diversas regiones resumen lo que los países en desarrollo esperan de la CNUDMI	249
		Abbas Safarian Neamat Abad, Jefe, Departamento de Tratados, Ministerio de Relaciones Exteriores, Teherán	249
		Ana Isabel Piaggi De Vanossi, Profesor y Juez, Buenos Aires	251
		B.M. Koentjoro-Jakti, Adjunto del Ministro de Comercio, Jakarta	253
		Robert Rufus Hunja, Misión Permanente de Kenya en las Naciones Unidas	256
	D.	Sugerencias finales sobre las futuras actividades de la CNUDMI	257
		I.W. Harracksingh, Abogado, Trinidad y Tabago	257
		Sergei Kelada, Belarús	258
		Howard Holtzmann, Juez, La Haya	258
		Gustavo Cuberos Gómez, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá	259
		Marilda Rosado de Sa Ribeiro, Río de Janeiro	259

	Página
Putnam Lowry, Estados Unidos de América	260
Paulin Edouedou, Gabón	261
Profesor Fernán Núñez Pineda, Honduras	262
Abraham Montes de Oca, México	262
Margaret Kent, Abogado, Estados Unidos de América	263
Profesor Manuel Olivencia Ruiz, Universidad de Sevilla	263
VII. DISCURSO DE CLAUSURA	265
Carl-August Fleischhauer, Subsecretario General para Asuntos Jurídicos, Consejero	265

#### I. DISCURSO INAUGURAL

BOUTROS BOUTROS-GHALI Secretario General de las Naciones Unidas

Señor Presidente, distinguidos delegados, señoras y señores:

He aquí una espléndida oportunidad para rendir por mi parte tributo a esta ilustre asamblea de especialistas y expertos en derecho mercantil internacional, conocida en todo el mundo por las siglas de CNUDMI. Acojo con sumo placer esta oportunidad, que no es corriente por dos razones al menos; en primer lugar, esta reunión señala las "bodas de plata" de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y me cabe la satisfacción de estar hoy aquí para celebrar en unión de los presentes este acontecimiento. En segundo lugar, este Congreso es el primero que en tan amplia escala se celebra bajo los auspicios de la CNUDMI; forma parte del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23 de 17 de noviembre de 1989, y efectúa una valiosa aportación al Decenio en virtud del tema de que se ocupa, que es el de la "normalización del derecho mercantil en el siglo XXI". Este tema reviste para mí gran interés, en primer lugar, por mis funciones como jefe de una organización cuyo objetivo tradicional es la normalización del derecho, pero también porque durante mucho tiempo he sido profesor de derecho internacional, como todos saben, y durante una serie de años miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Esta reunión se celebra en un momento excepcional de la historia, en un momento en que cambios profundos han suscitado grandes esperanzas pero también graves inquietudes. Por un lado, vemos que se nos abren grandes perspectivas y que cabe esperar un considerable progreso hacia la implantación de la paz y la seguridad en todo el mundo, un progreso hacia un mundo en el que reinen la cooperación y la justicia. La democratización, el respeto de los derechos humanos, el desarrollo económico y el "desarrollo sostenible", este nuevo concepto tan rico en resonancias, que se va a debatir en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo dentro de unos cuantos días en Río de Janeiro, he ahí los pilares sobre los que se ha de asentar el nuevo orden mundial. Por otra parte, muchas naciones del mundo pasan por un período de peligrosa inestabilidad caracterizada por conflictos insidiosos que son motivo de gran preocupación, y por el resurgimiento del nacionalismo, o mejor debería decir los micronacionalismos, que contrarrestan nuestros esfuerzos más perseverantes. A fin de mitigar estas tensiones, muchos de nuestros Estados Miembros están deseosos de introducir un tipo de transición política y económica que requiera una revisión considerable del derecho en muchos campos. Esta revisión del derecho ha de coincidir por fuerza con las tendencias favorables y al mismo tiempo puede brindar la oportunidad de exorcizar las tendencias inquietantes que mencioné hace unos momentos. He aquí nuestra misión que, por consiguiente, es una misión mucho más amplia de lo que nunca lo haya sido.

Las Naciones Unidas habrán de desempeñar un papel cada vez más complejo en la implantación de la paz, y una de las vías a las que se proponen atribuir máxima prioridad es la del desarrollo económico; en esta esfera, la normalización del derecho mercantil internacional promete ser uno de los medios más importantes de facilitar los intercambios internacionales y fomentar con ello el desarrollo económico. Siempre he estado persuadido de que la unificación del derecho está inseparablemente vinculada a la cooperación internacional en asuntos económicos y por consiguiente con el progreso hacia el desarrollo. Las diferencias jurídicas pueden, como es fácil saber, crear una maraña impenetrable de normas en las que sólo los más poderosos pueden abrirse camino, y ello en detrimento de los que son relativamente débiles. Por otra parte, la flexibilidad en cuestiones jurídicas es una bendición inevitable de la cooperación, y como es bien sabido y se ha dicho muchas veces, pero nunca está demás repetir, el desarrollo, o más concretamente una nueva modalidad del desarrollo, va a llegar a ser cada vez más a lo largo del siglo XXI un requisito sine qua non de la paz y de la protección del equilibrio fundamental del planeta. Más que nunca, la claridad y la uniformidad son atributos indispensables del derecho, cuya finalidad, al menos en la idea que tenemos de él, es la de proteger y asistir al desvalido.

Nadie puede negar que la CNUDMI ha efectuado desde sus comienzos una inmensa aportación a la unificación gradual del derecho mercantil internacional, lo cual le ha granjeado la estima de la comunidad internacional. Esa estima, y podríamos decir también ese prestigio, están bien merecidos. Los logros de la CNUDMI son ciertamente espectaculares. Los instrumentos jurídicos unificados por la CNUDMI constituyen un elocuente testimonio del alcance de la labor realizada. Mencionemos, por ejemplo, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, concluida en Nueva York en 1974; la Convención sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, celebrada en Hamburgo en 1974, la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y además la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, así como un inmenso cúmulo de normas sobre conciliación y arbitraje. Evidentemente no las puedo mencionar todas, pero dicho en pocas palabras, la Comisión ha "cubierto", si se me permite la expresión, gran número de sectores, y ha racionalizado muchas actividades humanas, permitiéndoles atravesar las fronteras sin esfuerzo. De este modo la Comisión ha prestado un excelente servicio a la cooperación entre los pueblos, y con ello a la paz.

Sin embargo, queda mucho más por delante; la lista lo ha concluido. El programa actual de la CNUDMI contiene una serie de temas de gran importancia para todos los países, pero en particular para los países en transición, como la recién aprobada Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito, la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre operaciones de comercio compensatorio internacional y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública.

La CNUDMI prepara también una legislación uniforme sobre garantías y cartas de crédito contingente y examina posibles instrumentos jurídicos referentes al empleo comercial del intercambio de datos electrónicos. Al mismo tiempo, la CNUDMI colabora siempre de modo muy activo y coordina y promueve la labor de otras organizaciones que coadyuvan y han efectuado valiosas aportaciones a la unificación del derecho mercantil internacional.

Esos logros de la CNUDMI acreditan que el espíritu de buena voluntad, concesiones recíprocas, espíritu de transacción, y lo que es más importante, profesionalismo, que siempre ha caracterizado la labor de la CNUDMI, puede resolver la mayoría de las dificultades y desde luego constituye un ejemplo para la labor en cuestiones de derecho público internacional.

No me cabe la menor duda de que la CNUDMI seguirá contribuyendo destacadamente a la unificación gradual del derecho mercantil internacional mediante la elaboración de textos legales uniformes. Estoy seguro de que no se escatimarán esfuerzos para conseguir que esos instrumentos jurídicos uniformes no sólo cubran las necesidades del comercio internacional, sino también tengan en cuenta las aspiraciones legítimas de los países desarrollados y los países en desarrollo.

Debe quedar claro para todos que el éxito de esos esfuerzos garantizará la aceptación mundial en definitiva de esos textos legales uniformes. Sin embargo, a los asistentes a este Congreso corresponde evaluar la aportación de la CNUDMI y demás organizaciones a la unificación del derecho mercantil internacional, pasado y presente, y promover posibles orientaciones futuras, de suerte que todos los esfuerzos de unificación del derecho mercantil sigan estando orientados hacia la práctica y se ajusten a las necesidades de todos los países en un momento en que unos cambios rápidos y de amplio alcance transforman a nuestra sociedad mundial de un modo que afecta a las vidas de todos los pueblos.

Deseo manifestar mi sincera gratitud a los distinguidos oradores y participantes en el presente congreso que con su activa participación acreditan su interés por la labor de la CNUDMI y su preocupación por la unificación del derecho mercantil internacional llevado a cabo por la CNUDMI y otras organizaciones.

También querría hacer saber al señor Presidente y a todos los distinguidos delegados, que la oficina de asuntos jurídicos, que constituye el soporte administrativo de la CNUDMI, está dispuesta a prestar todo género de ayudas para que este Congreso tenga éxito.

Para concluir, deseo al Presidente y a todos los distinguidos delegados pleno éxito en sus deliberaciones.

# II. METODOLOGÍA Y VALOR DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL: LECCIONES PARA EL FUTURO EXTRAÍDAS DE LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS

### A. Nacimiento y objetivos de la CNUDMI

### 1. Antecedentes de la creación de la CNUDMI

### PROFESOR LÁSZLÓ RÉCZEI

Budapest

El presente Congreso tiene por objeto examinar las realizaciones de la unificación y armonización graduales del derecho mercantil internacional a lo largo de los últimos 25 años y las necesidades que cabe prever en los 25 años que siguen. Permítaseme no ajustarme a este programa sino, como testigo de los comienzos, contribuir a la historia de la CNUDMI y decir unas palabras sobre los hechos que precedieron a su creación.

En abril de 1964, el Gobierno de los Países Bajos convocó en La Haya una conferencia diplomática sobre la unificación del derecho que regía la compraventa internacional de mercaderías. En ese momento se había mitigado ligeramente la guerra fría. Debido a la situación política, las delegaciones de dos países en desarrollo y de tres países socialistas asistieron a la conferencia, entre unas 30 delegaciones de países desarrollados. Los países en desarrollo se habían sacudido el colonialismo y empezado su vida y actividades soberanas, entre otras, la del comercio exterior. La situación en los países socialistas no era mucho mejor. Cualquiera que fuese experto en comercio exterior era sospechoso y era mantenido al margen de las operaciones mercantiles internacionales y expuesto a verse perseguido por la policía secreta. El comercio exterior no estaba en manos de expertos, sino de miembros del Partido que fuesen de fiar. La ignorancia resultante causó enormes perjuicios. En esos Estados había una necesidad real de un conjunto de normas sobre la compraventa de mercaderías, aceptables por el mayor número posible de Estados, y habida cuenta del hecho de que los participantes en el comercio internacional se hallaban en distintas fases del desarrollo. En este conjunto de normas había por consiguiente que evitar la aplicación de normas extrañas y soluciones desconocidas y, al ser uniforme, eliminaría el problema del conflicto de leyes, problema desconocido para los comerciantes de esos Estados.

El borrador presentado a la conferencia de La Haya se basaba únicamente en las leyes de los países muy desarrollados. Su principio fundamental no era sólo el pacta sunt servanda sino el pacta sunt rigide servanda, en cuya virtud se aplicaban sanciones a los incumplimientos de contrato que no pueden ni deben ser aceptadas por comerciantes que no estén sumamente experimentados. No tengo el propósito de enumerar y analizar ejemplos; me limitaré a mencionar los artículos 24, 32, 41 y 43 de la Convención de La Haya relativa a una Ley Uniforme sobre la formación de contratos para la compraventa internacional de mercaderías, en los que se estipula, en caso de incumplimiento de contrato, la revocación del contrato de compraventa mediante notiticación, y los artículos 25, 26 y 30, en cuya virtud el contrato es ipso facto nulo e irrito en caso de incumplimiento. No se tuvieron en cuenta los argumentos tendentes a suavizar este rigor. La mayoría de las delegaciones no estaba dispuesta a transigir; verían con satisfacción que sus legislaciones internas eran elevadas a categoría internacional.

Una trampa análoga pudo haber sido el artículo 9 de la Convención que estipulaba que las partes contratantes se obligarían por los usos y costumbres que hubiesen hecho tácitamente aplicables a su contratación, y por los usos y costumbres que cualquier persona razonable en la misma situación de las partes considerase habitualmente aplicables a ese contrato. Además los usos y costumbres prevalecían sobre la Convención. ¿Quién en los países socialistas tenía el menor conocimiento de los usos y costumbres aplicados o elaborados en el mercado mundial, sobre su contenido y sobre las sorpresas ocultas en ellos? La Convención hacía referencia más de una vez a los usos y costumbres, por ejemplo, en los artículos 20, 21 y 26.

Como ya he dicho, no cabía la posibilidad de que la conferencia tomase en cuenta que los mecanismos del comercio exterior de la mayoría de los Estados estaban muy a la zaga de los países desarrollados. Las delegaciones de los países desarrollados insistieron en mantener los usos, costumbres y prácticas establecidos por una larga experiencia de sus comerciantes, y desdeñaban el hecho de que ni los países en desarrollo ni los países socialistas estaban al nivel necesario para adherirse a la Convención. Esto explica el resultado de que apenas una docena de Estados ratificaron esa Convención, menos de un tercio de los participantes en la conferencia.

La regulación uniforme y universal del derecho de compraventa internacional era, sin embargo, una necesidad real del comercio mundial. Como aumentaba el número de países coloniales que alcanzaban la soberanía y eran partes en contratos comerciales, se hacía más patente y urgente la necesidad de iniciar la unificación, por más que para llevarla a cabo hiciese falta la labor de muchas generaciones.

Después de la conferencia de La Haya quedó claro que el derecho mercantil internacional tenía más importancia de lo que se suponía cuando UNIDROIT inició la unificación del derecho de compraventa. En el decenio de 1920 había unos 50 Estados soberanos, que en 1994 se habían triplicado. La creación por etapas de una especie de derecho mercantil facilitaría el comercio internacional e influiría en el desarrollo de los pueblos. Por consiguiente, la elaboración de sus normas respectivas no puede ni debe dejarse a un número limitado de Estados. Por este camino se llegaría a las Naciones Unidas. Esto no significaba, sin embargo, que las organizaciones internacionales creadas muchos años atrás con el mismo fin fueran ya innecesarias. Los últimos 25 años han demostrado convincentemente que la actividad de esas organizaciones y la de las Naciones Unidas han ido cobrando eficacia.

La creación de la CNUDMI se debió al hecho de que la conferencia de La Haya no tuvo la flexibilidad suficiente como para tener en cuenta los intereses de los Estados menos desarrollados, y no buscaba fórmulas de transacción sino que se apoyaba en la mayoría de los votos. Estoy firmemente persuadido de que el éxito de los 25 años de la CNUDMI se debe al principio fundamental introducido prácticamente desde el primer día de sus actividades, a saber, que el factor primordial para alcanzar una decisión es el espíritu de transacción. Y el espíritu de transacción es posible si cada miembro de una comunidad comprende la situación y las necesidades de los demás.

Este Congreso se convocó en parte para examinar las necesidades de la CNUDMI a lo largo de los 25 años venideros. Esa no es mi labor, sino la de los presentes. Yo pertenezco al pasado y no voy a trazar planes para los 25 años próximos. Sin embargo, quiero hacer una observación para los tiempos que se avecinan.

Si la CNUDMI consigue hacerse aceptar por todo el mundo en cualquier esfera del derecho o de un conjunto de normas, es de creer que el problema del conflicto de leyes puede eliminarse en esta esfera. No es éste el caso, sin embargo. Se vislumbran efectos contraproducentes. El derecho uniforme desde el mismo momento en que empieza a aplicarse empieza a diferir de sí mismo. Cada juez en cada país es un intérprete soberano del texto, y el juez se hizo juez mediante el aprendizaje del sistema jurídico de su propio país. Y como el ave más veloz es incapaz de superar su propio vuelo, el juez no puede olvidar el derecho que ha aprendido. Interpretaciones divergentes o contradictorias, como la aplicación de normas de diversos países, llevan a sentencias diferentes.

Cuanto más éxito tengan las actividades de la CNUDMI, cuanto más amplíe sus actividades en materia de relaciones comerciales internacionales, tanto más necesaria será una interpretación uniforme de las normas uniformes. Sería muy sencillo establecer una especie de jurisdicción civil internacional, pero me temo que va a pasar algún tiempo antes de que se comprenda que la jurisdicción internacional no menoscaba la soberanía nacional. Entretanto, tal vez convendría publicar un periódico, cuya tarea consistiría en recoger las diversas interpretaciones y sentencias contradictorias y estudiarlas a escala internacional. Dicho de otro modo, deberíamos tratar de conseguir una interpretación uniforme no sólo por las atribuciones y la autoridad de los tribunales, sino con argumentos científicos. Un programa de seguimiento hace posible la recopilación de sentencias y laudos, pero no se establecen cotejos entre ellos.

Un ejemplo podría ser los anuarios de UNIDROIT, que siempre recogen sentencias basadas en normas uniformes. Esto sería más útil si esas publicaciones apareciesen más de una vez al año y si los juristas interesados tuviesen la oportunidad de debatir -o ponerse de acuerdo- sobre la interpretación.

Tengo plena confianza en la fuerza de convicción de los jurisperitos, siempre que sus argumentos no estén inspirados por la protección de intereses particulares.

## 2. Nacimiento de la CNUDMI

#### ARON BROCHES

Ex Vicepresidente y Asesor Jurídico General del Banco Mundial, Washington, D.C.

Se me ha pedido que haga unas cuantas observaciones sobre el nacimiento de la CNUDMI que sirvan de antecedentes para los debates sobre su función presente y futura que van a ocupar al Congreso durante su reunión.

Asistí al primer período de sesiones de la Comisión como observador en representación del Banco Mundial. Como institución de desarrollo, el Banco Mundial se congratuló de la creación de un órgano de Naciones Unidas con el mandato de incrementar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional sobre una amplia base internacional, con inclusión en particular de la plena participación de los países en desarrollo.

Los logros de la CNUDMI a lo largo de un cuarto de siglo han sido motivo de orgullo justificado para el sistema de las Naciones Unidas. Mirando hacia atrás cabe sin embargo preguntarse por qué necesitaron los gobiernos tanto tiempo, unos 20 años desde la creación de Naciones Unidas, para plantearse la cuestión de una posible misión de las Naciones Unidas en esta esfera.

A comienzos del decenio de 1960 hubo dos acontecimientos importantes que ocasionaron un cambio.

En 1962, la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas convocó en Londres un Coloquio sobre las fuentes del derecho mercantil internacional. El difunto Profesor Clive Schmitthoff, máxima autoridad del derecho mercantil internacional, fue uno de los relatores. El examen por el Coloquio de la actividad de los organismos internacionales públicos y privados en materia de armonización y unificación había demostrado, a su juicio, una falta de cooperación e interés de parte de los organismos participantes. El enlace y la cooperación graduales entre ellos debería constituir la siguiente fase en la elaboración de un derecho autónomo del comercio internacional, que por su índole era universal. En un artículo escrito con posterioridad, Schmitthoff propuso que la labor de coordinación se encomendase a un organismo internacional de la máxima categoría, de ser posible al nivel de las Naciones Unidas.

El segundo acontecimiento fue de carácter político. En 1964 Hungría tomó lo que resultó ser una iniciativa decisiva al proponer la inclusión en el programa provisional de la Asamblea General de aquel año un tema que requería el estudio de las medidas que había que adoptar para elaborar gradualmente un derecho mercantil internacional.

Al volverse a presentar ese tema al año siguiente, se le encomendó a la Sexta Comisión, en la que Endre Ustor fue un enérgico campeón de la intervención de las Naciones Unidas. La propuesta fue aplaudida por los países en desarrollo, pero en cambio recibió una primera acogida bastante fría y cautelosa, motivada en parte por dudas acerca de la viabilidad de la unificación del derecho sustantivo a escala mundial y por el deseo de no repetir la labor emprendida por otros. El resultado de las deliberaciones de la Sexta Comisión fue sin embargo la recomendación unánime a la Asamblea General de que adoptara una resolución pidiendo al Secretario General que presentase un informe amplio y completo a la Asamblea General en su 21º primer período de sesiones, celebrado en 1966, en el que se examinase la labor en materia de armonización o unificación del derecho mercantil internacional, se analizaran métodos y soluciones adecuados y se estudiara la futura labor de Naciones Unidas y otros organismos en esa esfera.

El Secretario General decidió contar con los servicios del Profesor Schmitthoff, que preparó un estudio preliminar en el que se basó tanto el informe del Secretario General como la resolución de la Asamblea General por la que se creaba la CNUDMI.

El informe hacía constar que gracias a los esfuerzos de una serie de organismos participantes se había logrado bastante armonización y unificación en temas tales como la compra-venta internacional de mercaderías, la letra de cambio, el comercio marítimo internacional y el arbitraje mercantil. Una evaluación objetiva de esos esfuerzos acusó, no obstante, una serie de deficiencias.

Ninguno de los organismos disfrutaba de aceptación mundial. Ninguno disponía de una representación equilibrada de países con economías de mercado, países de economía planificada y países desarrollados y en desarrollo. Como consecuencia, la elaboración técnica de los proyectos de convención, de leyes modelo o leyes uniformes raramente culminó en una convención internacional o en la aprobación de leyes, o en una participación adecuada en las convenciones aprobadas. Los nuevos países independientes habían podido participar sólo en una medida reducida en las actividades de los organismos participantes, y en muchos de ellos la legislación anterior a la independencia no estaba a la altura de su desarrollo económico. Por último, una coordinación y una cooperación insuficientes dieron por resultado una considerable duplicación de esfuerzos.

Este análisis señalaba la manera de arbitrar un remedio, a saber, la intervención en el proceso de armonización y unificación de las Naciones Unidas, cuya composición casi universal representa los diversos sistemas jurídicos, económicos y sociales, así como todas las fases del desarrollo económico. Por otra parte, al no existir un organismo de las Naciones Unidas que fuese a la vez técnicamente competente en esta esfera y pudiese dedicar el tiempo suficiente a lo que prometía ser una empresa compleja y prolongada, habría que crear un nuevo órgano, una comisión de derecho mercantil internacional. Para la composición de la comisión se había previsto una representación equitativa de todas las regiones, y los representantes debían ser personas eminentes en materia de derecho mercantil internacional. También hacía falta crear una nueva secretaría en la Oficina de Asuntos Jurídicos, que llegaría a ser la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional, cuyo jefe es el Secretario de la CNUDMI.

Al examinar las funciones del nuevo órgano, en el informe se decía que, si bien la coordinación debería ser una función primordial, convendría no limitarla a ese papel, sino autorizarla a desempeñar funciones legislativas también. Esto quedó explícito en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966, por la que se autoriza a la Comisión la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes. Ambas funciones plantean la cuestión de la relación entre la comisión y otros muchos organismos formuladores, empezando por el antiguo Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado y, en la esfera privada, la Cámara Internacional de Comercio.

La resolución no da una respuesta explícita a la pregunta. Sin embargo, en ella se dice que, cuando ejerza las funciones legislativas, la CNUDMI lo hará en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esa esfera. La práctica de la CNUDMI, de que la Secretaría evacúe amplias consultas e invite a las organizaciones interesadas no sólo a asistir a las reuniones de la Comisión sino también a participar en los grupos de trabajo, se ha calculado para evitar problemas por este lado. Es cierto, sin embargo, que la actividad principal de la CNUDMI ha sido más bien legislativa que coordinadora. La CNUDMI podría por consiguiente estudiar la manera de incrementar sus actividades de coordinación en consonancia con su mandato primitivo.

Desde un comienzo estuvo claro que los objetivos de la CNUDMI requerían gran flexibilidad en la selección de medios para conseguirlos. Lo mismo cabe decir del tipo de instrumento, convención, ley uniforme, ley modelo, guía jurídica o normas unilaterales adoptadas, como de la técnica utilizada para llegar a formular esos textos, con inclusión del diverso grado de participación de la Secretaría, consultores, grupos de trabajo y aportaciones de otras organizaciones. Por ejemplo, en la acertada labor de la CNUDMI con la Ley Modelo sobre arbitraje mercantil internacional, un grupo de trabajo del pleno deliberó sobre la base de los textos sucesivos elaborados por la Secretaría.

En su primera reunión la Comisión decidió que su labor se basaría en el consenso. Esta sensata decisión le permitió implantar una tradición de debates no ideológicos y constructivos encaminados a arbitrar soluciones técnicamente sólidas y ampliamente aceptables. Los representantes de los Estados Miembros, que en un principio eran 29 y ahora son 36, así como los observadores de otros Estados y de organismos internacionales, acumulan un gran caudal de pericia y experiencia. Con esos recursos excepcionales de participación universal y capacidad para producir textos en seis idiomas importantes, la CNUDMI debería proseguir la armonización y la unificación sobre proyectos viables y altamente prioritarios. Los participantes en el Congreso podrían ayudar a la Comisión mediante la selección de temas idóneos basados en las necesidades de la práctica internacional.

Permítaseme concluir estas observaciones rindiendo tributo a las aportaciones del desaparecido Clive Schmitthoff a los fundamentos teóricos y al desarrollo práctico del derecho mercantil internacional y al nacimiento de la CNUDMI. Con permiso de la Presidencia, quisiera proponer que, puestos en pie, guardemos un minuto de silencio.

#### EMBAJADOR ANDRÉ ERDÖS

Representante Permanente de Hungría ante las Naciones Unidas

Dado que el programa del Congreso contiene un tema titulado "El nacimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", me voy a tomar la libertad de formular algunas observaciones a título de representante permanente de la República de Hungría ante las Naciones Unidas. Al hacerlo, con la venia de los presentes, voy a hacer una breve digresión histórica que nos remontará a 30 años atrás.

Sin embargo, ante todo, me parece importante señalar que el Gobierno de la República de Hungría no dejó al azar la designación de las personas que lo representarían en este Congreso. Uno de ellos es Lászlo Réczei, eminente personalidad en el campo del derecho mercantil internacional, que apenas necesita presentación alguna. Fue Presidente de la CNUDMI, y representó a Hungría en más de una docena de sus reuniones. El otro representante húngaro es Endre Ustor, cuyo nombre se halla estrechamente vinculado al nacimiento de la CNUDMI. Endre Ustor desempeñó entre otros cargos la presidencia de la Comisión de Comercio Internacional y la presidencia del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, y ha representado a Hungría en la Sexta Comisión.

Es un dato histórico recordar que fue el Gobierno húngaro el que propuso la introducción en el programa provisional de la Asamblea General en su décimo noveno período de sesiones de un nuevo tema con un título algo largo, "Examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar al desarrollo progresivo del derecho internacional privado con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional". En un memorando explicatorio adjunto se aclara que lo que se quiere dar a entender por "el desarrollo del derecho internacional privado" no es tanto un acuerdo internacional sobre las normas de los conflictos de leyes aplicadas por los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, sino más bien la unificación del derecho privado sobre todo en el campo del comercio internacional. Esa propuesta no fue tenida en cuenta por la Asamblea General en su décimo noveno período de sesiones. Sin embargo, en el año siguiente, 1965, se volvió a presentar, acompañada de un memorando explicatorio idéntico al del año precedente para que se incluyera en el programa del vigésimo período de sesiones. Al aceptar esa petición, la Asamblea General resolvió a su vez remitir la cuestión a la Sexta Comisión.

El nacimiento de la CNUDMI se produjo en el seno de la Sexta Comisión. Durante el vigésimo período de sesiones, aún en 1965, la delegación de Hungría presentó un voluminoso documento sobre el tema y la Secretaría también elaboró un informe provisional al respecto. En el vigésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, en 1966, la delegación tuvo a la vista el excelente informe de la Secretaría, preparado sobre la base de un estudio del profesor Clive Schmitthoff. Una breve reseña del debate en la Sexta Comisión por su relator, el profesor Arangio-Ruiz de Italia, se reproduce en los documentos del vigésimo primer período de sesiones.

Los debates en el seno de la Sexta Comisión fueron acompañados por una larga serie de negociaciones extraoficiales en busca de una fórmula de transacción. Esos esfuerzos por fin arrojaron un acuerdo unánime sobre una resolución -resolución 2205 (XXI)- que determinó la creación de la CNUDMI.

Con referencia a esos debates, Robert Rosenstock, en un artículo titulado "UNCITRAL: A sound of beginnig" publicado por la American Journal of International Law en 1968, decía: "Ninguno de los presentes en el momento de acordarse las disposiciones definitivas en una reunión extraoficial de negociaciones olvidará la amplia sonrisa de merecido orgullo paternal que se dibujó en el rostro del Dr. Endre Ustor, distinguido delegado de Hungría, cuando por fin se llegó a un acuerdo".

Los representantes de Hungría presentes en esta sala han guardado un minuto de silencio en memoria de Clive Schmitthoff y en tributo a su destacada contribución a la creación de la CNUDMI. Asimismo recuerdan a los numerosos colegas que ya no están con nosotros y que también participaron en esta empresa común. Entre ellos hay consultores que participaron activamente en la preparación del estudio del profesor Schmitthoff en 1965, Constantin Stavropoulos, asesor jurídico de las Naciones Unidas, Paolo Contini, de la Secretaría, Richard Kearney, de la delegación de Estados Unidos, y otros muchos.

Después de esta reseña histórica, he de concluir formulando nuestros deseos de éxito al Congreso, que conmemora el 25° aniversario de la creación de la CNUDMI. El Congreso es al mismo tiempo un importante acontecimiento de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. Nos complace ver en esta sala a tantos delegados oficiales, estudiosos y expertos que siguen efectuando valiosas aportaciones a la incorporación de los logros de la CNUDMI a la práctica del derecho mercantil internacional.

### 3. Las metas de la unificación

#### PROFESOR JOHN O. HONNOLD

Universidad de Pensilvania, Filadelfia, Pensilvania (Estados Unidos de América) Secretario de la CNUDMI, 1969-1974

Mi tarea consiste en contribuir al esclarecimiento de esta pregunta: "¿Cuáles son las metas -los valores últimos- que deberían inspirar la labor de la CNUDMI durante los años venideros? Esta pregunta se nos dirige a todos nosotros, ya que el éxito depende de la reflexión y de los esfuerzos de la familia de la CNUDMI que hoy está aquí representada.

¿Qué objetivos de la labor de la CNUDMI requieren especial atención? Vamos a examinar los cuatro siguientes: i) claridad; ii) flexibilidad; iii) modernización y iv) imparcialidad.

Esos han sido desde un comienzo los objetivos de la CNUDMI. ¿Cómo podemos conservar e intensificar esos valores en la labor que tenemos por delante?

Claridad o, dicho de otro modo, previsibilidad.

La claridad perfecta y la previsibilidad del derecho, como en la mayoría de los presentes sabe demasiado bien, no son de este mundo, al menos mientras el derecho tenga que expresarse en meras palabras y haya de hacer frente al comportamiento de los seres humanos, que no son más que criaturas inquietas y novedosas con inclinación a hacer cosas imprevistas y a veces abominables. Sin embargo, dentro de un único sistema interno suele haber sido posible mantener la incertidumbre dentro de unos límites tolerables de modo que prácticamente todo el mundo prefiere la ley a la anarquía.

El comercio internacional, que atraviesa decenas y decenas de distintos sistemas jurídicos cuyas normas se expresan en una muchedumbre de idiomas, ha tenido que hacer frente a una impresionante incertidumbre jurídica. En consecuencia, los que intervienen en el comercio internacional han elaborado instrumentos útiles para protegerse, tales como contratos normalizados en algunos sectores bien organizados del comercio

internacional, la Cámara Internacional de Comercio, las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (Incoterms) y normas de arbitraje. Como veremos con más detalle en el curso de estos debates, la CNUDMI ha desarrollado enérgicamente estas medidas protectoras para ponerlas a disposición de un mayor número de beneficiarios. Estos instrumentos de protección, sin embargo, no alcanzan sectores de incertidumbre jurídica que requieren unas normas jurídicas internacionales uniformes.

¿Es posible crear un derecho internacional claro y previsible a partir de las distintas normas de decenas de sistemas jurídicos nacionales, normas creadas con terminología jurídica local que no tiene equivalente en otros idiomas? La respuesta es desgraciadamente negativa, pero la cosa no acaba ahí.

Como cabe suponer, los delegados formados en sus sistemas jurídicos nacionales llegarán a la CNUDMI con la misión de introducir todo lo más que puedan de su cultura jurídica nacional en el texto internacional uniforme. La novedad positiva es que este grupo internacional lleno de motivaciones públicas vio rápidamente que esa actitud no daría resultados, y todos se comprometieron profundamente a luchar por el éxito.

Los delegados vieron que la mejor solución de problemas aparentemente inabordables era concentrarse en hechos concretos y en la encrucijada de opciones (al parecer hay palabras en la mayoría de los idiomas que significan "hechos" en contraste con incorpóreos conceptos jurídicos). Al hablar de esos hechos concretos, el grupo pudo fácilmente ponerse de acuerdo sobre los resultados mejores para el comercio internacional. Entonces, con el acuerdo sobre los resultados como objetivo, era posible, aunque no fácil, recoger esos resultados convenidos en un lenguaje realista limpio de términos jurídicos locales intraducibles.

He de confesar la angustia que siento cada vez que alguien dice que hemos "negociado" un texto legal. Por supuesto los delegados han trabajado mucho durante mucho tiempo para llegar a un acuerdo, y la CNUDMI está orgullosa del número de decisiones a que ha llegado sin una votación oficial. Sin embargo, no se ha llegado a un acuerdo mediante un regateo con las ideas jurídicas como en unas "negociaciones arancelarias" (bajaremos los aranceles de sus gallinas si ustedes hacen otro tanto con los de nuestro maíz). Atesoro recuerdos palpitantes de delegados que, incluso, en las primeras reuniones de la CNUDMI, decían: "Esto no es lo que yo estaba acostumbrado a hacer, ni lo que yo quería, pero me parece claro y justo; estoy conforme".

No tengo que entrar en detalles acerca de las técnicas necesarias para hacer claro y previsible el derecho mercantil internacional, pues el próximo tema va a tratar de ello. En el curso de la tarde vamos a examinar la manera de facilitar la uniformidad en la interpretación de textos legales uniformes.

Flexibilidad y adaptabilidad a situaciones diversas

¿Es posible elaborar un derecho internacional mundial que sea lo suficientemente flexible para hacer frente a circunstancias diversas y variables? Afortunadamente, puedo abreviar mis observaciones indicando temas del programa del Congreso en el que se van a explicar las medidas encaminadas a favorecer la flexibilidad.

El ejemplo más fundamental de flexibilidad está en diversas posibilidades de escoger entre técnicas de unificación, como sigue:

a) En el caso en que el máximo de uniformidad sea importante, la CNUDMI emplea el tratado o la convención internacional. Un ejemplo notable de esto es la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Esta Convención ya ha sido ratificada por 33 países, entre ellos Estados de todos los continentes. La Convención facilita flexibilidad de diversas maneras. Una es al evitar pormenores innecesarios. Otra es la cláusula de que las partes pueden hacer caso omiso de la Convención y que la contratación entre las partes prevalece sobre cláusulas incongruentes de la Convención. Además, la Convención da pleno efecto a las prácticas establecidas entre las partes y a los usos comerciales aplicables. La Convención será examinada de manera más detallada en el curso de los debates, así como otras convenciones de la CNUDMI;

- b) En los casos en que hace falta una mayor adaptación a las circunstancias locales, en lugar de una Convención, que CNUDMI elabora una ley modelo, por ejemplo la Ley Modelo de 1985 sobre arbitraje comercial internacional, que el Congreso va a examinar en sus debates;
- c) Cuando hace falta una mayor flexibilidad, la CNUDMI elabora normas o disposiciones uniformes que las partes pueden llevar a efecto mediante contrato, por ejemplo, el acertadísimo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que surte efecto con un mero plumazo de las partes interesadas.

Cabe preguntarse si esas diversas soluciones proporcionan una flexibilidad adecuada o excesiva. Los delegados están invitados a exponer sus opiniones y sus experiencias en diversos temas del programa, cosa que se les agradecerá.

#### Modernización

¿Es suficiente una unificación basada en los actuales sistemas legales? ¿Debemos contentamos con la uniformidad basada en la fusión en un crisol internacional de los actuales sistemas de derecho interno? Ese planteamiento del "crisol" tiene defectos funestos. Algunos de los códigos nacionales realmente vigentes tienen cerca de dos siglos y muchos de ellos se aproximan al siglo. Lo que es peor, muchos estaban concebidos para operaciones mercantiles internas que no tienen la menor similitud con el comercio internacional de hoy en día.

Por fortuna, es inevitable una modernización sustancial. Aun cuando los delegados se limiten a optar entre formas vigentes de derecho interno han de responder a esta pregunta: ¿qué norma se adapta mejor al comercio internacional en las circunstancias presentes? La modernización es una solución aun más importante, anteriormente mencionada, y que estriba en esta pregunta: ¿qué resultados cabe prever en esas situaciones concretas?

El moderno derecho mercantil internacional debe basarse en la experiencia internacional corriente. Confiamos en que los delegados permitan a la CNUDMI beneficiarse de su experiencia.

## Imparcialidad

Creo que existe el consenso de que los acuerdos comerciales se desarrollan mejor en un mercado competitivo mediante la negociación entre partes experimentadas. Sin embargo, en algunas situaciones las partes necesitan ayuda.

Las partes en general quieren contratar con rapidez, en lugar de dilatar las operaciones y negociar soluciones por cada problema que pueda surgir.

Las leyes uniformes, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, contienen normas generales designadas a cubrir esas lagunas en el contrato. Un órgano ampliamente representativo como la CNUDMI está bien concebido para elaborar normas justas para ambas partes; sólo raras veces han objetado los delegados que los proyectos de normas favorecen a una de las partes; cuando esto ha ocurrido, la preocupación de los delegados por una aceptación generalizada ha permitido alcanzar fórmulas de transacción satisfactorias.

Para que unas negociaciones sean juntas, ambas partes han de estar bien informadas. Durante los debates los delegados pasaron a examinar la acertadísima Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, que, a petición de algunos países en desarrollo, se preparó para facilitar la negociación de contratos de construcción de instalaciones industriales. También se enterarán de proyectos análogos en marcha y podrán proponer sectores en los que conviene ampliar actividades.

Por último, entramos en un terreno delicado en que tal vez no sea viable una negociación eficaz. Me pregunto cuántos de nosotros que han venido por aire, por mar, carretera o ferrocarril se proponen leer y

rehacer los contratos que rigen la responsabilidad del transportista por el viajero y su equipaje. Supongamos que un vendedor, al hacer entrega de su mercadería a un buque dice: "Vamos a redactar de nuevo el conocimiento de embarque normalizado para el transporte marítimo que Vds. y otros transportistas marítimos han preparado". ¿Qué conseguiría con eso?

Hasta hace poco tiempo, la elaboración de las normas internacionales sobre la responsabilidad de la carga de los transportistas marítimos ha sido impuesta por los propios transportistas marítimos. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, preparado por la CNUDMI para equilibrar de manera equitativa los intereses de la carga y el transportista marítimo, fue el resultado en 1978 de una conferencia diplomática celebrada en Hamburgo; en noviembre de 1992, el Convenio entrará en vigor en 20 países. El Convenio, base de una legislación uniforme de transporte moderno combinado o multimodal (por ejemplo, por carretera, por ferrocarril y por mar) figura en el programa del Congreso dentro del tema titulado "De La Haya a Hamburgo".

En esta y otras situaciones análogas habrá ocasión de examinar y comentar los efectos de la gobernación representativa internacional sobre la equidad del derecho mercantil internacional.

En las horas y los días que tenemos por delante, el Congreso tendrá pues muchas ocasiones en contribuir a la labor de la CNUDMI y estudiar unas normas internacionales que sean claras, flexibles, modernas y equitativas.

# 4. Preparación de unas normas legales uniformes de aceptación universal

#### PROFESOR WILLEM VIS

Pace University, White Plains, Nueva York (Estados Unidos de América); Secretario de la CNUDMI, 1974-1980

Creo que no es necesario recalcar ante los presentes las dificultades aparentemente insuperables y las complejidades inherentes a la elaboración de unas normas legales uniformes aceptables a escala mundial.

En primer lugar, los sistemas nacionales nos proporcionan normas que difieren en el fondo, o de lo contrario no sería necesario unificarlas. Cuando las normas difieren, hay que optar entre ellas o elaborar una nueva norma que subsane las diferencias. Lo importante entonces es saber por qué motivo una norma es preferible a otra.

En segundo lugar, los sistemas jurídicos suelen emplear una terminología jurídica distinta, o bien una terminología idéntica encierra diversos significados. La preocupación aquí consiste en saber si, al formular unas normas uniformes, cabe tomar tecnicismos de sistemas jurídicos nacionales sin crear problemas de interpretación en otras jurisdicciones.

En tercer lugar, el idioma en que los textos legales uniformes suelen redactarse es casi siempre el inglés, al menos en las importantes fases preparatorias de su elaboración. La incógnita de saber hasta qué punto el uso preponderante del inglés repercute en el enunciado teórico de las normas es bastante intrigante y seguramente haría falta que Wittgenstein la analizara y despejara. Cabe por lo menos alegar que los participantes en la elaboración del texto cuya lengua no sea la inglesa y que no dominen el inglés jurídico, están en inferioridad de condiciones en los debates jurídicos. Permítaseme expresar aquí mi admiración por la gran competencia con que los intérpretes de las Naciones Unidas han permitido un nivel aceptable de comunicación y entendimiento entre los participantes de diversa procedencia jurídica y lingüística.

Por otra parte, hay varios factores que en cierto modo allanan las dificultades aludidas.

En primer lugar, los textos de la CNUDMI se aplican en general a operaciones mercantiles internacionales concretas y no tienen por objeto sustituir o modificar la legislación nacional que rige las operaciones mercantiles internas.

En segundo lugar, los textos de la CNUDMI, cuando procede, reconocen la autonomía de las partes para llevar a cabo sus operaciones como juzguen oportuno.

En tercer lugar, se ha procurado por todos los medios, aunque no siempre con éxito, para emplear una "tecnología jurídica neutra". En lo que se desprende de mi propia experiencia en la CNUDMI como miembro de la Secretaría y representante gubernamental, nunca he visto que las distintas soluciones dadas en países del derecho civil y los países del common law a la redacción de textos legales haya constituido un problema. Tampoco ha constituido un factor decisivo en la selección de una solución u otra los principios doctrinales, tan importantes, por ejemplo, en la legislación sobre títulos negociables.

Asimismo, la flexibilidad de los métodos utilizados en la formulación de normas jurídicas es un factor decisivo de su aceptabilidad. He aquí un aspecto de la labor de la CNUDMI del que se ocuparán otros y por consiguiente no voy a insistir en él.

En cuanto a la elaboración de normas uniformes, no existe un plan general ajustado a cada tema que haya estado o esté en el programa de actividades de la CNUDMI. En general, la Comisión en pleno decidirá si procede o no tratar un tema determinado sobre la base de las observaciones de los gobiernos y de círculos interesados y de los estudios preparatorios de la Secretaría. Si se da el visto bueno, la primera fase consiste en adelantar los trabajos hasta el punto en que pueda ocuparse de ellos con provecho un grupo de trabajo. En la mayoría de los casos, esto requerirá un borrador de normas jurídicas, bien una convención multilateral vigente o, si no la hay, un borrador preparado por la Secretaría.

Por ejemplo, la labor acerca de la compraventa internacional de mercancías se basó en las Convenciones de La Haya de 1964, y la labor sobre el transporte marítimo de mercancías se basaba en el Convenio sobre conocimientos de embarque de Bruselas de 1924. Por lo que respecta a la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, al Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y a las letras de cambio y los pagarés, la propia Secretaría formuló unos proyectos de reglamentos uniformes en consulta con expertos y peritos de fuera. Esta solución de aprovechar lo existente o de formular normas uniformes completamente nuevas se ha venido aplicando en todos los demás temas de que se ha ocupado la CNUDMI, como contratos industriales, indemnización estipulada y cláusulas penales, la unidad de cuenta universal en las convenciones internacionales, el intercambio electrónico de datos, las cartas de crédito y fianzas, etc. Una vez concluido un borrador por un grupo de trabajo, el pleno de la Comisión se hace cargo y los textos definitivos los aprueba la propia Comisión y posteriormente la Asamblea General o una conferencia diplomática.

¿Qué lecciones cabe extraer de este proceso a veces sumamente laborioso?

El inconveniente principal, a mi juicio, es el examen de los borradores por grandes agrupaciones en fases consecutivas del proceso. Es un problema que no sólo se plantea en la CNUDMI. La mayor parte, por no decir todos los representantes de la Comisión y los observadores participantes en el período de sesiones de la CNUDMI, son juristas. Todo jurista que conozca su oficio sabe muy bien que un texto legal es mejorable. Como hay muchas maneras de redactar un texto legal, se ve que en las fases finales del proceso aparecen una serie de propuestas de enmiendas. Las enmiendas suelen tener por consecuencia fórmulas de transacción. Las fórmulas de transacción pueden contribuir a la aceptabilidad de las normas jurídicas, pero no siempre se caracterizan por su pureza jurídica.

Existe una diferencia fundamental entre la labor ponderada y meditada de un grupo de trabajo, que viene celebrando reuniones a lo largo de una serie de años, y la precipitación de decisiones casi instantáneas que a menudo hay que adoptar sobre muchas cuestiones en grandes asambleas o comités plenarios, en el pleno de la Comisión o en alguna conferencia diplomática. El modo de redacción de normas jurídicas en grupos de trabajo más reducidos cuya composición tiende a permanecer estable a lo largo de los años, con tiempo sobrado para estudiar las propuestas, redactarlas y revisarlas, no puede reproducirse en ámbitos más amplios donde una serie de participantes se enfrentan con el tema por vez primera y donde los textos legales tienen que reescribirse con frecuencia sobre la marcha.

Parece registrarse ahora en la CNUDMI una tendencia a llevar a cabo las primeras fases del trabajo preparatorio en grupos de trabajo más amplios, abiertos a todas las partes interesadas. Podría muy bien ser la respuesta a la necesidad de una mayor aceptabilidad de los textos, aunque cabe preguntarse si es factible formular en grandes asambleas los mejores textos jurídicos posibles. Creo que fue el profesor René David el que dijo una vez que la calidad de los textos legales aumenta en proporción inversa al número de sus redactores. Sin embargo, confía el orador en que la CNUDMI encuentre un equilibrio adecuado. De hecho, los procesos, los procedimientos y los métodos han evolucionado con los años y seguirán evolucionando.

La tarea de la CNUDMI es excepcional en el sentido de que su cliente es el mundo. Su tarea no obedece a móviles políticos, ni a intereses económicos, en el sentido, por ejemplo, de las actividades jurídicas de la CEE. La legitimidad de su labor requiere la existencia de una necesidad universal de normas que faciliten el desarrollo del comercio internacional. La única arma de la CNUDMI es la persuasión, lo cual a su vez requiere unos textos legales aceptables de gran calidad.

La aceptabilidad universal de las normas legales uniformes no podrán conseguirse a menos que las normas no resulten hostiles al usuario. Los comerciantes, los mercaderes, los banqueros y los juristas aceptarán los textos de la CNUDMI si llegan a la conclusión de que les conviene guiarse por esas normas en sus operaciones mercantiles internacionales.

La CNUDMI, en sus métodos de trabajo, ha dado paso a la participación de juristas en ejercicio. Por ejemplo, desde sus comienzos ha dispuesto de un Grupo de Estudios permanente sobre Pagos Internacionales integrado por banqueros y representantes de organizaciones interesadas cuya aportación a la labor de la CNUDMI ha sido considerable.

La aportación de los expertos a la labor de la CNUDMI debería intensificarse en todas las etapas de su labor. La CNUDMI lo podría conseguir instando a los gobiernos a consultar con los colegios nacionales de abogados y las organizaciones comerciales adecuadas y animando a esos colegios y organizaciones a presentar a la Secretaría comentarios sobre los borradores. Esos comentarios serían sumamente valiosos en las primeras fases de la elaboración de las normas uniformes.

No quisiera terminar sin rendir homenaje a un antiguo colega en la Secretaría de la CNUDMI que fue mi antecesor como Secretario de la CNUDMI: John Honnold. Los que han colaborado con él en la Secretaría y en la Comisión saben perfectamente que es el gran arquitecto de mucho de lo que ha conseguido la CNUDMI.

# B. Métodos para mejorar la coordinación entre los organismos formuladores

### 1. Visión de conjunto

### PROFESOR ERIC E. BERGSTEN

Pace University, White Plains, Nueva York (Estados Unidos de América); Secretario de la CNUDMI, 1985-1991

La labor preparatoria de la creación de la CNUDMI puso de relieve la aportación que las Naciones Unidas podían realizar al desarrollo efectivo del derecho mercantil internacional mediante la coordinación de los esfuerzos de los organismos formuladores existentes. "Lejos de restar utilidad a los organismos que actualmente trabajan en la materia, el interés y la participación activa de las Naciones Unidas en esta labor tenderían a ampliar su alcance y realzar sus actividades". La pregunta que hay que hacer es: "¿Debería limitarse la función de las Naciones Unidas a las tareas de coordinación o abarcaría también la formulación?"<sup>2</sup>.

La respuesta dada por la Asamblea General en la resolución 2205 (XXI) por la que se creó la CNUDMI, fue la de que esa función debería tender a ambos fines. Sin embargo, "la coordinación de la labor de las

organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la cooperación entre ellas" ocupó el primer lugar, y probablemente el más importante, de las tareas encomendadas a la nueva Comisión. La Asamblea General ha subrayado reiteradamente la importancia que atribuye a la función coordinadora de la CNUDMI, muy concretamente en su resolución 34/142 de 17 de diciembre de 1979, y en su reafirmación ya clásica del mandato de la Comisión, como órgano legal fundamental del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional, encargado de coordinar las actividades jurídicas en esa esfera para evitar toda duplicación de esfuerzos y facilitar la eficiencia, la coherencia y la congruencia en la unificación y armonización del derecho mercantil internacional.

Durante los primeros años de existencia de la CNUDMI, el mandato de coordinar las actividades de otras organizaciones en el campo del derecho mercantil internacional sustentó todas sus actividades. La CNUDMI solicitó y recibió informes de la Cámara Internacional de Comercio y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre tareas que podrían haber emprendido esas organizaciones o la propia CNUDMI. Señaló a la atención de un público mundial la labor en materia de derecho mercantil internacional de varias organizaciones regionales, especialmente de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, del Consejo de Europa y del difunto Consejo de Asistencia Económica Mutua.

La relación con algunas organizaciones ha seguido siendo estrecha durante todos estos 25 años. Por ejemplo, la labor de la CIC en materia de garantías fue acometida en un principio por invitación de la CNUDMI en 1969, y hasta 1974 hubo informes anuales a la Comisión sobre los progresos realizados en la elaboración de normas al respecto. La actual labor de la Comisión en materia de garantías, la elaboración de una convención aplicable a garantías de la demanda internacionales y cartas de crédito contingente, dio comienzo con una reunión del grupo de trabajo en 1988 dedicada mayormente a examinar el borrador de las Normas Uniformes de la CIC de Garantías de la Demanda (publicación No. 458 de la CIC). En otros temas, la CIC ha solicitado y recibido un referendo por parte de la CNUDMI de las versiones de 1974 y 1983 de los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (publicación No. 400 de la CIC), y más recientemente, de Incoterms 1990 (publicación No. 460 de la CIC).

En varias ocasiones UNIDROIT ha remitido borradores a la CNUDMI para que los estudie y los complete. Los más recientes dieron por resultado una Conferencia diplomática en abril de 1991, en la cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional. Tal vez lo más notable es que los trabajos que llevaron a la preparación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Convención que tal vez sea el producto mejor conocido de la CNUDMI, dieron comienzo con un estudio de las dos Convenciones de La Haya de 1964 sobre la venta internacional de mercaderías, elaborados por UNIDROIT. Ambas Convenciones y las leyes uniformes que se les incorporaron como anexos contenían ciertos rasgos que los hacían inaceptables a una serie de Estados, con lo que quedaba excluida su aceptación universal. El estudio de la CNUDMI tenía por objeto "ver cómo podrían modificarse los textos presentes, a fin de hacerlos más aptos para su mayor aceptación por países de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos". A la larga, las modificaciones propuestas fueron tan amplias que el estudio se transformó en la elaboración de una nueva convención sobre la base de los textos de 1964. El resultado final es un logro del que UNIDROIT como organización puede enorgullecerse tanto como la CNUDMI.

También se ha mantenido una estrecha relación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y con otras muchas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, tanto regionales como mundiales, que se ocupan en todo o en parte del derecho mercantil internacional.

Esos ejemplos de las relaciones entre la CNUDMI y otras organizaciones que desempeñan actividades en el campo del derecho mercantil internacional son un vivo ejemplo de la mejora general de la colaboración entre las diversas organizaciones que se ha ido produciendo en los últimos 25 años. Se han intercambiado documentos y los miembros de las secretarías u otros representantes de diversas organizaciones suelen asistir a reuniones de otras organizaciones. Es ahora más probable que en el pasado que las organizaciones regionales en particular faciliten la aprobación de una convención ya existente a escala universal en lugar de elaborar una convención para su propio uso regional, fomentando con ello la unificación interregional del

derecho sin aislar a la región del resto del mundo. Por último, es ahora corriente, y cabe citar varios ejemplos, que una organización utilice un texto elaborado por otra organización como base de sus propios trabajos en un proyecto distinto pero conexo.

Sin embargo, el problema sigue siendo el mismo de hace 25 años. Hay una muchedumbre de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que intervienen en el campo del derecho mercantil internacional. Un informe de la Secretaría de la CNUDMI de 1988 enumeraba a 40 de esas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, e indudablemente había muchas que nunca se mencionaron. El aumento significativo de sus actividades significa que la necesidad de una coordinación consciente es tan imperiosa hoy en día como lo fue hace 25 años cuando la Asamblea General creó la CNUDMI.

Por desgracia, la Asamblea General no facilitó a la Comisión recursos institucionales para desempeñar la función coordinadora encomendada. La mayoría de las organizaciones que intervienen en el desarrollo del derecho mercantil internacional se encuentran al margen del sistema de las Naciones Unidas. Las que se encuentran dentro del sistema de las Naciones Unidas, incluso dentro de las propias Naciones Unidas, no están obligadas a hacer suyas las opiniones de la Comisión. Desde un comienzo fue evidente que la preponderancia efectiva de la CNUDMI en este campo no obedecía a ningún criterio de autoridad jerárquica, una autoridad jerárquica que no existía. La deferencia concedida a las peticiones y propuestas de la CNUDMI en los primeros años se debían a la noción de que sólo la CNUDMI podía encabezar las iniciativas que en general se consideraban necesarias.

A pesar de los honores con que se ha abrumado a la CNUDMI durante esta semana del Congreso, cabe decir que la Comisión está en peor situación hoy en día de llevar a cabo su tarea de coordinación de lo que lo estaba hace 25 años. En primer lugar, la Comisión ha perdido de vista la importancia de ese cometido. La Comisión ya no pide a otras organizaciones que la mantengan informada de sus actividades en cuanto a un tema determinado, como en tiempos se hacía. El informe anual de la Secretaría sobre la labor de otras organizaciones se recibe oportunamente y por lo general se hacen observaciones sustantivas. La Comisión puede considerarse el órgano legal básico en el campo del derecho mercantil internacional, pero si lo hace, lo hace por lo que respecta a su labor formuladora y no por lo que toca a su función coordinadora, que es en el contexto en el que la Asamblea General aplica el concepto.

El propio éxito que la CNUDMI ha alcanzado como organismo formulador interfiere con su función coordinadora. En 1968, la Comisión entró en un campo que hasta entonces no había merecido atención general de la comunidad internacional. La decisión de crear la Comisión fue consecuencia del interés doctrinal en el tema durante el decenio de 1960. La creación de la Comisión y su éxito consiguiente contribuyeron de modo inmenso al creciente interés de los expertos de los gobiernos en el tema. Como lo acreditó el éxito del presente Congreso, el derecho mercantil internacional está actualmente reconocido como una de las materias importantes de que han de tratarse en el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional. Esto no habría sido así si el Decenio se hubiera celebrado en el decenio de 1970 o en el de 1980.

Cuando la Comisión inició sus tareas en 1968, carecía de programa. Lo lógico hubiera sido que su primera función consistiera en examinar la situación existente y determinar lo que cabía hacer en lo sucesivo. Entonces no existía la amenaza de que otras organizaciones delegaran en la CNUDMI la labor coordinadora. Sin embargo, el éxito de la CNUDMI como organismo formulador durante los últimos 25 años plantea preocupaciones en algunas, si bien no en todas, las demás organizaciones, tanto en las que tradicionalmente han trabajado en el campo del derecho mercantil internacional como en las que ahora tienen la pretensión de hacerlo. Las organizaciones que tienen esas inquietudes están desde luego menos dispuestas a aceptar la función coordinadora de la Comisión de lo que lo estaban en los primeros años.

Es difícil documentar los ejemplos, y tal vez no sería sensato intentarlo siquiera. La mayoría de los acontecimientos importantes son materia opinable. Por consiguiente, sólo se mencionarán dos casos en los que intervinieron comisiones económicas regionales de las propias Naciones Unidas. En uno de esos casos, un comité de una de las comisiones económicas regionales pudo redactar una propuesta de que la Comisión emprendiera un proyecto determinado que habría interferido con otro propio. En otro caso, una comisión

económica regional distinta ha alentado activamente a los Estados de la región a que no aprueben dos de las convenciones preparadas por la Comisión. Es de esperar que estos ejemplos del desdén mostrado por la labor de la Comisión, y otros que es más difícil documentar, sean aberraciones momentáneas.

Un problema algo distinto de coordinación ha surgido en lo que respecta a la venta internacional de mercaderías, problema que podría fácilmente plantearse en otros campos. En la actualidad, hay tres convenciones subsidiarias de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa elaborada por la CNUDMI. Existen la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, elaborada también por la CNUDMI, la Convención sobre la representación en materia de venta internacional de mercaderías, elaborada por UNIDROIT, y la Convención sobre la elección del derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, elaborada por la Conferencia de La Haya. De las tres, sólo la Convención sobre la prescripción está en vigor. Para ello hay una serie de motivos sin duda. Uno de ellos puede ser que la Convención sobre la prescripción es con mucho la más antigua de las tres, ya que la aprobó una Conferencia diplomática en 1974, mientras que la Convención sobre la representación fue aprobada por una Conferencia diplomática en 1983 y la Convención sobre la elección del derecho aplicable fue aprobada en 1986. Yo apunto, sin embargo, que la razón primordial es que ni UNIDROIT ni la Conferencia de La Haya estaban en condiciones de facilitar efectivamente la ratificación de su Convención cuando ésta tuvo que ser estudiada con independencia de la Convención sobre la Compraventa, de las que es subsidiaria. Los Estados que estudien la ratificación de la Convención sobre la Compraventa pueden estudiar la ratificación de la Convención sobre la prescripción al mismo tiempo, pero es probable que estudien la ratificación de las dos Convenciones no elaboradas por la CNUDMI. Tanto la Convención sobre la representación como la Convención sobre la elección del derecho aplicable son huérfanas a todos los efectos.

Desearía formular dos indicaciones sobre este problema en concreto. La primera tiene que ver con la fase preparatoria de una nueva Convención. Con anterioridad a una conferencia diplomática, la organización interesada puede hacer participar a la CNUDMI en la elaboración de la Convención. El planteamiento probablemente más eficaz sería que el proyecto de Convención se presentase a la CNUDMI para que ésta lo llevase a cabo de manera que la conferencia diplomática se celebrase bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Esta propuesta no es nueva ni es radical. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional fue aprobada por una Conferencia diplomática en abril de 1991 y se basaba en un proyecto de Convención elaborado por UNIDROIT que se presentó a la CNUDMI para que lo perfeccionara y lo aprobara. Como quiera que esta Convención guarda relación teórica, aunque no legal, con las Normas de Hamburgo y con el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, es acertado a mi juicio por parte de UNIDROIT el reconocimiento de que la Convención tendría un futuro más prometedor si la CNUDMI perfeccionara su texto y procediese a su promoción como parte de un conjunto de disposiciones en materia de transporte.

Una segunda propuesta versa sobre textos de derecho mercantil internacional elaborados por otras organizaciones, tanto si tienen forma de Convención como si no. La Comisión debería invitar a las organizaciones a que sometieran a su refrendo textos de derecho mercantil internacional que hubiesen preparado. Es una medida que la CIC ha aplicado varias veces respecto a los Usos y Reglas uniformes relativos a los créditos documentarios, y que adoptó en 1991 en relación con la revisión de las Incoterms en 1990.

No es la primera vez que se hace esta propuesta. En 1981, la Secretaría observó que la Comisión no había recabado últimamente el refrendo de textos aprobados por otros organismos formuladores. El informe de la Secretaría seguía diciendo: "Ahora que el mandato de la Comisión en la coordinación de actividades jurídicas en el campo del derecho mercantil internacional ha sido reafirmado por la Asamblea General, la Comisión podría examinar activamente la posibilidad de recabar textos complementarios para su refrendo". La Comisión no recogió la propuesta de la Secretaría en 1981 ni después. Tal vez no lo hizo porque la solicitud de textos para su refrendo, o su presentación a la CNUDMI por el organismo formulador, conlleva el riesgo de que la Comisión no acceda a refrendar el texto. Que ese riesgo es real se demostró en 1991 cuando la Comisión demoró por un año su decisión de refrendar o no las Incoterms de 1990, aunque el motivo de la dilación no obedecía a dudas sobre la calidad de la nueva versión de las Incoterms. Sin

embargo, el riesgo de un rechazo por parte de la Comisión vendría a ser una manera de averiguar si el texto de referencia defiende la causa del derecho mercantil internacional, o bien no es más que un texto legal más que viene a atiborrar los libros, reduciendo con ello la unificación efectiva y la armonización del derecho mercantil internacional.

Aunque la promoción de textos de derecho mercantil internacional en un Estado que desempeñe un papel activo en la Comisión es ante todo una labor de los delegados en la Comisión, de los ministros competentes y de los estudiosos y círculos interesados de ese Estado, en el mejor de los casos sólo alcanza a la cuarta parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. La promoción de la aprobación de textos en las otras tres cuartas partes de los Estados Miembros exige esfuerzos intensos. Una vez la Comisión haya refrendado un texto de derecho mercantil internacional elaborado por otra organización, la Secretaría puede contribuir a promover su aprobación y su aplicación. No puede en cambio promocionar textos de derecho mercantil internacional que no estén elaborados y refrendados por la Comisión. La CNUDMI está en buena posición para promocionar la aprobación de los textos legales elaborados o refrendados por ella con actividades en los diversos Estados. Aunque cualquier organización puede convocar un seminario siempre que lo pida la CNUDMI, las organizaciones intergubernamentales ajenas al sistema de las Naciones Unidas no disponen de los mecanismos de apoyo que constituyen las oficinas del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en los países.

La CNUDMI es una organización excepcional. No debe considerarse un mero organismo formulador más en el campo del derecho mercantil internacional. Es la única organización del mundo competente en todo ese campo y, al participar en la presentación de informes a la Asamblea General, debe esa participación a todos los países. Esos atributos son parte de su fuerza como organismo formulador. Sin embargo, la satisfacción intelectual que puede derivarse de la elaboración de textos legales adecuados para su aprobación en los Estados de todos los sistemas jurídicos y económicos y a todos los niveles de desarrollo económico no debe hacer olvidar que la tarea primordial que la Asamblea General espera de la CNUDMI es proceder a la coordinación de las actividades de otras organizaciones dentro y fuera de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional.

# 2. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

#### MALCOLM EVANS

Secretario General, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma

Séame permitido ante todo expresar a la Comisión los más efusivos parabienes de UNIDROIT con motivo de estas celebraciones vinculadas al 25° período de sesiones anual de la CNUDMI y al mismo tiempo expresar mi gratitud como Secretario General de UNIDROIT por la ocasión que se me brinda de intercambiar con los participantes del Congreso algunas reflexiones sobre el tema importante de la coordinación entre los organismos formuladores.

Estas reflexiones van a versar brevemente sobre cuatro aspectos de la coordinación, a saber la selección de sectores que se considera se prestan a la armonización, el proceso de elaboración de textos, el de su promoción y, por último, el tema de la capacitación y la asistencia. Por otra parte, espero que me perdone si me apoyo ante todo en ejemplos extraídos de la experiencia de UNIDROIT. Sus 65 años de actividad, unidos a un amplio mandato que rebasa con mucho el campo del derecho mercantil internacional y que frecuentemente se ha descrito como un enfoque señaladamente científico, lo han puesto en contacto directo con casi todas las organizaciones que intervienen en la armonización y la unificación, tanto si tienen carácter intergubernamental como no gubernamental, universal o regional, y con muchas asociaciones que representan diversas categorías profesionales.

De los cuatro extremos señalados, he de decir que el primero, la selección por parte de los organismos formuladores de temas de estudio y posible intervención, es aquél en el que se han realizado más progresos por lo que se refiere a la coordinación, y a este respecto quisiera recordar que durante casi 15 años las secretarías de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de la CNUDMI y de UNIDROIT

se han beneficiado de todas las posibles ocasiones de intercambiar ideas e informaciones con objeto, entre otras cosas, de evitar el peligro de duplicación de actividades. Estas reuniones han resultado sumamente valiosas, y por mi parte no puedo recordar una sola ocasión en todo ese tiempo en que se haya producido alguna fricción entre UNIDROIT, por una parte, y la CNUDMI o la Conferencia de La Haya por la otra, en la distribución de las tareas.

Cabría indicar que el éxito en evitar pérdidas de tiempo y una duplicación costosa de los esfuerzos es una preocupación tan evidente que no es como para que se autofeliciten los organismos formuladores, dada la insistencia creciente de los gobiernos en que los recursos suministrados a la cooperación internacional para la armonización y la unificación del derecho privado son decididamente limitados. Aunque la acusada disminución de la proliferación de organismos intergubernamentales que caracterizó los dos primeros decenios a raiz de la Segunda Guerra Mundial podría indicar una reducción del alcance de la competencia potencial entre organizaciones, hay dos factores que se enfrentan sin embargo. El primero de ellos es la idea de algunos Estados o grupos de Estados de que un organismo puede constituir un ámbito más favorable que otro para la promoción de sus intereses, mientras que el segundo es la tendencia de las organizaciones de carácter regional y predominantemente económico e integrativo, a legislar cada vez más en el campo del derecho mercantil, dificultando con ello cada vez más a los Estados Miembros de esas agrupaciones las medidas posibles de armonización universal que podrían arrojar soluciones diversas de las adoptadas a escala regional. A esto último hay que prestarle a mi modo de ver la atención debida.

Con referencia al tema de la coordinación en la fase de elaboración de textos legales uniformes, la experiencia de UNIDROIT puede examinarse desde dos perspectivas diversas. UNIDROIT es en efecto un organismo formulador, en el sentido de que es una organización intergubernamental, integrada por unos 50 Estados Miembros procedentes de todos los continentes del mundo, algunos de los cuales han acogido conferencias diplomáticas especiales para la aprobación de Convenciones de UNIDROIT.

Al mismo tiempo, sin embargo, UNIDROIT es un instituto de investigaciones con una amplia red de eminentes corresponsales en círculos universitarios y profesionales a los que recurre periódicamente en demanda de ayuda con relación a los estudios de viabilidad y de derecho comparado acordados por el Consejo de Administración, y que con frecuencia colaboran con los miembros del Consejo en la constitución de grupos de trabajo responsables en un principio de la elaboración de textos legales uniformes, tanto si esos textos los concluye UNIDROIT u otro organismo.

Un ejemplo gráfico de esta doble función de UNIDROIT es el hecho de que además de las dos Convenciones más recientes en UNIDROIT aprobadas en Ottawa en 1988, la Convención sobre el Arriendo Internacional con Opción de Compra y la Convención sobre Facturación Internacional, el Instituto facilitó además los estudios y borradores fundamentales de otras dos Convenciones recientemente concluidas, a saber, la Convención de las Naciones Unidas sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques de navegación fluvial (Ginebra, 1989) y, aun más cerca en la fecha, la Convención de las Naciones Unidas de 1991 sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, que representó el resultado de más de un decenio de trabajo primero en UNIDROIT y luego en la CNUDMI.

Aunque siempre queda un margen de mejora, que supondría que, al menos por lo que se refiere a la experiencia de UNIDROIT, se obtiene un panorama bastante satisfactorio por lo que respecta a la coordinación con otros organismos formuladores en las dos primeras fases del proceso de armonización a que me he referido.

Mucho más sin embargo es lo que quedaría por hacer con respecto a la promoción de instrumentos internacionales y de la formación y asistencia jurídicas, dos campos de actividad conexos pero distintos que a veces se prestan a confusión. En este caso la coordinación se encuentra en una fase embrionaria, aunque no faltan los ejemplos de colaboración entre organismos.

Los componentes de UNIDROIT tenemos plena conciencia de la deuda de gratitud contraída con los organizadores del presente Congreso y en particular con el Secretario de la Comisión, Gerold Herrmann, por

haber incluido en el programa el examen de la Convención de UNIDROIT sobre el arriendo internacional con opción de compra. Me imagino que mi colega Joaquín Bonell no dejará de mencionar el proyecto de Principios de UNIDROIT de contratación mercantil internacional cuando hable ante el Congreso sobre el tema de las modalidades de armonización no legislativas. Análogamente, recuerdo con gratitud la oportunidad brindada a UNIDROIT por el anterior Secretario de la Comisión, Eric Bergsten, de hacer una exposición de la Convención de UNIDROIT sobre el arriendo internacional con opción de compra y de la Convención de UNIDROIT sobre la Representación en materia de venta internacional de mercaderías en el seminario AALCC/CNUDMI/UNCTAD celebrado en Nueva Delhi en 1989, a la vez que UNIDROIT hacía resaltar por su parte la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en su Congreso Internacional sobre legislación uniforme en la práctica, celebrado en Roma en 1987.

Sin embargo, por muy buena acogida que tengan estos ejemplos de cooperación, que no son más que ejemplos, tienden a seguir teniendo carácter excepcional, y como quiera que los organismos formuladores se sienten alentados por los que al fin y al cabo les pagan, que son los propios Estados, a concentrarse cada vez más en la consolidación de los logros existentes, cabría la posibilidad de ampliar los esfuerzos de las organizaciones para sacar el máximo provecho de los limitados recursos disponibles.

Dejando a un lado ocasiones conmemorativas como la presente, que como es natural se dedican ante todo a los logros del organismo anfitrión y a sus actividades en marcha, y los logros de la CNUDMI a lo largo del último cuarto de siglo son verdaderamente sobresalientes, la mayoría de los trabajos cotidianos de promoción se hacen por el camino; también puede haber circunstancias, especialmente cuando se celebran congresos o seminarios en varias partes del mundo que raramente se benefician de modo directo de los frutos del proceso de armonización, en las que la presentación conjunta por las secretarías de varios organismos tendría una mayor repercusión, y sería indudablemente mucho más rentable, que una serie de visitas de representantes de otras organizaciones, frecuentemente acompañados de los mismos expertos que han representado a los gobiernos durante la fase de formulación.

En cuanto a la prestación de formación y asistencia jurídicas, cabría aplicar consideraciones análogas a las aplicables al caso de la promoción de instrumentos. Los recursos son limitados. Las organizaciones internacionales que buscan apoyo económico fuera de sus presupuestos ordinarios se dirigen con probabilidad a los mismos patrocinadores, tanto si el objeto de la financiación es la realización de un seminario en la sede del mismo o sobre el terreno, o bien la dotación de pasantías en un organismo. En este último contexto, quisiera mencionar que la Secretaría de la CNUDMI estudia la creación de un plan experimental de becas de investigación en legislación uniforme para juristas de las que, por falta de una expresión mejor, cabe llamar economías en desarrollo, plan que se implantaría lo antes posible en colaboración con otras organizaciones internacionales y con institutos de derecho comparado. Huelga decir que si esta iniciativa es bien acogida en principio por el Consejo de Administración y resulta económicamente viable, habría que recabar a su respecto la cooperación de organismos como la CNUDMI y la Conferencia de La Haya, con la cual se han entablado ya algunos primeros contactos alentadores.

Quisiera recordar que nada menos que en 1973, celebró Roma la quinta reunión de UNIDROIT de organizaciones que se ocupan de la unificación del derecho; los dos temas principales de la reunión fueron los métodos de coordinar las actividades de las diversas organizaciones internacionales y la uniformidad jurídica como medio de asistencia técnica a los países en desarrollo. Por extraño que parezca, fueron pocos los oradores que procuraron enlazar estos dos conceptos, y yo propondría con todos los respetos, 20 años después, que ya es hora de aprovechar la ocasión de hacer lo que nos brinda la CNUDMI. Me complace anunciar que la Secretaría de UNIDROIT se propone convocar dentro de los dos o tres años próximos un seminario en Roma para examinar la manera de intensificar la cooperación de los organismos a fin de aprovechar al máximo los beneficios derivados de los respectivos programas de formación y asistencia.

Por último, me ha cabido el placer y el honor durante estos últimos cinco años de reunirme y colaborar con los seis Secretarios de la CNUDMI. Ha resultado ser una experiencia sumamente enriquecedora, y por consiguiente tal vez venga bien redondear esta intervención con una cita de la declaración final en el período de sesiones celebrado en Roma en 1973 del primer Secretario, Paolo Contini, quien dijo en esa ocasión: "Otro factor que no hay que desdeñar es el elemento humano. La auténtica cooperación requiere una auténtica

participación, no una reserva negligente de información y consejo. Un hábito espontáneo y corriente de consultas entre las secretarías sobre la base de las relaciones personales puede ser mucho más eficaz que una coordinación institucionalizada llevada a la práctica sin entusiasmo. En toda empresa de unificación en que intervienen al menos dos organismos, es indispensable que los participantes sepan que una tarea de cooperación realizada con éxito tiende a generar más trabajo, mientras que una batalla jurisdiccional por el mismo proyecto puede dejar a los litigantes con las manos vacías".

Paolo Contini se refería en esa ocasión naturalmente a los efectos negativos de la competencia entre los organismos en la etapa de formulación, pero sus sensatas palabras son aplicables a todo el proceso de armonización. El espíritu que invocó siempre ha informado a mi juicio no sólo las relaciones entre la CNUDMI y UNIDROIT, sino también los contactos de ambos organismos con otras organizaciones. No hay motivos para dudar de que ese espíritu prevalezca en las dificultades que nos esperan según nos acercamos y entramos a ese siglo XXI que los organizadores del presente Congreso han tenido la imaginación de señalar a nuestra atención.

### 3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

#### MICHEL PELICHET

Secretario General Adjunto, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya (Países Bajos)

Embargado de admiración me cabe hoy no sólo el honor sino el placer de transmitir a la CNUDMI los saludos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con ocasión del presente Congreso, dedicado a conmemorar el 25° aniversario de la Comisión. No es posible de hecho dejar de sentir admiración por los notables logros de esta organización que, con solo 25 años de edad, es la más joven de todas las organizaciones que de un modo u otro trabajan por unificar el derecho. En el escaso tiempo de que dispongo esta mañana, no voy a examinar detenidamente las convenciones o leyes modelo que ha concebido la CNUDMI, tema que será examinado de modo más detallado en los días que siguen. Sólo recordaré en este momento el caso concreto de las ventas internacionales, campo en el que ha sido posible alcanzar una coordinación armónica de la CNUDMI y la Conferencia de La Haya. Lo que desearía recalcar en la primera parte de mi exposición es que en La Haya tenemos la seguridad de que los notables resultados alcanzados por la CNUDMI se deben en parte a que la Organización ha procurado incansablemente establecer y mantener contactos con otras organizaciones que intervienen en la unificación del derecho, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y se ha preocupado de desempeñar la función que se le encomendó en el momento de su creación, a saber, la de coordinar la labor de esas diversas organizaciones.

Sin embargo, conviene hacer notar que esta labor fundamental de coordinación no es fácil y requiere una considerable destreza. Aparte de las cuestiones delicadas que pueda suscitar, la coordinación de organizaciones que difieren en determinados aspectos concretos y que por consiguiente no comparten intereses comunes, puede plantear graves problemas. A este respecto, el ejemplo de la Conferencia de La Haya es aleccionador. El objetivo de nuestra organización, como se recordará, según el artículo 1 de sus Estatutos, consiste en contribuir a la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado. Eso significa que la Conferencia hace frente a un auténtico dilema. Por un lado, su campo de actividad es muy limitado, ya que trata únicamente del derecho internacional privado, pero en ese campo la Conferencia se ocupa no sólo del derecho mercantil, sino también del derecho de familia, del derecho de sucesión, de la responsabilidad extracontractual, de la asistencia recíproca y del vasto campo de la competencia judicial y el acatamiento y el cumplimiento de las sentencias. Por otra parte, este campo limitado de actividades se refleja, y debería decir que se proyecta, en todos los campos del derecho sustantivo, como consecuencia de lo cual no puede haber medidas de unificación del derecho sustantivo, con independencia del marco en el que se emprendan esas medidas, que no planteen problemas de derecho internacional privado. Para la CNUDMI, la coordinación de su labor con una organización como la Conferencia de La Haya, e incluso la posible colaboración con ella, parece ser una tarea delicada, por el motivo de que, en el caso de todos los temas de derecho sustantivo tratados por la CNUDMI, haya que establecer un equilibrio entre los problemas de derecho internacional privado en forma pura, cuya solución debe incumbir a la Conferencia de La Haya, y los que

tienen que ver más directamente con el derecho sustantivo, y por consiguiente podrían resolverse en un instrumento regulador como el de la CNUDMI.

La realidad es que la CNUDMI, durante sus primeros 25 años de existencia ha mantenido con la Conferencia de la Haya unas armoniosas relaciones de colaboración y coordinación y parece haber tenido éxito en todos los frentes. Cabría recordar a este respecto, que nada menos que 10 años antes de la creación de la CNUDMI, la Conferencia de La Haya concertó un acuerdo de cooperación con las Naciones Unidas. En noviembre de 1958, el Secretario General de las Naciones Unidas, Dag Hammarskjöld, y el Secretario General de la Conferencia de La Haya, Matthijs van Hoogstraten, acordaron en un canje de notas organizar una modalidad de cooperación en la que ambas organizaciones proyectaban un intercambio general de información y el envío de observadores sobre cuestiones de interés común. Ante todo, sin embargo, en determinados campos cualquiera de las organizaciones podrá pedir a la otra que iniciara las actividades. Es perfectamente lógico que este acuerdo encontrase un terreno de aplicación ideal a raíz de la creación de la CNUDMI, lo cual ha hecho posible el consiguiente desarrollo armónico de la cooperación entre las organizaciones. De este modo, en el caso de los trabajos sobre títulos negociables, un observador de la Conferencia de La Haya siguió con regularidad los períodos de sesiones de la CNUDMI, e incluso participó en una serie de grupos de redacción e intervino activamente en los debates del problema que la oportuna Convención había planteado acerca del alcance de su aplicación. Es más, dado que la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales plantea un problema concreto de conflicto de leyes por la sencilla razón de que se basa enteramente en la voluntad autónoma de las partes, la Conferencia de La Haya ha incluido en el programa de sus futuros trabajos la elaboración de una Convención sobre el derecho aplicable a los títulos negociables.

Lo mismo cabe decir de las ventas internacionales; la Conferencia no sólo ha proseguido la labor realizada en el seno de CNUDMI, sino que por su parte, en colaboración con las Naciones Unidas y con su apoyo, ha elaborado una Convención sobre el derecho aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Convención complementaria de la aprobada por la CNUDMI en Viena en 1980. Además, las Naciones Unidas han acordado traducir el texto de la Convención aprobada por la Conferencia de La Haya a los idiomas oficiales de las Naciones Unidas que no sean el francés o el inglés, únicos idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya.

¿Se mantendrá en el futuro esta cooperación armoniosa entre la Conferencia de La Haya y la CNUDMI para seguir elaborando un derecho mercantil uniforme, tema del presente Congreso, en el siglo XXI? Este es por supuesto el deseo de la Conferencia de La Haya, y la Secretaría de esa organización hará todo lo posible en su mano para que así sea. No obstante, no puedo silenciar que en La Haya abrigamos ciertos recelos. El hecho es que la nueva tendencia en lo que se refiere a la unificación del derecho mercantil parece estar configurándose en la CNUDMI, tendencia que va a plantear inevitablemente algunos problemas a la Conferencia de La Haya. Aunque hasta ahora la CNUDMI ha limitado su atención, en forma de convenciones, a los campos tradicionales del derecho mercantil internacional, cada vez desarrolla más actividades en terrenos muy especializados y con frecuencia más limitados e inexplorados como la transferencia electrónica de fondos, las fianzas a la primera solicitud y los intercambios de datos computadorizados. Añádase a este hecho de que esa labor se desarrolla cada vez con más frecuencia en forma de leyes modelo, ya que la unificación en forma de Convención puede no estar justificada en el caso de los temas muy específicos de que se trate.

La nueva tendencia por parte de la CNUDMI, nunca vista hasta ahora en el enfoque tradicional de la unificación en forma de convenciones, consiste en adoptar en sus leyes modelo en el campo del derecho sustantivo normas de conflicto de leyes, normas que son de competencia jurisdiccional. Ahora bien, mientras que la Conferencia de La Haya no se opone en principio a que una ley modelo contenga una norma sobre conflictos -aunque la técnica, que consiste en incluir en un instrumento de derecho sustantivo una norma de conflictos con la finalidad concreta de determinar la aplicación de la ley modelo, parece ser muy dudosa e inductora en círculo vicioso-, no por ello deja de deplorar que las normas sobre conflicto de leyes y competencia jurisdiccional se propongan en las leyes modelo sin haberse procedido antes a un estudio serio del tema correspondiente. El derecho internacional privado es un tema muy concreto y delicado, y ha de basarse en la investigación del derecho comparado, especialmente en campos conocidos en parte o

desconocidos por completo o en terrenos en los que una norma sobre conflicto de leyes elaborada de prisa y corriendo puede producir resultados sorprendentes. Está claro que si se mantiene esta nueva tendencia por parte de la CNUDMI, o dicho de otro modo, si la CNUDMI insiste en introducir normas de conflicto de leyes o de competencia de tribunales en sus normativas de derecho sustantivo -tendencia que deplora la Conferencia de La Haya- habrá que arbitrar un nuevo tipo de colaboración entre las dos organizaciones.

En su 17a. reunión de mayo de 1993, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado va a celebrar el centenario de su creación. Como en las conmemoraciones del 25° aniversario de la CNUDMI, este centenario de la Conferencia brindará la ocasión de un examen crítico de los métodos de trabajo de la organización y de sus relaciones con las demás organizaciones internacionales. También convendría estudiar en ese momento nuevas modalidades de colaboración, por ejemplo facilitando reuniones mixtas de grupos de trabajo entre la CNUDMI y la Conferencia para resolver problemas concretos de derecho internacional privado. Si un enfoque de este tipo supone necesariamente un cambio radical de los métodos de trabajo de la Conferencia, también requerirá una adaptación por parte de la CNUDMI, pero esa adaptación sólo puede ser beneficiosa para el desarrollo y la unificación del derecho mercantil internacional.

Sin embargo, y quiero con esto poner fin a mis observaciones, la buena armonía entre las diversas organizaciones internacionales que se ocupan de la unificación del derecho, la coordinación de esfuerzos y la cooperación en la fase de aplicación sólo pueden existir si existe un afán correlativo de colaboración y coordinación en el seno de la administración nacional de cada uno de los diversos Estados interesados. Con demasiada frecuencia suele suceder que los Estados estén representados en las tareas de las diversas organizaciones internacionales por expertos o delegados que no tienen la menor idea de lo que se hace, frecuentemente de manera paralela, en otras organizaciones; lo que es más, a veces ocurre que los mismos expertos delegados representen a sus países en dos organizaciones en que, por motivos políticos frecuentemente oscuros, adoptan actitudes diametralmente opuestas. Esto lleva a resultados desdichados, que redundan en perjuicio no sólo de la colaboración entre las organizaciones afectadas sino, en última instancia, de la efectiva unificación del derecho. Si por consiguiente se desea que la coordinación entre las organizaciones internacionales sea armoniosa y eficaz, es indispensable que dentro de cada administración nacional se organize ese tipo de coordinación, se aliente y se respete. Es una condición imprescindible para que la unificación del derecho no se haga de un modo desordenado.

#### 4. Cámara de Comercio Internacional

#### DOMINIQUE HASCHER

Secretaria, Comisión de Arbitraje Internacional, Cámara de Comercio Internacional, París

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), fundada en 1919, es la organización mundial de la comunidad empresarial. Como organización, la CCI es un órgano no gubernamental internacional al que las Naciones Unidas, durante el tercer período de sesiones del Consejo Económico y Social de 1946, reconocieron como entidad consultiva de la categoría primera. Su sede internacional se halla en París. Sus miembros, de los que hay más de 7.000 en 110 países, se hallan mayormente agrupados en los comités nacionales.

La CCI planea y coordina la postura de la comunidad empresarial mundial en lo que respecta a determinados objetivos básicos y defiende esos puntos de vista en las organizaciones internacionales y en sus Estados miembros. Por consiguiente, mantiene relaciones estrechas con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), las Comunidades Europeas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), cuyas negociaciones en el Comité Consultivo Económico CIC-Naciones Unidas-GATT siguen muy de cerca, así como relaciones con instituciones y órganos especializados como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o el Centro de las Naciones Unidas de Empresas Transnacionales.

La contribución de la CCI a la labor de las organizaciones intergubernamentales viene de antiguo. Cabe recordar, por ejemplo, que la CCI presentó a la Sociedad de las Naciones proyectos en varios convenios

internacionales sobre el estatuto de los extranjeros y sobre arbitraje y que desde sus comienzos ha intervenido en negociaciones diplomáticas sobre transporte marítimo (Convenio de Bruselas de 1924), o sobre propiedad intelectual y legislación en materia de compraventa internacional. En consecuencia, la CCI presta hoy en día asistencia directa a las actividades de la CNUDMI, a la que felicita en su 25° aniversario, a la vez que elogia la labor realizada al servicio de la comunidad internacional.

Además, la CCI armoniza prácticas y normas de comercio internacional. Su Comisión sobre las Prácticas Comerciales Internacionales formula recomendaciones sobre tendencias convenientes en las prácticas legales y comerciales y propone soluciones a las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de comercio internacional. A los efectos de la unificación, la CCI comenzó por adoptar definiciones e interpretaciones uniformes de términos comerciales, de los que las Incoterms constituye, un ejemplo. En 1920, con motivo del primer Congreso, la CCI puso las bases de la labor preparatoria en este campo. La necesidad de interpretación de la terminología comercial utilizada en los contratos de compraventa pronto quedó de manifiesto cuando pudo comprobarse lo diferentes y a veces contradictorios que eran los significados que cada país daba a cada término. Por ejemplo, en 1936, la CCI puso normas uniformes -las primeras Incoterms-a disposición de la comunidad internacional. Esas normas fueron revisadas posteriormente (en 1967, 1976, 1980 y, recientemente, en 1990), y en la última versión se tiene en cuenta el intercambio de datos informáticos en los documentos de compraventa así como las nuevas técnicas de transporte.

La CCI redacta normas y cláusulas uniformes. En 1933, se aprobaron por vez primera los usos y reglas uniformes relativos a los créditos documentarios, estableciéndose así una serie de criterios aplicables a las operaciones crediticias. La readaptación de estas normas, aplicadas hoy en día por los bancos de 160 países, es un proceso continuo al que se dedica la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria. Evidentemente, estas normas escritas han de interpretarse a la luz de la experiencia práctica de quienes las aplican. La tarea se encomienda a un grupo de expertos de la Comisión Bancaria, que responde a preguntas sobre la aplicación específica de las normas formuladas por bancos, empresas o incluso particulares. Por otra parte, se recoge en publicaciones este asesoramiento de expertos con objeto de que sea conocido, ya que contribuye a mantener una aplicación uniforme.

Cabe además mencionar las normas uniformes para garantías contractuales y las normas uniformes para fianzas a primera solicitud, las normas uniformes sobre cobros y los principios rectores sobre transferencia internacional de fondos entre bancos y sobre indemnización.

Con respecto al derecho en materia de transportes, la CCI y la UNCTAD han elaborado conjuntamente normas aplicables a documentos de transporte multimodal con objeto de introducir un marco legal para la contratación privada en un campo en el que no existe ninguna normativa internacional.

La CCI brinda asimismo a los empresarios internacionales y nacionales guías jurídicas que informan a las partes interesadas de los problemas que surgen en el comercio internacional. Esto ha llevado la elaboración de guías sobre contratos de mandato o de distribución y de normas uniformes de conducta para el intercambio electrónico de datos comerciales.

La CCI ha podido estimular la autorregulación de la comunidad empresarial, y a este respecto hay que mencionar en especial los códigos de mercadeo, el primero de los cuales apareció en 1937.

Por su parte, la labor de la Comisión de Arbitraje ha tenido que ver con las normas del arbitraje marítimo en colaboración con el Comité Marítimo Internacional, las normas de la CCI como organismo proponente dentro del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o las normas de prearbitraje de tercer árbitro. En términos generales, la Comisión se ocupa de los grandes problemas del derecho de arbitraje, tales como el arbitraje multilateral.

Las actividades de la CCI completan de este modo las actividades desarrolladas por el Estado con el fin de adoptar normas aceptadas por la comunidad internacional. Por otra parte, los órganos judiciales del Estado y los tribunales arbitrales han reconocido que las prácticas codificadas por la CCI constituyen una de las fuentes del derecho práctico que rige las relaciones comerciales internacionales.

Con respecto al arbitraje, el logro fundamental de la CCI es el de haber proporcionado al mundo empresarial internacional unas mejores normas de conciliación y arbitraje, modificadas de modo pragmático y adaptadas desde 1923 a las nuevas necesidades de la sociedad internacional, introduciendo así este método de resolver controversias como procedimiento jurídico general en las relaciones internacionales.

De por sí, las normas sobre arbitraje de la CCI contienen una serie de principios que mantienen la eficacia de los procedimientos de arbitraje y consolidan la validez de los fallos, sobre todo mediante la fiscalización que ejerce la Corte Internacional de Arbitraje. Gracias a esas normas, que representan auténticos principios jurídicos y éticos, la CCI ha contribuido a implantar un modelo para resolver las controversias del comercio mundial que cumple una auténtica misión de servicio público en beneficio de la comunidad internacional.

Uno de los efectos de esas normas es no sólo el de evitar controversias en el mundo empresarial, sino también el de evitar posibles dificultades al mediar entre los gobiernos que intervienen directa o indirectamente en numerosas controversias, con conciencia del influjo de estas últimas en la comunidad económica y en la opinión pública. Por consiguiente, brindan seguridad en un campo en que la incertidumbre y la mala gestión ponen en peligro los intereses de los Estados.

Los primeros instrumentos internacionales sobre arbitraje se negociaron en Ginebra con la cooperación de la CCI en 1923 y en 1927. Esos acuerdos han sido en su mayoría sustituidos por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, cuya iniciativa recae sobre la CCI. El borrador que la CCI presentó al Consejo Económico y Social en 1953 estaba inspirado en la plena autonomía de las normas arbitrales. El ideal de la CCI de un arbitraje internacional auténtico libre de las trabas de la intervención estatal inspiró también en gran medida la Convención Europea de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, elaborada bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones para Europa. Además, el texto menciona a la CCI en las modalidades de aplicación. Más recientemente, la CCI ha participado en las tareas de la CNUDMI sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional que ha contribuido considerablemente a la difusión del arbitraje en el mundo.

De aquí que la CCI pueda contribuir provechosamente a los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas durante el Decenio del Derecho Internacional, del que se congratula y con destino al cual ha presentado ya al Secretario General de las Naciones Unidas un informe sobre su labor en la creación en un sistema económico y jurídico universal.

Con este fin, la CCI está dispuesta a estudiar las mejoras que puedan producirse en los procedimientos de conciliación y arbitraje y, de modo más general, estudiar la manera práctica de colaborar para inducir a los Estados y a los órganos públicos a recurrir al arbitraje internacional y contribuir cada vez más al desarrollo del arbitraje como institución de paz.

#### 5. Tribuna pública

#### JEAN-PAUL BERAUDO

Presidente de la Audiencia de Grenoble (Francia)

Quisiera decir unas cuantas palabras sobre un problema que puede plantearse a causa de la especialización de las organizaciones internacionales y de la coexistencia necesaria entre los diversos métodos de armonizar el derecho internacional. Aparte del antiguo Egipto y de la antigua Roma, que conocían perfectamente los métodos de conflictos de leyes y del derecho sustantivo uniforme en el que todos coincidían y coexistían, en Europa, a partir de la Edad Media, predominó el método del conflicto de leyes, con independencia de los usos en las ferias comerciales.

Por esta razón histórica, la Conferencia de La Haya fue cronológicamente la primera en surgir en 1893, y la configuración de un derecho uniforme requería una sociedad internacional capaz de hacer cada vez más concesiones; por consiguiente, es muy comprensible que 30 años más tarde apareciera el Instituto

Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT. La finalidad de la Conferencia de La Haya fue normalizar el derecho privado internacional, ante todo las normas de conflicto de leyes; UNIDROIT tenía por objeto crear un derecho sustantivo uniforme. La CNUDMI, según la metodología que se le atribuye, recibió de la Asamblea General la misión de eliminar y reducir los obstáculos al comercio internacional.

Sin embargo, la realidad de un derecho internacional unificador como la hemos experimentado, según hemos podido ver desde 1977 al haber seguido de cerca todas las negociaciones desarrolladas en las tres organizaciones a que me refiero, es mucho más compleja. Según la práctica, la Conferencia de La Haya recurre al método del derecho uniforme. Muchas convenciones de cooperación o de autoridad judicial son leyes uniformes, como la Convención de 1985 sobre la ley aplicable a los monopolios y sobre su reconocimiento, que se resume en dos partes del mismo instrumento internacional, tanto el método del conflicto de leyes como el método del derecho sustantivo uniforme. En UNIDROIT, cuando los Estados no están dispuestos a armonizar su derecho sustantivo, recurren al método del conflicto de leyes y a veces de un modo muy novedoso, por ejemplo, el artículo 7 de la Convención sobre créditos de 1988, que establece normas muy concretas de conflicto de leyes sobre la credibilidad del beneficiario del crédito. El Secretario General de la Conferencia de La Haya deploró en cierta medida la pluralidad del empleo de métodos y normas, pues las normas de conflicto de leyes existen y al mismo tiempo las normas de derecho uniforme. En la más reciente Convención de las Naciones Unidas de 1991 sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte, observamos que también hay elementos relativos al conflicto de leyes que son muy concretos, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de retención de la empresa de una terminal de transporte.

¿Qué cabe deducir, pues, de la situación en que la práctica o la necesidad impone la coexistencia de métodos diversos? Como hemos indicado, lo principal aquí es la colaboración, pero una colaboración que va mucho más allá de la colaboración puramente normal, más allá de compartir información sobre la labor emprendida y sus resultados. Esta colaboración ha de ampliarse, ha de ser completa, tal vez tenga que conllevar la participación en la labor de miembros de otras organizaciones y organismos especializados, bien en el método del conflicto de leyes o en el método del derecho sustantivo, pero acaso incluso esto puede determinar la creación de grupos de expertos que puedan examinar determinadas disposiciones que figuren en un proyecto elaborado en una organización determinada cuya especialización no sea la misma.

#### MANUEL OLIVENCIA

Universidad de Sevilla (España)

Ante todo quisiera manifestar, en nombre de la delegación española en la CNUDMI, el placer y la emoción que para nosotros supone asistir a este Congreso, en el que se hace inventario del pasado y se preparan los caminos del futuro. Quiero recordar y rendir tributo a la memoria de alguien que contribuyó al éxito de la labor de la CNUDMI desde el primer momento, el profesor Joaquín Garrigues. Quisiera recordarlo en unión de todos aquellos que hoy no están con nosotros, pero que contribuyeron a la creación, el funcionamiento y el éxito inicial de este organismo.

España está presente en la Comisión desde el primer momento y participa continuamente en su labor. Estamos satisfechos de la aportación de nuestro país a la labor de la CNUDMI, pero permítaseme también, ya que en este Congreso no hablo sólo como delegado de España, decir a título personal algo basado en mi propia experiencia. Yo he seguido la labor de la CNUDMI desde el cuarto período de sesiones -ya ha pasado tiempo desde entonces- y creo que he hecho una modestísima contribución, pero he adquirido una experiencia riquisima también durante ese tiempo.

Nuestro objetivo, la armonización y la unificación del derecho, es ambicioso, y ciertamente es una tarea dificil que requiere mucha paciencia y mucha cautela. Creo que los enemigos de nuestra labor serían la prisa y la precipitación. Creo que la historia de la CNUDMI es la historia de la paciencia y de la cautela y del éxito. Hemos atravesado etapas muy prolongadas. Hemos superado, esta Comisión -y creo que la Comisión debe estar satisfecha de ello- ha superado muchos obstáculos, muchos enfrentamientos, y esto hay que decirlo hoy. En los peores tiempos hemos superado los enfrentamientos políticos. Hemos trascendido las tensiones

con espíritu de jurisprudencia, con la prudencia del derecho. Creo que hemos contribuido a mejorar el diálogo, el dificil diálogo Este-Oeste y Norte-Sur. Hemos tratado de resaltar, como dijo hoy el Secretario General, la importancia del derecho en el diálogo entre el desarrollo y los caminos que llevan al desarrollo. También creo que hemos tratado de superar cauta y pacientemente las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, los sistemas del derecho civil y los sistemas del common law, un enfrentamiento que para nosotros los juristas es sumamente delicado y difícil. Creo que hemos contribuido a reflexionar seriamente sobre lo que la soberanía estatal representa en un mundo de derecho.

Partiendo de un concepto algo peligroso de soberanía que concibe el derecho como emanación del poder, este concepto anticuado de la soberanía intensificó las diferencias entre los Estados, al menos en la producción legislativa de ordenamientos jurídicos. Creo que hemos contribuido, que la Comisión puede estar satisfecha de haber contribuido a un nuevo concepto de la soberanía muy distante de los dos pecados originales, el concepto de la antigua soberanía y, al otro extremo, el imperialismo de la legalidad, o el legalismo, hasta extenderlo a otros países. Creo que hoy en día el ejercicio de la soberanía consiste en que los Estados celebren pactos. Ha habido una cesión de poder de los Estados a las organizaciones supernacionales, como se ve por nuestra experiencia con la legislación comunitaria en Europa, y creemos que en la Comisión se ha trabajado en ese sentido. Hoy en día, comprobamos que los vientos de la historia nos favorecen, que todo esto redunda en nuestro beneficio, y que el mundo es cada vez más pequeño. El mundo requiere un mercado único y por consiguiente una ordenación única de ese mercado. Todo está a nuestro favor y creo que por nuestra parte tenemos que seguir al ritmo de la evolución del derecho. Para terminar, mi experiencia consiste en perseverar en el sendero de la cautela y la paciencia, pero también en la resolución y la constancia para llegar al siglo veintiuno.

#### C. Diversas técnicas de unificación

## 1. Métodos legislativos de unificación

## PROFESOR SERGEJ LEBEDEV

Moscú

En la declaración formulada por el Secretario General y en otras declaraciones, se indica la importancia excepcional de la unificación y la armonización del comercio internacional que, en última instancia, es uno de los campos de las relaciones comerciales que surgen entre empresarios de diversos países. Esta serie de problemas es objeto de atención preferente y le dedican muchos estudios eminentes juristas. En un sentido amplio, se habla de unificación incluso cuando se debate la preparación de las condiciones generales de modelos de contrato, definiciones, códigos de conducta, etc. Sin embargo, dada la importancia de la armonización, cabría pensar que la unificación del derecho sólo puede tenerse en cuenta cuando se estudia la unificación de las normas de conformidad con los sistemas jurídicos de diversos países participantes en el proceso o la empresa de unificación.

La unificación en este sentido estricto de la palabra dio comienzo como cosa bien conocida a finales del pasado siglo, en los decenios de 1880 y 1890, años en los que se aprobaron una serie de convenciones internacionales encaminadas a unificar las normas legales en diversos campos. En Europa, se organizó la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el decenio de 1980, y en América Latina el primer congreso de 1885 fue en Montevideo. También se aprobó la Convención de Paris para la Protección de la Propiedad Intelectual y otras convenciones que, en última instancia, fueron los precedentes, los antecedentes de este proceso que hoy se desarrolla.

La labor preparatoria en materia de unificación y armonización se lleva a cabo en la actualidad dentro y bajo los auspicios de las organizaciones internacionales. Diversas organizaciones, en un grado u otro, intervienen en el proceso de unificación. Los resultados de las actividades no son los mismos, son de diversa índole, pero cada uno de sus esfuerzos, cada medida de unificación, es útil en sí y de por sí para el comercio internacional en su conjunto. La creación de la CNUDMI constituye una prueba elocuente de las posibilidades de una cooperación amplia, universal, internacional en materia de unificación de normas legales en este

campo. La experiencia de la CNUDMI ha demostrado que las diferencias en el grado de desarrollo económico, en los planteamientos sociales y económicos y otras cosas no constituyen un impedimento para el logro de resultados positivos en una unificación progresiva. Los cambios que ahora acontecen, incluidos los de los países de Europa oriental y de la Federación de Rusia, encaminados a consolidar e introducir economías de mercado, deberían coadyuvar a la intensificación de las tareas de unificación. En muchos países, ésta es una circunstancia que sin duda alguna contribuirá a favorecer el desarrollo de la unificación en este campo.

Teniendo en cuenta todos los matices, la unificación internacional del derecho se lleva a cabo mediante la utilización, o con ayuda, de dos modelos básicos. En primer lugar, está la inclusión de cláusulas que se hallan directamente en el texto de las Convenciones o instrumentos internacionales. En segundo lugar, está la inclusión de normas uniformes o cláusulas en una Convención que los gobiernos se obligan a aplicar en su territorio. Como es bien sabido, muchas Convenciones se aprobaron con arreglo al segundo método, tales como el Convenio de Ginebra por el que se establecía una Ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden, de 1930, y el Código Bustamante de Derecho Internacional Privado, adición este último de la Convención de La Habana de 1928 de Derecho Internacional Privado. Este método presenta ciertas ventajas, aunque en realidad, hay otro que se prefiere en la actualidad. Se trata de la aprobación de las llamadas convenciones integrales en las que las normas unificadas forman parte del entramado o composición de la Convención. La utilización de cualquiera de esos métodos guarda relación con determinadas características especiales. Concretamente, en el caso de la aprobación de una ley uniforme como anexo a la Convención, se da por supuesto que, junto con la ratificación y la aprobación de la Convención, el Estado debería aprobar un segundo instrumento que sería el texto de la Ley uniforme. Ese texto de la ley uniforme, en términos estrictos, seguirá existiendo y será aprobado con independencia de la Convención porque la cesación o la terminación de la Convención no significa automáticamente la cesación o la terminación de la ley uniforme como normativa nacional independiente de no indicarse nada en especial al respecto.

Sin embargo, con independencia de que se apruebe la Convención integral o la ley uniforme como anexo a la Convención, en ambos casos se trata de unificación a que cada Estado se obliga internacionalmente en virtud de tratado, de cuyo cumplimiento es responsable el Estado que participe en esa unificación. Esto ocurre cuando se aprueba un tratado internacional, no en una conferencia diplomática, sino en un órgano como la CNUDMI, que por ejemplo aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio y pagarés internacionales, que luego se abrió a la firma por una resolución de la Asamblea General.

Ese procedimiento es atractivo por muchas razones. Simplifica en gran medida la aprobación del texto elaborado por la CNUDMI, y no entraña los gastos que se producirían si lo elaborase una conferencia internacional. También hay otras ventajas. Sin embargo, parece ser que no es aconsejable utilizar este método de un modo sistemático. Puede utilizarse en casos en los que, por ejemplo, se ha llegado a un acuerdo total sobre el texto elaborado en el seno de la CNUDMI, y cuando hay motivos para que no surjan nuevas complicaciones en relación con la aprobación del documento. Si no hay seguridad de eso, el método puede acarrear ciertas complicaciones.

Otro método de la unificación del derecho es la promulgación de una ley modelo. He hablado de leyes uniformes, pero está claro que las leyes uniformes y las leyes modelo son cosas distintas y conceptos distintos y diferentes categorías. Varias organizaciones han mantenido debates sobre la conveniencia de utilizar este segundo método, el de elaborar una ley modelo. Por una parte, la promulgación de una ley modelo tiene una ventaja, a saber, que no hace falta ninguna conferencia diplomática, que plantea algunos problemas como los mencionados anteriormente, y el método de elaborar una ley modelo lo utilizan una serie de países, en particular para la unificación del derecho internacional. Por otra parte, la promulgación de una ley modelo puede suponer ciertas dificultades también, relacionadas con el hecho de que el Estado aprueba esa ley modelo y puede introducir en ella algunos cambios, y además existe el peligro de que no se consiga el ritmo de unificación apetecido. Todos los textos elaborados internacionalmente constituyen y mantienen fórmulas de transacción, concesiones y acuerdos entre los que participan en la elaboración de los textos que los Estados pueden no aplicar, con lo que no se alcanzará el objetivo de la unificación.

Una serie de organizaciones internacionales tienen experiencia en la aplicación de ese método. A él se ajustó la CNUDMI al elaborar una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fue aprobada por una serie de países. Hay algunas diferencias en los instrumentos nacionales aprobados por la legislación nacional en los diversos países, pero sin embargo parece ser que la utilización de este método en la CNUDMI ha tenido también sus ventajas. Hay ciertas garantías en lo que se refiere al texto; aunque el Estado que lo apruebe pueda introducir en él algunos cambios, esos cambios no serán significativos. Hay muchos motivos para pensar así y cabría tener en cuenta una serie de factores a este respecto. En particular, es importante que todos los textos, textos futuros inclusive (otra ley modelo sobre transferencias internacionales de créditos será aprobada en la reunión), sean de nuevo aprobados por la Asamblea General, después de sometidos a la consideración de todos los miembros de las Naciones Unidas. Una vez que la Asamblea General apruebe el texto, hay motivos para esperar, si luego se aprueba con arreglo al derecho interno, que el texto aprobado será el que haya elaborado la CNUDMI. Garantía importante de esto es que también los textos elaborados por la CNUDMI son textos que tratan únicamente de relaciones comerciales internacionales. De aquí que sea posible que los textos se aprueben sin que entren en conflicto las normas vigentes en determinados países. Esta especialización es una garantía de que la ley uniforme aprobada por la CNUDMI será de aprobación universal sin modificaciones sustantivas.

Las normas establecidas en los tratados internacionales son normas de derecho internacional público. Al mismo tiempo las normas se convierten en normas internas dentro de cada Estado a través de la legislación o por cualquier otro método conforme con los procedimientos establecidos en cada Estado. En consecuencia, esas normas se incorporan a la legislación interna, cosa inevitable por que las normas se rigen por las relaciones entre las personas jurídicas físicas y legales, sujetos del derecho interno de cada Estado y no sujetos de derecho internacional. Las normas, empero, en el contexto de la legislación interna, presentan determinadas características. No tienen únicamente un carácter especial por su ámbito de aplicación en lo referente a las relaciones internacionales, sino que son autónomas dentro de la relación interna cuya interpretación y aplicación se atiene a principios generales de ese mismo sistema legal. Este problema guarda relación con la unificación de la interpretación de las normas; se trata de un importante problema que ha concitado la atención preferente de la CNUDMI, a partir de la Convención de 1974 sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías y pasando por todas las demás convenciones que contienen un párrafo destinado a procurar una interpretación uniforme en su aplicación.

El sistema de información actualmente organizado en la Comisión supone la colaboración de corresponsales nacionales que han de recopilar decisiones de los órganos judiciales y arbitrales de sus países, facilitando así la definición o la identificación de las diferencias que pudieran surgir, con la esperanza de que se las pueda evitar en la práctica cuando se apliquen los diversos documentos elaborados en la Comisión. En términos generales, sin embargo, en estudios solventes que se han llevado a cabo en materia de unificación se ha podido ver que no han surgido diferencias de fondo en la aplicación de textos unificados en distintos países. Las divergencias planteadas no comprometen ni desacreditan el concepto de unificación, aunque no existe ningún órgano judicial que garantice la uniformidad en la aplicación de las normas.

La experiencia adquirida por la CNUDMI en 25 años de actividad se basa en el alto nivel de participación en la Comisión, en la sobresaliente labor de la Secretaría que elaboró el material y los documentos, en la gran atención prestada por muchos gobiernos a las actividades de la CNUDMI y en el conocimiento que tienen de las muchas funciones desempeñadas por la Comisión en aras del fomento del comercio internacional. La CNUDMI ha desarrollado un trabajo ingente. Por lo que se refiere a la unificación del derecho mercantil internacional y en comparación con otras organizaciones que intervienen en este campo, ha sido la CNUDMI la que en este período se ha tenido que ocupar de la mayoría de los problemas. Aunque 25 años no sean muchos años, la Comisión ha podido realizar mucho. La aprobación y la aplicación de las convenciones elaboradas por la Comisión es un proceso en marcha. Tal vez no vaya con gran rapidez, pero es más rápido que el proceso de aprobar convenciones elaboradas por otras organizaciones.

Muchos son los nuevos problemas que surgen en la Comisión en el período que se avecina. Espero que el Congreso pueda indicar el alcance de estos problemas. Sin entrar en detalles por ahora, quisiera hacer las observaciones siguientes: muchos documentos que han sido aprobados por la CNUDMI echan los cimientos, no sólo de la labor de la Comisión, sino de la labor de otras organizaciones y órganos formuladores también.

Ejemplo de esto es la Convención de La Haya de 1986 relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, que cabe decir es un satélite de la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Esperamos que en los sucesivo se aborden la mayor parte de las demás cuestiones, tales como la retención del título hasta que se perfeccionen las operaciones de pago y trueque. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, las Reglas de Hamburgo y la Convención sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte constituyen una buena base de actuación para muchos Estados.

Otros muchos problemas requieren también atención, tales como el de las inversiones y las garantías de inversión y otros muchos problemas. Dicho de otro modo, la CNUDMI tiene un amplio radio de acción y una considerable aportación que hacer al Decenio de las Naciones Unidas del Derecho Internacional, proclamado para el de 1990.

#### 2. Métodos de armonización no legislativos

#### PROFESOR MICHAEL JOACHIM BONELL

Universidad de Roma I "La Sapienza", Asesor Jurídico, UNIDROIT

La unificación del derecho estuvo mucho tiempo considerada como una prerrogativa de los legisladores del Estado. No podía ser de otro modo. Cuando el proceso de unificación dio comienzo en Europa hace unos 100 años, el positivismo jurídico y la identificación del derecho con la legislación promulgada por el Estado constituían el credo dominante. En consecuencia, toda unificación del derecho sólo podía realizarse en forma de una legislación uniforme acordada a nivel internacional por los Estados, que luego se comprometían a introducirla en sus sistemas jurídicos nacionales.

Por una serie de razones esta situación ha cambiado en los últimos tiempos. Un concepto más amplio del derecho junto con una confianza reducida en la omnipotencia de los legisladores estatales, por una parte, así como una mayor complejidad de las relaciones internacionales y una mayor conciencia empresarial, por la otra, figuran entre los factores que hicieron reconocer que la unificación del derecho podria muy bien conseguirse además por métodos o técnicas no legislativos. Este es el caso, en primer lugar, de la actividad de tribunales de justicia y tribunales de arbitraje cuando han de aplicar una legislación internacional uniforme; en segundo lugar, está la contribución de los tratadistas jurídicos a la elaboración y a la interpretación adecuada de los nuevos instrumentos legales uniformes y en la racionalización del derecho vigente; en tercer lugar, la normalización de las prácticas contractuales de los propios círculos empresariales.

Las siguientes observaciones tienen por objeto el examen más detallado de la importancia de estos medios o técnicas complementarias de unificación, a saber, lo que cabe llamar la unificación judicial a), la unificación mediante la doctrina jurídica b) y la unificación por la práctica contractual c).

## La unificación "judicial"

En el contexto del proceso de unificación, tanto los tratadistas jurídicos como los abogados en ejercicio han prestado atención casi exclusiva a la redacción de textos legislativos. Sin embargo, no cabe la menor duda de que, con la aprobación por los Estados contratantes de convenciones únicas o leyes uniformes, sólo se completa una primera fase, no por ello menos importante, del proceso de unificación. Para su conclusión cabal es necesario además que la legislación uniforme, una vez introducida en los diversos sistemas jurídicos nacionales, sea interpretada y aplicada de un modo uniforme por jueces y árbitros.

Función del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el desarrollo del derecho de la Comunidad Europea

La manera más radical de conseguir estos resultados sería el de conceder a un tribunal internacional la facultad de emitir resoluciones provisionales sobre cuestiones de interpretación de los textos legales

uniformes, a la vez que se requiere a los jueces nacionales a que suspendan sus decisiones hasta que el tribunal internacional pronuncie sentencia, la cual habrán de acatar.

En el marco de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Justicia es el que tiene competencia para pronunciar, a petición, que en algunos casos puede ser obligatoria, de los tribunales nacionales, decisiones vinculantes sobre cuestiones de interpretación relativas al derecho de la Comunidad en un sentido estricto<sup>4</sup>, así como a las convenciones internacionales aprobadas por los Estados Miembros, como el Convenio de 1968 de la Comunidad Económica para Europa (CEE) concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial<sup>5</sup> y la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>6</sup>.

La importancia de este sistema para el destino último del derecho comunitario está por encima de toda ponderación. Esto de debe ante todo al hecho de que, aunque los fallos recaídos en el Tribunal Europeo tienen fuerza de obligar únicamente en la jurisdicción de que se trate, en la práctica los efectos de la interpretación dada en un caso concreto van más allá del caso planteado, ya que cualquier otro tribunal nacional, que haga frente al mismo problema de interpretación, habrá o bien de atenerse al fallo de la Corte Europea o bien remitirle de nuevo el asunto<sup>7</sup>. Tampoco las normas nacionales sobre precedentes influyen en este resultado; dicho de otra manera, incluso en los sistemas de doctrina de precedente vinculante, un tribunal inferior no puede estar obligado por la decisión de un tribunal superior, a menos que ese tribunal superior haya obtenido ya una decisión del Tribunal Europeo de Justicia en ese caso concreto<sup>8</sup>.

Sin embargo, el sistema es aun más notable si se tiene en cuenta la manera de que el Tribunal Europeo de Justicia ha ejercido hasta la fecha sus prerrogativas. Considerando únicamente la amplia jurisprudencia elaborada con relación al Convenio de 1968 de la CEE sobre competencia judicial, y el método seguido por el Tribunal en su interpretación del Convenio, es decir, el hecho de que no se ajuste al significado literal y gramatical del texto, sino que indague cuando proceda en los propósitos subyacentes de cada disposición, así como del Convenio en su conjunto, representa una novedad, al menos en los sistemas del common law, donde su influencia ha empezado a hacerse sentir, incluso en los planteamientos adoptados por los tribunales nacionales<sup>9</sup>.

Aun más significativa es la función que el Tribunal desempeña al aclarar y completar el contenido efectivo del Convenio. En las sentencias recaídas hasta la fecha 10, el Tribunal ha elaborado una serie de principios importantes que hay que seguir para interpretar el Convenio, tales como el de la limitación de la posibilidad de jurisdicción múltiple al reconocer cualquier jurisdicción especial además de la jurisdicción general del domicilio del demandado únicamente si hay motivos de peso para ello 11, o el de la protección del demandado 12. Por otra parte, el Tribunal ha procurado siempre que ha sido posible interpretar de modo autónomo la terminología utilizada en el Convenio pero no definida en él (y su interpretación lo ha hecho a tenor de los objetivos del propio Convenio y/o de un análisis comparado de los sistemas jurídicos de todos los Estados contratantes, sin invocar el significado tradicionalmente atribuido a esta terminología en una concreta legislación interna. Baste mencionar, por ejemplo, la interpretación dada a los conceptos de asuntos civiles y mercantiles para (artículo 1), quiebra (artículo 1), contratación (artículo 5 1)), lugar en que ocurrió el hecho nocivo (5 3)), filial, agencia u otro establecimiento (artículo 5 3)), venta de mercaderías a plazos (artículo 13), derechos *in rem* o arrendamientos de bienes inmuebles (artículo 27 2)) y apelación ordinaria (artículos 30 y 38) 13.

Función de los tribunales nacionales y de los árbitros en la interpretación de las convenciones internacionales

A falta de un tribunal judicial supranacional que pueda garantizar la uniformidad de la interpretación de los instrumentos jurídicos uniformes, será indispensable que los magistrados y árbitros nacionales se ocupen de la aplicación uniforme en la mayor medida posible 14.

La manera más eficaz de alcanzar este objetivo es ver cómo la convención única o la ley uniforme puede interpretarse en los demás países. Dicho de otro modo, un magistrado o árbitro que conoce de un tema de

interpretación sobre un texto concreto de legislación uniforme deberá siempre tener en cuenta las soluciones elaboradas en los otros Estados contratantes. Si hay ya una jurisprudencia internacional al respecto, puede muy bien aceptarse como precedente vinculante. Además, el razonamiento en que se sustentan las diversas decisiones debería tener por lo menos un cierto valor de persuasión, en el sentido de que la preferencia concedida a un argumento sobre otro, así como la decisión de adoptar una solución nueva, deberían estar adecuadamente justificadas.

En la práctica esta solución tropieza con dificultades debido sobre todo a la insuficiente difusión de las decisiones acerca de las diversas convenciones y leyes uniformes. Sólo unos cuantos órganos internacionales, como la Oficina Internacional del Trabajo o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ocupan en cierta medida de recopilar decisiones recaídas en los Estados contratantes en relación con los instrumentos uniformes elaborados bajo sus auspicios. A su vez, UNIDROIT y el Instituto Asser de La Haya publican periódicamente un repertorio de jurisprudencia de los diversos países sobre las convenciones más importantes de derecho sustantivo uniforme y derecho internacional privado uniforme respectivamente. Sin negar el valor de éstas u otras iniciativas análogas, está claro que la situación en su conjunto dista mucho de ser satisfactoria, por lo mismo que no existe de hecho una fuente completa y suficientemente asequible de información a disposición de jueces o árbitros que deseen saber la manera en que una disposición concreta de derecho uniforme ha sido interpretada en los otros Estados contratantes.

La iniciativa de la CNUDMI para la recopilación y difusión de jurisprudencia internacional

Bajo estas circunstancias, no es ninguna sorpresa que las convenciones internacionales y las leyes uniformes se interpreten predominantemente en un contexto puramente interno, con la consecuencia de que las decisiones sobre un mismo asunto varían considerablemente de país a país<sup>15</sup>. Los jueces nacionales que, para hacer frente a un problema de interpretación de un instrumento concreto de derecho uniforme, tratan de invocar precedentes extranjeros, de un modo más o menos sistemático y completo, y de atenerse a ellos cuando proceda, siguen siendo por desgracia una excepción<sup>16</sup>.

Hay, sin embargo, buenos motivos para creer que la situación tiene que mejorar. En primer lugar, ello se debe a que hoy en día los instrumentos de derecho uniforme requieren cada vez de manera más explícita, como se dice en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que en la interpretación hay que tener en cuenta el carácter nacional y la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación.

En segundo lugar, la CNUDMI, a raíz de una propuesta adelantada por la delegación de Italia 17, procede a crear una red de "corresponsales nacionales" a los que encomendar la recopilación de las decisiones recaídas en sus países en la aplicación de las diversas convenciones y leyes modelo elaboradas bajo sus auspicios y su presentación en forma de extracto en uno de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Se espera con ello disponer de un sistema satisfactorio de recopilación completa y difusión mundial de todas las decisiones nacionales más importantes recaídas, lo cual permitirá a todos los interesados tener fácil acceso a la información en la medida en que haya acuerdo o desacuerdo en la interpretación.

La unificación mediante la doctrina jurídica

La función de la doctrina juridica en el proceso de unificación en general; desde los estudios preparatorios de las convenciones nacionales hasta los comentarios a las mismas

Una importante contribución al proceso de unificación lo efectúan asimismo los escritos jurídicos o la doctrina jurídica. Así pues, ya en la selección de temas que se propongan para su posible unificación internacional, y naturalmente más adelante, en el curso de la elaboración concreta de las normas uniformes, no es posible prescindir de estudios de derecho comparado tendientes a destacar las divergencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales de que se trate, así como indicar las soluciones que serían de aceptación general.

Por ejemplo, la unificación internacional del derecho de compraventa primeramente a través de las dos Convenciones de La Haya de 1964 relativas a las leyes uniformes y después a través de la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre compraventa no podría haberse logrado sin los meticulosos estudios preparatorios llevados a cabo bajo los auspicios de UNIDROIT, especialmente a cargo de E. Ravel y sus colaboradores del Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Privatrecht<sup>18</sup>.

En otras ocasiones fue precisamente a causa de la poca exactitud de los trabajos preparatorios que no salieron adelante los proyectos de unificación. Por ejemplo, cuando en 1935 UNIDROIT lanzó la idea de unificar con carácter internacional el derecho de mandato, el grupo de expertos encargado de los estudios preparatorios decidió elaborar dos instrumentos distintos, uno sobre el mandato (representation) en general, entendido como la autorización abstracta concedida por una persona a otra para desempeñar actos legales ante terceros en nombre y por cuenta del mandante, y el otro destinado a reglamentar un tipo determinado de mandato, a saber, la relación comisión-mandato (contrat de commission), caracterizado por el hecho de que una persona, el mandatario comisionista, se compromete ante el mandante a comprar o vender mercaderías a un tercero en su propio nombre pero por cuenta del mandante. De este modo el grupo, que también estaba integrado por eminentes juristas ingleses, siguió, deliberadamente o no, el método tradicional del derecho civil, con el resultado de que, cuando los dos borradores fueron sometidos al examen de un comité de representantes gubernamentales, ambos resultaron ser absolutamente inaceptables para los países del common law. Sólo algunos años después, el Instituto, ante el peligro de verse en un callejón sin salida, solicitó el asesoramiento de otros expertos y se arbitró una fórmula de transacción que en última instancia permitió la realización del proyecto con la aprobación de la Convención de Ginebra de 1983 sobre la representación en materia de venta internacional de mercaderías 19. Es igualmente evidente la importancia de los teóricos del derecho en la interpretación de la ley uniforme una vez aprobada por los Estados interesados. En general, suele existir una influencia recíproca entre la jurisprudencia y los comentarios de los tratadistas en el empeño constante de mejorar la comprensión de los textos legislativos. A veces, sin embargo, la importancia de la opinión de los tratadistas es aun mayor; eso es así cuando los casos anteriormente mencionados, por ejemplo, del Convenio de la CEE de 1968 y de la Convención de Roma de 1980, los textos van acompañados de informes oficiales redactados por los relatores de los grupos de redacción del convenio o convención y destinados a constituir una fuente casi obligatoria de referencia para los tribunales de los diversos Estados contratantes en la interpretación de las leyes uniformes de que se trate<sup>20</sup>.

Noción de una recopilación internacional del derecho contractual: el proyecto de UNIDROIT de Principios relativos a los contratos mercantiles internacionales

Sin embargo, la doctrina jurídica puede incluso protagonizar proyectos concretos de unificación. La idea de resucitar el antiguo ius commune que durante siglos constituyó una base jurídica unitaria en la Europa medieval, sin perjuicio de su fragmentación en una miríada de diversas entidades políticas, cada una con sus legislaciones particulares, es tan antigua como el propio movimiento de unificación. Sin embargo, aunque durante mucho tiempo no se la consideró más que como una mera utopía, su realización ha sido propugnada recientemente como una necesidad real de la situación, todo menos satisfactoria, del derecho uniforme. De hecho, a raíz de la proliferación de convenciones y leyes uniformes de alcance muy limitado y de carácter fragmentario, cada vez es más necesario un sistema de principios y conceptos generales a los que recurrir para interpretar y completar los distintos instrumentos de derecho uniforme. ¿Qué mejor modelo hay que el antiguo ius commune con sus principios y sus normas, que la ciencia jurídica de la Europa occidental desarrolló entre los siglos XII y XVIII sobre la base del Corpus Juris de Justiniano, y que ha facilitado un entendimiento común por encima y más allá de los diversos derechos locales?<sup>21</sup>

Una primera tentativa en este sentido puede ser la de los repertorios de legislación de Estados Unidos (American Restatements of Law) preparados y actualizados periódicamente por juristas de ese país bajo los auspicios del American Law Institute. Como es bien sabido, el objetivo oficial de esas iniciativas es sólo el de la recopilación sistemática de leyes sobre temas tales como contratos, responsabilidad civil, mandato, etc., que tradicionalmente han sido de la competencia del derecho común de los distintos Estados federales. Sin embargo, al presentar los resultados en forma de "normas en negritas", los autores de las recopilaciones suelen acabar por optar por una de las diversas soluciones seguidas por los tribunales de los diversos Estados, contribuyendo con ello al futuro desarrollo de una legislación más uniforme en todo el país<sup>22</sup>.

Otros dos proyectos análogos emprendidos a escala internacional tienen aun mayor interés en la actual coyuntura. El primero está limitado a los países de las comunidades europeas y tiene por objeto la elaboración de una especie de "recopilación" del derecho contractual europeo (es decir una recopilación de los principios y normas en materia de derecho de contratos comunes a los Estados Miembros y/o posiblemente expresión de las soluciones más avanzadas). Con este fin, en 1980 se creó una comisión especial bajo la presidencia de Ole Lando, de Dinamarca, integrada principalmente por estudiosos del derecho. Hasta la fecha, la labor se ha concentrado en las esferas del cumplimiento y el incumplimiento de contratos, y pronto aparecerá un texto de unos 50 artículos en unión de comentarios y notas con referencias al derecho de los diversos Estados Miembros. Una vez concluido, el volumen "Principios de Derecho Contractual Europeo" debería ante todo servir a las instituciones de la CEE, en particular al Tribunal Europeo de Justicia, así como a los jueces nacionales, para la elaboración y la interpretación del derecho de la Comunidad. Sin embargo, también los particulares, especialmente en la contratación transfronteriza, pueden utilizarlos invocándolo como la ley más idónea por la que se rige su contratación, dentro de los límites de las normas de conflicto de leyes de la jurisdicción correspondiente<sup>23</sup>.

Aun más ambicioso es el proyecto de UNIDROIT para la preparación de "Principios relativos a los contratos mercantiles internacionales". Se trata, en efecto, de una tentativa de codificar principios generales de derecho contractual a escala universal, es decir, se pretende recoger todos los principales sistemas jurídicos del mundo y utilizarlos tanto en las relaciones Este-Oeste como en las relaciones Norte-Sur<sup>24</sup>.

Después de los estudios preliminares realizados por un comité de dirección reducido presidido por el Profesor René David, en 1980 se creó un grupo especial de trabajo con la tarea de elaborar un borrador de los diversos capítulos de los Principios. Los miembros del Grupo, que con el tiempo llegó a incluir a representantes de los principales sistemas legales y socioeconómicos del mundo<sup>25</sup>, son expertos destacados en materia de derecho comparado y de derecho mercantil internacional. La mayoría de esos expertos son universitarios, hay algunos altos magistrados o funcionarios de la administración, pero todos actúan a título personal y no expresan las opiniones de sus gobiernos respectivos. El Grupo se ocupa actualmente de la lectura final del centenar largo de artículos del borrador, divididos en seis capítulos, el primero de los cuales contiene disposiciones generales, y los otros versan respectivamente sobre la formación, la interpretación, la validez sustantiva, el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos. Se calcula que el texto definitivo de los Principios, junto con los comentarios, será presentado al Consejo de Administración de UNIDROIT para su aprobación final en el curso de los dos años próximos.

La vocación universal de los Principios de UNIDROIT explica por qué desde el comienzo se ha juzgado necesario limitar su alcance a la contratación mercantil internacional, excluyendo con ello los contratos puramente internos o los contratos concluidos con los consumidores. Después de todo, precisamente en el contexto de las relaciones internacionales es donde más necesidad hay de semejante instrumento. Así pues, con ayuda de los Principios, los magistrados o los árbitros que hayan de resolver cuestiones de interpretación o completar los textos legislativos internacionales podrán con más facilidad evitar recurrir a criterios y normas propios de esta o aquella legislación interna y adoptar una solución autónoma e internacionalmente uniforme. Además, las partes, al determinar la ley que ha de regir su contrato, no tendrán que enfrentarse ya con la necesidad de optar por una legislación nacional determinada, que inevitablemente sería desconocida o poco conocida para al menos una de ellas, o hacer referencia a unos "usos y costumbres del comercio internacional" no mucho mejor definidos o a la enigmática lex mercatoria, cuyo contenido concreto puede muy bien variar según el ámbito cultural especial de los árbitros. Al aprobar los Principios, las partes dispondrán de un conjunto de normas que por la manera en que han sido elaboradas brindan plenas garantías de imparcialidad, y al mismo tiempo son suficientemente detalladas y concretas como para permitir la adopción de soluciones previsibles.

## Unificación mediante la práctica contractual

La tercera y última forma de unificación que hemos de considerar es la que se consigue por la vía contractual, mediante contratos formalizados u otros procedimientos de amplio uso internacional<sup>26</sup>.

Es sabido que ya a mediados del siglo pasado, los hombres de negocios, en vista de la insuficiencia de las legislaciones internas tradicionales para hacer frente a las nuevas necesidades técnicas y económicas del comercio internacional, dieron en elaborar sus propias normas para regular sus relaciones comerciales de un modo más satisfactorio. En un principio estas normas, que revistieron la forma de criterios uniformes, condiciones generales y contratos modelo, eran ante todo elaboradas por distintas empresas o por asociaciones comerciales nacionales que actuaban en los centros comerciales y financieros más importantes de Europa y América del Norte. Por consiguiente, en la mayoría de los casos su contenido era unilateral e inevitablemente estaba influido por los principios y conceptos jurídicos de sus respectivos países de origen. Además, como quiera que prácticamente todas las modalidades uniformes elaboradas por las asociaciones comerciales contenían un acuerdo de arbitraje que atribuía la exclusiva competencia de la solución de cualquier controversia que surgiera entre las partes a sus propios tribunales arbitrales, era inevitable que se desencadenara una verdadera "batalla de formularios" en la comunidad empresarial, que en eso había únicamente las diferencias de contenido de los diversos formularios nacionales, sino también el deseo de cada parte de poder referirse, en caso de controversia, a un arbitraje en su propio país<sup>27</sup>.

Para resolver su situación, que ciertamente no favorecía el orden de las relaciones comerciales, algunas organizaciones internacionales o supranacionales independientes tomaron la iniciativa de elaborar instrumentos contractuales más equilibrados en su contenido y ciertamente de carácter internacional o transnacional, es decir, redactados de tal modo que pudiesen ser entendidos de un modo uniforme en el fondo por todo el que los suscribiera.

La Asociación de Derecho Internacional empezó por aprobar las Reglas de York y Amberes sobre avería en 1980 y las Reglas de Varsovia y Oxford sobre ventas c.i.f en 1932, pero otras organizaciones seguirían pronto el ejemplo, en primer lugar, la Cámara Internacional de Comercio con los Usos y Reglas Uniformes relativos a los créditos documentarios, publicados por vez primera en 1933, y cuya última versión data de 1983 y ha sido aprobada por las asociaciones bancarias de más de 150 países, y con las Incoterms que incluían normas de interpretación de la terminología comercial más difundida, cuya primera versión data de 1935, siendo la última la aprobada en 1990. En la actualidad hay una cantidad impresionante de cláusulas modelo y de definiciones, de condiciones generales y formularios comunes elaborados a escala internacional o supranacional; los promotores de estas iniciativas ya no son únicamente las organizaciones del sector privado como la Cámara de Comercio Internacional o del Comité maritime international, la Federación Internacional de ingenieros consultores y la Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios y Asimilados, sino también las Naciones Unidas con sus organismos y órganos especializados, como la CNUDMI, la Comisión Económica para Europa, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la Organización Marítima Internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, así como otras organizaciones intergubernamentales como el Consejo de Europa y el Comité Jurídico Consultivo Asiático Africano.

Es difícil determinar hasta qué punto estos recientes instrumentos realmente internacionales han conseguido en la práctica sustituir al tradicional *Verbandsrecht* o *droit corporatif*. Los primeros serían generalmente preferibles en el sector de las manufacturas, mientras que este último seguiría predominando en el sector de productos básicos. Sin embargo, incluso aquí la práctica contractual puede servir de factor de unificación; en realidad, también entre los instrumentos contractuales de origen nacional figuran aquellos que como los formularios *ingleses* en el sector de productos básicos, en el transporte marítimo o en los sectores de seguros, debido a la influencia y el prestigio de las asociaciones mercantiles o profesionales que los elaboraron, se utilizan ampliamente incluso por quienes no son sus miembros, por lo que en la práctica llegan a ser instrumentos de aceptación internacional.

Sigue pendiente la cuestión de la relación entre todas esas normas y prácticas o, como a veces se les llama con énfasis, esta nueva ley mercantil o moderna lex mercatoria, y la legislación uniforme.

Hay algunos, especialmente en el propio mundo empresarial, que mantienen que mediante esas normas los círculos empresariales interesados consiguen disponer de una reglamentación exhaustiva y satisfactoria de las diversas operaciones comerciales y que toda pretensión de interferir desde fuera, mediante la

imposición de una legislación uniforme, sería inoportuno y en todo caso estaría condenada al fracaso<sup>28</sup>. Sin embargo, esta opinión es inaceptable.

Para empezar, parte de la hipótesis falsa de que el supuesto derecho autónomo de comercio internacional es autosuficiente y completamente satisfactorio. La verdad es que no es ni lo uno ni lo otro. La mayor parte de los instrumentos contractuales aludidos regulan únicamente algunos aspectos o problemas de la operación correspondiente. Por otra parte, como ya se ha indicado, sólo unos cuantos de ellos representan las opiniones y los intereses de todas las partes interesadas, mientras que la mayoría están redactadas unilateralmente por empresas aisladas o por asociaciones comerciales o profesionales que tienen una posición de predominio en los sectores respectivos.

En tales circunstancias, carece de base la conclusión de que toda intervención reguladora de fuera sería inoportuna o en el mejor de los casos inútil. En todo caso cabe discutir si un sector ya cubierto en gran medida por normas elaboradas por los círculos empresariales interesados, está en condiciones de recurrir a la forma tradicional de la convención internacional, o si es preferible elaborar instrumentos que sean análogos a los que ya se utilizan en la práctica pero que, por ser justamente de una procedencia neutral, tienen un contenido más equilibrado. Dicho de otro modo, en lugar de imponer de manera autoritaria una reglamentación vinculante que, después de todo, por su propia índole carecería de la flexibilidad necesaria y podría tener lagunas, sería preferible insistir en la elaboración de normas y cláusulas contractuales modelo y realmente internacionales en la hipótesis de que, dado el prestigio de la organización que las aprobare y su contenido más equilibrado, podrían más tarde o más temprano sustituir en la práctica a los actuales instrumentos unilaterales de procedencia nacional.

Cierto es que esos instrumentos contractuales presuponen la existencia de un sistema regulatorio más general al que referirse cada vez que surja una incertidumbre en torno al significado puntual o a la necesidad que hay que subsanar. Con este fin, cabe recurrir a recopilaciones como los "Principios relativos a los contratos mercantiles internacionales", que prepara UNIDROIT, o a los "Principios del derecho contractual europeo", elaborados bajo los auspicios de la CEE, aun cuando sólo sean aplicables imperio rationis y no ratione imperii, con lo que se evita recurrir a leyes nacionales específicas.

#### Conclusiones

La unificación del derecho ha dejado de ser prerrogativa de los legisladores estatales. En el mundo contemporáneo hay otros muchos protagonistas del proceso de unificación. Ninguno de los métodos o técnicas de unificación no legislativos que se han examinado aquí -unificación judicial, unificación mediante la doctrina jurídica y unificación mediante contratos- ha de considerarse como posibilidad absoluta de unificación mediante la legislación, sino que los tres son complementarios. Tampoco se excluyen mutuamente; por el contrario, en gran medida dependen unos de otros y se benefician mutuamente.

Los padres fundadores de la CNUDMI, cuyo 25° aniversario estamos celebrando, tuvieron la sensatez de conferir a la nueva organización un mandato lo suficientemente amplio para que cubriera la unificación tanto por medios legislativos como no legislativos<sup>29</sup>. Hasta la fecha, la Comisión ha conseguido establecer un equilibrio satisfactorio entre la elaboración de convenios internacionales y leyes modelo, por una parte, y los textos no legislativos, por la otra. Basta mencionar, en el primer caso, la Convención de 1980 sobre contratos para la compraventa internacional de mercaderías y la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional y, en el segundo de los casos, la Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales y la Guía jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, que pueden considerarse un éxito. Los que creemos en la necesidad de una solución flexible y pluralista de la unificación internacional del derecho, esperamos que este equilibrio se mantenga también en el futuro.

## D. Aplicación e interpretación de textos jurídicos uniformes

1. Principios para la interpretación de un derecho uniforme y función de los trabajos preparatorios, comentarios y repertorios de jurisprudencia en esa interpretación

#### ZHANG YUQING

Departamento de Tratados y Leyes, Ministerio de Relaciones Económicas y Comercio Exterior, Beijing

La aprobación de un instrumento legal uniforme sobre comercio internacional significa que no hemos recorrido más que la mitad del camino que lleva a la unificación del derecho en ese campo. Estos objetivos no se han alcanzado aún del todo. Sólo cuando un derecho uniforme se aplica de manera general y uniforme y se interpreta de manera exacta y uniforme se alcanzan los propósitos y objetivos de la unificación del derecho, a saber, la promoción del desarrollo sin dificultades del comercio internacional. Mi intervención tratará preferentemente de los principios de interpretación y de las funciones y los cometidos desempeñados por los trabajos preparatorios, los repertorios de jurisprudencia y los comentarios pertinentes en la interpretación de un derecho uniforme. También voy a formular algunas propuestas sobre la manera de consolidar estos esfuerzos.

Diversos planteamientos de la interpretación del derecho interno

Acerca de la interpretación del derecho, dado que las tradiciones jurídicas varían de un país a otro, también pueden diferir los principios que se adopten. En general, hay dos enfoques distintos de la interpretación del derecho interno, a saber, uno es el que predomina en los sistemas legales de la Europa continental y en los Estados Unidos y el otro el que prevalece en el sistema legal del Reino Unido.

## Principio subjetivo

Bajo este principio, el tribunal, al interpretar la ley, se ajusta como primera providencia al significado literal de lo dispuesto. Cuando el texto legal plantea problemas de ambigüedad o vaguedad excesiva o de polisemia terminológica, el tribunal puede a su vez invocar los trabajos preparatorios de la ley, o sea, que examinará los antecedentes históricos para determinar el significado exacto de las normas jurídicas de que se trate. Ese enfoque puede ayudar a los jueces y a los árbitros a esclarecer el significado real de las normas legales, con lo que se cumple el objetivo de la legislación. Este enfoque se denomina el principio de interpretación subjetiva, y es un enfoque centrado en el propósito legislativo del orden legislativo y en el que se ponen de relieve los motivos y objetivos de la legislación.

## Principio objetivo

El segundo enfoque consiste únicamente en determinar el significado ex facie del texto legal de que se trate, teniéndose rigurosamente con ello el significado de las palabras empleadas en la propia ley y utilizando como base las relaciones gramaticales de las palabras o de las oraciones para esclarecer el significado de la norma, sin hacer caso omiso de la necesidad de explorar el propósito legislativo al margen del texto. Ese enfoque se denomina habitualmente principio de interpretación objetiva.

Esa tradición ha llegado a cambiar, sin embargo, ya que a mediados del siglo veinte se ha ido permitiendo a los tribunales que invoquen los trabajos preparatorios como instrumento de interpretación de textos legales o de una convención nacional importante.

#### Normas de interpretación de una ley uniforme

Una ley uniforme es el resultado de los esfuerzos conjuntos de gobiernos, organizaciones internacionales y expertos y estudiosos jurídicos. No se trata de una versión adaptada de la legislación de tal o cual país, ni se deriva de un sistema legal determinado; más bien se trata de un texto legislativo internacional. Por consiguiente, su interpretación no es solamente una cuestión teórica, sino también tiene una gran importancia

práctica, ya que guarda relación con la posibilidad de que se alcancen los objetivos y propósitos de la ley uniforme. En el caso de que diversos Estados adopten diversos criterios y orientaciones en la aplicación e interpretación de una ley uniforme, es posible que queden menoscabados los objetivos de esa ley uniforme.

Normas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece que un tratado se interpretará de buena fe de conformidad con el significado corriente que se atribuya a la letra del tratado en su contexto y a tenor de sus objetivos y finalidades. Las normas establecidas por ese artículo son: el significado corriente de la letra; su contenido y su finalidad, y el cumplimiento del principio de la buena fe.

El artículo 32 de esa Convención brinda además la posibilidad de recurrir a medios complementarios de interpretación, tales como la labor preparatoria del tratado y las circunstancias de su celebración, con objeto de confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31, o bien determinar el significado cuando la interpretación según el artículo 31 hagan ambiguo u oscuro el significado o induzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este caso establece claramente el principio que permite recurrir a los trabajos preparatorios.

La Convención de Viena adoptó de hecho un principio que combina los criterios objetivos y subjetivos y, al mismo tiempo, adelanta el principio de proceder de buena fe en la interpretación de un tratado. La aprobación de la Convención y su entrada en vigor han dotado a los tribunales de justicia y a los tribunales de arbitraje de una serie de principios fundamentales y medios de interpretación del derecho uniforme, que es una de las importantes condiciones previas para el logro de los objetivos de un derecho uniforme.

Normas establecidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

La CNUDMI es un órgano que se ocupa específicamente de la unificación y la coordinación del comercio y de las legislaciones mercantiles de los Estados. Las leyes uniformes que han formulado y aprobado en los últimos 25 años corresponden al campo del derecho privado, y difieren de los tratados pertenecientes a la esfera del derecho público internacional. La interpretación y la aplicación de las primeras corre a cargo independientemente de los tribunales de justicia y de los tribunales de arbitraje de los Estados. De hecho, no existe un tribunal de justicia centralizado o un tribunal de arbitraje más allá de la competencia de los Estados para interpretar y aplicar esas convenciones y leyes modelo. Por consiguiente, la interpretación de esas leyes uniformes correspondientes al terreno del derecho privado constituye una cuestión de suma importancia.

Después de decenios de dura labor por parte de los gobiernos y de las organizaciones internacionales pertinentes y después de hacer acopio de la sabiduría colectiva de los expertos en derecho mercantil de todos los países, la CNUDMI ha elaborado por fin, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, un conjunto de importantes principios y métodos para la interpretación de leyes uniformes en el campo del derecho privado.

#### Carácter internacional

En el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa de mercaderías dice que, al interpretar la Convención, los tribunales de justicia y los tribunales de arbitraje han de tener debidamente en cuenta el carácter internacional de la Convención. Es decir, ésta no debe considerarse como parte de la legislación interna, y ni sus artículos ni sus conceptos pueden interpretarse en ningún caso con referencia a su significado correspondiente en la legislación interna de cualquier país o sistema legal. La Convención es un producto que integra las diversas legislaciones de varios Estados. Es un texto legislativo internacional independiente. Aun cuando algún artículo o concepto de la Convención se desarrolle a partir de una idea o un concepto de un determinado sistema jurídico, eso no quiere decir que su significado venga determinado por ese sistema jurídico.

## Uniformidad

La Convención requiere que, en su aplicación, se preste atención a la necesidad de favorecer la uniformidad. La uniformidad y el carácter internacional guardan estrecha relación. Teniendo debidamente en cuenta el carácter internacional de la Convención, los tribunales de diversos países pueden llegar más o menos a la misma decisión en casos análogos. Por consiguiente, la uniformidad es el resultado de tener debidamente en cuenta el carácter internacional de la Convención. Es posible, empero, que en un caso análogo, un tribunal de un país no emita una decisión idéntica a la emitida por un tribunal de otro país, aun cuando se haya tenido debidamente en cuenta el carácter internacional de la Convención. Por consiguiente, cabe preguntarse si un tribunal de un Estado debe tener debidamente en cuenta las decisiones judiciales de otro Estado. Con objeto de lograr la uniformidad y evitar una discrepancia importante en las sentencias recaídas en casos análogos y en las mismas situaciones, los tribunales de diversos países deberán respetarse mutuamente sus interpretaciones y sentencias. Siempre que la otra parte haya sido exacta al aplicar e interpretar la ley uniforme, la sentencia de los tribunales de la otra parte se considerará con fuerza de obligar, o al menos con efecto suasorios. Este respeto y referencia a las aplicaciones e interpretaciones de los tribunales extranjeros permitirá consolidar los efectos suasorios de las decisiones de los tribunales internos en los tribunales extranjeros también. De este modo, se conseguirá la uniformidad en la aplicación de una ley uniforme.

#### Principio de la buena fe

El principio de la buena fe tiene una larga historia en la legislación interna, tanto en lo que se refiere a las negociaciones contractuales mercantiles como la elaboración y el perfeccionamiento de sus contratos. Se consigue un significado más amplio, ahora que por vez primera este principio de derecho interno se ha introducido en una ley uniforme elaborada por la CNUDMI. En primer lugar, la inclusión del principio de la buena fe en el artículo 7 es un claro indicio de que los tribunales nacionales y los tribunales de arbitraje disponen de un principio más para interpretar la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa de mercaderías.

En segundo lugar, a tenor del presente contexto, el principio de la buena fe constituye un "principio general" de la Convención. Por una parte, las partes en un contrato de compraventa internacional deben proceder en consonancia con este principio y, por otra parte, este principio será también de criterio para que cualquiera de las partes dé cuenta de sus actos. Sin embargo, ¿qué constituye el principio de la buena fe en el comercio internacional? ¿Cuales deben ser su contenido y sus consecuencias?. La Convención no contiene cláusulas a este respecto, que tiene que ser detenidamente estudiado aún por parte de los juristas de varios países y depende de la práctica de los tribunales nacionales y de los tribunales de arbitraje. Al determinar el concepto y las normas contenidas en el principio de la buena fe en el comercio internacional, debe tenerse en cuenta su uniformidad y su carácter internacional.

#### Principios generales

Aunque la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías contiene al menos 101 artículos (u 88 artículos, sin contar las cláusulas finales), sus cláusulas no pueden abarcar todos los aspectos en cuestiones que pueden plantearse en los contratatos de compraventa internacional de mercaderías, ni tratar de todos los problemas relativos a los derechos y obligaciones de todas las partes. Los autores de la Convención no podían prever todos los problemas que iban a plantearse en las operaciones con toda clase de mercaderías para establecer en consecuencia las disposiciones correspondientes. Al igual que la legislación interna, esa Convención también contiene algunas lagunas. Para alentar a los tribunales nacionales y a los tribunales de arbitraje a resolver controversias de conformidad con lo dispuesto en la Convención en lugar de invocar el derecho interno, el artículo 7 establece además que las disputas sobre cuestiones reguladas por la Convención, pero no explícitamente resueltas en ella, se solucionarán de conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención.

El descubrimiento y la adopción de principios generales en cuanto tales deberían basarse en la interpretación del artículo o artículos concretos y en lo que se infiera de su aplicación; en modo alguno en una especulación sin fundamento. Es alentador que los juristas internacionales, que son ardientes partidarios

de la causa de la unificación de las leyes mercantiles, hayan formulado numerosos "principios generales" en sus obras o artículos doctrinales, facilitando así una referencia útil a los tribunales de justicia y a los tribunales de arbitraje en su aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías.

Los principios y métodos antedichos relativos a la interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa tienen gran importancia, ya que constituyen los principios básicos de la interpretación de instrumentos legales uniformes en materia de derecho internacional privado.

## Ayudas en la interpretación de leyes uniformes

La práctica ha demostrado que, a pesar del texto de una ley uniforme y de los principios básicos que guían la interpretación y la aplicación de la ley uniforme, en muchas circunstancias no es posible escrutar el significado real de las disposiciones de que se trate. Esto es así sobre todo en el caso del derecho uniforme. Por consiguiente, los tribunales de justicia y los tribunales de arbitraje siguen teniendo necesidad de trabajos preparatorios, de comentarios sobre diversos artículos y también de interpretaciones y decisiones de tribunales nacionales y tribunales de arbitraje de otras naciones sobre cuestiones análogas. Es una manera importante de entender el significado de los artículos de la ley uniforme y de lograr una aplicación y una interpretación uniformes de esa ley para obtener resultados uniformes.

## Trabajos preparatorios y comentarios

Como se ha dicho anteriormente, ni el texto ni las disposiciones ni los conceptos de una ley uniforme deben interpretarse de conformidad con su posible significado en un derecho interno o en un sistema jurídico concreto. Aun cuando algunas expresiones o el enunciado de un concepto sean los mismos que se utilizan en determinado derecho interno, no hay que dar por sentado que han de entenderse o interpretarse del mismo modo que en el derecho interno.

Puede hacerse notar que, en la práctica legislativa de la CNUDMI a lo largo de 25 años o más de elaboración de leyes uniformes, los autores han procurado por todos los medios utilizar conceptos y expresiones neutros y que no procedan de ningún sistema jurídico. Con ello se pretende que magistrados y letrados no se prevalgan del derecho interno para la interpretación, lo cual incidiría en la aplicación e interpretación uniformes de la Convención. Las leyes uniformes elaboradas por la CNUDMI han de publicarse en seis versiones oficiales distintas, y suele suceder que por un mismo concepto las seis versiones varíen en el empleo de expresiones que no tienen el mismo significado. A veces, tratándose de una expresión determinada, no existe en otro idioma una expresión correspondiente con significado idéntico. Por otra parte, toda ley uniforme ha de aplicarse a todos los países del mundo, pero debido a las diferencias de sistemas políticos, económicos y legales en todo el mundo, el texto de algunos artículos sólo puede entenderse como fórmula de transacción o como algo abstracto. Mal se avendría con la realidad la tentativa de subsumir múltiples situaciones complejas y aplicarles a todas una única ley uniforme.

Las situaciones antedichas constituyen un claro indicio de que, al aplicar e interpretar la ley uniforme, no basta con entender el significado aparente del texto en un idioma determinado, o deducir el sentido de cada artículo sencillamente de su sintaxis. Hay también que apoyarse en los trabajos preparatorios a lo largo de todo el proceso de redacción de la ley uniforme, en los comentarios preparados por la Secretaría de la CNUDMI y en las publicaciones de estudiosos de la especialidad de que se trate. Esos documentos, materiales y publicaciones pueden servir de apoyo a jueces y letrados para entender los propósitos del legislador, así como el significado real de lo dispuesto en la ley uniforme.

La comprensión de los propósitos y finalidades legislativos y el entendimiento del sentido real de las disposiciones figuran entre los importantes requisitos previos que ha de reunir una ley uniforme para ser aplicada con exactitud. Los trabajos preparatorios, los comentarios y las publicaciones teóricas constituyen un puente por el que podríamos alcanzar el objetivo de la aplicación y la interpretación uniformes.

De hecho, casi todos los gobiernos consideran necesario proceder a un estudio detenido de una convención o ley modelo antes de firmarla o de adherirse a ella o de incorporarla a su legislación interna. El presente estudio no se limita al texto de la propia ley uniforme, sino que además incluye los trabajos preparatorios y los comentarios. A todo gobierno le resultará muy dificil aceptar una ley uniforme sin proceder primeramente a un estudio de esos materiales.

Todos sabemos que el proceso de la legislación interna, desde las propuestas hasta los debates, la revisión y la aprobación, suele durar una serie de años. Una vez se aprueba oficialmente una ley, queda una gran cantidad de materiales del proceso legislativo. Esos materiales son muy importantes como guía para la aplicación y la interpretación de la ley. Sin embargo, cuando un Estado decide aceptar una ley uniforme o incorporarla a su legislación nacional, sólo hace falta un sencillo procedimiento legislativo, que no deja tantos materiales como en el caso de la legislación interna. En tales circunstancias, para la interpretación y aplicación puntuales de esos materiales como "derecho nacional" es necesario que el Estado haga referencia a los trabajos preparatorios y a los comentarios pertinentes elaborados durante la redacción de la ley uniforme. Sin esos materiales o sin consultarlos no podremos alcanzar los objetivos de la ley uniforme.

Dicho brevemente, el cometido de los trabajos preparatorios o de los comentarios de la ley uniforme es evidente. Los Estados que acepten la ley uniforme y los tribunales de justicia o tribunales de arbitraje que aplican la ley uniforme en la solución de controversias sobre comercio internacional, no sólo habrán de dar fuerza legal a las disposiciones de la ley uniforme, sino que también, al interpretar y aplicar la ley, han de tener muy en cuenta los trabajos preparatorios y los comentarios como una guía provechosa para entenderla.

Decisiones de los tribunales de justicia o de arbitraje extranjeros

En la práctica de los tribunales, data de antiguo la remisión por un tribunal, en la aplicación de legislación interna, a las decisiones de un tribunal extranjero sobre cuestiones afines. Estas remisiones recíprocas son tanto más necesarias cuando se trata de interpretar y aplicar la misma ley uniforme. Los tribunales de justicia y de arbitraje de todos los Estados, en cuanto agentes últimos del cumplimiento de los objetivos y principios de la ley uniforme, han de respetarse mutuamente, intercambiar información y colaborar en la interpretación y la aplicación de la ley uniforme. A este respecto, conviene superar los obstáculos levantados por las tradiciones jurídicas y los sistemas legales a fin de que surtan efecto legal las decisiones de tribunales de justicia o de arbitraje extranjeros en lo que se refiere a la ley uniforme. En el caso de que haya algo de absurdo e impreciso en la interpretación y aplicación de una ley uniforme por parte de un tribunal extranjero, lo que procede es un intercambio de opiniones. Los tribunales de justicia y los órganos de arbitraje de todos los Estados deben aunar esfuerzos para el cumplimiento de los objetivos de las leyes uniformes.

Consideraciones sobre la promoción de la interpretación y la aplicación uniformes

Los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología cumplían las posibilidades de la cooperación mundial en el campo económico y en el comercial. De conformidad con las necesidades surgidas de esa situación, las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales internacionales han elaborado una serie de leyes uniformes sobre comercio internacional, y aún aparecerán más leyes uniformes en lo sucesivo.

Las leyes uniformes sobre comercio internacional desempeñarán un papel cada vez más importante en el fomento del comercio internacional y en la solución de las controversias mercantiles internacionales. Por consiguiente, la gestión y la promoción de la interpretación y aplicación uniformes de las leyes han llegado a ser una importante tarea de la CNUDMI, así como de los gobiernos y de otras organizaciones internacionales competentes. Aquí quisiera aventurar algunas ideas sobre la manera de cumplir los objetivos de la ley uniforme.

Amplia difusión del texto de la ley uniforme y de sus trabajos preparatorios y comentarios. Aunque los textos de las leyes uniformes se distribuyen ampliamente en la mayoría de los Estados, no es lo mismo en el caso de los trabajos preparatorios y comentarios, que a veces son inaccesibles incluso a los letrados, a los jueces y a los árbitros. Esa situación sólo puede tener efectos negativos para la aplicación y la interpretación

de la ley uniforme. Por consiguiente es necesario que la CNUDMI, las organizaciones internacionales pertinentes y los gobiernos, después de aprobar la ley uniforme, decidan también el alcance y el contenido de sus trabajos preparatorios para que, junto con el texto de la nueva ley o de los comentarios, se puedan distribuir ampliamente por parte de los gobiernos.

Repertorios de jurisprudencia. En el caso de Estados que pertenecen a distintos sistemas judiciales y tienen distintos procedimientos judiciales y regímenes de arbitraje, es sumamente difícil disponer de un repertorio exhaustivo de jurisprudencia basada en la ley uniforme, recopilada por parte de todos los Estados. Por ejemplo, en algunos países, no hay ley que requiera la publicación de las sentencias, y en otros países las partes no permitirían que un órgano de arbitraje diese publicidad a su laudo arbitral. Si la CNUDMI está en condiciones de recopilar exclusivamente aquellos casos que pueden ser publicados, su repertorio no sería exhaustivo y de aquí que sea dudoso su carácter universal. El sistema de corresponsales nacionales utilizados por la CNUDMI representa ahora un empeño útil, pero necesita mejorarse aún para tener la máxima eficacia.

En primer lugar, yo creo que necesitamos una convención en materia de derecho público, una especie de convención sobre los principios relativos a la interpretación y aplicación de la ley uniforme. Esa convención debería establecer entre otras cosas, que los Estados, al interpretar la ley uniforme a) deberán siempre invocar sus trabajos preparatorios y comentarios, así como otros escritos de tratadistas; b) deberían atribuir alguna fuerza legal a las sentencias de tribunales de justicia y de arbitraje extranjeros, sobre la base de que sean vinculantes o únicamente suasorias; c) deberán contraer la obligación de dar a publicidad todas las sentencias y dar cuenta de ellas a las autoridades interesadas etc.

En segundo lugar, mientras se llega a un acuerdo sobre esta convención, la Asamblea General debería estudiar la cuestión de recopilar jurisprudencia nacional relativa a la interpretación y aplicación de la ley uniforme, con objeto de adoptar una resolución que imponga a todos los gobiernos la obligación de hacer esa recopilación para poder llevar a la práctica ese sistema.

Seminarios y cuadros de expertos. La interpretación y la aplicación de la ley uniforme requieren unos conocimientos profesionales avanzados. A pesar de la existencia de trabajos preparatorios, comentarios y escritos de tratadistas, los tribunales de justicia y los órganos de arbitraje de los diversos Estados pueden adoptar diversas decisiones sobre casos de la misma índole, incluso sobre casos planteados en circunstancias completamente análogas. Esto es posible por varios motivos, tales como diferencias de sistemas políticos, económicos y jurídicos. Esta situación sería perturbadora. Para evitar y superar estas discrepancias de interpretación y aplicación de la ley uniforme, la CNUDMI debería organizar periódicamente seminarios regionales o internacionales sobre la ley uniforme y sobre los fallos basados en la ley uniforme, de suerte que sea posible estudiar y debatir cuestiones legales concretas y llegar a un consenso.

Asimismo, en virtud de todas las convenciones que han entrado en vigor, debería crear la CNUDMI un cuadro de expertos que examinara e investigara las reclamaciones formuladas por los Estados partes acerca de problemas de interpretación y aplicación de la ley uniforme por parte de tribunales de justicia y de arbitraje extranjeros, el cual remitiría su dictamen a la CNUDMI de manera que ésta pudiese mediar entre los Estados enfrentados. Por otra parte, al averiguar que los tribunales de justicia o de arbitraje de los diversos Estados han dado distintas interpretaciones y adoptado distintas decisiones sobre casos análogos surgidos en circunstancias idénticas, el cuadro de expertos podría llevar a cabo investigaciones por propia iniciativa y adelantar sus comentarios para mantener la interpretación y la aplicación uniformes. A este respecto, el enfoque adoptado por el GATT en la aplicación de alguno de sus códigos y los planteamientos de algunas otras convenciones constituyen ejemplos excelentes.

La labor sobre la ley uniforme bajo los auspicios de la CNUDMI y otras organizaciones internacionales es muy importante y pertinente, ya que interesa al desarrollo de la economía y el comercio mundiales así como a la amistad entre los pueblos y a la paz mundial. Tenemos ciertamente el deber sagrado de procurar la interpretación y aplicación uniformes de la ley uniforme.

# 2. "Yo me lo guiso yo me lo como": experiencias de un juez al aplicar un texto jurídico en cuya redacción colaboró

#### HOWARD M. HOLTZMANN

Juez, Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos, La Haya (Países Bajos)

La última vez que tuve ocasión de actuar en esta sala, sede de la Asamblea General, fue el 15 de diciembre de 1976. El programa de la Asamblea General de aquel día incluía el examen de una resolución para recomendar la aplicación mundial del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Yo participé en la redacción de ese Reglamento, y el representante de los Estados Unidos me invitó a sentarme a su lado para facilitar información por si surgieran algunas cuestiones de detalle en el debate sobre la resolución. Sin embargo, la CNUDMI gozaba de un respeto tan general que no hubo preguntas en absoluto. En consecuencia, las actuaciones fueron rápidas y simples. El presidente anunció la resolución, preguntó si alguien deseaba hacer comentarios y casi sin hacer pausa declaró aprobada la resolución. Nadie se opuso. De este modo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI entró a formar parte del sistema de justicia internacional.

Como dije en esta sala hace 16 años, no podría haberme imaginado que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tuviera la enorme influencia que ha alcanzado en la configuración de la moderna práctica del arbitraje. Ciertamente no podría haber soñado que un día estaría yo entre los miembros de un tribunal con el cometido de arbitrar más de 4.000 casos de conformidad con ese Reglamento. Sin embargo, eso es lo que ha ocurrido. Durante los 11 años últimos he sido miembro del Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos, tal vez el arbitraje más importante en la historia hasta la fecha, si se le califica por el número de casos y las cifras que en él se han manejado.

La experiencia en la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en tantos casos es la razón por la cual el Secretario de la CNUDMI ha titulado mi intervención de esta tarde "Yo me lo guiso yo me lo como". En cierto modo, ese título es muy acertado; yo me he comido muchos platos, incluso pucheros, de un guiso que he contribuido a crear. Por otro lado, ese título requiere alguna aclaración, porque aunque yo sea el cocinero que se come lo que cocina, no he sido el único cocinero que ha hecho el guiso. Como explicaré dentro de unos minutos, la fuerza del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI está en que fueron muchos los cocineros que aportaron recetas, ingredientes y habilidades.

El reglamento del Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos incluye el Reglamento de la CNUDMI únicamente con modificaciones limitadas para tener en cuenta las circunstancias especiales de ese Tribunal, tales como su composición de nueve miembros y su carácter permanente. Ese Tribunal ha sido un fuerte banco de prueba para el Reglamento de la CNUDMI. A mi juicio, la eficacia del Reglamento puede resumirse en una palabra: funciona. El Reglamento ha demostrado ser lo suficientemente amplio para abarcar todos los supuestos procesales surgidos en miles de causas sustanciadas bajo una presión considerable. Es lo suficientemente flexible como para que el proceso de arbitraje haga frente a circunstancias especiales y al mismo tiempo es lo suficientemente detallado como para facilitar a partes y árbitros al mismo tiempo la orientación necesaria.

Mi evaluación de la eficacia del Reglamento se basa en la experiencia efectiva del Tribunal al aplicarlo en controversias entre dos Estados, así como en casos que afectaban a particulares. La variedad y el volumen de los casos planteados ante el Tribunal se desprende de la amplia gama de operaciones comerciales y de inversión que dieron lugar a los contenciosos. Por supuesto había importantes contratos relacionados con la extracción y la exportación de petróleo. Había ingentes proyectos de construcción de plantas industriales, conjuntos de viviendas e incluso un parque de atracciones. El Gobierno de los Estados Unidos y los contratistas del Ministerio de Defensa de los Estados Unidos habían contratado el suministro de armas y servicios. Se habían adoptado amplias disposiciones de transferencia de tecnología, relativas muchas de ellas a computadoras y material electrónico. Hubo compraventa de grandes cantidades de cereales y otros productos básicos; se construyeron y gestionaron hoteles; se fundaron compañías de seguros; se embotelló leche y bebidas no alcohólicas; se realizaron numerosas operaciones de transporte marítimo y por contenedores. No

hubo prácticamente un solo producto que no se vendiera y se comprara. En apoyo de esas operaciones, los bancos concedieron préstamos, tomaron depósitos y emitieron múltiples cartas de crédito. Después de la Revolución Islámica, surgieron controversias sobre la mayoría de esa inmensa actividad comercial. Además, la República Islámica del Irán presentaba reclamaciones a los Estados Unidos, inclusive unos 22.000 millones de dólares por concepto de material bélico que la República Islámica del Irán asegura que pagó por adelantado pero no recibió adecuadamente. Además, ha habido grandes controversias de derecho público internacional sobre la interpretación y el cumplimiento de tratados entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos. Se ha producido una montaña de documentos sobre esos casos, a todos los cuales se aplicó el Reglamento de Arbitraje. Por ejemplo, además de los laudos y decisiones que ya constituyen más de 25 volúmenes impresos, el Tribunal había publicado en marzo de 1992 18.468 órdenes procesales y las partes habían presentado más de 25.800 documentos distintos. En toda esta ingente litigación, el Reglamento ha hecho un buen papel.

El título del programa de hoy nos invita a extraer lecciones para el futuro de los logros de la CNUDMI en el pasado. Al mirar al futuro, conviene considerar no sólo si el Reglamento funciona bien, sino si es eficaz, cuáles son los factores de su redacción que contribuyeron a su éxito. La historia del Reglamento presenta ocho factores clave que contribuyeron a su aceptación y a su éxito. Como quiera que esos mismos factores pueden contribuir a la elaboración de otros textos mercantiles internacionales unificados, convendría mencionarlos brevemente.

El primer factor necesario para el éxito de un texto unificado es que cubra una necesidad ampliamente reconocida expresada por la comunidad internacional. Aunque antes de elaborarse el reglamento, ya existían numerosas normas sobre arbitraje, todas las emitían órganos de arbitraje especiales o estaban destinadas para determinadas profesiones, o bien para su utilización en determinadas regiones o sistemas económicos. Un amplio estudio realizado por cuenta de la CNUDMI por Ion Nestor indicaba que, si bien esas normas existentes eran valiosas, era también necesario adoptar unas normas más universales. Como consecuencia de esa necesidad, el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, organización compuesta de expertos en arbitraje y representantes de órganos de arbitraje, instó a la CNUDMI a que emprendiera el proyecto de elaborar unas nuevas normas. En vista de ese generalizado apoyo para la elaboración del Reglamento, muchos expertos en arbitraje estaban deseosos de participar en la tarea.

Esto me lleva al segundo factor necesario para elaborar con éxito un texto comercial unificado, y es que la relación debe correr a cargo de expertos que tengan experiencia práctica al respecto. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se benefició de esa experiencia. Pieter Sanders fue designado al comienzo como consultor del Secretario General y aportó una vasta experiencia como árbitro y como redactor de otros reglamentos. Por otra parte, muchos Estados incluyeron a importantes árbitros en ejercicio en sus delegaciones en la CNUDMI. Además, entre los observadores de las delegaciones figuraban, entre otros, representantes de la CIC, de la American Arbitration Association y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Los expertos no sólo sabían de arbitraje, sino que además proporcionaban información y puntos de vista desde todas las regiones geográficas y sistemas legales, políticos, sociales y económicos. He aquí el tercer factor que contribuyó a la eficacia del Reglamento de Arbitraje. Un antiguo proverbio anglosajón dice que demasiados cocineros estropean el guiso. Eso será cierto en el caso del guiso que se prepara en la cocina de la abuela, pero no en el caso de la preparación de un texto internacional. Es preciso que un texto destinado a una aplicación mundial sea compatible con muchas culturas mercantiles y jurídicas distintas, o al menos adaptable a ellas. Téngase en cuenta, por ejemplo, que en Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos el Reglamento de Arbitraje tiene que poder ser aplicado por árbitros formados respectivamente en el derecho civil, en el common law, y en el derecho islámico. Esa universalidad sólo se puede lograr cuando el texto internacional refleja y respeta los puntos de vista de los redactores de todas las partes del mundo.

Sin embargo, los redactores no bastan. Esto me lleva al cuarto e importante factor de la elaboración de un texto eficaz; que los redactores deben estar en contacto permanente y estrecho con la comunidad que va a aplicar y a la que se va a aplicar el texto internacional. En el caso del Reglamento de Arbitraje, era necesario disponer de observaciones sobre la labor en marcha por parte de los usuarios del arbitraje comercial

internacional, a saber, hombres de negocios, juristas y árbitros. Los delegados ante la CNUDMI celebraron numerosas consultas en sus países de procedencia en los intervalos entre las reuniones de la Comisión; las instituciones de arbitraje y los gobiernos hicieron estudios y observaciones en cada una de las fases de la redacción. Más de 200 expertos de todas partes del mundo debatieron vivazmente un texto en una Conferencia de cuatro días celebrada en Nueva Delhi bajo el patrocinio del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial. La Comisión tomó nota de las observaciones de la Conferencia de Nueva Delhi. El Reglamento salió ganando con esta apertura de criterios.

Sin embargo, por muy sabios que sean los expertos y por muy amplias que sean las consultas, los redactores no pueden prever todas las contingencias futuras ni el carácter excepcional de algunas operaciones. Por esos motivos, un quinto factor clave del éxito de un texto comercial internacional es que incorpore toda la flexibilidad y toda la autonomía para las partes que sea posible. Esto se hizo al redactar el Reglamento de Arbitraje y es una importante razón de su aceptabilidad y su utilidad.

La elaboración de un texto internacional eficaz requiere la cooperación de mucha gente de todas las partes del mundo y eso a su vez requiere una amplia organización y un esfuerzo coordinado. De este modo, el sexto factor clave es una secretaría muy profesional que facilite apoyo e infraestructura. Esta función indispensable para el Reglamento de Arbitraje -así como para todos los demás textos de la CNUDMI- corre a cargo de la Subdirección de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Además, un texto definitivo no puede concluirse en un plazo razonable sin un presidente experimentado con el ímpetu necesario para centrar los debates y lograr el consenso en el seno de la Comisión. Este es el séptimo factor clave. Roland Loewe de Austria, que dirigió las reuniones en las que se elaboró el Reglamento de Arbitraje, constituye un espléndido ejemplo de presidente que aportó ese elemento tan necesario.

Al final, ni siquiera el mejor texto tendrá una amplia aceptación a menos que se cuente con otro factor más. El texto ha de ser promulgado por un órgano internacional respetado cuya competencia, imparcialidad y neutralidad estén ampliamente reconocidas. Este es el octavo factor necesario. Las normas elaboradas por la CNUDMI y recomendadas por la Asamblea General, presentan esas ventajas en grado considerable. No representan un punto de vista único. Son normas aceptadas porque son las normas de todos.

Una última observación es que un buen texto comercial internacional influye no sólo en los que lo utilizan directamente, sino en los que lo consideran como modelo, o como banco de prueba, en la elaboración de otras normas. Así pues, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI encuentra eco en otros muchos reglamentos modernos. Por citar sólo un ejemplo muy reciente, el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, que es el sistema de arbitraje internacional permanente más antiguo que existe, moderniza ahora su Reglamento y, al hacerlo, utiliza como modelo el Reglamento de la CNUDMI.

Quiero para concluir recordar una anécdota preferida del magistrado Louis Brandeis, uno de los grandes magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Hablaba Brandeis de un jurista invitado a redactar un código legal para un nuevo Estado independiente. Según Brandeis, el jurista "viajó a ese país y durante dos años vivió literalmente con sus habitantes estudiando por doquier sus costumbres, sus necesidades, sus creencias y sus puntos de vista. Luego incorporó en el código la vida que vivían". El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI es eficaz porque incorpora la vida que viven los usuarios del arbitraje. He aquí el secreto del éxito de cualquier texto uniforme de derecho mercantil.

3. Un derecho uniforme requiere una interpretación uniforme: propuestas para la creación de un tribunal internacional para la interpretación de los textos jurídicos

#### PROFESOR LOUIS B. SOHN

Universidad George Washington, Washington, D.C.

En primer lugar, conviene aclarar que los textos jurídicos uniformes revisten muchas formas; algunos de ellos se llaman leyes uniformes, y son presentados como tales a los parlamentos nacionales para su incorporación eventual al derecho interno. Otros guardan relación con las convenciones internacionales de

muchas maneras; algunos se incluyen en la convención como anexos (por ejemplo, los anexos a la Convención sobre Aviación Civil Internacional), otros se promulgan con posterioridad para aplicar la Convención (por ejemplo, el reglamento de la Organización Mundial de la Salud); otros tienen forma de convención (por ejemplo, las 30 convenciones o más aprobadas por las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, o los 170 convenios o más de la Organización Internacional del Trabajo); otros se aprueban en la forma menos vinculante aparentemente de conjuntos de normas, códigos de conducta, leyes modelo, declaraciones o directrices (por ejemplo, en cuestiones de medio ambiente), pero se suelen promulgar sin embargo como legislación interna. En muchos otros campos, en que no existen textos jurídicos uniformes acordados internacionalmente, las leyes nacionales son de hecho uniformes, ya que se inspiran en el mismo instrumento internacional o nacional sin reconocerlo explícitamente. Algunos acuerdos que incorporan textos jurídicos uniformes no plantean muchas dificultades, pero algunos como el Convenio de Varsovia de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, han dado por resultado centenares de decisiones de tribunales nacionales, algunas incluso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que suelen diferir considerablemente en sus interpretaciones del Convenio.

Una vez aprobado un texto uniforme, empiezan a surgir nuevos problemas internacionales. Por ejemplo, hay que cerciorarse de que la ley uniforme va a formar parte del derecho interno de diversos países. En segundo lugar, la interpretación de esas leyes por los tribunales nacionales puede diferir. Y por último, cabe preguntarse si hay una manera de conseguir que las leyes uniformes se interpreten de manera uniforme.

En general se reconoce que el proceso de unificación de las leyes de varios países que afectan al comercio internacional y a otras relaciones transnacionales es una operación compleja. No sólo requiere un largo esfuerzo internacional de negociación de un texto uniforme, sino además esfuerzos nacionales independientes para incorporar los textos uniformes a los sistemas legales de cada país y difundir entre los juristas locales la existencia y el valor de estos textos.

Un segundo problema surge cuando los tribunales nacionales empiezan a aplicar el texto, ya que diversos tribunales inmediatamente empiezan a dar su propia interpretación del texto, especialmente si ha sido traducido, no siempre con exactitud, a un idioma local. Con lentitud habitualmente, pero a veces con rapidez, el texto pierde su uniformidad; el valor del texto uniforme empieza a disminuir, y el laborioso esfuerzo por llegar a un acuerdo sobre su contenido se disipa de este modo<sup>30</sup>. Algunos juristas avisados pueden entonces aprovecharse de estas alteraciones, empiezan a presionar y a moverse por los juzgados a fin de obtener la interpretación del texto más favorable para sus clientes.

En tercer lugar, dado que la necesidad de obtener una interpretación uniforme de la ley uniforme y de las convenciones de derecho internacional privado fue reconocida hace mucho tiempo, se han propuesto varias soluciones.

Varias organizaciones internacionales han elaborado varias maneras de interpretar las convenciones uniformes concertadas bajo sus auspicios. Algunas han dispuesto que sus órganos políticos principales adopten decisiones vinculantes. Otras han recurrido a interpretaciones aclaratorias por sus secretarías, que generalmente se basan en el historial legislativo de la convención, en un estudio meticuloso por la asesoría jurídica de la secretaría de que se trate, de los materiales preparatorios generalmente depositados en esa oficina. UNIDROIT estudió en 1959 la conveniencia de estos procedimientos, especialmente los elaborados por la Organización Internacional del Trabajo y por la Organización de la Aviación Civil Internacional<sup>31</sup>. La CNUDMI elaboró otro estudio en 1985 en el que se mencionaba la posibilidad de que la Comisión: a) expresara su opinión sobre la interpretación adecuada de un texto uniforme en caso de conflicto entre decisiones de tribunales nacionales; b) respondiera al pedimento de esa interpretación por un tribunal nacional o un tribunal de arbitraje, o c) respondiera a preguntas abstractas de particulares. En cambio, en el estudio se proponía un enfoque más limitado basado primordialmente en la difusión y el análisis de las decisiones nacionales<sup>32</sup>.

El éxito de los arbitrajes internacionales en el siglo diecinueve inspiró a los juristas internacionales la aplicación de este remedio internacional al nuevo problema de mantener la uniformidad de las normas comunes y garantizar su interpretación adecuada. No hay que sorprenderse, pues, de que ya en 1911 Hans

Wehberg, uno de los juristas internacionales más eminentes de la primera mitad del siglo actual, propusiera la creación de un Tribunal internacional para causas privadas que se ocupara, entre otras cosas, de "controversias relativas a cuestiones de derecho internacional privado (en apelación de tribunales nacionales), y de demandas de particulares basadas en tratados internacionales que establecieran leyes uniformes (en apelación de los tribunales nacionales)<sup>33</sup>. De este modo reconocía que eran necesarias dos disposiciones, a saber: la creación de un tribunal internacional especial y algún procedimiento para remitir a ese tribunal una cuestión de interpretación de un tribunal nacional.

La cuestión se volvió a plantear en 1920, en relación con la elaboración del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, órgano antecesor de la Corte Internacional de Justicia. En aquella época, la Unión Interparlamentaria, en la que estaban representados muchos parlamentos nacionales, propuso que Tribunal Permanente fuera competente en los conflictos entre particulares relativos a la interpretación de convenios de derecho internacional privado, así como a convenios relativos a la propiedad industrial y literaria, al derecho mercantil y al derecho marítimo, que establecieran normas uniformes para estos importantes campos del derecho<sup>34</sup>. El Comité Asesor de Juristas elaboró el Estatuto del Tribunal Permanente no acogió sin embargo favorablemente esta idea y la competencia del Tribunal se limitó a controversias entre Estados.

La idea de arbitrar un procedimiento para hacer frente concretamente a la interpretación del número creciente de convenciones por las que se establecían normas uniformes de derecho privado o normas uniformes de conflicto de leyes (lo que se llamaba en Europa derecho internacional privado) resucitó en el decenio de 1930. En 1931, se firmó un protocolo en la sexta reunión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado celebrada en La Haya, en cuya virtud los Estados partes en ese protocolo reconocían la competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en controversias relativas a la interpretación de los convenios elaborados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya que hubieren ratificado o a las que se hubieren adherido<sup>35</sup>. Toda parte en una de esas controversias que hubiere ratificado el protocolo estaba facultada para invocarlo ante el Tribunal frente a otro Estado que también hubiese ratificado el protocolo. Por consiguiente, si los Estados habían ratificado uno de esos convenios y el protocolo, y surgía entre ellos una controversia sobre el significado de una cláusula de ese convenio, cualquiera de ellos estaba en condiciones de plantear la cuestión ante el Tribunal. Esta solución no resultaba satisfactoria, ya que sólo los Estados podrán pleitear ante el Tribunal, y los particulares no tenían acceso a ella. La mayoría de los problemas de interpretación del derecho uniforme surgen de controversias entre dos particulares que deberían tener alguna manera de recabar una interpretación de una institución internacional.

El protocolo de La Haya del año 1931 fue ratificado sólo por unos cuantos Estados, y nunca fue invocado por Estado alguno. Conviene hacer notar, sin embargo, que sin invocar el protocolo de 1931, en 1957 se planteó ante la Corte Internacional de Justicia una controversia relativa a derechos privados en virtud de un convenio de La Haya. La Corte dio a un convenio de 1902 una interpretación restrictiva, distinguiendo entre el derecho privado de tutela y las leyes sociales destinadas a proteger al niño frente a amenazas a su salud, a su estado mental o a su desarrollo moral, y dio preferencia a una ley social sueca frente al convenio<sup>36</sup>. De este modo, este caso no alentó el planteamiento ante la Corte de otras cuestiones de interpretación de convenios de ley uniforme, y se siguió buscando una solución más adecuada.

En particular, los juristas se preocupaban porque no sólo la Corte de La Haya sino otros tribunales internacionales raramente eran asequibles a particulares y razones sociales, especialmente porque comprobaban que los Estados eran cada vez más renuentes a hacer suyas las demandas de particulares o razones sociales contra Estados con los que mantenían buenas relaciones. Un Estado raras veces estaba dispuesto a causar complicaciones internacionales planteando una demanda de uno de sus súbditos contra otro Estado como una controversia entre Estados. Se pensaba que muchas cuestiones privadas podrían decidirse satisfactoriamente en un tribunal internacional más reducido sin recurrir a la Corte de La Haya. Si esas demandas privadas las conocía por la vía ordinaria un tribunal especial integrado por juristas formados en derecho internacional privado, se eliminaría una importante causa de irritación en las relaciones interestatales. La cuestión se planteó ante el Instituto de Derecho Internacional, que en 1929 adoptó una cauta resolución en la que sugería que "en algunos casos convendría reconocer los derechos del particular de plantear ante un tribunal internacional directamente, a reserva de las condiciones que se fijasen, sus controversias con

Estados"<sup>37</sup>. En 1934 una comisión mixta preparó un proyecto de un tribunal franco-belga de ese tipo<sup>38</sup>. Geouffre de Lapradelle propuso entonces que esa idea se aplicara a "controversias relativas a la aplicación de convenciones internacionales de derecho privado", y la Asociación de Derecho Internacional aprobó esta propuesta en 1934<sup>39</sup>. También refrendó la propuesta la Unión Interparlamentaria en 1936, después de un considerable debate<sup>40</sup>. Después de la Segunda Guerra Mundial se formularon una serie de propuestas análogas de crear tribunales internacionales para cuestiones privadas, tales como las propuestas de que las Naciones Unidas creasen unos órganos judiciales subsidiarios para resolver las reclamaciones de particulares y personas jurídicas contra los Estados. Esta idea la tuvo en cuenta, por ejemplo, la American Bar Association en 1953<sup>41</sup>.

Otra solución la propuso el jurista francés André Prudhomme, director a la sazón de la publicación de derecho internacional privado, Journal du droit international. Redactó una propuesta de tribunal internacional que fallase en recursos de apelación de tribunales nacionales en casos planteados en contratos entre Estados y particulares<sup>42</sup>. Hacia 1939, Pietro Valindas había reunido una serie de propuestas de que fuesen unos tribunales especiales los encargados de interpretar las convenciones internacionales destinadas a facilitar la uniformidad del derecho privado o del derecho internacional privado<sup>43</sup>.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se formularon análogas propuestas de creación de un tribunal que permitiese una interpretación uniforme de las convenciones de derecho aéreo privado<sup>44</sup>. También se mostró interés por crear un tribunal internacional de comercio<sup>45</sup>.

Algunas propuestas se limitaron a operaciones económicas especiales. Por ejemplo, UNIDROIT preparó en 1946 una convención para un tribunal internacional de préstamos<sup>46</sup>. En 1935 los Países Bajos presentaron una propuesta al respecto, con la consecuencia de que en 1939 un Comité de la Sociedad de las Naciones para el estudio de contratos internacionales de préstamo publicó un proyecto de ese tribunal<sup>47</sup>. Análogamente, se han hecho propuestas de creación de un tribunal arbitral para inversiones extranjeras<sup>48</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar establece, entre otras cosas, un Tribunal Internacional del Derecho del Mar, cuya competencia se extiende a las controversias entre particulares<sup>49</sup>.

Aun más recientemente, el incremento de las convenciones multilaterales que versan sobre diversos aspectos del medio ambiente mundial hizo adoptar propuestas de creación de un tribunal internacional del medio ambiente y de un defensor del pueblo autorizado para recabar dictámenes de ese tribunal en caso de un conato de controversia en torno a la interpretación de una de las convenciones<sup>50</sup>.

## Conclusiones

Combinando todas esas ideas, sería conveniente crear un tribunal, paralelo a la Corte General de Justicia, que se ocupara de los problemas planteados por las interpretaciones incoherentes de acuerdos internacionales que contuvieran diversos textos jurídicos, códigos de conducta y declaraciones de derecho uniformes. Ese tribunal podría estar integrado por 17 juristas (magistrados, letrados y catedráticos) que fuesen expertos en varios aspectos del derecho internacional privado o tuvieran experiencia en la elaboración, la aplicación o la interpretación de leyes uniformes o convenciones uniformes. La competencia del tribunal se especificaría en el protocolo que contendría una lista fácilmente enmendable de convenciones multilaterales, y el Estado que ratificara el protocolo aceptaría la competencia del tribunal con respecto a una o de ser posible más convenciones y se le animaría a hacer más aceptaciones de vez en cuando. En el caso de surgir ante el tribunal nacional de un Estado una controversia sobre la interpretación de una convención para la que ese Estado hubiese aceptado la competencia del tribunal, el tribunal, a petición de una de las partes en la controversia, remitiría el caso al tribunal internacional recabando una opinión consultiva, y los particulares tendrían la posibilidad de exponer sus argumentos ante el tribunal. La interpretación del tribunal internacional, aunque no vinculante, tendría autoridad. El tribunal que la solicitó podría probablemente aplicarla y tendría un peso considerable en los casos en que se plantease la misma cuestión en tribunales de otros Estados que hubiesen aceptado o pudieren aceptar en lo sucesivo la competencia del tribunal para la convención de referencia. Al adherirse al protocolo, el Estado podrá también declarar que la interpretación del tribunal internacional será vinculante en lo sucesivo para todos sus tribunales cuando se formule en un caso remitido

al tribunal por uno de esos tribunales. Podrá también declarar que las interpretaciones del tribunal internacional en los casos que le remitan los tribunales nacionales de otros Estados también serían vinculantes para los tribunales nacionales<sup>51</sup>.

También parece conveniente, al menos en estos tiempos de estrecheces, económicas, disponer de un solo tribunal para todas las convenciones sobre las leyes uniformes o sobre derecho internacional privado, ya que así se evitaría el costo excesivo de mantener simultáneamente un número creciente de tribunales para un tema tras otro.

Habría que solucionar las modalidades de procedimiento y otras cuestiones, pero el camino ya lo han despejado no sólo muchas propuestas e informes interesantes, sino también algunas instituciones existentes. En general, los autores del estatuto del propuesto tribunal internacional podrían aprovechar la experiencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (aceptado por 97 Estados en enero de 1992), del Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos, de los cuadros de árbitros creados en virtud del Acuerdo sobre el Libre Comercio de Estados Unidos y el Canadá, y de otros varios tribunales menos conocidos que funcionan en díversas partes del mundo.

Una vez creado, un tribunal general podría elaborar técnicas que le permitieran conocer cualquier tema, por difícil y especializado que fuera. Ese tribunal hace mucha falta. Su creación sería acogida con un suspiro de alivio por muchos ministerios de Relaciones Exteriores que ya no tendrían que enfrentarse con demandantes enfurecidos ni con el dilema de si sería menos peligroso tener un ciudadano insatisfecho o un enfrentamiento hostil con un gobierno extranjero.

Un tribunal para la interpretación de leyes uniformes y convenciones de derecho privado constituiría una importante aportación al desarrollo del derecho mercantil internacional y al Decenio de Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

## E. Valor de la aplicación universal a los efectos de la integración y el desarrollo regionales

#### 1. Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano

#### D.S. MOHIL ON BEHALF DE F.X. NJENGA

Secretario General del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano

Para empezar, permítaseme expresar a la CNUDMI en nombre del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano (AALCC) los más cordiales parabienes por organizar este Congreso, aportación suya al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, con los objetivos de examinar las realizaciones de la CNUDMI en la planificación y la armonización progresivas del derecho mercantil internacional a lo largo de los últimos 25 años y determinar las necesidades prácticas en las que se va a basar su futura programación.

La creación de la CNUDMI en 1966 como órgano jurídico fundamental dentro del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional fue considerada un importante acontecimiento. En particular los países en desarrollo se congratularon de su intento de revisar las normas y prácticas existentes en materia de comercio internacional y de la elaboración de normas adecuadas a las necesidades de la cambiante estructura de la comunidad internacional en la era postcolonial. Se llegó a la conclusión de que, si bien un derecho internacional público que rigiera las relaciones entre las naciones era un producto de Occidente, el derecho relativo al comercio internacional había sido primordialmente elaborado por las cámaras de comercio, las asociaciones comerciales y los órganos jurídicos de las capitales metropolitanas. Se trataba de un campo en el que los procedimientos y la experiencia de los países en desarrollo habían de asociarse en un ámbito adecuado con los de las naciones más antiguas para alcanzar soluciones justas y equitativas. La creación de la CNUDMI se consideró como un paso acertado en esa dirección.

El AALCC respondió pues con especial agrado a la solicitud de cooperación formulada por el Presidente a la sazón de la CNUDMI, E.K. Dadzie, de Ghana, cuando llegó a Karachi en 1969 para asistir al décimo período de sesiones. Luego vino la activa participación de John Honnold, Secretario de la CNUDMI en la reunión de Accra de 1970, lo cual contribuyó a establecer vínculos oficiales entre los dos órganos, con el resultado del estrechamiento de las relaciones de trabajo y de la inclusión de temas de interés recíproco en los respectivos programas de actividades. También tuvo como consecuencia la creación de un Subcomité permanente abierto sobre Cuestiones de Derecho Mercantil Internacional en el AALCC, encargado de la doble tarea de vigilar y revisar las últimas novedades en materia de derecho mercantil internacional desde la perspectiva afroasiática y de emprender proyectos propios que atendieran las necesidades de la región. Dado que la CNUDMI estaba concebida como el principal instrumento del sistema de las Naciones Unidas para fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional, era perfectamente natural que el Subcomité desde los propios comienzos centrara su atención en las actividades de la Comisión. En cuanto tal, el Subcomité formuló comentarios e hizo aportaciones jurídicas a todos los textos importantes elaborados por la CNUDMI durante las etapas preparatorias, y esos comentarios y esas aportaciones han influido en las versiones definitivas de esos textos.

Sin embargo, conviene hacer notar que la aportación del AALCC para la elaboración de nuevas normas de derecho mercantil internacional por parte de la CNUDMI no se ha limitado a la participación activa en las fases preparatorias. De igual importancia y valor ha sido su apoyo, una vez concluido un proyecto, en la difusión de información y en el fomento de la aceptación de todo nuevo texto legal emanado de la labor de la CNUDMI. El AALCC favoreció la labor de la CNUDMI organizando periódicamente seminarios regionales en asociación con la CNUDMI y las organizaciones presentes en la región y dando publicidad a sus actuaciones en la región afroasiática, a la vez que difundía los textos legislativos mediante recomendaciones oficiales o resoluciones adoptadas en sus reuniones anuales. Recientemente, en octubre de 1989, el Comité Consultivo Jurídico (AALCC) organizó un Seminario sobre Derecho Mercantil Internacional en Nueva Delhi en colaboración con la UNCTAD, con la CNUDMI y con UNIDROIT. El principal objetivo del Seminario fue infundir conciencia y fomentar la aceptación en la región afro-asiática de una serie de convenciones internacionales elaboradas por las Naciones Unidas y UNIDROIT en el campo del comercio, la financiación y el transporte internacionales. El informe y las actas del Seminario se publicaron y difundieron ampliamente en la región afro-asiática.

Con respecto a la difusión de textos de la CNUDMI entre los miembros del Comité Consultivo Jurídico a través de recomendaciones o resoluciones oficiales, cabe mencionar la atención prestada por el Comité Consultivo Jurídico a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, después de su aprobación en la Conferencia diplomática celebrada en Hamburgo. El Comité Consultivo Jurídico examinó la Convención en sus reuniones de Seul (1979), Colombo (1981) y Arusha (1986) y expresó la opinión de que en dicha Convención se habían tenido en cuenta los intereses de los países en desarrollo y logrado un equilibrio más equitativo entre los intereses del expedidor y del transportista. El Comité Consultivo Jurídico instó pues a sus Estados Miembros a que estudiaran la conveniencia de adherirse a la Convención, de suerte que el anticuado régimen de La Haya para el transporte internacional de mercancías pudiese ser sustituido por las reglas de Hamburgo.

Otro ejemplo oportuno a este respecto es la recomendación formulada por el Comité Consultivo Jurídico en su reunión de Doha de 1978 por la que se pedía a la CNUDMI que crease un grupo de trabajo encargado de estudiar las consecuencias de la implantación de un nuevo orden económico internacional para el comercio internacional, imprimiendo así una nueva orientación a sus actividades. Esto ha traído por consecuencia la labor eminentemente práctica emprendida por el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, creado por la CNUDMI.

Otro campo en el que la CNUDMI y el Comité Consultivo Jurídico han colaborado estrechamente a lo largo de una serie de años complementándose en una labor recíproca, tiene que ver con el tema del arbitraje mercantil internacional. El ímpetu de la labor del Comité Consultivo Jurídico en este campo se debió al informe de Ion Nestor, Relator Especial de la CNUDMI, en el que se estudió la posibilidad de crear instituciones regionales y nacionales en las regiones en desarrollo para resolver los arbitrajes internacionales a fin de difundir la aceptación del arbitraje como medio de solución de controversias mercantiles

internacionales. Esta iniciativa resultó especialmente atrayente para los Estados miembros del Comité Consultivo Jurídico cuando el asunto se planteó en la reunión de Tokio de 1974, y dos años después cobró un ímpetu renovado la propuesta de crear centros regionales de arbitraje, vinculados posiblemente a la promoción del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que se aprobó en 1976.

Al año siguiente, el Comité Consultivo Jurídico adoptó en su reunión de Baghdad la decisión de crear dos centros regionales, uno en Kuala Lumpur para la región asiática y el otro en El Cairo para la región africana, con las funciones entre otras de difundir el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, facilitar la celebración de arbitrajes especiales en virtud de ese reglamento de arbitraje de la CNUDMI y facilitar el arbitraje institucional en virtud del reglamento que fuese adecuado. Los centros de Kuala Lumpur y El Cairo están ahora en funcionamiento y pronto comenzará a funcionar otro tercer centro inaugurado en Lagos en marzo de 1989. El Comité Consultivo Jurídico fue la primera organización que aprobó y empezó a promover el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI aun antes de su aprobación por la Asamblea General. La doble acción del Comité Consultivo Jurídico, al procurar que los centros regionales de arbitraje administren arbitrajes especiales en virtud del Reglamento de la CNUDMI y de que ese Reglamento sea el reglamento institucional de esos centros, ha sido emulada por otras varias instituciones arbitrales de todo el mundo.

En cuanto a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Mercantil Internacional, cabe rastrear su origen en una iniciativa adoptada por el Comité Consultivo Jurídico. En 1976, el Comité Consultivo Jurídico propuso a la CNUDMI que aclarase ciertas cuestiones en un protocolo a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Aplicación de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Aunque la CNUDMI no se avino a modificar la Convención de 1958, accedió a elaborar una ley modelo sobre procedimiento arbitral para satisfacer las inquietudes manifestadas por el Comité Consultivo Jurídico. El Comité Consultivo Jurídico sigue favoreciendo la Ley Modelo de la CNUDMI en la región afro-asiática.

En el presente contexto, quisiera también mencionar dos de nuestras actividades que han ayudado a muchos países en desarrollo a colaborar más ampliamente con la propia CNUDMI. En primer lugar, consideramos que en cada una de nuestras reuniones anuales no puede faltar un informe sobre la labor de la CNUDMI. Esto ha contribuido a hacer especial hincapié en la importancia de la labor de la CNUDMI. En segundo lugar, las notas y comentarios que preparamos sobre el informe de la CNUDMI con destino a los debates de la Sexta Comisión ayudan a los Estados miembros del Comité Consultivo Jurídico a participar de modo más eficaz en los debates de la Sexta Comisión sobre la labor de la CNUDMI.

Quiero ahora aludir brevemente a nuestras iniciativas en pro del desarrollo del derecho mercantil internacional en un marco regional. La primera iniciativa importante fue la formulación de contratos modelo o normalizados de operaciones de compraventa de productos básicos de especial interés para los países en desarrollo que exportan productos agrícolas, minerales y otras clases de materias primas. Nuestra labor en este campo ha dado por resultado la adopción de dos modelos normalizados de contratos de compraventa de productos básicos, uno para ventas f.o.b. y el otro para ventas f.a.s. Esos documentos se publicaron como documentos del Consejo Económico y Social en 1977. Posteriormente, el Comité Consultivo Jurídico ha aprobado también un contrato normalizado de ventas c.i.f. aplicable a la maquinaria ligera y artículos de consumo duraderos.

Otra iniciativa del Comité Consultivo Jurídico ha tenido lugar en la esfera de la promoción y la protección de las inversiones. En su reunión de Kathmandú de 1985, el Comité Consultivo Jurídico aprobó tres modelos de acuerdos bilaterales sobre promoción y protección de las inversiones. Estos modelos han sido hecho públicos por el Banco Mundial y por la American Society of International Law.

Otro proyecto emprendido por el Comité Consultivo Jurídico tenía por objeto facilitar la colaboración industrial Norte-Sur y Sur-Sur y consistió en la elaboración de una Guía jurídica para la formación de empresas conjuntas en Asia y Africa. La secretaría concluyó esa Guía después de varios años de trabajo y el texto fue aprobado en la reunión del El Cairo de 1990 para su distribución entre los gobiernos de los Estados miembros. La secretaría se ocupa actualmente de estudiar los aspectos jurídicos de la privatización de

empresas del sector público, con objeto de preparar una guía sobre los aspectos jurídicos de la privatización que sirva a los gobiernos de los Estados miembros para llevar a cabo sus programas de privatización sin detrimento de sus intereses nacionales.

El mundo de hoy experimenta profundos cambios políticos y económicos. La desregulación y la liberalización de las economías nacionales han llegado a ser el santo y seña en unos 150 países del planeta. Estas novedades exigen por fuerza cambios sustanciales de las leyes y los reglamentos nacionales que rigen el comercio exterior de esos países. En respuesta a esos hechos, el Comité Consultivo Jurídico ha establecido recientemente un servicio computadorizado de acopio de datos como parte integrante de su secretaría que sirva para almacenar información sobre leyes y reglamentos económicos de sus Estados miembros.

Para concluir, las realizaciones de la CNUDMI desde su creación en 1966 son impresionantes por la calidad y la cantidad de la labor legislativa producida. Lo que es aun más alentador y tranquilizador desde nuestro punto de vista es el hecho de que se haya puesto a disposición de los países en desarrollo y desarrollados por igual en la formulación de un derecho mercantil internacional destinado a que las partes de todas las regiones puedan intervenir en el comercio internacional en pie de igualdad.

## 2. Organización de los Estados Americanos

## SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

La Organización de los Estados Americanos ha seguido con gran interés los trabajos que desde su creación ha cumplido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Ello no podría ser de otra manera no sólo por el valor intrínseco de esta labor de codificación, entendida en sentido amplio, de las normas jurídicas aplicables al comercio internacional sino, además, porque la propia OEA como Organización regional, desde sus orígenes más remotos, en los esfuerzos de cooperación internacional en el Continente Americano tuvo como una de sus finalidades desarrollar entre los Estados de la región, sus lazos de amistad y comercio con ventajas recíprocas. Uno de los medios para obtener tales propósitos fue el de la codificación progresiva tanto del derecho internacional público como del derecho internacional privado.

Basta recordar, a mero título de ilustración histórica, la Convención suscrita en la Segunda Conferencia Internacional Americana (México 1902), en la que los Estados Americanos convinieron:

- "... celebrar una Convención para la formación de los Códigos de Derecho Internacional Público y Privado de América, en los siguientes términos:
- ... El Secretario de Estado de los Estados Unidos de América y los Ministros de las Repúblicas signatarias, acreditados en Washington, nombrarán una Comisión de cinco jurisconsultos de América y dos europeos de reconocida reputación, que se encargarán de organizar en el intervalo de la actual a la futura Conferencia, y a la mayor brevedad posible un Código de Derecho Internacional Público y otro de Derecho Internacional Privado, que regirán las relaciones entre las Naciones de América."

Escaparía al propósito de esta presentación referirse en detalle a la evolución metodológica en el marco de la cooperación interamericana para avanzar progresivamente en el proceso de codificación de ambas ramas del derecho. Basta recordar la labor del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en el pasado y en la actualidad las iniciativas y trabajos del Comité Jurídico Interamericano. El área de la codificación donde han tenido una importante recepción los trabajos de la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas ha sido la del Derecho Internacional Privado.

Cabe mencionar los cambios de enfoque y de método de la cooperación entre los países americanos, primero, en una visión global dentro del sistema interamericano y, más tarde, a través de una codificación sectorial por medio de una serie de Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I, II, III y IV). El fruto más notable de la etapa inicial fue el Código de Derecho

Internacional Privado ("Código Bustamante"), aprobado por la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana en 1928. El Código incluía en su libro segundo "Derecho Mercantil Internacional", varios títulos, capítulos y artículos referidos a esta materia. En las Conferencias Especializadas que vienen cumpliendo la labor de codificación sectorial, los temas del derecho mercantil internacional han tenido una cabida permanente desde los comienzos de este proceso y los mismos se proyectan con especial énfasis dentro de las futuras actividades programadas en este campo en la región.

En los trabajos preparatorios de la CIDIP-II el Comité Jurídico Interamericano (CJI) aprobó una resolución el 5 de agosto de 1976, absteniéndose de estudiar el tema de la compraventa internacional de mercaderías en virtud de los importantes trabajos cumplidos en esa misma materia por la UNCITRAL. Así, el texto de la mencionada resolución del CJI expresa entre otras consideraciones lo que sigue:

"Que en el proyecto preliminar de temario preparado por el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos para la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) se incluye el tema relacionado con la compraventa internacional de mercaderías;

, n

"Que respecto del tema que trata de la compraventa internacional de mercaderías debe señalarse que ya se cuenta con valiosos documentos y estudios que prácticamente han agotado todas las cuestiones sobre la materia. En tal sentido cabe mencionar los trabajos que viene cumpliendo desde hace años la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional);

....11

La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV) celebrada en Montevideo, Uruguay del 9 al 15 de julio de 1989 aprobó una resolución cuya parte resolutiva dice:

"Recomendar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que no son Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Viena el 11 de abril de 1980, consideren la conveniencia de ratificar dicha Convención o adherirse a la misma."

En la misma CIDIP-IV se aprobó otra resolución titulada: "Labor de la OEA en el ámbito del Derecho Internacional Privado" en cuyos considerandos, entre otros, se dice lo siguiente:

"Que labor de la CIDIP constituye un proceso y sistema de codificación dotado de características propias derivadas de las relaciones interamericanas;

Que, dentro de esas características, debe señalarse el esfuerzo de armonización entre ordenamientos jurídicos de origen romano-germánico con otros del "common law";

Que el sistema interamericano de derecho internacional privado, en creación a través de la obra de la Organización de los Estados Americanos, se inserta, asimismo, en un mundo jurídico en el que actúan otros foros regionales y universales en la materia, respecto de cuya obra debe prestarse especial atención a los fines de una adecuada coordinación y armonización;"

Esta resolución en su parte dispositiva menciona, entre otros, como temas que deben ser estudiados, los siguientes:

"Estudio del sistema interamericano de derecho internacional privado frente a la obra de los demás foros en la materia:

Estudio de la regulación de los principales contratos del comercio internacional, haciendo especial hincapié en los contratos de pasaje, de excursión y de transferencia de tecnología;

Asociación y fusión de sociedades, y acuerdos empresariales en general, y

Complementación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio y pagarés internacionales (1988) y la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (1975)."

Puede apreciarse con los ejemplos citados, la actitud receptiva y armonizadora de la OEA como organización regional respecto de la labor realizada por la CNUDMI. Ello es natural, no sólo porque en el ámbito interamericano los instrumentos aprobados por las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado contienen sobre todo normas formales más que normas materiales, sino también porque al presente se reconoce la importancia creciente de contar con normas jurídicas uniformes ampliamente compartidas por el mayor número de Estados de la comunidad internacional en materia de comercio internacional a fin de facilitar la evolución hacia una economía global asentada sobre principios justos y equitativos que aseguren beneficios a ser compartidos por todos los países participantes.

La globalización de la economía y del comercio internacionales conlleva especiales exigencias a los organismos regionales y a los procesos regionales de integración en el sentido de adaptar la realización de sus propósitos en este nuevo marco universal a las relaciones especiales históricas y de vecindad que unen a los países de una misma región. De ese modo, el sistema mundial que se perfila, se asentará sobre bases más sólidas.

Como ejemplo de este desarrollo de los instrumentos jurídicos regionales preservando los logros alcanzados en el campo universal, cabe destacar el hecho que todas las nuevas iniciativas acogidas recientemente en el marco de la Organización de los Estados Americanos, están siendo concebidas y analizadas a través del prisma de la compatibilidad y coordinación de esfuerzos con las respectivas acciones que en el campo jurídico llevan a cabo otras organizaciones internacionales y, en particular, las Naciones Unidas.

## 3. Zona de Comercio Preferencial para los Estados de África Oriental y Meridional

#### DR. HAWA SINARE

Asesor Jurídico, Zona de Comercio Preferencial para los Estados de África Oriental y Meridional

Es un gran honor para la Zona de Comercio Preferencial para los Estados de África Oriental y Meridional y para mí personalmente el que se nos hace con la invitación a participar en este importantísimo Congreso de la CNUDMI sobre el derecho mercantil uniforme en el siglo XXI, en el que voy a hacer una exposición sobre el valor de la unificación universal del derecho mercantil para la integración y el desarrollo regionales.

Antes de hacerlo, quiero aprovechar la ocasión para expresar, en nombre de la Zona de Comercio Preferencial y en el mio propio, profunda gratitud a la CNUDMI por invitar a la Zona de Comercio Preferencial a participar en el Congreso. Las fechas de su celebración no podían haber sido más oportunas pues no podían coincidir con una fase mejor en la evolución de la Zona de Comercio Preferencial, ya que sólo hace unos meses, el 31 de enero de 1992, el Organismo de la Zona de Comercio Preferencial, integrado por jefes de Estado y de Gobierno, adoptó tres decisiones históricas. La primera decisión fue que había llegado la hora de que el sistema de comercio preferencial de la Zona de Comercio Preferencial se transformara en un Mercado Común para el África Oriental y Meridional (COMESA) de conformidad con el artículo 29 del Tratado de la Zona de Comercio Preferencial.

La segunda decisión fue que la Zona de Comercio Preferencial y la Conferencia de Coordinación del Desarrollo del África Meridional, que anteriormente se habían limitado a coordinar la ayuda al desarrollo pero

ahora tendían a transformarse en una organización de integración económica, se fundieran para constituir una única organización de integración económica denominada COMESA.

La tercera decisión fue la adopción por el Organismo de la Zona de Comercio Preferencial de la estrategia de comercio y desarrollo de la Zona de Comercio Preferencial, que contiene los pormenores de la estrategia de integración y el desarrollo económico de la Zona de Comercio Preferencial del decenio de 1992 en adelante. La estrategia de comercio y desarrollo será en lo sucesivo el esquema que siga el programa de integración de COMESA.

Además, ese Congreso se celebra casi un año después de que los jefes de Estado y de Gobierno de África firmaran el llamado Tratado de Abuja, que abrió el camino a la creación de una Comunidad Económica Africana. Una vez más, la OUA reafirmó la importancia de la integración regional para el desarrollo económico del continente. La firma del Tratado de Abuja fue un paso concreto hacia la aplicación del Plan de Acción de Lagos aprobado por la Organización de la Unidad Africana, aunque el término propuesto para el logro de los objetivos convenidos se haya aplazado hasta después del año 2000.

El presente Congreso se celebra en un momento que en todo el mundo se reafirma la importancia de la integración regional para la integración económica. Hasta los países más fuertes de Occidente reagrupan y refunden sus estructuras de integración económica o incluso crean zonas o bloques comerciales ampliados.

No hay que maravillarse de que los países de la subregión africana oriental y meridional hayan resuelto plasmar su cooperación en un mercado común. Este programa de creación de un mercado común está ya en marcha y creo que estará concluido antes del año 2000, que es el año fijado como término para el logro de un mercado único. Esto significa que habrá que efectuar duros ajustes políticos y económicos para facilitar la aplicación de las nuevas estrategias. Aparte de firmar tratados, habrá que adoptar medidas concretas, un calendario para su aplicación; la secretaría habrá de investirse de atribuciones ejecutivas para colaborar más efectivamente en la ejecución del programa, y el tribunal de la Zona de Comercio Preferencial dispondrá de amplias competencias para poder prestar servicio adecuadamente a COMESA.

Un programa de integración ha de llevar al desarrollo económico, de lo contrario no tendrá el menor valor para sus autores, que son los Estados Miembros. La integración económica, dicho simplemente, consiste en que los Estados Miembros adopten y apliquen medidas que abaraten la actividad industrial y comercial en la agrupación para eliminar todas las trabas al comercio y a las inversiones intrarregionales y en adoptar medidas conducentes al comercio y a las inversiones. Uno de los obstáculos no arancelarios al comercio y a las inversiones regionales es la disparidad de las legislaciones comerciales nacionales.

La Zona de Comercio Preferencial, creada el 30 de septiembre de 1982, está compuesta por 18 países, a saber: Angola, Burundi, las Comoras, Etiopía, Kenya, Lesotho, Malawi, Mauricio, Mozambique, la República Unida de Tanzanía, Rwanda, Somalia, el Sudán, Swazilandia, Uganda, Zambia y Zimbabwe. El Zaire acaba de presentar una solicitud para incorporarse a la Zona de Comercio Preferencial en virtud del artículo 46 del Tratado, y actualmente se negocia un acuerdo. El Zaire pasará a ser el Estado Miembro número 19 a fines de 1992. De la composición de la Zona de Comercio Preferencial se desprende que la subregión tiene diversos sistemas jurídicos que comprenden el common law, el derecho romano-holandés, el derecho civil, el derecho islámico y, en algunos casos, una mezcla de dos o más de los sistemas antedichos. Existen disparidades en las legislaciones mercantiles nacionales derivadas de las diferencias en los sistemas jurídicos y en las diferencias en las disposiciones legales. He aquí por qué los logros de la CNUDMI en la unificación universal de las leyes mercantiles son tan valiosos para el programa regional de integración económica de los Estados africanos orientales y meridionales. Desde sus comienzos, la CNUDMI ha logrado la unificación y la aplicación universal de sus textos legales, tales como los siguientes: la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980); el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional; la Guía Legal para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte

Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo); la Convención sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; la Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés Internacionales, y la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Créditos.

Uno de los logros más notables de la CNUDMI que será de inmenso valor para el programa de integración regional en el Africa oriental y meridional es la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

Las cláusulas de la Convención, especialmente las relativas al plazo dentro del cual una de las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías ha de iniciar actuaciones legales contra la otra parte para hacer valer un derecho emanado del contrato o relativo a su incumplimiento, terminación o invalidez, han disipado la incertidumbre y la injusticia de que las partes hayan de entablar actuaciones legales con tanto retraso que las pruebas que puedan aducir se hayan perdido o no sean de fiar. Como es bien sabido, la mayoría de los sistemas jurídicos señalan un término a la presentación de una demanda, pero existen numerosas disparidades en la duración del plazo y en las normas que la regulan. El resultado de esas disparidades en una integración económica subregional es la dificultad de hacer valer derechos emanados de operaciones internacionales de compraventa, con lo que se obstaculiza el comercio interregional. Los otros textos importantes de la CNUDMI que contribuirán a la integración regional en el Africa oriental y meridional son la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, textos que han sido todos aceptados por el Consejo de Ministros de la Zona de Comercio Preferencial como instrumentos que deberían ser aplicables en la subregión. Los Estados miembros de la Zona de Comercio Preferencial han acordado adherirse a la Convención de Nueva York. Esta Convención ha probado que facilitará el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en la subregión, especialmente de los laudos recaídos bajo los auspicios del Centro de Arbitraje Comercial de la Zona de Comercio Preferencial con sede en Diibouti.

Otros campos de aplicación universal de textos unificados son el acuerdo del GATT sobre la valoración de mercaderías a efectos de aduanas. Este acuerdo fue aprobado por los Estados miembros de la Zona de Comercio Preferencial como método unificado de valoración aplicable en la región de esa zona y hay negociaciones en marcha al respecto con las secretarías del GATT y del Consejo de Cooperación Aduanera. La presencia de distintos métodos de valoración de mercancias a efectos aduaneros podría constituir un obstáculo no aduanero al comercio internacional. Los Estados miembros de la Zona de Comercio Preferencial han aprobado también una clasificación arancelaria común de mercaderías, de suerte que un producto fabricado o importado en un Estado miembro tiene la misma nomenclatura arancelaria en toda la subregión de la Zona de Comercio Preferencial. La diversidad de métodos de clasificación de mercaderías constituye un obstáculo no arancelario al comercio interregional. Además, la secretaría de la Zona de Comercio Preferencial va a emprender pronto un amplio programa jurídico para el Mercado Común que comportará, entre otras cosas, la armonización y/o el reconocimiento mutuo de algunas de las leyes mercantiles, por ejemplo: leyes sobre normalización y etiquetas e inspección de calidad (vinculadas a la Organización Regional Africana para la Normalización y a la Organización Internacional de Normalización); leyes sobre especificaciones industriales; leyes sobre pesas y medidas; patentes y marcas; procedimientos y reglamentos de aduanas, y procedimientos para la creación y el funcionamiento de zonas francas, puertos francos y zonas de fábricas o de elaboración de exportaciones bajo inspección aduanera.

Los Estados miembros de la Zona de Comercio Preferencial habrán desde luego de ponerse al día de los adelantos en materia informática y, en particular, dependerán cada vez más de la utilización de computadoras y otros artilugios electrónicos para realizar operaciones mercantiles y para la transferencia de fondos. Por consiguiente, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Créditos y la labor realizada en materia de intercambio electrónico de datos van a tener un valor práctico para los Estados miembros.

Dado que unos siete de los Estados miembros de la Zona de Comercio Preferencial carecen de litoral, hay que mencionar especialmente el valor de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de las Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, que tiene que ver con las

normas universalmente aceptadas de responsabilidad por pérdidas y deterioro de las mercaderías antes, durante y después del transporte internacional. A la falta de esa Convención, surgen disparidades ya que algunas de las legislaciones nacionales permiten a las empresas de las terminales limitar su responsabilidad mediante contrato. La Convención impondrá una obligación a las empresas de terminales que habrán de responder de las mercaderías desde el momento en que se hacen cargo de ellas hasta el momento en que las entregan o las ponen a disposición de terceros con derecho a hacerse cargo de ellas.

No cabe, pues, la menor duda de que la unificación universal del derecho mercantil ha eliminado problemas debidos a disparidades en las legislaciones mercantiles nacionales y en el comercio y las inversiones intrarregionales.

Convendría que la CNUDMI en lo sucesivo alentara la interpretación uniforme de sus Convenciones.

#### 4. Comunidad Económica Europea

#### PROFESOR UWE SCHNEIDER, EN NOMBRE DE HARRIS-BURLAND

Representante de la Comisión de las Comunidades Europeas ante la CNUDMI

Se me ha pedido que exponga el texto de una declaración preparada por el representante de la Comisión de las Comunidades Europeas ante la CNUDMI y por mí sobre el tema del valor de la unificación universal en el proceso de armonización de leyes en las Comunidades Europeas.

Esos temas son, a nuestro juicio, a la vez sencillos y complicados. Hay ciertamente un margen de confusión, pero en tales circunstancias nos anima la observación que hoy circula mucho en el mundo de los sistemas de pagos de que "el que no se confunde es que no ha entendido de qué va la cosa".

Los principales temas de nuestras observaciones serán, en primer lugar, las diferencias, en segundo lugar las semejanzas, y en tercer lugar la pertinencia de la armonización regional para el proceso mundial de armonización jurídica.

Comencemos por las diferencias conceptuales. El objetivo concreto de la CNUDMI -dentro de los designios más amplios de las Naciones Unidas- consiste en contribuir a facilitar el desarrollo económico y mercantil armonizando las normas jurídicas que afectan al comercio entre las diversas naciones del mundo. Por eso en primer lugar no queda afectado en principio el derecho aplicable al comercio entre las naciones. Y en segundo lugar, la legislación recomendada por la CNUDMI debería ser idónea para su adopción por todos los interesados, pertenecientes a tradiciones económicas, comerciales y jurídicas muy distintas.

En cambio, la Comunidad Europea es una comunidad de valores comunes, y es una comunidad dotada de un ordenamiento económico especial. El ordenamiento económico de la CE siempre se ha basado en las cuatro libertades de circulación: de personas, tanto físicas como jurídicas, de bienes, de servicios y de capitales. La libertad descrita no es sencillamente la libertad de traficar de un país a otro, sino la libertad de establecer un negocio o una sucursal en cualquier parte de la CE. Es el resultado de años de legislación y de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, que ha tenido que tomar en cuenta a veces diversos conceptos jurídicos de los Estados miembros, y así estas libertades han venido a tomar cuerpo plenamente en gran medida. En los primeros años del decenio de 1980 se acostumbraba a hablar de un mercado único que exigiría un ordenamiento jurídico común más o menos amplio, y el término para lograrlo se fijó para fines de 1992. En el libro blanco de 1984 la Comisión de las Comunidades Europeas propuso unos 300 textos legislativos (de los cuales dos tercios se han aprobado ya) para conseguirlo. Abarcan temas tan diversos como las leyes sobre niveles permisibles de ruido de las máquinas cortacéspedes y el alcance de la actividad bancaria (con inclusión de lo que de hecho es una licencia bancaria única). Queda aquí de manifiesto una primera diferencia conceptual importante. La CE no es solamente una comunidad económica. Es también una comunidad jurídica. Crea derecho mediante reglamentos y normas de orientación, las cuales tienen por objeto armonizar las legislaciones nacionales.

Una segunda diferencia conceptual se desprende del propósito de crear un mercado interno. La armonización legislativa se refiere no sólo a las operaciones transfronterizas, como es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. En cambio, los actos jurídicos emprendidos por la CE tienen por objeto regular de la misma manera tanto las operaciones mercantiles transfronterizas como las internas.

Una tercera diferencia importante se sigue de las cuatro libertades descritas. Las leyes de la CE no se aplican sólo al comercio, sino también a la apertura de negocios.

El objetivo de la legislación de la CE es eliminar diferencias o colmar lagunas en aquellos casos en que hay necesidad de unas normas jurídicas comunes o compatibles para crear un espacio único de actividad económica. Esto va mucho más altá de los conceptos del comercio internacional de la armonización y del "trato nacional", porque supone en el caso de la CE el reconocimiento recíproco por cada Estado del ordenamiento jurídico de los demás en el caso en que no haya un cuerpo legal de la CE amplio y completo. Este es el concepto del reconocimiento mutuo.

Aquí convendría añadir una cuarta diferencia conceptual importante, a saber que la autoridad de la Comunidad Europea para armonizar el derecho no se limita al derecho mercantil. En cambio, entre los 300 textos jurídicos ya mencionados ninguno de ellos se refiere al derecho mercantil en un sentido estricto. Más bien tratan de la armonización del derecho administrativo desde normas de seguridad hasta leyes sobre banca e inspección de seguros, y desde leyes sobre el medio ambiente hasta la armonización del derecho fiscal. Por otra parte, las atribuciones legislativas independientes de la CE se extienden a todos los sectores económicamente importantes del derecho privado, tales como la legislación de protección del consumidor, la legislación en materia de empresas y la legislación laboral. Por consiguiente, la CE no es sólo una comunidad de derecho privado económicamente importante.

Ahora nos proponemos examinar algunos rasgos análogos. Como planteamiento o criterio general tenemos la viva impresión de que la CNUDMI trata de armonizar aquellas normas concretas en las que es preciso alcanzar una solución común. Esto puede parecer evidente, pero es importante. En la CE tenemos varias frases para describir ese concepto, que incluyen el concepto de cuestiones clave, subsidiariedad y armonización mínima. Quisiéramos trazar algunos paralelos entre la solución conducente a la recién aprobada Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Créditos y la de una ley típica de la CE en materia bancaria. La Ley Modelo fue concebida después de un proceso laborioso de esclarecimiento de cuestiones clave, un proceso que siguió adelante mientras algunas cuestiones se descartaban y otras se introducían. Es justo decir que no es posible encontrar en él ninguna cuestión jurídica que no fuese indispensable para el logro de una efectiva transferencia de créditos. Ese mismo proceso teórico inspiró las directrices bancarias de la CE.

La expresión de subsidiariedad se emplea mucho en estos días en la CE y ahora se ha introducido oficialmente en el Tratado de la CE, pero no es un concepto nuevo. En la CE significa la reducción de la actividad legisladora al mínimo nivel compatible con la meta perseguida. La Ley Modelo sobre Transferencias de Créditos superará asimismo esta prueba para elevar la actividad legisladora al nivel de las propias partes; asimismo reconoce "grupos" de partes -sistemas de transferencias de fondos- y su actividad legisladora colectiva, y por supuesto el nivel del derecho local aplicable. Un enfoque también análogo puede verse en el concepto de la armonización mínima. Esa técnica a veces se ha entendido mal en Europa, pues no significa la promulgación de un criterio jurídico poco exigente. Por el contrario, significa la adopción de un criterio jurídico bueno, pero que permite la existencia o el desarrollo de un criterio más elevado de, por ejemplo, certidumbre jurídica o garantías. Podemos pensar en varios ejemplos de este principio aplicados en la Ley Modelo de la CNUDMI, de los que ahora no hay tiempo de hablar.

Quisiéramos terminar diciendo que la breve respuesta a la pregunta de por qué la labor de la CNUDMI es tan importante para el proceso legislativo de la CE es que se trata (entre otros ya mencionados) de una cuestión de intereses comerciales. Si la mitad aproximadamente del comercio de la CE es interno, la mitad aproximadamente es exterior. La Comisión Europea nunca ha dejado de recalcar que la dimensión externa de la armonización debería tenerse en cuenta, y se ha insistido en la importancia de la labor de la CNUDMI

con las transferencias de créditos en la reciente comunicación y los programas de actividades de la CE en materia de pagos transfronterizos. Nos gustaría por cierto citar dos o tres párrafos en los que se menciona a la CNUDMI. Bajo el epígrafe "cuestiones jurídicas", se dice en el informe que en la segunda mitad de 1992 se creará un grupo de trabajo de la Comisión sobre la base en particular de las conclusiones de la CNUDMI y teniendo en cuenta aspectos pertinentes de la protección del consumidor a fin de emprender esta tarea. Bajo el epígrafe "dimensión de tercer país" se dice que las medidas antedichas y otras que se recomiendan en el presente informe serán compatibles y en lo posible se sincronizarán con las adoptadas fuera de la Comunidad. Para ello será necesario un diálogo y un enlace continuos con terceros países y órganos internacionales importantes (por ejemplo, el Grupo de los Diez grandes países industrializados, la Organización Internacional de Normalización, la CNUDMI).

#### Notas

- Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 1968-1970 (publicación de las Naciones Unidas, No. de ventas E.71.V.11, primera parte, capítulo II, sección B, párr. 218.
  - <sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 221.
- <sup>3</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 18 (A/7618), capítulo II, sección A, párt. 38.
  - <sup>4</sup> Véase el artículo 177 del Tratado de la CEE.
- <sup>5</sup> Véase el Protocolo para la Interpretación de la Convención de 1968 por el Tribunal Europeo, firmado en Luxemburgo el 3 de junio de 1971, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, No. L204 (2 de agosto de 1975), pág. 28). El Protocolo, firmado en un principio por los seis Estados miembros fundadores de la CEE, fue aceptado posteriormente sin modificaciones importantes por los otros Estados miembros al adherirse a la Convención.
- <sup>6</sup> Véanse los dos Protocolos sobre la Interpretación de la Convención de 1980 por el Tribunal Europeo, firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988.
- <sup>7</sup> Sobre los efectos jurídicos de las decisiones provisionales del Tribunal Europeo en general, véase J. Schwarze, "The role of the European Court of Justice (ECJ) in the interpretation of uniform law among the member States of the European Communities (EC)", UNIDROIT, ed., *International Uniform Law in Practice*, Dobbs Ferry, pág. 193 y sgs., págs. 219 a 221 (con referencias a pronunciamientos del propio Tribunal Europeo).

A veces los efectos indirectos de las decisiones del Tribunal Europeo aludidas en el texto están consignadas explícitamente en la ley: así, por ejemplo, en la Civil Jurisdiction and Judgments Act de 1982, por la que se aplicaba en el Reino Unido el Convenio de la CEE concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, el artículo 3 1) establece que "se decidirá toda cuestión relativa al significado o al efecto de cualquier disposición de las Convenciones, si no se remite al Tribunal Europeo de conformidad con el Protocolo de 1971, con arreglo a los principios establecidos y a cualquier decisión pertinente del Tribunal Europeo".

- <sup>8</sup> Para más detalles al respecto, véase L.N. Brown y F.G. Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities* (Londres, Street and Maxwell, 1983), pág. 282 y sigs.
- <sup>9</sup> A este respecto véase, también en lo referente a la jurisprudencia y a la doctrina, L.N. Brown y F.G. Jacobs, *op.cit.*, pág. 239 y sigs.; en relación a los tribunales ingleses, véase más recientemente "In re State

of Norway's Application (No. 2) (C.A.)", vol. 3 (1988), pág. 603; The Atlantic Emperor, Lloyd's Law Reports (Londres, Lloyd's of London Press Ltd., 1989) vol. I, pág. 548.

- 10 Hasta 1987 inclusive, fecha en que el Protocolo de 1971 seguía en vigor únicamente entre los seis primitivos Estados Contratantes, el Tribunal había emitido sentencias en unas 50 causas; véase E. Jayme y Ch. Kohler, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft Jüngste Entwicklungen", IPRax, No. 3 (1988), pág. 133 y sigs. (pág. 136).
- 11 Ch. Kohler, "Fortbildung des Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens durch den Europäischen Gerichtshof: Freizügigkeit oder effektiver Rechtsschutz?", F. Schwindt ed. Europarecht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung, Osterreichische Akademie der Wissenschaften, (1988), pág. 125 y sigs. (142 y sigs.), que a este respecto se refiere en particular a las decisiones del Tribunal Europeo restrictivas del alcance del artículo 5 1) (jurisdicción especial del lugar de cumplimiento de la obligación de referencia en cuestiones contractuales) y del artículo 5 5) (jurisdicción especial del lugar en el que se halle la sucursal, la agencia u otro establecimiento en controversias surgidas de las actividades de esa sucursal, agencia o establecimiento).
- Véase también Ch. Kolher, op. cit., pág. 146 y sigs., con referencias a decisiones en el sentido de una interpretación liberal de las disposiciones que garanticen los derechos procesales del acusado, y las decisiones en las que se recomienda una interpretación rigurosa de los requisitos oficiales de acuerdos sobre competencia judicial en revocación de la competencia general del tribunal del domicilio del acusado.
- <sup>13</sup> Para más detalles y para las referencias necesarias a las diversas decisiones, véanse P.A. Stone, "Civil jurisdiction and judgments recent decisions of the European Court", F.D. Rose, ed., Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (Londres, Lloyd's of London Press Ltd., 1988), part 3, pág. 383 y sigs.
- <sup>14</sup> A este respecto véanse también para ulterior referencia J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht* (1975), pág. 258 ff. y, más recientemente, F. Enderlein, "Uniform law and its application by judges and arbitrators", UNIDROIT, ed. *International Uniform Law in Practice*, (Dobbs Ferry, Oceana, 1988), pág. 329 y sigs.
- 15 Véanse, por ejemplo, los notables ejemplos aducidos por M.F. Sturley, "International uniform laws in national courts: the influence of domestic law in conflicts of interpretation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 27 (1987) pág. 729 y sigs. en relación al Convenio de Bruselas para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimientos ("Reglas de La Haya").
- 16 Para ejemplos de decisiones de este tipo recaídas en tribunales de diversos países, véase O.C. Giles, Uniform Commercial Law, (A.W. Sijthoff, 1970), pág. 35 ff.; un estudio más reciente figura en los informes nacionales al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Sydney, 1986) sobre el tema "Metodología en la aplicación de una ley uniforme de las compraventas internacionales en virtud de la Convención de las Naciones Unidas (Viena, 1980)" de, por ejemplo, Australia (K. Sutton), Canadá (J.S. Ziegel), Alemania (P. Schlechtriem), Finlandia (L. Sevon), Italia (M.J. Bonell), Países Bajos (F. van der Velden), Nueva Zelandia (J.H. Farrar) y Reino Unido (M. Clark).
- 17 Véase el "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 21º período de sesiones", Nueva York, 11 a 22 de abril de 1988 (A/43/17), párrs. 98 a 108. Una propuesta más amplia, formulada por primera vez en el Congreso de UNIDROIT de 1987 y que sin embargo no tuvo suficiente apoyo en el antedicho período de sesiones de la CNUDMI, es la que figura en M.J. Bonell "A proposal for the establishment of a 'Permanent Editorial Board' for the Vienna Sales Convention", UNIDROIT, ed., International Uniform Law in Practice (Dobbs Ferry, Oceana, 1988), pág. 241 y siguientes.

- <sup>18</sup> La colección completa de los trabajos preparatorios publicados entre 1929 y 1957 figura en UNIDROIT Etude IV, Loi internationale sur la vente, documents. 1-105. Los estudios comparados realizados por el Max-Planck Institut se reproducen en E. Rabel, Das Recht des Warenkaufs, 2 vol. (Berlín, de Gruyter & Co. 1939/1957.)
- <sup>19</sup> Para más detalles en cuanto a las ideas fundamentales que indujeron a la preparación de los dos borradores separados y posteriormente a la aprobación de la Convención de Ginebra de 1983, véase M.J. Bonell. "The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32 (1984), pág. 717.
- Respecto al Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de decisiones véase el informe de P. Jenard sobre el Convenio de 1968 y el informe de P. Schlosser sobre el Convenio de Adhesión, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, No. C 59 (5 de marzo de 1979), págs. 1 y siguientes y págs. 71 y siguientes, respectivamente del texto inglés. Para la Convención de Roma sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, véase el informe sobre la Convención por M. Giuliano y P. Lagarde, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, No. C 282/18, 31 de octubre de 1980.

Un reconocimiento de la categoría especial de estos informes puede verse en el hecho de que las leyes inglesas por las que se aplican los dos Convenios, los mencionan explícitamente como instrumentos de interpretación: véase el artículo 3(3) de la Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, y el artículo 3(3) de la Contracts Jurisdiction and Judgments Act 1982, y el artículo 3(3) de la Contracts (Applicable Law) Act 1990.

- A este respecto, véanse en general R. David y otros, eds. International Encyclopedia of Comparative Law, vol. II, cap. 5, "The international unification of private law", (Tübingen, Mohr, 1971), pág. 67 y siguientes; H. Kötz, "Gemeineuropäisches Zivilrecht", Festschrift für Zweigert (Tübingen, Mohr, 1981), pág. 481 y siguientes (pág. 486 y siguientes); A. Flessner, "Rechtsvereinheiltlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 56 (1992), pág. 243 y siguientes.
- <sup>22</sup> Algunos ejemplos significativos en materia de derecho contractual figuran en E.A. Farnsworth, "Ingredients in the redaction of the restatement (second) of contracts", *Columbia Law Review*, vol. 81 (1981), pág. 1 y siguientes.
- <sup>23</sup> Véase O. Lando, "European contract law", American Journal of Comparative Law", vol. 31 (1983), pág. 653 y siguientes. Sobre las últimas novedades del proyecto, véase U. Drobing, "Ein Vertragsrecht für Europa", Festschrift für Ernst Steindorff (Berlín, de Gruyter, 1990), pág. 1.141 y siguientes.
- <sup>24</sup> Véase M.J. Bonell, "Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge", Rabels Zeitschrift für ausländicshes und internationales Privatrecht, vol. 56 (1992), pág. 274 y siguientes.
- <sup>25</sup> El Grupo de Trabajo está integrado por P. Brazil (Canberra), P.A. Crépeau (Montreal), S.K. Date-Bah (Accra-Londres), A. Di Majo (Roma), U. Drobing (Hamburgo), E.A. Farnsworth (Nueva York), M. Fontaine (Lovaina-la-Nueva), M.P. Furmston (Bristol), A.S. Hartkamp (La Haya), A.S. Komarov (Moscú), O. Lando (Copenhague), D. Maskow (Berlín), D. Tallon (París), D. Huand (Beijing). En el pasado el Grupo se benefició asimismo de las aportaciones de C.M. Bianca (Roma), J. Rajski (Varsovia), T. Wade (La Haya) y Z. Wang (Beijing).

El autor del presente documento coordina la labor del Grupo; el secretario del Grupo es L. Peters de la Secretaría de UNIDROIT.

<sup>26</sup> Véase la reciente publicación de H.J. Mertens, "Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 56 (1992), pág. 219 y siguientes.

- <sup>27</sup> Véase M.J. Bonell, "Le regole oggettive del commercio internazionale"; clausole tipiche e condizioni generali (Milán, Giuffie, 1976), pág. 3 y siguientes.
- <sup>28</sup> El razonamiento de esta postura puede verse en J. Carver, "Uniform law and its impact on business circles: the experience of the legal profession", UNIDROIT, ed., *International Uniform Law in Practice*, (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1988) pág. 411 y sigs.
- <sup>29</sup> Según la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, la tarea de la Comisión consiste en fomentar la unificación del derecho mercantil internacional no sólo mediante "la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes", sino también mediante "el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera".
- <sup>30</sup> Véase por ejemplo R. David y otros, eds. *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, chap. 5, "The international unification of private law", (Tübinger, Mohr, 1971), pág. 95.
- 31 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Unification of Law Year book 1959 (Roma ediciones "UNIDROIT, 1960), págs. 300 a 333.
- <sup>32</sup> Véase A/CN.9/267; Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1985 (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.87.V.4), págs. 338 a 390 del texto inglés.
  - 33 H. Wehberg, Ein internationales Gerichtshof für Privatklagen (Berlin, 1911), påg. 23.
- <sup>34</sup> Sociedad de las Naciones, Advisory Committee of Jurists, "Documents relating to the existing plans for the establishment of the Permanent Court of International Justice" (1920), pág. 335.
- 35 Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 167, pág. 341; M.O. Hudson, *International Legislation* vol. 5 (1936), pág. 933. El Protocolo entró en vigor en 1936.
  - <sup>36</sup> ICJ Reports, 1958, pág. 55.
  - <sup>37</sup> Annuaire de l'Institut de droit international, 1929, vol. II, pág. 311.
  - 38 Journal du droit international, vol. 62, (1935), págs. 775, 792 y 793.
- <sup>39</sup> Informe de la 38a. Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (1934), págs. 71 a 75, 110 a 112 del texto inglés.
- <sup>40</sup> Unión Interparlamentaria, Informe de la 32a. Conferencia, págs. 26, 38, 203 a 219, 375, 400, 597 a 600 y 609 a 610 del texto inglés.
- <sup>41</sup> American Bar Association, Proceedings of the Section of International and Comparative Law (Boston, 1953), págs. 100 a 103. Un resumen de esas propuestas figura en L.B. Sohn, "Proposals for the establishment of a system of international tribunals", M. Domke, ed., *International Trade Arbitration* (1958), págs. 63, 71 a 74.
- <sup>42</sup> André-Prudhomme, "Détermination de la juridiction compétente à l'égard des litiges nés à l'occasion des contrats conclus entre Etats et ressortisants d'un autre Etat", vol. 53 (1926), *Journal du droit international* (1926), págs. 311 a 317.

- <sup>43</sup> Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. 14 (2nd. sec., 1939), págs. 381 a 437. Véase también, entre los muchos escritos sobre el tema, Ch. Carabiber, Les jurisdictions internationales de droit privé (Neuchatel, Editions de la Bacounière, 1936), págs. 297 a 309.
- <sup>44</sup> Véase el artículo de Dean P. Chauveau, *Revue française de droit aérien*, vol. 9 (1955), pág. 465; y el artículo de Drion, *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 19 (1952), pág. 423, en el que se enuncia la posibilidad de que el Consejo de la OACI recabe de la Corte Internacional de Justicia opiniones consultivas sobre cuestiones de interpretación de convenciones de derecho aéreo privado.
- <sup>45</sup> Veánse los artículos de Thompson, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 34 (1940) pág. 1; y de Turlington, *Georgetown Law Journal*, vol. 33 (1945), pág. 373.
  - <sup>46</sup> Véase UNIDROIT Study XX, documento 6.
- <sup>47</sup> Sociedad de las Naciones, documento C.1145.M.93.1939.II.A. Véase también M.O. Hudson, *International Tribunals: Past & Future, (1944), págs. 210 a 212.*
- <sup>48</sup> Véase por ejemplo Asociación de Derecho Internacional, Report of the 50a. Conference (1963), pág. 133; Snyder, "Foreign investment protection", Journal of Public Law, vol. 11 (1962), págs. 191, 201 a 235 (proyecto de convención para un sistema de tribunales regionales de arbitraje con un Tribunal Supremo de Arbitraje.
- <sup>49</sup> Naciones Unidas, Derecho del Mar, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con índice y acta final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta E.83.V.5., Documentos Jurídicos Internacionales Documentos 1982, vol. 21, (Washington D.C., American Society of International Law, 1983), pág. 1261. Véase en particular el artículo 187.
  - 50 Véase el documento A/CONF.151/PC/102, págs. 36 a 38.
- 51 J.C. Sauveplanne, "Mesures tendant à concilier les divergences et à résoudre ces divergences par voie juridictionnelle" UNIDROIT, Unification of Law Year-book 1959 (Roma, Editions "UNIDROIT", 1960), pág. 287.

#### III. DE LAS MERCADERIAS A LOS SERVICIOS

#### A. Compraventa de mercaderías

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: visión general y análisis de algunas cuestiones prácticas

#### S. KOFI DATE-BAH

Secretaría del Commonwealth, Londres

Historia de la Convención

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Viena el 11 de abril de 1980 y abierta a la firma el mismo día, es la culminación de medio siglo de trabajo de especialistas destinado a unificar la legislación internacional sobre compraventa. Los orígenes de la Convención se remontan a abril de 1930, fecha en que UNIDROIT decidió comenzar a preparar una legislación uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías. Esta labor, basada en anteproyectos preparados con el auspicio de UNIDROIT, culminó en las Convenciones de La Haya de 1964. Ese año, el Gobierno de los Países Bajos convocó en dicha ciudad una conferencia diplomática que aprobó la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías.

A estas Convenciones se incorporaron como anexos, respectivamente, una Ley Uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías (LUCI) y una Ley Uniforme sobre la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías (LUFCI). Al ratificar las Convenciones un Estado contraía la obligación de incluir en su legislación las señaladas leyes uniformes que constituyen sus anexos.

Sin embargo, las Convenciones de La Haya no tuvieron aceptación amplia, debido quizá a la orientación "eurocéntrica" de las negociaciones que condujeron a su aprobación. Tras el establecimiento de la CNUDMI por resolución de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966 -en la que se señalaba como objetivo de dicha Comisión "promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional"-, en su primer período de sesiones, celebrado en 1968, la CNUDMI adoptó como uno de sus temas prioritarios la unificación del derecho relativo a la compraventa internacional de mercaderías.

Cabe preguntarse por qué existía la necesidad de dar prioridad a esta cuestión. Uno de los considerandos del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías responde adecuadamente a esta pregunta. El texto señala que:

"Los Estados Partes en la presente Convención,... Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional...".

El motivo fundamental de la labor destinada a elaborar una ley uniforme sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, con la esperanza de que pueda aplicarse universalmente, es la necesidad de facilitar el comercio internacional reduciendo la necesidad de que los comerciantes recurran a sistemas jurídicos foráneos e incomprensibles para determinar sus derechos jurídicos.

Tras adoptar en 1968 como uno de sus asuntos prioritarios la unificación del derecho relativo a la compraventa internacional de mercaderías, la CNUDMI decidió en su segundo período de sesiones, celebrado en 1969, crear un Grupo de Trabajo para determinar, en relación con las Convenciones de La Haya, "cómo

podrían modificarse los textos presentes, a fin de hacerlos más aptos para su mayor aceptación por países de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, o si será necesario elaborar un nuevo texto con tal fin...".

La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa es en gran medida obra de este Grupo de Trabajo, que tras siete períodos de sesiones presentó un proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías, texto que se consideró nuevo por constituir una revisión muy a fondo de la LUCI. Este proyecto de convención fue aprobado por la CNUDMI en su décimo período de sesiones (1977), durante el cual se le introdujeron algunas modificaciones. El Grupo de Trabajo celebró otros dos períodos de sesiones, al cabo de los cuales presentó las normas sobre la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías. Una vez más, en cumplimiento de su mandato de determinar cómo podía modificarse la LUFCI a fin de hacerla más apta para su mayor aceptación por países de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, o si sería necesario elaborar un nuevo texto con tal fin, el Grupo de Trabajo terminó por proponer un texto fundamentalmente nuevo, aunque vinculado conceptualmente a la LUFCI.

Tuve el honor de presidir el período de sesiones de la CNUDMI celebrado en 1978, durante el cual se aprobaron estas normas sobre la formación de contratos. En el mismo período de sesiones, la CNUDMI decidió integrar las normas sobre formación de contratos con el texto del proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías aprobado en 1977. De este modo, en lugar de que las dos Convenciones aprobadas en La Haya abordaran por separado las normas sobre formación de contratos y las relativas a la compraventa, la CNUDMI abandonó ese enfoque para aprobar una convención global que abarcara tanto las normas sobre formación de contratos como las relativas a la compraventa. Este proyecto de convención global sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías fue el que la Asamblea General remitió, el 16 de diciembre de 1978, a una conferencia de plenipotenciarios que se convocaría en 1980. Dicha conferencia de plenipotenciarios concluyó sus trabajos el 11 de abril de 1980, aprobando una Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

### Aspectos destacados de la Convención

#### Estructura de la Convención

La Convención se divide en cuatro partes. La Parte I se refiere al ámbito de aplicación de la Convención y a sus disposiciones generales. En la Parte II figuran las normas sobre formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías, mientras que la Parte III aborda los derechos y obligaciones sustantivos de compradores y vendedores conforme a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. La Parte IV contiene las cláusulas finales de la Convención, que se refieren a cuestiones como la ratificación, las declaraciones y las reservas. Uno de los artículos de la Parte IV (el artículo 92) permite a todo Estado Contratante declarar en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II o por la Parte III de la Convención. Dicho de otra manera, un Estado puede decidir ceñirse únicamente a las normas que rigen la formación de los contratos o exclusivamente a las que rigen la compraventa. Sin embargo, si se trata de una ratificación sin más, que no vaya acompañada por ninguna de estas declaraciones, la Convención será obligatoria en su totalidad para el Estado Contratante.

# Ámbito de aplicación

El capítulo I de la Parte I de la Convención reglamenta su ámbito de aplicación. En el artículo 1 figura la disposición básica sobre el particular. Dicho artículo establece que la Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando esos Estados sean Estados Contratantes o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Cabe comparar este enfoque básico con el que se adoptó en la LUCI, en cuya virtud se excluye en el artículo 1 la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Conforme a la LUCI, si se cumplía una de varias condiciones específicas los tribunales del Estado Contratante debían aplicar la LUCI a la operación mercantil del caso, hubiera o no una relación importante entre el contrato de compraventa y un Estado Contratante. Dicho de otra manera, se excluía la aplicación de las normas del derecho privado internacional.

Como muchos Estados consideraron objetable este enfoque, la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa adopta un enfoque diferente que consiste en autorizar a los tribunales de un Estado Contratante para aplicar la Convención a los contratos de compraventa de mercaderias entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes únicamente si dichos Estados son Estados Contratantes, o cuando las normas del derecho internacional privado requieran la aplicación de la ley de un Estado Contratante. De este modo, la Convención sólo se aplica automáticamente en el caso de que los establecimientos tanto del comprador como del vendedor se encuentren en Estados Contratantes diferentes. De no ser así, debe recurrirse a las normas sobre resolución de conflictos antes de determinar si es aplicable o no la Convención. En consecuencia, ésta podrá aplicarse a un contrato de compraventa únicamente cuando existe relación entre el contrato de compraventa y un Estado Contratante.

Conviene señalar, de cualquier modo, que el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 (que prevé la aplicación de la Convención cuando las normas del derecho internacional privado suponen la aplicación de la ley de un Estado contratante) implica que la Convención podrá aplicarse a una transacción incluso en el caso de que ambas partes en dicha transacción tengan sus establecimientos en un Estado que no sea Estado Contratante. Sin embargo, en dicha situación el recurso a la ley de un Estado Contratante mediante la aplicación de las normas sobre resolución de conflictos del Estado de la jurisdicción indicará habitualmente una relación entre la ley del Estado Contratante y la operación pertinente. Un ejemplo elocuente de esta relación sería que las partes eligieran expresamente el derecho de un Estado Contratante. Si las partes en la operación de compraventa obran de este modo la Convención se aplicará automáticamente a su contrato, incluso en el caso de que una o ambas partes no tengan su establecimiento en el Estado Contratante.

A propósito del análisis del apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, cabe señalar que el artículo 95 permite a todo Estado formular una reserva conforme a la Convención, en el momento de depositar instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, en el sentido de que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1.

El artículo 2 sustrae expresamente ciertos tipos de compraventas del ámbito de aplicación de la Convención. La primera de estas excepciones se refiere a las compraventas con fines de consumo. El artículo establece que la Convención no se aplicará a las compraventas "de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso". El motivo de esta excepción es que la Convención tiene por finalidad reglamentar los contratos celebrados principalmente entre comerciantes. Su objetivo no es reglamentar el volumen relativamente pequeño de ventas internacionales a los consumidores. En la mayoría de las jurisdicciones nacionales, cuando no en todas, la legislación prevé diversos tipos de protección al consumidor. Para que la Convención abarcara estas ventas al consumidor, se plantearía la necesidad de elaborar disposiciones apropiadas para proteger a los consumidores en la amplia diversidad de jurisdicciones de los Estados Contratantes. Esta tarea habría sido demasiado complicada. En consecuencia las ventas al consumidor, incluso en el caso de que sean internacionales, continuarán sujetas a las normas nacionales.

Por razones similares, el artículo 5 de la Convención excluye de su ámbito de aplicación la esfera que en algunas jurisdicciones se llama "de responsabilidad por los productos". Estipula que la Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías. Con esta disposición se evita aplicar la Convención a las complejas cuestiones de la responsabilidad por los productos en el plano internacional. Estos asuntos continúan rigiéndose por las normas nacionales.

Las otras excepciones previstas en el artículo 2 son: a) las compraventas en subastas; b) las judiciales; c) las de títulos o efectos de comercio y dinero; d) las de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y

aeronaves; y e) las de electricidad. Se las excluye del ámbito de la Convención por varias razones. El motivo de excluir los objetos enumerados en los apartados c), d) y e) se relaciona con el hecho de que en algunas jurisdicciones nacionales existen dudas en cuanto a si se trata o no de mercaderías.

Por último, cabe mencionar que la Convención excluye expresamente (en el artículo 4) de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la validez del contrato y la de cualquiera de sus estipulaciones, así como a la de cualquier uso; y los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. Estos asuntos quedan sujetos a la reglamentación nacional.

Naturaleza no obligatoria de la Convención

El principio de autonomía de las partes está amparado expresamente por el artículo 6, cuyo texto dispone que:

"Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos."

De este modo, incluso en el caso de que un contrato de compraventa parezca estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Convención que se señala en el artículo 1, las partes pueden abstenerse de aplicarla a su transacción, ya sea expresamente o de manera implícita. Si no han excluido totalmente la aplicación de la Convención, las partes en un determinado contrato de compraventa pueden excluir determinadas disposiciones de ella, excepto el artículo 12. Este último se introdujo como una concesión de la CNUDMI y de la Conferencia diplomática de Viena a la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). La legislación de ese país exigía, según sus representantes, que antes de que cualquiera de sus organizaciones de comercio exterior quedara obligada por un contrato, dicho contrato debía formularse por escrito y estar firmado por representantes públicamente autorizados para ello. Este requisito obligatorio de formulación por escrito era incompatible con la mayoría de los sistemas jurídicos en que se basan las legislaciones nacionales. Por tanto, no podía aceptarse como norma general de la Convención esta exigencia de la ex URSS de que los contratos de compraventa internacional de mercaderías se formulasen por escrito. De hecho, la norma general se expresaba en el artículo 11, en los siguientes términos:

"El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos."

De cualquier modo, por deferencia hacia la URSS, y a fin de permitirle convertirse en parte contratante -a pesar de la exigencia categórica de su legislación interna con respecto a la formalización por escrito-, se dicidió insertar en la Convención el artículo 12, en virtud del cual un Estado puede declarar que las disposiciones de la Convención que permiten la celebración de contratos por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicarán a los contratos celebrados con una parte cuyo establecimiento esté en el territorio del Estado que formula dicha declaración. Para mantener el fondo de esta concesión, fue necesario eliminar el derecho de las partes a oponer excepciones al artículo 12.

Al margen de este requisito obligatorio, la Convención otorga amplio reconocimiento al principio de autonomía de las partes. Conviene recordar, en todo caso, que lo hace respetando a las normas nacionales sobre validez, puesto que las cuestiones relativas a la validez son ajenas al ámbito de aplicación de la Convención.

Aspectos prácticos de las normas sobre formación de contratos

Revocabilidad de las ofertas

Entre las disposiciones de la Convención sobre formación de contratos que merecen comentario por su repercusión práctica se halla la norma sobre revocabilidad de las ofertas, que figura en el artículo 16. Este artículo aplica un enfoque de common law, en oposición a los sistemas de derecho civil, en los cuales, aunque esté permitida la revocación en algunos casos (por ejemplo, en el sistema francés), especialmente cuando la

oferta señala un plazo fijo para la aceptación, esta revocación supone que el oferente está obligado a indemnizar al destinatario de la oferta o a compensarlo por daños y perjuicios<sup>1</sup>, mientras que en otros sistemas (por ejemplo, el alemán) una oferta es irrevocable a menos que el oferente indique lo contrario. Como el artículo 16 adopta una norma que permite al oferente revocar una oferta sin tener que responder por ello, los comerciantes y juristas de países con sistemas jurídicos que limitan la revocabilidad de las ofertas deben tomar nota de su contenido y tenerlo presente al efectuar sus operaciones de compraventas internacionales.

El párrafo 1) del artículo 16 estipula que:

"La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación."

Así pues, el artículo no sólo da lugar a la revocabilidad de las ofertas, sino también a la norma de que el envío de la aceptación constituye aceptación de la oferta, lo que también es una fórmula del common law. Esta norma de aceptación por envío acorta el tiempo de que dispone el oferente para revocar la oferta en los contratos formalizados por correo, puesto que tan pronto el destinatario de la oferta envía su carta de aceptación -incluso en el caso de que este hecho sea desconocido para el oferente- el contrato queda celebrado y no surtirá efecto una supuesta revocación posterior por el oferente. En muchos países de derecho civil, en cambio, el plazo durante el cual es posible la revocación dura hasta el momento en que la carta de aceptación llega al oferente. Dicho de otra manera, se aplica en este caso la teoría de la recepción.

La norma general sobre revocabilidad de las ofertas que figura en el párrafo 1) del artículo 16 va modificada por el párrafo 2) del mismo artículo, que contiene las siguientes cláusulas: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

La salvedad que figura en el apartado a) del párrafo 2) del artículo 16 comprende dos tipos de situaciones: i) aquélla en que el oferente promete no revocar su oferta durante un plazo fijo (situación de oferta en firme); o ii) aquélla en que el oferente indica que su oferta quedará extinguida al cabo de un plazo determinado, sin prometer no revocar la oferta durante dicho período (situación de oferta caducada).

Sin embargo, dicho apartado no hace distinción entre los dos tipos de situaciones. Los subsume y da por irrevocables las ofertas en ambos. Las delegaciones de los países del common law sostuvieron acertadamente en la Conferencia diplomática que esta disposición constituía una trampa para los comerciantes de dichos países. Por ejemplo el delegado del Reino Unido señaló que:

"...los comerciantes [de los países de common law] quedarían expuestos a una trampa si, con arreglo a la Convención, el hecho de indicar un plazo fijo sin mencionar para nada la irrevocabilidad entrañara que la oferta se considerara irrevocable. Habría que protegerios estipulando que ello no ocurriría a menos que hubiera alguna otra indicación clara de que la oferta era irrevocable."

No obstante, este argumento no convenció a la Conferencia de enmendar el texto actual de la Convención que se cita más arriba. El motivo es la noción de irrevocabilidad de la oferta en el derecho civil. Las delegaciones de los países de derecho civil consideraban que ya habían hecho una concesión suficiente al aceptar el principio general de revocabilidad de la oferta. Por tanto, los países de common law debían a su vez hacer la concesión de aceptar la irrevocabilidad de la oferta cuando ésta fuera acompañada por la indicación de un plazo fijo para su aceptación, aun en el caso de que el oferente pretendiera únicamente establecer la fecha en que se extinguiría. Si el oferente promete no revocar su oferta durante un período determinado, esto no plantea ningún problema. La dificultad surge solamente cuando la intención del oferente es señalar un plazo después de cumplido el cual caducará la oferta; en dicha situación, el lenguaje actual del texto constituye una trampa para los comerciantes de los países de common law, a la que sus juristas deben prestar atención.

El apartado b) del párrafo 2) del artículo 16 indica que puede haber situaciones en las que, sin que el oferente señale un plazo fijo para la aceptación ni prometa no revocar su oferta, las circunstancias sean tales que resulte razonable para el destinatario considerar irrevocable la oferta y ejecutar determinados actos basándose en dicha oferta. En el comentario de la Secretaría de la CNUDMI se explica este apartado del siguiente modo:

"En el inciso [b) del párrafo 2) del artículo 16] se estipula que el oferente no puede revocar su oferta si era razonable para el destinatario confiar en que la oferta era irrevocable y ha actuado confiado en la oferta. Esto tendría especial importancia cuando el destinatario haya tenido que realizar una amplia investigación para decidir si le convenía aceptar la oferta. Aunque la oferta no indique que es irrevocable, debe serlo por el plazo necesario para que el destinatario tome una determinación".

La aceptación en condiciones de limitación prescrita no necesita ser un fiel reflejo de una oferta

Una de las normas sobre formación que suscitó considerable controversia en los debates que precedieron a la aprobación de la Convención de Viena es la que se refiere a una supuesta aceptación que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones de la oferta a la que pretende responder. Dada la repercusión de esta norma en la "batalla de los formularios" entre compradores y vendedores internacionales, tiene considerable gravitación práctica y merece algún análisis.

Paso ahora al artículo 19 de la Convención. Este artículo pretende modificar, aunque en medida muy limitada, la llamada norma del "espejo" o de aceptación como fiel reflejo de la oferta. Esta norma tradicional figura en el párrafo 2), que establece efectivamente el requisito de que la aceptación sea un fiel reflejo de la oferta. Si la supuesta aceptación contiene elementos diferentes de los de la oferta, se considerará que constituye una contraoferta.

El párrafo 2) tiene por objeto introducir una salvedad en esta norma rigurosa. El párrafo 1) representa quizá la doctrina tradicional en materia de contratos propia de todos los sistemas jurídicos avanzados<sup>2</sup>. En la Conferencia diplomática de Viena, las delegaciones adictas a la escuela tradicional de pensamiento procuraron que se suprimieran los párrafos 2) y 3), pero su intento fue malogrado por las delegaciones de orientación reformista.

Al aprobarse el párrafo 2) del artículo 19 en el Grupo de Trabajo de la CNUDMI, por instigación de los reformistas, los tradicionalistas hicieron que se insertara una formulación anterior del párrafo 3) para garantizar que no se diera un margen amplio de interpretación al párrafo 2). El efecto del párrafo 3) es que la mayoría de las cláusulas usuales con las que se pretenda modificar en la práctica los elementos de una oferta se considerarán una alteración sustancial de éstos, la cual constituye en consecuencia una contraoferta.

De este modo, el párrafo 2) introduce una excepción muy limitada a la norma del "espejo". Sin embargo, la aceptación creará un contrato, aunque contenga elementos adicionales, si no altera sustancialmente los elementos de la oferta, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. Los términos de dicho contrato serán los de la oferta con las modificaciones que supongan los elementos adicionales contenidos en la aceptación. No obstante, si hay objeción de parte del oferente no se forma un contrato.

La importancia práctica de estas normas queda de manifiesto en la llamada batalla de los formularios, cuya situación característica es aquélla en que el comprador envía una orden de compra impresa en la que figuran los elementos de su oferta, como respuesta al catálogo o la lista de precios impresos del vendedor. Al aceptar esta oferta, el vendedor puede, a su vez, enviar un reconocimiento del pedido en un formulario impreso cuyos términos no concuerden exactamente con la oferta del oferente, aunque se haya llegado a acuerdo sobre el precio y la cantidad de las mercaderías por vender.

Si no se suscitan controversias en las transacciones efectuadas mediante estos documentos discrepantes, las partes pueden considerar que han celebrado un contrato. Pero cuando se producen conflictos el análisis jurídico de la transacción suele llegar a la conclusión que no hay contrato.

Conforme al artículo 19 de la Convención, si antes de que haya habido ejecución en virtud de un contrato aparente celebrado mediante formularios discrepantes, una parte invoca una discrepancia para rescindir el acuerdo, fundándose en que no se ha formado un contrato, el párrafo 1) surtirá el efecto de permitirle hacerlo, a menos que se aplique la excepción limitada que figura en el párrafo 2), o a menos que los tribunales del Estado de la jurisdicción utilicen alguna de las técnicas judiciales que se han elaborado para mitigar los severos efectos de la norma del "espejo", como la de interpretar los elementos adicionales como meras sugerencias ajenas a la aceptación, que el oferente puede aceptar o rechazar, o la de interpretar los elementos adicionales como términos que ya estaban contenidos implícitamente en la oferta, de acuerdo con el uso o con una cláusula implícita.

Sin embargo, en el caso en que la controversia se suscite después de que ha habido cumplimiento por ambas partes, el análisis jurídico de la situación en la batalla de los formularios suele llevar a la conclusión de que hay contrato. Lo que está en cuestión, de cualquier modo, son las condiciones de dicho contrato. ¿Cuál de las condiciones discrepantes de los dos formularios debe considerarse válida? La norma tradicional del "espejo" que figura en el párrafo 1) del artículo 19 tendrá como resultado que se imponga el llamado "último disparo" en la batalla de los formularios. De acuerdo con este análisis cada formulario consecutivo constituye una contraoferta si figuran en él elementos diferentes de los del anterior, a reserva, desde luego, de lo que dispone el párrafo 2) del artículo. Las condiciones del contrato serán, pues, las de la última contraoferta, que es aceptada luego por el acto de cumplimiento efectivo del destinatario. Como en la situación usual que he esbozado será el vendedor quien envíe su reconocimiento impreso, es también él quien dispara el último tiro, y se impondrán sus condiciones a menos que pueda invocarse el párrafo 2) del artículo 19.

Como dicho párrafo sólo es aplicable si la aceptación no altera sustancialmente los elementos de la oferta, en la mayoría de los casos no se aplicará, porque en la práctica el reconocimiento del vendedor contendrá elementos que alteren sustancialmente los elementos de la oferta.

Aspectos prácticos de las obligaciones de comprador y vendedor

Al analizar la parte III de la Convención, que se refiere a los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor, me voy a ocupar de los recursos de que pueden valerse ambas partes en caso de incumplimiento del contrato. La razón es que, desde el punto de vista práctico, lo que importa a una parte agraviada es la reparación que puede exigir conforme a la Convención cuando la otra parte no ha cumplido sus obligaciones. El enfoque de la Convención con respecto a los recursos contrasta notoriamente con el que establece la LUCI, que distingue entre varios tipos de incumplimiento y divide correspondientemente los recursos existentes. La Convención prevé únicamente dos tipos básicos de incumplimiento, el del vendedor y el del comprador, y establece recursos uniformes para ambos, que se analizan a continuación.

Como hemos indicado, el enfoque adoptado por la CNUDMI y aceptado en Viena fue el de agrupar todas las normas sobre recursos en caso de incumplimiento en un solo texto de la Convención, a saber, la sección III del capítulo II de la parte III, con respecto al incumplimiento por el vendedor, y la sección III del capítulo III de la parte III, por lo que se refiere al incumplimiento por el comprador. Este enunciado integral va precedido por una enumeración exhaustiva de las obligaciones de comprador y vendedor, respectivamente.

Analicemos en primer lugar los recursos de que dispone el comprador en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor. Es posible resumirlos del siguiente modo: i) cumplimiento de lo pactado; ii) resolución; iii) daños y perjuicios; iv) rebaja del precio; v) notificación que señale una prórroga para el cumplimiento; vi) subsanación por el vendedor después de la fecha de entrega.

A la inversa, si el comprador no cumple sus obligaciones conforme al contrato o a la Convención, los recursos de que dispone el vendedor pueden resumirse como sigue: i) cumplimiento de lo pactado; ii) resolución; iii) daños y perjuicios; iv) notificación que señale una prórroga para el cumplimiento de lo pactado.

A continuación analizaré brevemente estos recursos. Obsérvese que tanto el comprador como el vendedor tienen derecho a exigir al otro el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al contrato y a la Convención.

Así pues, la Convención afirma la primacía de la reparación específica, a diferencia del enfoque del common law, que suele consistir en conceder a la parte perjudicada por el incumplimiento de un contrato únicamente el derecho a indemnización por daños y perjuicios, o esta indemnización más el derecho de rescisión. De conformidad con la Convención, la parte inocente puede exigir la ejecución por la parte responsable del incumplimiento. Sin embargo, en consideración hacia los tribunales de fueros del common law se incluyó el artículo 28 en la Convención. Este artículo dice lo siguiente:

"Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención."

De este modo, si una parte exige a un tribunal de una jurisdicción de common law que le conceda reparación específica en circunstancias en que con arreglo al derecho interno de ese tribunal no pudiera concederse esa reparación, el tribunal puede denegar dicha reparación.

El comprador o el vendedor pueden valerse del drástico recurso de la resolución si la otra parte ha incurrido en incumplimiento esencial, en el sentido en que lo define la Convención. Conforme a ella, el incumplimiento será esencial "... cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".

Aunque el incumplimiento de contrato no sea esencial en el sentido que se acaba de explicar, puede conducir igualmente a la resolución por la parte inocente, si ésta concede una prórroga -con arreglo al artículo 47 en el caso del comprador, o con arreglo al artículo 63 en el del vendedor- para que la parte que haya incumplido cumpla sus obligaciones. Si al expirar la prórroga la parte que ha incumplido aún no cumple lo pactado, la parte inocente podrá extinguir el contrato por resolución.

El recurso de rebaja del precio está a disposición del comprador únicamente. Dicho recurso figura en el artículo 50 de la Convención, que señala:

"Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento las mercaderías conforme al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos."

Así pues, este recurso es distinto de la indemnización de daños y perjuicios, que se rije por los artículos 74 a 77. Se trata de un recurso no judicial, en el sentido de que cabe interponerlo unilateralmente y sin previo fallo judicial. No obstante, si el vendedor considera que se ha interpuesto ilegalmente, puede recurrir a los tribunales para objetar la rebaja del precio o la cuantía de ella. El carácter no judicial del recurso de rebaja del precio parece ser la diferencia principal entre dicho recurso y el de indemnización por daños y perjuicios.

Este último es conocido para los abogados de todos los sistemas jurídicos, por lo que no me detendré en él y pasaré a analizar el llamado derecho de subsanación, el que si bien no constituye estrictamente un recurso, surte un efecto similar. El artículo 48 autoriza al vendedor, incluso después de la fecha de entrega, para rectificar o "subsanar" a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, siempre que pueda hacerlo "sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en

cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador". Sin embargo, este derecho de subsanación está sujeto al derecho del comprador a exigir indemnización de daños y perjuicios, y debe ejercerse antes de una resolución del contrato por el comprador al amparo del artículo 49. El artículo 37 concede al vendedor un derecho similar de subsanación, en el caso de que haya entregado las mercaderías antes de la fecha fijada para la entrega. El vendedor podrá "hasta [esa fecha] bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos".

#### Conclusión

En esta exposición se ha procurado presentar una visión general de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que es uno de los logros más concretos de la CNUDMI en sus primeros 25 años de existencia. No cabe duda de que, como señaló el presidente en la sesión de clausura de la Conferencia diplomática de Viena, "el instrumento que acaba de firmarse constituye un enriquecimiento del derecho mercantil internacional". Esperamos que, bien entrado el siglo venidero, la CNUDMI continúe enriqueciendo el derecho mercantil internacional.

### 2. Nuevas características de las Incoterms 1990 de la CCI

#### JAN RAMBERG

Profesor de Derecho Privado de la Universidad de Estocolmo (Estocolmo)

Finalidad de las Incoterms

La fijación de las condiciones comerciales es uno de los primeros ejemplos de simplificación de las prácticas comerciales. Mediante la utilización de fórmulas taquigráficas como "franco a bordo" (FOB) y "costo, seguro y flete" (CIF) los comerciantes podían determinar la forma de dividir entre ellos funciones, costos y riesgos importantes. De este modo, las condiciones comerciales se ocupan, entre otras cosas, de la transmisión del riesgo, las disposiciones relativas al transporte y al seguro, las licencias y derechos de exportación e importación, el envasado y marcado de las mercaderías; la naturaleza y el tipo de los documentos, las operaciones de inspección y los certificados de calidad y origen de las mercaderías, así como de las notificaciones relativas a los acuerdos concertados.

A pesar de que estas condiciones comerciales constituyen en gran medida normas prácticas para la aplicación del contrato internacional de compraventa, no se refieren a cuestiones que sean materia de leyes nacionales o convenciones internacionales, o que correspondan a las condiciones generales de los contratos de compraventa. Simplificando un poco, podemos decir que las condiciones comerciales son importantes en todo contrato internacional de compraventa, mientras que otras normas y condiciones generales -a diferencia de las cláusulas específicas que dan a los contratos sus características propias- tratan principalmente de situaciones anormales de incumplimiento del contrato y de circunstancias imprevistas.

No hace falta decir que la necesidad de unificar la interpretación de las condiciones comerciales reviste especial importancia. En primer lugar, las fórmulas taquigráficas que utilizan los comerciantes no señalan específicamente las obligaciones que recaen sobre el comprador y el vendedor, respectivamente. En segundo lugar, las leyes nacionales pueden diferir no sólo en cuanto a diversos pormenores, sino incluso con respecto al significado fundamental de las condiciones comerciales. A comienzos del decenio de 1920 la CCI emprendió la labor de unificación mediante el análisis del significado de las condiciones comerciales más importantes y presentó, con el nombre de Incoterms 1936, la primera versión de un conjunto de normas para la interpretación de dichas cláusulas comerciales. A este documento siguieron las Incoterms 1953, las Incoterms 1980 y, por último, la presente versión de 1990, que fue ratificada recientemente por la CNUDMI. Al remitirse a las Incoterms los comerciantes podían asegurarse de que la cláusula comercial elegida sería interpretada como se consigna en dicho documento, y de este modo se evitaba toda sorpresa desagradable que pudieran ocasionar interpretaciones diferentes con arreglo a diversas leyes en vigor.

De este modo, a primera vista la naturaleza jurídica de las Incoterms parecería ser del mismo tipo que la de un contrato modelo que pudiera incorporarse por vía de referencia. Sin embargo, considero acertado afirmar que la utilización de las Incoterms ha pasado a ser, al menos en algunas regiones, un uso comercial internacional.

Elección de las condiciones comerciales

Atractivo tradicional de los contratos de embarque

Tal vez sea correcto afirmar que la mayoría de los comerciantes no analiza los efectos posibles de elegir una u otra cláusula comercial, sino que, sin pensarlo demasiado, continúa vendiendo como lo ha hecho siempre y como lo hacían sus antepasados. Las cláusulas de las operaciones comerciales están incorporadas en su "sistema comercial", así como en sus condiciones y formularios tipo. Sin embargo, esto bien puede significar que deban pagar más de lo necesario por las mercaderías o, peor aún, que no cosechen todos los beneficios que podrían obtener de la operación.

Es comprensible que el vendedor desee evitar riesgos por las situaciones que puedan presentarse en el país del comprador y, a la inversa, que éste no quiera correr riesgos por las cosas que puedan ocurrir en el país de aquél. Esto explica la aceptación mundial de las fórmulas comerciales tradicionales "costo y flete" (CFR), CIF y FOB, en virtud de las cuales se divide el riesgo en la borda del barco y en el puerto de embarque. Es cierto que subsiste el riesgo de que algo salga mal durante el transporte internacional, y en virtud de las condiciones comerciales señaladas dicho riesgo recae sobre el comprador. Sin embargo, las fórmulas comerciales "a bordo" y "en el muelle" permiten transmitirlo al vendedor.

"Comprar FOB y vender CIF" como consideraciones de política de Estado

La elección de las condiciones comerciales puede verse también muy influida por los intereses nacionales. Para muchos países es importante obtener de las exportaciones el máximo de divisas y ahorrar la mayor cantidad posible de ellas en las importaciones. En consecuencia, puede ser tentador dar instrucciones a los comerciantes nacionales de comprar según la oferta más barata (habitualmente FOB) y vender al precio más alto posible (normalmente CIF). Sin embargo, esto puede significar que los productos del país exportador sencillamente no sean competitivos en los mercados extranjeros, al no aplicarse un precio FOB que hubiera podido serlo en mayor medida. A la inversa, la importación podría resultar innecesariamente costosa pues un precio CIF habría sido más adecuado. En estos casos las instrucciones de las autoridades a los comerciantes tendrían en la práctica el mismo efecto que los derechos de exportación e importación.

#### Tendencia hacia los contratos de destino

Como fuere, no debe olvidarse que la mayoría de los riesgos se relacionan directa o indirectamente con el precio. Mientras más funciones y riesgos acepta el vendedor, más se encarece su oferta. No hace falta decir que un vendedor CIF, a diferencia de un vendedor FOB, debe agregar al precio FOB el coste del flete y el seguro. Pero además debe tener en cuenta el riesgo de aumento del coste entre el momento de su oferta y el del embarque, a menos que haya prevenido eficazmente dicho aumento mediante una cláusula apropiada del contrato. Por estas razones, tal vez no sea tan importante dónde estriba la función o el riesgo. Bien puede serlo mucho más averiguar quién haría el mejor negocio, si el comprador o el vendedor, al concertar los contratos de transporte y seguro. Es indudable que un vendedor cuyos volúmenes de ventas sean cuantiosos y regulares podría concertar acuerdos sobre el transporte mejores y más baratos que el comprador ocasional de cantidades pequeñas. En consecuencia, este vendedor podría cotizar un precio CFR y CIF más competitivo que el precio FOB.

Aunque en virtud del contrato de embarque tradicional el vendedor queda liberado, en términos jurídicos, de obligaciones ulteriores para con su comprador al momento del embarque, puede haber factores comerciales que le impidan aprovechar plenamente esta ventaja. Un fabricante que venda mercaderías en un mercado extranjero competitivo no puede permanecer impasible si ha ocurrido algo a las mercaderías después del embarque. Debe preocuparse de que lleguen a su destino en perfectas condiciones. En verdad, tal vez deba

ir más lejos, dada la necesidad de garantizar que las mercaderías estén en buen estado y cumplan las condiciones estipuladas incluso después de que se hayan entregado al consumidor final. Lo mismo rige con respecto a la construcción de fábricas con arreglo a los llamados contratos llave en mano, en los que las obligaciones del vendedor son extensivas al país de destino y se mantienen en vigor hasta que se ha construido la fábrica y se ha entregado la llave al comprador.

La tendencia a los contratos de destino queda ulteriormente de manifiesto con la incorporación de otra cláusula "entregada" en las Incoterms 1990, a saber, "entregada derechos no pagados" (DDU). Esta condición o cláusula permite al vendedor disponer el transporte de las mercaderías hasta el destino final en el país del comprador, pero sin hacerse cargo de la tarea de despachar los bienes en la aduana y pagar derechos, gravámenes, el impuesto al valor añadido y otras cargas oficiales pagaderas al momento de la importación. Pueden surgir problemas para el vendedor en el momento de convenir la reexpedición si las mercaderías son retenidas por las autoridades aduaneras, pero en este caso la DDU B.5 de la Incoterms estipula que el comprador debe asumir "los riesgos adicionales de pérdida o daño de la mercancía" en que se haya incurrido debido al incumplimiento de su obligación de hacerse cargo del despacho de aduanas.

Relación mutua entre las condiciones comerciales y otras cláusulas del contrato de compraventa

Desde luego, es posible reducir mediante otras cláusulas -que suelen presentarse en forma de condiciones generales- el riesgo que plantea una condición comercial determinada. Cuando un vendedor CIF, que es distinto de un vendedor FOB, se compromete a disponer el transporte de las mercaderías hasta el destino convenido, asume también el riesgo de que no haya medios de transporte disponible, o el de que éstos sean considerablemente más caros. Un ejemplo elocuente de esta situación es el de los famosos casos del Canal de Suez (véase *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee Thorl GmbH* (1962), A.C.93 y Ramberg, *Cancellation of Contracts of Affreightment* (Cancelación de los contratos de fletamento) (1969), págs. 336 a 355).

Los riesgos que recaen sobre el vendedor que se ha comprometido a entregar las mercaderías en el país del comprador se ven acrecentados. Debe observarse, en particular, que la pérdida de las mercaderías en tránsito no es una mera cuestión de seguros, porque dicha pérdida impediría también al vendedor cumplir su obligación de entregar las mercaderías a tiempo, o de entregarlas en absoluto. No obstante, es posible eliminar, o al menos reducir, los riesgos que acaban de señalarse, mediante cláusulas relativas a ajuste del precio, prórroga del plazo de entrega, fuerza mayor u otras que exoneren de responsabilidad al vendedor en situaciones que no hayan sido contempladas al momento de su oferta. Es evidente que no puede comprenderse la situación de las respectivas partes contratantes mediante el mero análisis de las condiciones comerciales elegidas; para ello haría falta analizar correctamente el contrato en su totalidad, con todas sus cláusulas y condiciones, incluidas las leyes sobre compraventa en vigor.

#### Innovaciones de las Incoterms 1990

Mientras la revisión de 1980 fue motivada por la llamada revolución de los contenedores y por la necesidad de evitar la proliferación de condiciones comerciales relativas a los contenedores, la de 1990 se centró en las nuevas prácticas documentarias. Además, en la labor de revisión de 1990 se procuró facilitar el uso de las Incoterms mediante la ordenación lógica y coherente de diversas obligaciones que recaen sobre comprador y vendedor, respectivamente. Se mantuvo y desarrolló el método de presentación "del espejo", para que sea posible determinar con facilidad, en cada función, lo que deben hacer, respectivamente, el comprador y el vendedor.

Desde un punto de vista jurídico, es importante señalar que la supremacía tradicional de los contratos FOB, CFR y CIF deberá dar paso, en el transporte moderno de la carga en general, a los contratos de "franco transportista" (FCA), de "transporte pagado hasta" (CPT) y de "transporte y seguro pagados hasta" (CIP), respectivamente, por la sencilla razón de que la función tradicional de la borda del buque como divisoria entre las funciones de comprador y vendedor ha sido sustituida por otros puntos, como las diversas terminales de carga u otras instalaciones de recepción. No hace falta decir que esto ha influido también en la documentación y ha reducido notoriamente el empleo del conocimiento a bordo. De este modo, incluso en el transporte de mercaderías por vía marítima, los conocimientos de embarque han sido reemplazados por

cartas de porte marítimo no negociables. Aunque las condiciones CFR y CIF todavía requieren que el vendedor exhiba un conocimiento a bordo, las cláusulas CPT y CIP son neutrales en lo que a documentación se refiere; sólo se hace referencia al documento habitual de transporte. Las condiciones FOB y FCA no exigen en verdad acción alguna al vendedor con respecto al transporte, excepto la de entregar las mercaderías al porteador designado por el comprador. De cualquier modo, la práctica habitual es que a pesar de esto el vendedor pida que se le reserve espacio para el transporte de la carga. En las Incoterms FCA de 1990 figura una norma específica que toma en cuenta esta práctica comercial. De este modo, en la FCA A.3 se estipula lo siguiente:

"Sin embargo, si es requerido por el comprador o si es práctica comercial y el comprador no da instrucciones en sentido contrario con la debida antelación, el vendedor puede contratar el transporte en las condiciones usuales, a riesgo y expensas del comprador. El vendedor puede rehusar concluir este contrato y, en ese caso, lo comunicará rápidamente al comprador".

En las Incoterms 1990 la FCA pasó a ser tal vez la más importante de las condiciones comerciales, puesto que puede utilizarse con independencia del modo de transporte. Ya no figuran en las Incoterms las antiguas condiciones comerciales relativas al transporte aéreo y por ferrocarril, FOB Aeropuerto y FOR/FOT. Por esta razón, se consideró pertinente explicar con alguna profundidad la forma en que deben entregarse las mercaderías para su transporte en los modos respectivos (transporte ferroviario, por carretera, por vías navegables interiores, marítimo, aéreo, no especificado y multimodal; véase la FCA A.4), en ausencia de acuerdo en contrario. Así pues, las disposiciones pormenorizadas de la cláusula FCA (A.4) revisten la mayor importancia, porque constituyen una aplicación del principio general que se enuncia en el artículo 67 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, según el cual el riesgo se transmitirá del vendedor al comprador "en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador".

Otras de las innovaciones importantes de las Incoterms 1990 se consideró necesaria dada la tendencia creciente a sustituir los documentos sobre papel por el sistema de intercambio electrónico de datos (EDI). Así, en todas las secciones A.8 de las Incoterms (salvo las "en fábrica", en las que no se requieren normalmente documentos particulares sobre papel) se hace referencia a esta nueva práctica en el siguiente texto:

"Si el vendedor y el comprador han acordado comunicarse electrónicamente, el documento a que se refiere el párrafo anterior puede ser sustituido por un mensaje de intercambio electrónico de datos (EDI) equivalente".

Aunque es más fácil sustituir los documentos de papel por mensajes EDI en los casos en que se necesita únicamente la función probatoria, se hace muy difícil imitar la función del conocimiento de embarque como símbolo jurídico -carácter que se le atribuye con frecuencia- para representar las mercaderías propiamente tales. Dado que conforme a la mayoría de las leyes nacionales o disposiciones correspondientes del derecho marítimo sobre el conocimiento de embarque, se ha aceptado este último como documento de transporte negociable (o, al menos, casi negociable) se necesita estar en posesión del documento de papel original para ejercer el derecho a dar instrucciones con respecto a las mercaderías en tránsito y a recibirlas del porteador en el lugar de destino. Siendo así, el conocimiento de embarque cumple la función muy importante de permitir la venta de las mercaderías durante su transporte ("compraventa afloat") mediante la transferencia y el endoso del original o los originales del conocimiento de embarque (la "función de transferibilidad"). ¿Cómo podría el sistema EDI sustituir esta función jurídica simbólica del conocimiento de embarque? ¿Es posible efectuar una transferencia de derechos jurídicamente válida por el mero expediente de un acuerdo privado, o resulta indispensable una legislación? La cuestión de la sustitución del conocimiento de embarque sobre papel por procedimientos electrónicos fue abordada por el Comité maritime international (CMI), lo que llevó a las Normas sobre Conocimientos de Embarque Electrónicos de 1990, las cuales pueden ser adoptadas voluntariamente por las partes que hayan acordado comunicarse electrónicamente. En esencia, estas normas pueden explicarse sucintamente del siguiente modo.

En primer lugar, se imita el conocimiento de embarque registrando electrónicamente la información habitual, por ejemplo las marcas principales necesarias para identificar las mercaderías y el número de bultos o piezas, la cantidad o el peso señalados por el expedidor, así como el estado y la condición aparentes de las mercaderías.

En segundo lugar, las Reglas garantizan que las cláusulas y condiciones habituales del contrato de transporte se apliquen del mismo modo que si se hubiera expedido un conocimiento de embarque. De este modo, al utilizar como referencia las Reglas del CMI, se mantiene el efecto obligatorio de las Reglas de La Haya, el de las Reglas de La Haya/Visby y el de las Reglas de Hamburgo.

En tercer lugar, la transferencia electrónica en sí se hace posible mediante la vinculación del llamado derecho de control y transferencia a una "clave privada", que es particular de cada tenedor sucesivo y puede ser transferida por éste. Dicha clave privada debe estar separada y ser distinta de todo medio empleado para identificar el contrato de transporte y de toda contraseña o identificación de seguridad que se utilice para obtener acceso a la red informatizada. El transportista está legitimado únicamente para recibir instrucciones de una persona -o para entregar a ésta las mercaderías- capaz de verificar que posee el derecho de control y transferencia mediante consulta de la clave privada, la cual podría transmitirse a un nuevo tenedor mediante la anulación por el transportista de la clave anterior y la creación de una nueva destinada al tenedor siguiente, tras un procedimiento de notificación y confirmación conforme a las Reglas (Regla 7).

Gracias a la cooperación entre la CCI y el CMI, ha sido posible contemplar la utilización del mecanismo señalado en las Incoterms 1990, lo que se refleja en la redacción de las importantes disposiciones A.8 de las cláusulas CFR y CIF.

Prueba de la entrega, documento de transporte o mensaje electrónico equivalente

A menos que se haya estipulado otra cosa, el vendedor debe proporcionar, a sus propias expensas y sin tardanza, el documento de transporte usual para el puerto de destino convenido.

Este documento (por ejemplo, un conocimiento de embarque negociable, una carta de transporte marítimo no negociable o un documento de navegación interior) ha de corresponder a la mercancía del contrato, estar fechado dentro del plazo convenido para el embarque, permitir al comprador reclamar la mercancía al transportista en destino y, a menos que se haya estipulado otra cosa, permitir al comprador vender la mercancía en tránsito mediante la transferencia del documento al subsiguiente comprador (el conocimiento de embarque negociable) o mediante notificación al transportista.

Si dicho documento de transporte es emitido en varios originales, debe presentarse al comprador un juego completo de originales. Si el documento de transporte hace referencia a una póliza de fletamento [charter party], el vendedor también debe facilitar un ejemplar de este documento. Si el vendedor y el comprador han acordado comunicarse electrónicamente, el documento a que se refiere el párrafo anterior puede ser sustituido por un mensaje de intercambio electrónico de datos (EDI) equivalente. En la Guía de las Incoterms de la CCI (publicación 461/90), se hace alusión a la importancia decisiva que reviste para el comprador tener la certidumbre de que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar las mercaderías a bordo del barco. El documento de transporte constituye normalmente prueba de esta entrega.

### Documentos de transporte no negociables

Por lo general, basta a las partes remitirse al documento de transporte usual obtenido del transportista cuando se le entregan las mercaderías. Sin embargo, en el transporte marítimo pueden utilizarse documentos diferentes. A pesar de que para el transporte marítimo de mercaderías se utilizaban tradicionalmente conocimientos de embarque negociables, en años recientes han aparecido otros documentos, por ejemplo documentos de transporte no negociables, análogos a los que se emplean en otras modalidades de transporte. Estos otros documentos tienen diferentes nombres, entre ellos cartas de porte de servicio regular, cartas de porte marítimo [ocean waybills], recibos de muelle de carga [cargo quay receipts], data freight receipts o sea

waybills [cartas de porte marítimo]. La expresión "carta de porte marítimo" define con frecuencia la totalidad de los diversos documentos de transporte no negociables que se utilizan para el transporte marítimo de mercaderías.

Por desgracia, las convenciones internacionales y las leyes nacionales no prevén todavía reglamentos específicos para estos documentos de transporte no negociables (excepto la legislación de los Estados Unidos, en la que se reconoce un conocimiento de embarque no negociable, el llamado conocimiento de embarque nominativo). Por esta razón, el CMI aprobó en junio de 1990 las Reglas Uniformes sobre el Conocimiento de Embarque. En el contrato de transporte las partes deben remitirse a estas Reglas, para evitar toda incertidumbre jurídica que pudiera ocasionar el empleo de documentos no negociables.

### Venta de mercaderías en tránsito

En la mayoría de los casos las mercaderías que se va a transportar en líneas de navegación regulares no son objeto de una nueva venta en tránsito. Sin embargo, en el caso de aquellas cuyo transporte se efectuará en barcos fletados la situación con frecuencia es muy distinta. Por ejemplo, si las mercaderías están destinadas al mercado inmediato, suelen ser vendidas muchas veces antes de llegar a destino. En estos casos el conocimiento de embarque negociable ha sido tradicionalmente muy importante, pues la posesión del documento sobre papel permite al comprador subsiguiente reclamar las mercaderías del transportista en el lugar de destino. Para hacerlo, entrega a éste el conocimiento de embarque original a cambio de las mercaderías. Sin embargo, en el caso de que no se pretenda vender las mercaderías en tránsito no hay necesidad de emplear un conocimiento de embarque si el derecho del comprador a reclamar las mercaderías del transportista en el lugar de destino está garantizado por otros medios, como la sujeción en el contrato a las Reglas Uniformes sobre el Conocimiento de Embarque del CMI.

Conforme a las cláusulas CFR y CIF el comprador que desee vender las mercaderías en tránsito a un comprador posterior tiene derecho a reclamar del vendedor un conocimiento de embarque negociable. Sin embargo, esta venta en tránsito también puede concertarse sin un conocimiento de embarque. Es posible hacerlo si las partes interesadas utilizan un sistema con arreglo al cual el transportista deba tener las mercaderías a disposición de un comprador o compradores posteriores.

#### Los procedimientos EDI y el conocimiento de embarque

En el epígrafe A.8 se tiene en cuenta la posibilidad de que las partes deseen efectuar operaciones comerciales sin soporte de papel. Si las partes han acordado comunicarse electrónicamente el requisito de exhibir un documento sobre papel deja de ser obligatorio.

No hace falta decir que el conocimiento de embarque tradicional no está a tono con la evolución moderna hacia el comercio sin papel. Por esta razón, el CMI elaboró en junio de 1990 las Reglas Uniformes sobre el Conocimiento de Embarque Electrónico, que se refieren a las situaciones en las que las partes interesadas desean sustituir el conocimiento de embarque tradicional sobre papel por mensajes EDI.

Estas Reglas Uniformes se basan en la utilización de mensajes EDI al transportista, que cumplen en el epígrafe A.8 la misma función que las palabras "notificación al transportista". No obstante, las partes que no hayan acordado utilizar las Reglas Uniformes sobre el Conocimiento de Embarque Electrónico deben continuar utilizando la práctica tradicional de exigir conocimientos de embarque negociables.

En resumen, las Incoterms 1990 reflejan la evolución contemporánea de las técnicas, la documentación y los sistemas EDI en el transporte, y cumplen por tanto la importante función de completar la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en un terreno en el que existe la necesidad de adaptación permanente a situaciones nuevas, que no siempre puede satisfacerse con facilidad mediante legislación.

### 3. Portavoces de la práctica internacional

#### HANS VAN HOUTTE

Profesor y Jurista, Bruselas; Presidente del Subcomité de Compraventas Internacionales, Asociación Internacional de Abogados

La Asociación Internacional de Abogados (IBA) está muy consciente de que la CNUDMI trabaja en la formulación del derecho mercantil internacional del siglo veintiuno. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, uno de los textos más destacados de la CNUDMI, será en todo el mundo de importancia decisiva para los abogados en ejercicio, muchos de los cuales son miembros de la IBA. Por esta razón se creó recientemente en esta Asociación un subcomité especial para analizar la forma en que está aplicándose la Convención sobre la Compraventa en los diversos sistemas jurídicos. En nuestra conferencia semestral que debe celebrarse en Cannes en septiembre de 1992 se dedicará una reunión a dicho tema.

No deseo anticiparme a los resultados de la conferencia de Cannes, por lo que me limitaré a exponer algunas propuestas sobre el seguimiento de la Convención sobre la Compraventa.

La Convención sobre la Compraventa, criatura que dio a luz la CNUDMI en 1980, era robusta, aunque debemos reconocer que no de una belleza extraordinaria. Tenía los pequeños defectos y deficiencias característicos de toda obra humana. Pero en fin de cuentas, y a pesar de algunas imperfecciones, al momento de nacer la Convención sobre la Compraventa era más atractiva que su prima la LUCI, que contaba ya 16 años. La criatura de Viena es ya una muchacha de 12 años, que tiene cada vez más aceptación en el mundo. Sin embargo, como todos sabemos, los niños de esa edad necesitan en algunos aspectos más dedicación y cuidado incluso que los recién nacidos. De manera análoga, es probable que en la actualidad deba atenderse al desarrollo de la Convención sobre la Compraventa con mayor solicitud que en el decenio de 1980. El seguimiento de la Convención debe centrarse, en primera instancia, en los Estados, pues hace falta que éstos la ratifiquen.

Sé que los árbitros internacionales suelen aplicar la Convención sobre la Compraventa omitiendo el procedimiento que estipula el artículo 1, es decir, sin determinar si los Estados pertinentes han ratificado o aceptado la Convención. Por ejemplo, en 1989 un laudo de la CCI aplicó la Convención a pesar de que ni el país del comprador ni el del vendedor eran partes en ella. Los árbitros la aplicaron considerándola una codificación de los usos comerciales. Esto es, la Convención sobre la Compraventa como Lex mercatoria, pues la mejor fuente para determinar los usos comerciales corrientes son las disposiciones de la Convención de Viena<sup>3</sup>.

Dudo, sin embargo, de que los tribunales nacionales vayan a aplicar la Convención sobre la Compraventa como parte de una *Lex mercatoria*. La aplicarán únicamente si los Estados interesados la han aceptado. En consecuencia, su aplicación mundial requiere una ratificación mundial.

Hasta ahora 34 países han ratificado o aceptado la Convención. Esto parece un logro considerable. Sin embargo, en el mundo hay alrededor de 160 países. Apenas la quinta parte de ellos ha aceptado la Convención. ¿Por qué no la han ratificado Japón, ni el Reino Unido, ni gran número de otros países? Por ejemplo, Bélgica se ha abstenido de ratificarla, no porque le disguste ni porque prefiera quedarse en la LUCI que, de cualquier modo, está siendo abandonada por los antiguos Estados Contratantes. La única razón por la que Bélgica no ha ratificado la Convención es la falta de interés político. En consecuencia, en todos los países que aún no lo han hecho, las asociaciones nacionales de abogados y los particulares deberían tomar contacto con las autoridades de Gobierno e inquirir sobre la ratificación de la Convención. Deberían, además, suscitar el interés de los políticos por ella y promover su ratificación o aceptación. De lo contrario perderá fuerza el movimiento en favor de adherirse a ella y la Convención terminará siendo ratificada apenas por unos 50 países, con lo que no podrá ser de aplicación universal. El seguimiento de la Convención sobre la Compraventa debe centrarse además en los profesionales y los magistrados. Tras la incorporación de la LUCI a la legislación de Bélgica transcurrieron alrededor de 15 años antes de que dicho instrumento se integrara propiamente a la cultura jurídica de ese país. Durante mucho tiempo, en verdad, sencillamente los

profesionales hacían caso omiso de la LUCI. Apenas en los seis o siete años recientes (curiosamente, en momentos en que la LUCI comenzaba a diluirse en el panorama internacional) han comenzado los tribunales belgas a aplicarla sistemáticamente. Esta aceptación final de la LUCI se explica por dos factores:

- a) En primer lugar, alrededor de 1985 se publicaron varios artículos sobre la aplicación de este instrumento por los tribunales nacionales, con lo que quedó de manifiesto para los profesionales que la LUCI formaba parte efectivamente de la legislación belga y debía aplicarse;
- b) en segundo, durante el mismo período la LUCI pasó a formar parte del programa de estudios de las facultades de Derecho. Las generaciones jóvenes de juristas dieron a conocer su existencia en los despachos de abogados y en los tribunales.

Las siguientes iniciativas contribuirían a familiarizar en mayor medida a los abogados con la Convención sobre la Compraventa:

En primer lugar, y especialmente en los países con un comercio internacional voluminoso, las universidades deberían incorporar la Convención sobre la Compraventa a su programa de estudios. Los estudiantes de hoy son los juristas y magistrados de mañana. Si estudian la Convención, luego la aplicarán.

En segundo lugar, deben publicarse documentos cuyo tema sea la Convención sobre la Compraventa. Me satisface enormemente comprobar que en diversos Estados Contratantes se ha organizado ya la publicación de fallos relativos a ella. Hubieron de pasar 12 años tras la entrada en vigor de la LUCI para que apareciera la primera recopilación de sentencias judiciales dictadas en los diferentes países que aplican dicho instrumento. Constituye una buena señal que se proyecte ya una edición comparada de las sentencias relativas a la Convención sobre la Compraventa en una etapa temprana de su existencia.

Puede existir el temor de que estas publicaciones comparadas sobre la Convención lleguen únicamente a un público selecto de juristas internacionales especializados. Sin embargo, por lo general dichos juristas internacionales no suelen ocuparse nunca de contratos de compraventa internacional. De éstos se ocupan empresas, abogados y tribunales locales, que no poseen un conocimiento cabal del derecho mercantil internacional y no tienen acceso a publicaciones especializadas sobre la Convención.

Por lo tanto, las revistas jurídicas de carácter general destinadas a un público vasto debieran analizar ocasionalmente la Convención y publicar estudios de fallos judiciales nacionales relacionados con ella. Dichos estudios servirían para poner de manifiesto en cada país que la Convención se ha hecho ley y que por tanto debe aplicarse.

Por último, el seguimiento debe centrarse también en las empresas, que son los clientes a los que está destinada la Convención. Algunas de éstas excluyen su aplicación -como permite hacerlo el artículo 6- porque les disgustan algunas de sus disposiciones -por ejemplo, la que figura en el artículo 19, sobre la aceptación de la oferta con modificaciones. Debiera informarse a dichas empresas de que la Convención sobre la Compraventa contiene no sólo normas menos favorables, sino también otras más favorables que las de la legislación interna. (Por ejemplo, las relativas al incumplimiento previsible del contrato, que figuran en el artículo 71 de la Convención, no existen en la legislación belga ni en la francesa.) Las empresas deben saber que la Convención establece un justo equilibrio entre los derechos y deberes de vendedor y comprador.

Si las empresas llegan a conocer mejor la Convención, no excluirán su aplicación por razones subjetivas.

En resumen, la CNUDMI realizó una magnífica labor al crear la Convención sobre Compraventas. Sin embargo, ahora que dicho instrumento ha entrado en vigor, corresponde a nosotros la tarea de conseguir que los políticos la ratifiquen, que los juristas y los tribunales la apliquen y que las empresas la utilicen.

#### BURGHARD PILTZ

Abogado, Gütersloh (Alemania); Union internationale des avocats

Limitaré mis observaciones a los importantes y muy pertinentes aspectos prácticos de las leyes uniformes, desde el punto de vista de un jurista que se ocupa principalmente de causas internacionales.

Es indudable que las leyes internacionales uniformes, en general, son de gran importancia práctica. La legislación nacional se centra primordialmente en las transacciones internas y no aborda los problemas particulares de los negocios transfronterizos. En las negociaciones relativas al contrato se aceptan las leyes uniformes como base neutral para la elección del derecho aplicable, pues no se trata de leyes que rijan exclusivamente a una de las partes y por tanto ninguna de ellas considerará que ha consentido en desmedro propio someterse a un conjunto de normas y reglamentos jurídicos foráneos.

De todas las leyes uniformes, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa de 1980 reviste especial importancia práctica, pues su aceptación en casi todo el mundo y su mecanismo de aplicación automática le otorgan mayor gravitación que a otras leyes uniformes. Por esta razón, me ocuparé únicamente de los problemas particulares de este instrumento.

Resulta sorprendente que, tanto en Alemania como en otros países, sólo se haya notificado hasta ahora un número muy reducido de causas relativas a la Convención. ¿Cuáles son las razones de esta situación? En mi opinión, no se debe a que este instrumento no comprenda todos los aspectos prácticos y esenciales de una transacción comercial, ni que resulte inadecuado para cumplir esta finalidad. Mi experiencia me indica, más bien, que el motivo es que no todos tienen presente la Convención. La CNUDMI, su autora, debiera tomar en cuenta esta insuficiencia de difusión en sus actividades futuras. Debiera, además, adoptar medidas enérgicas para corregir tal situación. La Convención sobre la Compraventa merece difusión y aplicación generalizadas.

Su texto está redactado de manera muy meticulosa. Abarca, de manera exhaustiva y pormenorizada, todos los aspectos de importancia práctica en la compraventa internacional de mercaderías, abordándolos de un modo que resulta comprensible no sólo para los juristas sino también para los empresarios. Es por esto por lo que la Comisión alemana para la reforma de la ley sobre obligaciones recomendó volver a redactar según las pautas de la Convención los actuales Códigos civil y mercantil de Alemania.

Es de esperar que la Convención sobre la Compraventa sea el modelo al que se atengan los procesos de reestructuración jurídica actualmente en marcha en muchos países de Europa oriental. Con esto vuelvo a un punto anterior, la necesidad de difundir la Convención.

Si bien sus redactores hicieron en general un trabajo excelente, como demuestra su aceptación en todo el mundo, tal vez sea necesario analizar más a fondo algunos aspectos de la Convención.

Por ejemplo, no aborda con claridad la batalla de los formularios. En lugar de ello se remitió esta cuestión al ámbito de las normas generales sobre la formación del contrato de compraventa; en resumen, la Convención no propone ninguna solución a este problema. Puede concebirse un sinnúmero de fórmulas para resolver la batalla de los formularios. Sólo en Europa, por ejemplo, existen las siguientes: la del "primer disparo" (párrafo 3 del artículo 225 del Nuevo Código Civil de los Países Bajos); la del "último disparo"; la de no utilización de formularios en el contrato; la de aplicar todas las disposiciones de ambos formularios que sean mutualmente compatibles, y suprimir las demás (Alemania, Austria). Como esta cuestión es muy importante y frecuente, la incorporación de un conjunto de directrices claras que abarque la batalla de los formularios aumentaría la aceptación práctica de la Convención.

En segundo lugar, el artículo 79, que se refiere a las exoneraciones de responsabilidad, está redactado en términos tan amplios que resulta difícil predecir las consecuencias de su aplicación. ¿Qué debe aconsejar un abogado a su cliente? ¿Qué es un "impedimento (...) [que] no cabía razonablemente esperar que (una

parte) tuviese en cuenta"? Este problema dista de ser intrascendente desde el punto de vista práctico. En muchos casos la exoneración es el asunto crítico, por lo que la respuesta que propone la Convención resulta insatisfactoria e imprevisible.

El artículo 49, conforme al cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato si hay un "incumplimiento esencial del contrato", también plantea una cuestión difícil. ¿Qué es un incumplimiento esencial? Dadas las graves consecuencias de un incumplimiento esencial, cabría esperar al menos alguna orientación.

Otro ejemplo análogo es la expresión "plazo razonable" o "plazo breve". La Convención no da indicio alguno respecto de su significado. Las partes están obligadas jurídicamente a actuar dentro de un plazo razonable o de un plazo breve, sin saber si están cumpliéndolo o no.

Estos ejemplos no son, por cierto, exhaustivos, pero reflejan algunos de los problemas que se encuentran con frecuencia en la práctica cotidiana. Para quienes utilizan la Convención, especialmente los empresarios, es muy importante tener alguna certidumbre respecto de lo que dispone la ley. Por lo general resulta más satisfactorio para las empresas que participan en una transacción probar con claridad que no se ha cumplido un requisito que verse obligadas a responder: "No estoy seguro". La incerteza impide los arreglos amistosos y fomenta los litigios.

Mediante una cooperación internacional coordinada por la CNUDMI sería posible, tal vez, que se formularan comentarios y recomendaciones oficiales sobre la aplicación de la Convención sobre Compraventas. Los Comentarios Oficiales sobre el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos podrían servir de modelo para ello. Esto puede abrir el camino hacia una aplicación uniforme de la Convención sobre la Compraventa.

Algunos problemas de importancia práctica no están abarcados en absoluto por la Convención. Uno de ellos es el derecho de compensación, que puede plantear complejas cuestiones jurídicas. La cesión de sumas pendientes conforme a la Convención sobre la Compraventa también es un asunto que se ha dejado sin abordar.

Por último, en un plano más general, sugiero que se continúe trabajando en las leyes uniformes. Estas podrían abordar los problemas de la reserva de propiedad y de las garantías bancarias. Si pudieran realizarse estos proyectos, podríamos servirnos de sus resultados junto con las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, con lo que dispondríamos de leyes uniformes que trataran no sólo de la relación inmediata entre comprador y vendedor, sino también de las obligaciones de pago. Como el embarque de las mercaderías está reglamentado ya en gran medida por leyes uniformes, de este modo pondríamos a disposición del mundo empresarial un conjunto completo de normas relativas a los problemas que se plantean normalmente en una operación de compraventa.

A modo de conclusión, y desde mi perspectiva profesional, puedo declarar que mi experiencia con la Convención sobre la Compraventa ha sido muy alentadora y que, en mi opinión, hay muchas posibilidades de que dicho instrumento termine por convertirse en una ley de compraventas uniforme y de alcance mundial.

### RAFAEL EYZAGUIRRE

Profesor de Derecho Comercial Internacional, Universidad de Chile, Santiago; Presidente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

Me referiré sólo a algunos puntos de las convenciones adoptadas por la CNUDMI y por la Asamblea General, así como a las normas aplicables al arbitraje comercial internacional. Mis observaciones se refieren a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y al arbitraje comercial internacional y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

### Compraventa internacional de mercaderías

Chile estuvo representado en le Conferencia Diplomática de Viena en 1980 por el que habla y por el Jefe Jurídico de la Cancillería (Ministerio de Relaciones Exteriores) y, al final de la Conferencia, suscribimos la Convención.

Para su estudio, se designó en nuestro país una Comisión Especial, integrada por profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y abogados de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, la que informó favorablemente y recomendó al Gobierno la ratificación chilena a este instrumento internacional, adhesión que se hizo en febrero de 1990, entrando en vigor la Convención el 1º de marzo de 1991.

Lo que me preocupa, señor Presidente, es que sólo cuatro países latinoamericanos han ratificado la Convención sobre la Compraventa: la Argentina, Chile, el Ecuador y México.

La compraventa internacional está sujeta a situaciones complicadas que tienen su antecedente en la dificultad de determinar la ley aplicable al contrato, lo que puede traer conflictos al quedar las partes, o una de ellas, sujetas al derecho extranjero.

Por esto, el *propósito* de la Convención sobre la compraventa es, precisamente, evitar estos problemas y obstáculos que se oponen a un comercio internacional fluido, permitiendo así, el desenvolvimiento comercial, fundamentalmente de los países en desarrollo.

Es importante, entonces, abogar por la aprobación de este convenio, pues permite llevar adelante importantes negociaciones mediante reglas uniformes que se establecen para estos contratos, prescindiendo del derecho interno de los interesados, o sea, evitando reglas diversas para el vendedor y el comprador, lo que origina controversias difíciles de superar, las que tampoco pueden siempre resolverse con las normas de conflicto que reglamenta el derecho internacional privado.

De aquí que, reconociendo la importancia del contrato de compraventa y del transporte en sus diferentes modalidades, hemos insistido en llevar el tema a la Federación Interamericana de Abogados, Institución que ha acordado que los respectivos Colegios de Abogados del Continente Americano recomienden a sus Gobiernos la ratificación de esta Convención sobre la Compraventa, y de los convenios sobre transporte marítimo y transporte combinado o multimodal, instrumentos todos ellos aprobados por las Naciones Unidas, sin perjuicio de otros convenios sobre transporte aéreo y por carretera, que también hemos propiciado.

Si se tiene en cuenta que la Convención sobre la Compraventa no tiene carácter obligatorio para las partes y que éstas pueden excluir su aplicación si eligen una ley distinta para que rija su contrato, no se divisa inconveniente alguno para la aprobación de la Convención, con o sin las reservas que la propia Convención establece. Por lo demás, las partes pueden establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

En otros términos, el instrumento consagra el principio de la autonomía de la voluntad, principio que tiene amplia consagración en el derecho comparado y, también, por supuesto, en el derecho chileno y latinoamericano. No hay que olvidar tampoco, que la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa debe ser evaluada considerando el hecho de que implica un compromiso o transacción entre Estados con diferentes sistemas jurídicos, políticos, económicos, y con diferentes grados en desarrollo.

Finalmente, se trata de un instrumento destinado a regir exclusivamente las compraventas internacionales. Las normas vigentes sobre compraventa en diversos países latinoamericanos son de orden interno, meramente doméstico.

El distinguido representante de la Organización de los Estados Americanos (OEA) nos recordaba ayer las resoluciones de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) organizadas por la OEA y, especialmente, la adoptada por la Cuarta Conferencia sobre Derecho

Internacional Privado (CIDIP-IV) celebrada en Montevideo (Uruguay), del 9 al 15 de julio de 1989, la que aprobó una resolución relacionada con la compraventa internacional de mercaderías, recomendando a los Estados Miembros ratificar o adherirse a la Convención sobre la Compraventa.

Estas disposiciones de la Convención sobre la Compraventa deben complementarse, a nuestro juicio, con las aprobadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre normas de conflicto en la compraventa internacional de Mercaderías.

Hay también una relación muy importante entre las reglas internacionales para la interpretación de las cláusulas comerciales (Incoterms) y la compraventa internacional de mercaderías, porque esas cláusulas sirven para determinar el cumplimiento de las obligaciones del vendedor y el comprador y sus responsabilidades. Dichas obligaciones están intimamente ligadas al transporte de las mercaderías, a la documentación utilizada; a los seguros y a las formalidades en materia de exportación e importaciones.

La última versión de las cláusulas comerciales Incoterms (1990), toma en cuenta los cambios producidos en los sistemas de transportes, a fin de hacerlas compatibles con los intercambios de datos electrónicos. Así lo establece la propia Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el preámbulo de la presentación de la versión de las Incoterms 1990.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Convención sobre la Compraventa, la regla fundamental es la aplicabilidad de la Convención de los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Se entiende que la Convención regula exclusivamente la formación del contrato o del consentimiento, y los derechos y obligaciones de las partes que emanan de ese contrato, excluyendo expresamente las cuestiones relativas a la validez del contrato y a los efectos de éste sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. Estas cuestiones quedan entregadas a la ley aplicable según las normas de derecho internacional privado del foro.

Respecto a la interpretación de la Convención, ésta subraya su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. En consecuencia, no debe interpretarse este instrumento a la luz de los ordenamientos jurídicos nacionales ni los términos que aquel emplea de acuerdo a las definiciones legales internas. Las cuestiones relativas a materias regidas por la Convención, pero que no estén expresamente resueltas, se deben dirimir de acuerdo "con los principios generales en los que se basa la Convención". Sólo a falta de estos principios se aplicará la ley que corresponda según las normas de derecho internacional privado del foro.

Además de la intención de las partes y la buena fe, la Convención consagra el valor de la "lex mercatoria" para este tipo de transacciones. En efecto, las partes están obligadas por los usos que hayan convenido y las prácticas que hayan establecido. Asimismo, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación cualquier uso del que tuvieran o debieran haber tenido conocimiento.

El Arbitraje Comercial Internacional y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC-IACAC)

El Sistema Interamericano de Arbitraje Comercial tuvo su origen con la creación en 1934 de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC-IACAC) como consecuencia de la Resolución 41 de la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos celebrado en Montevideo, Uruguay. La CIAC es un organismo privado cuyo objetivo es establecer y mantener un Sistema Interamericano de Conciliación y Arbitraje para la solución de las controversias internacionales.

Dicha resolución recomendó a las Cámaras de Comercio del Hemisferio, la preparación y firma de una Convención sobre Arbitraje Internacional, dejando sentadas las normas que deberían seguirse en materia de procedimiento en el Campo Arbitral. La Sede de la Comisión (CIAC) está en el domicilio de la Organización de los Estados Americanos (OEA-OAS) en la ciudad de Washington (USA); en oficinas especialmente destinadas por la OEA al efecto. El origen de la Comisión, por lo tanto, tiene su fundamento en una Resolución de los Estados Americanos.

El Comité Jurídico Interamericano, por encargo de la OEA, propuso diversos proyectos de Convenciones Interamericanas de Arbitraje Comercial Internacional en 1956 y 1967. Finalmente, en enero de 1975 se organizó, bajo el patrocinio de la Organización de los Estados Americanos, la primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en la ciudad de Panamá, y allí se aprobó la Convención de 1975, llamada "Convención de Panamá" sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Dicha Convención establece, entre otras, las siguientes disposiciones principales:

- a) Se establece la validez de la cláusula compromisoria y del compromiso en los negocios internacionales de naturaleza comercial. El pacto arbitral puede celebrarse por los medios modernos de comunicación, como el télex, por ejemplo;
- b) Se dictan normas sobre el nombramiento de los árbitros, permitiendo que éstos sean nacionales o extranjeros, y aceptando también, que su designación pueda delegarse a un tercero, sea éste persona natural o jurídica, con lo cual se autoriza la actuación de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC);
- c) Se regula el procedimiento arbitral, disponiendo la aplicación de las Reglas de Procedimiento de la CIAC a falta de acuerdo expreso de las partes en litigio;
- d) Se da a las sentencias o laudos arbitrales, no impugnables según la ley o las reglas procesales aplicables, la fuerza de sentencia judicial ejecutoriada, estableciéndose las causales por las cuales puede impugnarse el fallo o sentencia arbitral (laudo).

La Comisión (CIAC-IACAC) está organizada en base a Secciones Nacionales en cada país del Continente Americano. Así, en los Estados Unidos, la American Arbitration Association (AAA), es la Sección Nacional Norteamericana de la Comisión. Pero no sólo existen Secciones Nacionales en América sino, también en España, país que se integró a la CIAC, por intermedio de la Cámara de Comercio e Industrias de Madrid, con su Corte de Arbitraje, la cual pasó así a ser la Sección Nacional de España en la Comisión.

En 1978, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial adoptó el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) con algunas pequeñas variantes, atendida la naturaleza de la CIAC.

En octubre de 1984, junto con celebrarse la reunión del Comité Ejecutivo de la CIAC en Guayaquil, Ecuador, se celebró una reunión conjunta de la Comisión con la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio (AICO). En dicho evento se suscribió un convenio de cooperación entre ambas entidades (Protocolo AICO-CIAC) con fecha 30 de octubre de 1984, con el objeto de incentivar el uso del arbitraje mercantil internacional para resolver las disputas comerciales a través de las Cámaras de Comercio miembros de la AICO, las que podrían llegar a ser Secciones Nacionales de la CIAC en varios países latinoamericanos, pudiendo así esas mismas Cámaras quedar capacitadas para administrar arbitrajes en sus respectivos países.

En todas sus reuniones la CIAC se ha empeñado en incentivar la adhesión de los países latinoamericanos a las Convenciones de Nueva York, de 1958, (ONU) y de Panamá, 1975 (OEA) como, asimismo, en planificar seminarios, jornadas o cursos en los diversos países del área, haciendo llamados a las Cámaras de Comercio del hemisferio para que se integren al sistema arbitral y establezcan Centros de Arbitraje que permitan familiarizar a sus miembros con el sistema arbitral.

Es así como 17 países del área han ratificado la Convención de las Naciones Unidas (Nueva York) sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y 14 han adherido a la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Varios países como Estados Unidos, México, Chile, Ecuador, Panamá, Perú y varios países centroamericanos han ratificado ambas Convenciones, lo que implica un importante avance en materia de Arbitraje Mercantil Internacional en las Américas.

Como se dijo, la Convención de Panamá, al referirse a la CIAC, abrió camino a dos situaciones muy importantes para el Arbitraje Comercial en la región latinoamericana: a) Admite el arbitraje institucional o

administrado, y b) Hace referencia explícita a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial al establecer que, en ausencia de pacto sobre el procedimiento, se aplicarán las reglas de la CIAC, ya que coinciden con las de la CNUDMI, cuyo Reglamento de Arbitraje tiende a ser aplicado en los grandes centros arbitrales de Africa, Asia e, incluso, en los Estados Unidos y Europa.

La Comisión está ahora empeñada en crear Centros de Arbitraje Comercial en los diversos países latinoamericanos, bajo el patrocinio de las Cámaras de Comercio, miembros de la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio. México, Colombia y Chile tienen establecidos, o en tramitación, la creación de Centros de Arbitraje para la solución de disputas nacionales e internacionales.

Finalmente, la Comisión también está empeñada en que los países latinoamericanos adapten sus legislaciones a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, sea aprobando la ley modelo, sea modificando algunos aspectos de las legislaciones nacionales de arbitraje, como un modo de incentivar la uniformidad de las normas de solución de conflictos por intermedio del Arbitraje Comercial.

Como debo ser breve, no podré referirme a materias tan importantes como el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), a las normas de la CNUDMI sobre títulos negociables o la transferencia electrónica de fondos y otros instrumentos igualmente trascendentes para la unificación del Derecho Mercantil Internacional y que son el fruto del trabajo serio y eficaz de la CNUDMI.

## HELEN ELIZABETH HARTNELL

Profesora asociada de derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane; Presidenta del Comité de Derecho Internacional Privado de la Sección de Derecho y Prácticas Jurídicas Internacionales de la American Bar Association; miembro de la Illinois State Bar Association

Tengo el gran honor de hacer uso de la palabra, en nombre de la Sección de Derecho y Prácticas Jurídicas Internacionales de la American Bar Association, en este Congreso con el que conmemoramos el 25° período de sesiones de la CNUDMI.

Voy a empezar invocando las metas que nos son comunes. Durante generaciones, los expertos jurídicos han colaborado en la creencia de que la unificación y la armonización de las leyes que rigen las operaciones comerciales internacionales fomentarían la armonía universal facilitando el comercio mundial. Como reconocimiento del valor de estos pacientes esfuerzos por reducir los conflictos que plantean las leyes de las diferentes naciones y eliminar así obstáculos al comercio internacional, la Asamblea General creó la Comisión cuya existencia celebramos esta semana. La CNUDMI ha estado a la altura de las grandes expectativas que rodearon su nacimiento. Su logro mayor ha sido hacer participar a todas las naciones en el proceso de crear y mejorar las leyes que regulan las relaciones económicas privadas internacionales.

La Comisión merece el mismo elogio por sus muchos otros logros. Quisiera hoy centrar mis observaciones en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>4</sup>. Sabemos que esta ley uniforme es la culminación de medio siglo de trabajos y que ha sido ampliamente adoptada por una muestra representativa de países en desarrollo y desarrollados. Sin embargo, lo que dará la medida exacta de éxito de la Convención sobre la Compraventa depende del grado en que se adapte a las necesidades del comercio internacional que fueron motivo central de preocupación de sus redactores.

La Convención reemplaza algunas reglas nacionales obsoletas con "un régimen moderno ... idóneo para las operaciones de carácter internacional"<sup>5</sup>. Favorece además la equidad en el comercio internacional al

<sup>\*</sup> Las opiniones presentadas en este trabajo pertenecen al autor y no constituyen una postura oficial de la Sección de Derecho y Práctica Internacional de la Sección de Derecho y Práctica Internacionales de la American Bar Association.

proporcionar un terreno de juego nivelado del que se han eliminado, por lo menos en parte, las "peculiaridades más desconcertantes" arraigadas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto es de especial valor para los comerciantes económicamente más débiles que pueden acceder sólo en forma limitada al asesoramiento jurídico. Es flexible, en cuanto permite apartarse de casi todas sus reglas, con lo que deja amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes. Por último, la Convención sustituye la reiterada interacción de las normas del derecho internacional privado por reglas sustantivas del contrato, reduciendo así la necesidad de recurrir al análisis de los conflictos de leyes<sup>7</sup>.

Históricamente, los redactores consideraron la imprevisibilidad resultante del conflicto de leyes como el primer mal que debía erradicarse. Si las partes no han convenido en qué ley rige su contrato, reinará la incertidumbre sobre qué ley se aplicará en caso de controversia; incluso cuando las partes contratantes han ejercitado su autonomía, la ley que han escogido puede en realidad no regular una cuestión controvertida si graves consideraciones de orden público vigorosas -las llamadas normas imperativas del derecho- prevalecen sobre la elección de las partes. De este modo, la incertidumbre sobre la ley aplicable obstaculiza el proceso de negociación y redacción, complica la solución de las controversias transnacionales y constituye una carga para el comercio internacional al imponer costos apreciables a la operación. La Convención sobre la Compraventa reduce de manera apreciable este tipo de incertidumbre permitiendo recurrir a las normas del derecho internacional privado sólo cuando una cuestión controvertida queda fuera del alcance de la ley uniforme o cuando un tribunal se ve incapaz de descubrir principios generales suficientes para resolver una cuestión relativa a las materias "que se rigen por la Convención que no estén expresamente resueltas en ella".

Así, el inciso a) del artículo 4 "reintroduce la metodología de los conflictos de leyes que la Convención se proponía eliminar". Además, excluye el debate sobre cuestiones de validez dentro de la compraventa internacional y bloquea el desarrollo de un cuerpo internacional de jurisprudencia que oriente a los comerciantes y a sus asesores letrados. El efecto práctico del inciso a) del artículo 4 depende de la relevancia comercial de las cuestiones excluidas del orden jurídico internacional. La mayoría de las cuestiones de validez así reservadas al orden jurídico nacional -como el fraude, la gravosidad, la ilicitud, la inmoralidad y quizá también el error y el engaño- son cuestiones que no figuran en general en el proceso de planificar contratos de la compraventa internacional de mercaderías. Si bien la exclusión de estas cuestiones de la ley uniforme hace incierta cuál las regulará en caso de plantearse una controversia, ello pone seriamente en peligro la integridad del orden jurídico internacional en materia de compraventas internacionales. Es más, la Comisión reconoció durante la redacción de la Convención sobre la Compraventa que estos problemas eran relativamente insignificantes en el comercio internacional.

No obstante, algunas de las cuestiones de validez excluidas son de gran importancia práctica para quienes se dedican al comercio internacional y sus abogados. Me refiero a las reglas nacionales mediante las cuales los tribunales reprimen las condiciones inicuas, irracionales o injustificables. Hay acuerdo casi universal en que se trata de normas de validez que se aplican a los contratos para la compraventa internacional de mercaderías en virtud del artículo 4 de la Convención sobre la Compraventa. Estas reglas nacionales desempeñan una función central en relación con cláusulas que "restrinjan, excluyan o modifiquen la responsabilidad, la obligación o el remedio que de lo contrario surgirían de una relación legalmente reconocida entre las partes en un contrato para la compraventa de mercaderias en virtud del propio contrato" 10. Esas disposiciones contractuales se conocen como cláusulas de exoneración, de exclusión de la responsabilidad o de exculpación, o cláusulas de salvaguardia.

No es exagerado decir que se encuentran cláusulas de exoneración en casi todos los contratos para la compraventa internacional de mercaderías que se celebran por escrito, ni que esas cláusulas son de inmensa importancia práctica. La mayor preocupación de los abogados que redactan contratos originales o formularios normalizados para la compraventa internacional de mercaderías es la necesidad de introducir cláusulas claras -y ejecutables- de la garantía y de limitación de la responsabilidad. Muchos abogados en ejercicio me han expresado su deseo de una mayor orientación en esta esfera.

Es de vital importancia que las partes puedan ejercitar su libertad contractual en la asignación de los riesgos. Para poderlo hacer de manera significativa, las partes (o sus abogados) deben poder determinar si es posible -y en caso afirmativo, cómo- hacer realidad el deseo del interesado. En un contrato negociado para

un caso concreto, las partes pueden normalmente eliminar la incertidumbre escogiendo la ley aplicable. No obstante, se les puede plantear aún el problema de que las normas de validez de las cláusulas exoneratorias sean poco claras en la ley nacional aplicable.

La incertidumbre es más aguda para los comerciantes o los abogados internacionales que redactan para sus clientes cláusulas y condiciones generales para operaciones de exportación. El redactor no puede controlar con facilidad la ley aplicable en casos en los que entran en juego formularios rivales ("batalla de formularios"). Creo que en un alto porcentaje de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías se da esta rivalidad. Creo además que la Convención sobre la compraventa regirá estos contratos, excepto en los pocos casos en que los formularios de ambas partes designen la misma ley reguladora o coincidan en disponer que no rija la Convención sobre la Compraventa. Cuando ésta es ley aplicable, la validez de una cláusula de exoneración redactada por el abogado del vendedor podrá tener que ser evaluada en definitiva conforme a una ley extranjera 11, dado que cabe esperar que un tribunal aplique la ley nacional con preferencia a la extranjera cuando un comprador local intenta un juicio ante un tribunal local contra un vendedor extranjero, aunque el peso de las reglas del moderno derecho privado internacional parezca favorecer la aplicación de la ley del establecimiento del vendedor. Por ejemplo, la regla sobre conflicto de leyes de las secciones 1-105 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos es lo bastante flexible para permitir llegar a este resultado. De este modo, una cláusula de exoneración en el contrato preparado por un vendedor extranjero podría ser evaluada conforme al criterio de injustificabilidad o algún otro de los contenidos en el Código de Comercio Uniforme. Ni que decir tiene que lo mismo puede ocurrirles a los exportadores de los Estados Unidos en el extranjero. A menos que quede claro qué ley se aplicará en último caso para determinar la validez de una cláusula de exención, el abogado del vendedor se enfrenta con un dilema de redacción. No se trata de un problema meramente técnico para el abogado, puesto que las cláusulas de exoneración son a menudo la clave de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Me sumo a varios otros comentaristas al lamentar que esas cuestiones decisivas quedaran excluidas de la ley uniforme de la compraventa internacional<sup>12</sup>.

Quisiera instar a la Comisión a que estudiase los problemas que entrañan las cuestiones fundamentales de la garantía, la limitación de la responsabilidad y el empleo de formularios normalizados en contratos de compraventa internacional de mercaderías y explorase maneras apropiadas de brindar orientación a los comerciantes internacionales y sus abogados. Parte de la incertidumbre podría reducirse si hubiera reglas de derecho internacional privado claras y uniformes sobre validez sustancial o formal. La Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías tiene esas reglas -aunque no puedo asegurar con franqueza que las entiendo.

Creo que sería útil formular textos modelo en los que se presentaran diversas cláusulas aprobadas de garantía y las correspondientes de limitación de la responsabilidad entre las cuales pudieran elegir las partes. La Guía de las Cláusulas Penales y de Indemnización Pactada de la CCI<sup>13</sup> podrían constituir aquí un modelo útil. Por lo menos, la enumeración de diversas opciones facilitaría el proceso de hacer que el precio negociado reflejase la asignación de riesgos que se busca. En definitiva, sin embargo, no creo que la solución de la cláusula modelo sea suficiente para el problema de las cláusulas de exención, ya que -al igual que las cláusulas penales y las de indemnización pactada- pueden en último término ser evitadas conforme a las reglas peculiares de la jurisdicción nacional cuya ley se aplique.

En interés de la previsibilidad y la equidad, desearía alentar a la Comisión a que examinase si es posible lograr cierto grado de unificación respecto de la validez de las cláusulas de exención en un escenario tan transnacional. Un conjunto moderno y equitativo de normas internacionales "sería una guía útil para la redacción" de contratos individualizados y normalizados y proporcionaría, además, "una base jurídica reconocida" y facilitaría su interpretación<sup>14</sup>. Incluso una norma general -como la de la "grosera iniquidad" que figura en el artículo 6.4.13 de los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales<sup>15</sup>- ocasionaría, con el tiempo, el desarrollo de una jurisprudencia sobre la validez en relación con las compraventas internacionales, estimulando así el progresivo desarrollo del derecho internacional y su codificación. Deberíamos empezar a movernos hacia el desarrollo de normas internacionales para evaluar las cláusulas o los contratos inicuos, no razonables o injustificables. ¿Qué mejor para "promover la observancia de la buena fe en el comercio internacional"...

No debemos echamos atrás ante esta tarea sólo porque plantea cuestiones de orden público. Cualesquiera sean las buenas razones históricas que puedan haber obstaculizado los esfuerzos tendientes a la unificación en esta esfera, no son ya valederas. Las naciones han reconocido cada vez más claramente que las necesidades del comercio internacional pueden pesar más que las preocupaciones tradicionales en materia de orden público y han trabajado hacia la unificación en esferas -como la prescripción<sup>17</sup> y el derecho de propiedad- que en el tiempo se consideraron demasiado complejas o polémicas. Algunos de los que me oyen recordarán tal vez los debates durante la preparación de la Convención de La Haya relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías<sup>18</sup> acerca del punto acaloradamente discutido de la garantia de evicción para animales en pie. El profesor Tunc observó en determinado momento que "tenía la impresión que se había mostrado cierta ansiedad en 1930 en recuerdo del derecho romano y que esta ansiedad había sido transmitida de generación en generación sin examinar de nuevo el problema" 19. También nosotros debemos mirar más allá de nuestra ansiedad hereditaria y reexaminar la viabilidad de la unificación en esferas antes tabú, en las que una norma internacional sería más útil para la consecución de nuestras metas.

Ernst Rabel creía que la utilidad de una ley uniforme sobre la compraventa dependía de la medida en que importantes cuestiones contractuales pudieran pasarse del dominio nacional al internacional. En particular, creía que una ley internacional sobre la compraventa debia contener reglas para el máximo número posible de "asuntos que son imperativos o que quedan, por lo menos en parte, fuera de la autonomía de la voluntad de las partes"<sup>20</sup>. La validez de las cláusulas de exención es una importante cuestión contractual que debe pasar del dominio nacional al internacional. Para poder resolver los problemas prácticos planteados por las diferencias entre las reglas nacionales sobre validez, debemos abrimos camino hacia un nuevo consenso en esferas en las que consideraciones tradicionales de orden público obstaculicen indebidamente la autonomía contractual de los comerciantes internacionales.

### MICHAEL L. SHER

Abogado, miembro de los colegios del Estado de Nueva York y del distrito de Columbia del Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York

Me siento honrado y complacido de que me haya sido dada esta oportunidad única del Jubileo de Plata de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para presentar ante esta prestigiosa asamblea algunas observaciones sobre el valor práctico de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("Convención sobre la Compraventa") para los profesionales de la abogacía en Nueva York desde la perspectiva del Colegio de Abogados de Nueva York, tanto de aquellos de sus miembros que ejercen la profesión por su cuenta como de aquellos otros que forman parte de la asesoría jurídica de alguna empresa multinacional de base estadounidense, con algún vínculo con Nueva York.

Soy miembro del Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York ("ABCNY") y de su Consejo de Asuntos Internacionales y soy el representante nominado por la ABCNY ante el presente Congreso de la CNUDMI.

Pese a ser la ciudad de Nueva York uno de los principales centros comerciales y financieros de los Estados Unidos y pese a ser el marco legal y judicial del Estado de Nueva York representantivos del marco legal y judicial de otros Estados miembros de la Unión, nada de lo aquí dicho pretende dar a entender que la situación imperante en la ciudad o en el Estado de Nueva York sea un fiel reflejo de la situación imperante en alguna otra ciudad, estado o región de los Estados Unidos.

La mayor economía, velocidad y capacidad de carga de las aeronaves así como la difusión mundial de las comunicaciones instantáneas de doble sentido auditivas, visuales e impresas, informáticas y por telefax así como los recientes y relativamente rápidos acontecimientos tendientes a la armonización de los sistemas sociales, económicos y políticos, por no hablar de la difusión instantánea de noticias por periódicos y redes mundiales informativas, han creado una situación que agudiza sobremanera la necesidad de armonizar los regímenes jurídicos directa o indirectamente relacionados con el comercio y las comunicaciones y, en concreto, el régimen que ahora estudiamos de la compraventa internacional de mercancías. Forman parte de

ese régimen una serie de normas legales y reglamentarias así como la jurisprudencia de los tribunales y las recopilaciones que dan a conocer esa jurisprudencia.

Los Estados Unidos de América fueron uno de los primeros Estados soberanos en ratificar la Convención sobre la Compraventa, aprobada en una conferencia diplomática de las Naciones Unidas que se celebró en la ciudad de Viena, en Austria, y que culminó en la aprobación de ese documento el día 11 de abril de 1980. Los Estados Unidos de América firmaron la Convención sobre la Compraventa el 31 de agosto de 1981 y la ratificaron el 9 de octubre de 1986. El 11 de diciembre de 1986 los Estados Unidos, Italia y la República Popular China depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación ante la Secretaría de las Naciones Unidas, sumándose así esos tres Estados a otros ocho Estados que habían depositado previamente sus respectivos instrumentos de ratificación ante la Secretaría de las Naciones Unidas, lo que permitió que la Convención entrara en vigor el 1º de enero de 1988. Los Estados Unidos se sienten orgullosos de haber sido uno de los 11 Estados Contratantes originales de la Convención.

La rapidez relativa con la que los Estados Unidos ratificaron la Convención sobre la Compraventa tras haberla firmado y el hecho de que el Senado de los Estados Unidos votó unánimemente en favor de la ratificación por 98 votos contra ninguno, pudo haber dado entonces la impresión que resultó luego falsa de que los Estados Unidos adoptarían con la misma rapidez y unanimidad el régimen de la Convención en la práctica de la compraventa internacional. Tras la aprobación unánime de la Convención sobre la Compraventa por el Senado de los Estados Unidos de América el 6 de octubre de 1986, el entusiasmo de entonces por la Convención ha amainado a una actitud de mera expectativa reflejada en la falta casi general de aplicación de su régimen.

La Constitución de los Estados Unidos de América dispone expresamente que su propio texto, las leyes federales y todo tratado suscrito y ratificado por los Estados Unidos forman parte del derecho interno de cada uno de los 50 (cincuenta) Estados de la Unión al igual que el llamado derecho "local" interno de cada uno de esos Estados. Por ello, al ser firmada y ratificada, la Convención sobre la Compraventa entró a formar parte del derecho interno de los Estados Unidos de América y de cada uno de sus 50 Estados miembros.

Además al ratificar la Convención sobre la Compraventa, los Estados Unidos optaron por formular una reserva a la regla enunciada en el artículo 1 1) b), a cuyo tenor hasta que un mayor número de Estados entraran a ser Estados Contratantes quedaría limitada la aplicabilidad del régimen de la Convención a aquellos contratos de compraventa internacional de mercancía a los que ese régimen fuera automáticamente aplicable conforme al derecho interno de los Estados Unidos. Dos de los países de mayor intercambio comercial con los Estados Unidos de América, el Japón y el Reino Unido, no son Estados Contratantes de la Convención.

Al preparar la presente intervención, me puse en contacto con diversos miembros representativos del Colegio de Abogados del Estado de Nueva York y otros abogados en ejercicio, que por diversas razones estaban interesados en el asunto. Conversé con carácter confidencial con abogados que ejercían por cuenta propia y con los jefes u otros miembros de la asesoría jurídica de diversas empresas multinacionales estadounidenses, así como con miembros de la comunidad académica y miembros del claustro de profesores de diversas facultades de derecho radicadas en la ciudad de Nueva York. Deseando conocer otros puntos de vista para fines comparativos, me puse además en contacto con abogados colegiados en unos cuantos Estados soberanos extranjeros.

He consultado además las bases informáticas más completas y actualizadas de jurisprudencia federal de los Estados Unidos de América, así como de los tribunales del Estado de Nueva York y de los tribunales de otros estados de la Unión para averiguar en cuántas decisiones de esos tribunales se había invocado la Convención sobre la Compraventa y, de ser así, para averiguar cómo se aplicaba su régimen.

Hasta la fecha, ni en el Estado de Nueva York ni en ningún otro estado de la Unión se ha formado un cuerpo de decisiones de los tribunales o de opiniones oficiales del Fiscal General o de alguna otra autoridad sobre el régimen de la Convención en la que un abogado en ejercicio pueda inspirarse para asesorar a sus clientes. Como es bien sabido en los países de derecho angloamericano se presta suma atención a la interpretación dada por los tribunales al derecho legislativo, conforme al principio de stare decisis, es decir,

de respeto de los precedentes. Es igualmente sabido que la jurisprudencia de los tribunales de países de tradición romana no tiene este mismo valor de precedente. Por consiguiente, la falta de un cuerpo de decisiones jurisprudenciales no constituye en ellos un impedimento para la adopción de la Convención como régimen normal de la compraventa internacional de mercaderías, contrariamente a lo que sucede en los Estados Unidos y otros países de common law.

En los Estados Unidos, no existe ningún fondo importante de jurisprudencia o de otras decisiones oficiales relativas a la Convención sobre la Compraventa. Hace escasas semanas, el 14 de abril de 1992, se mencionó por primera vez la Convención sobre la Compraventa en un tribunal federal local de los Estados Unidos correspondiente al distrito sur de Nueva York. Me refiero al caso Filanto, S.p.a., v. Chilewich International Corp. (91 Civ. 3253 (CLB), USDC, SDNY, 1992 U.S. Dist. Lexus 5011, 14 de abril, 1992).

En Filanto, se sostuvo que el régimen de la Convención era el régimen aplicable a la compraventa. El Magistrado Charles L. Brieant sentó su parecer por escrito de que "los principios generales del derecho contractual aplicables a la presente acción, no designan al Código de Comercio Uniforme como derecho aplicable al presente caso, sino que el régimen federal contractual aplicable al mismo es el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (la Convención sobre la Compraventa) recogida en 15 U.S.C. Appendix (West Supp. 1991)". Sin embargo, en Filanto, la decisión judicial definitiva no estuvo basada en la selección del derecho aplicable, es decir, en la Convención sobre la Compraventa o el Código de Comercio Uniforme. Por ello, no se tiene noticia de ningún caso en los Estados Unidos en los que el régimen de la Convención haya sido el derecho sustantivo determinante de la sentencia.

La fuerte dependencia del derecho de los Estados Unidos de la jurisprudencia de los tribunales hace que la falta de decisiones jurisprudenciales sobre la Convención de la Compraventa haya sido y siga siendo un impedimento importante para la adopción del régimen de la Convención como régimen habitual de los contratos de compraventa internacional de mercancías.

La escasez evidente de contratos para la compraventa internacional de mercancías, redactados por abogados de Nueva York, que remitan al régimen de la Convención sobre la Compraventa, explica naturalmente que escaseen también las decisiones judiciales de tribunales tanto del Estado de Nueva York como de otros estados de la Unión, en las que la decisión esté fundada en el régimen de la Convención. Círculo evidentemente vicioso y de difícil salida.

Si bien es cierto que la CNUDMI ha adoptado un procedimiento para reunir las decisiones judiciales en todo el mundo relativas a la Convención sobre la Compraventa, de momento son pocas las decisiones que figuran en esa Convención. Cuando comiencen a emitirse decisiones fundadas en ese régimen, esas decisiones suscitarán otras nuevas y es indispensable que cuando eso suceda los abogados puedan tener acceso instantáneo a esa jurisprudencia.

Como fuente secundaria para la interpretación del derecho, el abogado neoyorkino recurre a menudo a los comentarios oficiales que aparecen en ocasiones en forma de un informe de los autores de la ley o del comité legislativo encargado de darle su visto bueno. Ahora bien, no existe ningún comentario oficial de la Convención sobre la Compraventa. Por consiguiente estos abogados neoyorkinos y de otros lugares carecen también de esta otra guía secundaria para su interpretación.

Como fuente terciaria cabe citar el excelente comentario oficioso de John O. Honnold (Secretario de la CNUDMI de 1969 a 1974). Cabe citar también los escritos sobre la Convención de E. Alan Farnsworth, y la "Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCIGS" de Albert H. Kritzer (Kluwer Law and Tax Publishers, Boston, 1988, periódicamente actualizada mediante la publicación de hojas sueltas), que es una guía de aplicaciones prácticas en la que se presentan en columnas paralelas análisis y comentarios del régimen de la Convención y del régimen genérico del Código de Comercio Uniforme.

Por consiguiente, aparte de las obras mencionadas y de otros trabajos académicos de comentaristas conocidos y respetados como los profesores Farnsworth, Honnold y Kritzer, no existe ninguna fuente tradicional a la que un profesional cauteloso de Nueva York o de otros lugares de los Estados Unidos pueda acudir para obtener información práctica autorizada y actualizada sobre el régimen de la Convención.

Al cerrar un trato como sería la firma de un contrato de compraventa internacional de mercancías, los abogados desean disponer de alguna base jurídica pronosticable de la que tengan, a ser posible, conocimientos prácticos. La pronosticabilidad de la Convención es de momento prácticamente nula.

Las facultades de derecho de las ciudades de Nueva York no dedican tiempo suficiente al estudio de la Convención sobre la Compraventa; alguna de esas facultades ha reducido incluso el tiempo que antes dedicaba al estudio de ese régimen. Los programas de formación jurídica renovada para abogados en ejercicio de los colegios de abogados, facultades de derecho y otras entidades, no han ofrecido últimamente ningún curso o programa importante sobre el régimen de la Convención.

Las ventajas que pueda ofrecer el recurso a un régimen jurídico destinado a alcanzar una gran difusión, que no se ha materializado aún, no constituyen, en conjunto, un incentivo suficiente para que un abogado de Nueva York o su cliente se aventuren por la senda desconocida de la Convención sobre la Compraventa, abandonando la seguridad y la comodidad profesionales del régimen ya familiar y perfectamente conocido del Código de Comercio Uniforme y de otras normas igualmente familiares y conocidas.

Es bien sabido que los Estados Unidos poseen un mayor número de abogados en ejercicio por clientela potencial que la mayoría de los países del mundo, y que los particulares y las sociedades de los Estados Unidos de América acostumbran a consultar con su asesor letrado antes de adoptar cualquier decisión o medida importante. Las personas naturales y jurídicas de los Estados Unidos de América gozan de la reputación de ser más dadas a litigar que las de otros países del mundo. Los abogados de los Estados Unidos son sumamente cautelosos y prudentes a la hora de asesorar profesionalmente a sus clientes; hay quien dice que son excesivamente cautelosos. La incertidumbre de la interpretación y, por consiguiente, de la aplicación del régimen de la Convención sobre la Compraventa hace que el profesional de Nueva York se muestre reacio a la hora de recurrir a su régimen. Los abogados de Nueva York evitan el recurso al régimen de la Convención y se remiten a otros regímenes más familiares y, por lo mismo, más cómodos. Esta tendencia del abogado de Nueva York a eludir el régimen poco conocido de la Convención subsiste incluso en situaciones en las que el resultado probable del régimen aún no perfilado por la jurisprudencia de la Convención pudiera ser más favorable a la postura del abogado y de su cliente que el resultado probable del régimen bien definido y conocido del Código de Comercio Uniforme.

Para asegurarse de que el régimen deseado será aplicable a determinado acuerdo o a algún contrato de compraventa internacional de mercancías, el abogado de Nueva York incluirá normalmente en el escrito del contrato una cláusula de remisión a ese régimen.

Puede verse a continuación la forma habitual más sencilla de una cláusula para la determinación de la ley aplicable al contrato, concebida en los siguientes términos:

"El presente acuerdo se regirá por la ley del Estado de Nueva York."

Esta cláusula, o alguna variante, suele figurar en los contratos y otros acuerdos preparados por los abogados de Nueva York. Ahora bien por razón de la regla anteriormente enunciada de la Constitución de los Estados Unidos de América, esa cláusula hace que sea aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercancías el régimen de la Convención sobre la Compraventa, y no el régimen del Código de Comercio Uniforme adoptado por el Estado de Nueva York.

Cualquiera que sea el interés particular de la partes, convendría redactar con mayor precisión de forma y contenido la cláusula de determinación de la ley aplicable a fin de que su significado y efectos sean

claramente inteligibles para las partes. A continuación se da un ejemplo de cláusula para la determinación de la ley aplicable por el que las partes eluden claramente el régimen de la Convención sobre la Compraventa:

"Los derechos y obligaciones de las partes en el presente Acuerdo no se regirán por el régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 sino por la ley del Estado de Nueva York, y concretamente por el régimen de la compraventa del Código de Comercio Uniforme."

Otro ejemplo de una cláusula para la determinación de la ley aplicable bien definida es el que aparece a continuación:

"Los derechos y obligaciones dimanantes del presente Acuerdo para los abajo firmantes no serán interpretados ni se regirán por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en ocasiones denominada como "Convención de Viena de 1980"); esos derechos y obligaciones se regirán y serán interpretados conforme al derecho sustantivo interno local del Estado de Nueva York, y concretamente y sin limitación alguna, por el régimen del Código de Comercio Uniforme promulgado en el Estado de Nueva York (McKinney's Consolidated Code), conforme ha sido interpretado por la jurisprudencia de los tribunales del Estado de Nueva York."

Por razón del resultado en ocasiones diametralmente opuesto del derecho interno local del Estado de Nueva York (es decir, el Código de Comercio Uniforme, adoptado por el Estado) y del régimen de la Convención sobre la Compraventa, tal vez los abogados de Nueva York deseen seguir excluyendo la Convención para asegurar la coherencia del resultado de las actividades comerciales del cliente.

Conforme al Código de Comercio Uniforme un contrato para la compraventa internacional de mercancías no será invocable ante los tribunales de no estar consignado por escrito y firmado. Por ello, conforme a ese Código la publicación por el vendedor eventual de una lista de precios y el pedido subsiguiente de un comprador eventual no resultaría necesariamente en la formación de un contrato de compraventa de las mercancías consignadas en el pedido por el comprador eventual. Ahora bien, conforme al régimen de la Convención lo probable es que el subsiguiente pedido del comprador dé lugar a la formación del contrato, por lo que cabe que se forme un contrato de compraventa internacional de mercancías fundado en el pedido presentado por el comprador eventual que sería invocable ante los tribunales. Por consiguiente, para evitar que un cliente del abogado se encuentre inintencional e imprevisiblemente obligado por un contrato de compraventa internacional de mercancías, puede ser prudente insertar una cláusula especial protectora en las listas de precios, catálogos, etc. Una cláusula idónea al respecto sería la siguiente:

"La presente lista de precios (catálogo, etc.) no constituye una oferta de venta efectuada por el abajo firmante, sino una invitación dirigida al público para la presentación oportuna de pedidos de mercancías al precio o precios consignados en la lista (catálogo, etc.), cuyo pedido o pedidos no serán vinculantes sin haber sido aceptados por el abajo firmante."

Conforme al derecho angloamericano se pueden presentar pruebas verbales para explicar, pero no para modificar un acuerdo escrito. Por consiguiente, los abogados de Nueva York, que deseen circunscribir el acuerdo entre las partes a los términos consignados en el acuerdo por ellas suscrito, incluirán en el documento contractual una cláusula al efecto. Un ejemplo de cláusula de "consolidación del acuerdo" sería la siguiente:

"El presente Acuerdo contiene todas las cláusulas convenidas entre las partes e invalida y sustituye a todo otro acuerdo, comunicación, correspondencia, negociación o propuesta anterior que haya habido entre las partes."

Además, contrariamente al derecho angloamericano, la Convención sobre la Compraventa permite la prueba verbal. Por consiguiente, un abogado de Nueva York tal vez desee apuntalar su remisión al régimen de la Convención insertando en el acuerdo una cláusula de "consolidación" más fuerte como pudiera ser la siguiente:

"El presente Acuerdo contiene la totalidad de lo estipulado entre las partes y contrariamente a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre la Compraventa, las cláusulas del presente Acuerdo invalidan y sustituyen a todo otro acuerdo, comunicación, correspondencia, negociación o propuesta anterior que haya habido entre las partes."

Es de lamentar que las facultades de derecho de la ciudad de Nueva York no dediquen tiempo suficiente al estudio de la Convención sobre la Compraventa.

Sobre la base de mi examen de los programas anunciados y de mis conversaciones con miembros del claustro de profesores de algunas facultades de derecho de la ciudad de Nueva York, no parece que se haya emprendido ninguna acción concertada en previsión o en apoyo de la introducción de la Convención sobre la Compraventa como régimen uniforme para la negociación y formación de contratos para la compraventa internacional de mercancías.

Los colegios de abogados, las facultades de derecho y otras entidades que imparten cursos de formación jurídica actualizada para abogados en ejercicio no han ofrecido que se sepa cursos o programas sobre el régimen de la Convención.

Sí existe, claro está, alguna obra doctrinal sobre la Convención sobre la Compraventa gracias a la labor de dos eminentes expertos en el régimen de la Convención, es decir, el Profesor Farnsworth y el Profesor Honnold. A título comparativo, prefiero personalmente aquellas obras doctrinales que presentan el texto oficial y los comentarios de la Convención sobre la Compraventa en columnas paralelas frente al régimen existente que vaya a ser sustituido por el de la Convención. Un excelente ejemplo de esta forma de presentación nos lo da la guía para la aplicación práctica de la Convención denominada "Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" de Albert H. Kritzer (Kluwer Law and Tax Publishers, Boston, 1988, periódicamente actualizada mediante la publicación de hojas sueltas).

Como respuesta a la solicitud de la CNUDMI de que sugiera algunas medidas para estimular una aplicación mundial generalizada del régimen de la Convención sobre la Compraventa, deseo observar que la CNUDMI se encuentra ante una situación similar a la que hubo de afrontar hace tres decenios el Código de Comercio Uniforme para ser introducido en la legislación y la práctica de cada uno de los 50 estados miembros de los Estados Unidos de América.

Las agrupaciones tradicionales de Estados, de carácter regional, económico y político, de países del Este y del Oeste, del Norte y del Sur y de países en desarrollo y desarrollados, se están derrumbando, mientras que va en aumento la importancia de las organizaciones y agrupaciones comerciales de carácter multinacional, como la Comunidad Europea. Los intercambios comerciales interiores y exteriores de las organizaciones de Estados soberanos están creciendo a ritmo exponencial. Dada la enorme difusión de las comunicaciones bilaterales instantáneas, tanto verbales como por escrito, la normalización de los trámites y prácticas comerciales es algo que probablemente favorecería a todos los interesados. Ha llegado la hora de armonizar el derecho mercantil y sólo cabe decir que esa armonización favorecerá probablemente, en última instancia, a los comerciantes de todo el mundo.

La armonización sólo puede ser efectiva si se armonizan simultáneamente la normativa legal y la jurisprudencia de los tribunales.

Hará unos tres decenios, la comunidad jurídica de los Estados Unidos hubo de resolver una situación parecida a la que enfrenta actualmente la CNUDMI. Por aquel entonces, los comentaristas y el personal académico habían preparado el Código de Comercio Uniforme, por el que se revisó profundamente el derecho mercantil para dar entrada a las prácticas, trámites y usos comerciales de aquel entonces. Los abogados en ejercicio de la totalidad del territorio de los Estados Unidos se mostraban reacios a abandonar la seguridad y comodidad de la bien conocida y mejor comprendida legislación entonces vigente, uno de cuyos puntales era la llamada ley uniforme de la compraventa. Además de no querer dedicar su tiempo personal no remunerado y sus energías al aprendizaje de una nueva normativa, la del Código de Comercio Uniforme, los

abogados en ejercicio no se sentían seguros de cómo los tribunales resolverían las controversias que inevitablemente surgirían. El esfuerzo requerido y la incertidumbre sobre cúal sería la interpretación jurisprudencial de la nueva ley constituían un grave y, durante cierto tiempo, insuperable impedimento a la adopción y aplicación generalizada del Código de Comercio Uniforme. El Estado de Nueva York, por razón de la importancia financiera y comercial de la ciudad de Nueva York, fue donde se decidió la suerte de la nueva ley. Una vez que el Código de Comercio Uniforme fue adoptado por el Estado de Nueva York, los demás estados miembros de la Unión siguieron rápidamente su ejemplo y desde aquel momento el Código de Comercio Uniforme ha funcionado satisfactoriamente como norma mercantil básica de los Estados Unidos de América. Cuarenta y nueve de los 50 estados de la Unión lo han adoptado y puesto en práctica desde hace ya tiempo; el Estado de Lusiana ha mantenido en cierto grado su afinidad histórica con el código civil napoleónico.

A la luz del impacto en los Estados Unidos de la adopción por el Estado de Nueva York del Código de Comercio Uniforme, cabe observar que si bien es cierto que han firmado y ratificado la Convención sobre la Compraventa muchos Estados soberanos importantes para el comercio internacional y más concretamente para la compraventa internacional de mercancías, también es cierto que ningún Estado soberano de importancia decisiva para el comercio internacional ha adoptado, en sentido operativo, la Convención sobre la Compraventa como su régimen jurídico básico para la compraventa internacional de mercancías y no cabe prever que ello suceda sin que surja algún nuevo incentivo o motivo para dar ese paso, y debe además recordarse que algunos de esos Estados no son aún Estados Contratantes.

Son de elogiar los programas emprendidos por la CNUDMI en Estados soberanos en desarrollo para la promulgación de la Convención sobre la Compraventa como régimen universal uniforme de los contratos para la compraventa internacional de mercancías. Sin embargo, dada la posición negociadora más fuerte de las partes procedentes de Estados soberanos desarrollados, la falta de interés de los abogados de países desarrollados en seleccionar la Convención sobre la Compraventa como régimen aplicable a la compraventa internacional de mercancías seguirá demorando, y pudiera efectivamente obstaculizar, la conversión del régimen de la Convención en el régimen uniforme universalmente aceptado para los contratos de compraventa internacional de mercancías.

Al abordar el problema de cómo difundir el régimen de la Convención sobre la Compraventa, la dificultad está en saber por dónde comenzar. ¿Conviene, por ejemplo, comenzar por la educación de los abogados en ejercicio? y de ser así, ¿cómo se procedería a impartir esa educación y quién se encargaría de ello?

Una promoción eficaz de cursos académicos tradicionales sobre el régimen de la Convención, así como de programas sectoriales de particular interés para ese régimen destinados a los alumnos actuales de las facultades de derecho permitiría crear, en pocos años, una pléyade importante de abogados familiarizados con el régimen de la Convención y que se sentirían seguros a la hora de aplicarla, ya que para ellos el régimen de la Convención sería el régimen básico de la compraventa internacional de mercancías.

La promoción de una jurisprudencia internacional uniforme sobre el régimen de la Convención y la difusión de esas pautas de interpretación sería el segundo paso a dar.

Se sugiere que lo primero ha de ser, sin duda, disponer de un plantel de abogados en ejercicio que conozcan el régimen de la Convención lo bastante bien para sentirse seguros con ese régimen. El resultado probable de ese primer paso será que los tribunales del país de esos abogados, así como de países con los que ese primer país comercie, conocerán de casos y controversias en los que el régimen de la Convención sea aplicable.

Similarmente, es preciso que los tribunales judiciales y arbitrales entren en contacto, y lleguen a familiarizarse, con el régimen de la Convención sobre la Compraventa. Ello se conseguirá probablemente a medida que árbitros y abogados ya familiarizados con ese régimen entren a formar parte de la judicatura. A medida que esto suceda, mayor irá siendo la probabilidad de que se vayan armonizando las decisiones judiciales y de otra índole relativas al régimen de la Convención.

La armonización del régimen legal de la compraventa mercantil internacional perdería interés de no procederse paralelamente a la armonización de la jurisprudencia o interpretación judicial de dicho régimen. De no uniformarse la jurisprudencia y de no ser pronosticable esa jurisprudencia para la comunidad letrada, tanto los abogados con bufete propio como los abogados de las empresas se mostrarían reacios a abandonar un régimen familiar y pronosticable por un régimen de resultado impronosticable como sería el de la Convención.

La armonización de las decisiones judiciales y de las reparaciones otorgadas se ve complicada por las tendencias contrapuestas de los tribunales en países de common law a otorgar indemnización monetaria y en países de tradición romana a imponer al demandado el cumplimiento del contrato o alguna otra forma de reparación fundada en la equidad. La armonización de la jurisprudencia se verá además obstaculizada por razón de las divergencias de índole procesal, y concretamente en materia de prueba, de una jurisdicción a otra. Por consiguiente, la determinación judicial de unos mismos hechos puede diferir notablemente en cuanto al fondo y en cuanto a la prontitud de la sentencia y la reparación otorgada según cual sea el país en el que se haya de resolver el caso. Por razón de esta eventual divergencia de los resultados en supuestos idénticos, en la negociación y redacción de un contrato de compraventa internacional de mercancías, la negociación de la cláusula por la que se determine la jurisdicción competente para entender de las controversias suscitadas por el contrato puede ser objeto de ardua negociación, siendo posible que se designe una única jurisdicción para entender de todas las controversias que puedan suscitarse en relación al contrato. Esa divergencia eventual en la solución de las controversias contradice la propia razón de ser del proceso de armonización del régimen de la compraventa internacional de mercancías. Para armonizar verdaderamente ese régimen se ha de armonizar también la jurisprudencia de los tribunales fundada en ese régimen. Por ejemplo, en Nueva York se habría de evitar la llamada "trampa del artículo 16" ("article 16 trap") relativa a la duración de una oferta para la formación de un contrato.

A fin de conseguir la aceptación y difusión universal del régimen de la Convención en la compraventa internacional de mercancías, se sugiere que la CNUDMI establezca un programa de arbitrajes mercantiles internacionales simulados para organizar un concurso mundial abierto a equipos representativos de instituciones docentes locales acreditadas en sus respectivos países y con alguna conexión con el comercio internacional. Esos equipos estarían formados por los alumnos inscritos en algún curso universitario de ciencias empresariales o de relaciones internacionales y en cualquier facultad de derecho.

El programa propuesto de arbitrajes simulados de la CNUDMI estimularía enormemente el interés de todos los sectores de la comunidad académica (estudiantes, profesores, editores de manuales, etc.) por la Convención de la Compraventa. Con ello se conseguiría familiarizar, en pocos años, a muchas personas que participan activamente en el comercio internacional con el régimen de la Convención, lo que las dispondría favorablemente a que se introdujera la Convención sobre la Compraventa como régimen uniforme aplicable a las operaciones de compraventa internacional de mercancías en las que ellos participen. Cabría ofrecer premios de cierto valor a los equipos victoriosos para que estimularan la participación en esos cursos; premios financieros designados por algún nombre prestigioso que los hiciera más atractivos, así como becas de instituciones públicas y privadas, pasantías y otro tipo de oportunidades profesionales, la publicación de reseñas del caso, etc., etc.

Un concurso de arbitrajes internacionales simulados de la CNUDMI sobre problemas surgidos en la compraventa internacional de mercancías y abierto a equipos presentados por facultades de ciencias empresariales, de relaciones internacionales o de derecho suscitaría el interés y atraería a alumnos universitarios. La preparación de casos para su presentación a una Junta de Arbitrajes Simulados de la CNUDMI requeriría una serie de personas competentes que habrían de reflexionar sobre el régimen de la Convención para hacer observaciones sobre el mismo y presentar casos basados en operaciones reales que encajaran en el problema seleccionado para estudio. El programa de arbitrajes simulados de la CNUDMI suscitaría también el interés de juristas, abogados en ejercicio, árbitros y personal académico, así como de las personas que fueran invitadas a actuar como árbitros en los tribunales de arbitraje simulado de la CNUDMI.

Cabría así desarrollar procedimientos y políticas para el empleo en el mundo real del régimen de la Convención a fin de irlos ensayando y refinando en las situaciones simuladas creadas para los participantes en el programa de arbitrajes simulados de la CNUDMI y sin necesidad de aventurarse prematuramente en el mundo real de la compraventa internacional de mercancías.

Igual que el régimen de la Convención sobre la Compraventa refleja la práctica actual de las operaciones de compraventa internacional de mercancías, se sugiere que la solución de controversias entre partes en operaciones de compraventa internacional de mercancías se sitúe también en vanguardia de la tecnología, mediante el recurso a conferencias a distancia celebradas por telecomunicación. Con ello se conseguiría la participación de equipos de todo el mundo que no estarían obligados a reunirse en algún lugar para debatir sus casos sino que celebrarían, por así decir, vistas orales por intermedio de algún sistema de comunicación a distancia. Podría celebrarse una ronda inicial para la determinación de cada uno de los campeones nacionales, una ronda regional para determinar los campeones regionales y por último una ronda final internacional dirimida entre campeones regionales. Los equipos no tendrían que alejarse de sus respectivas facultades o escuelas y las juntas de arbitraje podrían reunirse en uno o más lugares. Con ello se conseguiría que la proximidad o lejanía de alguna escuela o junta de arbitraje dejara de ser un problema para la viabilidad del concurso. Desde la perspectiva de las empresas de telecomunicación, el programa de arbitrajes simulados de la CNUDMI serviría de banco de ensayo para aspectos operacionales y técnicos de su sistema que les permitiría eventualmente ofrecer un sistema eficaz y mundial de servicios y de tecnología para la organización de conferencias a distancia.

Además, el propio programa de arbitrajes simulados de la CNUDMI serviría como banco de ensayo tanto para el mecanismo de armonización de la jurisprudencia relativa a la Convención sobre la Compraventa, como de los procedimientos de arbitraje de la CNUDMI. Como se observó anteriormente, sin la armonización de la jurisprudencia, la armonización de la legislación resultaría, de hecho, insuficiente. La armonización de la legislación sin una armonización paralela de la jurisprudencia haría prácticamente inalcanzable la meta de la armonización.

Deseo añadir como segunda sugerencia para alcanzar la difusión mundial del régimen de la Convención sobre la Compraventa la de que se establezca un "tribunal supremo" mundial para resolver en última instancia los problemas de interpretación del régimen de la Convención en casos o controversias en los que se haya invocado su régimen. Este tribunal optimizaría la jurisprudencia en su calidad de órgano supremo de apelación para la interpretación y aplicación de la Convención a cuestiones de hecho o de derecho debidamente acreditadas. La determinación de esas cuestiones habría de proceder del tribunal más alto de cada Estado y se sugiere expresamente que el tribunal supremo de la CNUDMI no sea un tribunal más con competencia para entender de casos en primera instancia o en apelación ni tampoco una especie de tribunal transnacional.

Aun con un sistema así de resolución centralizada de cuestiones de derecho previamente definidas respecto del régimen de Convención sobre la Compraventa y pese a la recolección, traducción y difusión por la CNUDMI de las decisiones y laudos de los tribunales judiciales y arbitrales de todo el mundo, la determinación judicial de un caso puede variar de un Estado a otro por razón de la diversidad del régimen de la prueba, de las reparaciones disponibles, del nivel de las indemnizaciones en metálico, de los plazos y trámites procesales locales, etc. Sin embargo, el intento de obtener una interpretación monolítica universal del régimen de la Convención sobre la Compraventa es un paso previo indispensable para la adopción mundial de la Convención sobre la Compraventa.

De resultar ese tribunal supremo de la CNUDMI eficaz para la Convención sobre la Compraventa, cabría entonces ampliar su competencia a otros textos y convenios de la CNUDMI.

Como tercera sugerencia deseo referirme al establecimiento y funcionamiento de un sistema centralizado de la CNUDMI para la recolección de decisiones judiciales. Me gustaría sugerir que la CNUDMI establezca y ponga en funcionamiento una base informática de datos con todas las decisiones relativas a la Convención sobre la Compraventa, incluidas las que únicamente mencionan nominalmente la Convención. Esa base de datos debería ser de fácil acceso desde cualquier terminal informática popular de uso personal compatible

con IBM o con Macintosh y estar en funcionamiento los siete días de la semana y las 24 horas del día. Sería provechoso y probablemente técnicamente viable para la CNUDMI y otras instituciones disponer de un sencillo sistema de interconexión automática entre todos los suministradores de servicios informáticos de acceso directo para la investigación jurídica tales como Lexus y Westlaw en los Estados Unidos de América y la base de datos de la CNUDMI. Las modalidades de acceso y empleo de la base de datos de la CNUDMI deben ser sencillos o "user friendly" y permanentes sin necesidad de equipo o de programas informáticos complicados o de mecanismos de conexión.

Cuando los miembros más jóvenes de la abogacía se hayan familiarizado con la Convención sobre la Compraventa y cuando se haya armonizado la jurisprudencia relativa a la Convención se habrá establecido un "círculo virtuoso" que permitirá la rápida adopción por todo el mundo del régimen de Convención como régimen "uniforme" para los contratos de compraventa internacional de mercancías y se habrá logrado el objetivo que impulsó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a preparar esta Convención.

# 4. Tribuna pública

#### K.T.S. TULSI

Abogado general de la India, Nueva Delhi

Quisiera sugerir que entre los futuros proyectos de la CNUDMI, podría también considerar ocuparse de las cuestiones relativas a bienes intelectuales y leyes de patentes, teniendo presente la bien ganada fama de la CNUDMI por lo que se refiere a redactar la legislación, ya se trate de leyes modelo o de convenciones, conocidas como las más equitativas por diversos sectores del mundo, desarrollado o en desarrollo. Estimo que si la CNUDMI emprendiera la tarea de redactar leyes modelo sobre patentes y derechos de propiedad intelectual, prestaría con ello quizá un gran servicio al logro del objetivo de un siglo XXI con leyes comerciales uniformes. Hago esta sugerencia porque cuando repasé el texto de las propuestas orientativas y el proyecto presentados por Arthur Dunkel en la Ronda Uruguay de negociaciones del GATT, tuve la clara impresión de que el texto carece de claridad o adolece en algunas partes de falta de equidad. Generalmente es mal comprendido, tal vez por la terminología que se emplea en algunas de las cláusulas. No deseo concretar las deficiencias que se han hallado en el texto de Dunkel, pero considero que sería muy deseable, con miras a una más amplia aceptación por los gobiernos en cuanto a las propuestas de leyes de patentes y derechos de propiedad intelectual, y para el logro completo del objetivo de unas leyes comerciales uniformes que la CNUDMI examinase la posibilidad de ocuparse de estos asuntos en su futuro programa.

#### PHILIPPE KAHN

Universidad de Borgoña, Dijon (Francia)

Quisiera volver sobre la sugerencia hecha esta mañana acerca de la Convención sobre la Compraventa. Me parece que, respecto de esa convención y de muchas otras, el punto débil en nuestra organización es que no realiza el seguimiento o la vigilancia necesarios para mantenerse al corriente de los acontecimientos posteriores. El fenómeno de la consolidación de la Convención misma no es seguido con el debido rigor. Parece que actualmente la Convención, que fue bienvenida en todas partes y por todos quienes estaban familiarizados con ella, sufre los efectos de no haber sido aún bien introducida en los mismos círculos profesionales por conducto de las organizaciones correspondientes. Estudiosos eminentes la han comentado en las principales revistas científicas y, una vez formulados estos comentarios, los mejores estudiantes y los propios profesores los han leído, pero existe un grupo profesional que, en conjunto, no está informado al respecto en un idioma menos técnico, menos científico, que le permita familiarizarse con las ventajas y los inconvenientes de este tipo de convención. Pienso que actualmente, si se desea realmente asegurar el buen éxito de la Convención, que representaría una solución perfectamente apropiada para las relaciones comerciales internacionales, es necesario desplegar un mayor esfuerzo y dedicar mucha energía a la tarea de transferir de manera continua todo este sistema a los círculos profesionales. Podría haber un comité de seguimiento de la Convención dentro de la CNUDMI. Cabría conseguir la colaboración de personas

responsables en cada país para ejercer una presión permanente sobre quienes se mueven en las organizaciones profesionales más interesadas, en particular los colegios de abogados y las asociaciones de juristas. Podría existir todo este aparato que la CCI emplea con buen éxito en ciertas esferas que propusiera diversas alternativas con respecto a la Convención mediante la redacción de soluciones modelo, cuando no de cláusulas modelo.

#### MARY HISCOCK

Universidad de Melbourne, Melbourne (Australia)

Desearía hacer una sugerencia respecto de la futura labor de la Comisión a la luz de los anteriores debates. El tema es la cuestión de la ejecutabilidad de las cláusulas penales y las cláusulas de indemnización pactada en las operaciones internacionales. Me parece que ésta sigue siendo una de las grandes divisiones existentes en el comercio internacional y que, a la luz de la labor de la CNUDMI sobre el comercio compensatorio, en el que esta cuestión es de particular importancia y la negociación de penas se ha convertido en asunto muy crítico, sería de gran ayuda para países como Australia, que mantienen frecuentes tratos con ordenamientos jurídicos en los que dichas cláusulas son reconocidas, pero que en su propio ordenamiento no las reconoce; esto significa que muchas personas pueden asumir compromisos cuya ejecución no podría exigirse ante nuestros tribunales. Creo que es un buen ejemplo de cómo, en el decenio transcurrido desde la Conferencia Diplomática de Viena, pasando por la actual labor sobre comercio compensatorio, las formas tradicionales de compraventa han perdido importancia en el plano mundial. Por lo tanto, desearía solicitar que la Comisión considere volver a sus trabajos sobre reglas relativas a cláusulas penales e indemnizaciones pactadas, pero teniendo en cuenta su experiencia en relación tanto con la Convención sobre la Compraventa como con la labor sobre comercio compensatorio.

#### DONATO CARPIO

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Internacional, Lima (Perú)

En primer lugar, desearía volver sobre la idea ya expuesta acerca de la necesidad de señalar la gran importancia de la fase de seguimiento, así como también de fortalecer la aceptación, la aprobación y la ratificación de la Convención sobre la Compraventa. A este respecto, sugeriría que la CNUDMI tratase de reunir las secciones nacionales, a las que la Comisión autorizaría a desempeñar una función extremadamente importante, la de influir en la opinión jurídica y política de cada país a fin de fomentar la ratificación. Pienso que ésta es una de las metas finales, uno de los principales objetivos de la CNUDMI y que la estamos descuidando. Pero esta propuesta sería incompleta a menos que se promoviese en la medida de lo posible la firma de la Convención. No tendría que haber demasiadas reservas. Reconocemos que es importante para los países entender que existe una flexibilidad y alentarlos a incorporar la Convención o parte de ella a su legislación interna. No creo que las reservas constituyesen el aspecto más importante. Si 34 países han aceptado y ratificado la Convención, 20 de ellos han hecho reservas. Si esto es así, me parece que debemos preguntarnos qué estamos unificando, qué es lo que tratamos de uniformizar en el derecho mercantil internacional.

## ANA QUIÑONES ESCAMEZ

Universidad Central de Barcelona, Barcelona (España)

Desearía hacer hincapié en la función que desempeña la aplicabilidad de la primera parte, inciso b) del artículo 1 de la Convención sobre la Compraventa y la reserva prevista en el artículo 95. En un principio pensé que el inciso b) del artículo 1 era superfluo, ya que los Estados partes en la Convención aplicarían esta regla de aplicabilidad cuando estuviese incorporada a su derecho, pero los Estados que no son partes en la Convención sobre la Compraventa podrían aplicarla también en virtud de una cláusula. Pero la reserva prevista en el artículo 95 es peligrosa: en muchos casos sería mejor no ratificar la Convención, antes que ratificarla con reservas con arreglo al artículo 95, ya que, como ya se ha indicado, no todos los Estados son partes en la Convención.

A fin de evitar el conflicto de leyes a este respecto, la Conferencia de La Haya de 1986 relativa a una ley aplicable a la venta internacional de mercaderías, preparó, en cooperación con la CNUDMI la Convención de 1986 sobre la Ley Aplicable a la Venta Internacional de Mercaderías, pero esta convención es, hasta el momento, un fracaso, porque sólo la Argentina la ha ratificado, por razones que en ese momento no podemos analizar y la discusión se ha politizado. Todo ello me incita a señalar la necesidad de desarrollar a fondo la cuestión del derecho uniforme y el derecho privado internacional.

## PROFESOR DONALD KING

Escuela de Derecho, Universidad de Saint-Louis, Saint-Louis, Missouri (Estados Unidos de América)

Para la futura labor de la CNUDMI, me permito sugerir que, quizá, algunas de las cosas que se omitieron prudentemente en sus interiores trabajos son ahora merecedoras de atención. Se ha dicho que el comercio internacional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa no afectan a los consumidores ni a los bienes de consumo. Pero si miramos la realidad, los consumidores se ven seriamente afectados por las operaciones entre hombres de negocios que expiden las mercancías y, por cierto, ¿debe tratarse a un consumidor de los Estados Unidos de manera diferente que a uno de Africa o de otro país? Vivimos en el mismo mundo; vemos el mismo sol y la misma luna, el mismo cielo. ¿Por qué deberíamos ser tratados de diferente modo por lo que hace a la calidad de las mercancías y a una propaganda engañosa y en lo que se refiere a otras prácticas en uso dirigidas contra el consumidor? Creo que los consumidores deben ser tenidos en cuenta en la futura labor de la CNUDMI.

La otra cosa que se omitió fue el asunto de la validez en relación con los contratos inicuos. Pienso que no debemos tener miedo de ocuparnos de la ética comercial, profundizar en la injustificabilidad y en la buena fe, y fijar nuevas normas internacionales, porque existen patrones de equidad muy básicos que se aplican en los Estados Unidos, en Asia, en Africa y en Europa: habría que ocuparse de estas normas básicas de equidad y de ética comercial.

Finalmente, se plantea la cuestión de la uniformidad, que también se omitió cuando evitamos crear un tribunal internacional para orientar las decisiones respecto de la Convención. Se trató quizá de la decisión prudente y ponderada en su momento, pero creo que la idea que expuso ayer el profesor Louis Sohn, es decir, la creación de un tribunal para dar uniformidad a las decisiones que se adopten en las diferentes regiones del mundo y estén en conflicto entre ellas es merecedora de atención o quizá de la adopción de una medida intermedia. Quizá estas cosas que se omitieron prudentemente en el pasado en gracia a la uniformidad y para alcanzar cierto grado de consenso constituyan los desafíos del futuro.

#### PROFESORA SAMIA EL-SHARKAWI

Profesora de Derecho Mercantil, Universidad de El Cairo, El Cairo (Egipto)

No puedo iniciar mi comentario sin referirme a Mohsen Shafik, Profesor de Derecho Mercantil de El Cairo, que fue uno de los primeros en participar desde el comienzo mismo en la constitución de la CNUDMI y que siguió durante 22 años los períodos de sesiones de la Comisión. Por desdicha, no ha podido asistir a esta ceremonia.

El derecho internacional relativo a la compraventa internacional de mercaderías está estrechamente relacionada con los contratos de seguro marítimo y las cartas de crédito. Sería importante para la CNUDMI examinar en futuros períodos de sesiones las reglas del contrato de seguro marítimo respecto de las mercancías objeto de comercio internacional o, a título de propuesta, la preparación de una guía jurídica sobre este importante contrato muy relacionado con la compraventa internacional de mercaderías.

## PROFESORA CAROLINE RIDER

Red Hook, Nueva York (Estados Unidos de América)

Doy cursos acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a estudiantes y graduados que optan a un grado de Master en Administración de Empresas, pero no creo que esto sea una práctica generalizada. Me pregunto si la CNUDMI podría invitar a un congreso como éste a profesores de ciencias empresariales, procedentes no sólo de los Estados Unidos sino también de otros países. Tal vez la CNUDMI podría hacer especial hincapié en la evolución de las relaciones con organizaciones tales como la American Association of Collegiate Schools of Business, que es el principal órgano de homologación de las escuelas de administración de empresas en los Estados Unidos. Pienso que si las personas dedicadas a la empresa conocieran el día de mañana las posibilidades de la Convención, arrastrarían con ellos a sus abogados en lugar de ser arrastrados por ellos.

#### B. Prestación de servicios

# 1. Cuestiones prácticas relativas a la Convención de UNIDROIT sobre arriendo financiero internacional

#### PROFESOR ROY GOODE

St. John's College, Oxford (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)

Al expresar el placer que experimento por habérseme invitado a dirigiles la palabra sobre la Convención de UNIDROIT sobre arriendo financiero internacional, estimo que debo comenzar haciéndoles una confesión. Ayer el juez Howard Holtzmann subrayó la necesidad de velar por que una propuesta de proyecto de armonización fuera de pertinencia e importancia prácticas frente a los problemas reales; quien lo dijo es, desde luego, persona muy entendida en estos asuntos, por lo que tengo la seguridad de que debe estar absolutamente en lo cierto. Pero soy un académico y, como tal vez sepan, lo que nos hace más felices a los académicos, en particular a los de la Universidad de Oxford, es ocuparnos de proyectos sin importancia práctica alguna. Se dan, desde luego, excepciones a esta regla y entre ellas figuran los proyectos de armonización iniciados por órganos como la CNUDMI, UNIDROIT y la Cámara de Comercio Internacional. De modo que estoy aquí para hablarles de la Convención de UNIDROIT sobre arriendo financiero internacional. No les haré un análisis palabra por palabra ni linea por línea, sino que trazaré simplemente un panorama en el que trataré de utilizar la Convención y la labor preparatoria que condujo a ella como vehículo para ilustrar el proceso de armonización, algunos de los problemas con que tropezamos y algunas de las conclusiones que pueden extraerse.

Ahora bien, supongamos que alguien pregunta en la esfera del arrendamiento financiero internacional, "¿por qué hay que armonizar?". Hay una forma interesante de pregunta de examen para estudiantes de derecho en que se dice al candidato: "He aquí la solución. Encuentre ahora el problema". Bien, el Consejo de Administración de UNIDROIT hizo grandes esfuerzos por evitar este tipo de planteamiento y asegurarse de que había problemas reales que debían resolverse antes de que empezáramos a resolverlos. Primeramente, hubo un informe preliminar de la secretaría del UNIDROIT. Luego, funcionó un pequeño grupo de trabajo creado para examinar la viabilidad del proyecto que informó favorablemente al respecto. A esto siguió la distribución de un cuestionario detallado entre expertos y operadores en arrendamiento financiero de todo el mundo y un análisis de las respuestas, que mostró que existían problemas por resolver.

Con todo, el Consejo deseaba estar plenamente seguro, de manera que estableció un grupo de trabajo exploratorio restringido para examinar si cabía desenredar los aspectos de derecho privado del arrendamiento financiero de los aspectos fiscales, y si era posible ocuparse del arrendamiento financiero de forma aislada respecto del derecho general relativo a los derechos de garantía. Ese grupo informó en sentido favorable y sólo entonces autorizó el Consejo de Administración la aprobación del proyecto y la creación de un grupo de estudio presidido por el embajador Reczei de Hungría.

¿Cuáles son los problemas del arrendamiento financiero internacional que reclaman toda esta labor? El primero son las diferencias en la caracterización jurídica del arrendamiento financiero. En algunos ordenamientos, se trata como un arrendamiento ordinario. En otros, se considera una venta disfrazada. En otros aún, se lo ve como una forma de derecho de garantía. Y el tratamiento jurídico depende mucho de la manera cómo se caracterice la operación.

En segundo lugar, existen diferencias en los elementos jurídicos que necesariamente lo componen. Por ejemplo, conforme al derecho francés, el arrendamiento debe contener una opción de compra del equipo para que pueda entrar en la ley sobre *crédit bail*. Según el derecho inglés, por contraste, la inclusión en el contrato de una opción de compra destruye el carácter de arrendamiento como tal y lo convierte en lo que llamamos un acuerdo de venta a plazos (*hire-purchase*). En los Estados Unidos la inclusión de una opción de compra seguramente convertirá el trato en una operación garantizada. Existe pues todo un haz de problemas.

Si el equipo resulta ser defectuoso, se presenta otro grupo de problemas. La reclamación del arrendatario no se dirige contra el proveedor, que era responsable de los defectos, porque no tiene vínculo contractual con él. Su reclamación va contra el arrendador, que no tenía ningún control sobre el equipo, no lo escogió, no eligió al proveedor, nunca vio el equipo, nunca lo recibió, nunca lo entregó. Así pues, la responsabilidad pesa sobre la persona que no ejerció ningún control real, simplemente porque era jurídicamente el proveedor.

El cuarto problema es probablemente peculiar de los ordenamientos anglosajones y se refiere a la capacidad de una de las partes contratantes de concretar una cantidad de dinero pagadero por daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Los ordenamientos de tradición romanística permiten imponer una penalidad por incumplimiento del contrato a fin de estimular su cumplimiento. No así los ordenamientos jurídicos anglosajones. Cosa que, en el arrendamiento financiero internacional, puede crear problemas.

Está luego la ansiedad por la posible responsabilidad de un arrendador frente a terceros que sufrieron lesiones o daños y perjuicios del equipo. ¿Puede un arrendador, dado que se trata de un proveedor legal, incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios? Y podría tratarse de daños y perjuicios muy gravosos. Podría ser el equipo el causante de una explosión. ¿Podría recaer la responsabilidad sobre el arrendador?

Finalmente, bajo diversas jurisdicciones no se reconoce el derecho de propiedad del arrendador sobre el equipo cuando el arrendatario quiebra.

Desde luego, nos enfrentamos con un haz de problemas que tiene como consecuencia desalentar un verdadero arrendamiento financiero transfronterizo y empuja a los arrendadores a arrendar por conducto de sucursales o empresas asociadas en el país del arrendatario.

Al emprender sus trabajos, el grupo de estudio adoptó tres decisiones básicas que se consideraron decisivas para el buen éxito del proyecto. La primera consistió en limitar su alcance a lo que fuera necesario y viable, sin excesivas ambiciones. La segunda fue lograr la participación de especialistas en arrendamiento financiero desde un comienzo, personas que supiesen realmente como funcionaban los contratos de ese tipo: abogados de diferentes países entendidos tanto en teoría como en práctica; representantes de Leaseurope, que es una federación de asociaciones europeas de arrendamiento financiero de equipo. Todos ellos desempeñaron un papel ya desde el principio. Y luego, en una etapa posterior, expusimos los proyectos de la Convención a conferencias celebradas en Nueva York, en Zurich, en Hong Kong, para ver si esas disposiciones funcionaban realmente o si existían problemas que no habíamos detectado.

La siguiente decisión fue conceder un amplio campo a la autonomía de la voluntad de las partes, la posibilidad de excluir o modificar la Convención, porque no creímos que se justificara forzar a partes capaces de velar por sí mismas unas cláusulas contractuales que no deseasen. La Convención otorga, pues, a las partes amplias facultades para elaborar su propio acuerdo.

Y, finalmente, tuvimos el objetivo de equilibrar los intereses de arrendador y arrendatario, los de los países desarrollados y los menos desarrollados, manteniendo un equilibrio para producir una Convención en términos generales equitativa y aplicable.

Ahora bien, el alcance de Convención presenta varias limitaciones. Se circunscribe al arrendamiento financiero de equipo empresarial, por contraposición con el equipo de uso privado. Se ciñe a los arrendamientos financieros porque es el carácter financiero de la operación y la no participación del arrendador en la elección de proveedor y equipo lo que justifica la especial inmunidad atribuible a los arrendadores contra las reclamaciones de arrendatarios y terceros, y una acción directa del arrendatario contra el proveedor. De este modo quedaron excluidos los arrendamientos operativos. La Convención se limita a las operaciones internacionales, es decir, aquellas en que arrendador y arrendatario desarrollan sus actividades en diferentes Estados. Esta limitación fue aprobada, primeramente, porque eran las diferencias en los derechos las que creaban el principal problema y, en segundo lugar, porque los Estados son celosos de sus propios ordenamientos y normas jurídicas, pero son mucho más tolerantes con respecto a las operaciones con extranjeros.

El siguiente problema se refería al factor vinculante. ¿Qué factor o factores debían vincular una operación a los Estados contratantes? Y aquí se nos planteaba un problema bastante poco común. Virtualmente en todas las anteriores convenciones sobre derecho mercantil el objeto de regulación era un único contrato. Pero en el arrendamiento financiero, lo mismo que en el factoring, sobre el que hay una Convención paralela, existen dos contratos: en el caso del arrendamiento financiero, el acuerdo de suministro y el acuerdo de arrendamiento, que abarcan juntos a tres partes, una de las cuales, el arrendador, es común a ambos acuerdos. Era, pues, preciso tener en cuenta esta relación triangular al determinar el factor vinculante. Se dispuso, en consecuencia, que para que cupiera aplicar la Convención, las tres partes debían haberse sometido de algún modo a la ley de un Estado contratante, ya fuese porque las tres tenían sus establecimientos en un Estado contratante, o porque ambos contratos se rigieran por la ley de un Estado contratante.

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos clave de esta Convención? Primeramente, tenemos la inmunidad de responsabilidad del arrendador ante el arrendatario. Aunque exista una relación contractual entre ambos, el arrendador no incurre en responsabilidad por defectos en el equipo frente al arrendatario, excepto en ciertos casos especiales. Uno de ellos se produce cuando el arrendatario experimenta una pérdida por hacer confiado en la habilidad y el buen criterio del arrendador y en la medida en que el arrendador haya intervenido en la operación de suministro. El segundo se da cuando el arrendatario nunca en absoluto obtiene el equipo, o cuando lo rechaza porque no se ajusta al contrato. En este caso puede recuperar todos los alquileres que haya pagado y descargarse de su responsabilidad. En tercer lugar, el arrendador responderá ante otras reclamaciones, en la medida en que éstas resulten de su acción u omisión. Y finalmente, es responsable si incumple la garantía de evicción.

Pero algunos intereses relacionados con el arrendamiento financiero se quejaron, hay que decirlo, de que estas excepciones a la inmunidad de responsabilidad eran contrarias a la práctica de esa forma de arrendamiento porque, invariablemente, el acuerdo correspondiente excluía toda responsabilidad. Creo que se trata de una confusión. Esta Convención no está concebida como una carta del arrendador sino que tiene por mira mantener un equilibrio equitativo y requerir del arrendatario que haga lo necesario, que consiste en negociar la exención de responsabilidad. Y, para someter a prueba la utilidad de la Convención, lo que los arrendatarios deberían hacer es comparar sus disposiciones, no con las de un contrato típico de arrendamiento financiero, sino con las disposiciones de las leyes nacionales vigentes del propio arrendador. Si así lo hacen, hallarán que la Convención presenta muchas ventajas y apenas algún inconveniente.

El siguiente rasgo es la acción directa del arrendatario contra el proveedor, como si éste hubiera sido parte en el acuerdo de suministro. Pienso que esto es un ejemplo del enfoque práctico de la Convención. Corta el nudo de las dificultades doctrinales. Da al arrendatario una acción directa contra una parte con la que no tiene relación contractual, como si la tuviera.

Y luego tenemos los diversos remedios previstos en caso de incumplimiento, siempre del agrado de los arrendadores, un derecho a cobrar los alquileres atrasados, a acelerar la responsabilidad por los alquileres, a rescindir el acuerdo por incumplimiento y volver a echar mano del equipo. Esto no es siempre muy fácil

actualmente, por ejemplo, en el arrendamiento financiero de satélites. Pero creo que, si se pagan algunos millones de dólares se puede realmente enviar un agente al espacio exterior para recuperar manualmente la posesión del satélite. Estamos continuamente avanzando por territorios inexplorados.

Está después la indemnización por daños y perjuicios por la pérdida del trato en caso de rescisión: libertad para el arrendador de estipular cuál debe ser esta indemnización, mientras no sea demasiado desproporcionada con respecto a la pérdida real.

Tenemos luego una inmunidad otorgada al arrendador de la responsabilidad frente a terceros. Se trata de una inmunidad únicamente de la responsabilidad en la que podría en otro caso incurrir por su condición de arrendador financiero. Con otras palabras, no será responsable frente a terceros únicamente porque ha convenido en suministrar equipo en virtud de un arrendamiento financiero. Podría aún incurrir en responsabilidad y en su condición de dueño o conforme a alguna otra Convención o, si vuelve a tomar a su cargo el equipo, se convierte en un proveedor físico.

Finalmente, la Convención dispone que deberá reconocerse el interés del arrendador frente al fiduciario del arrendatario en caso de quiebra y de los acreedores con título ejecutivo y bienes embargados. Se trata, pues, de una importante salvaguardia.

Francia tiene el honor de ser el primer Estado, y hasta ahora el único, en ratificar esta Convención, pero otros se hallan en camino de hacerlo, inclusive, según creo, los Estados Unidos. Inglaterra, desde luego, llegará sin duda finalmente a hacerlo, pero no somos el pueblo más rápido de la Tierra cuando se trata de ratificar convenciones. El derecho común y la legislación de Inglaterra tienden a contemplar el tiempo en términos de siglos más que de meses o años. Pero, qué duda cabe, en algún momento del siglo XXI terminaremos por hacerlo, esperemos que al principio, no al final. Lo que tenemos que hacer es lo que hizo John Honnold con buen resultado respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que consistió en hacer giras de un lugar a otro, educando a la gente, vendiéndoles la Convención y consiguiéndole un respaldo real.

Ahora bien, ¿qué conclusiones, me pregunto, pueden extraerse de esta labor? Primeramente, como ya se ha dicho, es preciso demostrar que se necesita la Convención. En segundo lugar, ésta no debe tener un alcance demasiado ambicioso. Muchos proyectos se frustran porque tratan de ser demasiado grandes. En tercer término, hay que estar dispuesto a llegar a transacciones. En cuarto lugar, hay que lograr desde el principio la participación de expertos y exponer los proyectos a la opinión externa antes de que el proyecto cristalice en demasía.

Pero el problema real -y lo mismo cabe decir de todas las Convenciones- es el factor tiempo. Desde el principio al final, nos llevó 14 años. Esto es perfectamente normal. Es virtualmente imposible conseguir una convención mercantil internacional en menos de 10 años. Y hay que acostumbrarse a este tipo de concepto del tiempo. Podemos citar una causa que se desarrollaba hace algún tiempo ante el Tribunal de Apelaciones inglés en que el abogado que llevaba el caso se mostraba muy difuso, hablaba y hablaba y finalmente, a modo de excusa dijo: "espero no haya ocupado demasiado tiempo a sus señorías" y el magistrado que presidía le contestó: "Tiempo, Sr. Smith, tiempo", "ha agotado usted el tiempo y pasado a la eternidad".

Bien, hay muchas razones por qué toma todos estos años poner en marcha una convención: existe la dificultad de reunir a partes de muchos ordenamientos jurídicos; están los gastos; está el tiempo limitado que cualquier grupo puede dedicar a un período de sesiones antes de volver a casa; está la presión sobre la respectiva secretaría del órgano que patrocina la convención. Estos largos períodos de gestación causan problemas. Tienden a provocar inercia, cambia la composición de los grupos, de tal modo que esas cuestiones se examinan una y otra vez, es muy fácil que se olvide por qué se estructuró determinada regla en una sesión anterior y por iniciativa de quién. Y no es en absoluto raro que un delegado critique enérgicamente una formulación particular, sólo para que se le recuerde que, en una sesión celebrada dos años antes, fue él mismo quien preparó esa formulación. Existen pues problemas.

Creo que deberíamos reflexionar mucho más sobre la planificación de todo el proceso. No creo que debiéramos aceptar que se necesiten inevitablemente 12, 14, 20 años para alcanzar la etapa de llegar a un acuerdo sobre una convención. Y esa es, desde luego, sólo la primera etapa, porque luego habrá que ratificarla.

Sugeriría que se considerase la posibilidad de que un pequeño equipo de investigadores académicos, abogados en ejercicio que gocen de vacaciones sabáticas, trabajasen intensamente en un proyecto y sobre los informes de las reuniones para acelerar el proyecto en su conjunto. Costaría dinero, pero se ahorraría mucho más acelerando el proyecto y reduciendo el número de reuniones. Me parece que representaría cierta ventaja.

Pienso, por mi parte, aunque desde luego no soy imparcial, que la Convención de UNIDROIT sobre arriendo financiero internacional es una buena convención. Ha sido sometida a la prueba de fuego de exponerla a intereses externos, intereses relacionados con el arrendamiento financiero, los intereses de los usuarios y el Gobierno, y creo que encarna un profundo conocimiento teórico y la pericia práctica de muchas personas que participaron en ella. Abrigo ciertamente la firme esperanza de que será objeto de amplia aplicación.

Quisiera, a guisa de conclusión, rendir mi propio tributo a Clive Schmitthoff, en cuyo honor nos pusimos de pie al comienzo de este Congreso, y cuyos trabajos dieron el impulso necesario a la creación de la CNUDMI.

# 2. La Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales

#### JAMES J. MYERS

Gadsby & Hannah, Boston, Massachusetts (Estados Unidos de América)

Quisiera, para empezar, expresar mi gratitud por la oportunidad que se me brinda de presentar dos importantes textos jurídicos en la esfera del derecho internacional de la construcción. Conforme con el tema de este Congreso relativo a la unificación del derecho mercantil internacional, mi tarea consiste primeramente en presentar un producto de la CNUDMI, la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales y, en segundo lugar, presentar un modelo de contrato internacional de construcción creado por la misma Comisión. Ninguno de los dos es una convención internacional o una ley uniforme. Pero ambos fomentan la uniformidad y el derecho internacional de la construcción.

De conformidad con la resolución aprobada a principios del decenio de 1970 por la Asamblea General de las Naciones Unidas referente al desarrollo económico y al establecimiento de un nuevo orden económico internacional, la CNUDMI creó un grupo de trabajo que investigó y presentó sus conclusiones a la Comisión en el sentido de que "el estudio de las disposiciones contractuales que se encuentran por lo común en los contratos internacionales de desarrollo industrial" sería de especial importancia para los países en desarrollo dado el papel que desempeña la industrialización en el proceso de desarrollo económico. En 1981, la Comisión encomendó al grupo de trabajo que preparara una Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales.

Se necesitaba una guía, porque los contratos para la construcción de instalaciones industriales son documentos extraordinariamente complejos, en los que los aspectos técnicos interaccionan con la redacción jurídica entre las partes. Las obligaciones de los contratistas se extienden durante un tiempo relativamente prolongado. Por tanto, se estima que este tipo de contrato complejo de construcción a largo plazo es de naturaleza singular. La *Guía* se preparó teniendo presente la naturaleza técnica y jurídica de esos contratos en esta esfera y a sabiendas de que un trabajo así sería de gran ayuda para los adquirentes de instalaciones industriales sin conocimientos ni pericia suficientes.

La Guía se ha ideado, por consiguiente, con miras a ser de particular utilidad para los compradores de países en desarrollo, adoptando al mismo tiempo un enfoque equilibrado con el fin de proteger los intereses legítimos de los contratistas.

La Guía procura ayudar a las partes a negociar y redactar contratos internacionales para la construcción de instalaciones industriales precisando las cuestiones jurídicas inherentes a esos contratos, examinando posibles enfoques para la solución de las cuestiones y, cuando corresponde, sugiriendo soluciones que las partes tal vez deseen incorporar a sus contratos. La Guía concibe las instalaciones industriales como aquellas en las que se incorporan una o más grandes piezas de equipo y un proceso tecnológico para elaborar un producto. Son ejemplos de instalaciones industriales las plantas petroquímicas, las de fertilizantes y las hidroeléctricas. Además de estar obligados a proporcionar los edificios y la maquinaria, los contratistas asumen a menudo otras importantes obligaciones como el diseño de las instalaciones, la transferencia de tecnología y la capacitación del personal del comprador.

La Guía ha sido concebida para que resulte útil a las personas que participan a diversos niveles en la negociación y la redacción de contratos sobre instalaciones industriales. Está destinada a ayudar a las partes a negociar y redactar sus contratos. No tiene por fin ser utilizada como documento para interpretar contratos celebrados antes o después de su publicación.

#### Estructura de la Guía

La Guía se divide en dos partes. La primera se refiere a asuntos que se presentan en primer término cuando se redacta el contrato. El capítulo I trata de los estudios precontractuales, el capítulo II diversos enfoques de contratación que las partes pueden adoptar y el capítulo III la manera cómo se ha de adjudicar el contrato y la forma y validez de éste.

La segunda parte de la *Guia* se ocupa de la redacción de disposiciones concretas en un contrato sobre instalaciones. Define esas disposiciones y sugiere diferentes enfoques para el tratamiento de las cuestiones relacionadas con aquéllas. Muchos creen que la segunda parte constituye el verdadero núcleo de la *Guia*. La segunda parte contiene algunas observaciones generales relacionadas con la redacción de contratos sobre instalaciones industriales, descripción de las obras y obtención de una garantía de calidad, transferencia de tecnología, disposiciones sobre el precio y el pago, el suministro de equipo y materiales, disposiciones relativas a la construcción en la obra misma, el ingeniero consultor, la subcontratación, la inspección y los ensayos durante la fabricación y la construcción, la terminación, la toma de posesión y la aceptación, la distribución del riesgo de pérdida de materiales y equipo, la transmisión de la propiedad, los seguros, la garantía de cumplimiento, los retrasos, defectos y otros incumplimientos, la indemnización pactada y las cláusulas penales, los daños y perjuicios, la fuerza mayor (impedimentos exonerantes), las cláusulas de gravosidad, las cláusulas de variación, la suspensión de las obras, la rescisión, el suministro de piezas de recambio y servicios tras la construcción, la transferencia de derechos y obligaciones contractuales, la elección de ley aplicable y la solución de controversias.

Quisiera también señalar a la atención de ustedes que la *Guia* contiene algunas disposiciones a título de ejemplo que figuran en las notas a pie de página. Se trata por lo común de formularios de cláusulas que pueden utilizarse en los contratos, pero la *Guia* no sirve en realidad como formulario. Los ejemplos de disposición son relativamente raros y no se utilizan coherentemente en toda la *Guia*.

Además, cabe hacer notar que al principio de cada capítulo de la *Guía* figura un sumario de lo que el capítulo contiene. En mi opinión, los resúmenes son excelentes y permiten una rápida consulta de los análisis bastante completos de los diversos puntos complejos de que trata cada capítulo.

Muchos pensaron, en el momento de la publicación de la *Guía*, que se trataba de un documento extenso en demasía, de difícil manejo por el personal encargado de la contratación pública en los países en desarrollo. Es casi una enciclopedia de los diversos asuntos relacionados con los contratos y, en la mayor parte de los casos, se examinan bastante a fondo las diversas posibilidades dentro de cada tema. Por suerte, los resúmenes de la *Guía* salvan la jornada para quienes están familiarizados con ella. Leyendo los resúmenes se puede

entender el contenido de cada capítulo, para luego retroceder y utilizar el mismo capítulo detallado como material de consulta si se detecta un problema en una esfera determinada u otra. Al trabajar en contratos de desarrollo industrial para países en desarrollo, lo que hemos hecho en múltiples ocasiones ha sido simplemente tomar los resúmenes de cada capítulo y utilizarlos como introducción a la <u>Guía</u>.

# Capítulo I - Estudios previos al contrato

En este capítulo se señala la necesidad de estudios de viabilidad, estudios de oportunidad y otros estudios detallados que ayudarán al comprador a definir sus necesidades. Estimula a éste, cuando carece de conocimientos técnicos propios suficientes a contratar a consultores externos y sugiere medios competitivos para seleccionar posibles empresas de consultoría. Examina también los posibles problemas y ventajas que se derivan de que quien efectúe los estudios previos al contrato sea escogido como contratista para construir las instalaciones.

# Capítulo II - Selección de los sistemas de contratación

En este capítulo se indica que un comprador puede contratar con un único contratista la ejecución de toda la instalación o con diferentes contratistas para diferentes partes de ella. Un enfoque común en los tratos con un contratista único es el sistema llave en mano. Se examinan los beneficios y los peligros de este enfoque. Si un comprador decide contratar con un grupo de diferentes contratistas diferentes partes de la instalación, puede seguir siendo aconsejable que un solo contratista responda de la elaboración del producto industrial prometido.

Este capítulo sugiere además diversos métodos que el empleador puede utilizar para la gestión de las obras, como contratar a un ingeniero consultor o bien a un gerente de construcción cuando participa en la obra más de un contratista. También se examina la contratación con empresas conjuntas en los aspectos jurídicos de las responsabilidades de quienes las integran.

# Capítulo III - Selección del contratista y celebración del contrato

En este capítulo se examina en sustancia la técnica de adjudicación del contrato, por un lado mediante procedimientos de licitación abierta o limitada, con o sin precalificación de los licitantes, mediante anuncios o invitaciones a ciertos licitantes que se consideran calificados, o bien negociando simplemente el contrato con el contratista que el comprador desee o elija mediante entrevistas.

# Capítulo IV - Observaciones generales sobre la redacción

Este capítulo describe el enfoque normal de la redacción y el proceso de intercambio de pareceres entre las partes, así como métodos para superar las diferencias de idiomas, incorporar documentos, describir a las partes, definir dónde deben enviarse las notificaciones preceptivas y definir las expresiones utilizadas en el contrato.

## Capítulo V - Descripción de las instalaciones y fianza de calidad

Este capítulo se refiere a cómo deben prepararse las especificaciones en las que se describen las instalaciones que se han de construir. Se alienta la utilización de normas y códigos internacionalmente aceptados, que deben ser identificados en el contrato. Deben protegerse los procedimientos confidenciales. Se recomienda una fianza de calidad, que garantice contra posibles defectos. Se examina la utilización de disposiciones generales y especiales en el contrato y en las especificaciones técnicas.

## Capítulo VI - Transferencia de tecnología

Este capítulo se ocupa de la transmisión de información sobre los procedimientos tecnológicos necesarios para la producción, explotación y mantenimiento de las instalaciones. Se examina la posibilidad de obtener licencia respecto de la tecnología junto con la capacitación del personal del comprador. También se examina

la importancia que tiene a menudo para el comprador que se mantenga la reserva con respecto al know-how suministrado.

# Capítulo VII - Precio y condiciones de pago

Se examinan los métodos del precio alzado, de costos reembolsables y del precio unitario. Se estudian asimismo los pagos de primas por terminación anticipada, las disposiciones acerca de la fluctuación de los cambios y la manera y el momento en que debe hacerse el pago para alcanzar diversos objetivos del comprador. Se examinan finalmente los pagos anticipados y los pagos al comprador a medida que progrese la construcción, así como los efectuados después de la terminación sustancial y definitiva.

# Capítulo VIII - Suministro del equipo y los materiales

La Guía señala que el equipo y los materiales suministrados conforme a los contratos de obras pueden regirse por un cuerpo de derecho diferente que el equipo y el material suministrados por separado, que se consideran "mercancías". También se examinan las disposiciones relativas a transporte, derechos de aduanas, riesgo de pérdida, restricciones a la importación, almacenamiento y descripciones de la cantidad y calidad del material y derechos de inspección.

# Capítulo IX - Construcción en el emplazamiento

Este capítulo se refiere a la ingeniería civil, a la construcción y a la instalación del equipo. También se examinan la obligación del contratista de obtener las licencias necesarias y las cláusulas contractuales que pueden superar problemas que se presenten al contratista en la importación de equipo para los trabajos en el emplazamiento. Se recomienda programar la construcción.

Deben enumerarse las obligaciones del contratista con respecto a la instalación

y a la puesta en marcha del equipo en el emplazamiento. También se tratan los derechos de acceso y la limpieza del establecimiento.

## Capitulo X - Ingeniero consultor

Las facultades del ingeniero consultor del comprador deben expresarse claramente en el contrato. El contrato debe informar con toda claridad al contratista acerca de las funciones respecto de las cuales el ingeniero actúa independientemente y aquellas que requieren la aprobación del comprador.

## Capitulo XI - Subcontratación

La Guia recomienda que el contrato contenga disposiciones referentes al alcance de la subcontratación admisible, con la selección de subcontratistas y con otros aspectos de enfoques relativos a esa selección. Los contratistas deben seleccionarse antes de celebrar los contratos relativos a la instalación. Se examina el sistema de subcontratista designado utilizado por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). Se estudian las disposiciones sobre indemnización por pérdidas causadas por el subcontratista al empleador, la conveniencia de crear ciertos derechos directos del empleador para exigir el cumplimiento de las obligaciones del subcontratista y para controlar el pago por el contratista a los subcontratistas, así como la comunicación con estos últimos por conducto del contratista principal.

# Capítulo XII - Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción

Las inspecciones y los ensayos durante la fabricación y la construcción tienen por fin convencer al comprador de que éstas progresan de conformidad con el calendario acordado y según a las especificaciones del contrato. El contrato debe expresar el carácter de las inspecciones y de los ensayos que se han de efectuar durante la fabricación, así como las consecuencias de la incapacidad para terminar o cumplir con los umbrales contractuales de ensayo. Según el momento en que se transmita la propiedad y el riesgo por pérdida, deberán modificarse el momento y la naturaleza de los ensayos.

# Capítulo XIII - Terminación, toma a cargo y aceptación

En el contrato se debe especificar cuándo se producen la terminación, la toma a cargo y la aceptación y sus consecuencias jurídicas. La terminación suele ocurrir únicamente después que el contratista efectúa con buen éxito los ensayos de terminación. Hay que precisar en el contrato cuándo el comprador está obligado a tomar a su cargo la instalación, mientras que el contrato obliga por lo común al comprador a aceptar la instalación en el plazo expresado después de efectuados con buen éxito los ensayos de terminación. El contrato debe prever también las consecuencias jurídicas de la aceptación provisional y de la plena.

# Capítulo XIV - Traspaso del riesgo

El equipo o los materiales incorporados a la instalación antes o después de terminada, así como la maquinaria de construcción pueden dañarse o perderse. El contrato ha de disponer qué parte soporta el riesgo de pérdida en cada momento. Los diferentes ordenamientos jurídicos tienen reglas también diferentes con respecto al equipo y los materiales incorporados a la instalación o la propiedad inmueble. Cuando las obras están a cargo de un único contratista, la *Guía* recomienda que éste soporte el riesgo de pérdida hasta la toma a cargo o la aceptación por el comprador. El contratista tiene que soportar siempre el riesgo de pérdida con respecto a sus herramientas y equipo que se hallen en su posesión.

# Capítulo XV - Transmisión de la propiedad de los bienes

Sea que los bienes a los que se refiere la construcción sean de propiedad del contratista, sea que pertenezcan al comprador, la cuestión de la propiedad es importante con respecto a cuestiones de seguros, impuestos, responsabilidad frente a terceros, embargo en el procedimiento de quiebra de una de las partes y mantenimiento. El ordenamiento jurídico aplicable al emplazamiento de la obra determina a menudo cuándo se transmite la propiedad y cuándo los bienes o muebles incorporados a la obra se transforman en propiedad inmueble. Una de las cuestiones especiales examinadas es el equipo proporcionado por el propietario. La propiedad de este equipo no debe transmitirse al contratista a menos que éste lo pague antes de incorporarlo a la obra.

# Capítulo XVI - Seguro

Los contratos sobre instalaciones deben exigir el seguro respecto de los bienes y de la responsabilidad civil, especificar los riesgos contra los que se asegura, la parte obligada a obtener el seguro, la cuantía mínima de éste y las cantidades deducibles y el plazo que el seguro debe cubrir. Se aplican reglas especiales al seguro del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones.

Debe exigirse al contratista que proporcione el seguro de responsabilidad por pérdida o daños causados por su cumplimiento del contrato, por hechos u omisiones de sus empleados, subcontratistas o proveedores o por su responsabilidad en virtud de disposiciones de incolumidad contenidas en el contrato. Se examinan también las técnicas para suministrar certificados y demás pruebas del seguro que puedan utilizarse en las disposiciones contractuales.

# Capítulo XVII - Garantías de buena ejecución

El comprador procura por lo general asegurarse contra el incumplimiento por parte del contratista. Esto suele hacerse en forma de garantías de licitación, garantías de cumplimiento del contrato, garantías de reembolso de los anticipos que pueden efectuarse mediante cartas de crédito, cauciones de cumplimiento u otros mecanismos. Desde luego, estas disposiciones deben expresarse claramente en el contrato. Puede también exigirse a los compradores que garanticen el pago del precio de compra mediante, por ejemplo, una carta de crédito.

# Capítulo XVIII - Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento

Por lo común, el comprador tiene derecho a ciertos recursos ante la demora o el cumplimiento defectuoso por parte del contratista. Este puede tener derecho a ciertos recursos por la omisión del comprador en cumplir con su acuerdo. Se debe especificar en los contratos los recursos a disposición de cada una de las partes por omisión de la otra en el cumplimiento de la prestación prometida. El contrato debe expresar el recurso al alcance del comprador contra el contratista si se retrasa en el cumplimiento del contrato o cuando lo cumple de manera defectuosa. Se examinan los métodos para notificar que una de las partes se propone invocar un recurso y para que la otra corrija su cumplimiento defectuoso de las disposiciones contractuales. La omisión por el comprador de aceptar y tomar a su cargo la instalación como se prevé en el contrato da normalmente lugar a un recurso a favor del contratista.

# Capítulo XIX - Indemnización pactada y penalidades

Las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales casi siempre se ven afectadas o se rigen por la ley local. En este capítulo se estudia la manera de utilizar estos mecanismos contractuales de manera equilibrada y eficaz.

# Capítulo XX - Daños y perjuicios

A falta de disposición contractual al respecto, la ley aplicable establecerá qué daños y perjuicios pueden reclamarse de una parte que no ha cumplido sus obligaciones, la *Guía* señala que las partes pueden prever ciertos tipos de daños y perjuicios y sus limitaciones en el contrato, disposiciones que suelen ser respetadas por la ley aplicable.

## Capítulo XXI - Cláusulas de exoneración

Este capítulo se ocupa de lo que se suele calificar de "impedimentos exonerantes". Se trata de excusas del incumplimiento, relacionadas a veces con casos de fuerza mayor. El capítulo se refiere a ciertas esferas problemáticas como los actos del gobierno de retirar y aprobar licencias y cómo debe enfocarse la redacción de una cláusula contractual enumerando todos los acontecimientos exonerantes o fijando los criterios para determinarlos.

## Capítulo XXII - Cláusulas de gravosidad

La Guía utiliza el término gravosidad para describir cambios en los factores económicos, financieros, jurídicos o tecnológicos que causan graves consecuencias económicamente negativas a una de las partes contratantes, haciendo así sustancialmente más difícil el cumplimiento del contrato. La mayoría de las cláusulas de gravosidad prevén una renegociación para adaptarse a la nueva situación. La ventaja de las cláusulas de gravosidad es que aumentan la estabilidad del contrato. Si se utilizan cláusulas de este tipo, deben redactarse con miras a minimizar la incertidumbre, por ejemplo, especificando los acontecimientos precisos comprendidos en la cláusula.

## Capítulo XXIII - Cláusulas de modificaciones en la construcción

Las modificaciones son lo que comúnmente llamamos "cambios". Las cláusulas sobre cambios han de prever que el propietario tiene derecho a ordenar unilateralmente modificaciones en las labores contractuales y los métodos. Los cambios ajustarán el contrato cuando afecten el momento de ejecución de éste o el precio contratado. En caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre el precio o sobre el tiempo adicional del cambio, se aconseja que precisen el método para resolver la controversia. La cláusula de modificaciones debe precisar la fórmula para determinar la cuantía del ajuste en el tiempo de ejecución del contrato o en el precio convenido que resulten de esa modificación y un método que permita resolver las controversias relativas a su aplicación.

# Capitulo XXIV - Suspensión de la construcción

Aunque la ley aplicable al contrato también defina ciertas situaciones en las que la construcción puede ser suspendida por una de las partes, es aconsejable que éstas definan en su contrato las circunstancias en las que puede invocarse la suspensión, así como sus efectos jurídicos, cuándo se reanudará los trabajos, y el momento y las consecuencias financieras para las partes. En las suspensiones prolongadas, puede darse a las partes el derecho a rescindir el contrato en lugar de sufrir una prórroga demasiado prolongada.

# Capítulo XXV - Resolución del contrato

La Guía señala que conviene incluir una cláusula resolutoria a fin de disponer de un procedimiento ordenado y equitativo en caso de que las circunstancias aconsejen o hagan necesario resolver el contrato. Los motivos de resolución pueden especificarse en el contrato. Además, debe precisarse en éste si el comprador tiene derecho a resolver el contrato por razones de conveniencia, es decir, sin alegar causa alguna. Deben también concretarse los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución. En tal caso, el contratista debe estar obligado a transmitir o ceder sus subcontratos al comprador para que éste pueda terminar la obra.

# Capítulo XXVI - Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción

Luego que se ha terminado la construcción y el comprador ha tomado a su cargo la instalación, éste tendrá que obtener piezas de repuesto para reemplazar las gastadas o dañadas y mantener, reparar y hacer funcionar la instalación. Es ventajoso, en particular para los compradores de países en desarrollo, adquirir o tener a su disposición en el lugar las piezas de repuesto, la tecnología y las cualificaciones necesarias para mantener, reparar y explotar la instalación. Las partes pueden, en su contrato, ocuparse de cuestiones relacionadas con el pedido y la entrega de piezas de repuesto, así como las piezas de repuesto que el contratista haya de suministrar como parte del mismo contrato. Se examinan las normas para el servicio de mantenimiento que pueden preverse en el contrato, así como las obligaciones de reparación del contratista y las relacionadas con el funcionamiento técnico de la explotación. Estos tipos de servicio deben valorarse y enumerarse por separado en el contrato.

# Capítulo XXVII - Transmisión de derechos y obligaciones contractuales

Los derechos de las partes a transmitir o ceder sus derechos u obligaciones contractuales con el consentimiento de la otra parte o sin él deben ser tratados en el contrato. Es necesario también exponer en él las consecuencias jurídicas de esa transmisión para ambas partes.

## Capítulo XXVIII - Elección de la ley aplicable

A falta en el contrato de una cláusula sobre la ley aplicable, cada tribunal aplicará las reglas del derecho internacional privado de su propio país y en la mayoría de los casos las reglas resultarán excesivamente complejas y serán aplicadas de manera subjetiva. Por consiguiente, tal vez las partes deseen añadir certeza a la relación e incluir en su contrato una cláusula sobre elección de la ley aplicable. Al redactar esa cláusula deben tenerse en cuenta la ley local en el emplazamiento de la construcción, así como los reglamentos administrativos locales.

#### Capítulo XXIX - Solución de controversias

Las controversias que se plantean en relación con los contratos sobre instalaciones presentan con frecuencias problemas que no se dan tan a menudo en las suscitadas en otros tipos de contrato. Los contratos sobre instalaciones deben contener una cláusula sobre solución de controversias. Esa cláusula puede prever algunos medios para facilitar la solución en el mismo procedimiento de dos o más controversias conexas. La cláusula puede disponer la negociación y la conciliación conforme al reglamento de conciliación de

la CNUDMI. También se examina la posibilidad de remitir las controversias a un perito árbitro. En definitiva, la *Guía* recomienda que las controversias se resuelvan mediante arbitraje obligatorio. Las partes deben redactar la cláusula compromisoria con ajuste a sus necesidades particulares.

## Conclusión

La Guia ha ciertamente enriquecido el cuerpo de conocimientos disponibles para la redacción de contratos internacionales sobre instalaciones y es uno de los logros destacados de la CNUDMI. La Guía es utilizada por los gobiernos como fuente de capacitación y de consulta por funcionarios de la administración encargados de adquisiciones y contratos en todo el mundo. Resume los enfoques y las prácticas aplicados en la redacción de contratos complejos de construcción y permite a los funcionarios examinar diferentes enfoques y escoger el apropiado para su particular contrato de construcción. La Guía es un documento discrecional, a disposición de los sectores público y privado, que promueve la uniformidad de enfoques y expectativas en los contratos internacionales de construcción.

#### Recomendaciones

Primeramente, la *Guía* sería considerablemente más útil si contuviera un contrato modelo o formularios modelo de cláusulas contractuales dignas de confianza. La CNUDMI debe estudiar la posibilidad de complementar la *Guía* acompañándola de un contrato modelo o de cláusulas modelo.

En segundo lugar, es preciso ampliar el estilo y las técnicas de la *Guia* y su contenido para examinar en la forma y el fondo los contratos de construcción-explotación-transferencia (BOT) y otros tipos de contrato mediante los cuales se lleva a cabo la privatización y que se necesitan con urgencia en la Europa oriental y en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, así como en muchas otras zonas del mundo donde los gobiernos privatizan la industria.

Las condiciones de los contratos para Obras de Construcción de Ingeniería Civil de la FIDIC

Las condiciones de los contratos para Obras de Construcción de Ingeniería Civil de la FIDIC se utilizan comúnmente y de manera constante en todo el mundo. Es quizá el modelo más utilizado de contrato de construcción en la esfera de la construcción internacional. La mayor parte de los contratos del Banco Mundial se hacen con arreglo al contrato modelo de la FIDIC, y otros grandes organismos de financiación como el Organismo de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos utilizan este formulario. Está pensada en concreto para su utilización en proyectos de construcción de ingeniería civil, pero he visto usarlo para varios tipos de proyecto de construcción que podríamos calificar de "contratos arquitectónicos", y proyectos especiales como aeropuertos y puentes. Para bien o para mal, este contrato ha logrado más utilización y aceptación que cualquier otro y se ha convertido en el principal modelo de contrato en la construcción internacional. Los documentos de la CNUDMI se publican y pueden obtenerse en alemán, español, francés e inglés.

Este contrato es conocido familiarmente como el "Libro rojo". La FIDIC produce además otro formulario de contrato, el "Libro amarillo", que es el formulario de contratos de la FIDIC para instalaciones mecánicas y eléctricas con un formulario referido al diseño y la construcción. Concentraremos aquí nuestras observaciones sobre el Libro rojo, de utilización considerablemente más amplia que el Libro amarillo.

El formulario de contrato mismo es en realidad un modelo del tipo llave en mano para todo el proceso de adquisición previsto en un contrato de construcción, ya sea mediante ofertas solicitadas, ya mediante ofertas limitadas, u ofertas internacionales competitivas o incluso mediante negociación.

La primera parte consiste en un formulario de oferta para el contrato así como en un acuerdo contractual proforma que contiene la oferta, las condiciones del contrato, las especificaciones, los dibujos y la lista de cantidades. Esa parte contiene también las condiciones generales del contrato, que examinaremos en breve en forma más detallada.

Un folleto separado, la segunda parte, contiene las condiciones de aplicación particular, lo que podríamos llamar condiciones especiales peculiares de ciertos contratos de construcción, con orientaciones para la preparación de cláusulas de la segunda parte.

Es importante saber cómo se desarrolló el contrato sobre instalaciones de la FIDIC. Este contrato se desarrolla en realidad a partir de formularios de contrato preparados en un principio por el Instituto de Ingenieros Civiles de Londres. Por lo tanto, el contrato sobre instalaciones de la FIDIC tiene una herencia de derecho anglosajón, aunque ha sido adoptado en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, tradición romanística, derecho islámico, etc.

La FIDIC publicó por primera vez este contrato hace casi 40 años. La tercera edición se publicó en 1977 y la cuarta en 1987.

El Libro rojo de la FIDIC es revisado actualmente cada diez años por el Comité de Contratos de Ingeniería Civil de la FIDIC. Este Comité está integrado exclusivamente por ingenieros. Sus metas en materia de redacción han sido mantener la función básica del ingeniero, cambiar el contrato sólo cuando fuera necesario, tratar ciertas esferas problemáticas de las que se había informado en las anteriores ediciones del contrato y conseguir una mayor coherencia con las definiciones en el formulario de contrato sobre instalaciones eléctricas y mecánicas (Libro amarillo).

Si bien el contrato sobre instalaciones de la FIDIC ha sido adoptado en proyectos internacionales de construcción tanto en países de tradición romanística como en países de derecho anglosajón y en el Oriente Medio, distinguidos abogados de ordenamientos de tradición romanística han señalado que se plantean complicaciones cuando se utiliza este formulario de derecho anglosajón en esos ordenamientos. Estos dividen el derecho en público y privado y contienen normas imperativas de las cuales no cabe apartarse en un contrato. Una de las principales ramas dentro del derecho público es el administrativo, que se aplica a los contratos en que una de las partes es un organismo público. Prescindiendo de la discusión entre las partes, los mandatos del derecho administrativo se aplican donde se contrata con un organismo público. Además, el derecho civil de tradición romanística impone otras normas que no pueden modificarse, como los derechos de propiedad respecto de los bienes e inmuebles de que se trate, la doctrina de la fuerza mayor y las normas sobre indemnización pactada. Aunque no podamos examinar aquí todas las disposiciones contractuales que pueden verse afectadas por este tipo de ordenamientos, se trata de demostrar que aunque el contrato de la FIDIC ha resultado ser adaptable y flexible, algunas de las disposiciones de este contrato modelo basadas en el derecho anglosajón deben modificarse en los países de tradición jurídica romanística tanto en los contratos sobre instalaciones públicos como en los privados.

## Función del ingeniero

La función tradicional del ingeniero en el Reino Unido y en otros países de habla inglesa y de derecho anglosajón es que el ingeniero actúa como mandatario del dueño. El ingeniero diseña las instalaciones, ayuda a su empleador a adjudicar el contrato, supervisa la construcción por el contratista y tiene importantes facultades administrativas y cuasi judiciales para adoptar decisiones, por lo menos en teoría, con independencia tanto del dueño como del contratista. Así, la ley inglesa, con arreglo a la cual se concibió el contrato de la FIDIC otorga el papel protagónico al ingeniero (o arquitecto). Este sistema no tiene equivalente en los ordenamientos de tradición romanística. Aparte de preparar los dibujos, en esos ordenamientos, el ingeniero o arquitecto, suministra básicamente sólo asesoramiento y control sin actuar como mandatario del empleador de manera vinculante para éste. Esta autoridad es meramente técnica, a menos que el dueño otorgue expresamente más facultades al ingeniero. En la Europa continental, dominio del derecho de tradición romanística, las facultades del ingeniero o arquitecto son mucho más limitadas y la autoridad del empleador es proporcionadamente mayor.

Conforme al sistema inglés, el ingeniero actúa en una doble condición. Por un lado, es el mandatario de su empleador que supervisa la construcción y vela por que el contratista ejecute correctamente los trabajos de conformidad con las cláusulas del contrato de construcción. Por otra parte, desempeña ciertas funciones administrativas y, en particular, cuando ejercita la discrecionalidad que se le asigna en el contrato, como en

la solución de controversias, se requiere que actúe con imparcialidad. En consecuencia, un empleador no puede dar instrucciones al ingeniero sobre la postura que ha de adoptar cuando ha de actuar imparcialmente. Sería algo ingenuo esperar que un ingeniero desempeñara funciones administrativas de manera totalmente imparcial, especialmente cuando su conducta se ve cuestionada por una reclamación. Cuando corresponde al ingeniero adoptar una decisión que afecta a su propia conducta, debería aplicarse la antigua máxima de que nadie debe ser juez en causa propia.

Si bien puede haber estado implícito en anteriores versiones del contrato, en la cuarta edición del contrato sobre instalaciones de la FIDIC se declara, en la subcláusula 2.6, que el ingeniero debe actuar imparcialmente cuando adopte decisiones acerca de ciertos asuntos. Además, por vez primera, se exige al ingeniero, en la cláusula 6.4, que consulte con ambas partes en el contrato antes de adoptar una determinación con respecto al tiempo de duración del contrato, el precio contractual o los costos. La expresión usada en el contrato es "consulta debida" que será un término que habrá que desarrollar mediante jurisprudencia, ya que no está definido.

La cuarta edición reconoce también la función cada vez más importante del contratista en el diseño de las partes de las instalaciones permanentes y contiene ahora un procedimiento, en la subcláusula 7.2 b), por la que el contratista responde del diseño de parte de las instalaciones permanentes.

#### Reclamación

El procedimiento para que los contratistas formulen reclamaciones de ajustes en la duración o el precio del contrato se ha explicado con mucho mayor detalle y se ha hecho considerablemente más complejo (cláusula 44.2). Las disposiciones sobre notificación en la cláusula 44 son mucho más complejas que en anteriores ediciones. Se trata de la misma fobia moderna por enumerar en detalle cada una de las medidas que debe adoptar cada parte dentro de ciertos plazos para tramitar una reclamación.

La tercera edición no contenía cláusulas normalizadas en las condiciones generales relativas al pago. La cuarta edición de la FIDIC expone el requisito de que el ingeniero debe certificar al empleador las órdenes de pago mensuales del contratista que el ingeniero considere que se deben a este último y el momento en que esas órdenes habrán de ser pagadas. La nueva disposición rectifica ahora esta omisión. Una interpretación conservadora de estas disposiciones sugeriría también que el contratista debe incluir en sus órdenes mensuales cualquier reclamación que pueda corresponderle de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, como "asunto o cosa derivada o relacionada con el contrato o con la ejecución de las instalaciones".

Además, se reconoce por primer vez en la cuarta edición, en las cláusulas 69.4 y 69.5, que los contratistas que no cobran en el plazo requerido por un contrato pueden suspender los trabajos o reducir su ritmo.

Finalmente, conforme a la tercera edición, era siempre tema de controversia y poco claro el determinar qué medidas debía adoptar una de las partes dentro de los 90 días después de recibir una decisión del ingeniero (o, si el ingeniero no había dictado ninguna decisión, dentro de los 90 días del plazo de 90 días que se le otorgaban para dictarla) a fin de reservar el derecho de someter una controversia a arbitraje. Algunos tribunales arbitrales de la CCI interpretaron que la cláusula requería la presentación de una solicitud de arbitraje a la CCI, iniciándose así un arbitraje y comunicándose una copia del mismo al ingeniero. Otros sostenían que le bastaba enviar una carta de aviso apropiada al ingeniero y a la otra parte referente a la intención de recurrir al arbitraje. Las consecuencias de la incertidumbre eran graves, ya que si no se tomaba la medida correcta quedaba excluida la declaración.

Con la nueva cuarta edición de la FIDIC esta ambigüedad ha quedado ahora aclarada. La cláusula 67 dispone claramente que para tener derecho a someter a arbitraje una controversia, cualquiera de las partes debe, en los 70 días a partir de que haya recibido decisión (o, si no la ha habido, en los 70 días siguientes a la expiración del plazo de 84 días otorgado para adoptarla) notificar a la otra parte, con copia para el

ingeniero, su intención de iniciar el arbitraje. Esta notificación es necesaria para tener derecho a iniciar después un arbitraje con respecto a la cuestión controvertida. En el supuesto que se ha hecho esa notificación, el arbitraje no tiene plazo fijo para empezar.

# Condiciones de aplicación particular

La segunda parte, las condiciones de aplicación particular, no sólo sugiere los puntos que deben tenerse presentes y resolverse en el contrato para el proyecto concreto de que se trate, sino que contiene también un comentario, y ahora en la mayor parte de los casos, ejemplos de cláusulas que pueden utilizarse respecto de los diversos temas. Entre algunos de los más importantes figuran los deberes del ingeniero, la redacción jurídica de los documentos, garantía de buena ejecución, inspección del emplazamiento, seguro, plazo para la terminación, responsabilidad por defectos, modificaciones y solución de controversias.

# Apéndice de ofertas

Cabe observar que el apéndice a la documentación de licitación contiene importantes conceptos propios del proyecto para cada oferta, como el plazo para la terminación, la cuantía de la indemnización pactada, el plazo de responsabilidad por defectos, el porcentaje de retención y el monto de la garantía de buena ejecución. Este apéndice debe terminarse por separado para cada proyecto y proporcionarlo a los ofertantes como parte de la documentación de licitación. Cada concepto del apéndice está integrado con cláusulas paralelas en las condiciones del contrato.

## Conclusión

El contrato modelo sobre instalaciones de la FIDIC se ha constituido en el principal contrato internacional de construcción. Las condiciones de la FIDIC son el único formulario normalizado de condiciones contractuales publicado en el plano internacional, específicamente para la construcción de obras de ingeniería. Todos los documentos de la FIDIC sobre instalaciones, consistentes en la oferta, el apéndice de ofertas, el contrato, las condiciones generales y las condiciones de aplicación particular están integrados y se remiten unos a otros. Este documento es no sólo el más frecuentemente utilizado, sino que se ha transformado en la norma para redactar otros documentos, y a menudo negociar cláusulas o soluciones en otros contratos internacionales de construcción. La aceptación general de este modelo de contrato fomenta la uniformidad en ese tipo de contratos.

# 3. Portavoces de la práctica internacional

#### JUSTICE R.D. NICHOLSON

Magistrado, Perth (Australia); The Law Association for Asia and the Pacific

La Law Association for Asia and the Pacific, conocida como LAWASIA, se constituyó el 10 de agosto de 1966. LAWASIA comparte, pues, el año de su nacimiento con la CNUDMI. Fue formada por las sociedades jurídicas y los colegios de abogados de los países de la región de la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP). Por consiguiente, los órganos que la integran se extienden desde la República Islámica del Irán al oeste hasta Japón al este, y de China al norte a Australasia al sur. Cuenta con 35 sociedades jurídicas y colegios de abogados nacionales como miembros fundadores y 13 sociedades de derecho y colegios de abogados locales, inclusive dos asociaciones de estudiantes de derecho. LAWASIA representa, por tanto, a abogados de países desarrollados y en desarrollo.

LAWASIA está organizada en un ejecutivo, un consejo, comités, secciones, conferencias bianuales y una secretaría. Publica dentro de la región una revista, un periódico, una guía, un boletín de derechos humanos, así como boletines de sus comités y secciones permanentes.

LAWASIA reconoce que los servicios han adquirido mayor importancia en las economías tanto de los países desarrollados como en desarrollo dentro de su región y constituyen una de las principales fuentes de creación de puestos de trabajo. Apoya los esfuerzos por desarrollar un marco multilateral de normas y principios que resulte en un comercio equitativo de servicios afín a las normas y principios del GATT que rigen el comercio de mercancías. Los principios nucleares de ese desarrollo serían la no discriminación entre las partes en un acuerdo general sobre comercio de servicios, transparencia de las reglamentaciones relacionadas con el comercio y otras disposiciones relativas a monopolios, subvenciones, contratación pública y reglamentación nacional. Reconoce la complejidad del reconocimiento de cualificaciones en toda la región, pero ofrece su apoyo a la utilización de su estructura regional para estimular a las sociedades jurídicas y colegios de abogados a considerar y decidir las cuestiones pertinentes a ese reconocimiento.

Los recursos que LAWASIA puede ofrecer para el examen de cuestiones dentro de la región son sus reuniones regionales, las sociedades jurídicas y los colegios de abogados que la constituyen, los miembros de sus bufetes, sus miembros que ejercen la abogacía y su labor en materia de educación jurídica.

# Reuniones regionales

La Conferencia de LAWASIA se celebra periódicamente cada dos años dentro de la región y ofrece en el plano regional un foro excepcional para examinar y estudiar la evolución que se considera conveniente para la región. En el programa de las conferencias pasadas se han incluido trabajos sobre derecho mercantil y la cuestión del suministro de servicios dentro de la región podría en el futuro figurar en el programa de futuras conferencias. En el período de sesiones plenario de la Conferencia de LAWASIA, celebrado en Perth (Australia), en septiembre de 1991, se presentó un trabajo de Kartini Muljadi sobre "La función de los abogados en los países en desarrollo". Se presentaron

a esa conferencia otros trabajos sobre temas relacionados con el derecho mercantil, como "Mercados de capitales en Indonesia", "Reglamentación de las garantías en Hong Kong", "El mercado de capitales en Corea", "Privatización en Tailandia", "Oportunidades de cooperación jurídica regional", "El efecto del futuro comercio asiático sobre la propiedad intelectual", "Reglamentación de la banca y las garantías en la India", y "Medidas fiscales adoptadas por la ASEAN y los países del Pacífico para el fomento de los intercambios y el comercio".

Después de la última conferencia, se celebró una reunión inaugural de presidentes de los órganos constituyentes de LAWASIA. Esa reunión acordó que LAWASIA, órgano representativo de la región, debía actuar como depositario de la información referente a las admisiones de profesionales extranjeros y nacionales en la región.

Además de la Conferencia, se celebran oportunamente reuniones regionales de secciones y comités permanentes de LAWASIA. Estas secciones pueden concentrar más atención regional sobre el suministro de servicios. Las sesiones son la Sección Judicial, la Sección de Derecho de Familia y Derechos de la Familia y la Sección sobre Derecho de la Energía. Existen comités permanentes sobre derechos humanos, derecho empresarial y bancario, derechos de las comunicaciones y los medios de difusión, derecho penal, ejecución de sentencias extranjeras, derecho ecológico, derecho de la insolvencia, propiedad intelectual, derecho laboral, asistencia jurídica, condición jurídica y social de la mujer y derecho tributario.

## Miembros constituyentes

LAWASIA señala su contacto excepcional, en el plano regional, con las sociedades jurídicas y los colegios de abogados que son sus miembros constituyentes. Por conducto de ellos está en condiciones de atraer la atención sobre las cuestiones vinculadas con el suministro de servicios y de hacer figurar en los programas de esos órganos jurídicos de carácter nacional el examen de las cuestiones que deben resolverse para fomentar el suministro de servicios en el ámbito regional.

En el contexto del desarrollo económico dentro de la región de LAWASIA, ésta llama la atención sobre el reconocimiento dado por sus países miembros Japón y Singapur y el territorio de Hong Kong en la función

de suministro de servicios jurídicos para el desarrollo económico y el comercio internacional manifestado con la adopción de regímenes reglamentarios más abiertos.

## Hong Kong

LAWASIA menciona que su territorio miembro de Hong Kong ha experimentado recientemente un cambio de su actitud reglamentaria respecto de los servicios de abogados extranjeros coherente con un acceso más abierto a su mercado, pero aún no ha hecho una oferta de acceso a su mercado para servicios jurídicos en el marco de las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay del GATT.

## Japón

LAWASIA observa que su país miembro Japón, como los Estados Unidos, la Comunidad Europea y algunos otros países, ha ofrecido, dentro de la Ronda Uruguay, una concesión permanente de acceso a su mercado a los servicios jurídicos.

# Singapur

Singapur, país miembro de LAWASIA, ha permitido desde finales del decenio de 1970 la actuación de bufetes extranjeros bajo licencia.

## Australia

El miembro constituyente de LAWASIA para Australia es el Law Council of Australia o Consejo Nacional de la abogacía. El Consejo se ha unido al Ministerio de Industria, Tecnología y Comercio de Australia en la financiación, a partes iguales, en la preparación del informe sobre los servicios australianos en materia de derecho empresarial. El estudio se efectuó en relación con el programa de investigación sobre las actividades de servicios creado por el Ministerio y la Coalición de Actividades de Servicios bajo la supervisión del Comité de Práctica Jurídica Internacional de la Sección de Derecho Internacional del Law Council. El estudio recomendaba tres enfoques complementarios para mejorar la aportación de Australia al suministro de servicios en el plano internacional. Primeramente, debía estimularse a abogados australianos a que obtuvieran su homologación en el extranjero. En segundo lugar, debía alentarse a los abogados extranjeros a establecer sus despachos en Australia. En tercer término, debía permitirse la formación en Australia de sociedades profesionales multinacionales.

La política del Law Council es que la evolución que se registra en Asia y el Pacífico requiere la participación de Australia. El Law Council considera que Australia debe estimular a abogados extranjeros de países que acrediten abogados australianos que ejerzan en Australia y, con ese fin, ha adoptado una declaración de política sobre el ejercicio de la abogacía en Australia por abogados extranjeros y alienta el desarrollo de una política uniforme al respecto en toda Australia.

La abogacía en Australia está representada por el Law Council de Australia en el Comité Internacional Asesor de Servicios Jurídicos (ILSAC), establecido por el Gobierno de Australia al final del decenio de 1990 para fomentar la exportación de servicios jurídicos australianos. En concreto, la finalidad del ILSAC es mejorar el desempeño internacional de Australia en la esfera de los servicios jurídicos y conexos. Procura hacerlo asesorando al gobierno sobre cuestiones de política y coordinación de programas, facilitando la comunicación entre el gobierno y el sector privado y ayudando a las iniciativas de este último mediante la recogida, la búsqueda y la difusión de información. Sus intereses abarcan cuatro esferas principales: la mundialización del ejercicio de abogacía; el desarrollo de los servicios de solución de controversias en materia de comercio internacional; la educación y la capacitación jurídicas; y el perfeccionamiento de la cooperación jurídica entre los gobiernos. El Law Council, de Australia, miembro de LAWASIA, dada su condición de miembro de este comité, aporta el apoyo de la abogacía australiana a estos objetivos.

#### Nueva Zelandia

Nueva Zelandia y Australia, ambas representadas en LAWASIA, han celebrado el Acuerdo para el Estrechamiento de las Relaciones Económicas. Dentro de la región de LAWASIA, las empresas de un país están representadas en los demás países de la región. Los servicios así ofrecidos son servicios para las empresas comerciales, como los financieros, contables, publicitarios y jurídicos.

LAWASIA cuenta entre sus miembros financieros 62 bufetes de abogados en la región. Estos bufetes han manifestado, con su afiliación a LAWASIA, su interés por actuar en el plano regional.

## Abogados en ejercicio

LAWASIA tiene aproximadamente 2.500 miembros a título personal de países de la región y de otras partes. Estos miembros actúan en aspectos regionales del derecho y son personas seguramente interesadas en examinar las cuestiones vinculadas con el suministro regional de servicios profesionales y están preparados para hacerlo.

## Educación jurídica

La cada vez mayor exportación de servicios de educación jurídica dentro de la región de LAWASIA ofrece apoyo para el desarrollo del suministro de servicios. Por ejemplo, en el año civil de 1991, de los 569 estudiantes de nivel terciario del extranjero que seguían estudios jurídicos en instituciones australianas de educación superior, la mayoría procedían de Asia (60%) y del Pacífico (7%). Este fenómeno ha sido estimulado por un cambio de las reglas en 1986, que permitió la matriculación de estudiantes extranjeros mediante el pago de las tasas íntegras.

Las conferencias y los comités de LAWASIA han brindado la oportunidad a los juristas universitarios de la región de contribuir al pensamiento jurídico de ésta y presentar las cualificaciones profesionales y académicas de que en ella se dispone.

El Comité Permanente de Educación Jurídica de LAWASIA organizó recientemente, con muy buen éxito, un seminario de educación jurídica permanente en Port Moresby y su futuro programa prevé su participación en el ulterior fomento de la educación jurídica permanente dentro de la región, el suministro de cuyo servicio constituirá un tema apropiado de debate en ese contexto.

## Conclusión

LAWASIA declara su interés y su apoyo respecto del examen de cuestiones vinculadas con el suministro de servicios jurídicos profesionales en el plano regional. Reconoce que el suministro de esos servicios puede hacer una contribución decisiva a las economías de los países en desarrollo y desarrollados que figuran entre sus miembros. Considera que su función regional la sitúa en una posición excepcional para afrontar ese examen. Ofrece su asistencia, de las maneras esbozadas, para adelantar el examen, el debate y el análisis, y para hacer realidad un mayor suministro regional de servicios jurídicos profesionales.

#### RICHARD E. LUTRINGER

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América); Presidente de la American Foreign Law Association

Es para mí un gran honor y un privilegio hacer uso de la palabra en el Congreso de la CNUDMI en nombre de la American Foreign Law Association, que tiene más de 650 miembros, abogados que trabajan en bufetes, corporaciones y organizaciones internacionales, así como profesores y jueces. La Asociación se dedica principalmente a la comprensión y la aplicación del derecho extranjero, comparado e internacional privado, y está vitalmente interesada en la unificación internacional del derecho privado.

Como una de las "voces del ejercicio internacional de la abogacía" se me ha pedido que formule mis observaciones sobre el valor práctico de los instrumentos jurídicos existentes que se refieren al suministro de servicios y que sugiera temas susceptibles de ser tratados en un futuro de manera internacionalmente uniforme, por la CNUDMI o por otras organizaciones.

Con respecto a las convenciones y los textos vigentes relativos al suministro de servicios, limitaré mis observaciones a dos documentos bien conocidos, la Convención de UNIDROIT sobre Arriendo Financiero Internacional y la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales.

Convención de UNIDROIT sobre el Arriendo Financiero Internacional

La Convención de UNIDROIT sobre el Arrendamiento Financiero Internacional es una adquisición bienvenida y necesaria que se ha incorporado a la biblioteca de textos jurídicos o informes de derecho mercantil internacional.

Con algún titubeo, debido a los esfuerzos evidentemente cuidadosos, eruditos y prácticos que confluyeron en una excelente Convención y en el bien entendido de que todo documento de este tipo contiene transacciones difíciles, ofrezco las pocas observaciones que siguen desde el punto de vista de un abogado en ejercicio.

Es obviamente beneficioso utilizar términos neutrales en las convenciones de derecho privado internacional, en vez de palabras y expresiones que puedan tener un significado particular en uno u otro idioma u ordenamiento jurídico. No obstante, la utilización en la Convención de UNIDROIT de varios términos sin definir plantea el espectro de la incertidumbre entre los abogados mercantilistas y sus clientes. Una sección dedicada a definiciones o un comentario oficial a cada párrafo de la Convención contribuiría a aliviar la incertidumbre y ayudaría a que la Convención fuese adoptada por muchos países como herramienta normalizada del comercio internacional.

Con respecto a la autonomía de la voluntad de las partes, la capacidad de las partes contratantes de configurar su propio remedio en caso de incumplimiento del arrendatario se ve limitada por la Convención a una suma que no exceda sustancialmente de la que pondría al arrendador en la misma situación en que se hallaría de haber el arrendatario cumplido sus obligaciones (sección 3, sección 2 b)).

Conforme a la Convención, esta disposición acerca de la autonomía de la voluntad de las partes es una de las pocas que no pueden ser alteradas por contrato. La disposición parece razonable y probablemente lo es en la mayoría de los casos. El problema es que resulta imposible decir por adelantado lo que parecerá razonable al cabo de cinco años. Si el arrendador desea sindicar sus derechos a favor de terceros, el problema se enreda aún más. ¿Valdrán menos los derechos del arrendador en arrendamientos financieros comprendidos en la Convención que los que no lo están? ¿No serán "ejecutable de conformidad con sus términos", para utilizar la redacción corriente de las fianzas y opciones legales, un arrendamiento que contenga una cláusula generosa de indemnización pactada?

Modificaciones recientes del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (UCC), por las que se añade el artículo 2A dedicado especialmente al arrendamiento financiero, dejan muy claro que las partes pueden estipular cualquier fórmula para determinar los daños y perjuicios que fuere razonable en el momento en que se contrató el arrendamiento (UCC, párrafo 2A-504). Por el contrario, el artículo 3 b) de la Convención de UNIDROIT parecería dar lugar a una segunda estimación sobre la base de las circunstancias al momento del incumplimiento.

Es también inquietante, aunque comprensible, lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención conforme al cual debe notificarse el incumplimiento al arrendatario financiero y darle una oportunidad de rectificar antes de que el arrendador pueda ejercitar un derecho de aceleración o rescisión. Aunque esta disposición puede ser modificada por contrato, es diametralmente opuesta a la del párrafo 2A-502 del UCC, que permite al arrendador financiero ejercitar sus derechos sin notificación. Es verdad que

las partes pueden modificar por contrato esta disposición de la Convención, pero cuando el contrato calla, el efecto práctico cuando puede ser decisiva la rapidez, y otros acreedores merodean, puede ser que el arrendador no sometido a la Convención empiece a hacer uso de su recurso cuando el que sí lo está se mantiene a la expectativa de si el arrendatario financiero puede rectificar. Recuerden que, en el momento del incumplimiento del pago del alquiler, el arrendador ha cumplido plenamente sus obligaciones al haber proporcionado los fondos para adquirir el bien de equipo que el arrendatario está utilizando en su empresa.

En suma, el intento de hacer que la Convención sea equilibrada o equitativa para el arrendatario mejora, cuando menos, la posición de negociación de éste después de un incumplimiento en el pago, pero puede ser una de las razones por la que los letrados que representan a los arrendatarios de ordenamientos jurídicos con una larga tradición de arrendamiento financiero tiendan a optar por salirse de la Convención. Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos del mundo donde el arrendamiento financiero no tiene una tradición asentada, la Convención puede muy bien ser la semilla que añada más certidumbre a un mecanismo jurídico útil antes desconocido.

Guía jurídica de la CNUDMI sobre la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales

La Guía es extremadamente útil al presentar un análisis de las consecuencias económicas de la selección de disposiciones contractuales en los grandes proyectos de construcción. A mi juicio, la Guía podría resultar aún más útil si contuviera un conjunto de acuerdos modelo. Si bien la utilización en la Guía de determinadas disposiciones ilustrativas es de gran utilidad, no sustituye un examen de todo un documento. A pesar del riesgo de crear de facto un contrato modelo "aprobado", para un abogado en ejercicio leer una disposición compleja en el contexto de todo un contrato es tan útil como un examen de los efectos económicos prácticos de esa disposición y ambas cosas completan el ciclo. El Libro rojo de la FIDIC ofrece algo de esto, pero no es coextenso con la Guía y no es el único formulario normalizado internacional de contratos de construcción. Tal vez una futura edición de la Guía pueda integrar en el texto uno o más formularios modelo.

Sugerencias para la futura labor en materia de servicios

Quisiera referirme ahora a algunas sugerencias para la futura dirección del derecho mercantil uniforme en el siglo XXI.

Los problemas con que se enfrentan actualmente las naciones del mundo son excepcionales y sin paralelo en el corriente siglo. Naciones enteras se disuelven en nuevas entidades, se convierte, virtualmente de la noche a la mañana, sistemas económicos centralizados en otros de libre mercado sin la devastación de una guerra o el dictado de un poder ocupante. ¡Qué desafío para el mundo jurídico internacional! ¡Y qué oportunidad para utilizar el proceso de las leyes internacionales uniformes para ayudar a erigir la infraestructura jurídica del siglo próximo para el comercio y las inversiones! La CNUDMI, el UNIDROIT, la CCI y otras instituciones de vanguardia en la esfera de la unificación del derecho privado gozan de la experiencia y el respeto en todo el mundo para cooperar con otras instituciones, cuyos conocimientos especializados pueden referirse a esferas sustantivas precisas.

A continuación se hacen algunas sugerencias concretas para la futura labor de unificación en la esfera del suministro de servicios.

Contratos de construcción-explotación-transferencia (BOT)

La legislación reciente de Filipinas sobre los BOT representa un régimen jurídico que puede servir de precedente para muchos otros países. Al permitir a una parte privada que construya una gran autopista, una planta eléctrica o un puente, por ejemplo, explotarlo mediante tasas de usuarios durante varios años y transferir luego las instalaciones al país cuando en teoría se han amortizado completamente, disminuye las necesidades de capital inicial del país y dispersa el riesgo "privatizando" una mejora del sector público. Habrá

que elaborar aquí muchas cuestiones y distinciones interesantes y convendría que la CNUDMI se pusiera a la cabeza en estos temas como extensión natural de su labor en la *Guía* sobre la construcción de instalaciones industriales.

## Secretos comerciales

En la esfera de los datos técnicos secretos, así como de la información comercial confidencial, son buenos candidatos para un acuerdo internacional unas definiciones normalizadas y aceptables de lo que puede y debe ser protegido por los tribunales y los recursos disponibles en caso de apropiación indebida. Unos países reconocen únicamente como secretos comerciales las informaciones técnicas, otros incluyen en ellos la información comercial que se mantiene bajo reserva. Algunos requieren su inscripción en un registro, otros no. Los acuerdos de confidencialidad y de secreto se han hecho corrientes en las operaciones internacionales, ya se trate de empresas conjuntas, adquisiciones o concesión de licencias. En los Estados Unidos, la Ley Uniforme sobre Secretos Comerciales ha sido aprobada por muchos estados y ha aportado un cierto grado de uniformidad a la cuestión de definir y proteger esos secretos. Una convención internacional uniforme sobre secretos comerciales constituiría una adición valiosa e importante a la red cada vez más densa de otras convenciones internacionales.

# Términos ecológicos - "etiquetaje verde"

Varios países han introducido una forma de "sello oficial de aprobación" para los productos que satisfacen ciertos criterios en cuanto a su compatibilidad con el medio ambiente. Si se alcanzase un acuerdo internacional sobre las normas a que un producto o servicio debe ajustarse para obtener la aprobación, podría evitarse que se desarrollasen normas diversas. Si la experiencia de la CNUDMI sobre leyes uniformes trabajara conjuntamente con las organizaciones internacionales que se ocupan del medio ambiente podría producir una norma voluntaria de alcance mundial. Igualmente, sería útil para la comercialización multinacional un acuerdo sobre el significado de palabras como "natural", "reciclable" y "biodegradable". Una manera de enfocar esta cuestión podría hacerse mediante una adición al Código internacional sobre la práctica de la publicidad de la CCI, análogo a las Directrices sobre la publicidad dirigida a los niños.

## Seguro

Aunque el seguro es un componente necesario para hacer negocios de alcance internacional, existen a menudo divergencias entre los ordenamientos sobre el significado de términos decisivos. Sólo en los Estados Unidos, hay diferencias de un estado a otro al tratar de definir el grado de cobertura de obras idénticas en pólizas de seguro. La CNUDMI, junto con las principales asociaciones nacionales e internacionales de compañías de seguros y otros grupos industriales, podrían ayudar en la promulgación de definiciones uniformes que serían útiles tanto para los beneficiarios como para los tenedores de pólizas en la determinación por adelantado del alcance de la cobertura.

## Franquicias

Tanto como las democracias recientes de Europa oriental y otras partes del mundo necesitan capital para mejoras infraestructurales, precisan también tecnología y know-how para distribuir con eficiencia bienes y servicios. Una buena relación de franquicia da al franquiciado, a menudo una pequeña empresa, una marca comercial o de servicios con una reputación internacional, sistemas y procedimientos de funcionamiento ya probados, capacitación en la gestión y productos o servicios normalizados. Para crear la relación de franquicia debe existir una protección de la propiedad intelectual, una ley sobre competencia en la que se comprenda la naturaleza de la relación de franquicia y la capacidad de pagar regalías a quien la concede y se halla fuera del país. Los posibles franquiciados necesitan conocer los antecedentes, la financiación y los servicios que ha de suministrar el concedente. El franquiciante, ya sea una cadena de restaurantes, de tiendas para novias o de servicios de secretaría necesita la eficiencia de una forma normalizada de revelación. El concepto de forma normalizada de revelación ha sido altamente desarrollado por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos y varios estados de la Unión. La CNUDMI podría estudiar una posible guía para franquiciados (como la Guía de la CNUDMI para la redacción de contratos de construcción de instalaciones

industriales, pero en escala más modesta) y una ley modelo de revelación que, entre otras cosas fijase las normas de revelación para los franquiciados.

# Derechos de garantía

El aumento y la importancia de las operaciones financieras internacionales queda de manifiesto por la negociación del Convenio sobre el facturaje internacional y del Convenio sobre el arrendamiento financiero internacional del UNIDROIT. Otro marco conceptual que estimularía la financiación por terceros del comercio internacional sería la posibilidad de obtener derechos de garantía sobre bienes muebles. Una esfera en particular que tiene una enorme importancia para la concesión internacional de licencias es la capacidad de obtener un derecho de garantía sobre marcas comerciales y marcas de servicios. El Comité de Derecho Extranjero y Comparado de la Asociación de la Abogacía de la ciudad de Nueva York efectúa actualmente un estudio de los regímenes jurídicos en diversos países acerca de los derechos de garantía sobre marcas comerciales y marcas de servicios. Un análisis preliminar indica que en muchos países hay incertidumbre acerca de la manera de tratar este problema. Debido a diversidad de los tratos correspondería hacer de este aspecto el tema de un acuerdo internacional en forma de convención o de ley modelo con objeto de alentar la financiación por terceros.

#### Conclusión

Los ejemplos mencionados son sólo algunas de las múltiples esferas en que el movimiento internacional de unificación podría ser de ayuda para fomentar el comercio internacional. Otros aspectos dignos de exploración serían el comercio compensatorio, los acuerdos de venta de instalaciones con pacto de compra de productos (buyback) en operaciones de empresa conjunta y los contratos de gestión por personas sin participación en el capital social. En extremo útiles serían los comentarios oficiales sobre cada convenio y la publicación continua de la jurisprudencia de los tribunales sobre las convenciones.

Si el comercio internacional es el combustible que alimentará el crecimiento de la economía mundial, el derecho mercantil internacional y organizaciones como la CNUDMI son el lubricante para que el motor funcione con la regularidad y el impulso necesario para conseguir, en el siglo XXI, una economía internacional mutuamente dependiente y en constante crecimiento.

## JOSÉ IGNACIO CRUZ

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América); Colegio de Abogados de México

Se me ha confiado el encargo de hablar acerca de las posibles necesidades en materia de unificación y armonización de la legislación en la esfera del suministro de servicios dentro del derecho mercantil internacional.

A este respecto, como representante de la abogacía mexicana, quisiera en primer término acoger con satisfacción los resultados alcanzados hasta el momento por la Comisión de Comercio Internacional en el desarrollo de reglas uniformes en vastos sectores del comercio internacional.

Como mucho de ustedes saben, México, como país en desarrollo, era no hace mucho una de las economías más protegidas del mundo. Nuestra industria temía la competencia internacional porque la competencia no se admitía con facilidad en nuestro país y, cuando se admitía, las condiciones en que se aceptaba garantizaban que la competencia extranjera no desplazase al inversionista nacional.

Hoy en día México es un país diferente, comprometido a desempeñar su papel como competidor serio en el mercado internacional, donde reconoce que ha de haber una activa participación para poder hacer frente a un mundo que evoluciona rápidamente.

Vista la actitud positiva de México hacia un mercado internacional, los abogados mexicanos entienden y apoyan también la unificación y la armonización de la legislación en todas las esferas del comercio

internacional, inclusive el suministro de servicios. Acerca de esta esfera en concreto quisiera señalar los siguientes puntos a la atención de la Comisión.

#### Servicios de intermediación

Cuando nos referimos a los servicios de intermediación, no hablamos únicamente del mercado financiero de valores sino también del corretaje de bienes inmuebles y de productos básicos. Esta esfera de los servicios representa en nuestra opinión un terreno abierto para una futura labor no sólo en la unificación del derecho, sino también en la preparación de formularios modelo para cada tipo de servicio de intermediación.

A este respecto, hemos visto merced a la experiencia pasada que cada empresa de corretaje desarrolla sus propios documentos contractuales, desde el más sencillo hasta el más complejo, algunos de ellos con cláusulas que otorgan amplias facultades al intercambio, otros otorgando facultades restringidas, y otros redactados de tal suerte que resulta dificil entender como el intermediario actuará por cuenta de su cliente.

Sabemos también que, en algunos países, para convertirse en intermediario o establecer una empresa de corretaje, deben satisfacerse diversas condiciones que dependerán del tipo de intermediación a que la persona o sociedad mercantil vaya a dedicarse. Por desdicha, hay países donde un agente de la propiedad inmobiliaria o un corredor de productos básicos no ha de satisfacer ni una sola condición, o las condiciones que ha de cumplir no garantizan necesariamente al cliente eventual que el que sería intermediario reúne las cualificaciones y la preparación de desear.

A este respecto, es importante percatarse de que en la comunidad internacional la función del corredor puede ser, en algunos casos, muy importante. Cada país debiera, por consiguiente, tratar de adoptar reglamentos uniformes que garantizasen a la comunidad internacional que los corredores autorizados cumplen por lo menos con unas normas mínimas internacionales de preparación y de ética.

#### Servicios turísticos

Este es otro campo que quisiéramos proponer como uno de los que reclaman la adopción de un régimen uniforme. En muchos países nos encontramos con que este tipo de establecimiento no está siempre debidamente reglamentado y, lo que es peor, con que en muchos casos el turista, por no conocer la reglamentación local, no sabe cuáles son sus derechos ni como hacerlos valer.

Debido a esta falta de conocimiento, hemos sido consultados por personas que deseaban ser indemnizadas porque el establecimiento no había cumplido lo convenido o no había prestado los servicios requeridos y ofrecidos por la agencia de viajes por cuyo conducto se habían hecho todos los arreglos, o porque la persona había sufrido alguna lesión personal o la pérdida de bienes como resultado de la negligencia del establecimiento.

A este respecto, hay países cuyo régimen de responsabilidad extracontractual faculta a la parte perjudicada para obtener por medios rápidos y baratos un resarcimiento de este tipo de establecimiento, pero por desgracia hay otros países cuya normativa en la materia es floja o inexistente y cuya administración de justicia es lenta y cara.

Creemos, en consecuencia, que es esta una esfera a la que debería dirigir su atención la CNUDMI a fin de requerir de cada Estado miembro la adopción de un régimen uniforme a este respecto. Exhortamos a la CNUDMI a que prosiga con su labor encaminada a dotar al mundo de una normativa uniforme digna de confianza que asegure a los miembros de la comunidad internacional una clara comprensión de sus derechos y obligaciones en un mundo que se hace cada día más pequeño.

#### EDWARD V. LAHEY

Vicepresidente y Asesor General, Pepsico Inc., Purchase, Nueva York (Estados Unidos de América); Westchester-Fairfield Corporate Council Association

Asistimos actualmente a la rápida expansión de los servicios prestados a escala mundial, actividad que era anteriormente dominio exclusivo de empresas locales o, como mucho, nacionales. Hoy en día, para bien o para mal, se puede utilizar la tarjeta American Express en 160 países, cenar en restaurantes de Kentucky Fried Chicken en 63 países, alojarse en hoteles Inter-Continental en 114 y ahora incluso Disney World se ha reproducido mágicamente en el Japón y en Francia. En gran medida, esto ha ocurrido como resultado de adelantos tecnológicos en el campo de las comunicaciones y de transporte. No obstante, existe un nexo que da unidad a estos servicios, desde una perspectiva tanto comercial como jurídica, que es el concepto de la identificación por marcas, lo que los abogados llamamos "marcas comerciales".

Las marcas comerciales son indispensables para la comercialización moderna de los servicios para el consumo. Estas marcas son símbolos, palabras u otros indicios que identifican a los servicios de determinada empresa y los distinguen de lo ofrecido por otras. En términos sencillos, las marcas comerciales ayudan a los consumidores a elegir servicios con eficiencia y eficacia. Permiten que el comprador reconozca los que han resultado satisfactorios en el pasado y rechace los que no lo hayan sido.

Al identificar al proveedor de los servicios, las marcas comerciales transmiten valiosos datos a los consumidores por lo que una marca fácilmente reconocible reducirá el costo de búsqueda para el consumidor que ha de decidir una compra. Además, las marcas comerciales fijan la responsabilidad, por lo que inducen al proveedor de servicios a mantener un nivel de calidad elevado y consecuente. Este beneficio se verá luego multiplicado al verse otras empresas forzadas a mejorar la calidad de sus propios servicios para poder competir. Una marca de servicios reconocida y respetada puede transformarse en un activo empresarial de valor incalculable, conocido por lo común como la clientela o el crédito mercantil.

Pero el propietario de una marca comercial sólo estará dispuesto a asumir el riesgo de invertir en su marca si ésta está lo bastante amparada legalmente.

Cuanto más valiosa sea una marca, mayor será la tentación para otras empresas de copiarla o imitarla con objeto de confundir a los consumidores e inducirlos a elegir sus propios servicios. Las marcas confusamente parecidas no sólo diluyen el valor y el crédito mercantil de la marca legítima sino que aumentan las ineficiencias y los costos para el consumidor en el mercado. Al amparar a los consumidores contra la confusión entre diversos proveedores de servicios, la ley preserva simultáneamente la clientela comercial de la empresa. En consecuencia, casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo reconocen la necesidad de proteger las marcas comerciales.

Por desdicha, el actual carácter fragmentario, y las divergencias de un país a otro, de la protección legal de las marcas comerciales continúa siendo una rémora considerable para el comercio internacional. Existen unos 170 ordenamientos con 170 regímenes legales y reglamentarios diferentes, 170 juegos de formularios y requisitos documentarios diferentes, a no dudarlo, 170 niveles de derechos o tarifas de marca diferentes.

La protección mundial de una marca comercial valiosa puede, por consiguiente, llegar a ser una carrera de obstáculos hipertécnica, que requerirá expertos tanto mundiales como locales, paciencia, suerte, mucho tiempo y un grueso talonario de cheques.

Los adelantos en tecnología y comunicación están haciendo cada vez más pequeño el mundo comercial. Nos acercamos rápidamente a un punto en que podrán prestarse servicios en diversos países en cuestión de minutos, pero obtener el reconocimiento de un derecho de marca puede llevar de cuatro a cinco años en algunos países, y hacer valer ese derecho ante los tribunales puede llevar incluso más en otros. En algunos países, persiste una piratería recurrente y descarada, hasta el punto de que el propietario legítimo de una marca comercial puede verse impedido de utilizarla por algún aprovechado que tal vez se haya enterado instantáneamente de la marca de algún nuevo servicio, introducida en otro país, merced a la televisión

mundial por cable. En otros, continúa de manera desenfrenada la falsificación de bienes y servicios legítimos, con el consiguiente engaño de los consumidores y, daños irreparables para las inversiones lícitas en marcas comerciales valiosas.

Actualmente, existen dos importantes acuerdos entre varios países administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Primeramente, 102 países son partes en el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, incluidos la mayoría de los países comerciales importantes. No obstante, ese Convenio sólo proporciona una protección básica mínima y no ha previsto ningún mecanismo de aplicación coercitiva.

El otro, el Acuerdo de Madrid, al que pertenecen 30 Estados, se ha convertido de hecho en un acuerdo regional. Brinda cierta asistencia para la solicitud de inscripción y trámites subsiguientes, pero sólo complementa los regímenes nacionales, que siguen difiriendo en muchos aspectos, y no ejerce ningún efecto sobre el reconocimiento efectivo de los derechos. En consecuencia, también se queda corto en lo que es realmente necesario.

En medio de este vacío, la propiedad intelectual, y en particular las marcas comerciales, han pasado a ser objeto de intenso debate en las negociaciones comerciales en que interviene el GATT que cuenta con más de 100 países signatarios. El GATT ha reconocido claramente la creciente importancia adquirida por los servicios en la economía mundial. Además, desde una perspectiva práctica, se está recurriendo cada vez más a los mecanismos de aplicación coercitiva del GATT para resolver desequilibrios en la protección de los derechos de marca. Ahora bien, el GATT no ofrece ninguna vía privada de reclamación.

Permitaseme destacar que lo más importante para los dueños de una marca comercial es disponer de una protección jurídica oportuna y eficaz de resultado previsible y seguro, cuyos tres requisitos son que sea rápida, fiable y de costo razonable.

Está claro que no es aún oportuno abogar por un sistema mundial, completamente centralizado, de protección de marcas. De hecho, no debe olvidarse la importancia de los gustos, costumbres, idiomas y diferencias culturales locales, nacionales y regionales para la utilización y protección de las marcas comerciales. Además, no podemos ignorar que existen muchos ordenamientos y tradiciones jurídicas diferentes y la realidad económica de que ciertos países tienen un mejor nivel de financiación de las operaciones oficiales que otros.

A pesar de ello, hay una necesidad urgente de actuar con miras a reducir, y algún día eliminar los obstáculos burocráticos y formalistas a la adquisición, la conservación y el ejercicio de los derechos de marca. Debe dirigirse la atención a simplificar y normalizar las formalidades requeridas y a la documentación, así como a la armonización de los principios básicos de la protección de marcas. Además, es preciso estudiar con mayor empeño los ordenamientos que cuentan con leyes ostensiblemente adecuadas, pero con medios de ejecución totalmente insuficientes. En este análisis debe insistirse en la rapidez y la contención de costos, elementos indispensables de una protección eficaz.

En conclusión desde una perspectiva puramente empresarial, las barreras a la comercialización internacional de servicios de marca se reducen a medida que el mundo se hace más pequeño. Por diversas razones, incluida la mejora de las comunicaciones, el aumento de los viajes, la mejor educación en materia de idiomas y varios factores sicológicos, va siendo cada vez más posible que las marcas que tienen éxito en un mercado sean también atractivas para los consumidores en el ámbito regional o aún internacional. Además, mediante la concesión de licencias y franquicias a empresas locales, estas marcas de uso mundial reportan muchos beneficios económicos a las economías de los países.

A pesar de todo, sigue habiendo barreras burocráticas excesivas e innecesarias a la protección de marcas que suponen una rémora anacrónica para un comercio dinámico y eficiente. Ha llegado el momento de actuar. Cuanto más esperemos, mayor será la discrepancia entre el ritmo de la comercialización

y el mercado internacionales, por una parte, y, por otra, el marco jurídico para la protección de derechos de marca de valor inapreciable. He aquí una esfera madura para la labor de armonización. Pongamos manos a la obra.

# 4. Tribuna pública

#### PROFESOR LARS HJERNER

Universidad de Estocolmo, Estocolmo;

Vicepresidente de la Comisión de Prácticas Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional

He participado intensamente en la labor relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (denominada en adelante la Convención sobre la Compraventa) desde sus mismos comienzos. Sugeriría que la CNUDMI incluyera en su programa un examen general de las condiciones normalizadas más comunes en la esfera de la compraventa internacional, como la directriz 188 o la 574 de la CEE, y otras condiciones generales de la compraventa de ese tipo y, en particular, las cláusulas sobre elección de la ley aplicable incorporadas a esas condiciones, para que puedan ser revisadas o examinadas a la luz de la Convención sobre la Compraventa, favoreciendo en lo posible la aplicación del régimen de la Convención. No puedo comprometer a la CCI a este respecto, pero tanto yo como mi colega, Roy Goode del St. John's College de Oxford, que es además uno de los Vicepresidentes de la Comisión de Prácticas Comerciales, trabajaremos a favor de la cooperación entre la CCI y la CNUDMI, en particular para dar acceso a los comités nacionales y a la información disponible sobre las condiciones uniformes de empleo más corriente en los contratos internacionales de compraventa.

## J.B. DADACHANJI

Abogado, Tribunal Supremo, Nueva Delhi

Deseo hacer algunas observaciones sobre el documento presentado por James Myers.

A partir de 1983 tuve el privilegio de ser uno de los miembros del Grupo de Trabajo que formuló la Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales y estuve estrechamente vinculado con su labor, que recibió gran ayuda de la secretaría de la CNUDMI, hasta que la Guía se publicó finalmente en 1988. Existe una diferencia cualitativa muy grande entre las reglas de la FIDIC y la Guía. Se ha dado la impresión de que las reglas de la FIDIC gozan de mayor aceptación. La diferencia cualitativa consiste, como ha señalado James Myers, en que estas reglas proceden del Instituto de Ingenieros, que las consideró como un proyecto de interés para la ingeniería, pero que nada tenía que ver ni con el desarrollo económico ni con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, los dos objetivos clave de la decisión adoptada en 1981 por la CNUDMI, en los que se inspiró la labor de preparación de la Guía. En realidad, las reglas de la FIDIC fueron consideradas -no sería apropiado que dijese lo que se discutió- y fueron juzgados totalmente inapropiadas en el presente contexto económico. Eran útiles hace unos decenios y han sido generalmente observadas porque existía un vacío; no se disponía de ninguna guía, por lo que hicieron oficio de tal. Durante los últimos 20 años, el Banco Mundial, el Banco Asiático y todos los organismos internacionales de desarrollo han estado aportando miles de millones de dólares al mundo en desarrollo para fomentar su progreso y desarrollo económicos, y en ese cometido han aceptado formas de acuerdo totalmente distintas de las de la FIDIC. En el curso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo presentamos innumerables formas de acuerdo totalmente distintas de las de la FIDIC. En realidad, la FIDIC puede ser útil para construir puentes y carreteras o proyectos llave en mano, pero la prueba real del progreso de un país en desarrollo es su transición de los proyectos llave en mano a proyectos semillave en mano. En esto consiste la piedra de toque del desarrollo económico. La FIDIC es útil para trabajos llave en mano que entrañan únicamente trabajos de ingeniería, pero no es en absoluto adecuada para proyectos en que interviene la transferencia de tecnología, y la mayoría de los proyectos financiados tienen por fin la transferencia de tecnología -productos petroquímicos, fertilizantes, energía

hidroeléctrica- para perfeccionar y capacitar a personal y transferir esa tecnología a la población local. Ese es el objetivo de la decisión adoptada por la CNUDMI en 1981. Por consiguiente, no es adecuado tomar las reglas de la FIDIC, que son sólo las reglas de un órgano profesional y compararlas con la labor de la CNUDMI.

La distinción más importante que hace la *Guia* de la CNUDMI es entre trabajos llave en mano y trabajos semillave en mano y da amplio margen para la participación del país destinatario en el proyecto conforme lo permita su estado de desarrollo. Eso es de gran importancia para el establecimiento del nuevo orden económico internacional.

Hace ya muchos años, el Banco Mundial aceptó la FIDIC porque no había otra cosa. Un representante de alto rango del Banco Mundial participó en el Grupo de Trabajo que preparó la *Guía* teniendo presentes todas las formas de contrato que el Banco Mundial había financiado durante varios años en países en desarrollo, contratos que no se inspiraban en nada en las reglas de la FIDIC.

Entre los temas no tratados en la *Guia*, figura la fiscalidad, que es asunto de la máxima importancia económica. Por ejemplo, los efectos de los tratados para evitar la doble imposición, de los impuestos sobre el consumo y del impuesto sobre las ventas afectan a la adjudicación de contratos internacionales. Un país que no haya firmado un tratado contra la doble imposición con un país en desarrollo estará en desventaja con otro que sí lo haya hecho. Otro ejemplo es el de los países del Commonwealth que aplican el concepto de la relación de negocios y gravan los ingresos del extranjero no residente sobre la base de su relación de negocios con alguna planta que se construya en el país. Eso puede modificar totalmente las expectativas y la rentabilidad del negocio para el no residente. Esos problemas han de ser examinados en un estudio especial de los efectos de la fiscalidad, especialmente del impuesto sobre las ventas, o sobre el consumo. Es importante tener presente que muchos países del Commonwealth emulan a la Cámara de los Comunes y aplican impuestos retroactivos. La exención fiscal puede ser el mayor aliciente para las inversiones extranjeras y para que los extranjeros aporten tecnología, y puede suceder que éstos se enteren de repente de la entrada en vigor de un impuesto retroactivo sobre la renta.

Todos estos problemas podrían examinarse en un estudio detallado. Análogamente, como ha sugerido el Abogado General de la India, existe la necesidad de un estudio especial de la propiedad intelectual. Creo que sería invadir el terreno del GATT y las propuestas de Arthur Dunkel sobre la Ronda Uruguaya de negociaciones comerciales si empezásemos ahora ese estudio. De hecho, cuando se preparaba la *Guía*, se supo que la OMPI y otras entidades en Europa estaban formulando reglas o directrices para la protección de patentes y marcas, así que no nos ocupamos de ellas. Pero será finalmente necesario efectuar un estudio detallado no sólo de las patentes y marcas, sino también del saber de fabricación, que de momento está sólo protegido por cláusulas contractuales de confidencialidad.

Otra esfera problemática es el medio ambiente, sobre cuyo tema deberíamos esperar los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, pero ciertamente un estudio de la legislación ecológica y de un código o de unas directrices uniformes al respecto sería muy necesario.

El Profesor Hiscock de Australia habló de la indemnización por daños. Juzgo indispensable un estudio especial del régimen de la responsabilidad extracontractual por razón de las divergencias en la materia entre la jurisprudencia de diversos países. Por ejemplo, en cierto país, se hace defender la capacidad de pagar daños del balance de la empresa, fijándose la indemnización en función de los daños reales, sino de la capacidad por pagar. Esas ideas son nuevas en el mundo de la jurisprudencia, y dada la amenaza de desastres ecológicos, la cuestión de los daños y perjuicios puede llegar a ser muy importante. A la luz de desastres como el de la Unión Carbide en Bhopal, convendría hacer un estudio de cuál debería ser, en principio o en teoría, el régimen aplicable en materia de daños, puesto que los tribunales lo están interpretando de diversa manera.

En consecuencia, el régimen de la responsabilidad extracontractual, fiscal y de la propiedad intelectual -he aquí tres esferas, diría yo, que reclaman ulterior estudio.

#### WILLIAM PIERCE

Socio del bufete Pierce & Kennerson, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América)

Quisiera referirme a la cuestión del comercio de servicios en cuanto está vinculado con la propiedad intelectual. Hablo del logicial informático, así como de las franquicias, licencias de secretos comerciales y licencias de patente, de la transferencia de tecnología y de los contratos llave en mano seguidos de acuerdos de mantenimiento a largo o medio plazo.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos, hasta hace poco existía el derecho del síndico de la quiebra del titular de un derecho de propiedad intelectual rechazar los contratos ejecutorios, privando así a los licenciatarios de su derecho a seguir utilizando alguna técnica patentada con una licencia otorgada por el licenciante cuando éste era aún una entidad comercial solvente. En la causa Lubrasol, un juez sostuvo que el licenciatario de cierta dotación lógica no tenía derecho a seguir empleando esa dotación porque el síndico de la quiebra tenía derecho a rescindir la licencia, en razón de la quiebra del licenciante. Para evitar esto, se rectificó la sección 365N del título 11 del Código de los Estados Unidos en 1988 con miras a facultar al licenciatario para seguir haciendo uso de su derecho de propiedad intelectual sin necesidad de reclamar, por vía ejecutoria, la continuación del cumplimiento por el licenciante. Esos derechos son importantes para los licenciatarios, en particular en operaciones internacionales y en las categorías que acabo de describir, por lo que sugiero que éste sería un punto digno de ulterior estudio. Mirando a los acuerdos del GATT no veo que el asunto figure dentro de las propuestas Dunkel, de modo que queda mucho por hacer en esta esfera.

#### PROFESOR SAMIA EL-SHARKAWI

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad de El Cairo, El Cairo (Egipto)

Deseo hacer alguna observación acerca de la adopción de las cláusulas de la FIDIC y de la Guia juridica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales. Las cláusulas de la FIDIC gozan de aceptación internacional en los textos pese a que no contemplan todos los intereses en liza ni respetan ciertos pormenores de diversos ordenamientos jurídicos, que serían difíciles de precisar en el poco tiempo de que disponemos. El ejemplo en el que estoy pensando en este momento es la distinción entre indemnización pactada y pena contractual. Por otra parte, observé que la Guía es flexible por naturaleza y que admite diferentes soluciones que consiguen equilibrar los intereses en liza y satisfacer los requisitos de los diversos ordenamientos. No obstante, la Guía no ha sido promovida en algunos países ni por diversos organismos especializados. Estoy seguro de que cuando se le dé la consideración que merece, especialmente en los países en desarrollo, ocupará un lugar importante en el nuevo orden económico internacional.

Ahora bien, ha transcurrido poco tiempo desde que se publicó la *Guía* en 1988. A este respecto, espero con interés la exposición del Dr. Gerold Herrmann sobre la labor de difusión del conocimiento y la aceptación de los textos jurídicos uniformes.

#### PROFESOR EGON GUTTMAN

Profesor de Derecho, American University, Washington College of Law, Washington, D.C.

Quisiera referirme a las exposiciones de tres oradores, el Profesor Roy Goode, el Sr. José Ignacio Cruz y el Dr. Burghard Piltz. Básicamente, como dijo el Profesor Goode, la aprobación de un texto requiere unos 14 años; por consiguiente, tal vez haya llegado el momento de empezar a ocuparse del mercado bursátil. Asistimos actualmente a la mundialización del comercio de los títulos de valores y las transferencias de valores de empresas extranjeras cuyos títulos se cotizan en las Bolsas de Nueva York y de Amsterdan y en la Bolsa Internacional de Londres. Vemos que algunos de esos valores están desincorporados o carecen de valor probatorio autónomo, lo que crea problemas internacionales o transfronterizos.

El asunto del que la CNUDMI debería ocuparse es, como señaló el Sr. Cruz, el de las cualificaciones o acreditación de los agentes de bolsa que efectuarán las operaciones en mercados extranjeros, por ejemplo, a través de los cuales los agentes de, digamos, los Estados Unidos tendrán que actuar para que se cierren tratos en Londres o en Amsterdam o en Bruselas, etc. y viceversa. Para ello hará falta internacionalizar los títulos acreditativos de los agentes, y no sólo convalidando sus respectivos títulos profesionales, sino asegurando también su responsabilidad financiera, tema de gran importancia. Respecto de los bancos, tenemos la FIREA y las reuniones en que se elaboraron reglas de responsabilidad financiera para la banca internacional. Esto entraña también cierta reglamentación de las actividades económicas, por ejemplo en los mercados en desarrollo que florecen en la Europa oriental, donde se abren mercados de valores y se espera un intercambio eficaz, como en el caso de Checoslovaquia, dentro de muy poco. La cuestión de la mundialización de la economía, en el sentido de hacer negocios en otros países está adquiriendo mucha importancia.

Quizá no estemos aún dispuestos a aceptar un régimen internacional, pero deben echarse los cimientos procurando averiguar qué desean obtener las instituciones financieras y las empresas productoras, de modo que haya confianza en el desarrollo final de un mercado mundial en el que todo el mundo participe, por contraposición con los mercados nacionales o locales en los que se seguirá invirtiendo por conducto de los agentes colegiados. Para terminar, un punto importante, sobre el que ha llamado la atención el Dr. Piltz, es que cualquiera que sea el texto definitivo de los proyectos, al final habrá que precisarlo con una serie de observaciones que pondrán en claro que, a pesar de las semejanzas verbales que pueda haber, seguiremos estando divididos. Como dijo una vez George Bernard Shaw, "Nunca ha habido dos naciones tan divididas, como lo están Inglaterra y los Estados Unidos por el mismo idioma". Usamos un mismo lenguaje con sentidos diferentes y las observaciones aclararán, al menos en parte, la confusión a que ciertas palabras pueden dar lugar.

#### Notas

- Véase G. Eörsi, "Article 16 Revocability of offer"; C.M. Bianca y M.J. Bonell, Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Milán, Giuffie, 1987), pág. 155.
  - Véase E.A. Farnsworth, "Article 19 Modified acceptance", op. cit., pág. 178.
- <sup>3</sup> Yearbook Commercial Arbitration (Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990), vol. XV, pág. 72.
- <sup>4</sup> Para un análisis más detallado del punto tratado en este documento, véase Hartnell, "Rousing the sleeping dog: validity of contracts for the international sale of goods", *Yale Journal of International Law*, vol. 18 (1992).
- Comentario sobre el Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/5), Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Documentos Oficiales (Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.81.IV.3), pág. ...; J.O. Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales (Deventer, Kluwer, 1989), pág. 405.
- A. Tun, "Commentary on the Hague Convention of the 1st of July 1964 on international sale of goods and the formation of the contract of sale", Ministry of Justice of the Netherlands, *Diplomatic Conference on the Unification of Law governing the International Sale of Goods, the Hague*, 2-25 de abril de 1964, vol. I, Actas (La Haya, Government Printing Office, 1966), pág. 358.
- <sup>7</sup> Véase, por ejemplo, el documento A/CONF.97/5, Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones sobre los Contratos ..., pág. ...; y J.O. Honnold, obra citada, pág. 405.

- 8 Artículo 7 2) de la Convención sobre la Compraventa.
- <sup>9</sup> B. Audit, "The Vienna Sales Convention" and the lex mercatoria, T.E. Carbonneau, ed., Lex Mercatoria y Arbitraje (Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990), pág. 154.
- <sup>10</sup> D. Yates y A.J. Hawkins, Standard business contracts: exclusions and related devices (Londres, Sweet & Maxwell, 1986), pág. 4.
- Si el artículo 19 de la Convención sobre la Compraventa conserva la "doctrina del último tiro" -como varios comentaristas han sugerido- las condiciones normalizadas impresas en el formulario del vendedor (inclusive las cláusulas de garantía y de limitación de responsabilidad) entrarán a formar parte del contrato de compraventa internacional de mercaderías.
- Véase, por ejemplo, Hellner, "Vienna Convention and standard form contracts", P. Sarcevic y P. Volken, eds., International sales of goods: Dubrovnik lectures (Nueva York, Oceana, 1986, págs. 360 y 361; F. Enderlein, D. Maskow y M. Stargardt, Kaufrechtskonvention der UNO (mit Verjährungskonvention) Kommentar (Berlin, Staatsverlag de DDR, 1985)", pág. 45; J. Tiling, "Haftungsbefreiung, Haftungsbegrenzung und Freizeichnung im einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 32 (Tübingen, 1968), pág. 281; M. Wolf, "Auslegung und Inhaltskontrolle von AGB im internationalen kaufmännischen Verkehr", Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Heidelberg, 1989), vol. 153, págs. 300 a 321; J.S. Ziegel y C. Samson, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on contracts for the International Sale of Goods" (julio de 1981), pág. 42.
  - <sup>13</sup> Publicación No. 478 (1990) de la CCI.
- Riese, "International problems in the Law of Sale", Symposium: Some comparative aspects of the law relating to sale of goods, *International and Comparative Law Quarterly, Supplement Publication* Series No. 9 (1964), pág. 36.
- UNIDROI Sutdy L., document 40, Rev. 9 (enero de 1992) (undécima versión refundida preparada por la Secretaría del UNIDROIT sobre la base de los proyectos examinados por el Grupo de Trabajo para la preparación de principios para los contratos comerciales internacionales).
  - <sup>16</sup> Artículo 7 1) de la Convención sobre la Compraventa.
- Véase, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, firmada el 14 de junio de 1974, enmendada por el Protocolo de 1980.
- Ministry of Justice of the Netherlands, Diplomatic Conference of the Unification of Law governing the International Sale of Goods, the Hague, 2-25 April 1964, vol. I, Records (La Haya, Government Printing Office, 1966), pág. 65.
- Ministry of Justice of the Netherlands, "Records of the third meeting of the Committee on the draft Uniform Law governing the International Sale of Goods", op. cit., vol. I, Records, pág. 35.
- Rabel, "Observations on the utility of unifying [the] Law of Sale from the standpoint of the needs of international commerce" (1929) League of Nations, Draft of an International Law of the Sale of Goods (1935), pág. 128 (por ejemplo, traspaso de la propiedad y del riesgo; defectos; forma y perfeccionamiento del contrato; el domicilio de la parte que incumple y sus consecuencias; valoración de daños y perjuicios; prescripción; y error).

# IV. DE LAS MODALIDADES DE PAGOS TRADICIONALES A LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS

## A. Pagos, créditos y banca

1. La Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales vista por un abogado que ejerce en el sector bancario

# BRADLEY CRAWFORD, OC

Profesor y abogado, Toronto, Ontario (Canadá)

La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, de 1988, tiene por objeto contribuir de manera modesta a facilitar los negocios y el comercio internacional mediante la utilización de letras de cambio y pagarés internacionales. Esta Convención tiene como origen el reconocimiento por la CNUDMI de la existencia de dos obstáculos: i) las numerosas diferencias entre las normas dimanantes de los diversos ordenamientos jurídicos de derecho consuetudinario o jurisprudencial y el derecho civil por que se rigen los títulos negociables; y ii) las normas generalmente insatisfactorias de uno y otro sistema para la resolución de las controversias. Con objeto de abordar uno y otro problema, la Convención, resultado de 20 años de esfuerzos realizados por la CNUDMI, estableció un cuerpo jurídico completo de títulos negociables en el plano internacional que entran en su ámbito de competencia. El nuevo régimen así creado es el resultado de la combinación de las normas dimanantes de los ordenamientos jurídicos del derecho consuetudinario y del derecho civil en vigor. Se trata de algo sumamente técnico y pormenorizado, de dificil comprensión para el lector medio, aunque las personas familiarizadas con cualquiera de los sistemas en vigor comprenderán inmediatamente las múltiples analogías existentes.

La Convención fue aprobada por la Asamblea General en sesión plenaria el 9 de diciembre de 1988<sup>1</sup>. Entrará en vigor después de ser firmada por 10 Estados que la subscriban. En la actualidad son cuatro los Estados que la han firmado o ratificado<sup>2</sup>.

Se me pidió que expusiera ante este foro una valoración de las virtudes y defectos de la Convención desde mi perspectiva de abogado canadiense con cierta práctica en la especialidad del derecho aplicable a la banca y al sistema de pagos. No sorprenderá si digo que he llegado a la conclusión de que, según mi experiencia, este instrumento tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Diré, como en esas bromas tan populares de hace algunos años, que las noticias que traigo son a la vez buenas y malas. La buena noticia estriba en que la legislación cuenta ahora con una serie de nuevos rasgos atractivos sin presentar nuevas y graves dificultades, lo que a mi entender será de gran ayuda para todos nosotros. La mala noticia es que este sistema podría no funcionar en absoluto.

Desearía ante todo exminar brevemente algunos detalles de la nueva ley y los motivos por los que considero interesará (o perturbará) a los juristas que ejercen su profesión en el medio bancario. Por lo tanto, y para ilustrar de qué manera puede funcionar la Convención en la práctica, expondré una reciente decisión inglesa sobre la aplicación de las reglas de controversia a una serie de letras de cambio internacionales, indicando cómo hubieran podido resolverse mucho más fácilmente estas cuestiones de haberse aplicado la Convención.

Los requisitos formales de la Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales son una mezcla de elementos conocidos de la normativa por la que se rigen los sistemas en vigor y de elementos innovadores. Cabe citar:

- a) Una redacción notable y un texto en el que se invoca la Convención y se deja de lado el antiguo derecho interno;
  - b) Algunos datos conocidos;

- c) Los detalles de índole internacional deben aparecer a primera vista sin que haya que examinarlos;
- d) La Convención no se aplicará a los cheques y tampoco los define;
- e) Se establecen reglas muy útiles para resolver las ambigüedades que puedan presentarse en cuanto a la moneda de que se trate y la fecha en que comenzarán a devengarse los intereses;
  - f) El tipo de interés que ha de pagarse podrá ser variable sin que por ello deje de ser negociable;
- g) Los títulos pueden ser pagaderos en unidades monetarias europeas o derechos especiales de suscripción.

De manera análoga, las normas de la Convención sobre la validez transaccional de los títulos sujetos a la misma constituyen una mezcla generalmente satisfactoria de normas ya conocidas y de nuevas normas, pudiéndose citar:

- a) La capacidad de contratar sigue sujeta al derecho nacional, aunque no puede invocarse la nulidad de uno u otro título ni siquiera en el caso de que una de las partes carezca de la capacidad requerida, aunque sea la parte principal;
- b) Las formas de endoso son las conocidas y lo único que se requiere es que parezcan válidas y sin quebrantamiento, de manera que el tomador pueda negociarlo de nuevo;
- c) Los mandatarios no necesitan poder de sus mandantes para endosar los títulos siempre que actúen de buena fe y que no se tenga conocimiento de que hayan cometido anteriormente alguna falsificación;
- d) Salvo prueba en contrario, se presumirá que todo tenedor es tenedor protegido en lo que se refiere a las partes comerciales y actúa de buena fe en el curso ordinario de los negocios, siendo pocas las excepciones que pueden oponerse a un tenedor protegido;
- e) Se trata de las excepciones siguientes: (falsificación de la firma del demandado, alteraciones sustanciales del título, incumplimiento de los deberes del tenedor a su vencimiento, limitación de la acción), todas ellas a la vez controlables y de solución equitativa;
- f) La pérdida de la condición legal de tenedor protegido no expone al tenedor a excepciones sin límite de las partes anteriores;
- g) Una concepción estricta en cuanto a la responsabilidad del garante realza sumamente la credibilidad del título comercial:
  - h) Las reglas para distinguir las dos formas de garantía pueden dar lugar a confusión momentáneamente.

Los deberes del tenedor al vencimiento (presentación a la aceptación, desatención por falta de aceptación, protesto, etc.) proceden de los sistemas en vigor, aunque los requisitos en cuanto al plazo de vencimiento sean más flexibles.

Las reglas que protegen al deudor principal son atractivas: el pago al tenedor de buena fe al vencimiento del título libera al aceptante y/o librador, aun en el caso de que el derecho del tenedor al título sea defectuoso. Se prevé la posibilidad de efectuar pagos parciales mediante acuerdo para mitigar los daños. En cambio, la normativa relativa a la pérdida de títulos me parece que favorecen al infortunado perdedor en detrimento del deudor principal, sin que a éste se le compense debidamente por el esfuerzo adicional y el riesgo que asume.

De este modo, la Convención parece presentar las características de una ley equitativa y razonablemente equilibrada y moderna aplicable a los títulos internacionales de pago. ¿Es que la necesitábamos? A mi entender sí, y por los motivos siguientes:

- a) Con frecuencia es difícil o imposible disponer de información digna de confianza sobre las disposiciones legislativas relativas a letras de cambio y pagarés internacionales sobre una base oportuna y razonablemente comercial. Entre los nuevos países importantes desde el punto de vista comercial los hay que no disponen de una legislación moderna sobre letras de cambio y pagarés o que no cuentan con ninguna legislación al respecto.
- b) Aun cuando se tenga acceso a la legislación extranjera, la aplicación de normas de colisión a las letras de cambio y pagarés internacionales es conceptualmente dificil y no siempre produce los resultados previsibles e incluso esperados, lo que se debe a la vetustez e insuficiencia de las normas del ordenamiento jurídico de muchos países importantes.

Estos dos problemas quedan nítidamente ilustrados con la reciente decisión del tribunal inglés de apelación en el caso Montage contra Irvani [1990], 1 W.L.R. 667. Los hechos eran simples y no revestían ningún carácter excepcional de cara al comercio internacional de letras de cambio, aunque el caso planteó cuestiones conceptuales sumamente difíciles para el tribunal inglés, siendo necesarios diez años de litigio para solucionarlo. El interés estriba en que si se hubiera aplicado la Convención es probable que el asunto nunca hubiera llegado hasta el tribunal, puesto que la Convención proporciona una normativa clara y unas reglas manifiestamente equitativas.

En el caso Montage, contratistas alemanes suscribieron 30 letras de cambio de idéntico valor, pagaderas en Londres a un mes de intervalo, como contrapartida por la realización de obras de instalación en la República Islámica del Irán que se enviaron desde Alemania a la República Islámica del Irán para que fueran aceptadas por el propietario y con la garantía mediante endoso en blanco del principal accionario del propietario. Reexpedidas desde la República Islámica del Irán, las letras de cambio fueron firmadas por el librador y descontadas a un banco alemán. A petición del banco, el endoso en blanco sería identificado con más claridad como un aval al añadirle (lo que se hizo en Alemania, aunque con la autorización del endosante las palabras "bon pour aval pour les tirés" encima de la firma del endosante. Fueron después endosadas para un banco de los Estados Unidos y seguidamente a otro banco del Reino Unido, presentadas al cobro y desatendidas. No se procedió a ninguna notificación de desatención (sólo la devolución de las letras de pago al librador). Las letras de cambio fueron protestadas, aunque no en todos los casos, dentro del tiempo límite que dispone la ley del Reino Unido sobre letras de cambio.

La controversia y el litigio duraron diez años. El proceso ante Saville J. duró 21 días y el alegato y defensa en apelación cuatro días más. La exposición de motivos en el juicio pronunciado por los tres miembros del tribunal llenó 24 páginas impresas. La argumentación es intrincada y prolija, frecuentemente ardua. He procurado en otro sitio<sup>3</sup> explicar y comentar los puntos que revisten interés para los abogados que actúan en materia de derecho consuetudinario. Sin pretender resumirlos todos, explicaré el origen de las principales dificultades. El tribunal tenía que abordar cuestiones relativas a si las legislaciones de Alemania, la República Islámica del Irán e Inglaterra debían determinar si se calificaba a los títulos como letras de cambio, en primer lugar; si habían sido endosados en la República Islámica del Irán, donde se firmaron, o en Alemania, país en el que se añadieron las palabras aclaratorias; si el derecho inglés podía tener conocimiento de la relación jurídica de un aval que las partes en Alemania y en la República Islámica del Irán pensaban estar creando, y en este caso, si el tomador podría ejecutarlo. Había una cuestión conexa sobre si la ley del Reino Unido sobre letras de cambio es aplicable a un aval, ya sea por tratarse de una forma de endoso reconocida por dicha ley o por parecerse estrechamente a una de las formas reconocidas del mismo y, por lo tanto, sujetas a dicha ley por analogía. A este respecto surgió la cuestión de si el garante debía ser absuelto por falta de notificación de incumplimiento, (como dispondría la ley inglesa si el aval es comparable a un endoso anómalo), o si el tribunal debería aplicar de algún modo la legislación alemana o la de la República Islámica del Irán a tal respecto, en virtud de las cuales no se libera al garante por falta de notificación de desatención. Se plantearon también otras cuestiones, como la de si el Statute of Frauds (Reino Unido), que exige la inclusión de una cláusula firmada con las garantías, se aplicaba al aval, y la de si el tribunal podría aplicar la legislación alemana para rectificar un error evidente en cuanto a la suma pagadera en virtud de una de las 30 letras de cambio, o la legislación inglesa que excluye la prueba de la intención de una de las partes.

De haberse aplicado la Convención a los hechos del caso Montage, en lugar de la legislación inglesa, los problemas hubieran sido menores, el proceso se habría simplificado mucho y se habrían visto facilitadas las cuestiones. Las letras de cambio hubieran satisfecho los requisitos establecidos por la Convención para las letras de cambio internacionales (en el supuesto de que las partes hubiesen invocado correctamente la Convención, haciéndolo constar así por escrito en la forma indicada).

No era esencial que hubiesen sido aceptadas y avaladas antes de que firmara el librador: esto es algo que se autoriza expresamente como precaución útil contra cualquier intercepción y falsificación.

No era dificil identificar el endoso como un aval, una vez que las palabras "bon pour aval" habían sido añadidas por un agente especialmente autorizado para este fin, como probablemente tampoco hubiera planteado ninguna dificultad el hecho de que estas palabras se añadieran posteriormente.

La condición legal del tomador como tenedor protegido y su derecho a hacer valer la responsabilidad del garante no hubiesen sido puestos en duda con arreglo a la Convención. No hubiera podido alegarse otra excepción que el incumplimiento de notificar la desatención por falta de aceptación. Este fue el punto que planteó esos difíciles problemas conceptuales con arreglo a la normativa inglesa para el arreglo de controversias, pero no hubiese sido así de haberse aplicado la Convención. Tampoco se hubiera producido demora en el protesto, con tal de que no hubiese sido superior a los cuatro días.

Podría haberse planteado un problema en la armonización de los requisitos bastante flexibles de la Convención sobre la prueba escrita de garantía con los más estrictos y de carácter interno del "Statute of Frauds" (Reino Unido) sobre el mismo punto. Sin embargo, el tribunal inglés resolvió esta cuestión pronunciándose a favor de las letras de cambio con arreglo a la jurisprudencia (derecho consuetudinario), y puede presumirse que, con arreglo a la Convención, no hubiera sido más estricto con respecto a los títulos.

El único aspecto sobre el cual la normativa de la Convención podría considerarse menos prometedora que la decisión adoptada en el caso Montage se refiere a las consecuencias del error obvio por el que se redujo la suma pagadera en una de las letras de cambio. El tribunal aplicó la legislación alemana para hacer efectiva la voluntad expresada por las partes. Con arreglo a la Convención el garante sólo hubiera tenido que pagar la suma inferior.

No cabe duda de que la mayor sencillez conceptual y procesal de la Convención se adapta mejor a la resolución de controversias como las del caso Montage contra Irvani que el derecho consuetudinario cuando el carácter internacional de las letras de cambio hace que sea necesario conocer una ley extranjera y aplicarla de manera selectiva (es decir, eligiendo entre sus disposiciones).

Por mi parte, tengo tan sólo una seria reserva que hacer en lo que se refiere a la capacidad de la Convención para operar eficientemente y de manera más eficaz que el derecho en vigor. Esta reserva se basa en la complacencia de los tribunales de Estados no contratantes a la hora de dar efecto al nuevo concepto, recogido por la Convención, de autonomía de las partes para elegir la Convención como el instrumento por el que se regirán sus letras de cambio y pagarés.

La regla sentada por la Convención de dejar su aplicación en manos de las partes representa un enfoque completamente nuevo en el derecho internacional. Amplía las ideas actualmente aceptadas sobre el alcance propio de la elección por las partes de la norma aplicable, al no ser necesario que la letra de cambio o el pagaré tengan una conexión material con algún Estado que haya adoptado la Convención como régimen de las letras de cambio y los pagarés internacionales. Al mismo tiempo amplía también las ideas actualmente aceptadas acerca de los requisitos legales necesarios para crear nuevas formas de títulos negociables, que requerían que su calidad de tales estuviera debidamente convalidada por alguna norma legal o fuera claramente deducible de usos y costumbres bien arraigados. La Convención pretende ir mucho más lejos al

pedir a los tribunales, tanto de Estados contratantes como no contratantes, que acepten la elección de las partes en materia de derecho y apliquen las disposiciones de la Convención sobre la negociabilidad, en lugar de aplicar su propia legislación nacional. Estamos aquí ante una perspectiva algo amedrantadora. El riesgo puede minimizarse e incluso a la vez neutralizarse, o eliminarse del todo, procurando que sean cada vez menos los Estados no contratantes, y también si se procura que los defensores de la Convención creen un clima conceptual favorable y aboguen por que los tribunales y los juristas de toda índole acaben aceptándola.

Espero que este programa impulsará a los aquí presentes a apoyar la adopción de la Convención en sus países y que contribuirán a que la iniciativa de la CNUDMI acabe teniendo éxito y sea provechosa.

# 2. "RUU 500": propuesta de revisión de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la CCI

## SALVATORE MACCARONE

Profesor y abogado, Roma

Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU) es uno de los instrumentos que más satisfacción ha dado en materia de derecho internacional. Son más de 100 los países en que hay bancos y operadores comerciales y financieros que se han adherido a esta institución o que observan sus disposiciones.

Es cierto que no cabe calificar a las RUU como legislación en sentido propio, al no haber sido el resultado de una actividad legislativa, pero no lo es menos que por su influencia y eficacia pueden equipararse a una verdadera ley.

El Profesor Boris Kozolchyk, jurista estadounidense, definió recientemente a las RUU como "el derecho vivo de los créditos documentarios". Y así es con toda certeza. Como su nombre indica, es el reflejo de los usos y costumbres del mundo comercial y bancario en lo que se refiere al comercio internacional. Los usos y costumbres han cambiado a lo largo del tiempo, y de manera muy rápida durante el último decenio, por lo que es necesaria su actualización periódica para que sigan vivos y sean coherentes en su aplicación, como toda ley viva tiene que ser.

Además, el mecanismo de la carta de crédito inherente a todas las operaciones de créditos documentarios ha venido utilizándose cada vez más con fines financieros y también comerciales, especialmente en los Estados Unidos, revistiendo la forma de las llamadas cartas de crédito contingente.

La CCI es el guardián de la vida racional de las RUU mediante revisiones periódicas, la última de las cuales está a punto de finalizar.

El primer proyecto de lo que se convertiría en RUU -como mencionó Dan Taylor, Presidente de la Comisión de Banca Internacional de los Estados Unidos en un artículo escrito en 1990- vio en realidad la luz en los Estados Unidos, hace alrededor de 60 años, por iniciativa de banqueros de Nueva York y en forma de reglamento destinado a los créditos comerciales para las exportaciones (Regulations Affecting Export Commercial Credits). Este reglamento ha sido revisado en varias ocasiones hasta que en 1933 la CCI aprobó la primera versión de las RUU, bastante análoga en muchos aspectos al reglamento estadounidense, por no decir que procedía de él. Por último, en 1938, después de la decisión adoptada por la Comisión estadounidense sobre banca extranjera (American Committee on Foreign Banking), las RUU, su hija, destronó al padre y acabó reemplazando a dicho reglamento.

Desde 1933, la CCI ha asumido la revisión de las RUU, revisión que hasta la fecha ha tenido lugar cinco veces, la última de ellas en 1983. La revisión actual empezó hace unos dos años y puedo decir que se trata de una de las revisiones más pormenorizadas y extensas que se hayan realizado nunca.

Había para ello una razón: el comercio internacional ya no es lo que había sido durante muchos años. Las nuevas tecnologías han repercutido profundamente en él, sobre todo en lo que respecta a la documentación que se utiliza en las operaciones de transporte, tanto porque los documentos que se preparan y utilizan son nuevos como debido a que los tradicionales se han modificado ampliamente y con frecuencia de manera bastante radical.

En vista de todo ello, la CCI confió a dos grupos de trabajo independientes la tarea de preparar un nuevo texto normativo. A uno de los grupos de trabajo, el que tuve el privilegio de presidir, se le encomendó la tarea de revisar todos los artículos con la sola excepción de aquéllos que se referían a los documentos de transporte, cuya revisión se confió al otro grupo de trabajo, presidido éste por uno de los padres putativos de las RUU, Bernard Wheble. Después de una labor preliminar, los grupos se refundieron en uno solo y esperamos poder tener a punto muy pronto el último proyecto para presentarlo a la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la CCI, de modo que ésta lo apruebe en su período de sesiones de noviembre de 1992.

La secretaría de la CCI ha establecido claramente las directrices de la revisión con arreglo a los comentarios y encuestas realizados estos últimos años. Las reglas en vigor tenían que ser simplificadas y había que hacer que fueran aplicables a la práctica bancaria en curso, con vistas a lograr o, cuando menos, facilitar su normalización y uniformidad.

En un plano más importante, había que mejorar la probidad y confiabilidad de la promesa de crédito estipulando mejor los deberes y las responsabilidades de las partes junto con unas normas destinadas a fomentar las prácticas en desarrollo.

Dadas estas premisas, considero que podría ser interesante aludir a algunas de las principales cuestiones que ha tenido que afrontar el grupo de trabajo que actúa actualmente. Se trata de varias cuestiones, algunas consabidas y otras nuevas, que se han presentado estos últimos años y que guardan también relación con otros proyectos que lleva a cabo la CCI.

Entre las primeras, la más general y tradicional es probablemente la relacionada con la naturaleza de las RUU y su ámbito y campo de aplicación.

A este respecto, la actitud de cada uno de los ordenamientos jurídicos varía mucho. En algunos de ellos, las RUU gozan de la condición que le brinda la costumbre propiamente dicha, y sus reglas son por lo tanto aplicables a tales operaciones de créditos documentarios, sea cual sea la referencia específica a ellas en la verdadera carta de crédito. De manera inversa, en otros ordenamientos, las RUU se consideran todavía como una serie de reglas contractuales que, para ser aplicables, es necesario que así lo manifiesten expresamente las partes. A falta de dicha referencia las RUU no serán aplicables.

Con motivo de la actual revisión, el grupo de trabajo consideró una vez más que había que retener este segundo planteamiento. En lo que me atañe, personalmente hubiese preferido un "acto de fe" en el carácter jurisprudencial de las RUU, aunque comprendo que, de haber sido éste el caso, la diversidad de las conclusiones a que se hubiese llegado en virtud de las distintas legislaciones hubiera hecho que las RUU fuesen inaplicables en algunos casos.

Por consiguiente, en el artículo I se mantiene el enfoque tradicional, disponiéndose que las RUU se incorporarán al título de crédito operativo.

Sin embargo, desearía subrayar que las RUU son, y se considera que así debe ser, un cuerpo jurídico completo y unitario. En consecuencia, si las partes desean que no se aplique alguno de sus artículos, tendrán que manifestarlo de manera expresa: de no hacerlo, y salvo en lo que respecta al caso especial de la carta de crédito contingente, las RUU se aplicarán como un todo en cada uno de sus artículos.

Otra cuestión, también de carácter general, estriba en realidad en la aplicabilidad de las RUU a la carta de crédito contingente.

La referencia a esta última se incorporó al artículo 1 de la revisión de 1983 sobre la base de que la identidad estructural de la contingencia en las cartas de crédito comerciales debiera prevalecer sobre la diversidad de las operaciones realizadas.

Sin embargo, la cuestión se volvió a plantear en relación con las reglas sobre la exigencia de garantía que la CCI estaba preparando por aquel entonces y que actualmente están en vigor.

Puede que valga la pena observar que, no hace tanto tiempo, la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la CCI señaló la diferencia entre las cartas de crédito contingente y las cartas de crédito comerciales o documentarias, en el sentido de que las primeras son un título "exigible en caso de incumplimiento", mientras que las últimas son un título de "exigibilidad inmediata."

La misma idea subyace en la opinión de algunos miembros, según la cual las cartas de crédito contingente están mucho más próximas de la primera exigencia de garantías que las cartas de crédito comerciales, y que el planteamiento funcional debiera prevalecer en consecuencia. Las cartas de crédito contingente debieran por lo tanto separarse de las RUU e incorporarse únicamente a las reglas de garantía, que es lo que realmente son.

Creo que este planteamiento sería el correcto en cuanto a su principio, aunque comprendo los motivos de la fuerte oposición que se dejó sentir desde diversos frentes y, en particular, por parte de los representantes de los Estados Unidos. Entre otras cosas, se señaló que cada vez se suscriben más cartas de crédito contingente con carácter de títulos de pago como cartas de crédito comerciales ordinarias, a diferencia de otras cartas de crédito contingente que, como todos sabemos, reemplazan en los Estados Unidos a los tipos europeos de fianza.

Además, las disposiciones sobre garantías no tienen ni con mucho -y no es seguro que tengan nuncael grado de aceptabilidad que han tenido las RUU con el tiempo, de modo que puede temerse que las cartas de crédito contingente se encuentren en un vacío jurídico, resultado a todas luces indeseable.

Habida cuenta de todo ello, el grupo de trabajo consideró que en el artículo 1 habría que mantener la referencia a las cartas de crédito contingente, pero que no había que esforzarse por determinar qué reglas específicas de las RUU que se aplicarían o no a ellas.

En pocas palabras, son numerosos los artículos que no se aplican a ellas, habiéndose pensado hasta cierto punto en la necesidad de especificarlo; sin embargo, al final, el grupo de trabajo llegó a la conclusión de que esto no era aconsejable y, en última instancia, sería inoperante.

Comparto esta opinión. Los artículos de las RUU que no sean apropiados para las cartas de crédito contingente no se aplicarán, sin tener en cuenta la exclusión expresa que formulen las partes en los títulos de crédito, tal como se establece en el mismo artículo 1. Por otra parte, no creo que sea de ninguna manera difícil para los tribunales establecer las reglas que tienen que aplicarse o no aplicarse a los diversos casos.

De manera incidental, debemos admitir que las RUU no son de fácil lectura, pese a nuestros esfuerzos por hacer que fueran lo más claras y sencillas posible, eludiendo cuantas veces pude hacerlo, entre otras cosas, las contrarreferencias internas a otros artículos.

Las RUU habrían sido incluso más complicadas si el grupo de trabajo hubiera pretendido determinar los principios en virtud de los cuales se aplicarían a las cartas de crédito contingente y en virtud de los cuales no se aplicarían a ellas.

Aun así, hay otra cuestión de carácter general, particularmente aplicable a las cartas de crédito contingente, que se refiere a las consecuencias de uno de los principios básicos de los créditos documentarios, a saber, el de la abstracción e independencia de las cartas de crédito con respecto a las operaciones subyacentes.

Se trata de principios claramente establecidos en virtud de los artículos 3 y 6, aunque la jurisprudencia de los últimos años nos enseña que esto podría ser insuficiente. Por este motivo, el grupo de trabajo consideró que era apropiado que las RUU sacaran consecuencias específicas de los principios antes mencionados y, por lo tanto, incorporaran al nuevo artículo 3 el principio subsidiario y consecuente según el cual las excepciones relativas a las operaciones subyacentes no podrían plantearse para eludir el pago por el banco emisor o confirmante, cuyas garantías tan sólo emanan de sus propias promesas de pago (p.ej., la emisión o confirmación de la carta de crédito) y no del compromiso contraído por iniciativa del solicitante, tal como se estipula en el contrato subyacente.

De manera análoga, se ha especificado con toda claridad que el beneficiario no podrá en ningún caso avalarse a sí mismo en la relación contractual existente entre el solicitante y el banco emisor. Estos dos principios debieran ser por sí solos lo suficientemente claros, aunque al parecer no siempre es así, por lo que considero apropiado que las RUU lo pongan expresamente de manifiesto.

También en lo que se refiere a los principios de independencia y objetividad se plantea el problema harto conocido de las condiciones y requisitos "no documentarios". Aunque en el artículo 22 de las RUU 400 se establecía que todas las instrucciones deben dejar constancia precisa de los documentos a la vista de los cuales hay que proceder al pago, aceptación o transacción, todo banquero sabe que son muchos los créditos que todavía contienen condiciones sin precisar los documentos que es necesario presentar para darles cumplimiento.

Cuando esto sucede, el banquero que intenta establecer, fuera de los documentos presentados, si se han cumplido tales condiciones o requisitos, no procederá a ciencia cierta de modo debidamente profesional, puesto que infringirá la norma fundamental según la cual los bancos se ocupan únicamente de documentos y establecen el derecho de los beneficiarios con arreglo tan sólo a los documentos.

Al abordar esta cuestión, el grupo de trabajo tenía conciencia de que son numerosos los casos en los que se produce una confusión conceptual entre "términos y condiciones", llegándose a la conclusión de que las condiciones no documentarias son inevitables, como en el caso del plazo de expiración y de presentación de los documentos, plazo que se establece sin aportar ningún tipo de documentación.

La conclusión es, no obstante, incorrecta. Los términos, en el sentido de sucesos que con toda seguridad acontecerán (como en el caso de una fecha), no pueden confundirse con las condiciones, ya que éstas, por su propia naturaleza, son acontecimientos inciertos que pueden o no producirse en un plazo futuro (como puede ser la salida o la llegada de los buques). Por consiguiente, al referirnos a condiciones no documentarias pensamos en condiciones, es decir, en esos acontecimientos futuros e inciertos de cuya existencia no puede dejarse constancia en los documentos que se indican en las cartas de crédito. Con arreglo a la actual normativa este problema no tiene solución.

El grupo de trabajo tenía conciencia de la pertinencia de la cuestión y se centró en dos soluciones posibles, a saber, permitir que los bancos dispusieran de algún poder discrecional para decidir qué documentos pueden aceptarse para cumplir con las condiciones no documentarias, o ignorarlos totalmente. Se adoptó la segunda alternativa, y no sólo por su simplicidad, sino también para llamar la atención del solicitante y del banco emisor al formular las instrucciones y librar las cartas de crédito.

Pese a todo ello, la parte que más debatió el grupo de trabajo fue la relativa al artículo 15, que es la que mejor personifica la verdadera importancia de los créditos documentarios, especificando el sentido y las consecuencias del artículo 4, de conformidad con el cual todas las partes interesadas se ocuparán tan sólo de documentos.

Sin embargo, este principio carece de significación real cuando no se plasma en la práctica operativa, y esto es lo que hace el artículo 15 al establecer, en el texto revisado RUU 400, que los bancos puedan establecer, únicamente sobre la base de documentos, que se cumplen los términos y las condiciones del crédito. Si no se produce este cumplimiento, y sólo en este caso, el banco emisor queda libre de toda responsabilidad.

La referencia a documentos sólo significa que el banco no puede, tanto en su propio interés como en el de las otras partes, contemplar ninguna otra cosa al decidir si atiende o no la solicitud de pago del beneficiario, y en términos más generales si acepta y se hace cargo de los documentos que se le presentan. Por consiguiente, es esencial establecer hasta dónde tiene que ir el banco al examinarlos o, dicho con otras palabras, fijar el límite de la conformidad estricta de los documentos a los términos y condiciones del crédito. En realidad, se trata del problema consabido de los créditos documentarios que, a lo largo del tiempo, los tribunales han encarado de muy diversas maneras.

A mi entender, todos coincidimos en que la comprobación de los documentos no es meramente un proceso mecánico. Las discrepancias son cosa corriente, aunque no todas tengan la misma pertinencia y las mismas consecuencias; todo banquero sabe que algunas son cruciales y pueden ser fatales, mientras que otras son de poca monta e improcedentes, y hay otras todavía que pueden solventarse procurando obtener la aprobación del mandante. La lista no tendría fin: errores ortográficos, transposición de cartas, ausencia de declaraciones, etc.

En consecuencia, el problema estriba en discernir sobre qué base y a partir de qué criterios establecerá el banquero la oportuna pertinencia y decidirá si acepta o rechaza los documentos.

El Profesor Kozolchyk decía que "la característica básica de las operaciones basadas en letras de crédito estriba en que se trata de un medio de pago y, de ordinario, lo que cabe esperar es que los bancos lo abonen y no se pierdan en excusas en una tecnicidad excesiva para no hacerlo o, por el contrario, busquen algún pretexto para ignorar discrepancias importantes que justifiquen la negación de la orden de pago". Por otra parte, "si los bancos desatienden créditos sin permitir que puedan rectificarse las discrepancias de poca monta e insignificantes, su función de pagadores dignos de confianza se verá gravemente socavada".

El grupo de trabajo procedió a un amplio examen de la jurisprudencia en diversos países y consideró varias soluciones. El problema, no obstante, parece ser más preocupante en los Estados Unidos donde los tribunales se inclinan cada vez por un estricto formalismo, con lo que la verificación de los documentos se convierte en una operación incierta y onerosa.

El problema tiene mucho que ver con los esfuerzos insólitos de los demandantes con vistas a inducir al banco a que niegue la orden de pago, alegando discrepancias reales o ficticias, y, en cualquier caso, en cuanto el contrato de venta deja de serles ventajoso por motivos que tienen que ver con el mercado. Es obvio que los bancos no pueden respaldar ese tipo de actitudes y tienen que ser y permanecer imparciales y decidir si aceptan o rechazan los documentos, como se dice en el artículo 15, con arreglo a las instrucciones y directivas de la carta de crédito.

Hay que lamentar que los bancos no se atengan siempre a este principio fundamental del crédito documentario, y todos sabemos que esto sucede en unas regiones del mundo más que en otras.

Por otra parte, en muchos casos, y como ya dije, es algo de lo que nosotros somos culpables, abogados y tribunales de justicia, y estos últimos, según parece, se complacen cada vez más en adoptar un enfoque realmente judicialista al aplicar el principio de conformidad, convirtiéndolo en sinónimo de la más estricta conformidad.

A este respecto, hay un caso en los Estados Unidos (Beyene contra Irving Trust Co.) que se cita con frecuencia como especialmente significativo, consistente en que el tribunal consideró que un error en el nombre de la persona a la que había que notificar (Mohammed Soran en lugar de Mohammed Sofan) revestía tal importancia que el banco debía haber desatendido el crédito. En la encuesta a que procedió el grupo de trabajo aparecieron ejemplos análogos también en la jurisprudencia de otros países.

Esta actitud no tan infrecuente de los tribunales ha agravado como es obvio el problema al dar buenos argumentos a los bancos que no desean atender los créditos, ya sea por temor a que el banco emisor no los atienda o a que no lo haga la parte que debe hacerlo, como puede ser el caso, o porque deseen proteger los intereses de las partes o, lo que es peor, las intenciones que se les antojen a las partes.

En el mejor de los casos, todo esto ha llevado a la práctica -que actualmente supone la inmensa mayoríade "pagos sujetos a reserva o a la presentación de un recurso ante el beneficiario" por parte del banco que debe confirmar o efectuar la operación, junto con la enumeración de tantas discrepancias como sea posible.

Dada esta situación, el grupo de trabajo consideró que algo había que hacer para mitigar los problemas con que se enfrentaban a diario las personas encargadas de aprobar los documentos y prevenir los abusos, lo que paradójicamente habían hecho posible los tribunales con su comportamiento judicialista. El único medio de lograrlo consistía en establecer claramente en el artículo 15 (actualmente artículo 13) los criterios mediante los cuales el banco ante el que se presentan los documentos debe dar su conformidad.

La manera más natural de encarar el problema consiste al parecer en referirse a lo que haría en una situación determinada cualquier banquero competente, honrado y experimentado, es decir, aquéllo que en un principio se definió como "el ejercicio normal de la práctica bancaria", entendiéndose por esta expresión la práctica a que se atienen los banqueros competentes, honrados y experimentados, al comprobar los documentos.

Este planteamiento, pese a ser el que respaldó la mayoría de los miembros del grupo de trabajo, no recibió la aprobación de las comisiones nacionales, y ello fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, el temor de que cualquier cambio de las reglas pudiera modificar el equilibrio precario a que se había llegado en el comercio internacional. En segundo lugar, la preocupación general de que la referencia a la práctica bancaria pudiera dar derecho a prácticas bancarias nacionales inhabituales y exorbitantes, o al menos alentarla, con lo que los problemas que se crearían serían más numerosos que los que podrían resolverse.

En lo que me atañe, no comparto tales inquietudes, sino más bien lo contrario. Estoy firmemente convencido de que ninguna práctica bancaria normal puede ser inhabitual o exorbitante. Ni los banqueros ni los empresarios comerciales en su conjunto pueden ser considerados personas extravagantes en ninguna parte del mundo. Lo único que cabe esperar de un buen banquero o de un comerciante medio es lo que cabe definir como normal, es decir, que actúe con arreglo a las normas, ya que esto es lo que sucede con más frecuencia en las plazas comerciales.

No obstante, la propuesta fue criticada y el grupo de trabajo acabó por adoptar un concepto diferente, refiriéndose a la práctica bancaria normal internacional, como quedó reflejado en las RUU. No creo que esta expresión añada ni quite nada importante a la otra, aunque sigo prefiriendo la propuesta original, sobre todo porque no existe, o no existe todavía, una práctica internacional de tal índole, sino más bien prácticas diferentes, que no sólo pueden variar de un país a otro sino incluso de un banco a otro, y todas ellas podrían ser aceptables según los diferentes casos que se presenten.

Entiendo, sin embargo, los motivos del malestar de que dieron prueba diversas comisiones nacionales, incluida la de mi propio país, y abrigo la esperanza de que al menos con este cambio terminológico podrá modificarse el artículo 15 y contrarrestarse así en cierto modo la senda peligrosa por la que se han adentrado algunos tribunales.

Otro aspecto digno de interés se refiere a la actitud seguida por el grupo de trabajo en lo que respecta a la redacción de los documentos de transporte.

En las RUU 400 no se establece una clara distinción entre los diversos documentos de transporte de los que se trata frecuentemente en conjunto en varias reglas, por lo que a veces resulta necesario remitirse a diferentes artículos al examinar únicamente un sólo documento de transporte.

Por un prurito de simplicidad y claridad sistemática, el grupo de trabajo consideró que cada documento debía ser tratado de manera exhaustiva en un solo artículo, aun en el caso de que este enfoque entrañara, como así sucedió, algunas repeticiones al haber requisitos que son comunes a más de un solo documento de transporte.

Un enfoque de esa índole tiene otros méritos. Todos sabemos que las etiquetas y la designación de los documentos de transporte no se utilizan siempre de manera apropiada, lo que crea dudas en cuanto a la aceptabilidad de los verdaderos documentos. En vista de ello, el grupo de trabajo consideró que lo apropiado sería enumerar en todos los artículos que cubran un tipo específico de documentos de transporte los requisitos mínimos que deben figurar en tales documentos, independientemente de la designación o etiqueta realmente utilizados por el expedidor del documento en cuestión.

El nuevo proyecto cubre el conocimiento de embarque marítimo/oceánico, el conocimiento de embarque de la carta o póliza de fletamento, el documento de transporte combinado, el documento de transporte aéreo, los documentos de transporte por ferrocarril o de transportes interiores fluviales, el envío y la recepción del correo y los documentos de transporte del agente de expedición o transitario.

En un proyecto anterior se había redactado un artículo separado sobre las Cartas de Porte Marítimo, documento más bien novedoso que respondía a la práctica seguida principalmente en los países escandinavos. Dada la naturaleza de ese documento, el grupo de trabajo llegó a la conclusión unánime de que no se trataba de un documento que confiera la propiedad y ni siquiera de una carta de pago apropiada de mercancías, por lo que no confería ni confiere ningún derecho a las mismas.

Los comentarios formulados por las comisiones nacionales hacían ver, no obstante, que esta modalidad de transporte es limitada, sin que acabe de ser reconocida en la mayoría de mercados internacionales y sin que esté bien definida para poderla incluir en las RUU, al menos por el momento. Por consiguiente, el artículo correspondiente se suprimió.

Estos son tan sólo algunos de los numerosos problemas con que se enfrentó el grupo de trabajo en su tarea de revisión. Como miembro de dicho grupo no soy la persona más indicada para elogiar el trabajo que hemos realizado. Lo único que puedo decir es que hemos dedicado a la actual revisión mucho más tiempo que en los casos precedentes. Abrigo la esperanza de que los resultados alcanzados justifiquen el tiempo empleado.

## 3. Portavoces de la práctica internacional

## ROBERT D. WEBSTER

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América); Comisión Jurídica Bancaria de la Asociación Internacional de Abogados

Prácticamente desde sus inicios, el sector bancario ha sido una actividad comercial transfronteriza. La función de los bancos al financiar el comercio y al actuar como intermediarios que transfieren bienes y servicios les obliga a hacer frente a ordenamientos jurídicos de diversos países. Hasta hace relativamente muy poco, el desarrollo de las normas por las que se rigen las operaciones financieras multinacionales se remitía a conceptos ocasionalmente contradictorios del derecho mercantil de cada uno de los Estados y a los usos y costumbres reconocidos por los participantes. El objetivo de certeza jurídica en lo relativo a las operaciones financieras multinacionales era vago y la resolución de las controversias dependía más del pragmatismo de las contrapartes que de la posibilidad de disponer de principios legales que pudieran alegarse ante los tribunales.

En la segunda mitad del siglo XX, habiéndose dado ya el impulso necesario, se llevaron a cabo diversas medidas para materializar las reglas por las que se rige la transferencia de bienes y servicios en casos transfronterizos. La finalidad consistía en lograr una mayor certeza en la previsión de las consecuencias legales de las transacciones transfronterizas y el derecho de las partes a realizar tales operaciones financieras. Es muy amplia la gama de organismos que han emprendido tales esfuerzos. No tengo la pretensión de establecer el catálogo completo de dichos organismos o de la serie de proyectos que se han llevado a cabo. Sin embargo, citaré algunos por considerar que son representativos de los importantes esfuerzos realizados a este respecto.

# Organismos transnacionales

La CNUDMI ha emprendido toda una serie de proyectos diversos con objeto de fomentar su objetivo de reducir los obstáculos legales que obstaculizan el libre juego del comercio internacional. La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales es especialmente pertinente a estos efectos, como también lo es su Ley Modelo sobre transferencias de créditos internacionales.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha brindado una orientación sobre los sistemas de pago con la reciente publicación de un documento de trabajo titulado "Facilitación de los pagos transfronterizos: supresión de las barreras". Este documento fue preparado con la contribución de dos grupos de trabajo -el Grupo de desarrollo de sistemas técnicos de pago, formado por miembros procedentes de bancos comerciales y centrales, y el Grupo de enlace de usuarios de sistemas de pagos, constituido por representantes de bancos y consumidores. El documento de trabajo establece una serie de consideraciones destinadas a mejorar los sistemas de pagos transfronterizos anticipándose a la Unión Europea Monetaria.

Los bancos centrales de los países del Grupo de los Diez habían colaborado sobre una serie de cuestiones relacionadas con la banca comercial y, directa o indirectamente, los sistemas de pago y las transferencias de bienes y servicios. Por ejemplo, los Bancos Centrales del Grupo de los Diez constituyeron un grupo especial de alto nivel con el propósito de analizar las consecuencias de índole normativa de arreglos o acuerdos de compensación interbancaria de saldos netos. En noviembre de 1990 este grupo entregó su informe en el que se analizaban los riesgos de crédito y liquidez inherentes a los sistemas de compensación, precisándose los principios a que había que atenerse para que en tales acuerdos pudieran reducirse los riesgos de manera eficaz.

## Asociaciones de instituciones privadas transnacionales

En mayo de 1985 se constituyó la Asociación Internacional de corredores de créditos recíprocos (International Swap Dealers Association) con representantes de empresas internacionales de inversión, bancos comerciales y bancos mercantiles, con la finalidad primordial de fomentar prácticas con vistas a un mercado de intercambio de monedas o de crédito recíproco eficaz, y, a este respecto, desarrollar formas uniformes de documentación para ese producto financiero. La Asociación ha extendido sus actividades a áreas conexas, redactando, por ejemplo, un estatuto modelo por el que se autoriza a los Estados soberanos y a diversos gobiernos a participar en transacciones de intercambio monetario o crediticio.

La Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional es un organismo de la CCI compuesto por bancos tanto de países industrializados como de países en desarrollo de todo el mundo, que participan activamente en cuestiones relacionadas con las transacciones comerciales. Puede que su realización más importante haya consistido en promulgar las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU). Las RUU se han ganado un amplio reconocimiento como normas seminales por las que se rigen las cartas de crédito documentarias. Se ha previsto que la nueva versión, RUU 500, entre en vigor en 1994, esperándose que franqueará el umbral del siglo XXI.

El Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios de Nueva York (CHIPS), sin que pueda hablarse en sentido estricto de una asociación transnacional, engloba a 126 bancos con sedes en 30 países, y cada uno de ellos realiza operaciones en Nueva York. CHIPS ha desarrollado reglas y procedimientos para la efectuación de pagos interbancarios y su liquidación con arreglo al saldo neto multilateral. Ha actuado en estrecha colaboración con las autoridades bancarias de los Estados Unidos en la puesta en marcha de técnicas de control de riesgos y ha abordado de manera detallada la cuestión de la insolvencia de las contrapartes en un sistema en el que el fuero de los participantes depende de diferentes ordenamientos jurídicos. En Inglaterra se estableció en 1984 un sistema análogo, el Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Automáticos de Londres (CHAPS), para el envío de pagos incondicionales en libras esterlinas, efectuándose la liquidación el mismo día entre los bancos convenidos. Forman parte de este Sistema 12 bancos en el Reino Unido y otro en los Estados Unidos.

# Grupos especiales de instituciones privadas

El ICOM es un grupo formado esencialmente por abogados de bancos comerciales y de inversión de los Estados Unidos y el Reino Unido que han constituido un grupo especial impulsado por la Comisión de Comercio Internacional (Foreign Exchange Committee) y patrocinado por el Banco de Reserva Federal de Nueva York conjuntamente con la Asociación Británica de Banqueros. Este grupo procura desarrollar formas uniformes de documentación relativa a determinadas transacciones comerciales internacionales para ser utilizada en el mercado interbancario. En abril de 1992 se concretó un Arreglo Modelo de liquidación opcional interbancaria de saldos netos (Foreign Exchange Option Netting Agreement) con miras a la formación, ejercicio y procedimientos de liquidación destinados a opciones en divisas y trámites en caso de falta de pago. Este grupo se propone ir hacia una documentación uniforme con vistas a la liquidación de saldos netos de pago al contado y a transacciones en divisas.

La Asociación de Cámaras de Compensación de América del Norte (North American Clearing-House Organization) es un grupo sin carácter oficial constituido por bancos de los Estados Unidos y el Canadá que estudia, la posibilidad de crear una cámara de compensación dedicada a transacciones comerciales internacionales con vistas a la liquidación interbancaria de saldos netos multilaterales. Esta iniciativa se ha visto retrasada por la retirada de algunos participantes iniciales y la necesidad de resolver problemas relativos a los costes y a los compromisos a que tendrá que hacer frente. Sin embargo, se sigue adelante con la idea. Se ha constituido otro grupo análogo, la Organización Europea de Cámaras de Compensación, que se halla también en su etapa inicial.

Es necesario hacer hincapié en que estos intentos de carácter exploratorio no pretenden ser exhaustivos, sino meramente indicativos del mosaico de empresas que desarrollan toda una serie de reglas comúnmente aceptadas en lo que respecta al comercio transnacional de bienes y servicios o valores. El objetivo de todas estas iniciativas consiste en llegar a establecer una certidumbre en cuanto a los principios por los que se rigen tales transacciones. Este objetivo no es sólo conveniente desde un punto de vista comercial, sino importante para los organismos gubernamentales encargados de supervisar los negocios de los bancos y otras instituciones financieras. Estos organismos se han planteado la necesidad de establecer una base jurídica racional para las reglas y normas por las que se rige el comercio multinacional. Por ejemplo, en el informe del Comité sobre sistemas de liquidación interbancaria de saldos netos de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez correspondiente al mes de noviembre de 1990 se decía lo siguiente (párrafo 2.23):

"Cualquier sistema de compensación que prevea la liquidación de saldos netos relativos a numerosas transacciones puede reducir los costes diarios de explotación de los participantes y las necesidades ordinarias de liquidez. Sin embargo, sólo cuando las cantidades netas sean legalmente obligatorias en el caso de decisión judicial respecto a una contraparte, podrán los participantes ver que disminuyen sus riesgos reales de crédito y liquidez."

Sin disponer de una base legal segura, tales tentativas pueden acabar por ser contraproducentes. Volvamos a citar al Comité sobre sistemas de liquidación interbancaria de saldos netos de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez (párrafo 2.2):

"Pero la compensación puede también contribuir a aumentar el riesgo sistémico. Esto puede suceder si, en lugar de reducir los riesgos que realmente tienen que afrontar los participantes, lo que hace la compensación es ocultar el nivel real de los riesgos. La reducción de los riesgos reales dependerá de la solidez jurídica del sistema de compensación."

Para ser eficaz, el desarrollo de las reglas por las que se rigen las transacciones transnacionales debe basarse en la participación activa de determinado número de países. Es cierto que, como abogado, no hago sino indicar la necesidad de una técnica jurídica en el desarrollo de unas reglas que se aplicarán a numerosos países interesados. A este respecto, es especialmente importante saber si la legislación en materia de insolvencia de los países pertinentes reconocerá los acuerdos a que se llegue en el sector privado. Sin embargo, no menos importante es la participación de usuarios y participantes en los sistemas de transferencia. Desde un punto de vista legal, hay reglas que serán de muy escaso valor si rigen en un sistema que no

funcione debido ya sea a los costes o riesgos que entraña, a dificultades de índole técnica u operativa o a la resistencia de los participantes a que se llegue a configurar el oportuno sistema. El desarrollo de ese tipo de reglas puede no ser más que un ejercicio académico si tales reglas están a la merced de la aprobación de una legislación políticamente impracticable o si entran en conflicto con los objetivos o programas de los organismos reguladores.

Estas consideraciones a menudo contradictorias son las que en realidad dan validez al proceso mediante el cual los distintos organismos, oficiales y no oficiales, encaran las reglas por las que se rigen las transacciones transaccionales. Cada organismo lleva consigo su propia combinación de puntos fuertes y débiles que concurren a una misma tentativa.

Por ejemplo, las iniciativas bilaterales y multilaterales realizadas por participantes y usuarios privados de acuerdos de transferencia de bienes y servicios reflejarán los requisitos comerciales y valores del sector privado y son esenciales para cerciorarse de que las reglas por las que se rigen las transacciones pertinentes son conformes a los intereses prácticos de la plaza comercial. Regular la situación de los participantes, sin embargo, también requiere que en los acuerdos se aborden riesgos individuales y propios del sistema, de manera que las autoridades supervisoras puedan aceptarlos y respondan al interés de la política monetaria de los banqueros centrales. Más aún, tales riesgos y preocupaciones sólo pueden encararse con algún crédito cuando las reglas ideadas por las instituciones privadas llegan a ser legalmente válidas, lo que puede entrañar la adopción de medidas legislativas. Debido, sobre todo, a que pueden tener que aplicarse a muchos países, puede ser conveniente el patrocinio de organismos públicos o cuasi públicos, con objeto de mitigar las inquietudes políticas que la medida legislativa requerida puede despertar en uno u otro grupo particular de intereses. Pero, también de manera inversa, los organismos públicos o transnacionales no pueden actuar en el vacío. Las normas concebidas por tales grupos sólo tendrán valor práctico si optan por un sistema que sea ampliamente aceptado por el sector privado. Este es un objetivo que sólo se logrará si las normas reflejan las consideraciones del sector privado en lo que se refiere a capacidad tecnológica, modelos que se utilizarán, tolerancia de los riesgos, rentabilidad y necesidades en materia de capital.

La integración de esas diversas consideraciones de índole pública y privada, que a veces entran en competencia entre sí, sólo se dará en determinadas circunstancias. Los grupos que se creen para tratar cuestiones de pagos y otros sistemas de intercambio de bienes y servicios pueden incluir una representación de los diversos grupos. Esto puede ser cuestión de estructura formal, como sucedió con la Comisión de las Comunidades Europeas (CEE), que constituyó dos Grupos de enlace (el Grupo Técnico y el Grupo de los Usuarios) al desarrollar su documento de trabajo sobre el sistema de pagos transfronterizos al pormenor. También puede suceder de manera informal, como en el caso del Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios de Nueva York (CHIPS). Las tentativas paralelas por parte de la Comisión de la Reserva Federal para contener el riesgo sistémico en el sistema de pagos y las de la Cámara de Compensación de Nueva York para lograr la irrevocabilidad de los pagos encontraron un eco en las enmiendas recientemente aprobadas a las reglas del Sistema CHIPS. El proceso dio lugar a vivos debates entre el sector privado y la autoridad supervisora. Este esfuerzo de cooperación se prosiguió desde el punto de vista legislativo cuando, con el apoyo de ambos grupos, el Congreso de los Estados Unidos aprobó en 1991 una legislación en virtud de la cual se reconoció al sistema de pagos interbancarios adoptado por el Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios de Nueva York. La contribución de diversos grupos de índole pública y privada al proceso de desarrollo de normas en este ámbito puede realizarse sin que sea necesaria una cooperación estructurada, sino más bien de manera sencilla, ya que la calidad de los esfuerzos de uno de los grupos es reconocida por el otro. Por ejemplo, en el documento de trabajo de la CEE sobre la facilitación de los pagos transfronterizos mediante la supresión de barreras se decía que había que armonizar las disposiciones legales con objeto de lograr la finalidad de los pagos y suprimir la incertidumbre que puede existir en cuanto a los sistemas de pagos interbancarios. La Comisión Europea pretende que dicha armonización tenga el más amplio alcance internacional, por lo que propone recurrir particularmente al trabajo realizado por la CNUDMI al elaborar una legislación destinada al marco jurídico comunitario mínimo.

Puede que en este ámbito todos los caminos no lleven a Roma, aunque no cabe duda de que muchos de ellos sí lo hacen.

#### **UMBERTO BURANI**

Secretario General, Asociación Bancaria de la Comunidad Europea, Bruselas

Asistimos actualmente en el plano mundial a un proceso de desreglamentación general y de liberalización de los servicios. Este fenómeno es paralelo al que se sigue en el sector bancario a escala cada vez más mundial, indispensable a medida que la industria y el comercio amplían sus actividades a través de las fronteras nacionales. Esta tendencia se refleja en un movimiento que apunta a liberalizar todavía más el comercio en el sector de los servicios mediante las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT. Los bancos acogen con sumo beneplácito cualquier extensión de su capacidad para realizar operaciones a escala internacional.

La internacionalización de las actividades bancarias es de tal índole que el hecho de abrir filiales o sucursales en mercados internacionales se convierte en una actividad que les es más necesaria que nunca. Los bancos realizan considerables inversiones a este respecto y al hacerlo se basan en la legislación del país considerado, de forma que puedan establecerse en las mismas condiciones en que lo hacen los bancos nacionales. Por consiguiente, es necesario anticiparse a los cambios que intervienen en las estructuras legales que afectarán a filiales y sucursales en el país huésped pertinente, asegurándose de que tales cambios no repercutirán de manera negativa en las sucursales de otros países.

Es al mismo tiempo necesario cerciorarse de que las medidas que se adopten en aquellos países en que ya están establecidos brindan cierto grado de coherencia. Las operaciones bancarias transfronterizas son una simple operación técnica, aunque se efectúen como mínimo entre dos países. De este modo, si parte de la operación financiera está sujeta a una serie de reglas o normas en el país de origen y, por otro lado, a una legislación contradictoria en el lugar de destino, esta situación impondrá considerables restricciones a la actividad bancaria internacional y, por lo tanto, al comercio internacional.

De ahí la posibilidad de que surja un conflicto de intereses en cuanto a los requisitos corrientes relativos a la información que se presentan cuando pueden aparecer dos enfoques o planteamientos distintos como son el de los Estados Unidos y el de la Comunidad Europea (CE).

En el caso del enfoque de los Estados Unidos respecto a las instrucciones para la transferencia por cable o electrónica de fondos que recibe el corresponsal financiero al que se pide tal información o que envía el corresponsal de la institución financiera a la que se pide a otra agencia financiera extranjera solicitada, la información demandada consistirá en que se facilite el nombre, la dirección y el número de la cuenta en que deberá figurar el saldo acreedor o deudor con cargo a la institución financiera demandada; y la fecha y el importe de la operación, así como cualquier otra información que usualmente aparece en los asientos de la institución financiera solicitada de la transferencia de fondos efectuada por cable o por medios electrónicos. La finalidad que persiguen las autoridades de los Estados Unidos tiene por objeto seguir la pista del producto de delitos que puede ser lavado mediante los sistemas de comunicación o de transferencia. Dentro del marco de la legislación estadounidense relativa al secreto bancario hay toda una serie de disposiciones que se refieren a la tenencia de registros y la notificación de operaciones monetarias y del exterior. En virtud de tales disposiciones, el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos puede promulgar normas por las que se requiere a instituciones financieras específicas que lleven el registro de determinadas operaciones con agencias financieras exteriores designadas. De este modo, dicha legislación podría tener algunas repercusiones fuera de los Estados Unidos.

Este es manifiestamente el caso en las operaciones internacionales en las que, por ejemplo, ciudadanos de países europeos dan instrucciones a bancos de su país para que ejecuten un pago a una sucursal de su banco en los Estados Unidos. Como este banco tendrá que informar de la operación a las autoridades de los Estados Unidos, la sucursal europea de dicho banco tendrá que comunicar indirectamente datos que afectan a un residente europeo.

La repercusión de esa legislación podría además extenderse a las operaciones bancarias de un país europeo en Europa. En virtud del principio por el cual las monedas sólo tienen que facilitarse en su propio país, tendrán que ser comunicados a los Estados Unidos los datos oportunos cada vez que una persona que

reside en Europa desea efectuar alguna inversión en dólares a través de su banco nacional o dar instrucciones para que se abone en dólares en una cuenta de otro banco en el mismo país europeo o en cualquier otro país europeo.

El enfoque seguido por la CE es bastante distinto. La Comunidad Europea ha aprobado un instrumento para luchar contra el lavado de dinero (Directiva 91/308 del 10 de junio de 1991 sobre la lucha contra la utilización del sistema financiero con fines de lavado de dinero).

La experiencia histórica en toda Europa ha llevado a la Comunidad Europea a ser sumamente prudente a la hora de conceder a las autoridades unos poderes excesivos en lo que respecta a datos relativos a las personas. Puesto que el solo hecho de informar sobre cualquier operación financiera constituye por sí solo una infracción contra la vida privada, salvo cuando es necesario y juicioso hacerlo en razón de la seguridad pública, como se afirma en el artículo 8.2 de la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la directiva antes citada no se establece ningún requisito sistemático en materia de información para poder efectuar operaciones financieras, aunque se impone la obligación de notificar tan sólo las operaciones de las que se tenga conciencia que son sospechosas.

En la propuesta de directiva relativa a la protección de datos, la CE presta una atención especial a la intimidad de las personas, lo que puede tener a su vez cierto impacto fuera de la Comunidad Europea. En efecto, en dicha directiva se establece que los Estados Miembros dispondrán en su legislación que la transferencia a un tercer país, de manera temporal o permanente, de datos personales para ser tratados por medios informáticos o que se acopian con vistas a serlo sólo se autorizará si el país al que se destinan garantiza un nivel de protección adecuado. Con ello se podría obstaculizar gravemente el comercio, dado que la mayor parte de las operaciones bancarias internacionales que se efectúan en Europa se efectúan con ciudadanos de países que no garantizan un nivel de protección adecuado.

Los bancos tienen claro que será sumamente problemático saber si pueden cumplir con los requisitos de información de los Estados Unidos y a la vez con la legislación en materia de protección de datos y de secreto bancario de la CE. Por ejemplo, la legislación de los Estados Unidos concede al Secretario del Tesoro el poder discrecional de revelar la información facilitada en virtud de la legislación bancaria a otra agencia de los Estados Unidos, a una agencia o autoridad estatal o nacional o a una agencia de un gobierno extranjero, cuando así lo pida el jefe de tal departamento o agencia.

Teniendo en cuenta la necesidad sistemática de información en los Estados Unidos, podría tomarme la libertad de sugerir que, con arreglo a una interpretación literal de esta norma, la CE podría considerar que los Estados Unidos no garantizan un nivel adecuado de respeto de la vida privada de las personas. El resultado podría ser que se prohibiera la transferencia de datos financieros de índole personal (por ejemplo, el nombre, la dirección, el número de las cuentas bancarias) a los Estados Unidos, impidiéndose con ello la operatividad de los sistemas de pago internacionales.

Además, en la legislación estadounidense se dispone que el Secretario del Tesoro podrá prohibir la revelación de la existencia de la necesidad de informar a un corresponsal financiero extranjero designado o a cualquier otra parte o cualquier disposición relativa a dicho requisito. Sin embargo, con arreglo a la propuesta de directiva de la CE sobre protección de datos, la persona encargada de controlar el registro deberá informar a la persona a la que se refieren los datos, es decir, la persona objeto de la información, sobre el hecho de que los datos han sido comunicados.

De este modo, las sociedades europeas tendrán la obligación de informar a la persona objeto de la investigación sobre el hecho de que la información que le atañe ha sido comunicada a las autoridades estadounidenses y este será el momento en que la persona objeto de dicha investigación podrá pedir al banco que cese la comunicación, de conformidad con la Directiva Europea antes aludida. La sucursal estadounidense del banco europeo estará obligada, no obstante, a no divulgar que ha comunicado los datos. La legislación estadounidense será incapaz así de lograr su objetivo.

También podrían presentarse complicaciones con respecto a la regulación del secreto bancario. El derecho penal nacional es por lo general aplicable a las infracciones cometidas en el extranjero por nacionales contra nacionales del mismo país, por lo que surgirán dificultades en el caso de que la sucursal estadounidense de un banco establecido en un país comunitario al que se aplican las disposiciones rigurosas que rigen en materia de secreto bancario decida contratar a un banquero de dicho país comunitario. En el caso de que se facilite información sobre operaciones iniciadas en la sede de un banco europeo y relativas a un ciudadano de dicho país europeo, el banquero, al ser de la misma nacionalidad, podría verse en la necesidad de contravenir a las obligaciones dimanantes del secreto bancario a que tiene que atenerse.

Toda esta serie de conflictos manifiestos entre las disposiciones estadounidenses y las europeas pueden obstaculizar la integración de sistemas de información entre la sede europea y las sucursales estadounidenses de los bancos europeos, ya que no podrá permitirse que la sucursal estadounidense tenga libre acceso a las bases de datos de la sede europea, lo que no dejará de plantear problemas a los bancos que deseen expandir sus actividades en el plano internacional.

No cabe duda de que la lucha contra el lavado de dinero y la necesidad de proteger la vida privada de las personas son de máxima importancia tanto para los Estados Unidos como para los países de la Comunidad Europea, pese a lo cual los problemas que se plantean son muy distintos a uno y otro lado del Atlántico, del mismo modo que varían considerablemente las cuestiones que a este respecto surgen entre los Estados Unidos y Europa.

Por consiguiente, la armonización del derecho en cuestiones tan sensibles como la lucha contra el lavado de dinero y la protección de la vida privada se convierte en un ejercicio hasta cierto punto peligroso. Sin embargo la solución no está en que cada Estado siga su propio camino.

Aunque se sostiene con alguna frecuencia en los debates internacionales la necesidad de armonizar esas cuestiones y llegar a una cooperación más estrecha, hay que reconocer que raramente tales declaraciones se han puesto en práctica. Habría, no obstante, que adoptar medidas concretas para lograr alguna forma de armonización. La cuestión no consiste tanto en saber si es necesario adoptar tales medidas como en ponerse de acuerdo sobre el alcance y la forma de las mismas. Teniendo en cuenta la dificultad de conciliar los enfoques de los Estados Unidos y los de la CE, sería necesario ponerse de acuerdo en una serie de disposiciones nucleares que sean aceptadas internacionalmente y que son esenciales para luchar contra el lavado de dinero y a la vez garantizar en la mayor medida posible el derecho de las personas a su intimidad.

Una armonización mínima puede parecer una solución poco satisfactoria, pero aun así tendría al menos el mérito de brindar una solución más práctica en el plano internacional. No sé si vale la pena recordar que lo mejor es siempre el mayor enemigo de lo bueno.

#### CARLOS ZEYEN

Abogado, Luxemburgo

Dentro del período de tiempo reservado para mi disertación, quisiera dar una breve visión de conjunto sobre la manera en que la comunidad bancaria de Luxemburgo ha comprendido la unificación y armonización progresivas de la legislación mercantil internacional y lo que se considera, desde el punto de vista de Luxemburgo, como las necesidades en el futuro.

Para comenzar, permitaseme señalar que mi disertación se preparó teniendo en cuenta la información tomada de diversas instituciones financieras, junto con su organización matriz, la Association des Banques et des Banquiers de Luxembourg, así como de diferentes asociaciones bancarias (CREDIMPEX Luxemburgo, ALGAFI Luxemburgo, FOREX Luxemburgo).

Luxemburgo, que desde hace mucho tiempo se ha identificado casi exclusivamente con una industria poderosa y floreciente del hierro y el acero, y que es un Estado miembro de la Comunidad Europea, se ve

ahora, cada vez más, como un importante centro financiero internacional en el corazón de Europa, con más de 180 bancos diferentes, de los cuales el 98% son sucursales o subsidiarias de conocidos bancos extranjeros.

Aunque muchos bancos de Luxemburgo desenvuelven sus actividades en las finanzas comerciales, sobre todo facilitando créditos a corto plazo, descontando letras de cambio y pagarés para grupos de clientes, o sus compradores y suministradores, sólo un reducido número de estos bancos se ha especializado, de hecho, en el tratamiento de operaciones documentarias, cartas de crédito, etc.

Situación actual de la percepción, por Luxemburgo, de las reglas armonizadas

Puede decirse que, hoy en día, los aspectos bancarios de las transacciones transnacionales están relativamente bien organizados. Esto se debe también al hecho de que la confianza mutua entre los bancos depende en sumo grado de una red de depósitos recíprocos. Por lo general, grupos de bancos corresponsales colaboran manteniendo esos depósitos y también intercambian información sobre el mercado y el crédito.

En ausencia de reglamentos específicos, los banqueros de Luxemburgo han acogido con agrado las reglas elaboradas bajo los auspicios de la CCI y la CNUDMI como excelentes instrumentos que reflejan las necesidades de los banqueros y comerciantes, y proporcionan soluciones muy fiables en materia de pagos y transacciones transnacionales. Por ejemplo, las operaciones de créditos documentarios de Luxemburgo se rigen en un 99% por las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios de la CCI, versión revisada de 1983 (publicación CCI No. 400).

Asimismo, los banqueros de Luxemburgo se sienten sumamente satisfechos con las frecuentes actualizaciones realizadas por la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria, de la CCI, ya que se tienen debidamente en cuenta las modificaciones y mejoras de los procedimientos, el transporte y la comunicación que afectan al comercio internacional. Debo también añadir que los banqueros y comerciantes de Luxemburgo leen con gran interés los dictámenes elaborados por esa Comisión para la orientación de las partes interesadas, y toman nota de ellos.

Se puede preguntar hasta qué punto las reglas de la CCI (sobre todo la codificación de prácticas anteriores y las soluciones aplicables establecidas) no representan ya, de hecho, la *lex mercatoria*, por lo menos en cuanto a Luxemburgo.

### Futuros desarrollos

Maneras y medios de lograr la unificación

Una de las cuestiones principales es la de determinar si el perfeccionamiento de la unificación podría y debería realizarse por acuerdos internacionales vinculantes, obligatorios para todas las partes que intervienen en las transacciones, o mejorando las reglas modelo de la CCI. Una buena ilustración de la eficacia de reglas unificadas obligatorias es, por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre Letras de Cambio Comerciales de 7 de junio de 1930, incorporada en la legislación de Luxemburgo por la ley de 8 de enero de 1962.

La Comunidad Europea ha logrado unificar la legislación de sus Estados miembros con reglas obligatorias. A reserva de lo expresado en el día de ayer por el profesor Schneider sobre las diferencias conceptuales entre las finalidades y las reglas de la Comunidad Europea y la CNUDMI, el modus operandi de la CE podría, no obstante, servir de modelo, o por lo menos de inspiración, para una armonización en el plano mundial.

En este contexto, sin embargo, no debe olvidarse que armonización no significa necesariamente reglamentar en una forma restrictiva. Al igual que en la Comunidad Europea, la armonización debe tener por finalidad la libre circulación de mercancías, servicios y capital. Por otra parte, las reglas unificadas deberían tener solamente un carácter subsidiario.

# Eliminación de posibles obstáculos

Las diferencias entre las soluciones basadas en el derecho consuetudinario y en el derecho civil pueden constituir un serio obstáculo para la armonización. Todos los que ejercen en el mercado financiero de Luxemburgo han tropezado ya con este tipo de dificultad. Por otro lado, la Comunidad Europea nos muestra que, finalmente, es posible aplicar reglas unificadas al Reino Unido y a Francia.

Estimo además que, hasta cierto punto, dicha unificación de la legislación mercantil internacional no es tanto un problema jurídico como un problema relacionado con el desarrollo del sistema bancario en particular y de desarrollo en general. En realidad, unas reglas unificadas serían casi inútiles si el coparticipe potencial no tiene, por ejemplo, una moneda convertible (de derecho o de hecho).

Por lo general, se considera que es más fácil adoptar reglas unificadas en aquellas esferas jurídicas que los países suelen dejar para que las partes las determinen libremente en sus contratos, en tanto que a veces parece imposible proceder de la misma manera en aquellas otras esferas en que se aplican reglas imperativas. A mi juicio, sobre la base de mi experiencia, es evidente que las esferas jurídicas de más dificil armonización son generalmente aquellas en los que más se necesita la unificación, por ejemplo en materia de reglas sobre las quiebras.

Dado que lleva ya trabajando casi un año en asuntos relacionados con el Banco de Crédito y Comercio Internacional (BCCI), el bufete a que pertenezco ha tenido experiencias particulares sobre la falta de armonización en materia de procedimientos de quiebra e insolvencia en general. Como ustedes seguramente saben, BCCI Holdings tiene su oficina registrada en Luxemburgo y solía controlar casi todos los bancos BCCI en el mundo. A mi juicio, es imperativo tomar medidas adecuadas para eliminar las divergencias existentes entre los diferentes países.

#### Conclusión

Vamos a concluir ahora brevemente. Creo, como muchos de mis colegas de Luxemburgo, que una legislación internacional, es decir, reglamentos normativos bien ponderados, acordados por los Estados, ya sea en forma de convenciones internacionales o de leyes modelo, sería la forma más eficaz de lograr la unificación de la legislación mercantil internacional. Mi opinión personal es que la armonización debería tender a la libre circulación de bienes, servicios y capital.

El papel desempeñado por la CNUDMI es capital, y estoy convencido de que quienes ejercen en Luxemburgo se sentirían sumamente honrados al hacer una contribución dinámica a la elaboración de reglas mercantiles internacionales realistas y unificadas.

## GEORGE A. HISERT

Abogado, San Francisco, California (Estados Unidos de América); Presidente, Subcomité sobre Cartas de Crédito, Comité sobre Código de Comercio Uniforme, Asociación de Abogados del Estado de California

Me place tener esta oportunidad de hacer una pequeña contribución al gran esfuerzo que está realizando la CNUDMI para crear leyes y convenciones mercantiles que faciliten el comercio internacional. Mis observaciones tendrán por objeto principal la transmisión y las posibilidades de cesión de las cartas de crédito.

Actualmente estamos presenciando tres importantes acontecimientos relacionados con las cartas de crédito. Como hemos oído en la mañana de hoy, las Reglas y Usos Uniformes 500 (RUU 500) están casi en su fase final. En segundo lugar, la CNUDMI está trabajando en la preparación de una ley modelo o una convención sobre garantías bancarias y cartas de crédito contingentes. En tercer lugar, se encuentra en proceso de revisión, en los Estados Unidos, el artículo 5 del Código de Comercio Uniforme, que rige las cartas de crédito en la mayor parte de dicho país. Toda esta actividad refleja la creciente importancia de las cartas de crédito tanto para el comercio internacional como para el comercio en los distintos países.

Uno de los puntos debatidos con respecto a RUU 500 y a las modificaciones propuestas del Código de Comercio Uniforme en los Estados Unidos de América es el referente a la mecánica de la transmisión de cartas de crédito y la posibilidad de cesión del producto neto de las cartas de crédito. Este debate tiene su origen en el éxito mismo de las cartas de crédito como instrumento de pago. Por otra parte, los emisores de cartas de crédito desean tener un estrecho control sobre la identidad de los beneficiarios. Los emisores desean reducir al mínimo el riesgo de tener, en una misma carta de crédito, reclamaciones que compitan unas con otras. Por otra parte, los prestamistas han descubierto la conveniencia de tomar cesiones o efectuar transmisiones de cartas de crédito para apoyar la financiación del beneficiario. A menudo, los bancos se sitúan en ambos lados del debate, ya que, por lo general, son emisores de cartas de crédito, y también prestamistas a beneficiarios.

Un acontecimiento cada vez más generalizado, y que he presenciado en el ejercicio de mi profesión, es el siguiente. Normalmente, los prestamistas estadounidenses sólo prestan contra cuentas a cobrar nacionales, de Estados Unidos. En caso de ausencia de pago por el prestatario, el prestamista tiene que encontrarse en una posición que le permita cobrar eficazmente dichas cuentas, directamente de los clientes del prestatario. Los prestamistas estadounidenses normalmente son reticentes a prestar contra cuentas a cobrar de clientes que no sean de Estados Unidos, por los problemas que plantean, para el cobro, las diferencias en los sistemas jurídicos. Sin embargo, en los negocios hay un número cada vez mayor de cuentas a cobrar internacionales. Generalmente se señala que, si esas cuentas a cobrar internacionales están respaldadas por cartas de crédito, el prestamista debería estar deseoso de prestar contra la garantía de esas cuentas a cobrar. En teoría, si fuera necesario, el prestamista podría girar sobre la carta de crédito, en lugar de emprender acciones de cobro contra el cliente internacional.

En los negocios muy grandes, la estructura tradicional de las cartas de crédito no ha planteado un problema de importancia con respecto a la transmisión de las cartas de crédito o la cesión de los productos. Las partes negocian por adelantado y a menudo designan al prestamista como beneficiario directo de la carta de crédito. La dificultad surge cuando el beneficiario toma prestado contra un portafolio de cuentas a cobrar que son numerosas y en constante transformación, muchas de las cuales pueden estar respaldadas o probadas por cartas de crédito comerciales. En muchos casos no es posible hacer figurar al prestamista del beneficiario como el beneficiario directo de cada carta de crédito. En primer lugar, hay gastos administrativos. En segundo lugar, los prestamistas pueden cobrar por toda la duración de la carta de crédito. En tercer lugar, los beneficiarios son reticentes a revelar sus arreglos financieros a sus clientes. Incluso si un beneficiario está dispuesto a ceder una carta de crédito, el artículo 46 de RUU, en su versión propuesta, pone varios obstáculos. De hecho, en el proyectado artículo 46, la palabra "transmisible" significa en realidad, desde el punto de vista del prestamista, "no transmisible sin dificultad considerable".

Los prestamistas, desde luego, pueden tomar una cesión del producto de la carta de crédito. Sin embargo, la conversión de la cesión del producto en un derecho del prestamista a recibir el pago directo sobre la carta de crédito puede ser dificil. En los Estados Unidos, muchos emisores de cartas de crédito son renuentes a pagar a quien no esté designado como beneficiario, a menos que se llenen los formularios propios del banco relativos a las cesiones de productos. Además, el cesionario del producto suele tener poca protección ya que el emisor no está obligado a comunicarle las modificaciones, incluso la anulación, de una carta de crédito. Desde el punto de vista del emisor, el proceso de tomar una cesión del producto debe estructurarse de modo que los beneficios de la cesión no puedan dejarse sin efecto por la acción del beneficiario.

Los emisores de cartas de crédito tienen el legítimo interés de no verse atrapados en medio de una controversia entre el beneficiario y una o más personas que aleguen ser cesionarias. Estas preocupaciones son legítimas, pero no insuperables. El Comité sobre Código de Comercio Uniforme de la Asociación de Abogados del Estado de California introducirá próximamente, en California, una legislación que tratará cuestiones similares con respecto a los derechos reales de garantía o gravámenes sobre cuentas de depósitos bancarios. Con respecto a las cuentas de depósitos bancarios, los bancos habían expresado inicialmente su preocupación por el temor a verse atrapados en el medio de conflictos entre depositantes y uno o más cesionarios del depósito. Estimo que hemos trabajado sobre estas cuestiones hasta hallar una solución. El hecho de que una estructura similar pueda transferirse al contexto de las cartas de crédito está aún por ver.

Puesto que un número cada vez mayor de prestatarios con cuentas a cobrar internacionales trata de tomar préstamos en base a la seguridad de esas cuentas a cobrar y de cartas de crédito conexas, los prestamistas tratarán, cada vez en mayor grado, de hallar una forma de obtener cesiones apropiadas y seguras de cartas de crédito, y estas cuestiones sólo han comenzado a tratarse. Habrá que hallar una solución que satisfaga las legítimas preocupaciones de los emisores y los prestamistas.

# 4. Tribuna pública

#### HOSNY HASSAN AL-MASRY

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad de Kuwait, Kuwait

Debo comenzar por expresar lo honrado que me siento al tomar la palabra en este importante Congreso, y, con agrado, expreso mi optimismo en lo tocante a la unificación de la legislación mercantil internacional al aproximarse el nuevo siglo. Este optimismo se debe al hecho de que los científicos y especialistas en derecho mercantil internacional de diferentes partes del mundo se han reunido aquí para convertir en realidad el objetivo deseado de este Congreso, que es la unificación de la legislación mercantil internacional.

En cuanto a la elaboración, por la CNUDMI, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, estimo que esto no constituirá obstáculo alguno para la adopción de cualquier otra convención internacional sobre la transferencia electrónica de créditos. La Convención primeramente mencionada se refiere a los títulos internacionales negociables (escritos), con excepción de los cheques, en tanto que la otra trataría de los títulos que no se emiten en forma de papel, por ejemplo las operaciones bancarias automatizadas, o por facsimil, o cualquier otro título de esta naturaleza. No habrá contradicción entre los dos títulos porque las garantías aplicables a las letras de cambio y los pagarés de acuerdo con la Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés no se harán extensivas a los títulos objetos de transferencia electrónica de crédito. Esto es así porque los títulos comerciales de la primera categoría se transmiten por endoso, lo que, según se considera, requiere la firma de los endosantes. En este caso, la responsabilidad solidaria colectiva de los firmantes representa una importante garantía para los tenedores de los títulos y los autoriza a recibir su valor en tiempo oportuno. Además, los títulos están sometidos a las reglas de la garantía de reserva cuando requieren la firma del garante de reserva; en cambio, no todas las garantías son aplicables a las transferencias electrónicas de créditos, habida cuenta de la situación actual en las concertaciones mercantiles internacionales.

No obstante, pueden hacerse dos observaciones con respecto a la Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés.

Primero, considero que no era necesario establecer en el artículo 1, párrafo 1, el requisito de que se escriba en el encabezamiento de la letra de cambio la expresión "Letra de Cambio Internacional (Convención de la CNUDMI)" y que, además, la misma expresión aparezca en su texto. A mi juicio basta con que aparezca en el encabezamiento de la letra de cambio, y debió haberse evitado que apareciera en el texto. En cuanto a los negociantes que intervengan, deberá recordárseles que deben observar las reglas de la Convención.

Esta opinión se basa en las reglas de la Convención de Ginebra de 1930, que sólo establece la identificación del título, si es una "letra de cambio" o un "pagaré". Esta solución parece ser flexible y sencilla en lo que respecta al texto de los documentos comerciales. Igualmente, la solución que apoyamos evitará toda decisión en cuanto a la nulidad de las letras de cambio y pagarés de acuerdo con la Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés, cuando dicha mención no se incluye en el texto de la propia letra de cambio. Es bien sabido que una decisión de nulidad en este caso iría en perjuicio del tenedor de buena fe. Lo mismo cabe decir en cuanto al artículo 2, párr. 1, relativo a los pagarés.

Segundo, puesto que se tenía la intención de unificar la legislación mercantil internacional, se espera que habrá un amplio campo para la aplicación de la Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés. Esto podría hacerse (como una enmienda propuesta) prescribiendo en la Convención que ésta sea aplicable a los casos

en que exista el consentimiento expreso de las partes que intervienen en una letra de cambio o pagaré. Por estos casos habrá de entenderse aquéllos en que no se cumplan las condiciones de aplicación de la mencionada Convención, por ejemplo, cuando una de las partes pertenezca a un Estado que no sea parte de la Convención.

En conclusión, veo con agrado los esfuerzos realizados por los responsables de la CNUDMI y les felicito por su trabajo destinado a la unificación de la legislación mercantil internacional.

#### PROFESOR CARL FELSENFELD

Universidad de Fordham, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América)

Me place tener la oportunidad de dirigirme a esta reunión.

Me uno a Carlos Zeyen, de Luxemburgo, para sugerir a la CNUDMI que considere la realización en el futuro de algún trabajo en materia de quiebra internacional. No esperaba oír hablar al Sr. Zeyen; por otra parte, no es una coincidencia que él y yo hablemos sobre el mismo tema, porque la quiebra internacional está extendiéndose, y convirtiéndose en un problema cuyo tratamiento se hace cada vez más urgente en todo el mundo. Muchas compañías se declaran en quiebra en un Estado, en una jurisdicción, pero tienen también bienes en otras jurisdicciones, y el problema se plantea solamente por el hecho de que existe un conflicto entre esas dos jurisdicciones. El Estado en que se declara la quiebra probablemente reclame, o intente reclamar, la jurisdicción sobre esos bienes como parte de la masa de la quiebra, y reclamará su competencia para distribuirlos entre los acreedores. Por otra parte, el otro Estado, aquél en el que están situados los bienes, seguramente reclamará la jurisdicción sobre esos bienes sencillamente porque están situados allí, y alegará que tiene derecho a determinar el destino de los mismos.

Es precisamente la naturaleza de estas reclamaciones en conflicto lo que me lleva a hacer esta propuesta a la CNUDMI. Como también dijo el Sr. Zeyen, considero que no es práctico pensar en armonizar las leyes de quiebra de esas diferentes jurisdicciones: en la evolución de la legislación internacional, simplemente estamos demasiado lejos del momento en que podríamos esperar que los países adopten leyes de quiebra similares como un medio para estimular el comercio internacional. Sin embargo, en materia de quiebra internacional podemos simplificar el problema llevándolo a un nivel en que su solución sea mucho más fácil, y sugiero a la CNUDMI que trabaje sobre esta materia. Es decir, debe considerar el Estado en que están situados los bienes por oposición al Estado en que se declaró la quiebra, y tratar de responder a la cuestión de la manera de tratar esos bienes. ¿Deben tratarse de acuerdo con la ley de la jurisdicción en que se declaró la quiebra como un sector centralizado? ¿Deben, en cambio, tratarse esos bienes de acuerdo con la ley del Estado en que están situados? En este último caso, si deben tratarse de acuerdo con la ley del Estado en que están situados, ¿deberá aplicárseles la legislación de este Estado sobre la quiebra? ¿Deberá quizá aplicárseles la legislación general de dicho Estado sobre las relaciones entre acreedores y deudores?.

En los Estados Unidos tenemos, desde luego, una compleja serie de leyes relativas a las relaciones entre deudores y acreedores, basadas en el desafortunado principio de "primero en tiempo primero en derecho", como resultado de lo cual se produce una complicada situación en la que los acreedores compiten por los bienes. ¿Es esa la manera adecuada de tratar los bienes? ¿O deberá, quizá, ser posible hallar una solución en la cual el Estado en el que se declaró la quiebra y el Estado en que están situados los bienes actúen combinadamente, método que se ha tratado de establecer en distintas ocasiones? Sé que, al haberse agravado el problema, otras organizaciones lo han examinado y han tratado de llegar a acuerdos al respecto, y que se han escrito algunos artículos sobre esta materia; no obstante, solicito de la CNUDMI que, como parte de sus trabajos futuros, preste la debida atención a este problema de la quiebra internacional en el sentido limitado que he propuesto.

Documento leído por el Secretario de la CNUDMI a nombre del profesor Alejandro Garro, Universidad de Columbia, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América)

Es indudable que los derechos reales de garantía en la propiedad móvil desempeñan un papel importante en un sistema crediticio. Un sistema moderno y fiable de leyes para la garantía de la propiedad personal es un medio eficaz para reducir el costo del crédito, y la reducción de los riesgos que corren los acreedores en los préstamos repercute en beneficio tanto de los deudores como de los acreedores. La modernización y la flexibilidad en la legislación sobre las transacciones garantizadas han recibido especial atención en algunos países a nivel nacional, y es un tema que ha suscitado el interés de algunas organizaciones internacionales en años recientes.

El esfuerzo más ambicioso realizado hasta el presente ha sido el de la CNUDMI, que en 1968 autorizó al Secretario General a llevar a cabo un estudio comparativo de la legislación sobre los derechos reales de garantía de la propiedad personal. De acuerdo con las conclusiones formuladas por la CNUDMI en 1980, las complejidades de este sector de la legislación y las diferencias entre los sistemas jurídicos son de tal magnitud que desalientan, por lo menos de momento, todo esfuerzo dirigido a la armonización internacional de la legislación sobre los derechos reales de garantía de la propiedad personal. Normalmente se admite que los esfuerzos realizados hacia la armonización de las diferentes soluciones jurídicas tendientes a una financiación garantizada requeriría una gran dedicación y cantidad de recursos, por lo que no es lógico emprender tal tarea a menos que esos esfuerzos sean importantes para la comunidad comercial afectada por las deficiencias de las leyes nacionales, y por la aplicación de soluciones divergentes a cuestiones de política que son similares. Sin embargo, no siempre es fácil demostrar la necesidad de modificar la ley, y la ventaja de la armonización no es una cuestión que despierta interés en los círculos comerciales. Es un cometido de la CNUDMI señalar a la atención de quienes resultan afectados por la indisponibilidad, o, en su caso, los altos costos, del crédito, cómo una reforma de la legislación en el contexto de los esfuerzos tendientes a una unificación, puede facilitar las transacciones crediticias y fomentar el comercio internacional.

Sostengo que la cesación, por parte de la CNUDMI, de la intervención en los trabajos destinados a la unificación de la legislación sobre la garantía de la propiedad personal no puede encontrar una justificación, desde el punto de vista de la motivación, sobre la base de las diferentes soluciones conceptuales relativas a los derechos reales de garantía adoptadas por países que tienen tradiciones jurídicas diferentes. Después de todo, es precisamente las grandes divergencias entre los sistemas jurídicos, muchas de las cuales se deben a una mera inercia intelectual, lo que realza el valor de los trabajos de la CNUDMI. Un motivo de mayor peso por el cual la Comisión expresó no estar dispuesta a continuar los trabajos podría haber sido que, en aquel momento, llegó a la conclusión de que la unificación no era necesaria a escala mundial. Es razonable suponer que los trabajos de armonización tendrán una mayor probabilidad de éxito cuando se trate de jurisdicciones que tengan fronteras comunes y patrones socioeconómicos similares, y cuando cada una de ella esté familiarizada con la concepción jurídica de las demás. Sin embargo, en las cuestiones relativas al derecho mercantil, hay más probabilidades de obtener los beneficios de la armonización si esos esfuerzos se realizan a escala mundial, por lo menos si muchos países, tanto los que se encuentran en desarrollo como los industrializados, y tanto los que se basan en el derecho consuetudinario como en la ley civil, continúan manteniendo importantes relaciones comerciales unos con otros. Según mi experiencia en materia de legislación sobre los derechos reales de garantía de la propiedad personal en América Latina, un crédito garantizado, en la medida en que ello sea posible, está generalmente vinculado con los bienes inmuebles urbanos y las grandes propiedades rurales. Las transacciones garantizadas por mercancías son de poca utilidad. Esto puede ser así por varias razones, incluida la falta de sistemas de archivos adecuados, capaces de rastrear los derechos reales de garantía de los bienes muebles, la falta de reglas de prioridad claras, adaptadas a la conveniencia económica, un procedimiento ejecutivo lento y trabajoso, y lagunas estructurales en la legislación vigente. Esas deficiencias limitan el volumen del crédito disponible para las transacciones económicamente productivas y en cierta medida reducen las posibilidades globales de crecimiento económico en el contexto del comercio internacional, la integración regional y el desarrollo.

En este foro estamos reunidos para discutir las perspectivas de una legislación comercial uniforme en el siglo XXI. Propongo que los trabajos de la CNUDMI para la armonización y unificación de la legislación sobre la garantía de la propiedad personal se reactiven, de ser posible antes de que termine el presente siglo.

El impulso para la normalización, inicialmente imprimido por la CNUDMI, fue continuado con los valiosos trabajos realizados por UNIDROIT en materia de arrendamiento y cobro de cuentas ajenas en financiación internacional, y por el actual proyecto destinado a la reglamentación internacional de los derechos reales de garantía en equipo móvil. No debe permitirse que este impulso desaparezca. Aprovecho esta oportunidad para señalar que estos trabajos son una prueba fehaciente de la necesidad y la factibilidad de las actividades de unificación confiadas a la CNUDMI, con respecto a los derechos reales de garantía de la propiedad personal.

## B. Intercambio electrónico de datos

# 1. El comercio electrónico y la legislación

#### AMELIA H. BOSS

Profesor de Derecho, Escuela de Derecho de la Universidad de Temple, Filadelfia, Pensilvania (Estados Unidos de América)

Aunque el tema para este Congreso de la CNUDMI es el derecho mercantil internacional en el siglo veintiuno, estuviésemos actuando sin el debido cuidado si no formuláramos la cuestión fundamental del aspecto que tendrá el comercio internacional en el siglo veintiuno. Me permito señalarles que los esquemas del comercio internacional han cambiado radicalmente en el poco tiempo que ha transcurrido desde la creación de la CNUDMI, y que seguirá cambiando de tal manera que podrá constituir un desafío esencial tanto para nuestras actuales estructuras jurídicas nacionales como para el código de comercio internacional que se está elaborando, y que es el tema de este Congreso.

Uno de los cambios más fundamentales que se ha producido en este siglo es la introducción y uso de la computadora (y de las tecnologías electrónicas en general) en el mercado comercial. Cada vez en mayor grado, las compañías activas en el comercio internacional están empleando computadoras y tecnologías electrónicas que ofrecen una diversidad de funciones en el entorno comercial, con el fin de conservar informaciones que son vitales para el desenvolvimiento de la compañía, así como para supervisar la producción, los inventarios y las finanzas. Los atributos de la tecnología electrónica -velocidad, aptitud para almacenar grandes cantidades de información, aptitud para transmitir y reproducir exactamente la información, y aptitud para ganar acceso, integrar y manipular rápida y fácilmente un gran volumen de datos- se combinan para proporcionar cuantiosos beneficios a los usuarios de esa tecnología. Los usuarios se percatan de que al no tener necesidad de volver a introducir una misma información se gana en exactitud; una mayor velocidad se traduce en la eliminación de costes al poder trabajar con un inventario más reducido; al no tener que volver a introducir y tratar manualmente los datos se reduce el coste de personal; además, una mayor capacidad de almacenamiento de la información, combinada con la posibilidad de ganar acceso a grandes cantidades de datos, integrarlos y manipularlos con facilidad permite la consolidación de las operaciones de los diferentes departamentos de un negocio, lo que repercute en operaciones más eficaces y una mayor integración de las funciones del negocio.

La utilización de la tecnología de la computadora no se limita, sin embargo, a las funciones interiores de una compañía. Se están utilizando computadoras para comunicaciones exteriores a la compañía (con suministradores, clientes, transportadores, financieros, bancos, aseguradores) en comunicaciones de unas compañías con otras. El intercambio electrónico de datos (EDI), que se define como el intercambio de información de una computadora a otra en formatos predeterminados, se está utilizando en transacciones comerciales usuales, ya que las compañías se dan cuenta de que el empleo de comunicaciones electrónicas, con la consiguiente eliminación del papel, se traduce en una reducción de los costes de comunicación y almacenamiento, así como en una mayor velocidad al establecer y ejecutar la transacción. Al mismo tiempo que las compañías se van dando cuenta de las ventajas que ofrece el comercio electrónico, tanto dentro como fuera de la misma, los usuarios están reconociendo que disfrutan de una prerrogativa en la competencia en el mercado, y que, cada vez en mayor medida, la utilización de tecnologías tales como el intercambio electrónico de datos se está convirtiendo en una necesidad para hacer frente a la competencia. En la industria automotriz de los Estados Unidos, por ejemplo, ningún fabricante importante hará negocios con alguien que no emplee el intercambio electrónico de datos.

Aunque es imposible prever todas las implicaciones que las tecnologías electrónicas pueden tener en los mundos político y cultural del futuro, es evidente que la utilización de esas tecnologías en el plano comercial ha producido tres grandes efectos en las relaciones comerciales, los que, no cabe duda, continuarán en el siglo veintiuno. En el día de hoy tengo el propósito de describir estos tres efectos y, seguidamente, discutir la manera en que nuestra legislación comercial internacional podría reaccionar para conseguir la armonía y la uniformidad que son críticas para la obtención de una mayor facilidad en el comercio internacional y la eliminación de barreras comerciales artificiales.

En primer lugar, la utilización de las tecnologías electrónicas para organizar, comunicar, almacenar y tratar datos está cambiando esencialmente el modo en que las compañías realizan sus operaciones comerciales. Las conexiones de computadora a computadora no son simplemente sustitutos de las comunicaciones sobre un soporte de papel; actualmente están conduciendo a una reorganización interna de las operaciones de las compañías y a la reestructuración de sus relaciones con las compañías con que ellas contratan.

En una situación del tipo "justamente a tiempo", se puede programar la computadora de un fabricante para que supervise la necesidad de los diversos artículos que forman un inventario, durante el proceso de fabricación, y emita electrónicamente órdenes de compra cuando los niveles de inventario para los distintos artículos alcancen determinados valores. Estas órdenes electrónicas de compra se transmiten al suministrador, cuya computadora puede generar inmediatamente una orden electrónica de envío, que es ejecutada, también inmediatamente, por el almacén del suministrador. Ninguna persona habrá supervisado ni aprobado esta transacción. En una situación algo diferente, que pudiera denominarse "respuesta rápida", se puede programar la computadora del suministrador para que supervise el inventario de su cliente y, cuando los niveles del inventario desciendan por debajo de ciertos valores previamente establecidos, genere órdenes electrónicas de envío, que se efectuarán cuanto antes. En este caso no se habrá negociado ningún contrato específico para la compra de esas mercancías. De hecho, en muchos aspectos, las fronteras entre los sistemas de computadoras del suministrador y del cliente han perdido toda su importancia. De este modo, la introducción de tecnologías de comunicaciones electrónicas en la esfera comercial puede cambiar fundamentalmente el modo en que las compañías efectúan sus transacciones, y ponen en tela de juicio nuestro marco jurídico en lo que respecta al análisis de la creación y la naturaleza de las transacciones comerciales exigibles.

En segundo lugar, a medida que las compañías utilizan en mayor medida las tecnologías de comunicaciones electrónicas, surge una nueva industria de servicios. Los antiguos medios de comunicación han dado lugar a compañías que se han encargado de la transmisión de mensajes de una parte interesada a otra: por ejemplo, empresas de correos, de telecomunicaciones, y sistemas postales, telegráficos y telefónicos. Sin embargo, en la mayoría de estas situaciones, la responsabilidad de las compañías transportadoras de información se ha limitado al transporte de los mensajes. El crecimiento de las tecnologías de las comunicaciones electrónicas ha traído consigo una nueva industria de servicios: los proveedores terceros o redes de valor añadido. Estos proveedores o redes hacen algo más que una mera transmisión de datos. Incorporan un valor al realizar funciones tales como la conversión de protocolos; servicios de almacenamiento, transmisión y recuperación; traducción de formatos; rastreo, notificación de entrega e informes de integración de mensajes; servicios de retención de registros; capacitación y consultas para la implantación del servicio; mejoras de la seguridad; y desarrollo de bases de datos. Estas compañías, a su vez, intercambian información entre sí en beneficio de sus clientes, creando una infraestructura que es parte integrante de un sistema eficaz de comunicaciones electrónicas internacionales.

Estos proveedores de servicios desempeñan un papel importantísimo, pero aún no examinado, en el transporte electrónico de datos comerciales y en la facilitación del comercio internacional. Aunque el GATT y otras organizaciones internacionales están considerando los aspectos de reglamentación y otros factores normativos relacionados con el comercio de servicios (incluidas las telecomunicaciones y servicios conexos), sólo pocas de ellas han comenzado a preocuparse por los aspectos jurídicos y prácticos que afectan a esta industria de servicios que está surgiendo.

La tercera repercusión importante de la introducción y la mayor utilización de medios electrónicos es la aparición de un nuevo tipo de propiedad con valor comercial. En el pasado, los principales tipos de transacciones comerciales internacionales comprendían la compra, financiación, transporte y pago de mercancías y servicios. En los últimos decenios hemos observado una disminución del peso de los contratos relativos a mercancías en el comercio internacional, y un aumento del peso de los contratos sobre servicios. Asimismo, estamos comenzando a presenciar otro cambio: la evolución de transacciones que tienen por objeto, no mercancías o servicios, sino información. Esto ha hecho que muchos consideren que estamos en la "era de la información". Y mucha de esa información se trata, almacena y transmite electrónicamente.

El hecho de que, en esta "era de la información", la información se haya convertido en un producto comercial valioso y muy apreciado nos obligará, en el futuro, a reexaminar la naturaleza de los derechos de propiedad y su aplicación a esta nueva especie de propiedad que está surgiendo. Ya, en el plano internacional, la importancia de la información como un artículo comercial se ve en convenios internacionales tales como el Convenio de Berna sobre los derechos de autor. Sin embargo, el Convenio de Berna no trata fundamentalmente más que un solo aspecto de lo que puede considerarse derechos de propiedad en materia de información: la facultad de los "no propietarios" a copiar esa información.

La facultad de controlar la copia de la información no es el único derecho que puede reclamarse en materia de información. Existe, por ejemplo, el derecho de controlar el acceso a la información, un derecho que adquiere una importancia particular en una sociedad computadorizada. Puesto que importantes datos comerciales, que pueden tener valores independientes porque revelan información relativa a la compra, venta u otra actividad comercial de una compañía, pasa a través de múltiples manos, y pueden ir a parar a las de terceros, el derecho de controlar el acceso a esa información, combinado con el derecho de controlar su uso y revelación, adquiere una importancia capital.

En nuestra legislación falta, hoy en día, un análisis coherente de estos derechos, relativos a la información, como una propiedad. Es cierto que existen algunas esferas en que la información goza de una protección, además de la relativa a los derechos de autor antes mencionada. Sin embargo, el reconocimiento de que la información merece protección puede dar lugar a la imposición de medidas de control administrativas o legales que, en último término, interfieran con la utilización de tecnologías de comunicaciones electrónicas como un medio para efectuar transacciones comerciales internacionalmente.

Un ejemplo de esto es la imposición de medidas de control para proteger la confidencialidad de datos personales, por medio de iniciativas tales como las Directrices propuestas de la CE que regulan las transmisiones transfronterizas de datos personales. Estas iniciativas, si bien fueron concebidas con la encomiable finalidad de proteger la intimidad de personas que, individualmente, no negociarían para evitar así que se revelara dicha información, podrían tener el efecto final de prohibir la transferencia comercial legítima de información de un país a otro. Un banco que desee enviar información de cuentas a un centro de computadoras en otro país con la legítima finalidad comercial del tratamiento electrónico, por ejemplo, podría infringir esos reglamentos. En consecuencia, toda estructura jurídica que se cree con el propósito de regular los derechos de propiedad a los datos, o los atributos comerciales de los datos, debe analizarse para evaluar hasta qué punto facilita el comercio internacional.

Lo que estamos presenciando, y continuaremos presenciando en el siglo veintiuno es el crecimiento y la maduración del comercio electrónico, donde la información se almacena y transmite electrónicamente; donde una infraestructura mundial de compañías de transporte de datos y proveedores de servicios se está desarrollando para apoyar ese comercio; donde, cada vez en mayor medida, la propia información electrónica es objeto de operaciones comerciales. El desafío a que estamos enfrentados en este siglo (como preparación para el próximo) consiste en integrar este comercio electrónico en nuestro creciente marco jurídico internacional.

El desafío representado por la elaboración de respuestas jurídicas apropiadas, en el nivel internacional, a las cuestiones planteadas por el crecimiento del comercio electrónico es un desafío muy diferente de aquél al que estábamos enfrentados con respecto a otras esferas del comercio y el tráfico internacional, como la venta, transporte y financiación de mercancias. En esas esferas, la mayoría de los países tenían establecido un régimen jurídico que regía esas transacciones a nivel nacional (por oposición al nivel internacional). Por el hecho de que tenemos culturas jurídicas diferentes, los distintos regímenes jurídicos eran a veces contradictorios. El desafío consistía, por tanto, en reconciliar estos sistemas jurídicos divergentes, que trataban

en formas distintas las cuestiones que se presentaban, y desarrollar un marco internacional que armonizara y conformara las leyes de los distintos países.

El desafío en la esfera del comercio electrónico es radicalmente diferente. En esa esfera, todos los países, tanto los industrializados como los aún no industrializados, tanto los que basan su sistema jurídico en el derecho consuetudinario como los que lo basan en la ley civil, incluso países de diferentes tradiciones culturales y jurídicas, tienen un importante elemento en común: ninguno de ellos ha desarrollado aún una estructura jurídica amplia que rija el comercio electrónico. En consecuencia, el desafío consistirá en tomar países con recursos económicos divergentes, países de diferentes tradiciones culturales y jurídicas, y reunirlos de modo que realicen análisis comunes de problemas que nunca antes se habían tratado, y estudien sus soluciones.

Es importante que los países, juntos, estudien estos problemas y sus soluciones, desde el principio, a fin de que lleguen a entendimientos comunes como una base sobre la cual se pueda construir un sistema universal. Si no se procede de esta manera, cada sistema nacional puede reaccionar o responder a estas cuestiones y problemas de una manera peculiar, según su idiosincracia, lo que dificultaría futuros intentos de unificación. Existe una magnífica oportunidad de fomentar y desarrollar un entendimiento común entre los países, antes de que las leyes y las actitudes de las diversas naciones hayan ido demasiado lejos en su desarrollo y hayan cristalizado. Además, puesto que la esfera del comercio electrónico propiamente dicho se está desarrollando rápidamente, tenemos la oportunidad de asegurarnos de que la legislación se desarrolle a medida que se vayan desarrollando las prácticas, y de que florezca el espíritu de participación, que es la base de toda empresa comercial.

Aunque actualmente se carece de un marco jurídico desarrollado, nacional o internacional, para guiar la conducción del comercio electrónico, éste se está desarrollando, y lo está haciendo plenamente. Se considera que las ventajas del comercio electrónico son tan grandes, que las compañías han emprendido la implantación de tecnologías de comunicaciones electrónicas a pesar de las dificultades que plantea la determinación de la eficacia y los efectos legales de las transacciones electrónicas. En los Estados Unidos de América, antes de entrar en vigor el artículo 4 del Código Comercial Uniforme, algunos días se enviaban electrónicamente más de 3 billones (3 x 10<sup>12</sup>) de dólares de EE.UU., pese a que no había ninguna estructura jurídica que rigiera esas transferencias de fondos. De manera similar, las compañías están implantando el intercambio electrónico de datos en otros sectores del comercio pese a la inexistencia de una orientación jurídica clara. Es evidente que el mundo del comercio electrónico ha avanzado. El desafío de hoy en día es activar el proceso de reforma de la ley internacional para que se reconozcan estas importantes prácticas comerciales y se facilite el comercio internacional proporcionando un marco jurídico con arreglo al cual las partes puedan estructurar sus transacciones.

¿De qué modo han podido los negociantes estructurar sus transacciones a nivel nacional e internacional en ausencia de una estructura jurídica vigente? Muchos lo han hecho creando su propia ley. Así, por ejemplo, muchos copartícipes comerciales que intercambian información electrónicamente o realizan operaciones comerciales electrónicamente conciertan acuerdos de intercambio (o acuerdo entre copartícipes comerciales) en los cuales convienen las reglas de conducta que regirán sus transacciones. En el decenio pasado se presenció la proliferación de esos acuerdos de intercambio modelo.

Otros copartícipes comerciales que realizan operaciones mercantiles electrónicamente lo hacen mediante un intermediario (o a través de un sistema) que impone reglas de conducta a todos los participantes. Un ejemplo de esto es el sistema SWIFT que tiene un extenso conjunto de reglas a las cuales deben ajustarse los bancos que son miembros del mismo y utilizan sus sistemas. De manera similar, el sistema de reserva de plazas en líneas aéreas SABER se ajusta a un complejo conjunto de reglas establecidas en un manual utilizado por todos los participantes.

Existen también otros copartícipes comerciales que establecen sus propias reglas, para lo cual buscan un tratamiento especial legal o reglamentario dentro de un determinado país. Así, el Banco Mundial, que emite anualmente un valor de aproximadamente 11.000 millones a 12.000 millones de dólares de EE.UU. en bonos para financiar préstamos a países en desarrollo, emite aproximadamente la mitad de esos bonos en

forma electrónica. A fin de asegurarse de las reglas jurídicas que rigen esas emisiones, el Banco Mundial toma contacto con los organismos de reglamentación de los países afectados para que adopten estas emisiones electrónicas del Banco Mundial o modifiquen su estructura jurídica a fin de ajustarla a dichas emisiones electrónicas.

Aunque pudiera parecer que las partes que actualmente aplican el comercio electrónico están desenvolviéndose bien sin que se les imponga un régimen legal de ningún tipo, tal apariencia no coincide con la realidad. Muchas entidades comerciales, por una u otra razón, no están en condiciones de procurarse los métodos de autorreglamentación mencionados anteriormente. O, en la medida en que dichas entidades utilizan esos métodos de autoreglamentación, la incertidumbre en el aspecto jurídico, y la necesidad que de ella resulta de negociar o volver a crear una estructura jurídica para cada operación, repercuten en un aumento de los costes del ejercicio del comercio, o de los costes de las operaciones. En un ejemplo más visible, el del Banco Mundial, los costes de las operaciones necesarias para conseguir un tratamiento jurídico especial en cada país repercuten en un aumento de los costes de financiación para los países en desarrollo.

Hay varias maneras de responder, desde un punto de vista jurídico, a los desafíos del comercio electrónico.

La primera consiste en permitir que las empresas comerciales establezcan su propia reglamentación. Pero, como se ha dicho anteriormente, existen límites a la aptitud de la industria para proceder de esta manera. Los acuerdos de intercambios, por ejemplo, son de utilidad limitada, ya que dependen del acuerdo a que lleguen las partes y no pueden obligar a quienes no intervengan en el contrato. Además, no resultan prácticos en un entorno electrónico abierto en el que las personas comienzan a efectuar operaciones comerciales electrónicamente sin que haya existido una relación comercial previa. Una autoreglamentación no es suficiente para eliminar requisitos legales y administrativos tales como los de escritura y firma, que funcionan como barreras comerciales al comercio electrónico.

La segunda manera posible de responder a los desafíos del comercio electrónico es la de dejar transcurrir cierto tiempo y ver qué respuestas se producen a nivel nacional, antes de intentar pasar al nivel internacional. Esto tiene el inconveniente de permitir que una multiplicidad de estructuras jurídicas diferentes rija el comercio electrónico, lo que redundará en una mayor dificultad para los futuros intentos de unificación.

La tercera manera posible de responder al desafío que plantea el comercio electrónico consiste en abordar esta cuestión sector por sector: estudiar la utilización del comercio electrónico en cada industria o en cada sector del comercio internacional y establecer un régimen legal para cada uno. En cierta medida, este método se está siguiendo. La CNUDMI, por ejemplo, acaba de aprobar la Ley Modelo sobre Transferencia de Créditos Internacionales, que tratará la transferencia electrónica de fondos. Aunque este método ofrece ventajas, tiene también inconvenientes: el hecho de descender a un tratamiento para cada una de las industrias nos priva de un tratamiento coherente, racional de las cuestiones, que comprenda todos los sectores e industrias. Unas compañías que exploten varios sectores pueden encontrarse con que diferentes aspectos de sus operaciones se rigen por reglas que podrían estimarse incoherentes.

Una cuarta y última manera (actualmente en estudio por la CNUDMI) consiste en examinar la naturaleza fundamental del comercio electrónico y tratar de identificar temas comunes, así como de elaborar resoluciones apropiadas que podrían aplicarse después de forma global o sectorial.

Tanto en el caso de que la respuesta al comercio electrónico sea sectorial, como aquél en que tenga una base más amplia, la duda que nos asalta es: ¿cuál ha de ser esa respuesta? Como mínimo, todo proyecto de revisión de la legislación en materia de comercio electrónico debe tratar de eliminar la actual predisposición a la utilización de transacciones que emplean como soporte el papel. Como ejemplo de este tipo de solución, en algunos convenios internacionales se ha comenzado a redefinir términos que tradicionalmente se basaban en el papel, tales como escritura, o firma de documento, de modo que incluyan tecnologías de comunicaciones electrónicas como télex, telegrama o intercambio electrónico de datos (EDI). Un ejemplo lo constituye el Convenio de las Naciones Unidas sobre las Obligaciones de los Operadores de

Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (adoptado el 19 de abril de 1991) que redefine un documento como "cualquier formulario que mantiene un registro de la información contenida en el mismo", lo que incluye específicamente mensajes EDI (si las partes han acordado comunicar electrónicamente).

Sin embargo, puede que no baste con la eliminación de la "predisposición hacia tipos de soporte". Una respuesta diferente consistiría en volver a las finalidades y las políticas en que se inspira el actual marco comercial para determinar cómo podrían alcanzarse esos objetivos en un entorno electrónico. Una forma de afinar esta solución sería la de determinar si las políticas y finalidades del pasado siguen siendo válidas para el entorno electrónico de hoy en día, y, si no lo son, eliminar los requisitos que se basan en la aceptación de esas políticas. En un nivel técnico, el examen de las transacciones comerciales subyacentes puede poner de manifiesto que en un entorno electrónico no es necesario, ni eficiente, retener todos los documentos que suelen utilizarse en una transacción basada en papel, al convertirlos en documentos electrónicos. Así, al introducirse en Estados Unidos de América el pago con recibo evaluado, la factura ha dejado de ser esencial. De manera similar, es posible que unos requisitos legales dejen de ser necesarios, y que, en cambio, se necesiten otros.

En un nivel diferente, puede ser necesario analizar el comercio electrónico para determinar si, aparte de cualquier situación que hubiera podido existir de acuerdo con la legislación anterior, se necesitan nuevas leyes para tener debidamente en cuenta las cuestiones que se plantean en un entorno electrónico. La introducción de garantías electrónicas en los Estados Unidos de América y en otros lugares, por ejemplo, está provocando una revisión de la totalidad del sistema para el registro de títulos y garantías. De manera similar, al tratarse de introducir conocimientos de embarque electrónicos se está provocando una revisión de la legislación sobre la negociabilidad y se están explorando otros posibles métodos para documentar las reclamaciones sobre mercancías cubiertas por facturas electrónicas. En muchos aspectos, las cuestiones que se están revisando ya existían en los sistemas que utilizaban el papel como soporte. Al introducirse las comunicaciones electrónicas, sin embargo, estos riesgos han aumentado en grado, o han cambiado de naturaleza, suficientemente para que estas cuestiones merezcan una atención particular en un entorno electrónico.

La creciente importancia del comercio electrónico internacional y la necesidad de establecer reglas para efectuarlo han comenzado a despertar un interés considerable en la comunidad jurídica internacional. Las actividades que se realizan en los distintos países para estudiar estas cuestiones han conducido a la elaboración de numerosos acuerdos de intercambio modelo para que las entidades comerciales los utilicen al establecer relaciones mercantiles electrónicas, y actualmente se está tratando de elaborar acuerdos de intercambio modelo verdaderamente internacionales. El primer intento de armonización y unificación de sus prácticas realizado por la comunidad internacional que emplea el intercambio electrónico de datos (EDI) culminó en la adopción en 1987, por la CCI, de las Reglas de Conducta Uniformes para el Intercambio de Datos Comerciales por Teletransmisión (UNCID). Las reglas UNCID, que forman un conjunto de disposiciones no obligatorias que los usuarios de la tecnología de las comunicaciones y los suministradores de servicios de red podrían incorporar por referencia en sus acuerdos de comunicaciones, abarcan cuestiones tales como la debida diligencia que habrá de ejercerse para la transferencia y la recepción de mensajes, la identificación de los participantes a través del proceso de comunicaciones, el acuse de recibo de los mensajes (si se solicita), la verificación de la integridad de los mensajes recibidos, la protección de la información comercial intercambiada, y el mantenimiento de registros sobre la transmisión y almacenamiento de datos.

Las actividades de la CCI han proporcionado orientación para la realización de trabajos en varios otros órganos. La CEC, por medio de su programa Sistemas de intercambio de datos comerciales (TEDIS) establecido en 1987 ha realizado investigaciones sobre las cuestiones legales que obstaculizan el desarrollo del comercio mediante EDI en la Comunidad Europea, y ha identificado tres obstáculos legales principales al desarrollo del intercambio electrónico de datos: exigencia de documentos escritos en papel, problemas de prueba, y problemas en la determinación del instante en que se considera efectuada una transacción cuando se utiliza el EDI. El programa TEDIS, en su segunda fase de operaciones, se ocupa principalmente de las respuestas a estas cuestiones legales.

El Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional, que reside en Ginebra y está auspiciado por la Comisión Económica para Europa (CEE) es el órgano responsable de la elaboración de normas internacionales para el intercambio electrónico de datos. A mediados de los años 1970, dicho Grupo reconoció que una verdadera facilitación del comercio electrónico internacional requeriría la eliminación de las barreras legales que actualmente existen tanto a nivel nacional como internacional, ya surjan como consecuencia de requisitos estatutarios o reglamentarios, o de prácticas comerciales establecidas. El Grupo de Trabajo ha establecido un intenso programa de trabajo que incluye, entre otras cosas, la elaboración de un acuerdo sobre un intercambio modelo internacional, el estudio de los requisitos de escritura y firma, y un reexamen de los conceptos de la negociabilidad.

Finalmente, la CNUDMI, que desde 1984 ha tenido en su programa el tema del tratamiento automático de datos, o el intercambio electrónico de datos, la semana pasada aprobó la recomendación de su grupo de trabajo y autorizó la elaboración de reglas o leyes modelo en la esfera del comercio electrónico. Esta medida representa un importante paso de avance en las actividades internacionales encaminadas a responder a los desafíos que, en el campo legal, plantea el crecimiento del comercio electrónico.

Para terminar, los desafíos a que estamos enfrentados entrañan exigencias.

Lo que se necesita es una cooperación de todas las organizaciones internacionales que se ocupan de los aspectos jurídicos, entre los industriales y los legisladores, así como entre las empresas públicas y las privadas, a fin de que, como una comunidad mundial, podamos responder adecuadamente cuando entremos en el siglo veintiuno.

# 2. Reglas jurídicas uniformes necesarias para el EDI

# JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA

Profesor y abogado, Ciudad de México

La tarea que debo abordar en este momento es la de hablar sobre las diversas normas legales que pueden requerirse o elaborarse en relación con el gran acontecimiento del intercambio electrónico de datos (EDI). Y lo primero que tengo que hacer es dar las gracias a la Profesora Amelia Boss por la forma, verdaderamente notable, en que me ha despejado el camino, cuando me llegue el momento de tratar las posibles normas legales, y cuando me refiera a ellas a la luz de la labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales, de la CNUDMI, en su decimotercera sesión, así como a todas las reflexiones hechas sobre este tema en la Comisión.

Quisiera también destacar algo que ya trató la profesora Boss con gran maestría: la oportunidad que ahora tenemos de elaborar normas en una esfera en la que han faltado normas jurídicas tradicionales establecidas en los diversos países que tienen jurisprudencias y tradiciones diferentes, lo que constituye un obstáculo para la armonización. A medida que avancemos, veremos que casi todas las cuestiones relativas al intercambio electrónico de datos en la práctica del comercio electrónico son asuntos planteados desde hace mucho tiempo en relación con las leyes que rigen las obligaciones y contratos en el comercio. Sin embargo, estas cuestiones de antiguo planteamiento se presentan ahora de una nueva manera que implica una nueva forma de transmisión de las ideas y de la expresión de la voluntad, una nueva forma de almacenamiento y de recogida de la información, que pueden hacerse de una manera tan rápida y en un volumen tan grande que, en realidad, será mucho lo que habrá que cambiar, como ya dijo la profesora Boss. Esta materia representa una revolución.

La presente reunión, aparte del hecho de haber constituido una extraordinaria reunión de personas dedicadas al ejercicio del derecho mercantil internacional, ha demostrado también ser una excelente reunión de cocineros. Ya se ha hecho referencia en múltiples ocasiones a las diversas pericias culinarias de los Grupos de la CNUDMI. También se ha hecho referencia al trabajo de otros órganos que se han fijado por cometido elaborar normas en la esfera del intercambio electrónico de datos. Y, cuando analizamos estas cosas, nos vemos ante todo un conjunto de cocineros, y no sabemos si se nos van a aparecer con una sopa o con un plato de cualquier otra clase. Todavía hay vegetales que parecen muy verdes, otros están ya más maduros;

algunos cocineros se ocupan de la carne; no sabemos si vamos a tener que utilizar una cacerola o una sartén; y hay algunos pesimistas que piensan que lo mejor que pudiéramos hacer sería ir a un restaurante y terminar así, de esa forma.

Sin embargo, aquí en la CNUDMI somos muy optimistas; quizá no seamos realistas, pero sí somos muy optimistas. Y tenemos la intención de hacer una buena comida, de cualquier forma.

Primeramente, cualquier cosa que preparemos debemos comenzarla sobre la base de un principio que, para mentes legislativas, puede ser algo inaceptable. Estamos haciendo frente a un conjunto de tradiciones que, podría decirse, asigna una misión casi religiosa a las firmas, el papel, y a todos los instrumentos tradicionales. Por eso, la primera función de nuestro trabajo es de tipo educativo: demostrar cómo, por medio del intercambio electrónico de datos, es posible alcanzar algo similar y, de hecho mejor, que lo obtenido con papel.

En segundo lugar, al igual que en el caso de los títulos mercantiles internacionales, tiene que haber una gran flexibilidad. Gran flexibilidad, especialmente en materia comercial, significa extensas concesiones a la autonomía de la voluntad. A través de los siglos han sido los mercaderes y negociantes en sus transacciones y contratos quienes han creado la legislación mercantil. Esto tiene que continuar, y, por esta razón, nuestro deseo de reglamentar debe ser mínimo, y en muchas ocasiones limitarse a un carácter, digamos supletorio, y plegarse a la autonomía de la voluntad.

En el intercambio electrónico de datos, las partes que comunican electrónicamente están haciendo negocios. Los están haciendo por medios electrónicos y sobre la base de acuerdos previos, por lo que no podemos olvidar que la naturaleza de estos acuerdos previos pueden cambiar, a medida que avanza la tecnología. En realidad, en algunos casos es posible que ni siquiera existan esos acuerdos previos, por lo que tenemos que prever reglas adicionales que rijan este tipo de situación.

Ahora bien, si lo que estamos tratando de obtener es la unificación a nivel mundial en una esfera que sigue siendo difusa, la tarea resulta sumamente dificil.

Para abordar esta tarea tendremos que proceder modestamente, de una manera realista. Tenemos que definir el campo de aplicación. Y en este punto nos encontramos ante un gran número de posibilidades que van de la consideración de todos los acontecimientos del comercio electrónico tales como los que surgen del uso del telefacsímil y los servicios de correo electrónico (en realidad, contratos que durante muchos años se han venido realizando por teléfono, por técnicas de reconocimiento de la voz), a los muy precisos y estrictos conceptos del EDI, incluída la definición de lo que es el EDI, y también el intercambio y la transmisión de datos comerciales de terminal a terminal en un formato normalizado. Sería incluso más exacto hablar de una red de transmisión cerrada, pero podría tenerse una visión más amplia, en la cual redes de transmisión abiertas comunican unas con otras. Por tanto, las posibilidades van desde un concepto cerrado en el cual se considera que el EDI es solamente una teletransmisión de mensajes, a una visión más amplia en la cual se considera que el EDI no es sólo una transmisión sino que comprende también el tratamiento, almacenamiento y todos los demás servicios que esas redes pueden proporcionar.

El primer camino que siguió el Grupo de Trabajo para tratar de obtener una amplia visión de conjunto de todos los problemas presentes fue el de abordar el estudio con una perspectiva amplia a fin de familiarizarse en general con todos los problemas relacionados con el comercio electrónico. En una etapa ulterior, cuando optemos por una u otra dirección, tendremos naturalmente que precisar algo más este concepto, lo que también sucederá cuando nos propongamos establecer la uniformidad y definir un concepto de internacionalidad que permita a los Estados participantes en las negociaciones circunscribir aún más el campo de aplicación de las normas de modo que sólo abarquen las transacciones comerciales extranjeras, ya que, como bien dijo ayer el Profesor Roy Goode, a los extranjeros se les puede hacer cualquier cosa ... cosas que usted no puede hacerle a sus propios conciudadanos.

Después de esto, probablemente (no sólo probablemente, casi con toda seguridad) será necesario reducir el campo de aplicación excluyendo los reglamentos que protegen al consumidor.

Este es pues, dicho sea en una forma general y rápida, el posible campo de aplicación.

¿Cuáles son los problemas que entran en juego? Probablemente el primer problema, y el más importante se nos presentará, será el de la exigencia, con carácter obligatorio, de algún tipo de escritura sobre papel. Esta es en realidad una barrera al desarrollo del comercio electrónico. Esta barrera sigue existiendo en la mayor parte de las legislaciones nacionales, pero también existe en la esfera internacional. Por ejemplo el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Varsovia 1929) requiere el reconocimiento por escrito. Lo mismo cabe decir en cuanto a las Reglas de la Haya y la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958). En todas estas disposiciones se requiere la escritura sobre papel.

Así, el documento por escrito es algo que existe y en cierto punto constituye un obstáculo al desarrollo del comercio electrónico. ¿Qué puede hacerse? ¿Podemos prescindir de la idea de un documento por escrito, o puede ampliarse y agrandarse ese concepto de modo que comprenda las técnicas EDI? Es posible recurrir a técnicas que representen lo que se ha llamado "equivalentes funcionales" de un documento escrito. ¿Qué son estos equivalentes funcionales? Lo primero de todo es que dichos equivalentes deben permitir que un documento permanezca inalterado a través de un largo período de tiempo. Segundo, un documento debe ser reproducible de modo que cada parte interesada tenga una copia de los mismos datos. Tercero, es necesaria la autenticación de los datos por medio de la firma. Y cuarto, los documentos tienen que presentarse en una forma aceptable por las autoridades administrativas y los tribunales.

El estado actual de la tecnología permite realizar todas estas funciones con un grado de seguridad igual, o mayor que el obtenido cuando se emplea el papel, a condición de que se satisfagan ciertos criterios técnicos y jurídicos.

Conviene también mencionar el hecho de que hay ciertas definiciones en esta esfera que reconocen que el intercambio electrónico de datos tiene el mismo valor y la misma validez que la escritura. El artículo 4 del reciente Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional se refiere al aviso y la petición de aplicación y, bajo ese encabezamiento dicho artículo los define como una petición de aplicación presentada en cualquier forma que mantenga un registro de la información contenida en la misma. Según observo ahora, y si no me equivoco, esta definición proviene de la anterior formulación de UNIDROIT en reglamentos internacionales financieros y de cobros de cuentas que ya utilizaban ese concepto. El punto importante es que estos requisitos deben cumplirse y que el documento "debe ser legible". Desde luego, los discos y las cintas pueden incluirse en este concepto, y se debe tener cuidado de asegurar que la definición no sea tan restrictiva que impida que se tengan en cuenta y se consideren como documentos futuros avances tecnológicos.

Esto me lleva a recordar una crítica a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito. Alguien me dijo una vez, en forma de pregunta: "¿Creíamos que usted estaba trabajando en transferencias electrónicas de fondos?" Bueno, una de las razones por las cuales se eliminó la preferencia que se había dado a las transferencias electrónicas era que el medio de la transferencia electrónica sería restrictivo en el futuro cercano porque no puede definirse con una gran precisión. Hay que tener en cuenta los avances tecnológicos. Al mismo tiempo, en la práctica, como ya ha dicho la profesora Amelia Boss, las partes establecen contratos marcos para las transacciones comerciales electrónicas, y en esos contratos suelen definir o tener en cuenta los documentos escritos. Además, como estamos tratando de obtener el pleno respeto a la autonomía de la voluntad, es muy dificil establecer la validez legal de las transferencias electrónicas en ciertas legislaciones en las cuales es dificil conseguir el debido respeto a esas transacciones. Es dificil establecer la validez legal de esas transacciones electrónicas. Pero ya sabemos que muchos intercambios electrónicos de datos se reconocen tan válidos como los establecidos en papel. Esto se reconoce en las cláusulas comerciales Incoterms 1990, así como en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.

Existe también el problema de la prueba. A este respecto se plantean tres tipos de problemas. El primero es el de la admisibilidad de los archivos electrónicos o registros de datos con miras a su presentación en los tribunales cuando deban considerarse como un medio de prueba. El segundo problema consiste en

determinar el valor probatorio de esos registros: si deben o no considerarse como un medio de prueba. El tercer problema es el de determinar a cuál de las partes incumbe la carga de la prueba cuando hayan utilizado para la comunicación un medio electrónico.

En lo que respecta al primer punto, es decir, la admisibilidad y la presentación de hechos ante los tribunales, y cuestiones conexas, es evidente que existe una gran disparidad en este sector entre los sistemas jurídicos. Por ejemplo, en mi país se sigue el sistema de la prueba abierta: se aceptan todas las clases de pruebas. En otros sistemas (por ejemplo en el sistema basado en el derecho consuetudinario), tengo entendido que la prueba sólo puede introducirse mediante prueba testifical, y puede considerarse que la obtenida a partir del intercambio electrónico de datos es un testimonio indirecto, es decir, "de oídas", lo que no sería aceptable en un sistema basado en el derecho consuetudinario. En esos países se admite la posibilidad de basarse en el principio de la agilidad mercantil, es decir, el que presenta la prueba declara que los datos aportados forman parte de la información registrada en el proceso normal de las operaciones. Por otra parte, en algunos sistemas existe la posibilidad de presentar la mejor prueba posible a condición de que dicha prueba sea legible o interpretable por las personas, y no solamente por una máquina.

Desde luego, todo esto depende de la naturaleza de los hechos que deban probarse. La prueba de que se recibió un mensaje no sólo es difícil, sino que también es muy diferente de la prueba del contenido del mensaje recibido.

Viene luego la cuestión del valor probatorio de estos archivos electrónicos, es decir, su peso como un medio de prueba. Esto depende realmente de la apreciación del tribunal y queda en último término a la discreción del juez. Es aquí, sin embargo donde debemos volver sobre el carácter educativo de la tarea a que me he referido anteriormente. Poco a poco debemos ir acostumbrando a los jueces a la idea de reconocer que están enfrentados a un genuino acontecimiento de larga duración que proporciona una base sana para juzgar el caso.

Y por último llegamos a la cuestión de la carga de la prueba. En términos generales, la regla es que el que ejercita una acción judicial debe probar los hechos en que ésta se basa. Sin embargo, en muchos sistemas jurídicos ha habido siempre excepciones a esta regla. Por ejemplo, existen desigualdades entre las partes, y esto puede suceder en muchos casos en el intercambio electrónico de datos. Es aquí, en estas situaciones, donde es importante dar una gran latitud a la autonomía de la voluntad. Deberán ser las partes, en sus propias estipulaciones, las que establezcan a quien corresponde la carga de la prueba. El problema de la carga legal de la prueba sería dificil de resolver de manera general y en todos sus detalles, porque depende enteramente de los diversos trámites y procedimientos prescritos en legislaciones nacionales diferentes, pero no debe descartarse la posibilidad de, por lo menos, recomendar soluciones que podrían aplicarse en el nivel nacional. Esto se hizo en algunos aspectos de la Ley modelo sobre las transferencias internacionales de crédito.

Otra barrera presentada por los sistemas nacionales a la utilización del intercambio electrónico de datos es el requisito de la presentación de un documento original. Existen varios casos en los que se exige la presentación de un documento original, por ejemplo para aportar la prueba del título en el otorgamiento de un derecho real de garantía, cuando el documento del título se deposita, para la transferencia de valores y para cumplir ciertos requisitos reglamentarios o administrativos. Con relación a este concepto del documento original, el aspecto de la firma es muy importante, así como también lo es la cuestión de la autenticación. Tradicionalmente, la firma ha determinado el origen del documento e indicado que el firmante del documento aprueba su contenido. En el contexto electrónico, esto puede obtenerse mediante la autenticación y la firma digital. Estas cuestione ya se conocen en el campo legislativo, especialmente a nivel internacional.

La autenticación digital y la firma digital tienen sus precursores en antiguos documentos de la CNUDMI, tales como la definición de la firma que puede encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales; según esta definición, la firma no es solamente la manuscrita, sino también la reproducida por el facsímil del manuscrito o la determinada por cualquier otro medio de autenticación equivalente. Esta definición se incorporó asimismo en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio

internacional. Y más recientemente, en la Ley Modelo sobre las transferencias internacionales de crédito, la autenticación se definió como un procedimiento establecido por un acuerdo mediante el cual se emitía una orden de pago, o una modificación de una orden de pago, por la persona designada como emisor de esa orden. La firma es un medio tradicional y generalmente aceptado de protección contra las órdenes de pago no autorizadas.

Esta situación da origen a otro problema que no voy a tratar con la debida profundidad en esta ocasión, y que es un problema relacionado con la expresión de la voluntad en un contexto electrónico. En el mundo moderno es posible imaginarse que una máquina pueda comunicar con otra y establecer un contrato sin que intervenga la voluntad de ninguna persona. Esto, en la práctica, sucede todos los días, pero se basa generalmente en un acuerdo entre las partes para la comunicación electrónica. No obstante, puede verse fácilmente que, a medida que avanza la tecnología, los acuerdos anteriores serán reemplazados y los medios electrónicos podrán continuar desarrollándose y pasar por encima de esos acuerdos anteriores. Podría suceder que compremos, por ejemplo, cigarrillos o billetes del metro, y que hagamos esto de una forma mecánica sin que realmente exista la expresión de nuestra voluntad. Y en cierta ocasión podremos estar enfrentados al problema de probar la hora, el lugar y el contexto en que se celebró el contrato. Desafortunadamente, esta es una cuestión que no puede tratar con la debida profundidad, sino que forma parte de esos vegetales y carne cruda con los que habrá que cocinar en los diversos foros. También tienen ustedes el problema de la responsabilidad por las obligaciones. Ustedes tienen redes que transmiten mensajes y ustedes tienen la cuestión de la responsabilidad de las parte en aquellos casos en que se necesita mantener la confidencialidad de la información y también llevar registros de operaciones.

Por último, tienen ustedes la cuestión de la negociabilidad de estos contratos. Cuando estamos hablando de títulos negociables (y el profesor Jan Ramberg se refirió a esto) estamos hablando de conocimientos de embarque en el derecho marítimo, títulos del mercado de valores, certificados de depósito y otras transacciones de ese tipo. Y entonces tenemos, de nuevo, todos los problemas relacionados con la posibilidad de que estos títulos y mecanismos puedan establecerse por acuerdos entre las partes, acuerdos que se basan en la autonomía de la voluntad, o, en contraste con esto, todos los problemas que tienen su origen en la falta de conocimiento de los sistemas jurídicos y la posibilidad de establecer títulos negociables basados en la expresión de la autonomía de la voluntad pero que no se basan en un conocimiento adecuado de la legislación.

Como ustedes ven, éste es en realidad un campo muy vasto y existen muchos problemas y cuestiones que pueden someterse a una legislación uniforme, pero habrá también muchas otras que no estarian reguladas de la misma manera.

## 3. Portavoces de la práctica internacional

#### JEFFREY B. RITTER

Abogado, Columbus, Ohio (Estados Unidos de América);

Comisión Económica para Europa, Grupo de Trabajo sobre la facilitación de los trámites del comercio internacionales

Como sociedad de tipo mundial, no podemos subestimar la repercusión que tendrá el intercambio electrónico de datos (EDI) en nuestra aptitud para evolucionar en un mercado económico mundial. A medida que las dependencias seccionales se vaya haciendo ineficaces y que surja la cooperación interregional como la estrategia fundamental para los negocios internacionales, el instrumento esencial requerido por todo negocio, cualquiera que sea su ubicación geográfica o su nivel de desarrollo económico, será la aptitud para comunicar información comercial.

Se ha observado que las barreras históricas impuestas al comercio y que se basaban sobre todo en la diversidad de idiomas, las distancias físicas, las divergencias culturales y las diferencias políticas, tenían como elemento común afectar la eficacia de la comunicación. De ese modo, impulsados por las necesidades de las empresas comerciales y los gobiernos de intercambiar información por un medio razonable, vemos que el

intercambio electrónico de datos da una oportunidad para que se desarrolle el comercio internacional. La normalización de la información, ajustándola a formatos que puedan leerse y procesarse independientemente del idioma utilizado para crearla, nos permite comunicar y, así, nos da nuevas oportunidades para hacer negocios. El intercambio electrónico de datos es más que una tecnología desarrollada en el laboratorio: es la reacción a las necesidades del mercado internacional para responder a la carga de comunicar un volumen cada vez mayor de información dentro de una cultura de fabricación y distribución que exige eficacia y velocidad de ejecución.

Por consiguiente, no podemos subestimar el impacto fundamental potencial del intercambio electrónico de datos en la futura evolución de una legislación uniforme. El EDI nos puede ofrecer un lenguaje mundial para los negocios. Sin embargo, al mismo tiempo, exige algo más que la mera aptitud para comunicar información: requiere la creación, la implantación, la modificación y el desarrollo de prácticas comerciales que lo apoyen. No basta con enviar la información; para poder utilizarla eficazmente tenemos que cooperar (cualquiera que sean nuestro sector comercial o geográfico) en la comprensión tanto de las aplicaciones como de la información.

Por esta razón, el intercambio electrónico de datos nos lleva a la comprensión y aceptación de prácticas comerciales uniformes. Con el EDI, no sólo recibimos la información, sino que estamos obligados a comprenderla y a darle un significado en términos del establecimiento de nuestras obligaciones contractuales y el cumplimiento de nuestros compromisos. Por esta razón, el intercambio electrónico de datos nos obliga, no sólo a seguir prácticas comerciales uniformes, sino también a establecer el fundamento para la evolución de una legislación uniforme. Sin embargo, la uniformidad en la legislación no es más que el reflejo del grado en que, como comunidad internacional, podamos establecer la uniformidad y la armonización, así como de la forma en que conduzcamos los negocios. En consecuencia, hablar del intercambio electrónico de datos (es decir, del comercio electrónico) es hablar, se me ocurre, de uno de los instrumentos más importantes en la evolución de la legislación, y de un tema fundamental para este congreso.

Desde esta perspectiva, permítaseme hacer algunas observaciones. Primero, la elaboración de las leyes tal como se hace en este foro, refleja, y reflejará siempre, la elaboración de las leyes a un nivel diferente, en la intimidad del comercio bilateral y multilateral en esta esfera. La labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional (Grupo de Trabajo 4) de la Comisión Económica para Europa no se concentra en la elaboración de disposiciones reglamentarias; el Grupo de Trabajo 4, más bien, para facilitar el comercio, ha hecho suya la tarea de elaborar soluciones que, de hecho, disponen y estimulan la adopción de prácticas comerciales uniformes.

En 1991, el Grupo de Trabajo 4 adoptó un programa de proyectos que ofrece una respuesta integrada a las cuestiones del intercambio electrónico de datos en el comercio. El Grupo de Trabajo 4 no es predominantemente europeo. De hecho, en sus actividades están cada vez más representados los distintos continentes. No está centrado en las necesidades de información de los gobiernos, ni tampoco en necesidades similares del comercio, pero representa un diálogo dinámico y vigoroso de los participantes en todos los sectores del comercio internacional: banqueros, aseguradores, empresas de transporte de mercancías y de transporte de datos y representantes del gobierno. Laborando conjuntamente, dentro del Grupo de Trabajo 4, estamos participando en la elaboración de leyes en el nivel íntimo, tratando de establecer un programa de proyectos que incluya materias tales como, por ejemplo, un acuerdo modelo de intercambio internacional uniforme.

En estos momentos se han elaborado aproximadamente 15 acuerdos a nivel nacional en todo el mundo. Estos acuerdos ofrecen soluciones diferentes a cuestiones diferentes, y, por el hecho de existir, representan para el comercio multinacional una barrera potencial a la eficacia y la integración de operaciones requeridas por el comercio.

Un segundo proyecto en nuestro programa comprende la identificación de los tipos de barreras que han sido señalados por el profesor Zamora, las clases de requisitos establecidos en la ley y en la práctica internacional que impiden un eficaz desplazamiento de los negocios de su forma basada en papel a su forma electrónica. No basta con, simplemente, reconocer la existencia de requisitos formales para las firmas y las

escrituras. Muchos de estos requisitos existen en los muelles y en las fronteras a través de los cuales se desenvuelve el comercio internacional. Nuestra encuesta, que deberá estar seriamente en marcha en el curso de este año, tiene por objeto identificar globalmente todas las barreras existentes. Con esa base de información podremos tratar de hallar soluciones que eliminen las barreras; muchas de esas soluciones deberán basarse en la elaboración de normas reglamentarias.

Cabe señalar un proyecto final del Grupo de Trabajo 4: el proyecto sobre la negociabilidad. Tenemos el propósito de promover un fundamento de elaboración de reglas (para lo cual nos hemos servido de información tomada de redes existentes y de actuales proyectos como la iniciativa del Comité maritime international), en virtud del cual unos sectores comerciales pueden adoptar una metodología para transferir derechos mediante el intercambio de mensajes electrónicos. Al hacer esto, estimamos que podemos desarrollar un prototipo, ya sea éste aplicable a la banca, al transporte de mercancías o al transporte de datos, para la evolución de las prácticas comerciales que son uniformes a través de los diferentes sectores.

La evolución del intercambio electrónico de datos nos enseña que hay tres o cuatro características fundamentales peculiares del comercio electrónico que todavía no se han señalado en las observaciones hechas hoy. En primer lugar, tenemos la evolución de la información como un bien. Como dijo la profesora Boss, los datos electrónicos se pueden comprar, vender, almacenar y transportar, y el intercambio electrónico de datos realza la aptitud de los negocios para efectuar estas operaciones. En segundo lugar, al responder con la elaboración de reglas para el comercio electrónico, esto no puede hacerse sobre una base sectorial. El valioso trabajo que está realizando la CNUDMI en materia de transferencia electrónica de fondos y el excelente trabajo realizado por la CCI sobre las cláusulas comerciales Incoterms, para citar dos ejemplos, no son más que los primeros pasos hacia una solución integrada, más amplia, que deben darse a fin de que podamos proporcionar una guía para la futura expansión del comercio electrónico.

En tercer lugar, al elaborar la legislación comercial, la comunidad jurídica deberá tener presente que será cada vez más difícil mantener la distinción entre la legislación comercial y la legislación administrativa. Los actuales trabajos administrativos, por ejemplo, las directrices y las iniciativas de la Comunidad Europea sobre la confidencialidad de los datos en materia de aduanas e impuestos, para tener en cuenta y exigir el establecimiento de archivos electrónicos, sí se desarrollan en direcciones diferentes, podrían repercutir en perjuicio de la comunidad comercial reduciendo la eficacia, al proporcionar soluciones de derecho administrativo que podrían ser contrarias al método integrado que los negociantes desean obtener en apoyo de la circulación de la información en el comercio internacional. En consecuencia, tendremos que armonizar nuestras reglas, tanto a nivel de los contratos bilaterales como a nivel reglamentario.

Por último, permítaseme señalar un ulterior avance del intercambio electrónico de datos que, a mi juicio, ofrece enormes perspectivas para el futuro. Convencionalmente, al discutir el intercambio electrónico de datos hoy en día, pensamos en los mensajes electrónicos como los equivalentes funcionales de los documentos. Sin embargo, en la actualidad estamos presenciando como el documento desaparece al adaptarse a la forma en que, en realidad, se produce el desplazamiento de la información electrónica. Los negocios están transmitiendo información en pequeños paquetes. Siguen tomando sus decisiones sobre el mismo cuerpo de información recogida, pero no lo hacen intercambiando órdenes de compra y facturas electrónicas, u otros documentos electrónicos. Y sin esos documentos en forma electrónica, nuestros gobiernos serán retados a liberarse de sus responsabilidades en la administración del comercio internacional. Imagínense ustedes funcionarios de aduana que traten de examinar conocimientos de embarque, recibos de almacenes y órdenes de compra que ya no existen, en la práctica. Es necesario, por tanto, reforzar las legislaciones administrativa y comercial para que se basen en la transmisión de información, y no en la transmisión material de documentos.

En tal situación, y ante estas perspectivas, levantando mi voz como la de una abogado en ejercicio, quisiera incitar a la CNUDMI a avanzar en la armonización de la legislación internacional con miras al comercio sobre la base de prácticas mercantiles uniformes; a que reconozca que el intercambio electrónico de datos es un posible instrumento y no un desafio; y a que reconozca que la mejor forma de conseguir la armonización de la legislación es, en último término, reflejando y alentando a la utilización de instrumentos que armonicen las prácticas mercantiles requeridas en primer término.

## SYLVIA KHATCHERIAN

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América); Comisión sobre la Legislación Internacional en materia de computadoras y de tecnología, Asociación Internacional de Abogados

Tengo el gran honor de que se me haya dado en el día de hoy esta oportunidad de hacer algunas observaciones sobre las diversas cuestiones identificadas como posibles temas del futuro trabajo sobre el intercambio electrónico de datos (EDI).

Debo comenzar por señalar que mis observaciones se hacen desde el punto de vista de un abogado privado en ejercicio en las esferas de las leyes relativas a las computadoras y la tecnología. Debo destacar dos aspectos. El primero es la elaboración de normas legales sobre las obligaciones, en particular, normas concernientes a las obligaciones de los proveedores de servicios de red intermedios y a las posibles consecuencias de esas normas. El segundo es el estado de las legislaciones nacionales, tanto las existentes como las proyectadas, relativas a la transmisión transfronteriza y su posible efecto sobre una mayor utilización del intercambio electrónico de datos.

Como cuestión previa, deseo señalar que la elaboración de los distintos acuerdos sobre un intercambio modelo normalizado ha recorrido un largo camino para proporcionar a quienes ejercen en la práctica un marco para subsanar contractualmente las incertidumbres legales en el establecimiento de los contratos y las negociaciones por medios electrónicos. Algunos de estos acuerdos modelo tratan también cuestiones relacionadas con las obligaciones y las responsabilidades de los copartícipes comerciales en los casos en que se producen fallos o errores de comunicación en una transacción. A título de ejemplo, el acuerdo modelo de copartícipes comerciales elaborado por la Asociación de Abogados de Estados Unidos establece que ninguna de las partes será responsable de daños especiales, incidentales, ejemplares o consecuentes provenientes o resultantes de cualquier demora, omisión o error en la transmisión electrónica. El modelo elaborado por la Asociación para el uso del EDI en el Reino Unido impone a cada parte la responsabilidad de asegurar que todos los mensajes sean completos, exactos y seguros, y prescribe que cada parte será responsable de las consecuencias directas del incumplimiento de esas obligaciones.

Como estos acuerdos modelo están previstos para celebrarse entre los propios copartícipes comerciales, es evidente que no comprendan propuestas de disposiciones relativas a las obligaciones y responsabilidades de los proveedores de servicios de red intermedios. Estos intermediarios son, típicamente, proveedores privados de servicios de valor añadido, que pueden ofrecer una gama de servicios. Además de la mera transmisión de datos, pueden proporcionar copias de seguridad y el archivo de datos, múltiples niveles de seguridad para los datos, así como diferentes velocidades de transmisión y conversiones de protocolos entre los copartícipes.

Quisiera hablar brevemente de la forma en que esos proveedores suelen tratar actualmente las cuestiones relativas a la responsabilidad, así como las razones comerciales en que esto se basa.

En la práctica, el nivel de responsabilidad que aceptarán los proveedores privados se establece contractualmente. La determinación del punto hasta el que alcanza la responsabilidad es una cuestión fundamental que influye directamente en el coste del suministro de los servicios y puede afectar la disponibilidad de los servicios. Las disposiciones utilizadas relativas a las limitaciones contractuales reflejan las normas adoptadas generalmente en la industria de la tecnología de las computadoras y en la de los servicios conexos, normas que por lo general suelen ser contempladas por los usuarios y proveedores como asignaciones de riesgo aceptables comercialmente. La práctica usual es la de excluir la responsabilidad del proveedor del servicio en el caso de daños consecuentes o incidentales. Esto no significa que estas disposiciones sobre las limitaciones excluyan toda la responsabilidad.

Los proveedores de servicios generalmente aceptarán la responsabilidad por su incumplimiento de acuerdo con las normas particulares convenidas en el contrato, incluidas las convenidas sobre el almacenamiento, la seguridad y la confidencialidad de los datos. En algunos casos, y cuando concurran

determinadas circunstancias, podrán convenir en especificar remedios tales como la reconstrucción de los datos perdidos o destruidos por su culpa.

Sin embargo, los proveedores de servicios limitarán invariablemente su responsabilidad global por daños directos a una cantidad que guarde alguna relación con el beneficio que perciben por la transacción. Hay una simple razón comercial para ello. Los emolumentos percibidos por servicios pueden ser prácticamente insignificantes en comparación con los posibles daños consecuentes cuando la transacción comercial pueda estar valorada en millones de dólares. Si el proveedor de servicios tiene que asumir un riesgo ilimitado, su protección será, en la mayor parte de los casos, en forma de un seguro adicional. El coste del seguro, si es que lo hubiese, tendría forzosamente que incluirse en el coste de los servicios ofrecidos.

Por consiguiente, en la industria de las computadoras y los servicios conexos de hoy en día, los usuarios y los proveedores han llegado a una conclusión, y la tendencia ha sido la de considerar la mayor parte del software de computadoras y los servicios de tratamiento conexos como ayudas para la realización del negocio del usuario o del cliente. Dado que el proveedor de servicios no tiene participación en los beneficios de la transacción comercial efectuada por el cliente, lo usual es que se niegue a asumir toda responsabilidad por dicha transacción. Al tratar las cuestiones relativas a la responsabilidad de los proveedores se debe también tener presente que éstos, a su vez, están en comunicación con diversos empresarios de telecomunicaciones que, por su parte, están sujetos a disposiciones reglamentarias y no aceptan ninguna responsabilidad, o, si acaso, niveles muy bajos.

Mientras que la responsabilidad de un proveedor privado no esté totalmente excluida y el usuario pueda escoger (y estas son circunstancias importantes), las partes en un acuerdo sobre servicios de redes pueden, en efecto, estar en la mejor posición para determinar contractualmente las cuestiones relativas a la responsabilidad y definir quién asume los riesgos incurridos en la transacción. Esto puede incluir diferentes niveles de responsabilidad y diferentes tipos de remedios en caso de incumplimiento de las diferentes obligaciones. A menudo, los remedios convenidos, o las responsabilidades en que se insiste, las determinan las partes interesadas basándose en sus propias evaluaciones sobre cuál de ellas está en la mejor posición para reducir los riesgos, y para seleccionar y efectuar las comprobaciones y controles apropiados, necesarios para reducir los daños al mínimo.

Dada la relación directa que existe entre la exposición al riesgo y el coste del suministro de servicio, un estudio de las prácticas seguidas por la industria sería sumamente adecuado, para la elaboración de normas sobre la responsabilidad, a fin de asegurarse de que la normas proyectadas no tengan la consecuencia indeseable de limitar la opción de los usuario, o elevar el coste de los servicios de red hasta el punto de que resulten prohibitivos.

Debo señalar que la historia de la industria de las computadoras se ha caracterizado por unos cambios rapidísimos. A medida que se consolida la utilización del intercambio electrónico de datos, el papel desempeñado por los proveedores de red y la naturaleza de los servicios por ellos proporcionados pueden cambiar, lo que a su vez puede dar lugar a una revaluación de lo que los usuarios y proveedores consideren como una asignación de riesgos razonable desde el punto de vista comercial. Además, quizás como consecuencia del nivel de confianza en la tecnología y en los controles tecnológicos en general, y de los evidentes beneficios obtenidos por la conducción de los negocios mediante el intercambio electrónico de datos, las cuestiones de responsabilidad no suelen impedir que los negociantes se desplacen hacia un entorno EDI. Desde luego, esto no debe interpretarse en el sentido de que no se desee la elaboración de modelos y normas.

En el tiempo que me resta quisiera tratar la situación que plantean las legislaciones existentes y proyectadas sobre la transmisión transfronteriza de datos. La falta de coherencia y de claridad en los diversos requisitos y directrices que deben observarse de acuerdo con las leyes vigentes puede representar un obstáculo para las compañías que efectúen operaciones en muchas jurisdicciones y realizan actividades transfronterizas con copartícipes o filiales en varias jurisdicciones.

Las leyes de protección de los datos, que regulan la recogida, revelación y transferencia de datos, suelen basarse en principios de protección de la confidencialidad y en disposiciones para la salvaguarda de valores en el tratamiento de datos (como los reflejados en las Directrices sobre la protección de la vida privada y la transmisión transfronteriza de datos personales de la OECD y el Convenio para la protección de las personas en relación con el proceso automático de datos personales del Consejo de Europa). Si bien hay una uniformidad general en los principios que habrán de aplicarse, existen diferencias en cuanto a la forma en que esos principios se llevan a la práctica, incluidas disparidades en cuanto al tipo de datos cubiertos. Por ejemplo, existen diferencias en cuanto a si la cobertura está limitada a datos relativos a individuos, o si se comprenden también las persona jurídicas; esto último se basa en consideraciones relativas a la protección de los negocios y los datos técnicos, y no solamente en cuestiones relativas a la vida privada. Además, algunas leyes someten las transferencias de datos a registro o aviso, y otras requieren una licencia. Algunas exigen, para las transferencias, el consentimiento de las personas o entidades a que se refieren los datos, en tanto que otras lo exigen solamente para determinadas transferencias.

Además, aunque las leyes de protección de los datos no prohíben transferencias de datos cubiertos, directamente de una jurisdicción a otra, generalmente requieren que haya salvaguardas equivalentes de protección y seguridad si los datos cubiertos han de transferirse de una jurisdicción a otra. Algunas jurisdicciones, incluida la de Estados Unidos, no tiene un método nacional general para la protección de datos, lo que crea incertidumbres en las transferencias de datos cubiertos, a tales jurisdicciones, desde otros países en que existen leyes de protección.

Este estado de cosas hace muy difícil el cumplimiento de los requisitos y plantea lo que pudieran ser dificultades innecesarias para las compañías que quieren aprovechar las ventajas que ofrece la transferencia electrónica de información y, en definitiva, serán responsables del incumplimiento. Aparte de estos, los proveedores de servicios de redes privadas pueden estar sujetos a sus propias obligaciones de seguridad con respecto a la revelación de datos almacenados, ya sea en virtud de ciertas leyes nacionales o de las reglas proyectadas que prescriben que tanto los usuarios como lo proveedores tengan responsabilidades. En último término, sin embargo, incumbe al usuario la responsabilidad de utilizar los servicios de acuerdo con las leyes aplicables, incluidas las leyes sobre la confidencialidad de los datos, como también incumbe al usuario la elección entre los procedimientos de seguridad que le ofrece el proveedor del servicio.

Si bien el intercambio electrónico de datos hoy en día suele comprender el intercambio de datos comerciales, cabe prever que, a medida que se extienda su utilización y que se desarrolle la legislación sobre la protección de los datos, el intercambio electrónico de datos comprenda la transferencia de datos relativos a personas físicas y personas jurídicas dentro del ámbito de las leyes que gobiernan la transmisión interfronteriza de datos.

Por consiguiente, un replanteamiento de la posibilidad, en la práctica, de elaborar normas nacionales claras y uniformes sobre la protección de los datos en este momento sería, no sólo oportuno, sino también bien acogido por las compañías que tienen que cumplir esas normas y por los consejeros legales que quizá tengan que orientar a las compañías.

#### PAPA MOUSSA NDIAYE

Consejero legal, Centro Internacional para Comercio Exterior de Senegal, Dakar

El documento que me propongo leer sobre el tema "Perspectivas ofrecidas a los países africanos por el desarrollo del intercambio electrónico de datos (EDI) y ajustes que deberán hacerse en la legislación con miras a ese desarrollo" es una contribución del Centro Internacional para Comercio Exterior de Senegal (CICES), que tengo el honor de representar en este Congreso de la CNUDMI.

CICES es un centro semiautónomo del Estado de Senegal al que incumbe la promoción del comercio exterior. Proporciona también servicios de secretaría para la Comisión Senegalesa para la facilitación de los trámites del comercio internacional, conocido por Comisión SENPRO.

Nuestro documento trata fundamentalmente el intercambio electrónico de datos (EDI) y la contribución que éste puede hacer en nuestros países, y especialmente en Senegal, así como los obstáculos legales que pueden encontrarse en su desarrollo. Comenzaremos describiendo la actual situación en la esfera de la circulación de datos en nuestros países.

#### La actual situación

En la mayoría de los países africanos, para la realización de una operación de comercio exterior es necesario establecer un gran número de documentos diferentes destinados a los distintos departamentos de la empresa y sus múltiples corresponsales: clientes, banqueros, aseguradores, transportadores, autoridades de aduana, etc.

Entre estos documentos, algunos son de naturaleza privada, y otros son de carácter administrativo y se exigen en los reglamentos nacionales, comunitarios o internacionales. A menudo se exigen varias copias de un mismo documento. Esto representa una pesada carga para la empresa. Al mismo tiempo, los documentos establecidos siempre contienen una gran cantidad de datos comunes.

Es un hecho aceptado que el cumplimiento de los planes de entrega implica un rápido tratamiento de la información. Sin embargo, suele haber casos en que las mercancías se desplazan más rápidamente que los documentos. La ausencia de documentos, o de la información que éstos contienen, es muy perjudicial para la buena marcha del comercio exterior. Estos contratiempos tienen consecuencias adversas para la empresa y también para el departamento administrativo encargado de supervisar y vigilar los movimientos de mercancías. En consecuencia, había necesidad urgente de racionalizar estos procedimientos trabajosos y costosos, y de preparar documentos normalizados para facilitar la presentación de la información y su transmisión a todas las partes interesadas.

Nuestro país, como muchos otros, ha estudiado este problema y ha establecido, entre otras cosas, una comisión nacional para la facilitación de los trámites del comercio internacional, que se ocupa de los procedimientos manuales, que suelen ser la causa de demoras en la entrega, y que son incompatibles con los criterios de calidad y competitividad que persiguen las empresas de hoy en día.

#### El sistema de intercambio electrónico de datos

#### Definición

El intercambio electrónico de datos (EDI) entraña un intercambio electrónico, más preciso, en forma de transmisión "telemática" de una computadora a otra, de datos estructurados en forma de mensajes normalizados. El EDI es una tecnología de la información que pone nuevos medios en manos de los usuarios. Ofrece ventajas manifiestas en la economía de coste y la aceleración del flujo de información.

Como toda nueva tecnología, sin embargo, el EDI plantea ciertas cuestiones que exigen respuestas.

Entre estas cuestiones se encuentran las relativas a:

- Identidad del emisor del mensaje;
- Recepción de todas las partes del mensaje, en el orden correcto;
- Seguridad y confidencialidad en la transmisión de información entre el emisor y el receptor, etc.

Para todas estas cuestiones, el EDI ha tratado de hallar soluciones basadas en procedimientos de redes de valor añadido y en la tecnología relacionada con las comunicaciones y el uso de la sintaxis de mensaje.

Por ejemplo, consideremos la siguiente pregunta: "¿Qué credibilidad puede asociarse a este mensaje como una forma de contrato con el emisor sobre el suministro de mercancías y servicios?"

¿Sigue siendo necesario que el emisor proporcione documentos escritos en papel como un suplemento al mensaje para darle cierta legalidad o para ajustarlo a las prácticas comerciales y administrativas normales en nuestros países? ¿O hay un modo de certificar que los mensajes recibidos son válidos como una forma de contrato?

Las respuestas a estas preguntas son las siguientes:

El emisor y el receptor están vinculados por el contrato de intercambio que han aceptado, uno con respecto al otro, y ambos con respecto al suministrador de la red X 25. Si utilizan cuidadosamente la tecnología disponible, pueden confiar en la red y en el mensaje EDI.

Este acuerdo hace las veces de un código a los efectos de sus transacciones comerciales. Cuando este acuerdo se reconoce como parte de una práctica comercial estándar, los diversos copartícipes podrán disponer de una base legal que les permita fortalecer sus relaciones comerciales.

Posibilidades que ofrece el EDI a los países africanos

El intercambio electrónico de datos representa un posible instrumento de desarrollo para los países africanos, los que deben adaptarse a esta nueva tecnología en aras de una mejor integración de los medios de comunicación.

El Gobierno de Senegal, consciente de la importancia de este problema, estableció, en una etapa muy temprana, primeramente un Departamento de Informática y después un Ministerio responsable de la modernización de la tecnología y del Estado. Este Ministerio ha trazado las líneas principales de la modernización que, si todo se desarrolla convenientemente, llevará a Senegal al tercer milenio.

Confesamos que sólo estamos comenzando, modestamente, la introducción de esta nueva tecnología; sin embargo, debe reconocerse que, en relación con el África subsahariana en su conjunto, el Senegal ha realizado adelantos considerables.

El intercambio electrónico de datos no se aplica todavía en nuestros países, que aún utilizan los métodos tradicionales de comunicación como el teléfono, el télex, el telefacsímil y el correo ordinario.

En lo que respecta a los nuevos métodos, algunos países africanos están utilizando medios más modernos de transmisión de datos, basados en la norma X 25 formulada por el CCITT. Esto es aplicable en particular a el Camerún, la Côte d'Ivoire, el Gabón, Marruecos, el Senegal y Túnez.

SENPAC es la red senegalesa para la transmisión de datos por paquetes. SENPAC se basa en la norma X 25; la red homóloga de la Côte d'Ivoire se llama CITRAPAC, y la red homóloga de Burkina Faso se llama FASOPAC. Los usuarios conectados a SENPAC podrán intercambiar información utilizando procedimientos simples de comunicación, por oposición a los que emplean el EDI. La Administración senegalesa y la mayor parte de las empresas públicas han comenzado a automatizar sus medios de comunicación.

## Perspectivas ofrecidas por el EDI

La utilización del EDI presupone el establecimiento de una red para la transmisión de datos por paquetes. Para que ello sea posible en el caso de datos transmitidos del punto A al punto B, se necesita una red construida de acuerdo con la norma X 25. Esta norma proporciona la capa física que permitirá enviar los datos EDI. Sin esta capa, la comunicación sería muy dificil porque el EDI utiliza protocolos X 25.

La utilización del EDI debe permitir una mejor integración entre los países africanos en lo que respecta al intercambio de información y datos; aparte del aspecto relativo a la integración, no debe olvidarse que dicha utilización permitirá el desarrollo de los medios de comunicación, así como la racionalización y un mejor dominio de la transmisión de información y datos.

Las perspectivas ofrecidas por el EDI a algunos departamentos gubernamentales senegaleses, como el de administración del comercio exterior, son las siguientes:

En la esfera de la legislación sobre pagos al extranjero y comercio exterior, los servicios del Ministerio de Comercio y del Ministerio de Finanzas podrían, por ejemplo, una vez introducido el EDI, autorizar a los empresarios que así lo solicitaran, a utilizar datos que puedan tratarse por una máquina, o a la teletransmisión de datos, para preparar declaraciones de importación o exportación.

En la esfera de las estadísticas de comercio exterior, la recogida de datos se efectúa en dos niveles: primero mediante listas enviadas por las autoridades de aduana, y después mediante cuestionarios. Quienes respondan a los cuestionarios tienen que autenticar con su firma de puño y letra los datos proporcionados. El EDI permitirá la simplificación de los procedimientos utilizados en este nivel.

Con el EDI, la Dirección de Estadísticas de Senegal, con fines de simplificación, podría permitir que los datos para las estadísticas de comercio exterior se proporcionaran en forma de tablas generadas por computadoras.

Dificultades legales que podrían obstaculizar el desarrollo del EDI en África

Los documentos escritos transmitidos por EDI pueden plantear problemas en lo que respecta a su validez, utilización como medio de prueba, autenticidad, etc. Dado que los documentos en cuestión producen derechos y obligaciones que pueden hacerse valer contra las distintas partes, una vez que hayan sido establecidos, se plantea necesariamente el problema de la prueba.

¿Qué cosa prueba que el documento obtenido a través del EDI en una transacción comercial es auténtico y legalmente válido? Trataremos de examinar esta cuestión teniendo en cuenta ciertas disposiciones de la legislación positiva senegalesa.

Legislación positiva senegalesa

El artículo 4 del Código Civil y de Obligaciones Comerciales estipula cuatro condiciones para la validez de un contrato:

- Consentimiento de las partes;
- Capacidad legal para otorgar contratos;
- Que el objeto del contrato sea legal y determinado;
- Que del contrato nazcan obligaciones.

El consentimiento implica la voluntad de cada una de las partes contratantes y el acuerdo de estas dos voluntades.

- La voluntad de contratar tiene que estar presente en ambas partes (artículo 58) y que ser consciente (artículo 59), declarada (artículo 60) y no viciada (artículos 61-64).
- El legislador senegalés exige también que la voluntad de cada parte sea lúcida. Así, el artículo 59 prescribe que el consentimiento debe emanar de una persona que goza de sus facultades mentales.
- La voluntad interna de las partes contratantes, aunque sea consciente, es no obstante insuficiente. Tiene que ser declarada, y esta manifestación externa puede adoptar varias formas (artículo 60). Puede ser expresa o tácita (artículo 81, párr.2).

- Por último, la voluntad sólo puede dar lugar a un contrato válido si no está viciada por error, fraude o violencia (artículo 61).

Además de las condiciones relativas a la voluntad de cada parte contratante, es necesario que las dos voluntades concuerden, es decir, que haya lo que se designa por un "intercambio de consentimiento".

Dicho sea en términos simples, "un contrato se forma por una oferta o solicitud seguida de una aceptación". Naturalmente, se requiere la conformidad de las voluntades y tal conformidad, en principio, tiene que abarcar todas las cláusulas (artículo 79, párr.1). Sin embargo, el legislador senegalés ha decidido que "el contrato se considera concluido cuando las partes hayan convenido en los puntos esenciales" (artículo 79, párr.2).

Cuando la oferta y la aceptación no son simultáneas se plantea otra cuestión: la del tiempo y lugar de celebración del contrato. El código senegalés adopta a este efecto la fecha y lugar en que se emitió la aceptación (artículo 82).

En lo que respecta a la capacidad para celebrar contratos, el Código establece que toda persona que no haya sido declarada incapaz por la ley puede celebrar un contrato (artículo 57). En otras palabras, la capacidad para celebrar contratos es la regla, y la incapacidad la excepción.

Por objeto del contrato ha de entenderse la prestación prometida; también puede entenderse la cosa con la que se relaciona dicha prestación.

El objeto debe cumplir dos requisitos. En primer lugar, lo que las partes pretenden debe formularse claramente y ser materialmente posible en la práctica. El contrato no es válido si hay una imposibilidad material (artículo 74, párr. 2) de ejecutar la prestación prometida o proporcionar la cosa que es objeto de la prestación.

En segundo lugar, la voluntad de las partes debe tener un contenido legal, requisito que se relaciona tanto con el objeto del contrato como con el objeto de las obligaciones (artículo 47). Por tanto, las partes deben fijar primeramente el objeto del contrato "dentro de los límites impuestos a la libertad contractual" (artículo 73), es decir, dentro los límites permitidos por el orden público y la moral. La cosa con la que se relaciona la prestación debe también ser legal.

El código senegalés menciona la "causa" como una de las condiciones para la celebración de un contrato (artículo 47). La causa es la razón por la cual una persona realiza un acto jurídico.

La violación de una de las condiciones para la celebración de un contrato produce la nulidad del contrato (artículo 84). Sin embargo, estas condiciones en algunos casos "se establecen atendiendo al interés general", y en estos casos la nulidad es absoluta (artículo 85), y en otros casos están destinadas a proteger un interés privado, y en estos casos la nulidad es relativa (artículo 86).

En lo que respecta a la prueba de las obligaciones, el código senegalés establece que no todos los medios de prueba - es decir, documento escrito, prueba testifical, presunción de hecho (praesumptio hominis), admisión (o confesión) ante el tribunal y juramento decisorio (artículo 12) - tienen el mismo valor.

En primer lugar, la fuerza probatoria de un texto escrito depende de que se trate de un documento público (instrumento autenticado), es decir un documento que "haya sido recibido por un funcionario público competente que actúa en la forma prescrita por la ley" (artículo 17), o de un documento privado (acto bajo sello privado). Un documento público es auténtico frente a todos mientras no se demuestre su falsificación en el caso de certificaciones personales hechas por un funcionario público (artículo 18, párr. 1), o mientras no se pruebe lo contrario en el caso de otras declaraciones (artículo 18, párr. 2). Un documento privado tiene menos fuerza probatoria.

Los escritos y las firmas tienen que ser reconocidos por su autor, o declarados genuinos por el juez (artículos 25 y 26). Su contenido se tiene por verídico solamente hasta que se pruebe lo contrario (artículo 23) y la fecha del documento sólo excepcionalmente se considera válida frente a terceros.

El código especifica la fuerza probatoria de otros documentos escritos. Una carta privada "prueba, contra el firmante, los actos jurídicos en ella contenidos" (artículo 27), pero su fuerza probatoria depende del contenido del acto jurídico en cuestión. Así, según el caso, una carta privada puede tener el valor de un documento escrito o servir (prima facie) como el principio de prueba sobre una base escrita. Con respecto a las copias, las fotocopias y toda otra reproducción de un documento privado auténtico tendrán la misma fuerza probatoria que el documento en cuestión si están certificadas como copias válidas por un funcionario público (artículo 28).

No todos los demás medios de prueba tienen la misma fuerza probatoria

La evaluación de la prueba testifical se deja a discreción del juez (artículo 30). Lo mismo cabe decir de la presunción de hecho (artículo 30) a lo que la ley asimila los métodos de reproducción de la voz (artículo 31) y las admisiones (o confesiones) extrajudiciales (artículo 32). Por otra parte, el código atribuye una gran fuerza probatoria a la admisión (o confesión) hecha ante el tribunal, prescribiendo que ésta "es plenamente concluyente contra la persona que lo hace" (artículo 33), así como al juramento decisorio o a la negativa a prestar una declaración jurada (artículo 35).

Según que se trate de establecer la existencia de un hecho jurídico o un acto jurídico, la admisibilidad del medio de prueba se rige por principios diversos.

En el primer caso (hecho jurídico), pueden utilizarse todos los medios de prueba prescritos por la ley (artículo 13, párr. 1), mientras que en el segundo caso, salvo en la esfera comercial, donde la prueba es libre (artículo 13, párr. 2), prevalece el sistema de la prueba preconstituida.

Por tanto, se requiere un documento escrito en el caso de todo acuerdo cuyo objeto tenga un valor superior a 20.000 francos CFAF (ó 400 francos franceses) (artículo 14), y el corolario de este principio es la admisibilidad de la prueba testifical y las presunciones de hecho en el caso de reclamaciones cuyo valor no exeda de esa cantidad (artículo 29, párr. 1). Sin embargo, el Código establece excepciones en cuanto a la necesidad de un documento escrito cuando el valor del objeto sea superior a 20.000 francos CFAF. En primer lugar, permite la admisión (o confesión) ante el tribunal y los juramentos decisorios con respecto a todas las cuestiones (artículos 33 y 34). En segundo lugar, establece que la prueba testifical y las presunciones de hecho son procedentes "cuando no le haya sido posible al acreedor obtener o presentar prueba escrita" (artículo 15), o cuando haya un "principio de prueba escrita" (artículo 16). La legislación senegalesa entiende por esto "todo documento escrito que haga probable el hecho alegado y provenga de la persona contra la cual se presenta la prueba, su predecesor en el título, o su representante" (artículo 16, párr. 2). El Código de Obligaciones Civiles y Comerciales ensancha la noción de un principio de prueba e incorporando en la misma las declaraciones hechas en el curso de una comparecencia personal ordenada por el juez (artículo 16, párr. 3).

Además, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 192, prescribe que la incomparecencia o la negativa a responder de una de las partes debe considerarse también un principio de prueba basado en escritura.

Cuando se establece un acto jurídico por medio de un documento escrito, el valor probatorio de este documento cede al de una admisión (o confesión) hecha ante el tribunal o un juramento decisorio (artículos 33 y 35). Por otra parte, un documento escrito tiene, en principio, un valor probatorio superior al de la prueba testifical y al de las presunciones de hecho, ya que estos medios de prueba no son procedentes "contra y más allá del contenido en un acto escrito" (artículo 29, párr. 2).

En resumen, la legislación referente a la necesidad de una prueba por escrito, y su valor probatorio, pueden obstaculizar la aplicación y el desarrollo del intercambio electrónico de datos en los países africanos de habla francesa, en los cuales el sistema jurídico es prácticamente el mismo.

Cuando intervienen computadoras, el actor presenta su propia prueba, generada por su propia máquina. ¿Qué fuerza probatoria puede atribuirse a un listado de un banco de datos?

En nuestro país no hay nada codificado en esta materia. Generalmente, por ejemplo en el caso de Senegal, los tribunales aceptan esta clase de prueba como un principio de prueba sobre la base de escritura. La jurisprudencia no rechaza los registros de computadora, pero éstos no constituyen una prueba plena.

Los jueces senegaleses ya han fallado sobre casos específicos que se les ha sometido. Permítaseme mencionar, por ejemplo, un procedimiento establecido por la compañía nacional de electricidad contra uno de sus clientes. Se trataba de un problema de cobro de una cuenta. La compañía había presentado al tribunal una hoja impresa con el estado de la cuenta del cliente, acompañada de las condiciones particulares del contrato de suministro. El juez consideró que la hoja impresa por computadora con el estado de la cuenta tenía necesariamente que ir acompañada del documento firmado por ambas partes.

En otra esfera, tenemos que la administración fiscal senegalesa no acepta que las compañías senegalesas utilicen un soporte electrónico de datos al hacer sus declaraciones. Por ejemplo, las declaraciones de salarios no se aceptan si aparecen en listados producidos por programas de computadora para el pago de salarios; el contribuyente fiscal tiene que utilizar los formularios ordinarios proporcionados por la administración fiscal.

Necesidad de ajustes en la legislación

El método tradicional de intercambiar documentos escritos en papel constituye un elemento importante, necesario en nuestros países. Hay que legislar en este campo porque, generalmente, las leyes se dictan solamente para regular una nueva situación.

La fiabilidad de todos los datos debe quedar asegurada, por lo que es necesario supervisar la totalidad del sistema de intercambio electrónico de datos.

Quizá se necesiten algunos ajustes de la legislación en lo que respecta a los métodos de prueba que se han utilizado hasta el presente.

El intercambio electrónico de datos sólo podrá desarrollarse si se acepta a escala mundial. Estimamos que la legislación internacional es esencial para ayudar al desarrollo del EDI.

#### Conclusión

El sistema EDI ofrece a los países africanos enormes posibilidades en lo que respecta a los datos en las esferas de la administración, el comercio y el transporte. Sin embargo, es necesario preparar al pueblo, y establecer reglamentos que permitan la utilización eficaz y eficiente de un instrumento, que a nuestros países no les quedará más remedio que utilizar si desean aprovechar las ventajas de las nuevas tecnologías. Con el establecimiento de un sistema de redes federadas entre los países africanos, los usuarios podrán aprovechar la experiencia de cada uno de los demás.

#### CIRO ANGARITA BARÓN

Juez Constitucional, Bogotá

En mi doble carácter de juez constitucional y usuario obligado de silla de ruedas, permítanme que yo inicie mi breve intervención expresando mi sincero agradecimiento a los organizadores de este Congreso que me han garantizado mi derecho de acceso, en igualdad de condiciones, a este honroso y universal podio. Como ustedes pueden constatarlo ahora, ellos no han ahorrado esfuerzo para transformar fugazmente mi silla

en un verdadero micrófono ambulante. Dentro de los modestos términos en que se desenvuelve mi existencia, estimo que este gesto constituye también un hito significativo en la práctica cotidíana de los derechos humanos.

Fiel a la misma tradición que en el pasado llevó a mi país a ser miembro fundador de UNIDROIT, como colombiano es ciertamente para mí un grato e inmenso privilegio participar en la celebración de los 25 años de existencia de UNCITRAL (CNUDMI).

Dentro de las limitaciones de tiempo propias de un evento de esta naturaleza, me propongo presentar ante este selecto auditorio de expertos un resumen parcial de un estudio que adelanté en 1991 para el programa PNUD/ONUDI de Cooperación en Informática y Microelectrónica (RLA/86/003) acerca de los desarrollos más significativos concernientes al intercambio electrónico de datos (EDI) en el derecho latinoamericano. Me referiré, en particular, a aspectos tales como su valor probatorio, su incidencia contable y fiscal, la emisión y transacción con títulos-acciones y la relevancia en algunos actos administrativos.

## Valor probatorio

Se aprecia en diversos países de la región un paulatino abandono de la concepción tradicional de la prueba documental. Así por ejemplo en Colombia el concepto de documento no se circunscribe hoy estrictamente a un papel escrito en determinado idioma sino que incluye también cualquier objeto que pueda proporcionar ciencia respecto a hechos litigiosos. Esta visión amplia se plasma hoy tanto en el Código de Procedimiento Civil que lo concibe como "objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo" como en el Código de Procedimiento Penal para el cual es documento "toda expresión de persona conocida o concebible, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico técnicamente impreso".

Esta concepción amplia es acogida también en la doctrina argentina<sup>6</sup>. El nuevo texto del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil de México establece, por su parte que, "son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo de juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos". Como se ve, permite el uso de medios probatorios que bien pueden ser de carácter electrónico.

En el Uruguay, la doctrina está dividida entre quienes propugnan por una acción restringida de documentos y quienes lo conciben en forma amplia. Para los primeros, el documento comprende únicamente los escritos sobre soporte papel y firmados de puño y letra del autor; para los segundos, el documento es cualquier objeto que contiene información con independencia de la naturaleza de su soporte, de su proceso de elaboración o de la firma<sup>7</sup>.

La aceptación de la información electrónica como medio probatorio depende de diversos factores inherentes a las características propias de los ordenamientos tales como el sistema probatorio, el valor del documento, su calidad de público o privado y sus autenticidad.

En Colombia rige el sistema de libre apreciación de la prueba por lo cual el juez deberá valorarla dentro de los principios de la sana crítica, la lógica, y la sicología jurídica<sup>8</sup>. A diferencia de lo que ocurre en el sistema de la tarifa legal, se le concede, pues, una mayor amplitud en su apreciación sin caer en la arbitrariedad.

A falta de normas especiales en materia de medios probatorios no tradicionales y puesto que la información contenida en un soporte electrónico es realmente una especie del género documento, su valor probatorio, en general, es el mismo de éste, con algunas particularidades derivadas de su naturaleza y forma (télex, telefax, SWIFT, memoria del computador, disquete, grabaciones de voz).

En la Argentina la necesidad de superar las limitaciones que el Código Civil establece en materia de escritura y firma, las cuales obstaculizan claramente el uso del documento electrónico, llevó a la Secretaría de Justicia a elaborar un anteproyecto para reformar la legislación vigente en el sentido de admitir dicho documento bajo ciertos supuestos<sup>9</sup>.

En el Brasil desde 1972 una comisión dirigida por Miguel Reale elaboró un "Anteproyecto de Código Civil" que contiene normas que reconocen plena validez probatoria a las informaciones memorizadas en cintas y discos magnéticos, con las cuales se supera la concepción tradicional del documento escrito.

En Chile un reciente proyecto de ley considera "instrumentos públicos los impresos generados por computador y expedidos por servicios públicos" conforme a los reglamentos del caso y admite "pruebas informáticas consistentes en discos, cintas o cualquier clase de archivo magnético o de uso computacional y en la reproducción, por cualquier medio, de su contenido" [10].

En el Uruguay el valor probatorio del documento electrónico ha originado diversas corrientes de opinión, según que se le juzgue con respecto a los códigos tradicionales o a las nuevas disposiciones. Los comentaristas de tales códigos lo consideran bien "otro medio probatorio" sometido a las reglas de la sana crítica<sup>11</sup> o una especie de documento cuyo valor depende de su carácter de público o privado<sup>12</sup>. En cambio, en nuevas disposiciones tales como el Código General del Proceso se presume la autenticidad del documento emanado de sistemas informáticos, salvo desconocimiento o tacha de falsedad<sup>13</sup>.

# Incidencia contable y fiscal

Tal como ya ocurre en otras latitudes, algunos países latinoamericanos están fomentando el uso del intercambio electrónico de datos en la contabilidad. Es de señalar no sólo la amplitud con que se acepta en Colombia dicho intercambio para efectos contables sino también que su valor probatorio es el mismo de los soportes sobre papel<sup>14</sup>. Más aún, dentro del nuevo sistema denominado "Plan Único de Cuentas" las instituciones financieras están obligadas a enviar sus respectivos estados a la Superintendencia Bancaria vía modem<sup>15</sup>.

En la Argentina el artículo 61 de la ley 19550 modificado por la ley 22903 autoriza expresamente -bajo ciertas condiciones y excepciones (libros de Inventarios y Balances)- llevar la contabilidad mediante el uso de computadores.

En el Brasil el artículo 1181 del anteproyecto de Código Civil en el texto reelaborado en 1984 permite la contabilidad mecanizada o electrónica.

En el Uruguay la ley de Sociedades Comerciales 16060 autoriza el uso de la contabilidad electrónica.

Algunos ordenamientos latinoamericanos permiten el suministro de información fiscal en medios electrónicos.

Es así como, por ejemplo, en Colombia el artículo 622 del Decreto No. 624 de 1989 (conocido como el estatuto tributario), establece que los organismos obligados a suministrar información acerca de las personas o entidades que vigilan, tienen a su cargo, o prestan servicios (Superintendencia Bancaria, Cámaras de Comercio, Bolsas de Valores, Notarías y otros) pueden presentarla en medios magnéticos. En casos excepcionales el uso de dichos medios constituye no simplemente una opción sino una obligación. Tal ocurre con entidades que hubieran poseído patrimonio bruto superior a 200 millones de pesos 16.

En la Argentina es posible comunicar a la Dirección General Impositiva datos de carácter fiscal en medios electrónicos.

#### Emisión y negociación de títulos valores

Algunos ordenamientos latinoamericanos admiten que los títulos de acciones puedan tener un soporte electrónico que haga posible un manejo automatizado de los mismos.

En Colombia el artículo 7 del Decreto 1798 de 1990 autoriza expresamente que las sociedades anónimas lleven el registro de acciones y sus movimiento mediante medios electrónicos.

En el Uruguay parte de la doctrina cuestiona y parte acepta la posibilidad jurídica de librar y transmitir títulos valores mediante los nuevos medios tecnológicos 17.

En la Argentina el Decreto 83 de 1986 admite el registro de acciones nominativas no endosables en forma informática, caso en el cual la autorización de la Inspección General de Justicia se sujeta a la descripción de las características del sistema informático, los métodos de seguridad y la posibilidad de imprimir en papel, en cualquier momento, los datos pertinentes<sup>18</sup>.

# Relevancia en algunos actos administrativos

Una reciente sentencia del Consejo de Estado de Colombia que admitió la validez de un decreto presidencial expedido a través del telefax desde Seúl (Corea) ha abierto la puerta a la producción de actos administrativos por vía electrónica puesto que como bien lo reconoce el Consejo de Estado "no puede la ciencia jurídica ignorar o colocarse al margen de las innovaciones y progresos que la tecnología moderna y especialmente en el terreno de la electrónica imponen en materia de concreción y transmisión del pensamiento 19.

En Argentina la doctrina considera que la aplicación de la informática al campo de la administración pública es una necesidad y puede llegar a tener importantes consecuencias para su agilización. Entre los efectos positivos se mencionan algunos tales como la apertura de datos de bancos públicos y su consulta por computador, la motivación de los actos administrativos, su publicidad y prueba, la participación directa del ciudadano en la gestión administrativa; el control a posteriori de los actos de la administración; y la determinación de responsabilidades por errores o pérdida<sup>20</sup>.

En Chile el proyecto de ley a que antes se hizo referencia excluye los archivos de datos que hayan sido o sean creados por organismos de la administración del Estado en virtud de específicas disposiciones legales o reglamentarias. Pero cobija archivos administrados por organismos públicos.

#### Conclusiones

El derecho latinoamericano comienza a responder en forma dinámica y positiva a las exigencias que plantea el uso creciente del intercambio de información electrónica en campos tales como el sistema probatorio, la contabilidad, la información fiscal, los títulos de acciones y los actos administrativos.

En abierto contraste con lo anterior, la transferencia electrónica de fondos no ha sido aún regulada en forma específica en América Latina. Por tanto, es preciso recurrir a la aplicación analógica de normas, generales o especiales, sobre otras materias y a la sana crítica.

Tampoco es claramente manifiesta en la región la tendencia de admitir la celebración de contratos mediante el intercambio electrónico de datos.

#### Recomendaciones

Se debería estudiar con máxima atención si es necesario, posible y conveniente que todas las relaciones surgidas del intercambio electrónico de datos en el ámbito de América Latina se desarrollen en el marco estricto de un régimen jurídico unificado.

Se deberían realizar de manera permanente programas de cooperación regional para superar las restricciones que hoy obstaculizan el uso del documento electrónico en los diversos países del área, tales como las obligaciones de expedir y/o conservar documentos en papel o suscribirlos personalmente, o de exhibirlos como condición para hacer valer derechos incorporados en ellos o exigencias propias de sus sistemas probatorios.

Se debería consolidar y ampliar los significativos avances en la aceptación del documento electrónico a través de una regulación especial de aspectos en los cuales hay vacíos que deben ser llenados a la brevedad

posible tales como la transferencia electrónica de fondos y la celebración de contratos. Tal regulación debe tener en cuenta las tendencias prevalentes en el ámbito internacional.

#### PROFESOR OLAV TORVUND

Centro Noruego de Investigaciones para Computadoras y Legislación, Oslo

Tengo el propósito de tratar las cuatro cuestiones siguientes: perspectivas y métodos de reglamentación, utilización de la información comercial, proveedores de redes, y negociabilidad.

Utilización de mensajes comerciales (información)

Distinguiré entre la utilización de información entre las partes contratantes, y la utilización por terceros. Entre las partes, se utilizan mensajes para celebrar un contrato, enviar una factura, enviar una orden de pago, etc. Llamaré a esto el uso primario de la información. En algunos casos esta información tiene que estar escrita en papel, pero por lo general las partes están en libertad de escoger la forma y el soporte.

La información la utilizan también terceros. La utilizan para operaciones de aduanas, impuestos sobre el valor añadido, auditoría, seguros, finanzas, etc. También se podrían incluir los litigios ante los tribunales. A esto lo llamaré el uso secundario. Una factura se envía para indicar la cantidad que se debe pagar, y no con miras a operaciones de aduanas, impuestos, ni por ningún otro motivo. Sin embargo, dado que la factura existe, se utiliza también para otras finalidades. Para deducir lo que se paga por concepto de impuesto por valor añadido, de lo que se ha recibido, se necesita cierto tipo de documentación. Y entonces, lo que al principio era la finalidad principal puede verse reemplazada por otra: no es necesaria una factura tradicional para indicarle al comprador lo que debe pagar, pero las autoridades fiscales podrían decir que no aceptan ninguna otra documentación.

Cuando se está tratando de facilitar la utilización del intercambio electrónico de datos entre los usuarios primarios de la información transmitida, a veces se plantean problemas relacionados con el uso secundario. Y cuando las cuestiones relacionadas con el uso primario de la información podrían tratarse a un nivel de legislación internacional, el uso secundario será a menudo objeto de una ley nacional que podría variar mucho de un país a otro. Es evidente, y lo ha sido durante mucho tiempo, que las cuestiones contratuales que plantea un contrato internacional deben tratarse a nivel internacional. Por ejemplo, el pago de impuestos ha sido un punto de discordia entre las compañías y las autoridades fiscales de su país.

Una conclusión es que los asuntos que han venido tratándose a nivel nacional tienen ahora que tratarse a nivel internacional.

Perspectivas y métodos de reglamentación

La reglamentación del EDI o la utilización del EDI deben, en mi opinión, considerarse desde dos perspectivas diferentes. Cuando estamos tratando del EDI en un nivel general, estamos abarcando muchos tipos de transacciones diferentes. Estamos sobre la superficie de todas esas transacciones, y a esto lo llamaré la perspectiva horizontal.

El otro método consiste en reglamentar las cuestiones del EDI que se relacionan con cierta clase de transacción. Esta puede ser una reglamentación circunscrita a las cuestiones relacionadas con el EDI, como las reglas del CMI sobre el conocimiento de embarque electrónico, o dichas cuestiones pueden incorporarse en una reglamentación más general, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito.

En una perspectiva horizontal se deben tratar las cuestiones que se relacionan con la comunicación, cualquiera que sea el tipo de transacción. Esto incluye los procedimientos de comunicación, la autenticación,

los registros cronológicos, etc. Se podrían también incluir las cuestiones de la celebración de los contratos y la de las pruebas en los litigios. Las cuestiones se han identificado muy bien, pero los problemas no se han resuelto. Un convenio internacional podría ser el método adecuado para tratar estas cuestiones.

Todas las cuestiones relacionadas con el contenido de la transacción, incluidas las obligaciones de las partes, deben tratarse dentro de la reglamentación de esa transacción determinada. Esta podría ser la venta de mercancías, transporte, seguros, banca, etc. Debo recalcar que la responsabilidad debe tratarse en este nivel, y no en el nivel general del intercambio electrónico de datos. Se incurre en responsabilidad por una entrega tardía, un pago tardío, etc., y no por la demora (como tal) incurrida en el envío de un mensaje.

## Proveedores de redes

Los servicios de red de valor añadido, o servicios potenciados (o enriquecidos), resultarán muy importantes cuando se utilice el EDI. El tiempo concedido no me permite tratar esta cuestión con más detalles. Diré, sin embargo, que es muy poco lo que se ha hecho hasta ahora. Es necesario analizar como estos servicios se relacionan con la forma de conducir los negocios, e influyen sobre la misma. Muchas veces veremos que estamos pasando de una transacción bipartita a una transacción tripartita, y sabemos muy poco acerca de lo que hace ese tercero. Y no sabemos cuál es su responsabilidad.

# Negociabilidad

El concepto de negociabilidad es uno de los problemas dificiles relacionados con el EDI. Considero que debemos reexaminar este concepto y liberarnos del concepto tradicional de un instrumento negociable. Se debe analizar las funciones y tratar de hallar un modo de mantenerlas dentro de un entorno de intercambio electrónico de datos. Hay que tratar separadamente los problemas que se plantean en cada sector comercial. En la práctica, parece que el concepto de negociabilidad plantea principalmente problemas en el transporte marítimo, por lo que se debe tratar de resolver los problemas en ese sector sin que haya que asumir la carga de un concepto general de negociabilidad en un entorno de intercambio electrónico de datos.

# Algunas observaciones finales

Es importante resolver los problemas jurídicos relacionados con el intercambio electrónico de datos (EDI). Sin embargo, no considero que una reglamentación del EDI sea una parte importante de una futura legislación comercial. Desempeñará un papel similar al que desempeñan en la actualidad los reglamentos postales y de telecomunicaciones en la legislación comercial tradicional. Una vez establecida la reglamentación, podemos hacer abstracción de ella. Estimo que en muchas esferas de la legislación en las que ahora el EDI nos preocupa mucho tendremos la misma experiencia que tuvo la CNUDMI con respecto a la transferencia electrónica de fondos: la tecnología resultó ser un asunto de menor importancia en comparación con las cuestiones de derecho. No obstante, el EDI está cambiando la forma de conducir los negocios, y la reglamentación de los negocios se debe modificar en consecuencia.

## Referencias:

El Centro noruego de investigaciones sobre computadores y legislación ha publicado (en inglés) dos informes sobre el EDI:

Andreas Galtung: Paperless systems and EDI, Complex 4/91, y Rolf Risnaes: Implementing EDI - a proposal for regulatory reform.

Ambas publicaciones pueden obtenerse de dicho centro (NRCCL) en la siguiente dirección: Norwegian Research Center for Computers and Law, University of Oslo, Niels Juels gt, 16, N-0272 Oslo, Noruega.

# 4. Tribuna pública

#### SAM MADUEGBUNA

Nigeria

Tengo algunas observaciones que hacer sobre la relación entre el intercambio electrónico de datos (EDI) y los países en desarrollo, pero en primer lugar debo dar las gracias a la Secretaría de la CNUDMI por permitirme participar en esta augusta conferencia de distinguidos eruditos y profesionales en ejercicio. Deseo señalar que el EDI es una aplicación de la tecnología de la información, y que la tecnología de la información es, dicho sea brevemente, la convergencia de las tecnologías de la computadora y la de las telecomunicaciones, por lo que en las sociedades en que no estén disponibles los medios fundamentales de telecomunicaciones, el EDI no es un instrumento, sino un desafío para la obtención de esos medios. En realidad, esas sociedades no pueden comerciar electrónicamente, por que no tienen los elementos básicos sobre los cuales comerciar electrónicamente.

En los pasados meses he examinado los efectos de las técnicas electrónicas de banca sobre títulos tales como letras de cambio, cartas de crédito, así como la recogida de documentos, y he llegado a la conclusión de que quizás, lo que estemos presenciando es el desarrollo de dos sistemas de procedimientos comerciales, uno basado en la eletrónica y otro, muy difundido, basado en el papel. Por consiguiente, parece que la comunidad comercial internacional está dividiéndose en dos líneas tecnológicas. Mi intervención en esta tarde se limita a señalar este hecho, de modo que toda unificación de las legislaciones tenga en cuenta el hecho de que algunas partes del mundo no tienen la tecnología para participar efectivamente en el EDI.

Como nota favorable a la CNUDMI, sé que este organismo ha procedido correctamente a este respecto. En realidad, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito viene a corroborar este hecho, pues algunos Estados han tratado de hacerla más complicada de lo que es actualmente. La secretaría de la CNUDMI pudo defender su posición y proporcionar una Ley Modelo que puede ser aceptada por los Estados que no tienen la tecnología. Por eso, en conclusión, mi observación es que debería tratarse esta cuestión, y, si es posible, la CNUDMI debería considerar la posibilidad de trabajar con otros órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales que se ocupan de cuestiones de tecnología para considerar como los países en desarrollo que no tienen esa tecnología pueden adquirirla.

#### MICHAEL BAUM

Abogado, Cambridge, Massachusetts (Estados Unidos de América)

Deseo comenzar por elogiar a la Comisión por haber comenzado a tratar seriamente el intercambio electrónico de datos (EDI). Considero que esto es muy oportuno e importante. Mis observaciones tienen por finalidad contribuir a la solución de algunas cuestiones planteadas en el debate sobre los pagos electrónicos, por ejemplo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, y el examen del EDI. Por ejemplo, ¿qué relación existe entre ambos: cómo funcionan juntos? El análisis, desde el punto de vista legal, de las cuestiones planteadas por el EDI en el plano nacional y en el internacional está actualmente concentrado en gran parte en la información contractual y en las cuestiones conexas importantes sobre la fuerza probatoria. Sin embargo, los numerosos acuerdos sobre el EDI de alta calidad, o acuerdos sobre copartícipes comerciales, tanto en el plano nacional como internacional, cada vez con mayor frecuencia han dejado de tratar uno de los aspectos del EDI: su aplicación a los pagos.

De hecho, la comunidad comercial que aplica el intercambio electrónico de datos ha respondido a la cuestión de los pagos con cierta especificidad. En los últimos dos o tres últimos años, más concretamente, esta esfera ha comenzado a desarrollarse. Se le ha llamado el EDI financiero. Concierne en parte a la formulación de instrucciones de pago a través del EDI, inmediatamente desde el originador de una transacción comercial, y también a la comunicación de cantidades substanciales, si no voluminosas, de detalles acerca de los envíos que de lo contrario irían consignados, por ejemplo, el talón de un cheque. Esa información se pasaría, o bien a través de un sistema de transferencia de fondos, o a través de una red de valor añadido, o

por ambos medios. Las posibilidades que, desde el punto de vista de la arquitectura de sistemas, plantea la comunicación de esa información, pueden dejar perplejo a cualquiera.

Mis observaciones tienen por objeto señalar el efecto del EDI financiero, pero más bien sobre las obligaciones contractuales subyacentes de los copartícipes comerciales, que las relaciones entre un banco y su cliente, o entre dos bancos. A este respecto, desde luego, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las transferencias internacionales de crédito tiende a tratar tales cuestiones. Permitaseme plantear, aunque sólo sea muy brevemente, algunas de estas cuestiones que quizá valdría la pena examinar en una ocasión ulterior.

Por ejemplo, ¿qué solución habría de darse al problema que plantea el tiempo que necesariamente toma la ejecución de una operación (el problema del "float")? Cuando se pasa de un entorno basado en cheques escritos en papel a un entorno electrónico, en muchos casos el librador del cheque pierde el valor correspondiente al tiempo en que el dinero permanecía en su cuenta, porque el pago se efectúa instantáneamente. ¿Qué habrá que hacer para asegurar que ninguna de las partes quede en desventaja en esa situación? Asimismo, ¿cómo habrán de tratarse las cuestiones de responsabilidad, o el efecto general las demoras en el sistema de transferencia de fondos con respecto a la obligación comercial subyacente? ¿Qué decir sobre el efecto de los pagos parciales y la capacidad de crear electrónicamente ofertas y aceptación de modificación? ¿Qué método apropiado debe utilizarse en el caso en que se desea expresar "pago total" o "pago con protesto" al dorso de una comunicación electrónica?

Además, ¿cómo se realizan electrónicamente devoluciones, ajustes, abonos de créditos o deducciones de rebajas, cuando se implanta el método de pagos electrónicos por EDI? ¿Es obligatorio efectuar la devolución en forma electrónica? Por último, ¿cómo puede la información relativa al envío comunicarse de una manera apropiada, fiable y consecuente con el mecanismo de pago?

En conclusión, por tanto, puede considerarse que el EDI financiero se encuentra en el punto intermedio entre las transacciones electrónicas de crédito o de débito y el EDI en general. Sin embargo, el EDI financiero no ha sido rigurosamente evaluado por la comunidad jurídica internacional, y ofrece, a mi juicio, un terreno fértil para su examen, tanto en el contexto de los pagos como en el contexto del EDI. A este respecto, uno de los grupos que se ocupa del EDI en la Asociación Internacional de Abogados ha creado un acuerdo modelo de pagos mediante EDI, o acuerdo de pagos electrónicos. Mucho me alegraría facilitar información al respecto a toda persona interesada. Finalmente, en lo que respecta a la cuestión de las firmas digitales, planteada anteriormente, he sacado copias de un documento sobre ese tema, con respecto a sus implicaciones en el comercio electrónico, y puedo facilitarlas a las personas interesadas.

# ROBERT FEINSCHREIBER

Abogado, Key Biscayne, Florida (Estados Unidos de América)

Mi opinión sobre el intercambio electrónico es que se debe revisar la Guía jurídica de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos. La Guía, tal como está actualmente constituida, no responde adecuadamente a la incidencia de la fuga de capitales o de la evasión fiscal. Lamentablemente, la transferencia electrónica suele ser el mecanismo empleado para realizar esas actividades. Estos abusos se sufren en los países en que se lleva a cabo el control monetario o la imposición fiscal. Hay situaciones en que unos bancos internacionales incitan a ciertos clientes a efectuar operaciones de evasión fiscal o fuga de capitales por los ingresos que de ellas obtienen. En ambos casos se debilita la economía del país en que se están haciendo los negocios. Tales bancos internacionales tienen una gran responsabilidad a este respecto. Amparados por el secreto bancario en los "paraísos fiscales", los bancos traspasan, fondos mediante el mecanismo electrónico, sacándolos de los países en que residen los clientes. Algunos bancos son lo suficientemente osados para prestar dinero a los mismos bancos de los cuales han sacado el dinero: un círculo vicioso.

Los gobiernos están en su pleno derecho de impugnar la validez de los préstamos que se crean de esta forma. Unos bancos internacionales recurren a la destrucción para ocultar la relación con sus filiales y el cliente, privando así de información a los funcionarios de control de la moneda y a las autoridades fiscales.

A este respecto estoy completamente de acuerdo con los puntos mencionados por Olav Torvund. El cliente que se encuentra en esta situación está en libertad de hacer jugar los precios de las transferencias y hacer todo lo que desee sin tener en cuenta las autoridades fiscales, por los dispositivos que pone a disposición el intercambio electrónico. A este respecto, considero que ha producido un gran efecto en las Bahamas y las Islas Caimán, específicamente, y que la estructura del capital ha producido un gran efecto en Argentina, Brasil y Venezuela, así como en los antiguos países comunistas. Por esta razón considero que la Guía debe revisarse para que trate la situación de la fuga de capitales y la evasión fiscal. Este es un importante aspecto del EDI.

#### Notas

- <sup>1</sup> Resolución 43/165 de la Asamblea General. La resolución y el Convenio se reproducen en A/43/820 de 21 de noviembre de 1988, anexo.
- <sup>2</sup> Estados Unidos de América, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Guinea y Canadá. El efecto de la URSS como firmante del Convenio aún no se ha determinado.
- <sup>3</sup> Véase Crawford, "Montage v Irvani: conflicts or harmonization of laws" *Banking and Finance Law Review*, vol. 7 (1991), págs. 85-109.
  - Véase el artículo 251.
  - 5 Véase el artículo 279.
- <sup>6</sup> Véase J.O. Allende, "Documento electrónico. Necesidad de reforma del Código Civil", Congreso Internacional de Informática y Derecho: en los umbrales del tercer milenio. (Actas del Congreso, Buenos Aires, octubre de 1990), pág. 563.
- Véase M. Wonsiak, "Valor probatorio de los documentos emitidos por sistemas informáticos en la legislación uruguaya", Congreso Internacional de Informática y Derecho: en los umbrales del tercer milenio. (Actas del Congreso, Buenos Aires, octubre de 1990) pág. 579.
  - <sup>8</sup> Véase Colombia, Código de Procedimiento Civil, artículo 187.
- 9 Véase C.M. Correa, "El derecho informático en América Latina", Derecho y Tecnología Informática No. 4 (Bogotá, mayo de 1990) pág. 58.
  - 10 Ibid.
  - <sup>11</sup> Véase G. Bello y L.A. Vieira, citados en M. Wonsiak, obra citada, pág. 595.
  - <sup>12</sup> Véase M. Wonsiak, obra citada, pág. 594.
  - 13 Ibid., pág. 598.
  - <sup>14</sup> Véase Colombia, Código de Comercio, artículos 68 y siguientes.
  - Véase Superintendencia Bancaria, "Carta Circular No. 004", 13 de enero de 1989.
- Véase Colombia, *Decreto 1624 de 1989*, artículo 631, párr. 2; Resolución No. 1964 del 10 de diciembre de 1990, Dirección de Impuestos Nacionales, artículo 2.
  - <sup>17</sup> Véase M. Wonsiak, obra citada, págs. 36 y 37.

- Véase C.M. Correa y otros, Derecho Informático (Buenos Aires, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987) pág. 299.
- Véase Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso -Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 23 de octubre de 1990. Consejera ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.
  - Véase C.M. Correa y otros, obra citada. págs. 303 y 305.

#### V. TRANSPORTE Y ARREGLO DE CONTROVERSIAS

# A. Transporte

# 1. De La Haya a Hamburgo: hacia unas normas uniformes modernas para el transporte marítimo

#### Profesor H. M. JOKO SMART

Decano de la Facultad de Derecho, Fourah Bay College, Universidad de Sierra Leona; Abogado, Freetown

Antes del siglo XX

Históricamente, el armador (transportista) era responsable de las pérdidas o daños de la carga fuese o no culpable de negligencia. Sólo quedaba exonerado por fuerza mayor; por hechos de enemigos públicos; por vicios ocultos de la carga; por falta del dueño de la carga, y por avería gruesa. Por otra parte, el armador había de facilitar un buque en condiciones de navegar que iniciase y efectuase la travesía contractual con diligencia razonable y sin ninguna desviación injustificable.

Los buques de carga navegaban a vela y transportaban artículos no perecederos. Con la invención de la máquina de vapor, aumentó el volumen del comercio marítimo y con él los riesgos del transporte. Surgieron controversias entre armadores y transportistas sobre a quién correspondían los riesgos. Por consiguiente, los propietarios de la carga empezaron a contratar pólizas de seguros y los armadores se organizaron en asociaciones de protección e indemnización que recurrieron a las cláusulas de exoneración en los conocimientos de embarque.

Período de 1893 a 1920

Empezaron a proliferar normas jurídicas diversas relativas a la distribución de los riesgos entre el transportista y el armador. Algunos países mantuvieron cláusulas de exoneración; otros no, por ejemplo en la Ley Harter de 1893 de Estados Unidos, en la Ley de Transporte Marítimo de Mercaderías de Australia de 1904, en la Ley de Transporte Marítimo de Mercaderías de Nueva Zelandia de 1908 y en la Ley de Transporte por Agua del Canadá de 1910.

Periodo de 1921 a 1968: las Reglas de La Haya

Hacia 1920, el Comité de Derecho Marítimo de la Asociación de Derecho Internacional celebró varias Conferencias a fin de ponerse de acuerdo sobre un modelo internacional de conocimiento de embarque que recogiera únicamente un nivel mínimo de responsabilidad del armador. El resultado de las Conferencias fue la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque (Reglas de La Haya), redactadas en 1921 y aprobadas en Bruselas en 1924. Entraron en vigor en 1931. Se introdujeron enmiendas en las Reglas de La Haya en Visby en 1964, enmiendas que fueron aprobadas por el Protocolo I de Bruselas en 1968. Las enmiendas entraron en vigor en 1977 con la denominación de Reglas de La Haya/Visby. Otra nueva enmienda se introdujo en 1979 mediante el Protocolo II de Bruselas que entró en vigor en 1984. Ambas enmiendas tratan en el fondo de la ampliación de las limitaciones de responsabilidad del transportista por pérdidas o daños de las mercaderías.

Periodo de 1968 a 1978: necesidad de una reforma

La insatisfacción con las Reglas de La Haya hizo ver la necesidad de un régimen más equitativo. A continuación se resumen las razones para la sustitución de las Reglas:

a) Las Reglas contienen unas excepciones complicadas a favor del transportista (porteador) que lo exculpan de casi todos los errores concebibles por su parte (artículo 4 2)). Sólo responde de pérdidas o daños de la carga en el caso de que no proporcione un buque en condiciones buenas de navegar al inicio del viaje.

Los modernos adelantos tecnológicos han culminado en una navegación ultraperfeccionada por satélite y desvirtuado por completo esas excepciones, en particular la excepción de falta náutica;

- b) Varias disposiciones de las Reglas suscitan ambigüedad e incertidumbre, con la consecuencia de una elevación de los gastos de transporte del expedidor (cargador), que no sólo paga el flete prescrito, sino también ex abundanti cautela, asegura el cargamento contra riesgos de los que no está seguro si están cubiertos por su póliza de seguros (por ejemplo el artículo 4 2);
- c) El transportista (porteador) sólo responde de su propia falta. Puede alegar la excepción de falta o negligencia del capitán del buque, de sus empleados y mandatarios. Esa excepción no puede seguir teniendo sentido con la invención de la moderna comunicación por satélites, télex, telefacsímil y teléfono que permite a la tripulación ponerse en contacto con el armador en cuestión de segundos oprimiendo un botón;
- d) El alcance geográfico de las Reglas es reducido (artículo X). Las Reglas tienen en cuenta únicamente el puerto de carga, pero no el puerto de descarga;
- e) El alcance documental también es estrecho. Las Reglas se refieren a contratos cubiertos únicamente por un conocimiento de embarque. No tienen en cuenta otros documentos de transporte utilizados en el moderno transporte marítimo como las cartas de porte marítimo, el recibo del capitán del buque, el certificado de recibo del comisionista de transporte, notas de colocación de pedido y recibos de depósito en muelle, que son documentos probatorios también del contrato de transporte;
- f) El plazo de vigencia de la responsabilidad del transportista por la carga va exclusivamente del momento de la carga al de la descarga. Este plazo no incluye el período inmediatamente anterior a la carga o posterior a la descarga mientras las mercaderías se hallen en poder del transportista (porteador);
- g) No hay responsabilidad por el retraso ni por el transporte de animales vivos y carga sobre cubierta. Se transportan por cuenta y riesgo del dueño;
- h) La unidad de cuenta fue en tiempos la libra esterlina oro. En 1925 la libra dejó de ser convertible en oro. Siguió la tendencia a la baja. Surgieron normas contradictorias pues cada Estado contratante convertía a su manera el límite de responsabilidad valorado en 100 libras esterlinas. En el Protocolo I de Bruselas se adoptó el franco oro Poincaré;
- i) La unidad financiera de responsabilidad por pérdidas o daños de la carga de 100 libras esterlinas por bulto o unidad llegaría a ser muy insignificante según criterios modernos. El Protocolo I de Bruselas lo cifró en 10.000 francos Poincaré por bulto o unidad, o 30 francos por kg de peso bruto. El Protocolo II de Bruselas lo cifró en 667,67 derechos especiales de giro (DEG) y 2 DEG respectivamente. Las Reglas no contienen cláusula alguna sobre la revisión de esas limitaciones económicas;
- j) En lo que respecta a la unidad de carga, en virtud de las Reglas de La Haya sólo había un criterio de bulto o unidad. El Protocolo I de Bruselas introdujo un criterio doble de peso y bulto o unidad. Ambos conjuntos de Reglas no aclaran sin embargo si la unidad es una unidad de transporte marítimo, lo cual plantea dificultades si las mercaderías viajan en contenedores. ¿Es cada carga aparte una unidad de transporte marítimo o lo es el contenedor? Ninguna de las dos Reglas responde satisfactoriamente a esta pregunta;
- k) En virtud de las Reglas de La Haya, el responsable del contrato de transporte es el transportista (porteador) contratante y no el transportista (porteador) efectivo. De este modo surgen dificultades para el expedidor (cargador) por las pérdidas o daños sufridos por las mercaderías durante el transbordo o "mediante el transporte";
  - 1) Reclamaciones y acciones en virtud de las Reglas de La Haya:
    - i) el consignatario avisará las pérdidas o los daños de la carga antes o en el momento de la retirada de la carga, si saltan a la vista;

- ii) actuaciones judiciales y de arbitraje: las Reglas de La Haya no contienen cláusulas sobre arbitraje. El Protocolo I de Bruselas contiene una norma que es apenas un bosquejo (artículo 8). Tampoco se dispone nada en materia de competencia judicial. Por consiguiente, las partes han dado en la práctica de estipular en los conocimientos de embarque el lugar en que cabe plantear una acción judicial, lugar que suele ser designado por el transportista (porteador) según su conveniencia;
- iii) limitación de la acción judicial: el derecho a entablar una acción prescribe al año.

# Adopción de las Reglas de Hamburgo

# La labor de la CNUDMI

Primer período de sesiones (1968). La delegación de Chile hizo mención de las insuficiencias y deficiencias de las Reglas de La Haya y propugnó un régimen más equitativo. En el mismo año, la UNCTAD recomendó a la Junta de Comercio y Desarrollo que ordenara a la Comisión del Transporte Marítimo la creación de un Grupo de Trabajo sobre reglamentación internacional de transporte marítimo. El Grupo de Trabajo fue creado en 1969 con el mandato de introducir enmiendas en las Reglas de La Haya.

Segundo período de sesiones (1969). El tema, la reglamentación internacional del transporte marítimo, fue incluido en el programa de la CNUDMI con carácter prioritario. Se creó un Grupo de Trabajo para ocuparse de él. La Asamblea General, en su resolución 2635 (XXV) de 12 de noviembre de 1970, dio un impetu renovado a la Comisión. El mandato del grupo de trabajo consistía en examinar las Reglas de La Haya y el Protocolo I de Bruselas de 1968 con objeto de revisar y ampliar las Reglas y preparar una convención internacional, si procedía.

El Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones en 1975 elaboró un proyecto de convención sobre el transporte marítimo de mercaderías. Ese proyecto fue aprobado por la CNUDMI en su noveno período de sesiones de 1976. El proyecto se distribuyó a los gobiernos e instituciones internacionales interesadas para que formulasen observaciones. La Asamblea General, en su resolución 31/100 de 15 de diciembre de 1976, resolvió en una Conferencia diplomática aprobar la Convención. La Conferencia diplomática se reunió en Hamburgo del 6 al 31 de marzo de 1978.

## Las Reglas de Hamburgo

Con las Reglas de Hamburgo se pretende eliminar las incertidumbres y desigualdades y subsanar las insuficiencias de las Reglas de La Haya y de los Protocolos de Bruselas, para introducir un régimen más equitativo.

Se suprimen las complicadas excepciones de las Reglas de La Haya. Salvo por lo que respecta al caso de incendio, existe una presunción de culpabilidad por parte del transportista (porteador) a menos que pueda refutar con pruebas que adoptó todas las medidas razonables para evitar el siniestro. En caso de incendio, la carga de la prueba recae sobre el expedidor. Esto fue parte de una transacción global en la Conferencia diplomática (artículo 5).

En la presunción de culpa hay ahora un grado de certidumbre en cuanto a los riesgos cubiertos por el contrato de transporte.

En caso de incendio, el transportista responde de las pérdidas o los daños de las mercaderías o del retraso en la entrega por culpa suya o por culpa de sus empleados o agentes, pero la carga de la prueba corresponde al demandante (artículo 4 a)).

El ámbito de aplicación de las Reglas de Hamburgo no se limita al puerto de carga sino que se extiende al puerto de descarga previsto en el contrato de transporte, y a un puerto facultativo de descarga en el contrato determinado por las partes si las mercancías efectivamente se descargan allá (artículo 2).

El alcance documental también es bastante amplio. Aparte de los conocimientos de embarque, en las Reglas se menciona "otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo" entre los documentos a los que la Convención aplica los artículos 2 1) d), 2 1) e) y 18. En esos documentos figuran las cartas de porte marítimo, etc.

El período de responsabilidad por las mercancías se limita ya a la regla "de carga a descarga". El transportista (porteador) responde ahora de la carga desde el momento en que se hace cargo de ella en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga (artículo 4 1)).

Existe ahora la responsabilidad por retraso en la entrega (artículo 5 2)). Salvo casos de limitación económica de la responsabilidad, el retraso en la entrega se equipara a la pérdida o daño de la carga (artículos 5, 6 1) b) y 8 1)).

Responsabilidad por el transporte de animales vivos: por regla general, el transportista (porteador) responde de la pérdida, de las lesiones o del retraso en la entrega de animales vivos. Una excepción es que el transportista (porteador) no responde de los riesgos concretos inherentes al transporte de los animales (artículos 1 5) y 5 5)).

Responsabilidad por la carga sobre cubierta: las mercancías transportadas sobre cubierta ya no lo son a riesgo del dueño. Las Reglas las cubren a condición de que: i) el transporte se efectúe por acuerdo entre el transportista (porteador) y el expedidor (cargador); ii) si lo permiten los usos del comercio de que se trate, o iii) si lo exigen las disposiciones legales vigentes (artículo 9 1)).

La unidad de cuenta es ahora el DEG (artículo 26). Cuando el Estado contratante no sea miembro del FMI, el valor en DEG de su moneda nacional se calculará según determine el Estado interesado. Se incluye una cláusula especial para los Estados miembros del FMI y cuyas leyes no permitan la aplicación del DEG para mantener el oro como unidad de cuenta (artículo 26 3)). La unidad de cuenta puede modificarse en una conferencia convocada a petición de una cuarta parte de los Estados contratantes.

Los límites económicos de la responsabilidad son:

- a) Por pérdidas o daños: 835 unidades de cuenta o 2,5 unidades de cuenta del peso bruto, si esta cifra es más elevada. La ampliación de estos límites puede acordarse entre el transportista (porteador) y el expedidor (cargador) (artículo 6 2) b)). En los países que no pueden utilizar los DEG y están autorizados para utilizar el oro, el límite es 12.500 unidades monetarias por bulto u otra unidad de carga transportada o bien 37,5 unidades monetarias por Kg de peso bruto de las mercancías (artículo 26 2)). Estas limitaciones económicas superan en un 25% a las impuestas por las Reglas de La Haya/Visby;.
- b) Por retraso en la entrega: una suma equivalente a dos veces y media el flete pagadero por las mercancías, sin que la cifra exceda el flete total pagadero en virtud del contrato de transporte (artículo 6 1) b)). Existe una disposición sobre la revisión de las cuantías de limitación (artículo 33).

Se mantiene la unidad doble de carga introducida por las Reglas de La Haya/Visby, pero las Reglas de Hamburgo aclaran que la unidad es una unidad de transporte marítimo. No sólo las mercancias en contenedor sino el propio contenedor es ahora una unidad independiente de transporte marítimo, siempre que no sea propiedad del transportista (porteador) o haya sido proporcionada por éste (artículo 6 2 b)).

El régimen de responsabilidad se extiende ahora al transportista (porteador) contratante y al transportista (porteador) efectivo (artículo 10). El primero sigue siendo responsable de la totalidad del transporte, mientras que el último sólo responde de aquella parte del transporte que realice directamente.

En cuanto a reclamaciones y acciones, se aplican las siguientes cláusulas.

a) Aviso de pérdida o daño de la carga. Este aviso se puede cursar aun después de haber hecho entrega de la carga, pero no más tarde del último día hábil que siga al día de la entrega al consignatario

(artículo 19 1)). Cuando la pérdida o el daño no sea aparente, el plazo será de los 15 días consecutivos, en lugar de tres, al de la entrega de la carga (artículo 19 2)). Recíprocamente, si el expedidor (cargador) ha ocasionado pérdidas o daños al transportista (porteador) o al transportista (porteador) efectivo, éste habrá de notificar a aquél lo ocurrido dentro de 90 días o después de la entrega de las mercancías (artículo 19 7)). El consignatario habrá de avisar el retraso de la entrega dentro de los 60 días consecutivos a la fecha de la entrega de las mercancías (artículo 19 59));

- b) Procedimientos judiciales y de arbitraje. Las controversias pueden solucionarse mediante el arbitraje si las partes lo acuerdan previamente por escrito o después de haberse planteado una reclamación (artículo 22);
- c) Jurisdicción. Las Reglas establecen una amplia variedad de competencias judiciales en las que cabe ejercitar acciones. Entre ellas están el establecimiento principal del demandado, el lugar de celebración del contrato, el puerto de carga o el puerto de descarga, y cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato (artículos 21 1) y 22 3));
  - d) Prescripción de las acciones. El plazo de prescripción se prórroga a dos años.

#### Comentario

Hace ya 14 años que se aprobaron las Reglas de Hamburgo. En la Conferencia diplomática participaron 78 Estados, entre los que figuraban Estados con importantes flotas propias de muchos países en desarrollo. Hasta la fecha se han producido 20 ratificaciones. Las Reglas entrarán en vigor el 1º de noviembre de 1992. Con excepción de Hungría, Rumania y el Líbano, los países que ratificaron son países en desarrollo de los continentes africano y americano.

Algunas de las críticas dirigidas a la Convención son que: i) abandona la libertad de contratación; ii) va a haber incertidumbre de interpretación; iii) no va a permitir una uniformidad real de aplicación; iv) desplaza un riesgo excesivo sobre el armador; v) no beneficia a los países en desarrollo, pues, de lo contrario, muchos de ellos la habrían ratificado.

Las críticas i), ii) y iii) no son nuevas; ya se aplicaron a las Reglas de La Haya antes de su ratificación. En cuanto a la crítica iv), el desplazamiento del riesgo se hizo en aras del nuevo orden económico internacional. En cuanto a la crítica v), en los países en desarrollo ha habido factores contrarios a la Convención, tales como: falta de conocimiento, otras cuestiones estatales acuciantes, frente unido y campaña eficaz contra la Convención por parte de transportistas marítimos y aseguradores de cargas marítimas.

Ahora hay dos regímenes en vigor: La Haya y La Haya/Visby. Pronto habrá tres con la entrada en vigor de Hamburgo. Esto no es bueno para la uniformidad.

2. El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991)

#### JEAN-PAUL BERAUDO

Presidente de la Primera Comisión de cláusulas dispositivas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; Presidente de la Audiencia de Grenoble (Francia)

#### Antecedentes del Convenio

El Convenio de las Naciones Unidas de 19 de abril de 1991 sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional fue el resultado de un proyecto realizado por UNIDROIT. La decisión de estructurar ese Convenio data de 1960, fecha en que el Consejo de Dirección de UNIDROIT decidió incluir en su programa de trabajo los contratos de almacenaje. La tarea

se tenía que orientar por un informe presentado por el Profesor Le Gall, de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, presentado en 1966, en cuya conclusión se especificaba ya muy claramente cuales eran los objetivos del futuro convenio, a saber, que el texto se aplicara a las obligaciones y responsabilidades contraídas por personas e instituciones que no fuesen el transportista o porteador en cuanto tal, relativas a la seguridad de las mercancías desde el momento en que son entregadas materialmente por el consignador hasta el momento que se hace cargo de ellas materialmente el consignatario. El proyecto quedó aletargado, por así decir, hasta que lo reanimaron varios proyectos en marcha en la UNCTAD y en la CNUDMI, que acusaron las lagunas en los convenios internacionales vigentes sobre transporte, especialmente sobre el transporte marítimo, con relación a todo lo que precede y sucede a la fase de transporte efectivo.

De hecho, durante la labor preparatoria del texto de lo que serían las Reglas de Hamburgo, la CNUDMI, a propuesta de la delegación de Alemania, pidió a UNIDROIT que elaborase un proyecto de convenio sobre el tema.

Una vez actualizado el informe inicial, y después de las consultas con los gobiernos de los Estados Miembros de la Organización y de las deliberaciones de un grupo de expertos independientes reunidos en 1978, 1979 y otra vez en 1981 para examinar nuevas observaciones formuladas por Estados y organizaciones internacionales, se remitió a la CNUDMI un borrador ya formulado como texto de convenio internacional. Se trataba de un texto acertado, jurídicamente claro y sólido, pero limitaba las actividades de custodia de la empresa de la terminal.

La CNUDMI empezó a ocuparse del Convenio en 1984, a través del grupo de trabajo sobre prácticas contractuales internacionales presidido por el Profesor Joachim Bonnel de la Universidad <u>La Sapienza</u> de Roma. Los logros de los expertos de la CNUDMI consisten en resumen en una ampliación del ámbito de aplicación práctica, del Convenio, y de una armonización de las normas jurídicas con las de otros convenios internacionales recientes, mayormente en el campo del transporte.

En consonancia con el procedimiento habitual de la CNUDMI, la Comisión debatió el proyecto en 1989 y luego recomendó que lo examinara una conferencia diplomática. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional se reunió por iniciativa de la Asamblea General y se celebró en Viena del 2 al 19 de abril de 1991, con la participación de cerca de 70 Estados y organizaciones internacionales. La Conferencia nombró Presidente al Profesor José María Abascal de México y encomendó las tareas prácticas a dos comisiones, presididas respectivamente por Jelena Vilus de Yugoslavia y por el autor de estas líneas para la parte dispositiva (artículos 1 a 16).

Como cualquiera puede ver, el Convenio pasó por un laborioso periodo de gestación en el que intervinieron de un modo u otro los mejores especialistas en derecho de transporte y derecho mercantil internacional. El edificio surgido de sus comunes esfuerzos representa una síntesis en la que se tienen en cuenta las diversas tradiciones jurídicas del mundo a la vez que se procura mantener la coherencia jurídica indispensable para el texto del Convenio en su conjunto.

El Convenio ya ha alcanzado un éxito notable, pues lo han firmado Francia, México, Filipinas, España y los Estados Unidos de América. Todo lo que es preciso, pues, es que estas firmas se conviertan en ratificaciones; el derecho aplicable a los contratos de terminales de transporte se modificará entonces en consecuencia en Asia, en las Américas y en Europa.

Al describir el Convenio vamos a seguir siendo fieles en gran medida al plan seguido por los autores del Convenio, que se ocuparon consecutivamente de su ámbito de aplicación y de las normas en materia de responsabilidad. También diremos unas palabras sobre las normas especiales que no tienen equivalente auténtico en otros convenios internacionales ahora en vigor.

# Ámbito de aplicación

# Objetivo de las negociaciones

El objetivo primordial de la negociación expuesto en este Convenio es el de "facilitar la circulación de las mercaderías mediante el establecimiento de normas uniformes sobre la responsabilidad por la pérdida o el daño de esas mercaderías, o por el retraso en su entrega, mientras están a cargo del empresario de la terminal de transporte y no están amparadas por las leyes de transporte basadas en los convenios aplicables a los diversos modos de transporte" (Preámbulo).

No cabe la menor duda de que los negociadores cubrían una laguna que había quedado en anteriores convenios internacionales sobre transporte. Si nos limitamos al transporte marítimo, que acapara con mucho el máximo tonelaje y el máximo valor de las mercaderías del comercio internacional, vemos que el Convenio de Bruselas de 1924, que sigue en vigor, establece la responsabilidad del transportista y sólo de un modo muy imperfecto- cuando las mercaderías han sigo cargadas a bordo del buque. Algunos Estados partes en el Convenio de Bruselas aplican la Convención a las operaciones de carga y de descarga cuando esas operaciones las lleva a cabo la propia dotación del buque.

Las Reglas de Hamburgo de 1978, que han de entrar en vigor el 1º de noviembre de 1992, aplican la responsabilidad del transportista marítimo a los períodos en que las mercaderías están bajo su custodia, a saber, durante el transporte, por supuesto, pero también en los puertos en que se cargan y descargan las mercaderías (artículo 4 1)); sin embargo, persisten lagunas e incertidumbres cuando las mercancías se almacenan en una terminal fuera de la zona del puerto y cuando han dejado de ser manipuladas por un contratista de alijo o por otro estibador cualquiera.

Esta oscuridad jurídica repercute en diversa medida en otras modalidades del transporte terrestre, el Convenio Internacional sobre el Transporte de Mercancías por Ferrocarril de 1970, el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956, así como del transporte aéreo, aunque el Convenio de Varsovia se aplica de hecho a la recepción y a la entrega.

En situaciones en que existe un vacío jurídico, la práctica raras veces favorece al expedidor o al consignatario. En el caso más favorable, se le hace un contrato al empresario de la terminal, que limita su responsabilidad en lo posible o no acepta ninguna responsabilidad en absoluto. Desde el punto de vista formal, esos contratos consisten en un comprobante de almacenamiento o en un comprobante de pago que cubra el coste de manipulación de las mercancías y haga referencia a un contrato modelo que el depositante de las mercancías pueda consultar si lo pide.

Con frecuencia no existe consentimiento mutuo, de aquí que no se pueda hablar propiamente de contrato. El depositante recibe un número de identificación de sus mercancías, pero en la propia terminal hay advertencias y letreros que avisan que el depósito de mercancías y todas las operaciones consiguientes se realizan por cuenta y riesgo del dueño.

# Ámbito legal de aplicación

El Convenio se elaboró con el fin de superar y corregir estas dificultades, que pueden tener consecuencias claramente perniciosas.

# Carácter subsidiario del Convenio

Del preámbulo citado más arriba se desprende claramente que, si un convenio sobre el transporte internacional se aplica en una situación concreta, tiene prioridad sobre el Convenio sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales. En el artículo 1 se dice, más generalmente, que no se considerará empresario -dicho de otro modo, no sujeto a las normas del Convenio- "a la persona que sea porteador en virtud de las normas jurídicas aplicables por las que se rija el transporte". De este modo, el Convenio de 1991 es subsidiario con relación a otros acuerdos en materia de transporte.

## Definiciones

Por empresario de terminal se entiende "toda persona que, en el ejercicio de su profesión, se hace cargo de mercaderías que son objeto de transporte internacional a fin de prestar o de hacer prestar servicios relacionados con el transporte con respecto a esas mercaderías en una zona que está bajo su control o sobre la que tiene un derecho de acceso o de uso".

Es, pues, el concepto jurídico de custodia el que rije el régimen de responsabilidad aplicable al empresario. Hay también otras circunstancias. Los actos del empresario han de guardar relación con las mercaderías que son objeto de transporte internacional. El transporte internacional se define de un modo sumamente pragmático, sobre la base de las etiquetas puestas a las mercancías o de los documentos que las acompañen. Lo que cuenta es el "transporte en el que el lugar de partida y el lugar de destino se encuentran en dos Estados diferentes" (artículo 1 c)). De este modo el Convenio rije las actividades desarrolladas dentro de los sectores nacionales del transporte internacional.

La lista de servicios que el empresario puede prestar se amplió mucho en el transcurso de las negociaciones. El concepto de contrato de depósito o almacenamiento que inspiró las primeras tareas realizadas en el marco de UNIDROIT dieron paso a servicios tales como "el almacenamiento, el depósito, la carga, la descarga, la estiba, el arrumbaje, el entablado y el trincado" (artículo 1 d)). De este modo el Convenio se extiende, sin límite alguno, a las actividades vinculadas al transporte, así como a otras operaciones relativas a mercancías que no tienen nada que ver con el transporte: por ejemplo, limpieza de las mercancías, operaciones de fumigación y conservación, empaquetado con fines de distribución y demás. En resumen, el Convenio se aplica a todo lo que se hace actualmente en las terminales modernas y a todo lo que puede en principio hacerse en el futuro.

# Normas sobre responsabilidad

Haciendo suyo la fórmula de las Reglas de Hamburgo, el artículo 3 establece que "el empresario responde de las mercaderías desde el momento en que se hace cargo de ellas hasta el momento en que las pone en poder o a disposición de la persona facultada para recibirlas".

# Régimen de responsabilidad

Si durante ese tiempo se producen pérdidas o daños o demoras (por ejemplo, retraso en la entrega de las mercaderías que se han de transportar), la presunción de responsabilidad recae sobre el empresario.

Sin embargo, no es imposible poner en tela de juicio la presunción. El empresario puede exonerarse si prueba "que él, sus empleados o mandatarios u otras personas a cuyos servicios recurra ... adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias" (artículo 5).

El régimen de responsabilidad establecido por el Convenio guarda relación con el sistema de presunción de falta. La presunción se aplica a los empleados del empresario, pero asimismo a aquellas personas con quienes los hubiere sustituido en el cumplimiento del contrato: mandatarios, subcontratistas u otros prestadores de servicios.

#### Múltiples causas de daños

Cuando una serie de causas se combinen para producir un daño, el empresario puede ser solo responsable en parte. Habrá en ese caso de probar que parte del daño no cabe imputarse a una falta suya. Por consiguiente, esto significa que ha de probar que un tercero es responsable legalmente del daño ocasionado.

Por otra parte, la responsabilidad del tercero la determina la ley que rija sus relaciones con el empresario. La ley de referencia varía en gran medida según el coautor del daño sea un empleado a sueldo del empresario (en cuyo caso éste habrá de demostrar la falta del empleado, a veces incluso una falta

inexcusable) o un prestador independiente de servicios sujeto, como el empresario, a las normas que rijen la responsabilidad de los profesionales. En este último caso puede también aplicarse el régimen de presunción de falta.

Una consecuencia de esto es que el empresario pocas veces invocará un reparto de responsabilidad si la persona con la que la va a compartir es su propio empleado; será mucho más fácil para él hacerlo cuando haya encomendado ciertas faenas a un profesional independiente en régimen de subcontrata.

La acción de la víctima del daño contra el tercero responsable solidariamente por ella está sujeta a las mismas exoneraciones y limitación de responsabilidad que si el demandado fuera el empresario (artículo 7.2).

# Limitación de la responsabilidad

Para equilibrar la presunción de responsabilidad que recaiga sobre él, el empresario se beneficia de una limitación de responsabilidad análoga a la concedida, en diversa medida, en todos los convenios sobre transporte internacional.

Una característica especial del sistema introducido por el nuevo Convenio, sin embargo, es su carácter doble. Esto tiene de hecho precedente en el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 sobre el Transporte Multimodal de Mercancías. La responsabilidad del empresario se limita en principio a 8,33 unidades de cuenta por kg. de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas (cifra basada en el Convenio relativo al transporte por carreteras). Sin embargo, si las mercancías se entregan al empresario inmediatamente a continuación de su transporte por mar o por vía fluvial, o se le entregan para que proceda a su transporte, el límite de responsabilidad pasa a 2,75 unidades de cuenta, cifra tomada del Convenio sobre el Transporte Multimodal.

Esas cifras parecerán ciertamente muy bajas a muchos consignatarios, especialmente cuando la terminal utilizada sea un aeropuerto. Sin embargo, hay que tener presente que el Convenio no es exclusivamente un Convenio sobre terminales. A menos que el transporte conlleve el paso obligatorio por una terminal de un expedidor de las mercancías o de su consignatario, un cargador o vigilante puede acortar o eliminar el tiempo que las mercancías estén en la terminal de transporte.

Obsérvese que en el Convenio se tiene cuidado de especificar que cuando las péridas sufridas por parte de las mercancías afectan a la totalidad de la remesa, se tendrá en cuenta el peso total de las mercaderías afectadas para calcular el límite de responsabilidad (artículo 6 1) c)).

Pérdida del derecho a la limitación de la responsabilidad

La limitación de responsabilidad no tiene empero por objeto beneficiar al empresario que demuestra ser profesionalmente incompetente.

Según una fórmula acuñada en el Convenio de Varsovia y que se está utilizando cada vez más en acuerdos sobre otras modalidades de transporte (por ejemplo, las Reglas de Hamburgo y del Convenio sobre el Transporte por Ferrocarril de 1990), en el presente Convenio se establece que "el empresario no podrá acogerse a la limitación de la responsabilidad... si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso provinieron de una acción o una omisión del propio empresario o de sus empleados o mandatarios realizada con intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso" (artículo 8).

Evidentemente, sería con toda probabilidad el comportamiento temerario por parte del empresario de la terminal de transporte lo que en la práctica ampliaría su responsabilidad más allá de los límites habituales.

Según la interpretación de ese texto basado en el Convenio de Varsovia, único acuerdo en vigor que haya dado pie a actuaciones legales, el beneficio de la limitación de responsabilidad se pierde cuando el

empresario profesional observa una conducta irracional. Los empresarios serios están protegidos. Por otra parte también están protegidos los usuarios de las terminales administradas por aventureros.

La pérdida del derecho a limitación de responsabilidad afecta igualmente a aquéllos que, por cualquier vía legal, participan en la ejecución del contrato ejecutado por el empresario.

Disposiciones complementarias

Emisión de un documento

El Convenio incluye una serie de disposiciones complementarias, entre las cuales cabe mencionar en primer lugar la relativa a la emisión del documento (artículo 4). En defecto de un documento que mencione el daño existente, se da por sentado que el empresario ha recibido las mercancías en buenas condiciones aparentes.

Mercancías peligrosas

Otra cláusula se refiere a las mercaderías peligrosas. El empresario no será informado de su carácter peligroso, y del derecho a hacerlas inofensivas o a destruirlas a cargo del tercero que incumpliere la obligación de informar al empresario (artículo 9).

Derecho de retención sobre las mercaderías

El empresario tiene también un derecho de retención sobre las mercaderías y la opción de venderlas "en la medida en que lo autorice la ley del Estado en que se encuentren las mercaderías" (artículo 10 3)). El derecho de retención proporciona al empresario una garantía de remuneración por los servicios que se ha comprometido a prestar. El derecho de retención puede ser citado incluso en relación con mercaderías que pertenecen a otro que no sea el deudor. Los negociadores, sin embargo, previeron una excepción al establecer que el derecho de venta no se aplica a los contenedores, paletas u otros elementos de transporte o embalaje análogos que son propiedad de una persona que no es el porteador ni el cargador y en los que figura claramente la marca de propiedad (artículo 10 3)).

Los párrafos del artículo 10 constituyen un buen ejemplo del efecto acumulativo de un planteamiento que acepta los conflictos de leyes y reglamentos que han de surgir en una situación que no todos los Estados pueden aceptar, en relación con un Convenio sobre las empresas de las terminales de transporte, un derecho de venta de las mercancías retenidas cuyo alcance va mucho más allá de esta concreta actividad económica.

Prescripción de las acciones

Las acciones legales han de emprenderse dentro de los dos años siguientes al día en que el empresario ha puesto fin, o se supone que ha puesto fin, a las actividades que se comprometió a realizar. A este respecto, el Convenio introduce una cláusula especial relativa a las acciones de repetición. La acción de repetición contra el empresario no está sujeta a limitación alguna si se ejercita "dentro de un plazo de 90 días contados desde que el porteador o esa otra persona haya sido declarado responsable ... o haya satisfecho el crédito en que se fundaba esa acción". Hay también una cláusula, sin embargo, en el sentido de que ha de notificarse al empresario la posibilidad de una acción de repetición dentro de un plazo razonable después de la presentación de una demanda.

#### Conclusiones

Para concluir esta exposición panorámica del Convenio, tal vez proceda señalar que el Convenio solamente contiene normas mínimas. Se trata, por así decir, de un Convenio marco. La voluntad de las partes, o el deseo del empresario de atraer más clientes, podría hacer mejorar el régimen de responsabilidades

previsto. De hecho, los artículos 6 y 13, respectivamente, autorizan unos límites superiores de responsabilidad y un régimen de responsabilidad más riguroso. Así pues, el Convenio es adaptable a diversas situaciones económicas, hecho que ciertamente podemos considerar como garantía de éxito.

# 3. Portavoces de la práctica internacional

#### O.P. SHARMA

Magistrado del Tribunal Supremo de la India; Vicepresidente Decano de la Asia Pacific Lawyers Association; Presidente del Capítulo Indio de la Asia Pacific Lawyers Association

Es un honor y un privilegio para mi como Vicepresidente Decano de la APLA (Asociación de Abogados del Asia y del Pacífico) (organismo mundial) y Presidente de su Capítulo Indio, dirigirme a este augusto cuerpo de abogados en ejercicio, juristas, letrados de empresas, magistrados, funcionarios del Estado, árbitros y profesores de derecho en esta histórica sala de la Asamblea General. La APLA es un órgano de 75 países y fue creado en 1984 por el Señor Presidente Byong Ho Lee en Seúl, República de Corea. Desde sus comienzos, la APLA ha seguido patrocinando conferencias y simposios en diversos países. En julio de 1985, la APLA convocó su reunión del Consejo y la Asamblea General en Manila. En 1986, la APLA laboró en acoger dos conferencias conjuntas, una en colaboración con la Asociación de Abogados de Japón y Hawaii y la otra en cooperación con la American Bar Association. Asimismo ha establecido una relación de colaboración con la Asociación Internacional de Abogados y con la Asociación Interamericana de Abogados. La APLA celebró su segunda Asamblea General en Bangkok en 1987 sobre el tema de los juristas en la sociedad moderna. La APLA celebró su tercera reunión del Consejo y su Conferencia en Hanzhuning (China) en 1987. La tercera Asamblea General y Conferencia de la APLA se celebró en Hawaii en enero de 1989 y la cuarta Asamblea General y Conferencia en Beijing. La India ha tenido el privilegio de acoger a su cuarta Reunión del Consejo y Conferencia sobre la función del derecho en el desarrollo económico y social de la región de Asia y el Pacífico en Nueva Delhi del 7 al 10 de febrero de 1992.

El mundo viene experimentando un rápido crecimiento a lo largo de los últimos años. La CNUDMI ha podido alcanzar un gran éxito en la unificación del derecho mercantil internacional y seguirá enriqueciéndolo en los días venideros. Es digna de encomio por haber unificado el derecho en diversos campos. Trabajamos en un mismo mundo, bajo un mismo cielo, bajo el mismo sol y bajo la misma luna, ¿porqué, pues, se nos ha de tratar con diversas éticas comerciales? Tiene que haber unas normas fundamentales de imparcialidad y uniformidad en la creación de tribunales internacionales, en la elaboración de normas y convenios y en la aplicación uniforme de decisiones.

El tema del debate esta mañana es el arreglo de controversias en materia de transporte. El transporte es un concepto que se entiende en el sentido más amplio posible incluyendo multitud de diversos conocimientos prácticos, sistemas y servicios. Ha habido muchos medios de transporte por carretera, ferrocarril, aire y agua y, si no me equivoco, va a haber transporte ultraterrestre en el siglo veintiuno, y de aquí a 25 años vamos a tener pleno transporte ultraterrestre en todo el mundo.

Después de muchos experimentos en el campo de las actividades comerciales en todo el mundo, ha llegado a arraigar la noción de que el bienestar de la población guarda plena relación con el mercado libre y la producción sin trabas de mercancías, que ha dado una importancia renovada al transporte. La importancia del transporte marítimo de mercaderías, en el que las naciones y las empresas comercian con otras naciones y empresas distantes, indujo a convocar a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, celebrada en Hamburgo en marzo de 1978, a la que asistieron 78 Estados, entre ellos muchos países en desarrollo, con objeto de conseguir un mejor equilibrio entre transportistas y expedidores en la distribución de riesgos, derechos y obligaciones en materia de responsabilidad.

En esta Conferencia se aprobó el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías de 1978 (Reglas de Hamburgo). Las Reglas de Hamburgo están modeladas sobre convenios relativos al transporte terrestre y aéreo elaborados con posterioridad a las Reglas de La Haya, especialmente el Convenio relativo el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera y al Convenio de

Varsovia, los cuales han superado la prueba de la aplicabilidad práctica. Una vez aprobadas las Reglas de Hamburgo, se sintió necesidad de conseguir cierta uniformidad en el transporte multimodal, con cuyo fin se celebró en Ginebra en mayo de 1980 la Conferencia de las Naciones Unidas para un Convenio sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, aprobándose el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías con la participación de 84 Estados, entre ellos 51 países en desarrollo.

Las consecuencias jurídicas de la entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo y del Convenio sobre el Transporte Multimodal van a ser una simplificación de la multitud de regímenes de responsabilidad que en la actualidad pretenden regir el transporte marítimo y combinado. Las consecuencias económicas y mercantiles desde la entrada en vigor de ambos convenios van a ser limitadas. Las consecuencias mercantiles de la entrada en vigor de otros convenios consistirán en refrendar muchas de las actuales prácticas comerciales. Su entrada en vigor permitirá una mejor protección que con el presente sistema de los intereses del expedidor o cargador, y la industria del transporte podrá adaptarse a los nuevos regímenes con poca dificultad.

A finales del siglo pasado, los transportistas o porteadores marítimos consiguieron limitar su responsabilidad por el transporte marítimo de mercaderías a un grado que llegaría a ser inaceptable para los propietarios de la carga, a saber, expedidores y consignatarios. En los Estados Unidos el resultado fue la promulgación en 1893 de la llamada "Ley Harter". Esta ley no puso fin a la controversia y a comienzos del segundo decenio del siglo se celebraron negociaciones que desembocaron en una conferencia diplomática de Bruselas, en la que participaron 26 países, entre ellos unos cuantos países en desarrollo, aprobándose en agosto de 1924 el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, vulgarmente conocidas por las Reglas de La Haya. Las Reglas de La Haya entraron en vigor en 1931. Hoy son 77 las partes contratantes; el Protocolo de Visby, junto con las Reglas de La Haya, creó un sistema de responsabilidad vulgarmente conocido por las Reglas de La Haya-Visby.

A pesar de estas actividades, cabe decir que los círculos mercantiles se han visto obligados a elaborar nuevas normas y sistemas de comercio para hacer frente a las exigencias del comercio y el transporte modernos con respecto a la manipulación de la carga y a los usos en materia de documentos, pero estos cambios indican claramente que incluso las diversas enmiendas introducidas en las Reglas de La Haya no pueden ocultar más de un modo u otro el hecho del envejecimiento de esas Reglas por obra de los adelantos tecnológicos. Por otra parte, muchos Estados opinan que sus intereses como Estados usuarios de transporte marítimo no están suficientemente cubiertos por las Reglas vigentes. En 1968, esta impresión generalizada impulsó a la UNCTAD en su segundo período de sesiones a recomendar a la Junta de Comercio y Desarrollo que ordenara la Comisión de Transporte Marítimo la creación de un grupo de trabajo sobre reglamentación internacional del transporte marítimo. Entre las cuestiones abordadas por el grupo de trabajo estaban las enmiendas al Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 1924. Por consiguiente, la Junta de Comercio y Desarrollo cursó las instrucciones oportunas a la Comisión de Transporte Marítimo en su resolución 46/VII y la Comisión de Transporte Marítimo creó posteriormente el grupo de trabajo mediante su resolución 7/VII de 1969. El derecho de transporte marítimo internacional de mercancías es parte integrante del derecho mercantil internacional, ya que la mayoría de las mercancías que un país vende a otro se transportan por mar. Uno de los objetivos de la CNUDMI es fomentar una mayor aceptación y, si es preciso, una revisión de los convenios internacionales en materia de derecho mercantil internacional.

Las Reglas de Hamburgo tienen un amplio alcance geográfico ya que se extienden prácticamente a todo el transporte marítimo que tenga que ver con un Estado contratante. Este amplio alcance fue apoyado por una mayoría de Estados en la CNUDMI y de Estados participantes en la Conferencia de Hamburgo. Una razón fue que, dada la necesidad de que 20 Estados ratificaran o se adhirieran a las Reglas de Hamburgo para que la Convención entrase en vigor, el ámbito geográfico de las Reglas sería de largo alcance inmediatamente a raíz de su entrada en vigor. Las Reglas de Hamburgo han conseguido ya el número requerido de ratificaciones y entrarán en vigor en noviembre de 1992. Llegará entonces el momento oportuno de sustituir el sistema de las Reglas de La Haya por el sistema de las Reglas de Hamburgo y así se llegará a lograr la uniformidad internacional del derecho.

El artículo 3 de las Reglas de Hamburgo es una novedad en materia de derecho internacional del transporte. El artículo 3 de las Reglas establece que "en la interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Convenio se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad". Alienta a los Estados contratantes a favorecer la uniformidad de interpretación de las normas uniformes, lo cual es fundamental para alcanzar la meta de la unificación jurídica. En este punto procede recordar la cuestión suscitada por el Sr. John O. Honnold, Profesor de la Universidad de Pensilvania, Filadelfia, cuando preguntó por los objetivos en que debería inspirarse la labor de la CNUDMI. Cuatro son los objetivos en la interpretación de las Reglas que hemos de considerar, a saber: claridad, flexibilidad, modernización e imparcialidad. La mejor manera de acercarse a la claridad de pensamiento y de decisión es limitarse a ejemplos muy concretos y evitar terminologías jurídicas locales equívocas. Además conviene examinar la manera de que el derecho mercantil internacional sea claro y previsible. En cuanto a la flexibilidad y la adaptabilidad a situaciones diversas hay que elaborar unas normas uniformes que sean lo suficientemente flexibles para ajustarse a las circunstancias diversas y cambiantes del comercio internacional.

Por lo que respecta a la modernización, hay que disponer de las normas más idóneas para el comercio internacional y para las circunstancias de hoy en día.

En cuanto a la imparcialidad, hay que disponer de un principio bien concebido a fin de elaborar normas equitativas para ambas partes, debe haber negociaciones justas con ambas partes, que han de estar bien informadas.

Al interpretar de este modo las Reglas de Hamburgo, hay que tener en cuenta que no se trata de un código completo de derecho marítimo relativo a los contratos de transporte marítimo. En cuanto a otras cuestiones no previstas en las Reglas de Hamburgo, por ejemplo, cuando el porteador o transportista causa un daño no relacionado con la carga, o cuando se fija una indemnización baja y hay que calcular otras pérdidas semejantes, será preciso remitirse a la legislación de cada país.

El artículo 21 de las Reglas de Hamburgo enumera una serie de lugares entre los que el demandante puede optar para ejercitar una acción judicial.

En el artículo 21 1) se enumeran cuatro lugares:

- a) el emplazamiento principal o la residencia habitual del demandado;
- b) el lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un representante;
- c) el puerto de carga o el puerto de descarga;
- d) cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato.

Uno de los propósitos de unificar el derecho relativo al transporte marítimo de mercancias es el de eliminar las relativas ventajas y desventajas de plantear una demanda en una jurisdicción determinada. Sin embargo, las Reglas de Hamburgo conceden una gran variedad de opciones al respecto, de suerte que el demandante puede inclinarse por el tribunal de su preferencia, según, por ejemplo, la cuantía de las indemnizaciones, la duración y las costas, las normas procesales y la fuerza de obligar de los fallos.

La Reglas de Hamburgo tratan del arbitraje como procedimiento subsidiario del procedimiento judicial, mientras que las Reglas de La Haya no disponen nada en punto arbitraje y las reglas de La Haya-Visby contienen en el artículo VIII solamente unas disposiciones limitadas al respecto. En el artículo 22 1) de las Reglas de Hamburgo se establece que las partes podrán pactar que sus controversias en virtud de las Reglas de Hamburgo sean sometidas a arbitraje. Ese pacto ha de ser por escrito. En el párrafo 2 del mismo artículo se establece que la cláusula compromisoria contenida en un contrato de fletamento no obliga al tercero que de buena fe haya adquirido el conocimiento de embarque emitido en virtud del contrato de fletamento, a menos que en el conocimiento de embarque se haga mención expresa de la cláusula compromisoria. Las Reglas de Hamburgo requieren que el procedimiento arbitral se incoe, a elección del demandante, en uno de

los lugares enumerados en el párrafo 3 del artículo 22. Los lugares corresponden a los lugares mencionados en el párrafo 1 del artículo 21, donde han de ser presentadas las acciones judiciales. Esta disposición es un método conveniente de arreglo de controversias.

Sin embargo, con independencia de los esfuerzos emprendidos a tenor de las Reglas de Hamburgo para conseguir uniformidad de acción y flexibilidad en la elección de fuero para entablar reclamaciones judiciales, puede surgir el problema del conflicto de las legislaciones nacionales de los países entre ellas y con las Reglas de Hamburgo. Para evitar esas situaciones hay que idear algún mecanismo bajo los auspicios de las Naciones Unidas que permita ejercer presión sobre los Estados renuentes a alinearse con el espíritu de las Reglas de Hamburgo, en cuyo defecto el organismo mundial podría aplicar sanciones de algún tipo. Esto coadyuvaría al equilibrio y la estabilidad de la economía del mercado libre. La uniformidad del derecho internacional será muy difícil de alcanzar, y si se alcanza, de sostener, hasta que la CNUDMI no ponga bajo la protección de las Naciones Unidas la mayoría de las naciones cuyas investigaciones en moderna tecnología para el desarrollo de toda clase de transporte, inclusive el transporte ultraterrestre, están en peligro de incurrir en sanciones impuestas por naciones económicamente poderosas únicamente por motivos económicos.

¿Cuál va a ser el último objetivo de la uniformidad jurídica anhelada por la CNUDMI si las naciones poderosas hacen suyo el principio de que "el derecho es la fuerza"? Me refiero, sin que ninguna nación se dé por aludida, a la posibilidad de que un país poderoso abuse unilateralmente y arbitrariamente de sus poderes, únicamente motivado por intereses comerciales con el único fin de libre empresa para él y ninguna empresa para los demás. Una solución luminosa ha de basarse en el acertado consejo del Dr. Klaus W. Grewlish, Director General de Asuntos Internacionales de Telekom, Bonn. "La tecnología no puede reducirse a las máquinas. Guarda relación con el conocimiento, la comprensión y la sensatez. Parte de este conocimiento se materializa en maquinaria y bases de datos. La parte del león de la tecnología y de los conocimientos técnicos, sin embargo, reside en la inteligencia humana, en la acción del hombre y en su estructura orgánica". Es preciso concebir tribunales de arreglos de controversias con este fin, pues parece ser que todo va hacia un enfrentamiento en última instancia entre las economías nacionales. En ese momento semejante órgano sería muy útil. El derecho habrá de tener en cuenta todos los aspectos para cumplir el fin con el que fue concebido.

#### LENNARD K. RAMBUSCH

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América); Maritime and Transport Law Committee, Asociación Internacional de Abogados

El Comité de derecho marítimo y de transporte de la Asociación Internacional de Abogados se siente muy honrado por la invitación a celebrar en este Congreso el 25° aniversario de la creación de la CNUDMI. En nombre de nuestros 950 asociados, abogados en ejercicio de más de 60 naciones, me complace formular mis ardientes felicitaciones, nuestro respeto por la labor de la CNUDMI y nuestro estímulo a sus futuras empresas.

No cabe duda de que en nuestra economía, cada vez más planetaria, las Naciones Unidas y la CNUDMI tendrán una función capital en la elaboración de la legislación nacional que rija las relaciones entre los intereses mercantiles que participen en el comercio internacional.

A lo largo de los últimos 25 años, varias comisiones de las Naciones Unidas han venido elaborando convenios en materia de transporte. En el sector marítimo, estas comisiones se han venido haciendo cargo del papel que desde 1987 desempeñaba el CMI. El CMI es una organización no gubernamental integrada por las asociaciones nacionales de derecho marítimo de unos 50 países. Al igual que la CNUDMI, el CMI se dedica a la unificación del derecho marítimo mercantil, con inclusión de aduanas, usos y costumbres y prácticas marítimas. Muchos de los miembros de nuestro Comité de Derecho Marítimo y Transporte participan en la labor del CMI a través de sus organizaciones nacionales de derecho marítimo. Nuestro Comité tiene vínculos con el CMI así como con diversas comisiones de las Naciones Unidas. En el pasado,

representantes de la CNUDMI, de la Organización Marítima Internacional (OMI) y de la UNCTAD han participado en nuestras reuniones a las que han efectuado aportaciones valiosas. Nuestro Comité está reconocido como entidad consultiva por la OMI.

En los últimos años, la CNUDMI recaba progresivamente asesoramiento y aportaciones de expertos en varios campos con inclusión -en el sector marítimo- de organizaciones de la misma familia como la OMI, así como de destacados profesores y grupos industriales. La invitación que se ha hecho a nuestro Comité para que participe aquí es prueba a nuestro juicio del deseo de la CNUDMI de conocer las opiniones de los especialistas en derecho marítimo. Es una tendencia que aplaudimos. Esperamos ciertamente que ello induzca a una cooperación significativa y productiva entre la CNUDMI y los miembros de la abogacía especializados en sectores del derecho mercantil internacional en examen y revisión por la CNUDMI.

Otros colegas se referirán al Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional. Yo voy a limitar mi intervención a las Reglas de Hamburgo. Sín embargo, quiero aprovechar la presente oportunidad para agradecer la utilidad para los especialistas en derecho marítimo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada, por ejemplo, en el Canadá, y recientemente en Hong Kong, y que les será de gran utilidad a los juristas ya que proporciona el marco procedimental para resolver controversias marítimas sometidas a arbitraje.

# Convenios relativos al transporte marítimo de mercaderías

Después de 10 años de estudio y de debate, primero bajo los auspicios de la UNCTAD y luego bajo la dirección de la CNUDMI, las Reglas de Hamburgo se finalizaron en 1978 en una conferencia diplomática reunida en Hamburgo bajo los auspicios de la CNUMDI. El 7 de octubre de 1991, aprobó el Convenio el último de los 20 países necesarios para que las Reglas de Hamburgo entrasen en vigor. Los países que hasta la fecha han adoptado las Reglas de Hamburgo representan un 5,6% del comercio marítimo mundial.

Las Reglas de La Haya, promulgadas primitivamente en 1924, fueron revisadas por las Enmiendas de Visby en 1968 y por el Protocolo de 1979 a las Enmiendas de Visby relativas a los derechos especiales de giro. Actualmente 29 naciones, que representan un 36% del comercio marítimo del mundo han ratificado o adoptado de otro modo las Reglas de La Haya modificadas por las Enmiendas de Visby.

Desde la conclusión de las Reglas de Hamburgo en 1978, la comparación de los esquemas de responsabilidad de Hamburgo y de La Haya-Visby han ocupado el eje de un debate realmente histórico, no sólo en las conferencias diplomáticas y reuniones de trabajo y asambleas del CMI, sino también en reuniones y seminarios organizados por asociaciones nacionales de derecho marítimo y por agrupaciones internacionales de abogados. Así, por ejemplo, nuestro Comité debatió las Reglas de Hamburgo en la 21º Conferencia Bienal de la Asociación Internacional de Abogados en Buenos Aires en 1989, y volverá a ocuparse de nuevo del tema en la Conferencia de Cannes en septiembre de 1992.

Este debate ha interesado también a grupos de la industria marítima. En reglas generales, los armadores, empresarios, los grupos de protección e indemnización y los aseguradores de la carga y del casco apoyan La Haya-Visby, mientras que muchos expedidores o cargadores y sus organizaciones apoyan las Reglas de Hamburgo.

# Fundamento de la responsabilidad en las Reglas de Hamburgo: artículo 5

La diferencia más discutida entre las Reglas de Hamburgo y las Reglas de La Haya-Visby reside en el artículo 5 de las Reglas de Hamburgo que elimina las llamadas excepciones de falta náutica de La Haya-Visby, que son excepciones de navegación negligente y gestión errónea. Las Reglas de Hamburgo, en virtud del artículo 5 1) obligan al armador o porteador a probar "... que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho (resultante en pérdida o daño de la carga o retraso en su entrega) y sus consecuencias".

Entre las disposiciones sobre la atribución de riesgos de las Reglas de Hamburgo no se enumeran las otras excepciones enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de La Haya. Sin embargo, si el criterio de Hamburgo se examina y se compara con el criterio de La Haya-Visby, cabe agregar que, si el porteador tiene la carga de la prueba, la mayoría de las excepciones de la lista de excepciones de La Haya-Visby, salvo el error de navegación y de gestión, están comprendidas, al menos hasta cierto punto, en las disposiciones de las Reglas de Hamburgo.

El debate entre Hamburgo y La Haya-Visby parece haber quedado en tablas y estamos en punto muerto.

El 1º de noviembre de 1992, las Reglas de Hamburgo entrarán en vigor y la comunidad marítima tendrá ante sí distintos regímenes de responsabilidad: las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya modificadas por las Enmiendas de Visby y las Reglas de Hamburgo. El debate entre Hamburgo y La Haya-Visby se desplazará, al menos en parte, de los ámbitos internacionales como éste, que han elaborado los convenios, a los tribunales de justicia de todo el mundo. Las disposiciones de Hamburgo referentes a la responsabilidad de la carga serán tenidas en cuenta por los tribunales tanto en los países del derecho civil como los del common law.

# Falta de condiciones para navegar

La omisión del concepto de buque en estado de navegar de las Reglas de Hamburgo es otra cuestión que puede prestarse a controversias. En virtud del Convenio de La Haya, el armador o porteador, antes de comenzar el viaje, deberá cuidar diligentemente de que el buque se halle en estado de navegar. Según la jurisprudencia de Estados Unidos, esta obligación no es delegable. Por ejemplo, un armador o porteador puede contratar con los mejores astilleros del mundo la reparación de tapas de escotilla que dejan pasar el agua. En cambio, si el astillero hace una reparación defectuosa de las tapas de escotilla, de tal modo que no sea de esperar que el armador note la negligencia, en virtud del derecho común de Estados Unidos, dicho armador o porteador seguirá siendo responsable de la carga en virtud de su deber no denegable de facilitar un buque en buen estado de navegar al inicio de la travesía. En virtud de las Reglas de Hamburgo, parece ser que el porteador probablemente no se haría responsable. La contratación con el mejor astillero del mundo cumpliría probablemente el requisito de que el armador adoptó todas las medidas razonables del caso para evitar un incidente y sus consecuencias.

Los países del common law en particular necesitan basarse en la jurisprudencia para determinar y verificar la carga de la prueba y definir las excepciones consideradas aplicables en virtud de las Reglas de Hamburgo. Es posible que según evolucione la jurisprudencia interpretativa de las Reglas de Hamburgo, habrá tantas excepciones en virtud de las Reglas de Hamburgo como existen en virtud de las de La Haya-Visby.

Es por supuesto imposible predecir las decisiones que van a adoptar los tribunales ante los que se sometan diversas disposiciones de las Reglas de Hamburgo. Sin embargo, lo que es posible predecir es que habrá un período de gran incertidumbre, contrarrestado es de esperar con los perseverantes esfuerzos de los partidarios de La Haya-Visby y de Hamburgo por alcanzar una solución.

# La necesidad de proseguir las conversaciones

Dígase lo que se diga, la repercusión económica en diversos sectores de la industria marítima del reparto según las Reglas de Hamburgo del riesgo de responsabilidad por daño o pérdida de la carga o retraso en su entrega, está claro que diversos elementos de las Reglas de Hamburgo y los debates en torno a su elaboración han orientado la atención de la industria naval y de los juristas especializados en cuestiones marítimas hacia las innovaciones tecnológicas de las industrias de transporte, innovaciones que guardan especial relación con los contenedores, el transporte multimodal, el transporte marítimo combinado y la transmisión electrónica de datos.

Hay que felicitar a la CNUDMI por haber señalado la necesidad de estudiar estos adelantos tecnológicos y facilitar un mecanismo que permite alcanzar importantes fórmulas de consenso.

El que el objetivo de la uniformidad se alcance a través de La Haya-Visby, a través de las Reglas de Hamburgo o a través de una solución intermedia entre las dos, es cosa que el tiempo dirá. Como juristas especializados en estas cuestiones esperamos que los partidarios de esos Convenios colaboren y cambien opiniones a fin de alcanzar una solución que unifique y armonice el derecho internacional relativo al transporte marítimo de mercancías.

Hay que perseverar en el camino de la uniformidad.

#### GEOFFREY J. GINOS

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América); Section on International Law and Practice, New York State Bar Association

Tengo el placer y el honor de tomar la palabra esta mañana en nombre de la sección de legislación y práctica internacionales del Colegio de abogados del estado de Nueva York.

Como abogado en ejercicio que se ha ocupado en todo el mundo de cuestiones de derecho marítimo y de derecho mercantil internacional general, aprecio en su justo valor la labor de la CNUDMI en el intento de alcanzar un sistema mundial uniforme de derecho mercantil. Ya sé que este sentimiento lo comparten mis colegas de la Sección. Dicho esto, paso a hacer unas breves observaciones.

Me gustaría referirme especialmente al Convenio sobre la Responsabilidad de Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, y más concretamente a una sección de ese convenio que suscitó bastante controversia durante las negociaciones. Esa sección se refería a la definición de "empresario de terminal", cuestión que yo enfoco desde el punto de vista de la delegación de los Estados Unidos. Se planteó la cuestión de si los estibadores se considerarían incluidos en la definición de empresarios de terminales como "porteadores", y las consecuencias fueron importantes, al menos desde el punto de vista de los estibadores de los Estados Unidos. Muy sencillamente la cuestión estribaba en saber si estos estibadores, como agentes o empleados de los transportistas o porteadores, estarían protegidos por las Reglas de Hamburgo a través del conocimiento de embarque, o si de hecho en virtud de esas Reglas se les denegaba toda oportunidad de exculpación.

No voy a entrar en todas las fases del debate sobre las diversas definiciones de empresario. Baste decir que, al final de la jornada, la definición de empresario que retuvo el Convenio excluía a los estibadores.

Voy a dar lectura brevemente al párrafo a) del artículo 1 del Convenio, en el que se define al empresario de terminal de transporte como "toda persona que, en el ejercicio de su profesión, se hace cargo de mercaderías que son objeto de transporte internacional a fin de prestar o de hacer prestar servicios relacionados con el transporte con respecto a esas mercaderías en una zona que está bajo su control o sobre la que tiene un derecho de acceso o de uso". La frase siguiente tiene que ver con mis observaciones, pues la definición prosigue: "Sin embargo, no se considerará empresario a la persona que sea porteador en virtud de las normas jurídicas aplicables por las que se rija el transporte ...". Sin embargo, hemos sabido que en una fecha muy reciente Estados Unidos ha firmado el Convenio. Evidentemente, se han tenido en cuenta las reservas u objeciones posibles de los Estados Unidos. Esto se ha hecho de una manera muy sencilla. En primer lugar, en el preámbulo del Convenio se dice: "Los Estados Contratantes ... deseando facilitar la circulación de mercaderías mediante el establecimiento de normas uniformes sobre la responsabilidad por la pérdida o el daño de esas mercaderías, o por el retraso en su entrega, mientras están a cargo del empresario de la terminal de transporte y no están amparados por las leyes de transporte basadas en los convenios aplicables a los diversos modos de transporte, han convenido lo siguiente ...".

Esta terminología, que indica que las normas del Convenio se aplican únicamente cuando se aplican las leyes sobre transporte emanadas de otros convenios aplicables a diversos modos de transporte, es la que fundamenta una interpretación del Convenio que permite a los estibadores acogerse a las Reglas de Hamburgo.

Además, en el artículo 15 se establece que el Convenio no modificará los derechos ni las obligaciones que resulten de un convenio internacional relativo al transporte internacional de mercaderías con fuerza obligatoria en un Estado que sea parte en el presente Convenio. Esto también abona el punto de vista que desea exponer la delegación de Estados Unidos.

Así pues, aunque hubiera quienes temían una terminología que exculpase por completo a los estibadores, creemos que el resultado final ha satisfecho nuestras inquietudes, y al mismo tiempo se tienen en cuenta también las preocupaciones de los Estados Unidos en virtud de la legislación estadounidense que concede a los estibadores en determinadas circunstancias un derecho de exculpación limitado.

Quisiera aludir a una cuestión para terminar referente al artículo 10, tema suscitado bastante tarde en el examen del Convenio. El artículo 10 trata de los derechos de garantías sobre las mercaderías y la primera frase de esta disposición es: "El empresario tendrá un derecho de retención sobre las mercaderías por los gastos y los créditos devengados con ocasión de los servicios relacionados con el transporte que haya prestado o con respecto a las mercaderías tanto durante el período en que responda de ellas como posteriormente". Ha suscitado cierta inquietud la palabra "devengado". El empresario, es decir, el empresario de la terminal, tiene un derecho de retención por las mercaderías y por los gastos y los créditos devengados.

Es probable que cuando el Convenio llegue al Congreso de los Estados Unidos -concretamente al Senado- se haga la indicación, mediante una aclaración o una nota marginal, de que los Estados Unidos interpretan esta referencia a las sumas devengadas por el empresario de la terminal como una referencia a las sumas que le deben a éste los dueños de la carga o los armadores o expedidores con propietarios de esas mercancías. Dicho de otro modo, no se pretende que el empresario tenga un derecho de retención sobre la carga en aquellos casos en que los dueños o expedidores de la carga no le deben nada y son inocentes y las sumas devengadas las debe, por ejemplo, el porteador o transportista marítimo.

# 4. Tribuna pública

# **GEOFFREY JONES**

Unión Internacional de Seguros de Transportes

Quisiera hacer algunas observaciones acerca de las Reglas de Hamburgo en nombre de la Unión Internacional de Seguros de Transportes. Son varias las cuestiones que se nos plantean: uniformidad del derecho, rentabilidad e imparcialidad. En cuanto a lo primero, la aprobación de las Reglas de Hamburgo nos deja con tres regímenes, como ya se ha dicho: las Reglas de La Haya en unas 57 naciones, las Enmiendas de Visby en unas 31 y las Reglas de Hamburgo en 20. Esto no facilita la uniformidad, sino que engendra incertidumbre y confusión y deja el fuero o jurisdicción al arbitrio del litigante. En el caso improbable de que las Reglas de Hamburgo se aprobaran universalmente, pasarían muchos años de incertidumbre mientras los tribunales nos interpretaban esas reglas. Si las Reglas de La Haya se siguen discutiendo cerca de medio siglo después de haberse elaborado, está claro que las Reglas de Hamburgo no se acabarán de definir mientras viva cualquiera de los aquí presentes. Hace falta mucha imaginación para llegar a la conclusión de que las Reglas de Hamburgo permiten alcanzar cierta uniformidad.

En cuanto a la rentabilidad, las primas de seguros y los fletes, que incluyen las propias pérdidas y los gastos de seguros propios del transportista o porteador, repercuten sobre los dueños de la carga y, a su vez, sobre el consumidor. Por eso es conveniente reducir al máximo esos costes. Se ha dicho que el régimen de Hamburgo transferirá algunos de esos costes de los dueños de la carga a los armadores. En tal caso, ello motivará una subida de los fletes. En cambio, no cabe suponer que las tarifas de seguros de la carga se reduzcan necesariamente en proporción. Un resultado más probable es que aumenten las tarifas de seguros de la carga en consonancia con el aumento del coste del proceso de recuperación consiguiente a la contratación de abogados para llevar un número mayor de reclamaciones. Es poco menos que inconcebible la insolvencia del asegurador de la carga, pero los armadores no han de reunir requisito alguno de solvencia y puntualidad, con lo que los propietarios de la carga no tienen seguridad alguna en hacer valer sus reclamaciones. No es nada rentable elevar los gastos y añadir incertidumbre a los trámites de cobro.

La última cuestión es la imparcialidad. Al proclamar las Reglas de Hamburgo, la UNCTAD mencionó la importancia del nuevo Convenio, que era especialmente beneficioso para las naciones en desarrollo. Si esto hubiera sido cierto, el Convenio habría encontrado más entusiasmo entre las principales naciones dedicadas al transporte marítimo de lo que ha sido el caso. De hecho, nadie ha podido hasta ahora demostrar de manera fidedigna hasta qué punto los países en desarrollo se beneficiarian realmente del propuesto cambio de régimen.

Los aseguradores del transporte marítimo prestan servicios financieros y prácticos al comercio mundial. A través de su trabajo y su experiencia adquieren conocimientos importantes de los factores que contribuyen a crear un ambiente favorable al próspero desarrollo del comercio internacional. El contrato de seguros marítimos funciona como parte decisiva de los contratos que constituyen la base del comercio mundial. Lo que es bueno para el comercio es bueno para la industria de seguros. Por consiguiente es de importancia fundamental para esta industria hacer oír su voz cuando se adelantan nuevas iniciativas, buenas o malas. Como quiera que los cargamentos marítimos van a tener que seguir asegurándose y como seguirán contratándose primas de seguros para riesgos de conflictos bélicos, una posible promulgación de las Reglas de Hamburgo no va a afectar gravemente a las compañías de seguros marítimos. Algunas incluso pueden salir gananciosas de ello. El motivo por el que tantos aseguradores, tantas empresas, tantas asociaciones nacionales de seguros marítimos y la Unión Internacional de Seguros de Transportes han discutido el valor de las Reglas de Hamburgo es sencillamente que esas Reglas no se ajustan a los requisitos anteriormente definidos. Sean cuales fueren las ventajas técnicas o jurídicas que se vislumbren, se ven contrarrestadas por negativas consecuencias financieras y prácticas. Al comercio mundial le iría ciertamente mucho mejor si el régimen actual se revisara y actualizara en lugar de suprimirse. La Unión Internacional de Seguros de Transportes apoya este enfoque y por consiguiente mantiene su oposición a las Reglas de Hamburgo.

#### PROFESOR SAMIA EL-SHARKAWI

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad de El Cairo, El Cairo (Egipto)

Aunque cabe considerar que las Reglas de Hamburgo constituyen una evolución significativa en la responsabilidad del porteador o transportista a favor del cargador o expedidor, en comparación con las Reglas de La Haya, con respecto a determinadas cuestiones como la limitación de responsabilidad, las pérdidas debidas a incendios, los animales vivos y la carga sobre cubierta, no realizan en cambio progresos notables en torno a la cuestión más importante de la responsabilidad del porteador, que puede considerarse el núcleo de la cuestión, a saber, el fundamento de la responsabilidad. Según las Reglas de La Haya, el porteador o transportista está obligado a cuidar diligentemente de que el buque se halle en estado de navegar antes y al comienzo del viaje. El porteador está también obligado a transportar las mercancías con la debida diligencia. Por consiguiente, el porteador responderá de las pérdidas sufridas por las mercancías a menos que aduzca una de las excepciones enumeradas en el artículo 4 de las Reglas de La Haya. Según el artículo 5 de las Reglas de Hamburgo, el porteador será responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia, a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias.

Aunque en general se considera que la responsabilidad del porteador en virtud de las Reglas de Hamburgo se basa en el principio de la presunción de falta como responsabilidad objetiva, es muy fácil probar que el porteador adoptó todas las medidas necesarias para evitar la pérdida. En tal caso, quedará exonerado de responsabilidad. Por consiguiente, la comparación entre las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo tendría por consecuencia que el porteador se hallaría bajo las Reglas de Hamburgo en la misma situación de privilegio que bajo las Reglas de La Haya, habida cuenta de la opinión dominante de que la responsabilidad del porteador en virtud de las Reglas de La Haya se basa en la obligación de lograr un resultado específico u obligation de résultat, según los sistemas jurídicos correspondientes, mediante las 17 excepciones descritas en el artículo 4. Por consiguiente, el fundamento de la responsabilidad estribaría, en virtud de las Reglas de Hamburgo, en la obligación de medios: obligation de moyens. (En las Reglas de La Haya se basa en la obligation de résultat.) El porteador puede quedar exonerado de responsabilidad en

virtud de las Reglas de Hamburgo si demuestra que ha adoptado las medidas necesarias para evitar la pérdida, mientras que, en virtud de las Reglas de La Haya, puede también quedar exonerado si demuestra una de las 17 excepciones prescritas en el artículo 4.

Para concluir quiero decir que mientras que las consecuencias de la responsabilidad del porteador sean las mismas según las Reglas de La Haya y según las Reglas de Hamburgo, es improbable que los costes por seguros de transporte marítimo se reduzcan como se espera al aplicarse las Reglas de Hamburgo. Las Reglas de Hamburgo, a mi juicio, reclaman con una mano lo que le dan al porteador o transportista con la otra.

### PROFESOR JOHN HONNOLD

Universidad de Pensilvania, Filadelfia, Pensilvania (Estados Unidos de América)

El profesor Joko Smart, que abrió los debates esta mañana, habló muy oportunamente de su preocupación por los intereses de los países en desarrollo. Sin embargo, hay grandes países desarrollados que también sienten preocupación, como la siente el orador, por los derechos de vendedores y compradores que expiden y reciben las mercancías, es decir, los interesados en la carga que por consiguiente están interesados en las Reglas de Hamburgo. No se trata de una lucha entre países desarrollados y países en desarrollo.

Sin embargo, algunos países, por grandes y desarrollados que sean, tienen legisladores no tan grandes ni tan desarrollados, al menos en su capacidad de resistir presiones. Así pues, pueden asustarse y los han desanimado los ataques furibundos de representantes organizados de profesionales del transporte marítimo. El ataque principal, emprendido aquí contra casi toda pieza de legislación importante, consiste en afirmar que esta nueva legislación va a perturbar la claridad y la uniformidad mundial implantada por el régimen de La Haya-Visby. Todo el que se ocupe seriamente de estos asuntos sabe que esa pretensión es una falsedad. La Haya-Visby ni siquiera hace frente a los problemas más importantes que hoy se plantean en el moderno transporte marítimo, y la jurisprudencia internacional que trata de hallar soluciones país por país para estos problemas, sin el apoyo de ninguna disposición jurídica internacional, se encuentra en un mar de confusiones. Lamento mucho decir que incluso existen conflictos entre los tribunales federales de los Estados Unidos.

El temor de que proliferen los pleitos en virtud de las Reglas de Hamburgo es exagerado en este caso, como suele ser cada vez que se proponen nuevas leyes. Es exagerado porque las Reglas de Hamburgo hacen frente rotundamente a los problemas actuales del transporte marítimo. Yo, personalmente, da la casualidad de que estoy trabajando en un estudio para deshacer esa falsedad. Yo no puedo recopilar la jurisprudencia de todos los países. Si hay alguien que está en condiciones de ayudarme con sus estudios en su rincón del mundo, le quedaría muy agradecido y además lo remuneraría generosamente con una referencia a pie de página.

Una última cuestión. El país desarrollado en el que vivo, aunque es firmante del Convenio de Hamburgo, tiene una tara especial. La ratificación requiere los dos tercios de los votos del Senado, y es fácil asustar a un tercio de nuestro Senado incluso con falsedades. Sean pues mis últimas palabras un llamamiento de ayuda a aquellos países que no padecen esta tara.

## D. JACOBSEN

Abogado, Nueva York, Nueva York (Estados Unidos de América)

Me preocupa el párrafo I del artículo 10 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, tema aludido con anterioridad por el magistrado Beraudo y hace unos minutos por Geoffrey Jones, especialmente aquella parte en que se dice que el empresario tendrá un derecho de retención sobre las mercaderías por los gastos y los créditos devengados con ocasión de los servicios relacionados con el transporte que haya prestado.

En el caso de un servicio de buques de línea y de un dueño de la carga que tenga un contenedor por el que haya abonado el flete debido con el conocimiento de embarque, y surja una controversia entre el empresario de la terminal y el porteador, la carga sería un factor en la controversia entre el porteador y el empresario de la terminal. Dicho de otro modo, el dueño de la carga no se metería en controversia pero no podría recibir su carga. Esto está mal. Yo comprendo que no es esto lo que querían los redactores del Convenio, pero así es. Este extremo se debatió detenidamente en el seno de la Maritime Law Association de los Estados Unidos, reunida en Nueva York a comienzos de mayo. También ha sido debatida por el American Institute of Marine Underwriters.

#### JEAN-PAUL BERAUDO

Presidente de la Audiencia de Grenoble (Francia)

Trataré de responder la cuestión planteada por D. Jacobsen. El párrafo 1 del artículo 10 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de las Terminales de Transporte y Comercio Internacional, indica aquellos casos en que el empresario tiene derecho a retener las mercancías. Este derecho de retención sobre las mercaderías puede ejercitarse cuando se adeude al empresario el importe de los servicios desempeñados en relación a las mercaderías cuya retención reclama. Este artículo no distingue según la deuda o el impago entre el porteador y el dueño de la mercancía. Por otra parte, en la práctica, el precio abonado por el contrato de transporte por el transportista o porteador cubre concretamente las operaciones de carga y de descarga de las mercaderías. Si el porteador que ha cobrado el importe del transporte no paga la cantidad debida durante la carga o descarga de las mercaderías, el empresario de la terminal que haya realizado la operación de carga y de descarga puede ejercitar el derecho de retención de las mercaderías. Es una situación que fue tenida en cuenta por la Conferencia que aprobó el Convenio. El recurso suministrado por la Conferencia con este fin se indica en el párrafo 2 de ese mismo artículo 10. El dueño de las mercancías puede optar por pagarle directamente al empresario de la terminal de transporte, o depositar en poder de un tercero una garantía suficiente para rescatar las mercancías. En este momento el empresario de la terminal de transporte beneficiario de esa garantía tiene que entregar la mercancía, y tanto el porteador como el empresario tienen que saber cuáles son sus derechos específicos. Creo que la Conferencia, en los párrafos 1 y 2 del artículo 10, ha facilitado a este respecto una norma y un principio que satisfacen los intereses del empresario de la terminal de transporte, así como una norma complementaria, es decir, de conciliación y garantías, cubre los intereses del dueño de las mercaderías.

# B. Arreglo de controversias

1. Algunas cuestiones prácticas relativas a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

### ALBERT JAN VAN DEN BERG

Profesor y abogado, Amsterdam; miembro del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial; Vicepresidente del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) está considerada en general como el mejor tratado en materia de derecho internacional privado. Aunque la CNUDMI, con toda su modestia, no considere la Convención de Nueva York uno de sus logros, hay que reconocer públicamente que la CNUDMI contribuyó ampliamente al éxito de esa Convención. Sólo hay que mirar el número de los Estados contratantes. Al crearse la CNUDMI en 1967, 31 Estados eran parte en la Convención. Desde sus comienzos, la CNUDMI ha venido promoviendo activamente la ratificación de la Convención; ahora, 25 años después, los esfuerzos de promoción de la CNUDMI han tenido como resultado que 85 Estados son partes en la Convención.

El éxito de la Convención queda de manifiesto no solamente por el número de Estados contratantes. También lo demuestran las decisiones judiciales en que la Convención ha sido interpretada y aplicada a escala mundial. Las decisiones judiciales han sido objeto de seguimiento y análisis en el *Yearbook Commercial Arbitration* (Anuario de arbitraje comercial) desde el primer volumen de 1976. Los 17 volúmenes de ese anuario aparecidos hasta la fecha han recogido más de 475 casos de 35 Estados contratantes. Esos casos

indican que los tribunales generalmente interpretan a la Convención de un modo bastante favorable. De hecho, los siguientes porcentajes acreditan el mejor resultado de la Convención de Nueva York, pues la revisión por los tribunales de arbitraje, es la primera medida contemplada en la Convención, ha sido denegada solamente en el 5% de los casos. Aún más impresionante es el porcentaje referente a la denegación de ejecución del laudo arbitral, que es la segunda medida consignada en la Convención; sólo en un 2% de los casos, los tribunales se han negado a ejecutar un laudo.

Si se tienen en cuenta estos porcentajes, se inclina uno a pensar que esa Convención no plantea prácticamente dificultades. En gran medida así es. Yo añadiría que a pesar del texto de la propia Convención, que no siempre es claro, ya que varios pasajes recogen fórmulas de transacción.

Sin embargo, la Convención ha planteado en la práctica algunos problemas. Ya enumeré algunos de esos problemas en forma de seis preguntas que figuran en el número 20 de la lista de los documentos distribuidos por el Congreso.

Antes de ocuparme de esas seis preguntas, cabe dedicar unas palabras a su respuesta. También se enumeran en la lista. En este punto convendría hacer una distinción entre i) una solución o respuesta que podría lograrse mediante una interpretación razonable de la propia Convención y ii) una solución o respuesta que no es probable se consiga con una interpretación razonable de la Convención, sino con otras medidas.

En cuanto a la solución sobre la base de una interpretación, yo opino que la interpretación debe ser fácilmente aceptable por parte de los tribunales en una gran variedad de jurisdicciones. Esto excluye aquellas interpretaciones que contradicen rotundamente el sistema y el texto de la Convención. También excluye algunas interpretaciones resultantes de lo que cabe denominar pensamiento académico alambicado. A mi juicio, la Convención debería interpretarse de un modo que sea fácilmente comprensible para los jueces y abogados en ejercicio de todas partes del mundo. Si no se aceptan esos principios de lo que yo llamo "interpretación razonable", puede disiparse la actual certidumbre que brinda la Convención.

En cuanto a las soluciones que más probable se alcancen mediante una interpretación de la Convención, cabe adoptar las siguientes medidas. En primer lugar, cabe la posibilidad de un nuevo tratado. Un nuevo tratado tiene la ventaja de que los problemas pueden resolverse de un modo uniforme a escala supranacional. Otra de esas ventajas es que puede modernizarse la Convención, que ya tiene unos 34 años de edad. Por otra parte, un nuevo tratado tiene el inconveniente de que pasa mucho tiempo antes de que se adhieran a él muchos Estados. Entre tanto, habrá incertidumbre en cuanto al régimen aplicable.

La segunda medida es una enmienda de la actual Convención, por ejemplo mediante un protocolo. La ventaja es que una vez más es posible resolver los problemas a escala supranacional. Sin embargo, los mismos inconvenientes del tratado nuevo son los de la enmienda de la Convención mediante un protocolo o cosa parecida.

La tercera medida es una ley modelo que establezca una norma de promulgación uniforme de la Convención de Nueva York. Como es sabido, numerosos países han aplicado la Convención de Nueva York mediante una ley de promulgación. Algunos ejemplos son el capítulo 2 de la Ley de Arbitraje Federal de los Estados Unidos y la Ley Inglesa de Arbitraje de 1975. Parece ser que las leyes de promulgación son muy diferentes. La ventaja de una ley modelo que establezca una norma de promulgación uniforme es que esas divergencias desaparecerán. En la ley modelo los problemas pueden resolverse mediante disposiciones adecuadas. Otra ventaja de la ley modelo para la promulgación de la Convención de Nueva York es que puede ser más fácil aceptar una ley modelo que un nuevo tratado internacional o un protocolo a la actual Convención. El inconveniente de la ley modelo es que no todos los Estados necesitan una ley de promulgación para que la Convención surta efecto en el ordenamiento jurídico interno. Otro inconveniente es que puede pasar mucho tiempo antes de que un número suficiente de Estados adopten la ley modelo. Además, al tratarse de una ley modelo, los Estados podrán libremente desviarse del texto.

Por último, la cuarta medida es la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. La Ley Modelo incorpora la Convención de Nueva York en su artículo 36. La Ley Modelo puede aplicarse en lugar de la Convención de Nueva York tanto a la remisión por un tribunal de justicia al arbitraje como a la ejecución de un laudo arbitral recaído en otro Estado. La Convención de Nueva York, en el pártafo 1 de su artículo 7, se remite a la legislación del país donde se recaba la ejecución, si esa legislación es más favorable a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras que la propia Convención.

Por lo antedicho en respuesta a las seis preguntas surgidas en la práctica y que se enumeran en la lista, quisiera ahora enunciar brevemente el contenido de cada pregunta y la solución que yo recomendaría.

# Primera pregunta

¿Es preciso aclarar el ámbito de aplicación de la Convención con respecto a lo que se entiende por el lugar en que se dicta el laudo o sentencia (artículo I 1))?

# La cuestión

Según el párrafo 1 del artículo I, la Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales "dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias".

En una reciente decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido -el caso Hiscox- ocurrió lo siguiente. El arbitraje fue inglés a todos los efectos. Las dos partes eran inglesas. Las vistas del juicio de arbitraje se celebraron en Londres. El contrato se regía por el derecho inglés. El árbitro era un abogado del Estado inglés. En la sentencia, inmediatamente antes de la firma, el árbitro consignó "dado en París, Francia a 20 de noviembre de 1990". ¿Por qué? Pues bien, porque el árbitro se había incorporado a la delegación francesa de un bufete de abogados de Estados Unidos y residía en ultramar, es decir en París.

Prescindiendo de las actuaciones con relación a la sentencia recaída en los tribunales ingleses, se planteó la cuestión de que esas actuaciones pudieran sustanciarse. Una de las partes alegó que la sentencia se dictó en París y por tanto se regía por la Convención de Nueva York. La Cámara de los Lores aceptó desde luego el argumento de que la firma de la sentencia en París significaba que la sentencia se había dictado en París y que, por consiguiente, se aplicaba la Convención.

Esta interpretación de la Convención plantea una serie de problemas. Uno de ellos es bastante práctico; con la única finalidad de firmar un laudo, los árbitros han de desplazarse al lugar del arbitraje. Esto es contrario a la práctica corriente, en cuya virtud el laudo se firma remitiéndoselo a los miembros del tribunal de arbitraje. La interpretación de la Cámara de los Lores, pues, puede hacer que suban las costas del arbitraje.

## Solución propuesta

La primera cuestión puede resolverse mediante una interpretación razonable. Hay un principio generalmente aceptado de que el laudo debe dictarse en el lugar del arbitraje. Es decir, según dice el párrafo 3 del artículo 31 de la Ley Modelo de la CNUDMI: "El laudo se considerará dictado en [el] lugar [del arbitraje]". Por consiguiente, la indagación sobre el lugar en que se dictó el laudo a los efectos de la Convención es una indagación de cuál era el lugar del arbitraje y no -como supuso la Cámara de los Loresde cuál era el lugar de la firma del laudo.

Es práctica corriente y un requisito en virtud de muchas leyes de arbitraje que en el laudo se mencione concretamente el lugar del arbitraje. Si los árbitros dejan de hacerlo, cabe recabar el acuerdo de las partes en cuanto al lugar, o a lo que determine el tribunal de arbitraje en ese sentido durante las actuaciones.

Si se siguen en la práctica estas normas no habrá problemas en mi opinión.

### Pregunta 2

¿Es preciso aclarar el ámbito de aplicación de la Convención por lo que respecta a saber si se aplica a un laudo "no nacional" (es decir, a un laudo resultante de arbitraje que, por acuerdo de las partes, no se atiene a ninguna ley nacional de arbitraje)?

### La cuestión

En el contexto de la Convención de Nueva York, el arbitraje desnacionalizado es más bien excepcional en la práctica, porque en la mayoría de los casos el arbitraje parece regirse por el derecho de arbitraje del lugar de arbitraje. Confirman esta práctica 475 decisiones referentes a la Convención registradas hasta la fecha.

El Tribunal Supremo de los Países Bajos, mediante decisión dictada en 1973 en el célebre caso SEEE contra Yugoslavia, parece ser uno de los tres tribunales que opinan que los laudos "no nacionales" caen dentro del radio de acción de la Convención. Esta opinión la comparte el Tribunal de Apelación de Ruán de Francia con respecto al mismo laudo en el caso SEEE contra Yugoslavia. El tercer tribunal es el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos en el caso Gould contra Irán, que lanzó la noción del arbitraje desnacionalizado en relación a la Convención y la categoría especial de arbitrajes del Tribunal constituido para el contencioso entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos.

### Solución propuesta

La segunda pregunta puede contestarse mediante una interpretación razonable. La Convención puede seguir siendo sencilla y clara si nos atenemos a la interpretación de que no se aplica al arbitraje desnacionalizado. Hay buenos argumentos en apoyo de esta interpretación. El artículo I, leído en combinación con los incisos a) y e) del párrafo del artículo V de la Convención muestra que la Convención requiere que el laudo arbitral se base en un arbitraje regido por una ley nacional de arbitraje. Este requisito lo confirman los trabajos preparatorios de la Convención.

En términos más generales, la Convención debería en mi opinión limitarse a lo que realmente se entiende por arbitraje. No debería desvirtuarse el preciso objetivo con procedimientos que habría que calificar de "salvajes", como el arbitraje desnacionalizado, u otra solución de controversias relacionadas con la mediación y la conciliación. Si el alcance de la Convención se va ampliar para incluir estos procedimientos afines al arbitraje, surgirá gran confusión por el carácter jurídico incierto de esos procedimientos.

### Pregunta 3

¿La forma escrita requerida por la Convención es demasiado severa para la práctica del comercio internacional (artículo II 1)-2) de la Convención)? En particular:

- a) ¿Revalidará la aceptación tácita del contrato que contenga la cláusula de arbitraje?
- b) ¿Hará optar por una cláusula de arbitraje en condiciones normales?

#### La cuestión

En el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York se dice: "La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas". Este requisito en cuanto a la forma del compromiso brinda dos alternativas a la validez de dicho compromiso.

La primera alternativa es un compromiso de arbitraje o cláusula compromisoria en un contrato firmado por ambas partes. Esta alternativa, por supuesto, no plantea problemas.

La segunda alternativa es que el compromiso o la cláusula compromisoria va contenida en un canje de cartas. Esto excluye la aceptación tácita de la cláusula compromisoria. Y eso plantea un problema. Suele suceder en la práctica que una vez celebrado un contrato por teléfono, una de las partes remite a la otra una confirmación de la compra o de la venta que no se devuelve al remitente. Entonces, durante o después de la perfección del contrato, al surgir una controversia, el destinatario de la confirmación invoca falta de validez formal en virtud del párrafo 2 del artículo II de la Convención alegando que la cláusula compromisoria no figuraba en un canje de cartas. Esto no podría suceder con arreglo a la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje, ya que son menos rigurosas que la Convención de Nueva York en cuanto a los requisitos formales del compromiso de arbitraje.

En lo que respecta a la cláusula compromisoria incluida en condiciones normales, el texto de la Convención de Nueva York guarda silencio total al respecto. Sin embargo, esas condiciones normales son frecuentes en el comercio internacional, por lo que hacen falta soluciones adecuadas.

# Solución propuesta

La cuestión antedicha en el apartado a) puede solucionarse sobre la base de una interpretación razonable. El requisito formal establecido en el párrafo 2 del artículo II se concibe en general como norma jurídica uniforme y como un requisito de máximos y mínimos. Así pues, la fórmula del compromiso no puede someterse a condiciones más o menos onerosas. Por supuesto, el canje de cartas puede interpretarse de una manera lata, en el sentido de que ya se acepta el mero hecho de ese canje. Sin embargo, esto no resuelve todos los problemas. En algunos casos puede ser de utilidad una interpretación textual. El texto del segundo párrafo del artículo II dice "la expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida ...". La interpretación textual podría entonces ser "incluida en un contrato o un compromiso, pero no limitada a uno u otro". En consecuencia, un tribunal podría aceptar un compromiso puesto por escrito, pero que sólo haya sido aceptado tácitamente, siempre que esa aceptación sea válida con arreglo a la legislación aplicable.

Me apresuro a añadir que esta interpretación apenas se ha formulado hasta la fecha en virtud de la Convención de Nueva York. Esta interpretación, empero, es previsible porque no contradice un texto de la Convención y se ajustaría a las necesidades corrientes del comercio internacional.

Aun teniendo por razonable la interpretación antedicha, en el caso de que no se la acepte, la solución podría ser la adopción de una de las medidas 1, 2 ó 3 mencionadas en mi lista.

Por lo que respecta a la antedicha cuestión del apartado b) sobre la cláusula compromisoria en condiciones normales, también esto puede resolverse mediante una interpretación razonable. Los tribunales han fallado en casos con arreglo a la Convención de Nueva York que si la cláusula compromisoria va impresa en el reverso del contrato, bastará con poner en el anverso del contrato una cláusula de referencia general a las condiciones al dorso. Si las condiciones típicas se imprimen en otro documento, la cláusula de referencia habrá de ser más específica. Habrá de referirse concretamente a la cláusula compromisoria en las condiciones generales. Esta práctica del requisito de la cláusula de referencia está cada vez más difundida en la práctica, ya que son cada vez más los contratos tipo que contienen cláusulas de referencia que hacen especial mención de la cláusula compromisoria en las condiciones normales.

Esta interpretación referente a las condiciones normales también se consigna en la Ley Modelo de la CNUDMI. En el párrafo 2 del artículo 7 se dice lo siguiente: "La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

### Pregunta 4

¿Ha de especificar la Convención a qué compromisos o acuerdos de arbitraje se aplican las disposiciones sobre remisión a las partes del párrafo 3) del artículo II?

#### La cuestión

El párrafo 3) del artículo II de la Convención contiene la primera acción prevista por la Convención. Establece que el tribunal de uno de los Estados contratantes remitirá a las partes el arbitraje, a instancias de una de ellas, cuando se les someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, la Convención no especifica qué compromisos o acuerdos de arbitraje han de ser remitidos a arbitraje en virtud del párrafo 3) del artículo II.

## Solución propuesta

Esta cuestión puede solucionarse mediante una interpretación razonable. Para subsanar la omisión, sería coherente interpretar el párrafo 3) del artículo II de conformidad con el artículo I que establece el ámbito de aplicación de la Convención con respecto a los laudos arbitrales. El artículo I se basa sobre todo en un laudo dictado en otro Estado. Con frecuencia, ha de considerarse que el párrafo 3) del artículo II es aplicable a un compromiso en que se acuerde el arbitraje en otro Estado. Esta interpretación es la que finalmente siguen los tribunales de los Estados contratantes.

Hay otras dos categorías de acuerdos de arbitraje que puedan plantear algunos problemas, a saber, un compromiso que guarde el arbitraje en el Estado en el que se enfoca, y uno que no indique el fuero del arbitraje. Está claro que el párrafo 3) del artículo II no se aplica a acuerdos de arbitraje puramente internos. Los posibles criterios de aplicación del párrafo 3) del artículo II en estos dos casos pueden ser, por consiguiente: a) la nacionalidad extranjera de al menos una de las partes y/o b) un elemento internacional relacionado con el contrato al que se refiere el compromiso de arbitraje. Las leyes de ejecución y los tribunales aún no observan unanimidad con respecto a la aplicación de esos criterios en el caso de un compromiso en el que se acuerde el arbitraje en el Estado en que el compromiso se invoca.

A este respecto debería mencionar que esta clase de problemas no se plantearían si el país adoptase la Ley Modelo de la CNUDMI. La Ley Modelo sencillamente obliga al tribunal a remitirse al arbitraje internacional tanto si el fuero del arbitraje está dentro como fuera del Estado en que se invoca el compromiso (párrafo 1) del artículo 8 en combinación con el párrafo 2 del artículo 1).

## Pregunta 5

Con respecto al motivo de denegación de ejecución de una sentencia consignada en el apartado d) del párrafo 1) del artículo V de la Convención, en caso de denegarse la ejecución de la sentencia:

- a) en el supuesto de que el acuerdo de las partes sobre el procedimiento arbitral viole las disposiciones obligatorias de la ley de arbitraje del fuero del arbitraje;
- b) en el supuesto de que, de no haber acuerdo entre las partes sobre el procedimiento arbitral, el procedimiento no se ajuste a una disposición vinculante o no vinculante de la ley de arbitraje del fuero del arbitraje.

### La cuestión

En el apartado d) del párrafo 1 del artículo V de la Convención se establece que la ejecución de un laudo puede denegarse si la parte contra la cual es invocado prueba: "... que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.". Según ese texto, el acuerdo de las partes sobre la constitución del tribunal arbitral y sobre el procedimiento de arbitraje tiene prioridad. Sólo en defecto de ese acuerdo habrá de tenerse en cuenta la ley del país en que se hubiere efectuado el arbitraje.

¿Qué sucede si, en una desviación del acuerdo de las partes, se siguen las normas obligatorias del lugar del arbitraje? Por ejemplo, puede ocurrir que el compromiso requiera dos árbitros, mientras que la ley de

arbitraje del lugar del arbitraje requiera un número impar de árbitros. Si el arbitraje se ha encomendado a un número impar de árbitros, ¿cabe denegar la ejecución del laudo porque el número de árbitros no se ajustaba a lo acordado por las partes? Esto ha llevado a decisiones dispares. Los tribunales italianos deniegan la ejecución del laudo en este caso. Por otra parte, los tribunales de España y de Estados Unidos opinan que prevalecen las normas obligatorias del lugar de arbitraje.

## Solución propuesta

Esta cuestión puede resolverse mediante una interpretación razonable. El apartado d) del párrafo 1 del artículo V no debe leerse de manera aislada, sino en el contexto de todo el artículo V. Sin entrar en detalles, el resultado es que en todos los casos prevalecen las normas obligatorias del lugar de arbitraje.

Lo mismo cabe decir del cumplimiento de las disposiciones no obligatorias de la ley de arbitraje del lugar de arbitraje. Sin embargo, un tribunal encargado de ejecutar el laudo puede hacer caso omiso de una infracción poco importante del derecho de arbitraje del lugar de arbitraje. Ese margen de discreción se le concede al tribunal la introducción del primer párrafo del artículo V en el que se dice que "sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia".

## Pregunta 6

Con respecto a los motivos para denegar la ejecución de la sentencia consignados en el párrafo 2 del artículo V de la Convención:

- a) ¿Debe distinguir explícitamente la Convención entre orden público en cuanto al procedimiento y orden público en cuanto al derecho material?
- b) ¿Debe la Convención alegar explícitamente el orden público "internacional", para motivar la denegación de la ejecución de la sentencia?

## La cuestión

En el apartado b) del párrafo 2 del artículo V de la Convención se dice que el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral podrán denegarse si la autoridad competente comprueba "que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país". Esa cláusula no distingue entre orden público en cuanto procedimiento y orden público en cuanto derecho material. Tampoco limita el orden público al llamado orden público "internacional".

En la práctica, los tribunales someten tanto el procedimiento como el derecho sustantivo a las exposiciones sobre orden público de la Convención. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, cabe preguntarse si no hay una duplicación de los motivos de denegación consignados en el apartado b) del párrafo 1 del artículo V, en cuya virtud cabe denegar la ejecución de la sentencia si la parte contra la cual se invoca no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa (las llamadas cláusulas de garantías procesales). La diferencia entre los párrafos primero y segundo del artículo V es que los motivos de denegación de la ejecución enumerados en el primer párrafo han de ser expuestos y probados por el demandado, mientras que los del segundo párrafo pueden ser aplicados por el tribunal por propia iniciativa.

La limitación al orden público internacional tiene por consecuencia que los numerosos asuntos correspondientes al orden público pueden ser más reducidos que los correspondientes a las situaciones internas. En consecuencia, las particularidades locales influirán menos en el proceso de arbitraje internacional.

### Solución propuesta

Ambas cuestiones pueden resolverse mediante una interpretación razonable. En lo que respecta a la distinción entre procedimiento y sustancia, no importa que las violaciones de las garantías procesales se basen

en dos disposiciones. De hecho, parece justificado que las infracciones procesales se incluyan también en las disposiciones sobre el orden público aplicables por un tribunal por iniciativa propia. Esto puede ser procedente en particular en aquellos casos en que el demandante no participa en la ejecución de la sentencia. El tribunal encargado de ejecutar la sentencia tiene la posibilidad de suspender la ejecución en casos de grave quebrantamiento de las garantías procesales.

En lo que respecta al orden público internacional, cada vez son más numerosos los tribunales que interpretan de este modo la Convención. Habida cuenta de esta tendencia judicial, no parece necesario especificar en la propia Convención el concepto de orden público internacional.

### Conclusión

Por falta de tiempo tengo que prescindir de las preguntas 3 a 6 de mi lista. Baste decir, para concluir, que todas las preguntas antedichas pueden contestarse con una interpretación razonable, con una posible excepción, la pregunta 3 a) referente al requisito de que el compromiso de arbitraje vaya incluido en un canje de cartas. Aunque esta cuestión podría resolverse mediante una interpretación razonable, si no se acepta esa intervención, habría de intervenir la CNUDMI. Sin embargo, yo opino que el problema no es tan grave que justifique la iniciación de un proceso de enmienda que requiera mucho trabajo y mucho tiempo. No ha menoscabado el éxito de la Convención y la práctica demuestra que podemos vivir con ciertas imperfecciones.

Una observación final. La mayoría de las interpretaciones antedichas están confirmadas expresamente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, lo cual confirma la utilidad de la Ley Modelo. La lección que cabe extraer para el futuro es la de dejar tal como está la venerable y bien asentada Convención de Nueva York y dirigir todos los esfuerzos a la aprobación por tantos Estados como sea posible de la Ley Modelo de la CNUDMI o al menos de una legislación que la tome como modelo.

## 2. Adiciones a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional

# TVÁN SZASZ

Profesor y abogado, Budapest

Las Naciones Unidas elaboraron una serie de leyes y reglas sobre arbitraje comercial internacional. Desde el principio del trabajo de la CNUDMI,

el arbitraje encabezó la lista de las prioridades. La primera parte de la serie de leyes, leyes modelo y reglas sobre arbitraje se estableció antes de la creación de la CNUDMI, lo que ocurrió con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958. La Convención de Nueva York desempeña un papel muy importante en los trabajos de la CNUDMI sobre arbitraje. Constituye una piedra angular, y todas las demás piezas del trabajo se basan en ella. La CNUDMI ha trabajado mucho en relación con la Convención de Nueva York. Ha mejorado el procedimiento de ratificación. Está supervisando la aplicación práctica de la Convención de Nueva York, lo cual es muy importante, y en tiempo oportuno tomará las medidas necesarias. Así, después de 25 años, veo la Convención de Nueva York tal como es hoy en día, junto con su aplicación práctica, como un logro alcanzado no solamente por las Naciones Unidas, sino también por la CNUDMI.

Las piezas que vinieron después, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, juntas, muestran que existe una estrecha relación entre esas leyes y reglamento. Por tanto, cuando se introducen modificaciones, cuando se consideran adiciones útiles, debe tenerse en cuenta no sólo su repercusión en la aplicación de una pieza del sistema, sino también las consecuencias para la totalidad del sistema.

La primera cuestión que quisiera tratar es la siguiente: ¿es necesario modificar el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje, en base a la práctica de los últimos siete años? Pudiera decirles que, de acuerdo con mi análisis, la respuesta definitiva será un no firme. Otra cuestión distinta de ésta es la siguiente: en los

parlamentos nacionales, cuando se adoptan leyes sobre el arbitraje internacional, ¿es necesario, posible, o útil hacer adiciones a los textos ya existentes? Con relación a este punto verán ustedes que mi respuesta será sí, pero con ciertas condiciones.

Lo primero que debe hacerse es abordar el siguiente problema: ¿trata la Ley Modelo de la CNUDMI adecuadamente todas las cuestiones que debe tratar una ley sobre arbitraje comercial internacional? Este problema se puede abordar desde dos ángulos. Si se compara el volumen y la cantidad de disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI con las de las leyes nacionales, se puede llegar a la conclusión de que la Ley Modelo de la CNUDMI quizá sea demasiado larga, y que tenga un número demasiado grande de párrafos y de disposiciones en comparación con otras leyes existentes. Considero que la comparación no se justifica porque estas otras leyes sobre el arbitraje comercial internacional, o sobre el arbitraje en general, están incorporadas en un determinado sistema de procedimiento civil, en un sistema nacional, y a veces no es necesario formular un conjunto completo de reglas y disposiciones como las que se encuentran en la Ley Modelo de la CNUDMI.

Existe también otra forma de abordar el problema. Un distinguido universitario sueco, Gillis Wetter, estableció una lista de cuestiones que, según su método de trabajo deben tratarse en una ley moderna o en una ley modelo. La lista comprende más de 100 cuestiones, y pudiera decirse que la Ley Modelo de la CNUDMI sólo trata la mitad, o menos de la mitad de esas cuestiones. El punto que ha de resolverse es este: cuando se va a elaborar una ley, ¿deben tratarse detalladamente todas las cuestiones o sólo las más importantes?

He estudiado varios sistemas jurídicos de Europa y he llegado a la conclusión de que, más allá de cierto punto, mientras más cuestiones se tratan más lagunas se encuentran. No hay sistemas perfectos; la Ley Modelo de la CNUDMI, desde el punto de vista cuantitativo, trata virtualmente todas las cuestiones importantes relativas a la unificación, pero, desde luego, en todo sistema jurídico surgen siempre nuevas cuestiones.

Para hallar disposiciones adicionales que deberían figurar en las leyes basadas en Ley Modelo (brevemente, las adiciones útiles) tuve que comenzar por encontrar un método. Los estudiosos de esta materia suelen utilizar un método que consiste en analizar detenidamente el asunto y determinar las cuestiones que tendrán que ser tratadas por la ley. Yo no seguí este método, sino que analicé las leyes nacionales ya adoptadas sobre arbitraje comercial internacional, leyes que se basan en la Ley Modelo de la CNUDMI, y me concentré en los párrafos y disposiciones adicionales que debían formar parte de esas leyes. Hasta el presente, más de 20 parlamentos han aprobado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI; por tanto, puede encontrarse un número considerable de cuestiones que se trataron en esos parlamentos y otras que no se trataron, o se trataron de una manera diferente que en la Ley Modelo.

Pero primero quisiera hablar sobre el campo de aplicación de la Ley Modelo. Como bien se sabe, el campo de aplicación de la Ley Modelo es el arbitraje comercial internacional. Eso es lo que vamos a unificar, o lo que ya hemos unificado en ciertos aspectos. Esto ofrece, desde luego, una gran ventaja, y en manuales he visto la importancia de tener reglas unificadas para el arbitraje comercial internacional, distintas de las del arbitraje nacional. He visto esto en obras de autores alemanes, y en otras. Sin embargo, ofrece también interés tener reglas unificadas en cierta legislación independientemente de que los casos tratados sean internacionales o nacionales. Por eso hay que formular la siguiente pregunta: ¿No es la Ley Modelo lo suficientemente buena para usarla en arbitraje local, en arbitraje nacional, o existe la posibilidad de ampliar la utilización de la Ley Modelo especialmente en los países en que no existe una tradición de arbitraje nacional, y no se podría utilizar la Ley Modelo para el arbitraje nacional y también para el internacional? He tratado de analizar la ley desde este punto de vista, y pudiera decirles que en Hungría hemos llegado a la conclusión, tras más de año y medio de análisis, en base a los trabajos realizados por muchos universitarios húngaros, de que no es necesario modificar ninguna de las reglas de la Ley Modelo, o, si acaso, una o dos de ellas. El proyecto de ley presentado al Parlamento húngaro se basa por tanto en la Ley Modelo sobre arbitraje, pero se utilizará tanto para el arbitraje internacional como para el nacional. No considero que se deba limitar el uso de la Ley Modelo a cuestiones internacionales.

No deseo analizar cuál de los párrafos habrá que modificar ligeramente cuando se utilicen también para fines nacionales, pero no son muchos.

En lo que respecta a las posibles enmiendas o adiciones, la primera cuestión que se plantea es la de determinar la forma de promulgar la Ley Modelo, porque este asunto no lo trató la propia Ley Modelo. He encontrado tres soluciones fundamentales. La que más me gusta es aceptarla sin modificaciones. Con esto se obtiene la gran ventaja de la transparencia que proporciona. Ustedes van a un país y ven en la ley el mismo sistema con que están familiarizados. Por tanto, esa es la mejor solución. Incluso si se desea añadir ciertas disposiciones a la Ley Modelo, lo mejor es no cambiar párrafos y modificar disposiciones directamente, sino mantener esas enmiendas separadamente. Ustedes pueden encontrar este método también en la legislación actual; es decir, ustedes tienen el cuerpo de la ley, la Ley Modelo y, adicionalmente, en sus leyes nacionales, ustedes incluyen ciertas disposiciones que muestran las diferencias o que contienen adiciones útiles. He encontrado también una tercera solución, por ejemplo la aplicada en Canadá, que es también útil desde el punto de vista de la transparencia. Consiste en lo siguiente: en la propia ley, las adiciones y enmiendas se destacan escribiéndolas en letra cursiva o de alguna forma que indique al lector las partes que son textos originales de la Ley Modelo y las que son innovaciones.

Una innovación muy importante que encontré, y apoyo, es la relativa a las reglas de interpretación, y en muchas legislaciones una regla de interpretación básica muy importante es la de recurrir a los documentos de la CNUDMI. Es decir, los jueces nacionales deben utilizar los documentos de la CNUDMI cuando interpreten la ley, la cual, desde luego, se basa en la Ley Modelo. Asimismo, con relación a este aspecto se pueden encontrar diferentes sistemas, pero a mí me gustan todos. Algunos sistemas hacen referencia a todos los documentos de la CNUDMI, y otros solamente a documentos escogidos; existen aún otros sistemas que indican los documentos a que hacen referencia. Normalmente hacen referencia, desde luego, a los documentos de la CNUDMI y también a las observaciones pertinentes, y, en ciertas leyes, a la documentación del Grupo de Trabajo que elaboró la Ley Modelo.

Una adición muy útil e importante contenida en varias leyes es la referente a la acumulación de dos o más procedimientos. Esto no se trató en la Ley Modelo, y he visto soluciones muy similares en varias leyes. La idea principal es la de dar a las partes la posibilidad de acumular dos o más procedimientos. Si las partes desean la acumulación, pero no están en condiciones de obtenerla, se les pueden llevar el asunto a los tribunales, y éstos tienen el deber, cuando lo estimen oportuno, de acumular los procedimientos en términos que consideren justos, o de utilizar otros métodos. Por ejemplo, pueden ordenar la suspensión de un procedimiento hasta que el otro se ponga en curso, o pueden conocer de varios procedimientos en paralelo, o uno después de otro, es decir, pueden hallar ciertos métodos para la acumulación. Sobre esto existen disposiciones en diferentes leyes de Australia, California y ciertas provincias de Canadá, lo que demuestra que esta solución ha sido preferida en muchos procedimientos legislativos ulteriores.

Otra cuestión que considero importante y de interés es la de las disposiciones para incitar a arreglos y utilizar la mediación o conciliación. En estos casos, la idea principal es la de incitar a los árbitros a utilizar estos métodos y a dictar un laudo en términos convenidos, y es muy importante que los árbitros que intervengan (desde luego, a petición de las partes) no sean descalificados en ulteriores procedimientos.

Otra cuestión es la de la repetición de procedimientos en el caso de un nuevo árbitro. También en este caso estimo conveniente aclarar esta cuestión. En una ley encontré disposiciones relativas al efecto del arbitraje sobre los períodos de prescripción, lo cual es útil. Y en varias leyes existen disposiciones relativas a costas e interés. Esta es una cuestión muy importante y sensible, tan sensible como la de la responsabilidad de los árbitros. Hasta el presente he encontrado una sola ley que trata este problema. Este asunto se planteó cuando se elaboró el texto de la Ley Modelo, pero, por ser éste un punto sensible, no se trató en las disposiciones de la Ley Modelo.

Muchas legislaciones no admiten, por consiguiente, las soluciones que se dan en la Ley Modelo a algunas cuestiones, lo cual es comprensible porque durante las deliberaciones de la Ley Modelo, la Comisión estaba dividida por mitad con respecto a algunas de las soluciones. Además, es interesante observar que en las legislaciones nacionales de muchos países se den respuestas. ¿Cuáles son las cuestiones?

Una es la del modo de elección de la ley aplicable. Recordemos que la Ley Modelo prescribe que para elegir esa ley deberán aplicarse las reglas relativas al conflicto de legislaciones, si las partes no se han puesto de acuerdo sobre la ley aplicable.

Otra cuestión es el procedimiento en caso de impugnación. De acuerdo con el Sistema de la Ley Modelo, si una de las partes tiene el derecho de plantear el asunto ante los tribunales, ya sea por cuestiones de jurisdicción o en caso de impugnación, el tribunal de arbitraje tiene asimismo el derecho de seguir conociendo del procedimiento. Esta solución es muy favorable desde el punto de vista de la eficacia del procedimiento de arbitraje, pero no se ha aceptado en algunas legislaciones. De manera similar, por ejemplo, la legislación búlgara no acepta la modificación o eliminación de motivos de anulación, como prescribe el artículo 34, apartado 4).

Otro problema es el de determinar las cuestiones que son de orden público. En los países basados en el derecho consuetudinario (o derecho común), en particular, se ha considerado necesario declarar explícitamente que el fraude, la corrupción y el quebrantamiento de la justicia en el país son cuestiones de orden público. Esto me recuerda otro hecho interesante en la historia de la Ley Modelo: hasta ahora, la Ley Modelo ha sido aceptada por el 99% de los países que tienen una tradición de derecho consuetudinario, y sólo excepcionalmente por países de otra tradición. Estimo que aún es muy pronto para sacar conclusiones, pero hay que dejar constancia de este hecho. Si esta tendencia continúa, habrá que investigar la razón por la cual esto ocurre. Este es, por lo menos para mí, es un fenómeno curioso que merece un análisis más detenido.

Me referí a 10 ó 12 disposiciones adicionales que se encuentran no sólo en una, sino en varias legislaciones y leyes basadas en la Ley Modelo. Por razones de limitación de tiempo no me referiré a otras cinco o seis que he encontrado; no obstante, los resultados del análisis se reflejan en mis conclusiones, que presentaré ahora.

Como dije al principio, no creo que actualmente sean necesarias adiciones al texto de la Ley Modelo. La Ley Modelo ha demostrado ser una buena obra. No es de esperar que se produzcan rechazos o cambios esenciales por los parlamentos nacionales de los países que ya tienen establecidas leyes sobre arbitraje comercial internacional, ni en otros países que proyecten estas leyes y se encuentren en las etapas preliminares. Ya han transcurrido siete años y es aún demasiado pronto para discutir modificaciones y adiciones a la Ley Modelo propiamente dicha. Toda adición, por útil que fuera, afectaría seriamente su uniformidad y transparencia. Tendría por consecuencia diferencias entre las leyes nacionales, sencillamente por el hecho de la elección o la adopción de textos anteriores o posteriores. Una cuestión diferente, como ya dije, es la de considerar, en el trámite de la promulgación de leyes nacionales basadas en la Ley Modelo, la introducción, en el texto, de disposiciones adicionales útiles.

Un sistema que puedo recomendar sobre la base de la legislación existente es el de seguir la Ley Modelo lo más fielmente posible. Permitaseme señalar que en Hungría, país sobre el que tengo más experiencia, hemos discutido la adopción de una ley de arbitraje basada en la Ley Modelo, y en la primera serie de sesiones se nos ocurrieron ideas brillantes sobre enmiendas a la Ley Modelo. Sin embargo, finalmente llegamos a la conclusión de que era mucho mejor, desde el punto de vista de la unificación y la transparencia, mantener la Ley Modelo tal como está y sólo introducir aquellas modificaciones que fuesen realmente necesarias en el contexto de nuestra tradición nacional.

El siguiente punto que deseo señalar es que, aunque recomiendo que se siga la Ley Modelo lo más fielmente posible, las tradiciones jurídicas, las instituciones básicas y las leyes nacionales pueden, sin embargo, requerir y justificar la introducción de disposiciones adicionales útiles con el fin de integrar la Ley Modelo en el sistema jurídico nacional. Ustedes tienen ahora ante sí algunas de estas disposiciones adicionales.

Me referí a otro tipo de disposición adicional útil. Algunas legislaciones tratan cuestiones no incluidas en la Ley Modelo. Tales disposiciones pueden permanecer aisladas, pero también otros países con otras leyes

pueden seguir el ejemplo y adoptar asimismo disposiciones similares. Esto lleva a su integración en el proceso de unificación. En mi exposición he mencionado esas disposiciones, por ejemplo en relación con la acumulación de procedimientos.

En la armonización progresiva de las leyes, la proporción y el equilibrio entre soluciones uniformes y nuevas ideas que pudieran enriquecer el proceso de unificación internacional, entre estabilidad y progreso, son de importancia capital.

## 3. Portavoces de la práctica internacional

### GIORGIO BERNINI

Profesor y Abogado, Bolonia (Italia); Presidente, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial

Es sumamente grato dirigirme a un auditorio tan estimado, desde este ilustre podio. Recuerdo los días memorables, de 1968 a 1970, cuando tuve el honor de representar a mi país en las tres primeras sesiones de la CNUDMI; algunos de los eminentes colegas con los que tuve el privilegio de colaborar se encuentran todavía aquí.

Las muy alentadoras intervenciones del Profesor Albert Jan Van den Berg y del Profesor Iván Szasz nos llevan a reflexionar sobre algunas otras cuestiones. No puedo por tanto contenerme y, aunque con ello reduzca a un mínimo mi propio informe, haré algunas breves observaciones sobre las ideas expresadas por ellos.

Mucho me agradó oír que el Profesor Van den Berg está flexibilizando algo, aunque de una manera muy cautelosa, su estricta posición en cuanto a la interpretación del requisito de forma establecido en el artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Si he entendido correctamente, parece admitir una cláusula compromisoria puede existir también cuando forma parte de un contrato que es objeto de una aceptación tácita. Personalmente, soy de la misma opinión. En realidad, podría ir aún más allá, como bien sabe el Profesor Van den Berg, pues hemos intercambiado ideas sobre esta cuestión y publicado nuestras respectivas opiniones. Esencialmente, admito la posibilidad de que el Artículo II de la Convención de Nueva York pueda razonablemente interpretarse como que establece solamente los requisitos máximos de forma que no podrán ser ampliados ni agravados por las leyes nacionales: todo impedimento a la ejecución basado en deficiencias formales alegadas en situaciones que se ajusten a la disposición del artículo II constituiría una infracción de la Convención. Interpretar el artículo II como que también establece un umbral mínimo de formalidad limitaría el campo de aplicación de la Convención en su conjunto. Además, esto también constituiría una interpretación restrictiva de la disposición del artículo V 1) a) donde no se distingue, en lo que respecta a la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, entre requisitos de forma y requisitos de fondo. Aprecio las ventajas de una interpretación uniforme de la Convención, como expresó el Profesor Van den Berg. Por otra parte, señalo que una rígida limitación del ámbito del artículo II es un sacrificio demasiado grande en aras de la uniformidad. Incluso en el aspecto de la oportunidad (que pudiera incluso definirse en términos de "determinación de las políticas" a los efectos de la promoción del arbitraje internacional) no veo que haya razones irrefutables por las cuales se deba disuadir de una solución más liberal, por parte de los miembros de los poderes legislativo y judicial nacionales, en lo que respecta al requisito de forma aplicable al acuerdo de arbitraje. Sólo para citar un ejemplo de la jurisprudencia nacional, el Tribunal de Casación italiano (Corte di Cassazione, 20 gennaio 1977, n. 272, in Riv. dir. int. priv. e proc., 1978, 341) no opuso reparo alguno a la ejecución en Italia de un laudo dictado en la República Federal de Alemania, aunque el acuerdo de arbitraje no se había hecho por escrito. El Tribunal aplicó la ley de la República Federal de Alemania, por ser la ley del país en que se dictó el laudo, según la cual, en las relaciones mercantiles entre los comerciantes, no es necesario que la intención de someter a arbitraje se exprese mediante un acuerdo por escrito.

Otro punto tratado por el Profesor Van den Berg merece una breve observación. Si he entendido correctamente, el Profesor Van den Berg excluyó manifiestamente los denominados laudos flotantes, es decir, los laudos que no están destinados al ordenamiento de un determinado sistema nacional. Esto implica la

apreciación del valor y del impacto de la lex mercatoria, es decir, una fuente no nacional de reglas y principios que son legalmente vinculantes en el campo del comercio internacional. Personalmente, considero que la lex mercatoria debe aplicarse con prudencia: sin embargo, no veo la razón por la cual se deba perjudicar a los usuarios del arbitraje que deseen que su litigio se resuelva por las reglas de la lex mercatoria. Además, en lo que respecta a la interpretación literal de la Convención de Nueva York, me permito señalar, con todo respeto, que las referencias hechas por el Profesor Van den Berg pudieran quedar desvirtuadas por una lectura cuidadosa del artículo VII, que a veces se olvida. Por el contrario, este artículo ha dado lugar a una interesante sentencia de la jurisdicción nacional. Voy a citar, a este respecto, el caso Norsolor en la jurisprudencia francesa (Tribunal de Casación, 9 de octubre de 1984, en Rec. Dalloz, 1985, 101), donde, tras decisiones en conflicto, el Tribunal de Casación estimó que un laudo dictado bajo la lex mercatoria, que había sido anulado por el Tribunal de Apelaciones de Viena, podría considerarse válido y ejecutable bajo la ley francesa. El principio así sostenido es de gran importancia, pues fortalece la "cadena de ejecuciones" creada por la Convención de Nueva York. Este resultado se obtiene al permitirse la ejecución de un laudo bajo las normas en vigor en el país en que se pide el arbitraje, incluso si el laudo propiamente dicho había sido anulado por los tribunales de un país diferente. Siguiendo la metáfora de la cadena, el principio establecido por la sentencia dictada en el caso Norsolor refuerza el eslabón más débil.

Lamentablemente, no puedo extenderme más. Este tema es sumamente interesante y espero que volverá a plantearse en el curso de los debates.

Me referiré ahora al informe del Profesor Szasz. En su intervención mencionó el arbitraje multipartito, que es realmente un tema dificil: el favorito y, al mismo tiempo, la pesadilla de todo abogado. El arbitraje multipartito no puede identificarse, como una categoría, en términos unívocos. Comprende una diversidad de situaciones que son muy diferentes y exigen un conjunto distinto de remedios. A los efectos de este debate, la dicotomía fundamental a que nos enfrentamos cuando tratamos el arbitraje multipartito es la siguiente: la multiplicidad puede referirse a los procedimientos de arbitraje, que permanecen separados aunque caracterizados por ciertos elementos de conexión; las partes del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje son más de dos.

La organización de los procedimientos de arbitraje puede variar con respecto a cada una de las mencionadas situaciones. El árbitro no es un juez. Esta afirmación obvia tiene la consecuencia igualmente obvia de que la jurisdicción del árbitro está estrictamente circunscrita a los procedimientos concretos en cuyo contexto se efectuó su nombramiento. Lo mismo se aplica, con tanta más razón, a los efectos de la cosa juzgada.

A falta de un consenso general (que incluya las partes y los árbitros), ni los árbitros propiamente dichos, ni tampoco, en su caso, el cuerpo u organismo de administración del arbitraje, podrán tomar ninguna medida coercitiva para traer a un mismo contexto compromisorio cuestiones idénticas o conexas que se debatan en el ámbito de procedimientos diferentes.

Los mismos principios se aplican mutatis mutandis, es decir, cambiando los detalles que deban cambiarse, cuando exista una situación que requiera la intervención de un tercero en un arbitraje en curso. Tal intervención sólo puede tener lugar con el consentimiento unánime de las partes y de los árbitros. Además, utilizando una expresión proveniente del Derecho Romano, la intervención debe considerarse in statu et terminis, es decir, sin necesidad de reabrir, salvo acuerdo unánime en contrario, las actuaciones procesales ya realizadas.

La experiencia muestra la extrema dificultad, por no decir la imposibilidad, de formular una cláusula de arbitraje multipartito en el marco de un arbitraje ad hoc. Las variables, que corresponden a la diversidad imprevisible de los sucesos que pueden ocurrir en el futuro, son demasiado numerosas para permitir la elaboración de un proyecto sobre el cual pueda trabajarse.

El arbitraje administrado puede ofrecer una alternativa viable al atribuirse al cuerpo u órgano de administración la facultad de ordenar la acumulación de procedimientos arbitrales diferentes y/o la intervención de terceros en un arbitraje en curso.

En esta conclusión influye mucho el reconocimiento de una realidad que apenas puede discutirse. El arbitraje administrado está preparando el camino para la aceptación de procedimientos más rígidos y regulados de una manera más compleja. Con toda sinceridad, sin embargo, cuando se trata el arbitraje multipartito, esta cuestión va más allá de los términos de la dicotomía entre el arbitraje ad hoc y el arbitraje administrado. Lo que habrá realmente que determinar es la persistencia del límite institucional constituido por el fondo contractual del arbitraje. Si lo que se desea es obtener algo sobre lo cual pueda trabajarse en un laberinto como el representado por las situaciones típicas de arbitraje multipartito, es necesario flexibilizar los vínculos contractuales entre las partes y los árbitros y ampliar las facultades de los organismos o cuerpos de administración, a los cuales deberá confiarse en términos generales, de antemano, la facultad de ordenar la acumulación de los procedimientos conexos o, en otro caso, la intervención de terceros. Mutatis mutandis, ésta es la misma situación que existía cuando los tribunales tenían la facultad de ordenar la acumulación de los procedimientos.

El tema de la acumulación de los procedimientos se presta a ulteriores debates. Permítaseme solamente señalar que esta cuestión, cuando se resuelve con la intervención, prescrita por la ley, de los tribunales de justicia, adquiere una nueva dimensión. Esta solución, que se encuentra con mayor frecuencia en los sistemas basados en el derecho consuetudinario, ha sido también adoptada por la nueva legislación de los Países Bajos.

Tal principio merece un comentario que, también en este caso, va más allá de los límites de este informe.

La necesidad de la intervención de los tribunales demuestra que el arbitraje solo no puede hacer frente a situaciones que requieren el ejercicio de poderes institucionales que van más allá del ámbito de la intención de las partes, plasmada en el acuerdo de arbitraje. Como una cuestión de principio, esa situación no debe considerarse como intrínsecamente desfavorable. Sin embargo, se debe también señalar que este tipo de intervención del tribunal añade una dimensión diferente al ámbito tradicional de las relaciones (o vínculos, para utilizar una terminología aceptada) existentes entre los árbitros y los tribunales. Dicho ámbito varía en función de la latitud concedida por los diversos sistemas jurídicos: sin embargo, como un denominador común, quizá podamos limitarnos a citar la intervención judicial en lo que concierne al nombramiento de árbitros. Si se va más adelante, las discrepancias entre las diferentes leyes nacionales se acentúan bruscamente. Esto es lo que sucede cuando se trata el tema de la acumulación de procedimientos arbitrales diferentes.

Si los tribunales pueden ordenar la acumulación o medidas similares sin el consentimiento de las partes, la noción clásica de arbitraje sufre un cambio sustancial. En realidad, nos enfrentamos a la aceptación previa (y "en blanco") de las partes en lo que respecta a la futura posibilidad de que el esquema compromisorio inicial, acordado contractualmente, sufra cambios radicales en lo concerniente, entre otras cosas, al número de las partes, al método de nombramiento y al número de los árbitros, así como al ámbito del objeto del litigio. En último término, aunque seguramente no menos importante, el resultado de este hecho puede ser que, tras la acumulación, las partes corren el riesgo de verse enfrentadas a una decisión tomada por árbitros que no han sido designados por ellos ni tampoco por una autoridad indicada en el acuerdo inicial de arbitraje.

Los límites estrechos impuestos a este informe apenas permiten emitir juicios valorativos. Sin embargo, no ha de olvidarse que la conveniencia del arbitraje multipartito y su aceptación sin objeciones por las partes no deben darse por sentado. En muchas situaciones, la actitud de las partes en cuanto a este aspecto parece haber sido bastante discutible. Un análisis más a fondo de esta cuestión puede ser de utilidad para una evaluación realista de la situación.

He consumido casi la totalidad de los 10 minutos que tengo asignados en observaciones a las intervenciones de otros colegas. Les pido disculpas, pero también quisiera exponer algunas ideas propias.

Estoy plenamente de acuerdo con que la Convención de Nueva York desempeña un papel importante en el fortalecimiento y la divulgación del arbitraje internacional. Sin embargo, debe expresarse el merecido reconocimiento a la función fundamental de la CNUDMI, el verdadero centro neurálgico de un sistema que conduce a la armonización de muchos temas de interés capital para la legislación mercantil internacional, y

entre ellos el arbitraje. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI son vivos ejemplos de una excelente codificación de las normas en la esfera del arbitraje. Sin embargo, cuando existe una legislación nacional de gran tradición, volumen e importancia, arraigada en un medio ambiente favorable al arbitraje, la adopción de un conjunto de reglas y principios exhaustivos y articulados, como los que caracterizan a la Ley Modelo, puede encontrar cierta resistencia.

De cualquier forma que sea, no hay duda de que las leyes modelo producidas por la CNUDMI constituyen directrices que los legisladores nacionales deberían considerar cuando emprendieran la tarea de mejorar la legislación existente, como lo demuestra el número cada vez mayor de países que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI. Cabe esperar que el futuro programa de la CNUDMI aporte ulteriores contribuciones al desarrollo de un cuerpo de reglas en consonancia con las necesidades de arbitraje en su perspectiva contemporánea.

He dicho que la dificultad potencial, inherente a la adopción de un cuerpo de reglas de arbitraje a nivel nacional, es directamente proporcional al número y a la complejidad de dichas reglas. Por esta razón, si bien no deben escatimarse esfuerzos en la realización de reformas legislativas lo más amplias posible, en términos de la realipolitik debe preverse una pronta actuación, incluso en forma provisional, limitada a la adopción de algunos principios básicos, lo que puede romper el hielo de una reforma legislativa en el marco de sistemas en los que el arbitraje se ve todavía con sospecha, por no decir hostilidad.

Los principios a que aludo son la expresión externa de requisitos fundamentales de justicia y legalidad que constituyen garantías inalienables para las partes, y también para el árbitro. El cumplimiento de estos principios facilitará la utilización del arbitraje internacional en una perspectiva jurídica, cultural y geográfica más amplia. Estos principios pueden resumirse como sigue:

- a) Los árbitros deberían ceñirse estrictamente a la intención de las partes, expresada en el contrato, en lo que respecta a la aplicación de los procedimientos destinados a resolver los litigios. En particular, su primera función es la de determinar si las partes quieren emplear un método declarativo (arbitraje) por oposición a un método no declarativo (conciliación, mediación u otros métodos de resolución de litigios) para la solución de su diferencia;
- b) Los árbitros pueden resolver el litigio en base a la equidad, o ex aequo et bono, solamente con autorización expresa de las partes;
- c) Los árbitros deberían ser independientes de las partes, neutrales e imparciales, y sus aptitudes no deberían estar limitadas por razones de nacionalidad, convicciones políticas o creencias religiosas;
- d) El método para la designación y nombramiento de los árbitros deberían siempre asegurar que se respetaran los mencionados principios;
- e) Se considera que los Estados y otras entidades públicas, cuando firman acuerdos de arbitraje, han renunciado a todas y cada una de las prerrogativas e inmunidades relativas a su soberanía;
- f) En el comercio internacional no se debería invocar con éxito ninguna ley nacional que contraviniera obligaciones contractuales que hayan sido asumidas libremente por los Estados y otras entidades públicas, ni debería permitirse que, después de surgida la diferencia, dichos Estados o entidades públicas impugnaran con éxito, su obligación de someterse a arbitraje;
- g) Háyase o no hecho el arbitraje internacional objeto de una legislación ad hoc, su especificidad debería reconocerse por legisladores y jueces, y su reglamentación debería ajustarse sustancialmente a principios compatibles con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, así como a los principios que inspiraron a la Ley Modelo de la CNUDMI;
  - h) Al establecer las reglas de procedimiento, los árbitros deberían velar por la adopción de normas

justas, que aseguren, entre otras cosas, el derecho fundamental de las partes a ser oídas y a participar en el debate en condiciones de igualdad;

- i) En el comercio internacional los motivos por los cuales se anula un laudo deberían ser los mismos que aquellos por los cuales se podría rechazar el reconocimiento y la ejecución del laudo, y el ámbito de esos motivos debería coincidir sustancialmente con las disposiciones de la Convención de Nueva York;
- j) Cuando se invoca en la esfera del comercio internacional, el motivo de orden público debería interpretarse restrictivamente y su ámbito debería circunscribirse al orden público internacional por oposición al orden público nacional.

El tema del orden público abre la puerta a una ulterior consideración.

El artículo V 2) a) de la Convención de Nueva York prescribe que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución puede denegarlos si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía arbitraje, o si el reconocimiento o la ejecución del laudo fueran contrarios al orden público de ese país.

Las excepciones de objeto contrario al orden público son conocidas en materia de ejecución de sentencias o laudos extranjeros. Debe señalarse, sin embargo, que en la actualidad, en cuestiones de arbitraje, la invocación de estas excepciones sólo tiene éxito en raras ocasiones. Los jueces nacionales generalmente han hecho valer la distinción entre orden público internacional y orden público nacional, por lo cual el motivo de orden público para el rechazo del reconocimiento o ejecución de acuerdo con la Convención de Nueva York debe interpretarse restrictivamente. En otras palabras, de acuerdo con esta doctrina limitativa relativa al orden público, solamente el orden público internacional, y todas sus violaciones, son válidos como motivos para rechazar el reconocimiento y la ejecución de acuerdo con la Convención de Nueva York.

La noción de susceptibilidad a arbitraje da lugar frecuentemente a dificultades pues varía en función de los diferentes sistemas. En los países basados en el derecho consuetudinario se siguen criterios más amplios y flexibles para definir el ámbito de la susceptibilidad a arbitraje. En los países basados en la ley civil se hace generalmente un enfoque más estricto. La susceptibilidad del litigio a ser resuelto por arbitraje representa un problema serio sobre todo en aquellos casos en que probablemente surjan diferencias que se someterán a arbitraje en relación con problemas planteados por la interpretación o el cumplimiento de contratos que se han hecho muy frecuentes en la vida comercial contemporánea. Se hace referencia, entre otras cosas, al campo de la propiedad industrial (saber hacer, asistencia técnica, licencias o cesiones de patentes y de marcas de fábrica), así como a las cuestiones tocantes a la aplicación de las leyes antimonopolio y a ciertas ramas de la legislación sobre prácticas comerciales desleales. En el centro del problema se encuentra el hecho de que, cuando se contemplan reglas imperativas (u obligatorias) que a menudo reflejan cuestiones de orden público, es difícil distinguir entre litigios referentes directamente a la fuente de un derecho exclusivo (por ejemplo la concesión de una patente o de una marca de fábrica) y litigios en que esos derechos pueden separarse de un conjunto de disposiciones contractuales, arbitrables como tales. Incluso en el campo de las leyes antimonopolio y de las prácticas comerciales desleales, es igualmente díficil trazar una línea divisoria entre los litigios relacionados estrechamente con prohibiciones imperativas que reflejan cuestiones de orden público (tales como las disposiciones pertinentes de las leyes Sherman o Clayton de Estados Unidos de América, o si no de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE o los artículos 65 y 66 del Tratado de la Comunidad Europea sobre carbón y acero) y litigios referentes meramente a derechos contractuales que caen dentro del poder dispositivo de las partes.

En materia de arbitraje, la cuestión de la susceptibilidad a arbitraje nos lleva a un problema más amplio, es decir, a determinar si los árbitros deben o no tener en cuenta las cuestiones de orden público que no corresponden estrictamente a leyes aplicables al objeto en litigio, cuando esas cuestiones influyen en la posibilidad de que el laudo se ejecute en un país distinto de aquel en que tiene lugar el arbitraje o bajo leyes diferentes de las aplicables al objeto sometido a arbitraje. Este tema tiene una gran importancia por sus diversos aspectos, y debe también evaluarse a la luz de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, adoptado en Roma en 1980. En asuntos relativos a la competencia, la cuestión se complica aún

más por el hecho de que a ambos lados del Atlántico la teoría de la aplicación de la extraterritorialidad de las leyes antimonopolio está muy arraigada.

Si se tienen especialmente en cuenta los sistemas basados en la legislación civil, la noción de la susceptibilidad a arbitraje debe hacerse descansar en el requisito previo fundamental de que las partes puedan disponer de los derechos en litigio, es decir, que se trate de derechos sobre los cuales las partes pueden disponer por contrato. Este enfoque tradicionalmente estricto, que puede afectar seriamente a las posibilidades de solución por arbitraje, tiende a desaparecer en presencia de legislaciones que establecen requisitos menos severos, por lo que el ámbito de las diferencias que pueden resolverse por arbitraje parece ampliarse. Sin embargo, incluso cuando nos enfrentamos a una adhesión continuada a los criterios tradicionales que definen la susceptibilidad a arbitraje, como sigue siendo el caso en muchos países basados en la legislación civil, la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado últimamente y recurren a la noción de hecho principal por oposición a la de hechos incidentales, es decir, hechos que se producen solamente incidenter tantum. En el primer caso, en el que se excluye la posibilidad de arbitraje, un derecho no disponible por las partes es el objeto de la reclamación principal, o si no, se pretende atribuir el efecto de cosa juzgada a un hecho incidental; en el segundo caso, en el que se admite la posibilidad de arbitraje, el derecho no disponible por las partes se refiere simplemente a una cuestión preliminar, que no va a formar parte de la cosa juzgada.

La misma distinción se aplica cuando se fija un límite a las posibilidades de solución por arbitraje con referencia a controversias que requieren, de acuerdo con la legislación aplicable, la participación indispensable del representante del Ministerio Fiscal (o del Ministerio Público, que en los sistemas basados en la ley civil generalmente pertenece al Poder Judicial). Al decidir sobre esta presencia obligatoria, un punto al que se debe prestar gran atención es al hecho de que el asunto que requiera la participación del Ministerio Fiscal constituya el objeto de reclamaciones que van a caer en el ámbito de la cosa juzgada. De no ser así, cuando las cuestiones debatidas sólo sean de naturaleza preliminar, y su decisión no vaya a formar parte de la cosa juzgada, el Ministerio Fiscal no está obligado a participar en el procedimiento. El tratamiento en forma distinta de las dos situaciones es esencial, porque la posibilidad de arbitraje sólo se excluye cuando la participación del Ministerio Fiscal se considera obligatoria.

De acuerdo con los principios así esbozados, dentro de una misma controversia se puede distinguir entre derechos sobre los que se tiene la disposición (derechos disponibles) y derechos sobre los que no se tiene la disposición (derechos no disponibles), con lo que se permite un margen de posibilidades de solución por arbitraje en esferas que, de no ser así, estarían totalmente excluidas del arbitraje, tales como las patentes, marcas de fábrica, cuestiones antimonopolio y, de una manera más general, las cuestiones situadas en el ámbito de la reglamentación pública de los negocios, en el cual la esfera de actividad abierta a una disciplina puramente contractual parece muy reducida.

Estas observaciones demuestran que si se adoptara un método pragmático en lo que respecta a la amplitud de la susceptibilidad a la solución por arbitraje, la función arbitral como tal sufriría graves limitaciones. Esta referencia al pragmatismo permite una última observación. Práctica, palabra que muchas veces se ha oído en esta ilustre sala de conferencias, no es sinónimo de pragmatismo. Por pragmatismo ha de entenderse una doctrina que da mayor peso a la importancia práctica de declaraciones y acciones que a la realidad de los intereses humanos. Sin embargo, el pragmatismo ciertamente no excluye que se recurra a la teoría para establecer las premisas y principios cuyos efectos prácticos van a influir en intereses concretos de las partes.

La doctrina elaborada en los países basados en la ley civil, por la que el ámbito de la susceptibilidad a arbitraje se amplía pragmáticamente, ofrece el mejor ejemplo de este supuesto. Principios clásicos de procedimiento, principalmente de naturaleza teórica, se han utilizado para obtener un resultado eminentemente práctico.

Esta conclusión debe verse como una advertencia contra ciertas afirmaciones que son comunes y corrientes en las reuniones en que se tratan asuntos jurídicos, y que representan un himno indiscriminado a la práctica que parece olvidar que, toda práctica sana y correcta, está apoyada por un principio teórico impecable.

### JOHN TOWNSEND

Abogado, Washington, D.C.; Comité consultivo sobre legislación y sociedades, Asociación Estadounidense de Arbitraje

La presentación de libros y documentos (en el sentido en que la utilizan los abogados de Estados Unidos de América) comenzó a tomar su forma actual en los años 1930 como una reacción a la antigua regla del "juicio por sorpresa". Gradualmente, para muchos, el remedio ha resultado peor que la enfermedad. No es raro, en casos civiles tramitados en Estados Unidos, que las diligencias de presentación de libros y documentos duren varios años y representen las tres cuartas partes del tiempo dedicado por los abogados al caso. Muchos abogados no estadounidenses señalan con horror la presentación de libros y documentos como la razón principal por la cual se debe evitar litigios en Estados Unidos. El hecho mismo de pronunciar este término es apenas concebible cuando estamos en compañía de personas europeas amables.

Muchos de estos mismos abogados señalan la presentación de libros y documentos como la razón principal por la cual se debe evitar arbitrajes en Estados Unidos. Existen algunas razones para ello. Los litigantes de Estados Unidos, cuando actúan como árbitros, están más predispuestos a permitir a las partes que realicen diligencias de presentación de libros y documentos, una con respecto a otra, que los litigantes no estadounidenses o los árbitros estadounidenses que no son abogados. Incluso entre quienes ejercen la profesión en Estados Unidos, puede existir la impresión de que la presentación de libros y documentos en arbitraje ha ido demasiado lejos. En un reciente sondeo de opiniones sobre arbitraje realizado oficiosamente por la Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA), el 56% de las personas interrogadas pensaban que la presentación de libros y documentos no debía promoverse en materia de arbitraje.

De hecho, por lo menos en los casos internacionales, parece que está surgiendo un consenso en cuanto al grado adecuado de presentación de libros y documentos o a la utilización de un término más generalmente aceptado, intercambio de información previo al juicio. La finalidad parece ser proporcionar a cada parte una información suficientemente detallada sobre la situación de la otra parte, para que pueda preparar su reclamación y evitar sorpresas. Al mismo tiempo, existe evidentemente una gran reticencia a adoptar el sistema estadounidense de permitir a que una parte se entere de las informaciones y documentos en posesión del contrario que pudieran ser útiles para hacer valer sus derechos. Es aún mayor la reticencia a permitir deposiciones al estilo estadounidense: el examen de testigos adversos, bajo juramento, con anterioridad al juicio.

El nuevo Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Estadounidense de Arbitraje dispone lo siguiente:

- a) El tribunal puede ordenar a cada parte que entregue a la otra un resumen de los documentos y piezas que dicha parte tiene el propósito de utilizar (artículo 20.2);
- b) El tribunal puede ordenar a las partes que presenten otros documentos o pruebas que consideren necesarios o apropiados.

Estas disposiciones se ajustan a las Normas de la Prueba de la Asociación Internacional de Abogados y al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 24), que, conjuntamente, han constituido la norma internacional durante muchos años.

Las reglas de la CCI se prestan menos a ser utilizadas, y dependen más de las facultades del árbitro para utilizar la poderosa arma de la inferencia negativa para obligar a la presentación de documentos. No obstante, la práctica de la CCI no parece ser muy diferente.

Los litigantes estadounidenses se sienten inicialmente coartados por la imposibilidad de examinar a voluntad los archivos de sus adversarios, y de tomar deposiciones. Sin embargo, en recientes encuestas realizadas para el estudio de modificaciones del reglamento de arbitraje nacional de la Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA) sobre efectos de comercio y valores, no se ha observado que haya surgido un volumen significativo de opiniones en favor de un mayor grado de presentación de libros y documentos.

Los Estados Unidos de América y la práctica internacional parecen estar acercándose cada vez más uno a otra, al proporcionar un intercambio suficiente de información con el fin de evitar sorpresas y entrar lealmente en la controversia, pero sin permitir una exploración ilimitada en las diligencias de presentación de libros y documentos, lo que a menudo se observa en litigios en Estados Unidos. Tanto los abogados estadounidenses como de otros países consideran que abandonan algo para conseguir este equilibrio. No obstante, el resultado es un movimiento hacia un sistema bastante flexible, económico y eficaz. Así, parece estar surgiendo un consenso internacional sobre la base de una solución que fue formulada claramente por primera vez en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976.

## DOMINIQUE HASCHER

Secretario, Comisión sobre Arbitraje Internacional, Cámara de Comercio Internacional, Paris

Con excepción de algunas convenciones sobre transporte internacional<sup>1</sup>, las convenciones internacionales no mencionan por lo general su aplicación por árbitros. La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras regula la ejecución judicial de acuerdos de arbitraje y de sentencias arbitrales para facilitar la resolución de controversias por árbitros así como la aceptación internacional de las sentencias arbitrales (o laudos). Como su nombre lo indica, la Convención de Nueva York está destinada a ser aplicada por tribunales nacionales. Aunque la Convención de Nueva York no hace referencia a su aplicación por árbitros, un número significativo de laudos se refieren a la Convención de Nueva York, la aplican, y la interpretan. Por esta razón, para comprender plenamente el ámbito de la Convención, en esta intervención se tratará la aplicación e interpretación, por los árbitros, de la Convención de Nueva York.

Condiciones de aplicación de la Convención de Nueva York por árbitros

El artículo I de la Convención de Nueva York define el campo de aplicación de la Convención. Da una definición, formada por dos partes, de las sentencias arbitrales extranjeras ejecutables. Se trata de sentencias arbitrales que, o bien se dictaron en el territorio de otro país, o no se consideran como sentencias arbitrales nacionales en el país en que se pide su reconocimiento o ejecución. El artículo I no menciona la clase de acuerdos de arbitraje comprendidos en el campo de aplicación de la Convención. La Convención abarca acuerdos de arbitraje en un país distinto de aquel en que se pide su ejecución. Además, los acuerdos de arbitraje en que por lo menos una parte es extranjera, o que se relacionan con una controversia que surge del comercio internacional, siguen estando comprendidos en el ámbito de la Convención<sup>2</sup>.

La Convención no rige los procedimientos de arbitraje. En consecuencia, en un laudo que aplicó las Reglas de la asociación mercantil de los Países Bajos para aceites, grasas y semillas oleaginosas, un tribunal arbitral declinó la aplicación de la Convención de Nueva York porque ésta:

..."trata solamente el reconocimiento y la ejecución, en un Estado Contratante, de laudos dictados en otro Estado contratante. La Convención no contiene disposiciones sustantivas que sean directamente aplicables a la determinación de la competencia de árbitros de acuerdo con la ley del país en que se dictó el laudo. Por tanto, los árbitros no están obligados por la Convención en lo que respecta a la determinación de su competencia. La cuestión de si en el presente caso existe un acuerdo escrito dentro de los términos del artículo II, párrafo 2, de la Convención, no tiene por tanto que ser respondida por los árbitros".

La decisión del tribunal arbitral parte de la premisa de que únicamente los tribunales nacionales pueden aplicar la Convención de Nueva York. En cambio, la mayoría de los laudos que tratan de la validez de la cláusula arbitral aplican la Convención de Nueva York. Estos laudos se basan en la autoridad de los árbitros para determinar su propia jurisdicción. En realidad, cuando se impugna su competencia, los árbitros deben, desde el principio, examinar la validez del acuerdo de arbitraje del que proviene su capacidad para arbitrar. Cuando el acuerdo de arbitraje es, según el texto del artículo II, párrafo 3, nulo, ineficaz o inaplicable, los tribunales nacionales asumirían la jurisdicción<sup>4</sup>. Esto se indicó claramente en el caso 5103 de la CCI<sup>5</sup>:

"De deux choses l'une en effet. Ou bien [la convention d'arbitrage] est valable et attribue compétence pour connaître d'une demande alternative aux arbitres: les tribunaux judiciaires doivent alors, si elle est invoquée devant eux, en le constatant, se déclarer incompétents. C'est ce que décide la Convention de New York du 10 juin 1958, dans son article II, paragragh 3 ... et le tribunal de son côté, dans les mêmes conditions, se reconnaîtra compétent. Ou bien au contraire la convention d'arbitrage n'a pas été invoquée par le défendeur, ou est nulle, ou ne vise pas le différend porté devant le juge judiciaire et celui-ci se déclarera compétent par application des régles de son for, tandis que l'arbitre renoncera à connaître de ce litige."

De manera similar, un tribunal arbitral constituido de acuerdo con las Reglas de la Asociación de los Países Bajos para el Intercambio de Pieles y Cueros decidió:

"El artículo II, párrafo 1 de esta Convención requiere que el acuerdo de arbitraje conste por escrito. El artículo II, párrafo 2, dice que la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas. De acuerdo con las interpretaciones por los tribunales en los diversos Estados Contratantes, el artículo II, párrafos 1 y 2, constituye una regla uniforme en el plano internacional para la validez formal de un acuerdo de arbitraje, regla que no deja margen alguno para la aplicación de la ley nacional".

Esta decisión se funda en la regla de carácter uniforme del artículo II de la Convención de Nueva York. Este razonamiento aparece adoptado en una serie de casos en que los árbitros se han basado en las condiciones establecidas en el artículo II para determinar la validez del acuerdo de arbitraje. Debido a su carácter uniforme, las normas del artículo II prevalecen sobre los requisitos impuestos de otra forma por leyes nacionales que, si se aplicaran, invalidarían el acuerdo de arbitraje y harían incompetente al árbitro. De una manera más general, como se examinará más adelante, los tribunales arbitrales estiman que los requisitos del artículo II concernientes a la forma de las cláusulas arbitrales son reglas adecuadas para decidir sobre la validez de los acuerdos de arbitraje. Sin embargo, en muchos casos, el acuerdo de arbitraje puede no satisfacer los requisitos del artículo II. Con miras a mantener estos acuerdos, los árbitros pueden recurrir a la cláusula del derecho más favorable del artículo VII.

Un acuerdo compromisorio válido es una de las condiciones requeridas para que un laudo sea ejecutable. Evidentemente, el artículo V de la Convención referente a la ejecución de laudos está destinado esencialmente a tribunales nacionales. La historia de la Convención muestra que quienes redactaron la Convención de Nueva York se preocuparon principalmente de mejorar las condiciones de aplicación de los laudos en el plano internacional<sup>8</sup>. Por esta razón, la fuerza ejecutiva del laudo se discute frecuentemente ante los tribunales arbitrales. Esto es así, en particular, cuando la competencia de los árbitros se impugna porque el asunto controvertido no es susceptible de solución por arbitraje o cuando su decisión puede parecer contraria a los requisitos de orden público aplicables en el posible lugar de ejecución. Los jueces están enfrentados a la Convención de Nueva York, y, por tanto, también los árbitros tienen que tomar en consideración sus disposiciones. La aplicación del artículo V por los tribunales arbitrales forma parte, sin embargo, de la cuestión más general de si los árbitros deben o no intervenir en la ejecución de su decisión. Para comenzar, los árbitros deberían tener en cuenta la validez del laudo en el país de origen porque, a pesar de que la autonomía del arbitraje internacional se reconoce con mayor amplitud, la anulación de la decisión de los árbitros en el país en que se dictó a menudo excluirá su ejecución en otros países. En realidad, el artículo V 1) e) de la Convención de Nueva York establece que se podrá denegar el reconocimiento o ejecución cuando el laudo haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o

conforme a cuya ley, se haya dictado ese laudo. Dicho sea de paso, debe señalarse que el artículo II no puede invocarse en el país de origen porque la Convención de Nueva York no trata ni la anulación ni la ejecución del laudo en dicho país. Una vez resuelta esta cuestión inicial, los árbitros deben abordar el problema de la ejecución de su laudo. El artículo 26 de las Reglas de la CCI invita al árbitro a asegurarse por todos los medios de que el laudo es ejecutable. Ciertamente, incumbe a los árbitros dictar el laudo teniendo en cuenta las dificultades que pueda plantear su ejecución, a fin de que la intención de las partes de que su diferencia sea finalmente resuelta por la vía compromisoria no quede frustrada. Es concebible que la preocupación de los árbitros por la fuerza ejecutiva del laudo esté limitada a un examen de las condiciones prevalecientes en aquellos lugares en que el laudo tenga más probabilidades de ejecutarse, como son los países de origen de las partes, en los que a menudo están situados sus bienes<sup>9</sup>. En todas estas circunstancias, un número considerable de laudos hacen referencia a la disposición pertinente del artículo V<sup>10</sup>. Sin embargo, en el país de origen no puede darse la anulación por el incumplimiento del artículo II, ya que la Convención de Nueva York no trata ni de la anulación ni del cumplimiento del laudo en el país de origen. Las disposiciones del artículo V de la Convención de Nueva York se han reproducido en otros instrumentos internacionales y se han incorporado en legislaciones nacionales de arbitraje<sup>11</sup>. Por tanto, los motivos para la ejecución están convergiendo y, a este respecto, los tribunales arbitrales podrían considerar especialmente las condiciones del artículo V.

El campo de aplicación de la Convención de Nueva York puede verse limitado por dos reservas: el artículo I 3) deja abierta la posibilidad para que los Estados Contratantes limiten el campo de aplicación de la Convención a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otros Estados Contratantes (reserva de reciprocidad), así como a los litigios considerados de naturaleza comercial por su derecho interno (reserva comercial). Los tribunales de un Estado Contratante deben determinar si se cumplen los requisitos para la aplicación de la Convención de Nueva York. En consecuencia, están obligados por las convenciones internacionales ratificadas por su legislación interna y por las reservas hechas a la ratificación o adhesión. A diferencia de los tribunales nacionales, cuyas facultades les han sido conferidas por un Estado soberano, las facultades de los árbitros les han sido conferidas por las partes. Por consiguiente, un tratado internacional debe ser observado por un tribunal arbitral cuando, en primer lugar, las disposiciones del tratado están incorporadas en los sistemas jurídicos que rigen las cuestiones de fondo o de procedimiento. Para decidir sobre la validez de un acuerdo de arbitraje, los tribunales arbitrales generalmente se referirían a un ordenamiento jurídico que incorpora los requisitos del artículo II o del artículo V 1) a). Lo mismo cabe decir cuando el arbitraje se celebra en un país que ha firmado la Convención. En el laudo 6379 de la CCI<sup>12</sup>, los árbitros declararon que:

"El presente litigio se caracteriza por el hecho de que las partes son personas jurídicas que tenían (en el momento de la conclusión de la cláusula arbitral) su sede en Italia y Bélgica respectivamente, es decir, en dos Estados Contratantes distintos del Estado Contratante en cuyo territorio deberá dictarse la sentencia arbitral ... por consiguiente, en este caso se cumplen todos los requisitos del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958."

Otros tribunales, en cambio, han aplicado la Convención de Nueva York sin verificar si las jurisdicciones en cuestión han ratificado la Convención<sup>13</sup>. Este punto de vista se basa en la proposición de que los principios contenidos en la Convención de Nueva York son de interés general para los árbitros. Además, la solución sugerida sustentaría el carácter universal de la Convención de Nueva York. Incluso los árbitros que hacen referencia a la ratificación de la Convención no verifican si todas las jurisdicciones interesadas la han ratificado. Hasta cierto punto, puede considerarse que esta actitud viene a apoyar el punto de vista antes mencionado de que el árbitro puede aplicar la Convención independientemente de que una jurisdicción interesada la haya o no ratificado.

# Interpretación de la Convención de Nueva York

Los árbitros han interpretado la Convención de Nueva York de acuerdo con su letra y su espíritu. Han reconocido ampliamente la regla de carácter uniforme del artículo II; han mantenido que los requisitos del artículo II prevalecen sobre las disposiciones de la legislación municipal <sup>14</sup>. El carácter uniforme del artículo II

implica que sus condiciones con respecto a la validez formal de cláusulas de arbitraje constituyen requisitos a la vez máximos y mínimos. Un tribunal arbitral ha expresado, sin embargo, que la Convención:

"no establece en su artículo II, párrafos 1) y 2), que el acuerdo de arbitraje deba cumplir el requisito de una forma escrita. En todo caso, la Convención no impide que las partes concluyan un acuerdo de arbitraje oralmente o en otra forma "15.

El artículo VII 1), tal como está redactado, deja margen para que subsista una ambigüedad en cuanto a si la cláusula del derecho más favorable debe aplicarse en el contexto del artículo II. Dos tribunales arbitrales han expresado claramente que el artículo VII 1) mantiene la validez de un acuerdo de arbitraje si las leyes nacionales o cualquier otro tratado internacional reconocen condiciones menos restrictivas que la de la forma escrita requerida por el artículo II. En un laudo dictado de acuerdo con el Reglamento del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, los árbitros declararon que:

"... si llegaran a la conclusión de que no existe tal acuerdo, tendrán que determinar si hay o no un acuerdo de arbitraje que sea válido según alguna ley nacional aplicable o según algún tratado distinto de la Convención de Nueva York. Esto lo confirma el primer subpárrafo del artículo VII de la Convención"<sup>16</sup>.

El requisito de la forma escrita del artículo II ha sido extensamente discutido por árbitros y tribunales nacionales. Un canje de télexes se considera equivalente a un canje de cartas o telegramas y, por tanto, es suficiente para tener por cumplido el requisito de la forma escrita<sup>17</sup>. Cuando las partes no hayan hecho reservas en cuanto a los términos de referencia, tal documento puede constituir un acuerdo de arbitraje dentro del sentido del artículo II<sup>18</sup>. No se puede firmar una cláusula de arbitraje en el caso de canje de cartas o cables<sup>19</sup>. Una aceptación tácita u oral de un arbitraje no cumpliría las condiciones de un canje de comunicaciones escritas. En un caso, la confirmación de venta y su anexo enviados al comprador contenían ambos una cláusula de arbitraje. Estos documentos nunca fueron devueltos al vendedor y permanecieron sin ser firmados por el comprador. Los árbitros expresaron:

"A este respecto, señalamos asimismo que el requisito de una expresión escrita del consentimiento de ambas partes no se ha cumplido si una de las partes no reacciona a una confirmación (que contiene una cláusula de arbitraje) proveniente de la otra parte"<sup>20</sup>.

De acuerdo con el espíritu del artículo II, otro tribunal arbitral decidió que la referencia de una parte, en una ulterior comunicación escrita, a un contrato que contiene una cláusula de arbitraje, satisface el requisito del canje en forma escrita previsto en el artículo II<sup>21</sup>. En algunos otros casos, la cláusula de arbitraje estaba contenida en un contrato de fletamento a que hacía referencia el conocimiento de embarque, o en condiciones generales de venta a que hacían referencia las condiciones estándar suministradas por una de las partes, o en un contrato a que un segundo contrato hacía referencia explícitamente<sup>22</sup>. En estos casos, como expresó un tribunal arbitral, el texto del artículo II requiere que la parte opositora sea consciente de la existencia de un acuerdo de arbitraje:

"Puede ser cierto que el artículo II no requiera la existencia de un documento escrito en que se haga constar el texto íntegro del acuerdo de arbitraje. El documento deberá, no obstante, ser de tal naturaleza que se preste a ser interpretado como prueba de la intención de ambas partes de estar vinculadas a un acuerdo de arbitraje"<sup>23</sup>.

El artículo III de la Convención, que, además de establecer reglas de procedimiento para la ejecución de sentencias arbitrales prescribe que las sentencias arbitrales conformes a la Convención deberán reconocerse como obligatorias, se ha considerado también en un caso, con lo que se demuestra que todos los artículos y disposiciones de la Convención de Nueva York pueden ser de interés para los árbitros<sup>24</sup>. Los árbitros han aplicado las reglas uniformes consideradas en el artículo V 1) a) para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje<sup>25</sup>.

Un tribunal arbitral se ha basado en el artículo V 1) d) de la Convención de Nueva York, que somete en primer lugar el procedimiento arbitral al acuerdo de las partes, para decidir que los procedimientos de arbitraje puedan ser disociados de las leyes nacionales:

"Esto se expresó en la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 ... cuyo artículo V 1) d) establece que el reconocimiento o la ejecución de una sentencia arbitral extranjera sólo pueden rechazarse si la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, si no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje" 26.

Por último, en lo que respecta al artículo V 2), los árbitros han hecho hincapié en que la excepción relativa al orden público incluye solamente lo que es necesario para salvaguardar las concepciones políticas, sociales y económicas del sistema jurídico interno del país<sup>27</sup>.

### Conclusión

Se debería incitar a los árbitros a que apliquen la Convención de Nueva York. Las dos preocupaciones principales en relación con la Convención de Nueva York (la ejecución del acuerdo arbitral y la ejecución de la sentencia arbitral) demuestran que la Convención está destinada a ser aplicada por tribunales nacionales. A la inversa, los árbitros, que no son funcionarios públicos, no están directamente afectados por sus disposiciones. Sin embargo, los árbitros no tienen ningún motivo para pasar por alto la Convención de Nueva York, ya que está en vigor en más de 80 países y refleja un consenso de la comunidad internacional sobre las cuestiones más controvertidas en la actualidad en materia de arbitraje internacional. Cada vez que se plantearan cuestiones de ese tipo, los árbitros deberían prestar atención a la Convención de Nueva York, no porque estén vinculados por dicha Convención como consecuencia de su ratificación, sino como una fuente de inspiración. A este efecto, la aplicación de la Convención por árbitros, que no fue contemplada por sus autores, serviría como un gran instrumento de unificación de la legislación relativa a la resolución a nivel internacional, de los litigios en cuestiones comerciales, a lo que se ha consagrado la CNUDMI.

### JAN PAULSSON

Abogado, París, Consejo de Usuarios, Corte de Arbitraje Internacional de Londres

Lo que se pretende no es eliminar los litigios comerciales. Esto se conseguiría, simplemente, eliminando el comercio, lo cual sería lo contrario de lo que deseamos obtener. Lo que se pretende es, más bien, reducir las perturbaciones producidas por los litigios comerciales.

La unificación de la legislación y las prácticas comerciales en el plano internacional contribuye evidentemente a la consecución de este objetivo. Si se considerara que la resolución de litigios en el extranjero entrañaría una serie de trampas ocultas y sumamente peligrosas que pondrían a prueba la capacidad de supervivencia de los más ingeniosos, ello sería un buen motivo para evitar las transacciones internacionales. En cambio, si se tiene en cuenta que los litigios ocasionales y estadísticamente inevitables se resuelven de una manera justa y previsible, y que sus resultados van a ser llevados a la práctica, esas barreras mentales desaparecen.

Ya se ha avanzado mucho en este camino. Diversos organismos internacionales han promulgado reglas para el arbitraje internacional que reflejan un notable consenso en cuanto a los amplios principios de un procedimiento neutral. Y, desde luego, todo esto ha culminado los logros alcanzados en la Convención de Nueva York en lo que respecta a la ejecución de los laudos.

No obstante, todavía queda mucho por hacer, especialmente fuera de la esfera del comercio entre los países altamente industrializados. Quisiera señalar dos esferas de gran importancia práctica en las que las futuras actividades de unificación podrían parecer más útiles.

La primera es la de la eficacia de la aplicación de la Convención de Nueva York en aquellos países que la han aplicado sólo en raras ocasiones. No me estoy refiriendo a que la Convención se aplique correctamente o no, sino a que se aplique o no del todo. Cierto número de países han ratificado la Convención pero no han adoptado ulteriormente la legislación para aplicarla. Esto tiene por efecto que los jueces, sencillamente, no se consideren obligados por la Convención. Otro país adoptó recientemente un reglamento de aplicación que, erróneamente, establece que los laudos extranjeros sólo se ejecutarán si los funcionarios diplomáticos del país ejecutante, en el lugar en que se dictó la sentencia de arbitraje, certifican que la parte que pide la ejecución tiene la nacionalidad de un país que es parte de la Convención. Esta adición a los requisitos de la Convención es inadmisible. En otro país, sus tribunales exigen una cuota de inscripción del 10% para la ejecución, como si se fuera a conocer de nuevo de la controversia.

Estos obstáculos a la debida aplicación de la Convención evidentemente tienen consecuencias adversas en la práctica. La verdad es que los abogados de un reducido número de países, después de asegurarse de que, en principio, su país es parte de la Convención de Nueva York, no tienen ni la más ligera idea de la forma en que ésta podría aplicarse concretamente.

Como tengo la firme impresión de que esos impedimentos se deben más bien al desconocimiento que a una voluntad de obstaculizar, considero que sería provechoso para la CNUDMI realizar una encuesta en cuanto al mecanismo puramente procesal que diversos países han puesto en práctica para la aplicación de la Convención de Nueva York. No me estoy refiriendo a los criterios de fondo sobre la ejecución de acuerdos arbitrales de conformidad con el artículo II de la Convención, ni tampoco a la ejecución de laudos según el artículo V. A este respecto el profesor van den Berg y otros están ya realizando una admirable investigación sobre la manera en que se aplica la Convención. Me estoy refiriendo a la cuestión más fundamental de determinar si se ha logrado que la Convención forme parte integrante del cuerpo de normas de procedimiento de diversos sistemas jurídicos. La existencia misma de esa encuesta se traduciría en una mayor conciencia de la situación y cabe esperar que se creen los incentivos para que los distintos países no se vean retrasados en lo que respecta a la debida aplicación de la Convención, que, después de todo, debe considerarse como un punto de referencia de una verdadera aceptación del proceso jurídico transnacional.

La segunda esfera que me permito señalar es la relativa a los laudos de interés en el arbitraje comercial internacional. Esta es una cuestión de un enorme interés práctico que, sin embargo, muchas veces no se toma en consideración. En muchos litigios, la controversia con relación a los intereses es cuantitativamente mayor que todas las demás reclamaciones sustantivas tomadas conjuntamente. Esto plantea ya suficientes problemas en el contexto de un conflicto puramente nacional, pero es mucho peor en la esfera internacional debido a las vastas diferencias entre las legislaciones nacionales. Algunos sistemas jurídicos no indican claramente si los árbitros pueden o no conceder intereses. Otros sistemas establecen distinciones más o menos comprensibles entre intereses calculados antes de la formulación de la reclamación, intereses devengados en el curso del procedimiento, e intereses devengados con posterioridad al laudo. Hay quienes complican aún más la cuestión distinguiendo entre reclamaciones de daños liquidados, que están limitadas a un tipo de interés definido, denominado tipo de interés legal, y reclamaciones de daños no liquidados, con respecto a las cuales se puede incluir un interés calculado a los tipos de interés comerciales. Nada contribuye a una mayor claridad de esta situación, ya que estas normas, a menudo no bien comprendidas incluso en los sistemas jurídicos nacionales, son aplicadas de una forma que ofrece todavía menos confianza, por tribunales internacionales compuestos de árbitros de diferentes nacionalidades. ¿Puedo atreverme a decir que algunos países consideran la cuestión del interés como parte de la ley relativa a los remedios, y que por tanto se rige por la ley del lugar del juicio, en tanto que otros consideran el interés como una cuestión propia de la ley sustantiva?

En resumen, en función del criterio del árbitro y de su comprensión de la ley aplicable, las cantidades percibidas por concepto de intereses pueden fluctuar entre el 0% y el 20% anual. Si se considera que la resolución de un litigio internacional puede tomar varios años, la importancia práctica de este asunto es evidente. Y, desde luego, en lo que respecta a los intereses con posterioridad al laudo, la inclusión a este efecto, en un laudo, de un interés del 5%, o menos, puede ser un incentivo para su incumplimiento.

El resultado de todo esto es que dos reclamaciones que intrinsecamente tengan el mismo valor pueden ser evaluadas de dos maneras diferentes, según la ley que se elija para resolverlas y la forma de aplicarla. Dado que las modalidades de aplicación que pueden solicitarse son múltiples, sobre todo en el contexto de los contratos internacionales complejos, en los que es discutible los lugares en que están situados sus objetos importantes, esta es una esfera que, evidentemente, exige trabajos de armonización.

Dejaré para otro debate la cuestión de quién es el más indicado para iniciar dichos trabajos.

## MOHAMED ABOUL ENEIN

Director, Centro Regional de El Cairo para Arbitraje Comercial Internacional, El Cairo

### Antecedentes

El Centro regional de El Cairo para arbitraje comercial internacional (en lo sucesivo denominado el Centro El Cairo) es una organización internacional independiente, no lucrativa. Sus actividades están encaminadas a contribuir al desarrollo económico de los países de Asia y África por medio de servicios especializados proporcionados con ocasión de la solución de controversias relativas al comercio y las inversiones internacionales. Esto se realiza mediante procedimientos justos y un foro independiente, que, juntos, constituyen un sistema completo que proporciona los beneficios de un mecanismo rápido, eficaz y económico para la solución de diferencias.

El establecimiento del Centro Cairo ha pasado por las siguientes etapas:

- a) Enero de 1978. Decisión de la decimonovena sesión del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano (denominado en lo sucesivo el Comité) de establecer varios centros de arbitraje en los países asiáticos y africanos;
- b) Enero de 1979. Acuerdo concluido entre el Comité y el Gobierno de Egipto para el establecimiento del Centro El Cairo;
- c) Diciembre de 1987. Acuerdo sobre las sedes, concluido entre el Comité y el Gobierno de Egipto, que garantiza que el Centro El Cairo disfrutará de todos los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales independientes en Egipto;
- d) Julio de 1989. Acuerdo concluido entre el Comité y el Gobierno de Egipto sobre disposiciones permanentes financieras y estructurales del Centro El Cairo.

La función del Centro El Cairo y sus actividades pueden resumirse en una función directa, principal, y una función indirecta de no menos importancia que la directa, si se tiene en cuenta su repercusión en el clima de inversiones en general. La función principal es la de proporcionar arbitraje y conciliación de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También podría proporcionarse apoyo técnico bajo los auspicios del Centro El Cairo.

La función indirecta del Centro El Cairo consiste en el suministro de programas de capacitación organizados por dicho centro para ciudadanos de países asiáticos y africanos. Estos programas los preparan y realizan expertos y árbitros de alta calificación seleccionados de todas las partes del mundo. Los programas tienen por objeto crear un conjunto de árbitros asiáticos y africanos, que sería uno de los factores principales del progreso de los países de la región. Los programas ayudan también a promover el arbitraje en la región, en general.

Además de los programas de capacitación, el Centro El Cairo organiza también conferencias y seminarios especializados en los diversos campos de la resolución de los litigios. El banco de datos electrónicos del Centro El Cairo proporciona toda la información necesaria en materia de convenciones internacionales, legislaciones nacionales, reglamento y jurisprudencia en el sector del comercio y las

inversiones en la región y con referencia al arbitraje comercial internacional y otros medios amigables de resolución de los litigios. Este servicio pueden utilizarlo todos los que se dirijan al Centro El Cairo, ya sean investigadores o estudiosos de cuestiones de derecho, partes en litigios, o individuos y organizaciones.

Aunque la decisión de establecer el Centro El Cairo la adoptó el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en enero de 1978, fue solamente después que se tomaron las necesarias disposiciones financieras y administrativas, que el Centro comenzó a funcionar, en 1983.

El arbitraje bajo los auspicios del Centro El Cairo incluye los beneficios del arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional. Los casos de arbitraje se tramitan de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El Centro proporciona también asistencia a las partes en la ejecución de las sentencias arbitrales, lo que es muy importante para las partes que tienen asuntos sujetos a arbitrajes administrados por el Centro El Cairo.

Los costes de la resolución de litigios según el plan de emolumentos administrativos y de los árbitros del Centro El Cairo son muy razonables en comparación con los de otras instituciones arbitrales. En la actualidad, el Centro El Cairo está tramitando, en total, 31 casos de arbitraje internacional. El período medio de tiempo necesario para la resolución de los casos de arbitraje es notablemente inferior al período medio de tiempo necesario en otras instituciones de arbitraje.

El Centro El Cairo estableció en julio de 1989 el Instituto para Arbitraje e Inversiones (en lo sucesivo denominado el Instituto) que funcionaría bajo sus auspicios. El establecimiento del Instituto fue un paso de avance para consolidar y continuar apoyando sus actividades de organización de conferencias, seminarios y programas de capacitación, así como actividades de investigación, de las cuales la más importante fue la Conferencia sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en la región Afro-Asiática, organizado en cooperación con la Secretaría de la CNUDMI y celebrada en El Cairo del 10 al 21 de marzo de 1988.

Se confió al Instituto la responsabilidad de organizar conferencias, seminarios y programas de capacitación, así como de fomentar y promover la investigación y la publicación de revistas y otros artículos. El Instituto también apoya a todos los países de la región, incluido los ciudadanos de esos países, al suministrarles información y datos en los sectores del comercio y las inversiones internacionales.

Las diferentes funciones confiadas al Instituto pueden caracterizarse como objetivos indirectos del Centro El Cairo; sin embargo, son de vital importancia para los objetivos directos y permiten al Centro continuar desarrollando sus actividades de capacitación e investigación y perseguir sus objetivos con armonía y eficacia.

Contra esta tela de fondo, que refleja una futura visión de sus funciones y objetivos, el Centro El Cairo consideró la creación de un conjunto de hombres de negocios, estudiosos del derecho y árbitros, de alta calificación, como uno de sus principales objetivos.

Desde su establecimiento, hasta el presente, el Centro El Cairo ha organizado cuatro conferencias internacionales y nueve programas de capacitación internacionales. A cada programa de capacitación asistieron representantes de más de diez naciones de la región. Se tiene proyectada la celebración de otros programas de capacitación en otros países.

En todas estas conferencias y programas de capacitación, la necesidad de armonización y unificación de la legislación mercantil internacional fue una de las cuestiones principales. Se subraya esta necesidad no por las ventajas meramente materiales que podrían obtenerse, sino por el hecho de que el comercio internacional tiene una gran influencia en el fortalecimiento de la comprensión mutua, la confianza y la colaboración entre naciones diferentes, con tradiciones sociales y económicas también diferentes. En todas las actividades de promoción del Centro, tres temas siempre han estado presentes: la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 1978 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Función del Centro El Cairo en la promoción de la Convención de Nueva York

La importancia y utilidad de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras se subrayó en los mencionados programas y en otras actividades que se realizaron para establecer contactos con los países de la región, y siempre se promovió la adhesión a dicha Convención. En estos programas, los instructores solían explicar que la Convención de Nueva York, por el hecho mismo de existir, por su aplicación permanente, por el singular impulso que está tomando, ha establecido la "cortesía internacional" (concepto conocido en el derecho internacional público) entre las naciones comerciantes, sean o no firmantes de la Convención. Ya no es posible escapar a ciertas normas de la práctica común o a la administración privada o institucionalizada del procedimiento arbitral, incluido el respeto mutuo, la automoderación y la autodisciplina, una mayor conciencia del establecimiento del arbitraje y una tradición de 34 años.

Así, los jueces y abogados que intervienen en la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la región, y a quienes siempre se invita a los mencionados programas, se están familiarizando cada vez más con la Convención de Nueva York.

Conferencia sobre arbitraje maritimo y la promoción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancias de 1992, Alejandría, 1992

En su empeño de convertirse en una organización con una amplia jurisdicción arbitral, el Centro El Cairo dio un gran paso de avance al establecer una nueva rama especializada en arbitraje marítimo en Alejandría.

Las ventajas de establecer esta nueva rama en Alejandría, el mayor puerto egipcio en el Mar Mediterráneo, son grandes para todos los países afroasiáticos de la región que, por primera vez, encontrarán un centro especializado en asuntos marítimos, establecido bajo los auspicios del Comité.

Está proyectada una conferencia sobre arbitraje marítimo con ocasión de la inauguración del Centro de Alejandría en octubre de 1992. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías va a ser uno de los puntos importantes del programa.

Función del Centro El Cairo en la promoción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

El arbitraje internacional tiene vocación universal. Nadie puede dudar de que el arbitraje, en su esencia misma, es un fenómeno que extiende sus raíces a un medio ambiente cultural que va más allá de los confines de una ley en un sentido estricto.

Así, los principios derivados de las convenciones internacionales deben prevalecer sobre las leyes nacionales en materia de arbitraje, por lo que las peculiaridades puramente nacionales no deben plantearse como obstáculos a la aplicación de procedimientos arbitrales y al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales.

Uno de los objetivos más importantes en la esfera del arbitraje comercial internacional es que no se permita que las prácticas evasivas y dilatorias empleadas por las partes hagan fracasar el arbitraje, o que se rechace el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Además, debe siempre asegurarse la presencia de condiciones adecuadas que permitan el nombramiento de árbitros neutrales e imparciales a fin de evitar que las propias partes paralicen el arbitraje desde su inicio al dejar de nombrar los árbitros o no dar su consentimiento para el nombramiento del tercer árbitro. Deben prevalecer siempre principios de procedimiento basados en la justicia y la lealtad, de modo que las partes puedan establecer sus reclamaciones y oponer sus excepciones, sin olvidar nunca que el arbitraje internacional es una realidad viviente que sucede día por día.

Así, cuando la CNUDMI y la Asamblea General adoptaron la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, respondiendo a las principales exigencias de arbitraje comercial internacional, dicha Ley Modelo fue uno de los temas principales de las actividades promocionales del Centro El Cairo. El Ministro de Justicia de Egipto respondió positivamente a los memorandos del Centro El Cairo concernientes a la Ley Modelo. Se aceptó la sugerencia del Centro El Cairo de establecer en dicho Centro un Comité encargado de preparar un proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional para Egipto. El Comité fue presidido por el Profesor Mohsen Shafic, e incluía entre sus miembros al Profesor Samia Rashid, el Profesor Samia El-Sharkawi y el Director del Centro El Cairo. Tras varias reuniones celebradas en los locales del Centro El Cairo, se preparó el proyecto de ley.

Este proyecto, fue examinado por el Departamento Legislativo del Ministerio de Justicia de Egipto y está ahora listo para someterse a la aprobación por la Asamblea del Pueblo Egipcio en su sesión en curso. Tras su adopción definitiva, el Centro El Cairo promoverá la celebración de una conferencia internacional para destacar las más amplias perspectivas que le ofrece esta ley en la esfera del arbitraje comercial internacional.

El proyecto de ley se distribuyó a algunos departamentos e instituciones interesados en los países árabes. Algunos Estados están también considerando la elaboración de sus propias legislaciones para adoptar la Ley Modelo.

Preparación del proyecto de una nueva ley egipcia como ley especial en el sistema jurídico egipcio

La comisión de reforma decidió trabajar en la reforma de las reglas sobre el arbitraje en las relaciones comerciales internacionales. Al mismo tiempo se señaló que la modificación del Código Civil y de Procedimientos Comerciales (CCCP) podría conducir a la oposición de los tradicionalistas que rechazan las modernas tendencias reflejadas en la Ley Modelo de la CNUMDI, la cual favorece la liberación del arbitraje con respecto de los antiguos dogmas nacionalistas al reconocer en gran medida su autonomía frente a los tribunales nacionales del Estado. De este modo, el proyecto de ley se preparó como una legislación independiente y como una lex specialis (ley especial) en el sistema jurídico de Egipto que se aplicará fundamentalmente en el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, este proyecto de ley permitía la aplicación de un arbitraje nacional si las partes lo acordaban.

En consecuencia, la ley proyectada se lograría sin introducir modificaciones en las disposiciones del CCCP, que seguiría siendo aplicable a los casos nacionales que estuviesen fuera del ámbito de la nueva ley especial.

De acuerdo con el lenguaje adoptado por la comisión, todos los litigios relativos al comercio, las inversiones o los negocios, así como otras relaciones económicas, están cubiertos por el proyecto de ley. La comisión de redacción no dejó margen para evadir la aplicación de la nueva legislación, una vez promulgada, alegando que la relación no se considera comercial de acuerdo con la ley nacional, con todas las consecuencias que esto produciría en términos de la no susceptibilidad a solución por arbitraje o la introducción de una seudodistinción entre cuestiones que pueden someterse a arbitraje en el extranjero y cuestiones que sólo pueden someterse a arbitraje en Egipto.

Además, la comisión de reforma decidió que la no susceptibilidad a solución por arbitraje debería definirse por un criterio único claramente formulado: las cuestiones que no puedan someterse a arreglo. Por el contrario, todo asunto que las partes puedan arreglar de común acuerdo, sea judicial o extrajudicialmente, se consideraría, por naturaleza, susceptible a solución por arbitraje y no se hace referencia al concepto de cuestiones de orden público que se había utilizado en el pasado para restringir indebidamente el ámbito de las cuestiones susceptibles a solución por arbitraje.

El proyecto de ley prevé también que las partes pueden elegir libremente el lugar del arbitraje, por lo que pueden elegir un lugar fuera de Egipto.

Significación del arbitraje internacional en el proyecto de ley y su campo de aplicación territorial

La comisión siguió el mismo criterio de la Ley Modelo para la determinación de los casos en que el arbitraje puede caracterizarse como internacional.

La comisión consideró apropiado disponer que el arbitraje se considere también internacional en todos aquellos casos que las partes hayan convenido en utilizar los servicios de una organización o centro internacional para arbitraje de acuerdo con las reglas aplicables por esa organización o centro. Por consiguiente, un arbitraje para cuya tramitación se acuerde utilizar los servicios de la CCI, la AAA, o el Centro El Cairo se considerará siempre "internacional" aunque se efectúe entre partes egipcias con respecto a lo que podría normalmente considerarse una relación nacional.

La comisión adoptó el mismo criterio en las disposiciones del proyecto de ley que determinan el campo de aplicación geográfico de la nueva ley. El proyecto de ley indica claramente que las disposiciones de la nueva legislación no son simplemente de aplicación territorial, en el sentido de que estén destinadas a regir solamente los arbitrajes que se celebran en el país. Por el contrario, la nueva ley podría tener aplicación extraterritorial si las partes acuerdan elegir la nueva legislación egipcia como la aplicable al arbitraje.

La Comisión adoptó una actitud liberal con respecto a la posible extraterritorialidad de la nueva ley egipcia sobre arbitraje. El proyecto de nueva ley consigna que las partes pueden elegir libremente la *lex arbitri* que rija un arbitraje que se celebre en Egipto.

Siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI, el proyecto de ley aclara que la elección de los árbitros no tienen que efectuarla las propias partes. En consecuencia, pone fin a la práctica abusiva de alegar, al amparo del artículo 502, párrafo 3 del CCCP, que el nombramiento de árbitros por terceros es contrario a una regla de la ley nacional que se estima de orden público. Además, el proyecto de ley reconoce la autonomía de la cláusula de arbitraje y prescribe claramente que los tribunales del país deben darle pleno efecto declarando inadmisible toda acción judicial que contravenga dicha cláusula. Además, el proyecto de ley dispone que toda impugnación de la validez del acuerdo de arbitraje, la determinación de su campo de aplicación y otras cuestiones relativas a su interpretación están, todas ellas, comprendidas dentro de la jurisdicción del tribunal arbitral.

Inspirado por la Ley Modelo de la CNUDMI, el proyecto de ley introdujo algunos cambios fundamentales en la regulación, por la ley, de los procedimientos de arbitraje. Contrariamente al criterio seguido en el CCCP, que prohíbe toda posible intervención judicial en el trámite del nombramiento de los árbitros, el nuevo proyecto de ley autoriza a los tribunales nacionales a reemplazar a la parte que se muestre reticente al nombramiento de los árbitros.

El proyecto de ley elimina asimismo toda controversia sobre la posibilidad de emplear otros idiomas distintos del idioma árabe oficial en los arbitrajes que tienen lugar en Egipto, así como la de presentar copias de documentos sin que se requiera la presentación de los documentos originales como prescribe el CCCP.

Además de las diversas y detalladas reglas de procedimiento y de otros perfeccionamientos previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI y adoptados en su totalidad por el proyecto de ley egipcio, la comisión de reforma introdujo algunas nuevas reglas de gran importancia en la práctica, que pueden resumirse como sigue:

- a) En consonancia con la reforma de la legislación francesa en 1981, el proyecto de ley egipcio establece que el conocimiento de todas las cuestiones relativas a los procedimientos de arbitraje caen en la esfera de competencia de uno de tres Tribunales de Apelación (Cairo, Alejandría, Assiout), lo que se determinará por acuerdo de las partes, y a falta de este acuerdo será competente únicamente el Tribunal de Apelación de El Cairo;
- b) La duración de todos los plazos previstos para realizar ciertos actos se ha reducido en el proyecto de ley egipcio de 30 días, como disponía la Ley Modelo de la CNUDMI, a 15 días;

- c) En los casos en que el tribunal arbitral haya dictado un laudo preliminar que sea subsiguientemente impugnado ante el tribunal de apelación competente, la sentencia que declare sin lugar la impugnación se hace firme definitivamente. De acuerdo con el proyecto de ley, los motivos en que se basó la impugnación no pueden servir de base a una petición de nulidad, una vez dictado el laudo final;
- d) Se consideró importante especificar que el tribunal arbitral está en libertad de llevar a cabo audiencias sin verse limitado por las formalidades previstas a este respecto en el CCCP;
- e) La comisión de reforma introdujo un artículo que no tiene equivalente en la Ley Modelo de la CNUDMI y que establece el principio fundamental de la necesidad de tratar a las dos partes sobre una base de absoluta igualdad, asegurándose de que cada una de ellas tenga la debida oportunidad de hacer valer plenamente sus derechos.

La comisión de reforma consideró adecuado el criterio adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI con respecto a la necesidad de conceder un plazo razonable dentro del cual la parte que se estime perjudicada por el laudo puede impugnarlo ante los tribunales nacionales. Para limitar el período de incertidumbre, el proyecto de ley exige, como principio general, que la parte interesada presente su petición de anulación del laudo dentro de los 90 días siguientes a la recepción del laudo.

En el proyecto de ley egipcio se introdujeron las siguientes nuevas reglas:

- a) El laudo únicamente se hace firme en uno de estos dos casos: la expiración del plazo de 90 días sin que se haya presentado una petición de anulación; o la desestimación por el Tribunal de Apelación de la petición de anulación. Si no se ha dado uno de estos casos, la sentencia arbitral no puede ser ejecutada por los tribunales;
- b) Una vez que el laudo ha quedado firme de acuerdo con la regla antes mencionada, se puede solicitar su ejecución según unos procedimientos considerablemente simplificados; la única excepción desde el punto de vista práctico es que el laudo no afecte al orden público del país en que se pide su ejecución.

Finalmente, debe señalarse a este respecto que el Tribunal de Casación egipcio ha indicado claramente en varias ocasiones la necesidad de interpretar restrictivamente el concepto de "orden público". De acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo egipcio, este concepto es similar al de *ordre public internationale* tal como lo entienden los tribunales y la doctrina francesa.

# 4. Tribuna pública

### PROFESOR GILBERTO BOUTIN

Panamá

Deseo solamente hacer unas breves observaciones acerca de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) en lo que concierne a Latinoamérica. La Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975) se inspiró en la Convención de Nueva York y, gracias a la delegación ecuatoriana, la incorporó. En lo tocante a Latinoamérica, ha sido muy positiva por la simple razón de que el arbitraje, sea mediante la Convención de Panamá, que es el punto central de resolución de litigios, sea mediante la Convención de Nueva York, ha permitido que se produzcan dos efectos: la cooperación en la esfera jurisdiccional y la integración de la legislación latinoamericana en la esfera de la legislación comercial. Estos dos efectos son esenciales, aunque sólo fuese para recordar una legislación territorial, "nostálgica", en Latinoamérica, heredada de las colonias españolas, que en ausencia de esta Convención, quizá no hubiera permitido la integración de una legislación moderna supranacional.

Existen algunos problemas, sobre todo en el área de Panamá como centro financiero, marítimo y de reaseguro. Entre ellos está el de la nacionalidad del laudo y el de la violación de la cláusula de "debido"

proceso legal" que, en la práctica, constituyen situaciones que, desde el punto de vista jurisdiccional, no tienen una definición clara. La doctrina europea, especialmente la francesa, ha hecho grandes aportaciones en esta materia. No cabe duda de que podemos decir que esto ha contribuido a la integración de la legislación latinoamericana.

### ARON BROCHES

Antiguo Vicepresidente y Consejero General, Banco Mundial, Washington, D.C.

Seré muy breve. Pedí el uso de la palabra para expresar mi desacuerdo con las ideas expresadas por Albert Jan van den Berg, verdadera autoridad en todo lo relativo a la Convención de Nueva York, en cuanto a la interpretación del tratamiento de los laudos nacionales y no nacionales. En el período que ha precedido a mi intervención, las mismas ideas que tenía el propósito de exponer han sido expresadas por el Profesor Bernini, por lo que no considero necesario consumir tiempo de la reunión abundando sobre este punto.

### LUIS COVA ARRIA

Presidente, Centro Permanente de Arbitraje Marítimo, Caracas

He pedido el uso de la palabra para exponer algunas ideas con respecto al arbitraje en los países en desarrollo. El colega que me precedió abogó por el arbitraje del Centro Regional de El Cairo. Lo que ha sucedido es que se están creando centros regionales de arbitraje en los países en desarrollo. Desafortunadamente, nos encontramos en una situación en que el arbitraje se ha convertido en un negocio. Esto no sólo es que hayan dicho personas de los países en desarrollo, sino que distinguidos jueces de centros de arbitraje, como por ejemplo el de Londres, frecuentemente viajan a diversos países para promover la elección de los centros de Londres, o de Nueva York, u otros, como centros de arbitraje. Esto, desde luego, presupone grandes desembolsos en emolumentos de abogados, gastos de transporte de testigos, etc. Seamos francos: para los países en desarrollo esto representa costes adicionales que afectarán sus economías. En consecuencia, ha habido necesidad de crear centros de arbitraje en los países en desarrollo. Naturalmente que esto es dificil porque esos centros adicionales ofrecen ventajas. Dichos centros han creado lo que se conoce por la lex mercatoria. Se dice que esta es una ley, y eso es lo que se está "vendiendo" en cierto sentido. En la comunidad comercial existe la tendencia a considerar que esa es la ley verdadera. La situación que observamos, sin embargo, es que la lex mercatoria está convirtiéndose, cada vez en mayor grado, en la ley usual: en principio, las leyes de otros países basados en la legislación civil o la tradición continental no parecen aplicarse muy frecuentemente.

En una esfera muy específica del derecho internacional, a saber, la del derecho marítimo, se creó en 1987 una asociación, la Asociación Iberoamericana de Derecho Mercantil. Desde su comienzo, una de sus funciones principales, fue la de promover el arbitraje marítimo. Dicha Asociación creó un centro de arbitraje marítimo, un centro permanente conocido por CEAMAR con sede en Caracas, cuya función, incidentalmente, es la de resolver un gran número de cuestiones marítimas.

Esto, desde luego, tiene una ventaja, porque, para nuestros países, ello significa reemplazar procedimientos judiciales ordinarios que a menudo, por razones de eficacia, economía y profesionalismo, no son adecuados. Se considera que esto podría realizarse de una manera más económica. En la región existen ya personas con la necesaria capacidad, adquirida en un largo período, de muchos años, para cambiar la actual situación de predominio de los centros tradicionales de arbitraje a que me he referido anteriormente.

Quería informarles de la existencia de ese centro y pedir a los miembros del Grupo Iberoamericano aquí presentes que ratifiquen la nueva Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) así como otra Convención, que ya ha sido mencionada en esta conferencia por el representante de Chile, Rafael Eyzaguirre, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) que es mucho más completa que la Convención de Nueva York. Tiene un mayor ámbito y ofrece posibilidades para el arbitraje administrativo, un arbitraje que permite la utilización de centros de arbitraje.

#### BONITA THOMPSON

Centro para la solución de litigios comerciales, Vancouver, Centro de Arbitraje Comercial Internacional de Columbia Británica, Vancouver, Columbia Británica (Canadá)

En primer término, a nombre de Canadá y de todos los que participan en actividades de arbitraje internacional, quisiera expresar nuestro agradecimiento a la CNUDMI y su secretaria por el trabajo realizado en materia de arbitraje comercial internacional. Si no hubiera sido por el trabajo de la CNUDMI, no hubiéramos tenido la oportunidad, en Canadá, en estos momentos, de participar en el arbitraje comercial internacional, tanto en el interior como fuera de nuestro país, en la medida en que otros lo han hecho durante mucho tiempo. Les expresamos a ustedes, y a la secretaría, nuestro agradecimiento por todo esto.

Mi intervención en este punto se basa en la experiencia de ser, primeramente un académico, después una de las personas que trabajan en la redacción de textos legislativos relativos a la Ley Modelo de la CNUDMI en Canadá, seguidamente un director ejecutivo de una institución arbitral en Vancouver y, por último, he ejercido como consultor privado. Deseo tratar un tema que, a mi juicio, se está pasando por alto. En el trabajo con distintos partícipes comerciales en las diversas actividades profesionales que he realizado, me he dado cuenta de que, como abogados, tenemos tendencia a olvidamos de las realidades comerciales. Estas realidades comerciales a menudo dan lugar a los motivos por los cuales se producen litigios. Estos surgen como consecuencia de malos entendimientos, comunicaciones imperfectas y otras diversas deficiencias que no se perciben inicialmente como constitutivas de derechos contractuales, ni como litigios sobre derechos contractuales, sino que es en una última fase, cuando caen en manos de los abogados, que se tratan en esos términos. Por eso, aunque es muy importante trabajar sobre la unificación y uniformidad en la esfera de la definición de los derechos contractuales, también es importante hablar sobre el procedimiento que utilizamos para tratar los litigios que surgen en relación con estos contratos.

En esta esfera me he interesado mucho en los trabajos destinados a la elaboración de procedimientos basados en el consenso y en la cooperación, que pueden combinarse con procedimientos declarativos finales, como el arbitraje. Considero muy importante comenzar a tener personas conscientes de estas diversas clases de procedimientos basados en el consenso, las modalidades del trabajo, sus objetivos conceptuales, así como de las formas de incorporarlos debidamente en un acuerdo de modo que las partes no pierdan demasiado tiempo averiguando qué procedimiento habrán de emplear para la solución de las diferencias, sino que puedan concentrarse en la esencia de dichas diferencias.

Sugiero que tal vez sea conveniente que este augusto organismo considere la posibilidad de proporcionar asistencia a las partes en la esfera del comercio internacional para que elaboren opciones relativas a procedimientos basados en el consenso, combinados con procedimientos declarativos finales, y las incorporen en sus cláusulas y en sus contratos. Me parece que si podemos proporcionar un esquema conveniente y de fácil comprensión que permita la utilización de estos diversos procedimientos, estaremos en vías de obtener relaciones comerciales más armoniosas en el plano internacional, y las partes no perderán mucho tiempo ni energía en la concepción del procedimiento en esa última etapa. Estamos haciendo hincapié en una aplicación práctica preventiva de la ley.

## CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN

Sobrevilla, Lima (Perú)

Represento el Centro de Arbitraje Comercial de Perú, que está afiliado al Centro Internacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje. Perú se ha adherido y ha firmado la Convención de Panamá de 1975 y la Convención de Nueva York de 1958. Deseo compartir con ustedes la experiencia peruana en arbitraje.

Comenzaré anunciándoles que por decreto-ley de 4 de marzo de 1992 Perú ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, lo que representa un paso de avance en el arbitraje internacional. El trabajo conducente a la adopción de este decreto fue para nosotros una importante

experiencia que quisiéramos compartir con ustedes. La Ley Modelo se adoptó porque hace cuatro años supimos que nuestra asociación podría actuar como una contraparte de la CNUDMI y propusimos a nuestro Gobierno la incorporación de la Ley Modelo.

Con motivo de la incorporación de la Ley Modelo, sin embargo, estamos estudiando, en una Comisión de la Asociación de Abogados de Lima, un asunto muy importante para Perú, y que supongo también lo sea para América Latina y, quizá, para otros países en desarrollo. La experiencia en relación con el poder judicial ha resultado muy negativa. La alternativa, un procedimiento autónomo, como en arbitraje, para la resolución de litigios no solamente en cuestiones comerciales, es muy importante. A este efecto deberíamos volver a analizar el artículo 6 de la Ley Modelo, que dice que un tribunal puede supervisar y tendrá que tratar aspectos no previstos. A este respecto, en Perú estamos estudiando la posibilidad de que fuera un tribunal ad hoc, un tribunal especial al que se le confiara la supervisión del arbitraje, el que ejecutara los laudos que no hubieran sido ejecutados, sin tener que recurrir a una solución judicial, y el que designara árbitros cuando no hubieran sido designados por las partes. En otras palabras, se crearía realmente una jurisdicción paralela, independiente y autónoma. Estimamos que esta es la única forma que tienen los comerciantes en Perú de obtener arbitraje, y de conseguir que sus litigios se resuelvan de esta manera. Esta es la posición que estamos considerando. Sería muy importante que se tuviese presente en el trabajo de la CNUDMI. Aunque es verdad que hemos adoptado la Ley Modelo, estamos dejando la puerta abierta para un continuo perfeccionamiento de esa legislación. Lo mismo podemos decir sobre la experiencia de Perú en sus relaciones con la CNUDMI. Este Congreso ha sido, para nosotros, una experiencia muy importante.

En la asociación de abogados hemos decidido organizar un congreso nacional sobre derecho mercantil internacional. En esa ocasión analizaremos la conveniencia de firmar las convenciones sobre transporte y ventas internacionales. Esta es nuestra posición y hemos indicado que existe una relación (todavía no totalmente vinculante) entre la CNUDMI y otros órganos como la Cámara de Comercio de París. Por esta razón, en Perú hemos decidido establecer una comisión de apoyo que sirva como contraparte oficiosa de la CNUDMI. Desgraciadamente, sin embargo, debido a otros asuntos importantes, no hemos participado activamente en las actividades de la CNUDMI.

Debería haber un grupo homólogo nacional en ese foro. Es allí donde encontraremos a esas personas que nos hubiera gustado oír en este Congreso: grupos corporativos que utilizan o no utilizan las convenciones, las universidades y los órganos especializados. Esa es la razón por la cual (y les pido disculpas por hablar de algo que no es el arbitraje) quisiéramos insistir en que en algún momento, como resultado de este Congreso, se debería mencionar que países como Perú, que no pueden participar activamente en la CNUDMI, tengan grupos de apoyo constituidos por los que forman parte de la comunidad jurídica, corporativa y universitaria, así como el Gobierno, que tienen un interés especial en el desarrollo de las importantísimas actividades de la CNUDMI.

### J.B. DADACHANJI

Abogado, Tribunal Supremo, Nueva Delhi

Sr. Presidente, hemos escuchado las excelentes intervenciones del Profesor van den Berg y del Profesor Ivan Szasz. En mi carácter de abogado en ejercicio que se ocupa de cuestiones de arbitraje desearía señalar las dificultades prácticas que plantea el artículo II de la Convención de Nueva York para los países en desarrollo.

El artículo II no ha definido lo que es un acuerdo nacional, ni lo que es un acuerdo internacional, ni un acuerdo con matiz internacional, como algunos autores lo han llamado. Como resultado de esto, los tribunales de los países en desarrollo han elaborado diferentes criterios. En otros países, por ejemplo en Inglaterra, para que un acuerdo se trate, de conformidad con la ley de 1975, como un acuerdo internacional, basta con que una de las dos partes residentes en Inglaterra sea un extranjero. En los Estados Unidos, tengo entendido que incluso si dos ciudadanos de los Estados Unidos firman un acuerdo de arbitraje, si el objeto del arbitraje está fuera de los Estados Unidos y comprende los derechos y obligaciones de un tercer país, se trata como un acuerdo internacional.

En cambio, otras sentencias dictadas en países en desarrollo expresan que, a menos que el acuerdo tenga por resultado un laudo dictado en el extranjero, no puede tratarse como un acuerdo internacional, sino como un acuerdo nacional, especialmente porque en muchos países en desarrollo, debido a las legislaciones nacionales, los acuerdos de colaboración con los países desarrollados tienen una cláusula (que se ha convertido ya en una cláusula usual) que expresa que el contrato se regirá por la ley local del país en desarrollo. Y aquí viene el problema. Si la ley local rige el contrato, la ley de arbitraje y la ley del país tratarían el arbitraje como un asunto sometido a la ley local, la ley nacional, y el laudo sería un laudo nacional y no un laudo extrajero.

Estas son las ideas que entran actualmente en juego en el mundo de los litigios. Es evidente la necesidad de que la CNUDMI realice algún tipo de investigación para, sobre esa base, recomendar lo que debe hacerse. El profesor van den Berg dijo que ésta era una cuestión de interpretación. Pero ¿dónde termina la interpretación? Dentro de los tribunales de un mismo país puede haber opiniones diversas; esto ha sucedido en mi país, India. Existe también la diversidad de opiniones entre tribunales de países diferentes. En un país el tribunal puede tener una opinión sobre lo que es un laudo extranjero y lo que es un acuerdo nacional. En otro país el criterio puede ser diferente. ¿Cómo podremos resolver esas diferencias de interpretación? ¿Es necesario constituir un tribunal internacional y vale la pena investigar, y atribuir a ese tribunal la decisión en cuanto a la interpretación de la Convención de Nueva York? ¿O es que de conformidad con las reglas de la CCI pueden introducirse ulteriores modificaciones, y se puede conferir al tribunal la facultad de interpretar las cláusulas del tratado? ¿O debería haber una convención distinta que definiera estos problemas, especialmente cuando en los países en desarrollo que suscriben contratos de coinversión con colaboración extranjera, existe la práctica, cada vez más extendida, de estipular que el contrato se rige por la ley local del país?

El otro problema sería el de la fuerza ejecutiva de los laudos y la impugnación de la fuerza ejecutiva de los laudos. El orden público, a que se han referido los oradores que me han precedido, es término muy elástico y flexible. Se han anulado muchos laudos por razones de orden público. Por ejemplo, un laudo dictado en Londres concedía indemnización por daños a una parte londinense por la infracción de contrato cometida por un sector público de otro país, por el motivo de que todos los directores eran funcionarios del gobierno, y los funcionarios del gobierno, asumiendo dos posiciones distintas, prohibieron la exportación de esa mercancía particular a Inglaterra. El árbitro londinense expresó que esa no era una cláusula de fuerza mayor. Era evitable porque las mismas personas eran, al mismo tiempo, funcionarios del ministerio y directores de la compañía. Cuando se llegó al punto de la ejecución en el país donde estaba el sector público en cuestión, el tribunal supremo estimó que esto contravenía el orden público porque de acuerdo con la ley del país, las compañías del sector público, aunque estuviesen poseídas en un 100% por el gobierno, son entidades totalmente diferentes. Deseo señalar estas dificultades prácticas. El orador que me precedió indicó, a título de sugerencia, que la CNUDMI era el remedio adecuado. Sí: digo eso. Lo recomendaría como abogado. ¿Pero en qué situación quedan entonces los acuerdos existentes, las reglas de la CCI, la Convención de Nueva York?

#### **Notas**

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo), 1978, artículo 22; Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CNR), 1956, artículo 33; Convención Internacional sobre el Transporte de Pasajeros y Equipaje por Ferrocarril (CIV), 1961, artículo 61; Convención Internacional sobre el Transporte de Mercancías por Ferrocarril (CIM), 1970, artículo 61; Convención Internacional sobre el Transporte de Pasajeros y Equipaje por Ferrocarril (CIV), 1970, artículo 57; Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, 1980, artículo 27; Acuerdo sobre Cooperación en la Navegación Comercial Marítima, Budapest, 1971, artículo 13.

A.J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (Denventer, Kluwer, 1981).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Anuario Arbitraje Comercial, vol. III, (Deventer, Kluwer, 1978), pág. 225.

- <sup>4</sup> A.J. van den Berg, "Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958?", J.C. Schultsz y A.J. van den Berg, eds., *The Art of Arbitration*, (Denventer, Kluwer, 1982), pág. 39.
  - Journal du droit international, No. 4, 1988, pág. 1207.
  - <sup>6</sup> Anuario, ..., vol. III, pág. 137.
- Anuario ..., vol. III, pág. 212; Anuario ..., vol. VI, pág. 142; Anuario ..., vol. XI, pág. 185; Anuario ..., vol. XIII, pág. 123; Anuario ..., vol. XIV, págs. 156 y 191; Anuario ..., vol. XVI, pág. 13; Laudo 6531 de la CCI; Anuario ..., vol. XVII, págs. 221 a 225; Laudos 6752 y 5597 de la CCI, no comunicados.
  - 8 A.J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (Deventer, Kluwer, 1981)
- 9 Laudo 4604 de la CCI, Colección de laudos arbitrales de la CCI, 1974-1985, (Deventer, Kluwer, 1990), pág. 546. Véase también P. Bellet, "Prospects for and enforcement difficulties of the arbitral award", Simposio de árbitros, mayo de 1990, Instituto de Legislación y Práctica Comercial Internacional de la CCI.
- Laudo 2730 de la CCI, Colección de laudos de la CCI, 1974-1985, (Deventer, Kluwer, 1990) pág. 490; Laudo 5485 de la CCI; Anuario ..., vol. XIV, pág. 156; Laudos 6733, 6223 de la CCI, no comunicados; Laudo 6697 de la CCI, Revue de l'arbitrage No. 1 (1992), pág. 135.
- <sup>11</sup> Véase la Convención Europea de 1961, Convención de Panamá de 1975, Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.
  - 12 Laudo 6379 de la CCI, (Anuario ...), vol. XVII, págs. 212 a 220.
  - 13 Laudos 5385, 6223 y 6733 de la CCI, no comunicados.
- <sup>14</sup> Anuario ..., Vol. IV, pág. 191, Laudo 6379 de la CCI, véase la nota 12; Anuario ..., Vol. VII, pág. 137.
  - 15 Anuario ..., vol. III, pág. 212.
- Anuario ..., vol. VI, pág. 142. El tribunal arbitral del Intercambio de Pieles y Cueros de los Países Bajos también dijo que: "Se puede añadir que si la Convención de Nueva York no se aplicara en virtud de su artículo VII, párrafo 1, la validez de la cláusula arbitral todavía se mantendría". (Anuario ..., vol.VII, pág. 137).
  - <sup>17</sup> Anuario ..., vol. XVI, pág. 13.
  - <sup>18</sup> Laudo 6531 de la CCI, *Anuario* ..., vol. XVII, págs. 221 a 225.
  - <sup>19</sup> Laudo 5597 de la CCI, no comunicado.
  - <sup>20</sup> Anuario ..., vol. VI, pág. 142.
  - <sup>21</sup> Anuario ..., vol. VII, pág. 137.
  - <sup>22</sup> Anuario ..., vol. X, pág. 89; Anuario ..., vol. XIV, pág. 191; Anuario ..., vol. XVI, pág. 13.
  - <sup>23</sup> Anuario ..., vol. VI, pág. 142; véase también Anuario ..., vol. XI, pág. 185.
  - <sup>24</sup> Laudo 4589 de la CCI, Anuario ..., vol. XI, pág. 148.

- Laudo 5485 de la CCI, Anuario ..., vol. XIV, pág. 156; Laudo 3383, Colección de Laudos Arbitrales de la CCI, pág. 394; Laudo 5385, no comunicado; Laudo MAC, Anuario ..., vol. XIV, pág. 209.
  - <sup>26</sup> Laudo 1512 de la CCI, Colección de Laudos Arbitrales de la CCI, 1974-1985, pág. 33.
  - <sup>27</sup> Anuario ..., vol. XIV, pág. 156.

# VI. LA FUTURA FUNCIÓN DE LA CNUDMI

## A. La función cambiante de la CNUDMI

### PROFESOR KAZUAKI SONO

Sapporo (Japón); Consejero General Ayudante, Fondo Monetario Internacional; Secretario de la CNUDMI, 1980-1985

La profesora Boss hizo observar en este Congreso que cada día se transfieren 3 billones (3x10<sup>12</sup>) de dólares a través del Sistema de cámaras de compensación de pagos interbancarios de Nueva York (CHIPS) solamente en Nueva York, operaciones que, desde luego, alcanzan a diversas partes del mundo. De estos 3 billones de dólares, la proporción de pagos relacionados con el comercio tradicional sólo representa un pequeño porcentaje. El resto corresponde a otras actividades en esta época en que el libre movimiento de los capitales va más allá de las fronteras nacionales. El comercio tradicional de intercambio de mercancias ha dejado de ser la fuerza motriz dominante de la distribución de los recursos en el mundo.

Antes de que surgieran los modernos Estados soberanos, el orden y la estabilidad se mantenían por la adhesión a prácticas universalmente aceptadas. Sin embargo, al surgir los Estados modernos, cada Estado, en el ejercicio de su soberanía, promulgaba leyes que regían las actividades económicas en sus respectivos territorios. En aquellos días, el esquema de la interacción económica entre los Estados era relativamente simple y correspondía casi en su totalidad al intercambio de mercancías en el comercio. La idea de la uniformidad de las leyes nacionales relativas al comercio internacional, que surgió en los años 1920, y los intentos de alcanzarla, se basaban en ese orden. El año 1966, en que se creó la Comisión, estaba también comprendido en ese período. Esta era una época en que la puerta para el comercio entre el Este y el Oeste se estaba abriendo y soplaba alguna brisa sobre la cortina de hierro.

Por esta razón, en sus primeros años, la CNUDMI se dedicó casi exclusivamente a elaborar normas en aquellas esferas en que la legislación, en los distintos sistemas jurídicos nacionales, estaba bien desarrollada, como la compraventa internacional de mercancías y el transporte marítimo de mercancías. En tales casos, la base proporcionada por la jurisprudencia, y las consecuencias prácticas de las normas existentes, eran bien conocidas. La CNUDMI, podía estar orgullosa de ser el "pájaro tirano". Esa era la época de la unificación de la legislación privada de cada nación con relación al esquema tradicional de comercio, y no se ponía en tela de juicio la medida en que el esquema del orden jurídico internacional entonces existente se adaptaba al comercio.

Sin embargo, el sistema de Bretton Woods, que también se había estructurado inicialmente sobre las bases compuestas de ordenamientos nacionales aislados se desplomó cuando los marcos de las actividades económicas ya se estaban transformando para acoger la libertad de inversiones extranjeras directas y la liberación de los movimientos de capital. El golpe decisivo vino en forma del sistema de tipo de cambio flotante introducido en marzo de 1973. Desde esa época, la mundialización de las actividades económicas, ayudada también simultáneamente por innovaciones tecnológicas en la comunicación y el transporte, ha abarcado rápidamente la mayor parte del comercio en el mundo, y el esquema del comercio ha cambiado considerablemente.

En consonancia con el esquema cambiente de las actividades económicas en todo el mundo y con la variación de la importancia de los tipos de estas actividades, el programa de trabajo de la Comisión fue evolucionando gradualmente, apartándose de las esferas comerciales tradicionales. Fueron ejemplos de esto la preparación de una guía jurídica sobre los grandes trabajos industriales y una guía jurídica sobre la transferencia electrónica de fondos. La preparación de la Guía Juridica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, se consideró también adecuada para el primer proyecto del Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, creado en 1980.

No podemos negar que la elección de un término que tiene un matiz de contenido sumamente político como es el de nuevo orden económico internacional para el nombre de uno de los grupos de trabajo de la CNUDMI en aquel momento se hacía en respuesta a presiones políticas, dentro del sistema de las Naciones Unidas, con la finalidad de que la CNUDMI emprendiera algún trabajo en la esfera del nuevo orden económico internacional. Sin embargo, como se indicó claramente en el informe de su primera sesión, el Grupo de Trabajo no creía que un mero intercambio de gritos de combate o de lemas políticos, de moda en aquel entonces, fuese productivo. Sin embargo, fue esta circunstancia de tipo político la que proporcionó una excelente oportunidad a la Comisión para ampliar su programa de trabajo más allá de las esferas tradicionales a la luz del esquema cambiante de las interacciones económicas en el plano mundial. La misión histórica del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, no obstante, culminará el año próximo en la adopción de una Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes y de Obra. En relación con esto permítaseme agregar que, en las presentes negociaciones en la Ronda Uruguay del GATT, se está tratando de obtener reglamentos uniformes con normas justas y transparentes también en sectores tales como los reglamentos sobre inspección previa al embarque, y los reglamentos sobre los procedimientos para la concesión de licencias de importación, que tienen una semejanza notable con los principios básicos en que se inspira el proyecto de la CNUDMI sobre contratación pública de bienes y de obras.

La imagen del comercio ha cambiado mucho incluso desde la época en que, en los años 1970, se discutió vivamente el nuevo orden económico internacional. En este contexto puede ser interesante señalar que el Comité sobre los Aspectos Legales de un Nuevo Orden Económico Internacional de la Asociación de Derecho Internacional, creado en su Conferencia de Belgrado en 1980, es decir, el mismo año en que se creó el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional de la CNUDMI, cambió su nombre, en la Conferencia celebrada en El Cairo el mes pasado, por el de Comité sobre los Aspectos Legales del Desarrollo Sostenible. Ha llegado el momento, también para la CNUDMI, que espera en el próximo año concluir el actual programa de trabajo sobre el orden económico internacional, de dar una nueva denominación al Grupo de Trabajo, la que podría ser Grupo de Trabajo sobre la Economía Mundializada, con lo cual se tendrían en cuenta las vastas implicaciones de la economía en su tendencia hacia la integración mundial, y la idoneidad de los actuales procedimientos y ajustes jurídicos que pudieran requerirse en respuesta a esta realidad.

Si las actividades económicas han adquirido un carácter mundial y transfronterizo, la legislación debería tratarlas en la misma dimensión, haciendo desaparecer su carácter local. Por ejemplo, si la noción de la equidad en el comercio continúa tratándose a un nivel nacional localizado, de la manera tradicional, es concebible que dicha noción adquiera un matiz cada vez más proteccionista. Inicialmente, los reglamentos económicos de cada nación estaban destinados fundamentalmente a mantener un mercado nacional ordenado, y eso era adecuado en aquellos días del comercio tradional. En cambio, en una época reciente, los intentos cada vez más frecuentes de ampliar el campo de aplicación de esos reglamentos, para hacerlos extraterritoriales, ya están dando lugar a declaraciones discordantes en materia de jurisdicción, que confundirán completamente a las partes que realizan actividades económicas.

En la esfera de la solución de los litigios comerciales internacionales, el éxito obtenido por las actividades de la CNUDMI en el arbitraje comercial internacional ha sido un acontecimiento afortunado, pues dichas actividades coincidieron con el período de formación y expansión de la actividad económica a escala mundial, en los años 1970. La flexibilidad del arbitraje a menudo permite a los árbitros maniobrar apartándose de las legislaciones nacionales, que no son de gran ayuda, en particular para la solución de los litigios en que entran en juego contratos modernos complejos. Además, la solución de los litigios por medio de laudos constituye una reaparición de la norma de la razón en un nivel deslocalizado, lejos del positivismo jurídico y del dogma tradicional.

En el caso de las transacciones complejas, que eran raras en el pasado, existe la tendencia a utilizar "el principio general de derecho", la lex mercatoria, o "el principio de buena fe y trato justo", especialmente estipulándolos en cláusulas de arbitraje. En el Congreso me enteré, por habérmelo dicho una persona digna de confianza, que entre el 5% y el 10% de los litigios que se someten a arbitraje contienen actualmente dichas cláusulas. La persona que me dio esta información dijo "sólo entre el 5% y el 10%", pero para mí este es un porcentaje muy significativo. Sin embargo, el contenido de estos principios no está aún definido, y está aún

lejos de serlo. No obstante, es interesante señalar en este contexto que organismos internacionales como UNIDROIT y la CE están actualmente empeñados en la elaboración de su contenido de una manera más concreta en forma de principios de derecho internacional en materia de contratos bajo la influencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que continúa aportando una valiosa contribución para reorientar la jurisprudencia tradicional, de carácter dogmática, y extenderla más allá de lo relativo a las compraventas. La Asociación de Derecho Internacional también ha comenzado a elaborar principios contractuales mundiales, lo cual hace a través de, y esto es interesante, su Comité Internacional de Arbitraje Comercial.

Como también indicó el Profesor Don King, es posible que pronto se sienta la necesidad de establecer un tribunal mundial de comercio que conocerá inicialmente de aquellos casos en los que, en el arbitraje, se haya pedido la aplicación de una lex mercatoria nacional o de principios generales del derecho en materia de contratos. En este Congreso ya hemos oído la sugerencia del Profesor Roy Goode de que se estableciera un tribunal internacional, para que interpretara los textos legales uniformes.

La economía mundializada está haciendo desaparecer el ordenamiento antiguo. El actual proceso de unificación de la CE, que aboga por un abandono gradual y voluntario de la soberanía de sus miembros, es en parte una respuesta a esta realidad. Ya hemos oído a este respecto una inspiradora declaración del Profesor Uwe Schneider. Las declaraciones del Profesor Manuel Olivencia Ruiz y del Profesor Joaquín Bonell tienden también, en general, a apoyar esta tendencia. Las ondas de "desreglamentación" o "liberalización" de las disposiciones administrativas o económicas a niveles nacionales locales son de naturaleza meramente preparatoria y establecen la base para el futuro orden mundial. La liberalización como tal no es un objetivo final. Una vez desenredadas las antiguas ataduras, el mundo tendría que discutir, sea o no en nombre de una nueva ideología, el camino que debería tomar la nueva aldea mundial. En el campo de las actividades económicas, incluso la discusión de una ley antimonopolio uniforme en el nivel deslocalizado ya es fácilmente concebible. En realidad, deberíamos reflexionar sobre la discordancia que existe entre la realidad de las actividades económicas integradas en el plano mundial y los ordenamientos reglamentarios localizados independientes unos de otros

Deberíamos mirar a lo lejos en el futuro. Deberíamos ser innovadores al considerar los esquemas del ordenamiento jurídico que serían deseables para el siglo veintiuno, y que asegurarían el funcionamiento sin contratiempos de un comercio mundializado, para beneficio de todas las regiones.

En este Congreso hemos ya oído varias propuestas interesantes de temas concretos que la CNUDMI podria considerar. Por ejemplo, el Profesor King dijo que esferas tales como la de la protección del consumidor, que la CNUDMI prudentemente evitó en el pasado, podrían abordarse ahora y ya no tenemos por qué esquivarlas. La Profesora Hellen Hartnell se refirió a la necesidad de normas internacionales uniformes relativas a la validez del contrato en el orden sustantivo, incluidas cuestiones tales como la buena fe, la justicia, la equidad y el fraude, que se relacionan con el orden público. Expresó que cualesquiera que hayan sido las razones históricas por las que tales materias han quedado reservadas a la legislación nacional, ya no debemos temer empeñamos en la discusión del tema del orden público mundial en presencia de cambios. Hubo también propuestas de emprender trabajos en las esferas de los derechos de propiedad intelectual, patentes, marcas de fábrica, quiebra o insolvencia internacionales, garantías mobiliarias, servicios de intermediarios e incluso una legislación fiscal transnacional.

Desde luego, la CNUDMI no puede abordar todos estos temas, ni debería tampoco elegir cualesquiera de ellos por el simple hecho de haber sido propuestos. Además, aunque en el pasado, la creación de un proyecto de una manera gradual no perturbó necesariamente el ordenamiento jurídico fundamental, deberíamos tener presente que, ahora, esto se propone en el contexto del esquema cambiante del comercio mundial. Por tanto, un enfoque gradual sería peligroso, a menos que estuviésemos bien seguros de los principios comunes antes de aplicarlos. Además, existen también otros organismos calificados en esferas especializadas. Por ejemplo, si la eliminación de las discrepancias (y las consiguientes confusiones) que tienen su origen en la existencia de afirmaciones discordantes en lo tocante a la jurisdicción competente es uno de los objetivos que habrán de alcanzarse en materia de quiebra o insolvencia internacionales, la Conferencia de la Haya puede ser lo más adecuado, aunque el proyecto ya no estaría circunscrito al área de la elección

tradicional de legislaciones locales. En la esfera de las garantías mobiliarias, se podría incitar a UNIDROIT a que emprendiera trabajos sobre la base de la gran pericia que ha adquirido en áreas conexas tales como el arrendamiento financiero con opción de compra y el facturaje. En cualquier caso, si nuestro trabajo es estimulado por el hecho de haber cambiado el esquema de comercio, es necesario acometer el estudio de una manera concertada, como expresó el Sr. Jeffrey Ritter. De no ser así, todo esfuerzo no sólo será ineficaz, sino que incluso podría ser contraproducente, sobre todo cuando nos fijamos como objetivo un nuevo orden jurídico adecuado para la economía mundializada.

Quizá, a través de un organismo como el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Economía Mundializada, cuyo establecimiento sugerí, podríamos comenzar a identificar esos ordenamientos jurídicos, métodos o conceptos tradicionales que fueron adecuados en el pasado, pero que han caído en desuso o ya no son apropiados, por los cambios que se han producido, y podríamos comenzar por reflexionar sobre los métodos o principios básicos concebibles para tener en cuenta los cambios, antes de elaborar normas específicas. Es evidente la necesidad de revisar a fondo ciertos criterios que todavía se basan en el ordenamiento jurídico localizado y hacer los ajustes adecuados en la tradicional distinción entre derecho privado, derecho público, derecho económico y derecho internacional público.

La CNUDMI, como el organismo jurídico medular en la esfera del comercio internacional, con su importante función de coordinación de las actividades pertinentes de otras organizaciones internacionales en esta materia (función que todavía no ha ejercitado en toda su extensión), podría asumir una modesta posición de dirección en esta nueva dirección. El cambio tendría que ser gradual para evitar fricciones que podrían dar lugar a confusiones, y un calendario apropiado de trabajos sería muy importante para cualquier proyecto concreto. Sin embargo, la economía mundializada evidentemente está invitando a una nueva forma de pensar, cualquiera que sea nuestra formación en materia jurídica. Las Naciones Unidas necesitan tal organismo y están haciendo preparativos con miras al futuro. Estimo que este Congreso representa un punto crítico en esa dirección.

# B. Dar a conocer mejor y promover la aceptación de los textos jurídicos uniformes

## SECRETARÍA DE LA CNUDMI

Necesidad de promoción

Permitaseme comenzar por una pregunta algo singular. ¿Qué necesidad hay de promover un derecho mercantil uniforme cuya necesidad se hace sentir en todas partes? Después de todo, no sé de ningún departamento de bomberos que haya solicitado los servicios de una agencia publicitaria. Analicemos por ello las dudas o los obstáculos que dificultan la aceptación de un derecho uniforme.

Obstáculos generales identificados por René David

En este punto podemos reflexionar sobre las palabras pronunciadas por el Profesor René David: El primer obstáculo es la rutina conservadora, el prejuicio y la inercia. El Profesor David no se refirió simplemente a los gobiernos o a los funcionarios de los ministerios, quienes, como sabemos, están sobrecargados de trabajo y a veces pueden tener otras prioridades. Lo que quiso decir es que "los abogados y negociantes están ligados al statu quo, al orden de cosas que ellos conocen, y al cual han adaptado su conducta y su forma de actuar. Ven toda reforma con sospecha; perciben esencialmente las dificultades que causará, y no sus beneficios, ni el progreso que se pretende traiga consigo. Esta actitud puede verse claramente cuando se considera la unificación del derecho en el plano internacional. Todos aceptan la unificación del derecho cuando son los demás los que han de adoptar su derecho interno<sup>1</sup>.

Existe una forma todavía más sutil: se elogia la nueva ley uniforme y se la recomienda a otros Estados. En los titulares de un periódico se publicó lo siguiente con relación al congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial celebrado en Lausana en 1984: una ley modelo deseada para otros.

René David ha identificado un segundo obstáculo que es la "diversidad de naciones con sus diferentes estructuras económicas, sociales y políticas e ideas divergentes con respecto a la justicia". Una tercera dificultad en la unificación es la "diversidad de los métodos utilizados por los abogados de los diferentes países para la elaboración y el desarrollo de la ley". "Este obstáculo", dice David, "puede ser considerable, pero no debería ser insuperable si intereses poderosos solicitan la unificación: los métodos deben ser regidos por el hombre, y no el hombre por los métodos<sup>2</sup>".

Objeciones concretas a un determinado texto

Existen también objeciones concretas a un determinado texto. Es mejor malo conocido que bueno por conocer, o una ley novedosa se rechaza como una solución de transacción sintética sobre la base del denominador común más bajo no apoyado por la jurisprudencia. Recuerdo que a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje se le llamó una vez "la ley esperanto" y "el alimento rápido de la CNUDMI". Cuando oí esto por primera vez pensé que quien así criticaba la Ley Modelo o bien ignoraba los esfuerzos que se habían consagrado a la creación del esperanto, o bien no era un gourmet. Posteriormente supe que se trataba del coautor de una nueva ley nacional que seguía los principios de la cocina casera tradicional que son: no mires más allá de tu plato y de tu cocina, y nunca preguntes a tus clientes (y menos aún si son extranjeros) sobre sus opiniones y deseos.

Veamos ahora los posibles remedios, es decir, la forma de superar o atenuar los obstáculos.

Una propuesta francesa original de cura radical

En primer lugar hay una propuesta original de una cura radical presentada ya en la segunda sesión de la CNUDMI por el representante de Francia que era, ni más ni menos, que el propio René David. Llegó a la conclusión de que solamente un cambio fundamental en la metodología tendría alguna posibilidad de llenar la laguna existente entre el lento ritmo de la labor legislativa internacional y las exigencias del mundo moderno, especialmente en la esfera del comercio internacional. Sugirió que los Estados deberían acordar, por medio de una convención general, aceptar las normas establecidas por la Comisión o, bajo sus auspicios, por un cuerpo de derecho común (droit commun). Estas normas se aplicarían únicamente a las transacciones internacionales, y, si un Estado tomó la iniciativa y rechazó un determinado instrumento, podría evitarlas indicando las normas que aplicaría en su lugar.

La propuesta francesa se ha presentado dos o tres veces en las primeras sesiones de la CNUDMI, y, como dijo el profesor Alan Farnsworth, cada vez suscitó respetuosa atención pero poco apoyo entusiasta. El profesor Farnsworth dijo en esa ocasión (1972): es "dudoso que haya llegado el momento de apartarse drásticamente de la técnica tradicional de la ratificación Estado por Estado. Desafortunadamente, también es dudoso que la técnica tradicional pueda responder al desafío de avanzar en la consecución del objetivo de la CNUDMI, la promoción de la armonización y unificación progresivas de la ley del comercio internacional<sup>3</sup>".

Mi conclusión probablemente sería que todavía no ha llegado el momento. Quizá en el siglo veintiuno volvamos sobre esta propuesta, tal vez en una forma más limitada, por ejemplo, limitada a los Estados que asisten a una conferencia en la que se concluye una convención determinada y votan en favor de dicha convención en la conferencia (aunque la existencia misma de este método pondría en peligro la totalidad del proyecto). Por eso creo que debemos buscar modos menos radicales de superar los obstáculos, y a este respecto se han hecho muchas indicaciones en el Congreso, por lo que en esta situación haré solamente un breve resumen.

Tratamiento menos radical durante el trabajo preparatorio

En primer lugar se debería proceder con cuidado y responsabilidad a la hora de evaluar la conveniencia y viabilidad de cualquier proyecto contemplado. Este Congreso no es mas que uno de los muchos medios de recibir aportaciones prácticas y técnicas para el programa de trabajo futuro de cualquier organización

internacional en esta esfera. De particular importancia son las observaciones y opiniones emitidas por los círculos interesados que se ocupan de estas cuestiones (y se preocupan por ellas).

Citemos de nuevo a René David: "La rutina es el enemigo peor y más peligroso de la unificación de la legislación, la cual, por esa razón, tiene más probabilidades de alcanzarse en "materias nuevas" donde no hay tradiciones nacionales bien establecidas, y donde la necesidad de construir un nuevo sistema de derecho, adaptado a las exigencias de un nuevo mundo, es más evidente".

Por tanto, debería haber una meticulosa delimitación del campo de aplicación, desde el punto de vista sustantivo, y una elección realista de la forma o vehículo de unificación. Hemos oído y aprendido mucho sobre la diferencia entre la convención y la ley modelo, y sobre los medios legislativos y no legislativos de unificación.

El factor que le sigue en importancia es la utilización, durante la preparación de un texto, del fondo común de la experiencia de los expertos procedentes de las diversas regiones y sistemas jurídicos, de todos los Estados y organizaciones internacionales interesados, para la elaboración de un texto de alta calidad que contenga soluciones justas y aplicables en la práctica. Este texto debe redactarse con palabras sencillas y aparecer en versiones correspondientes en los idiomas árabe, chino, español, francés, inglés y ruso (todos estos idiomas se utilizaron en la preparación del texto).

En un documento que dirigí a la secretaría hace cuatro años señalé la imposibilidad de promover con éxito textos de calidad dudosa que no satisfagan una necesidad evidente. Añadiría que no deben promoverse en absoluto, porque ello constituiría una conducta irresponsable por parte de un organismo encargado de la formulación de normas, crearía confusión y discordancia, y repercutiría en perjuicio de la causa de la unificación en general. Sin embargo, considero que un buen texto justifica su elevado coste de producción. Dicho sea incidentalmente, estos costes son mucho más elevados de lo que piensan muchas personas en esta sala. Mi estimación, por ejemplo, de los costes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías sin tener en cuenta los costes de las delegaciones, se elevarían a unos 4 millones de dólares de Estados Unidos. Una vez que se ha gastado esa cantidad de dinero, estimo que está justificado gastar un poco más para dar a conocer ese texto porque, como muchos han dicho en el Congreso, la respuesta real es: información, información e información.

## Información, información e información

La información debería difundirse a todos los círculos interesados durante el trabajo preparatorio y deberían solicitarse sus observaciones y sugerencias. La información tiene que llegar a todos los destinatarios y usuarios finales de un texto dado, los encargados de aplicarlo en la práctica, los círculos profesionales, y me permito añadir los jueces. La información a todas las personas interesadas debería también explicar los objetivos y ventajas generales de una ley comercial uniforme.

Mencionaré algunos de los mensajes que deben ser difundidos por los discípulos de la "iglesia de la unificación". En primer lugar, dar a conocer y explicar el nuevo texto, destacar la seriedad de la preparación y la riqueza del material técnico aportado, describir las cuestiones de política que entran en juego en el fondo, y aclarar las malas interpretaciones. He aquí algunos ejemplos de frecuentes malas interpretaciones. Hay quienes dicen que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sólo es aplicable a procedimientos especiales. A esto debe responderse que no, que ya no está destinado solamente a procedimientos especiales. Otros dicen que con la propia ley, tienen certeza y no hay razón para buscar una nueva ley. A esto se debe responder diciendo que, por lo menos en muchos casos, ello no es más que un mito, si se analiza más detenidamente.

El Profesor Iván Szasz presentó el ejemplo de los 10 profesores húngaros que examinaron la Ley Modelo sobre Arbitraje. Al principio tenían muchas preocupaciones, y querían cambiar un gran número de disposiciones; al final, terminaron por elaborar un texto muy próximo al de la Ley Modelo. Personalmente puedo asegurarles, por haber presenciado la misma situación con respecto a un gran número de jurisdicciones diferentes, que esto es exactamente lo que sucede en todas partes.

Cuando usted explica con más detalles lo que se ha tenido en cuenta para la elaboración de una norma, y las principales consideraciones de política que han entrado en juego, es evidente que los textos son mejor comprendidos y más fácilmente aceptados. Se pueden señalar muchas soluciones transaccionales que no se han basado en el denominador común más bajo. Existen muchas soluciones transaccionales innovativas que son mejores que las solicitadas por cualquiera de las dos partes en el litigio que necesitó un arreglo. Un ejemplo adecuado lo constituye el artículo 16 3) de la Ley Modelo sobre Arbitraje. El hecho de que la lista de participantes en las reuniones de la CNUDMI sobre arbitraje se parezca mucho al "Quién es quién en arbitraje" es, naturalmente, menos impresionante para cualquiera de los expertos que no estaban en la sala cuando se prepararon la ley y el reglamento de arbitraje.

Después se debería explicar la razón por la cual es necesario apartarse de la ley nacional tradicional, y señalar que "la legislación comparativa" pertinente no es aquella con la que estamos familiarizados, sino cualquier ley extranjera, tanto en el sentido propio del idioma, como también en el sentido de ley extraña o desconocida. Debemos recalcar que una ley uniforme aceptable pronto se convierte en una entidad ampliamente conocida, que cada vez es más perfilada por un número de sentencias dictadas por los tribunales de muchos países y recopiladas por un órgano centralizado. En lo que respecta a las leyes modelo, no debería subestimarse el "factor de alta fidelidad". Se debería siempre tratar de alcanzar el mayor grado posible de fidelidad a la estructura, el idioma y el contenido de la ley modelo. Esto lo reconoció claramente la Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong cuando llegó a la siguiente conclusión: No tenemos problemas con nuestra ley, no hemos oído que se nos hayan hecho críticas, pero esta Ley Modelo es fácilmente reconocible por usuarios extranjeros, y esa es la razón principal por la cual la promulgamos en una nueva ordenanza en Hong Kong.

Por último, se debe despertar la conciencia sobre el hecho de que un contrato o transacción internacional no está por naturaleza enmarcado en una determinada ley nacional, y que su especificidad internacional se plasma mejor en una ley uniforme. Baste con dos breves ejemplos. Consideremos el caso de un contrato de compraventa internacional que normalmente comprende el transporte de mercancías, a menudo a gran distancia. En el caso de defectos menores, la solución tradicional basada en permitir la rescisión del contrato con la consiguiente necesidad de devolver las mercancías es económicamente menos ventajosa que la adoptada por la Convención de mantener el contrato y compensar la pérdida mediante el pago de daños. Asimismo, las condiciones generales para compraventas en importaciones o exportaciones en que intervienen diversos países se formulan de una manera más adecuada en el contexto de la ampliamente conocida y utilizada Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que en el de una sola ley nacional. Aún más manifiesta es la necesidad de una ley uniforme en el caso de transacciones multilaterales como las transferencias de crédito, o más todavía en el de las letras de cambio; los derechos y obligaciones de las diversas partes de un mismo y único documento negociable circulante sólo pueden determinarse adecuadamente mediante un sistema jurídico único asociado a ese instrumento, y no cuando dicho instrumento está sometido a la actual "departamentalización" insatisfactoria de la legislación.

## Métodos actuales y sus posibles mejoras

Permitaseme ahora indicar los actuales métodos empleados por la Comisión y la secretaría para poder formarnos una idea de lo que se ha hecho hasta el momento, lo cual, por sí solo, puede ser una información valiosa para algunos de ustedes, y después veremos las mejoras que pueden introducirse.

## Actividades de la Comisión y de la secretaría

Primero tenemos la publicación de textos de la ley uniforme y asuntos conexos. Así, tenemos el Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional, publicado en los primeros años de la CNUDMI; en aquel entonces dichos textos eran de otras organizaciones. Después tenemos los registros oficiales de conferencias diplomáticas en que se han concluido convenciones, y el libro de la CNUDMI, una copia provisional de cuya segunda edición se distribuyó a los participantes del Congreso. Tenemos los anuarios de la CNUDMI que comprenden la documentación regular de los distintos años, incluso el informe de las actividades actuales de otras organizaciones y el estado de las convenciones. Tenemos también folletos con notas explicativas que llamamos las "diez páginas". Se nos ha

dicho que son muy útiles para los funcionarios de los ministerios que tienen que preparar un memorando explicativo para introducir la legislación. Tenemos después la jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI, conocida por "CLOUT", que se publicará próximamente.

Por último, elaboramos, como coautores, material destinado a la promoción de actividades de otras organizaciones. Por ejemplo, la UNCTAD publicó un estudio sobre las repercusiones económicas y comerciales de las Reglas de Hamburgo y del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías. La Secretaría del Commonwealth publica unidades informativas para la accesión, y hemos ayudado en la preparación de una para la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa; su autor es el Profesor Muna Ndulo. El Profesor H.E. Joko Smart preparó una sobre las Reglas de Hamburgo, y la última la preparó Gavan Griffith, el Procurador General de Australia, basándose en la Ley Modelo sobre Arbitraje.

Como ustedes saben, organizamos o copatrocinamos seminarios regionales o nacionales y programas similares. Los seminarios regionales y nacionales tienen sus ventajas e inconvenientes en lo concerniente a su eficacia con respecto al coste, la participación, y los efectos que podrían tener. En la secretaría estimamos que deben utilizarse ambos tipos, adaptados a las necesidades individuales. Confio en que, en el futuro, podamos celebrar un número considerablemente mayor de series de seminarios nacionales.

Vienen después las presentaciones de textos de la CNUMDI por delegados, miembros de la secretaría y otros participantes en las conferencias, reuniones y simposios celebrados por otras organizaciones. No las hemos contado, pero estimo que por lo menos 60 organizaciones han patrocinado eventos en los que se han examinado textos de la CNUDMI. Creo que la sola mención de ese número apoya lo que Malcolm Evans, Secretario General de UNIDROIT dijo sobre la apremiante necesidad de coordinación, y que, por mi parte, apoyo plenamente. Ello presupone el conocimiento de estos eventos con la debida anticipación; considero que este es el principal problema en este sector concreto. Quizá no sea el problema principal en otra esfera de coordinación, a saber, la relativa a la división del trabajo en la preparación de textos (pero esa es otra cuestión).

Hemos proporcionado y continuamos proporcionando asistencia técnica. En particular, prestamos nuestra asistencia mediante consultas sobre el proceso de reforma legislativa. Esto puede hacerse a un nivel algo más general, por ejemplo, preparando una comparación analítica de la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (la Haya, 1964) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que fue utilizada por los Estados que participaron en esta última conferencia, o una comparación entre las Reglas de la Haya y las Reglas de Hamburgo. O puede ser una tarea más concreta como la de examinar los informes de las comisiones encargadas de la reforma de la legislación, o hacer observaciones sobre proyectos de leyes.

También aleccionamos a abogados visitantes y, a veces, a representantes de comercio. Hace un mes tuvimos la visita de representantes de la industria belga. Creo es muy útil hablar no solamente con los funcionarios y abogados de los ministerios, sino también con los representantes comerciales.

Por último, proporcionamos capacitación a becarios y recibimos a profesionales estudiosos; desafortunadamente, esto tenemos que hacerlo a sus expensas, pues carecemos de fondo.

Actividades realizadas por otros en relación con textos de la CNUDMI

He mencionado únicamente actividades que la secretaría o la Comisión están realizando en el sector de la promoción de una mayor conciencia sobre la ley uniforme. Sin embargo, no debemos olvidar que hay muchas más actividades, realizadas por otros, sin nuestra iniciativa o asistencia. Por ejemplo, hay recomendaciones o vistos buenos de otras organizaciones, seminarios nacionales o regionales y aleccionamientos similares, escritos, actividades docentes y de investigación, a menudo realizadas o iniciadas por delegados. Si nos detenemos a ver lo que se ha hecho, o lo que falta todavía por hacer, debemos reconocer que ya se han obtenido algunos resultados. Recuerdo que, cuando comencé hace 17 años, y decía estaba trabajando para la CNUDMI, algunos me preguntaban: ¿qué es eso? Otros quizá pensaban que se

trataba de una organización para el boicot de las frutas cítricas porque esa es la consonancia que tiene este nombre en inglés (UNCITRAL). Pero el hecho de que la CNUDMI sea ampliamente conocida no significa que debamos dormirnos sobre los laureles. Debemos mirar hacia adelante y hacer todavía más.

Posible mejora de las actividades de la CNUDMI: más de lo mismo

En lo que respecta a las actividades que he esbozado, creo que la respuesta es sencilla. Deberíamos hacer más de lo mismo, a condición de que dispongamos de los recursos humanos y financieros, y éstos están limitados a nueve profesionales y un modesto presupuesto. Lo mismo se aplica a la última parte de mi intervención en la que mencionaré las posibles actividades adicionales.

## Posibles actividades adicionales

Lo que voy a presentarles ahora no debiera entenderse, y así se lo ruego, como un plan de acción. No se ha decidido nada al respecto, y hay una cosa cierta, no se han asegurado los recursos financieros necesarios para los proyectos que requieren fondos adicionales. Estas son simplemente ideas que someto a una futura consideración, algunas de las cuales son más fáciles de realizar que otras.

## Nuevas publicaciones

En primer lugar, vuelvo sobre la propuesta hecha por Singapur hace aproximadamente cuatro años, podríamos publicar un boletín de la CNUDMI, aunque desafortunadamente se considera que ya existen demasiados boletines en las Naciones Unidas y que tendríamos un problema de financiación. Este boletín debería contener no solamente ratificaciones y promulgaciones, noticias sobre obstáculos, referencias a nuevos resúmenes de casos, a nuevas publicaciones y seminarios sobre textos de la CNUDMI, sino también, y en particular, un compendio del actual trabajo de la CNUDMI, es decir, un resumen, de fácil manejo, de los proyectos en curso. Después de todo, muy pocas personas tienen tiempo para leer integramente todos los documentos preparatorios pertinentes para averiguar lo que se está haciendo y lo que son nuestros objetivos. Como parte del boletín, o en hojas sueltas, podríamos tener (publicaciones de) "dos páginas" sobre determinados textos, orientaciones sobre guías jurídicas, convenciones y leyes modelo. Estas podrían aparecer reimpresas en publicaciones jurídicas o comerciales.

En segundo lugar, se podría establecer un cuadro comparativo de promulgaciones nacionales de leyes modelo de la CNUDMI, listas de modificaciones o de adiciones para tener una visión de las aceptaciones y, lo que es más importante, proporcionar transparencia. Esto repercutiría en una mayor utilización de la ley modelo como una norma; como el consejero corporativo de una gran empresa reveló en una conferencia sobre arbitraje, él tenía el sueño de un usuario: quería un pequeño folleto que contuviera todas las leyes de arbitraje del mundo, y, con la estructura de la ley modelo, podría verse fácilmente donde estaban las desviaciones y adiciones.

Podrían entonces prepararse bibliografías clasificadas para cada texto de la CNUDMI.

La Comisión no ha sido partidaria de observaciones oficiales. Tuvimos una del Profesor Kazuaki Sono en la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, pero después de ésta nunca se preparó una observación oficial sobre un texto final. No obstante, tengo la impresión de que existe una tendencia, por lo menos en lo que respecta a las leyes modelo, hacia la formulación de una observación. Esto seguramente es cierto en cuanto al proyecto sobre la contratación pública de bienes y de obras y también lo es, de manera similar, con respecto a las transferencias de créditos, y tengo la impresión de que el mismo deseo se está observando también en lo que respecta a la ley uniforme sobre cartas de garantía.

En esta situación, se podría contemplar un análisis de la interpretación sucinta de textos de la CNUDMI por los tribunales, con posibles recomendaciones para una interpretación uniforme. Sobre esto se ha hablado mucho en el Congreso. A mi juicio, no es realista suponer que habrá en el futuro cercano un tribunal

internacional que tome decisiones vinculantes sobre las interpretaciones; pero lo que ese tribunal, o cuerpo similar, podría hacer es formular opiniones que, aunque no fuesen claramente vinculantes, sí deberían ser persuasivas.

De esta forma se podría tener una visión inmediata de la situación de las convenciones, la bibliografía e informaciones similares. Y, mirando con más detenimiento hacia el futuro, podríamos imaginarnos que contaríamos con un centro de documentación internacional sobre legislación mercantil como existe en otras esferas, por ejemplo en Ginebra para la legislación laboral.

# Cooperación con grupos nacionales de apoyo

Un punto muy importante es el del fortalecimiento de la cooperación con las personas o grupos de personas que sirven de enlace, a nivel nacional, en los países con los que tenemos contacto, y que a menudo miembros de la Comisión o antiguos delegados (hay una elevada correlación entre el número de personas que pertenecen a estos grupos y el número de textos adoptados, como demostramos en una nota de secretaría hace cuatro años). En lo que respecta a otros países, deberíamos establecer vínculos estrechos con los funcionarios de los ministerios y otras personas interesadas, proporcionarles una información completa y constante sobre nuestras actividades, y consultarles sobre las medidas más apropiadas para obtener una mayor conciencia y aceptación de los textos de la CNUDMI. Después de todo, son estas personas las que mejor saben lo que se necesita en un país determinado, y las que serían competentes para iniciar una acción tendiente a la ratificación. En el curso del Congreso hemos oído referencias a esas posibles personas o grupos de personas, por ejemplo, las observaciones hechas por César Guzmán-Barrón Sobrevilla sobre actividades en Perú.

# Asesoramiento por expertos y otra asistencia técnica

Se podría tratar de satisfacer las peticiones, en particular de los países en desarrollo, en lo que respecta a la asistencia de expertos en la reforma de la legislación, y asistencia técnica de otro tipo. Entre las posibles tareas podría señalarse: examen y revisión de las leyes mercantiles en un país o en una región; asistencia técnica para el establecimiento de los elementos necesarios de la infraestructura jurídica, por ejemplo, una institución de arbitraje, una entidad de contratación pública de bienes y obras, o una oficina de inversiones; cooperación técnica con las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas y otras organizaciones regionales, y organismos mundiales como el Banco Mundial y la Organización Marítima Internacional y sus consejeros regionales. En cuanto a esto, lo primero sería explorar las posibilidades de financiación, sea por el PNUD u otros organismos de ayuda multilateral, o tal vez por organismos de ayuda bilateral, o incluso por patrocinadores individuales.

### Asistencia en la enseñanza e investigación

Por último, considero que sería una buena idea proporcionar asistencia para la enseñanza e investigación en la esfera del derecho mercantil internacional. Podría comenzarse por una investigación a escala mundial de los cursos en las universidades y otras instituciones, para determinar hasta qué punto se sigue la ley uniforme. Podría también pensarse en proporcionar asistencia para la implantación de esos cursos. A este respecto se podría pensar en otro seminario similar al celebrado en 1975, cuyo objetivo era enseñar a enseñar. Se podría considerar la preparación de una compilación de textos docentes recomendados, y podrían iniciarse disertaciones y estudios similares sobre textos de la CNUDMI y sobre posibles temas de trabajo futuro, como tengo entendido hace la CCE.

Finalmente, y esta es mi última idea en este momento, se podría organizar o copatrocinar cursos de verano sobre derecho mercantil uniforme, quizá similares a los impartidos en la Haya sobre derecho internacional privado y derecho internacional público. Confieso que, a mi juicio, el derecho mercantil uniforme es por lo menos tan importante como el derecho internacional privado en el sentido tradicional. Los cursos deberían estar orientados a la práctica y, por esta razón, deberían tener una duración de sólo dos semanas. Podríamos incluso prever que en el futuro tuviésemos algo que ya se ha implantado con relación al derecho marítimo, a saber un Instituto de Derecho Mercantil Mundial, o una Escuela de Derecho Mercantil de las Naciones Unidas.

### Conclusión

Vamos a concluir revelando lo que hemos dicho ya muchas veces en la secretaría, que continuaremos realizando nuestros esfuerzos de unificación en tanto en cuanto no afecten demasiado al comercio internacional.

Hablando de esfuerzos, y más seriamente, quisiera tener la oportunidad de dar las gracias a mis colegas y compañeros de equipo por la gran labor realizada en la preparación de este Congreso. Nos comprometemos a continuar esforzándonos por ayudar a la Comisión en su histórica misión de contribuir al establecimiento de un amplio sistema de legislación uniforme para el mundo comercial en el siglo veintiuno.

C. Aspiraciones y prioridades de los países en desarrollo - los representantes de diversas regiones resumen lo que los países en desarrollo esperan de la CNUDMI

# ABBAS SAFARIAN NEAMAT ABAD

Jefe, Departamento de Tratados, Ministerio de Relaciones Exteriores, Teherán (República Islámica del Irán)

Desearía expresar mi reconocimiento por los logros alcanzados por la CNUDMI, con ocasión de su vigésimo quinto aniversario.

Tengo también grandes esperanzas de que, en los próximos años, la Comisión pueda lograr sus objetivos principales en lo concerniente a la unificación de las leyes y reglamentos que rigen el comercio internacional. Esta unificación sólo puede obtenerse realizando una acción positiva para armonizar diferentes sistemas jurídicos nacionales mediante la elaboración de convenciones internacionales y leyes uniformes y mediante la formulación de las recomendaciones jurídicas adecuadas y necesarias en forma de guías jurídicas y leyes modelo.

Durante sus primeros 25 años, la CNUDMI ha realizado grandes progresos en la promoción del proceso de unificación del derecho mercantil internacional, con lo que ha logrado hacer una contribución considerable a la armonización de los diferentes sistemas jurídicos existentes.

Una simple comparación entre la situación del comercio internacional en 1966 y la de hoy en día pone de manifiesto, simplemente, el éxito alcanzado por la CNUDMI en el cumplimiento de su mandato.

Los países en desarrollo, incluido el mío, están plenamente conscientes de la importancia de las tareas que ha emprendido la CNUDMI, teniendo en cuenta la función capital que desempeña el comercio internacional en la promoción de relaciones internacionales armoniosas, no sólo en la esfera económica, sino también en la cultural y la humana.

Como representante de un país en desarrollo que es miembro de la CNUDMI, me considero obligado a señalar a la atención el hecho de que hay otros países en desarrollo, menos avanzados, que, a pesar de su legítimo deseo de participar activamente en las sesiones de la CNUDMI, desafortunadamente no lo hacen por falta de recursos financieros. Por esta razón es necesario (y este punto lo ha recalcado la Asamblea General en varias ocasiones) buscar medios y formas adecuados para permitir que ese grupo de Estados participe en las deliberaciones de este foro de derecho mercantil internacional. Es solamente en tales circunstancias, con la participación de todas las naciones, que la CNUDMI puede tener la seguridad de haber adoptado decisiones que sean consecuentes con los ideales reflejados por los diferentes sistemas jurídicos que existen en el mundo.

El escenario político mundial ha sufrido cambios profundos en los últimos años, hechos que tomaron nuevas dimensiones en 1991, cuando los sistemas económicos basados en el modelo socialista se desplomaron y un número bastante grande de Estados declararon su independencia y adoptaron nuevas concepciones económicas. Esas naciones tienen una gran necesidad de ayuda y asistencia para poder superar los factores económicos adversos de esta fase de transición. Estimo que la CNUDMI debería apoyar a esos países, por lo menos mediante la divulgación de información.

Estamos actualmente en una era de distensión, al haber terminado el período de la guerra fría y, en consecuencia, disminuido considerablemente el peligro de un conflicto armado. Estos acontecimientos nos conducen a creer que la lógica de las armas tarde o temprano cederá el paso a la lógica del diálogo. Un mundo que no tenga que hacer frente a la carrera armamentista podrá dedicar una mayor parte de sus esfuerzos a su vida económica, lo que conducirá a una expansión sustancial del comercio internacional. En tales circunstancias, la CNUDMI tendrá una responsabilidad adicional: la de formular normas uniformes y convenciones internacionales que promuevan el desarrollo del comercio en un entorno justo y equitativo, en que se tengan en cuenta los intereses recíprocos de todas las partes, ya se trate de países ricos e industrializados o de países menos avanzados o en desarrollo. Debe señalarse que una visión de este tipo es de interés para los países ricos y desarrollados. En realidad, la estabilidad socioeconómica del mundo a largo plazo requiere que los países desarrollados lleven a una posición de equilibrio sus relaciones económicas Norte-Sur, para satisfacer las necesidades de comercio internacional que van surgiendo. En otras palabras, es necesario que le den una mayor importancia al proceso de fortalecimiento de las economías de los copartícipes más pobres. Las perspectivas económicas para el año 2000 parecen muy diferentes de las de la situación actual. Según algunos expertos en economía internacional, el fin de la guerra fría podria ir seguido de la aparición de una guerra comercial. El resultado de tal acontecimiento seguramente afectará de manera diferente a los países desarrollados del Norte (con sus fuertes economías y tecnolgías avanzadas) y a los países en desarrollo o menos avanzados del Sur.

En términos generales, la actividad comercial en Asia puede dividirse en dos áreas distintas: comercio regional y comercio mundial, en particular con el Oeste. La mayor parte de los países asiáticos tratarán, en el futuro, de desarrollar sus relaciones comerciales con copartícipes muy distantes. Sin embargo, debe señalarse que los países del continente asiático difieren considerablemente unos de otros en lo que respecta a su ingreso nacional: el ingreso anual per cápita en Japón es de más de 20.000 dólares de Estados Unidos, en la República de Corea y la provincia de China Taiwán es de sólo 2.500 dólares de Estados Unidos, y en Asia Sudoriental no excede de unos pocos cientos de dólares.

Por ello parece razonable, y en realidad necesario, que algunos de los recursos que se tornan disponibles como consecuencia de reducciones en los gastos militares se asignen a la satisfacción de las necesidades de los países en desarrollo durante el próximo decenio, y que se incite a esos países a mejorar sus términos comerciales. En el campo del comercio internacional, se debe ofrecer mayores oportunidades a los países en desarrollo y a los menos avanzados para que puedan contribuir a su propio restablecimiento económico, y, en consecuencia, al equilibrio y la estabilidad de la economía mundial.

En lo concerniente a la tecnología de la transferencia electrónica de fondos, que hoy en día representa un factor necesario en el desarrollo del comercio internacional, estimamos que, a este respecto, debería emprenderse una acción más positiva y constructiva, no sólo en el plano nacional, sino también en los planos regional e internacional. Compartimos plenamente la opinión de que esta tecnología debería exportarse a un costo apropiado y abordable. Tenemos que darnos cuenta de que nuestras convenciones y la unificación de nuestras leyes y reglamentos sólo recibirán un amplio apoyo internacional si la mayor parte de los países tienen acceso a las tecnologías avanzadas, particularmente en los campos de la banca y las telecomunicaciones.

Evidentemente, si los países en desarrollo no pueden tomar parte activa en el trabajo de la CNUDMI, el resultado de las deliberaciones de la Comisión será siempre favorable a los Estados que tienen mayores facilidades de investigación. En tal situación existe el riesgo de que, en el futuro, el orden económico mundial deje de servir a los intereses de algunos copartícipes comerciales. Esto iría en detrimento de los principales objetivos de la CNUDMI,

que se ha fijado la tarea de promover el desarrollo del comercio con todos los países.

Como ya dije anteriormente, el comercio (como elemento fundamental en la promoción de las relaciones internacionales) sólo podrá desempeñar un papel claramente beneficioso para los países en desarrollo si la estructura de las relaciones comerciales internacionales se basa en principios justos

y equitativos. Sólo en esas circunstancias podrá la humanidad alcanzar los objetivos de una justicia social verdadera dentro de la esfera económica y en un entorno en que la paz y la seguridad del mundo estén garantizadas.

Quisiera también hacer algunas observaciones sobre las opiniones de los países en desarrollo en lo que respecta a la terminología utilizada por la CNUDMI. Se ha observado que los textos contienen a menudo términos y expresiones que todavía no se emplean regularmente en el derecho mercantil de algunos países. Lo mismo cabe decir de la utilización de métodos de trabajo sofisticados y de tecnologías sumamente avanzadas. Es necesario que la secretaría de la CNUDMI adopte las medidas adecuadas para asegurar que sus proyectos de leyes y convenciones sean, en la medida de lo posible, redactados de conformidad con los conceptos legales empleados en todos los países.

Dado lo limitado del tiempo que tengo asignado, quisiera concluir con las siguientes sugerencias relativas al programa de actividades de la CNUDMI en relación con el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

En primer lugar, la Comisión debería continuar (como en el pasado, e incluso en mayor escala) el patrocinamiento de seminarios y simposios regionales con miras a proporcionar a los juristas y abogados en ejercicio en los países en desarrollo toda la información necesaria sobre el proceso de unificación y las técnicas utilizadas para hacerla avanzar, y también sobre las ventajas que les proporcionará la unificación.

En segundo lugar, parece necesario que, en este punto, la CNUDMI reserve un lugar especial en su programa a la redacción de normas uniformes sobre cierto número de cuestiones económicas contemporáneas, como las diposiciones que rigen las relaciones entre los inversionistas extranjeros y los países en que éstos invierten.

En tercer lugar, debería quizá considerarse la formulación de un texto uniforme sobre la armonización, en el plano internacional, de las operaciones de intercambio de divisas. Esto sería muy beneficioso para los países que no poseen un sistema único de divisas.

Para concluir presentaré mi cuarta y última propuesta, que constituye la base principal de mi intervención. Puesto que estoy hablando aquí, en la sala de la Asamblea General, deseo dirigir mis observaciones no solamente a la CNUDMI, sino también a la Comisión de Derecho Internacional y a todas las demás organizaciones responsables de la codificación del derecho internacional, a cuya atención se señalan los importantísimos puntos indicados más adelante.

Es esencial que en el proceso de la elaboración y codificación progresivas del derecho internacional se tengan en cuenta, entre otras cosas, los principios de la ley islámica.

En realidad, ¿cómo puede ignorarse una cultura jurídica tan antigua y rica que constituye hoy la base de los sistemas jurídicos de unas 50 naciones? El primer paso sería la armonización y la amplia divulgación del contenido de la ley islámica.

## ANA ISABEL PLAGGI DE VANOSSI

Profesor y Juez, Buenos Aires

Argentina se siente satisfecha de poder participar en este congreso que se realiza dentro del marco de homenaje de las Naciones Unidas en el decenio para el desarrollo del derecho internacional. Mi país se encuentra empeñado en el mejoramiento de su orden económico interno y regional; a tal efecto desea expresar las siguientes ideas.

La CNUDMI ha preparado reglas uniformes para algunos de los más importantes aspectos del comercio internacional. No obstante, una parte sustancial de su mandato es la capacitación y asistencia; esta esfera debería hoy encontrar expresión en un mayor activismo, ya sea a través de la organización de sus propios

simposios, o de seminarios regionales para dar a conocer a los profesionales de derecho y demás partes interesadas, los problemas y progresos del derecho mercantil internacional. Este sería un camino para acelerar el proceso de ratificación de las convenciones.

Sobre tales bases, el objetivo principal del programa de asistencia técnica podría apuntar a la promoción de las convenciones internacionales vigentes y otros instrumentos elaborados por la Comisión.

Debería acelerarse la viabilización de becas para que abogados jóvenes de países en desarrollo puedan recibir capacitación y práctica en derecho mercantil internacional. En el mismo orden de ideas, podría instarse desde la Secretaría a los gobiernos de los países desarrollados para que indagaran, si sus empresas comerciales y financieras estarían dispuestas a recibir pasantes de países en desarrollo. También cabría estudiar la posibilidad de que el Instituto de Formación Profesional e Investigaciones de las Naciones Unidas, organice seminarios de derecho mercantil internacional para estos países.

La formación de personal especializado es de particular importancia para nosotros, y, su ausencia una de las deficiencias más graves en la esfera del comercio internacional. Con ese espíritu, y reconociendo al mismo tiempo su conveniencia y su dificultad, se plantean estas necesidades.

Las observaciones de Argentina, parten de una elogiosa y positiva valoración del esfuerzo desarrollado en los primeros 25 años de la CNUDMI, en tanto representa un esfuerzo para superar obstáculos y concretar el mandado recibido.

Mi país insta encarecidamente a que se faciliten los esfuerzos encaminados a lograr un entendimiento común en la esfera del derecho mercantil internacional.

Como se podrá apreciar, las posibilidades de capacitación en los países en desarrollo y el número de técnicos que trabajan en cuestiones jurídicas internacionales, es sustancialmente menor que en los países desarrollados. Tal circunstancia es proporcionalmente inversa a las necesidades de crecimiento, pues en nuestros Estados el progreso implica la subsistencia misma, en tanto que en los países ya desarrollados, es tan sólo una cuestión de mejoramiento del 'standard' de vida.

Como podrá observarse, los valores humanos en juego son diferentes y la CNUDMI puede aportar una colaboración sustancial a aquellos que luchan por su despegue económico y social. Como expresó a modo de ejemplo un ex-presidente de la Asamblea General, no percatarse de esta realidad parece tan suicida como viajar en la primera clase de un vuelo que lleva bombas como equipaje.

La Comisión puede, a través de diferentes formas de asesoramiento, efectivizar una labor docente de gran importancia dentro del marco de las Naciones Unidas; consecuentemente se encuentra habilitada para modificar el protagonismo y la colaboración internacional de los países en vías de desarrollo.

Una propuesta de trabajo futuro. Habida cuenta de la especial competencia técnica de la Comisión y los términos de su mandato, esta delegación estima oportuno emprender un estudio de las disposiciones contractuales frecuentes en privatizaciones internacionales, dada su importancia en la reestructuración de los países en desarrollo y en el proceso de crecimiento económico. Como podrá notarse, se trata de un tema de gran importancia y trascendencia, y la CNUDMI como parte de su labor de fondo, podría estimar conveniente la preparación de una guía jurídica para la redacción de contratos relativos a las privatizaciones. Este tipo de contratación internacional suele ser complejo tanto en las relaciones jurídicas entre las partes, como respecto a las obligaciones emergentes, las que a menudo se prolongan largo tiempo.

La guía propuesta, podría tener por objeto la identificación de las cuestiones jurídicas que plantean las privatizaciones y el examen de algunos criterios posibles para resolverlas. Sería una herramienta útil en la negociación y redacción de los contratos, que señalaría los problemas y la forma de abordarlos, sugeriría respuestas que tomen en cuenta las divergencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, a los países que están en el proceso de privatizar sus empresas, y respetaría los intereses legítimos de los adquirentes. Es conocido que las privatizaciones se están desarrollando en un vacío jurídico parcial.

La proposición de la forma de guía jurídica obedece a que los Estados no han tenido aún el tiempo necesario para definir sus posiciones sobre este problema, y también a la dificultad de formular una reglamentación única para una abundante variedad de situaciones.

Argentina invita a la Comisión a que continúe prestando especial consideración a los intereses de los países en desarrollo, y acogería con beneplácito que al examinar su programa a largo plazo, tenga en cuenta los especiales problemas que los afectan.

### B.M. KOENTJORO-JAKTI

Adjunto del Ministro de Comercio, Jakarta (Indonesia)

Cada vez se está haciendo más evidente para la comunidad comercial en todo el mundo que, en el desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional, el principio de la igualdad de los Estados debe sobre todo interpretarse como el derecho de cada Estado, y de sus habitantes, no sólo a existir, sino también a desarrollarse. Indonesia, como antigua colonia y país en desarrollo, tiene la firme convicción de que la codificación del derecho mercantil internacional debería tener por objetivo un conjunto de normas que regularan las relaciones internacionales, con miras a promover la equidad, el mutuo restablecimiento y compensaciones por las desigualdades de los países en desarrollo frente a los países desarrollados.

A fin de promover la uniformidad en el derecho mercantil internacional y de formular normas uniformes, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirió en 1966 mandato a la CNUDMI para que redactara un código mundial de derecho mercantil. La inapreciable contribución de la CNUDMI a la armonización de las normas legales relativas a las transacciones comerciales internacionales resultaron muy convenientes en la promoción y facilitación del desarrollo del comercio y económicas internacional y de las relaciones comerciales entre las naciones. Otro objetivo de la CNUDMI fue el de fomentar relaciones más estrechas con la UNCTAD. Su trabajo ha incluido: la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; el Protocolo de Viena de 1980 que enmienda la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Todos estos instrumentos han entrado en vigor. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, también ha entrado en vigor, en tanto que la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales de 1988 y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional de 1991 todavía no han entrado en vigor.

Es por tanto evidente que el trabajo de la CNUDMI estaba encaminado principalmente a la satisfacción de las necesidades de copartícipes comerciales que intervenían en transacciones internacionales privadas. También es evidente el hecho de que solamente un pequeño número de los Estados recientemente independientes de la región de Asia han ratificado las convenciones, se han adherido a ellas o las han firmado. A este respecto, una excepción la constituye la Convención de Nueva York de 1958, que ha sido ratificada por 15 Estados, incluido Indonesia, y que ha sido firmada por un Estado. Ninguno de los países asiáticos ha firmado, ratificado o se ha adherido a la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974 y el Protocolo que la enmienda, ni tampoco la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales. Cuatro países han firmado las Reglas de Hamburgo de 1978, cuatro Estados han firmado, ratificado o se han adherido a la Convención sobre la Compraventa de 1980, mientras que un Estado ha firmado el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional, de 1991.

¿Podrían estos acontecimientos ser una indicación de que los países asiáticos están más interesados en las cuestiones de comercio internacional que respondan mejor a sus necesidades específicas respectivas?. Los

Estados Miembros han mostrado su interés al participar en las deliberaciones de la Comisión. Sin embargo, las limitaciones financieras les impiden desempeñar un papel más activo en todas las sesiones.

Por tanto, el problema reducido a su mínima expresión es que quizás las prioridades de la CNUDMI no se consideran importantes o, por lo menos centrales, en lo que respecta a las necesidades e intereses fundamentales de los países en desarrollo, incluidos los de la región asiática e Indonesia. Por consiguiente, en nuestra opinión, la solución debería consistir en identificar las cuestiones de interés fundamental para los países en desarrollo que también estén dentro del contexto de la armonización y unificación del derecho mercantil internacional y la competencia de la CNUDMI. Me refiero sobre todo a los contratos comerciales internacionales en general, productos, industrialización, corporaciones transnacionales, transferencia de tecnología, propiedad industrial e intelectual, pagos internacionales, transporte internacional, arbitraje comercial internacional, derecho internacional privado y facilidades comerciales, como posibles ejemplos.

Las actividades concentradas en esas cuestiones de interés, creo, no sólo reflejarían las prioridades y aspiraciones principales de los países en desarrollo, en su afán esencial de desarrollo, sino que también repercutirían en una mayor participación de esos países en la CNUDMI. Sólo entonces sería posible formular instrumentos jurídicos pertinentes que tengan la naturaleza de una convención o de una ley modelo.

En lo que respecta a los países en desarrollo de la región asiática, la fuerza propulsora de su desarrollo está firmemente orientada al comercio internacional, y dichos países están particularmente interesados en muchas de las cuestiones y actividades de capital importancia en la UNCTAD y el GATT. Es por tanto dentro de esas esferas de interés medular tanto para los países en desarrollo como para los países desarrollados, que la CNUDMI podría promover y conseguir la participación de los países en desarrollo. Los acuerdos resultantes podrían ser de naturaleza bilateral, regional o multilateral.

Otra restricción, como ya se ha dicho, es la de los trámites y procedimientos iniciados para ratificar tales leyes y convenciones dentro de los sistemas legislativos de los países en desarrollo. Se debería buscar un terreno común y atender a las necesidades específicas de los países en desarrollo, para facilitar la aplicación de los mencionados trámites y procedimientos. Por tanto, a la larga, estas medidas repercutirían en beneficio de los objetivos de la CNUDMI de una mayor armonización y unificación del derecho mercantil en el mundo.

Una breve referencia a la forma en que las ideas sobre el desarrollo han evolucionado en los países de Asia que han alcanzado recientemente la independencia, puede facilitar nuestra comprensión. Los Estados que recientemente han dejado atrás la fase de la ocupación colonial han considerado en primer lugar imperativo afirmar su independencia y consolidar su soberanía. En la esfera económica, esto se consiguió por estrategias tales como la sustitución de importaciones, con lo que se multiplicaron las barreras para la protección del comercio. Cuando se manifestaron los inconvenientes de estas medidas, muchos países reencaminaron sus esfuerzos hacia políticas comerciales más abiertas y en consonancia con el exterior. Tales políticas comerciales, aunque entrañaban un mayor riesgo para las industrias incipientes, e incluso para la soberanía, aseguraban un rápido desarrollo, sobre todo por las mayores ganancias obtenidas en las exportaciones.

Así la experiencia en el desarrollo económico de Asia ha dado evidentemente buenos resultados hasta el presente. Dos excelentes ejemplos de esta tendencia son el de la República de Corea y el de Singapur, dos de los cuatro nuevos países de Asia en vías de industrialización. Esto no significa que la observancia de las reglas del GATT se obtiene fácilmente. En realidad, si bien no cabe dudar de nuestro empeño en el logro de un sistema mercantil internacional libre, abierto, basado en una reglamentación y no discriminatorio, algunos de los países desarrollados, que también son partes contratantes del GATT, han recurrido a diversos medios para contornear estas reglas por medio de barreras no tarifarias, comercio manejado, etc. Además, si bien muchos países asiáticos en desarrollo, incluida Indonesia, han liberalizado unilateralmente sus actividades y procedimientos mercantiles internacionales, muchos países desarrollados no han tenido una conducta recíproca suavizando la reglamentación para el acceso a sus mercados.

Los países asiáticos en desarrollo se vieron por tanto, en cierta forma, obligados a dar una mayor prioridad a la aplicación de políticas comerciales en el contexto del derecho mercantil internacional público. Esto, sin embargo, puede verse también como una manera indirecta de alcanzar el objetivo de la CNUDMI, es decir, de armonizar y unificar las relaciones mercantiles internacionales privadas, lo que se sitúa en el contexto del derecho mercantil internacional privado.

De manera similar, Indonesia se ha adaptado, con un éxito relativo, a los importantes cambios fundamentales que se produjeron en la economía mundial en los últimos años del decenio de los 70 y en los primeros años del decenio de los 80. Es decir, Indonesia ha encaminado sus políticas económicas hacia un sistema económico más libre, abierto y basado en una reglamentación.

Después de alcanzada la independencia, y con las mejores intenciones, Indonesia ha hecho hincapié en la sustitución de importaciones, el trato preferencial a las compañías propiedad del Estado, y en subsidios importantes. Cuando se produjo la recesión al final del decenio de los 70 y en el decenio de los 80, Indonesia encaminó sus políticas de desarrollo hacia un mayor poder competitivo y una mayor orientación hacia las exportaciones. Se concibieron y llevaron a la práctica conjuntos de disposiciones tendientes a la desreglamentación para, de esa forma, estimular los ingresos por concepto de exportaciones, diversificar la economía y lograr una mayor participación de la comunidad comercial de Indonesia. A este respecto debe señalarse que Indonesia y sus copartícipes extranjeros que juntos hacen negocios en Indonesia pueden optar por aplicar los términos y condiciones que hayan convenido mutuamente de conformidad con una ley internacional aceptable sobre transacciones comerciales, y respetando el orden público de Indonesia. Además, todo litigio que surja como consecuencia de esas transacciones internacionales pueden resolverse por arbitraje de acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958.

En 1991, los esfuerzos realizados por Indonesia fructificaron. La composición de los productos que formaban el total de sus exportaciones, en la que antes de 1982 predominaba el petróleo con un 80%, cambió radicalmente. En 1991, las exportaciones de productos no petroleros habían alcanzado más del 60% del valor total de las exportaciones, mientras que en 1982 sólo representaban el 20%. Al mismo tiempo se produjo un cambio sustancial en la composición de las exportaciones no petroleras. Mientras que, diez años antes, esas exportaciones consistían principalmente en materias primas, hoy en día predominan en ellas las mercancías procesadas y manufacturadas. Además, en el comercio de exportación intervienen no solamente compañías de gran tamaño, sino también medianas e incluso pequeñas.

Los resultados obtenidos hasta ahora son alentadores. Las políticas comerciales de nueva orientación, apoyadas por la comunidad comercial, han traído consigo un entorno propicio para las actividades comerciales internacionales, e Indonesia es optimista en cuanto a continuar avanzando en el proceso de desarrollo de modo que pueda convertirse en uno de los nuevos países de Asia en vías de industrialización. Otros países asiáticos están también en esa vía.

Al observar estos acontecimientos, la CNUDMI debería, a mi juicio, llegar a la conclusión de que los países en desarrollo en la región asiática, forzados por ciertos cambios importantes de la situación económica mundial, han asignado niveles de prioridad en sus esfuerzos para alcanzar sus aspiraciones de desarrollo. La CNUDMI podría por tanto, quizá, actuar como un catalizador para promover la aplicación de recomendaciones de la UNCTAD, tales como las relativas a las prácticas comerciales restrictivas, de acuerdo con la resolución 35/63 de 5 de diciembre de 1980 de la Asamblea General, y promover su aceptación por los países desarrollados. Con esto se seguiría el precedente sentado por los países en desarrollo al aceptar las políticas y normas comerciales del GATT. Esperamos sinceramente que, actuando de esa manera, la CNUDMI pueda cumplir sus principales obligaciones y objetivos en la preparación de la función que desempeñará en el siglo veintiuno.

### ROBERT RUFUS HUNJA

Misión Permanente de Kenya en las Naciones Unidas

Antes de presentar mis ideas sobre las futuras aspiraciones y prioridades de la CNUDMI, permítaseme presentar, en un minuto, una visión general de los últimos 25 años desde la perspectiva de la delegación de un país en desarrollo.

La resolución 2205 de 17 de diciembre de 1966 de la Asamblea General, por la cual se creó la CNUDMI, expresa claramente en su párrafo 9: "La Comisión tendrá presentes los intereses de todos los pueblos, y particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional."

En este párrafo se da una de las razones principales por las cuales se creó esta Comisión. Cuando se leen los travaux préparatoires de la mencionada resolución, se ve claramente que uno de los argumentos básicos para la creación de la Comisión fue que el derecho mercantil internacional entonces existente no se prestaba a la aplicación o aceptación universales. Esto se debía evidentemente a que la mayor parte del derecho mercantil internacional entonces existente había sido elaborada fundamentalmente por asociaciones mercantiles y otras organizaciones que radicaban principalmente en el Occidente, y representaban esencialmente sus intereses. Así, en aras de la equidad y de la aceptación y aplicación universales, el derecho mercantil internacional tenía que tomar en cuenta la naturaleza y estructura cambiantes del comercio mundial. Se instó por tanto a la Comisión a que tomara en cuenta los intereses particulares de los países en desarrollo que constituían en gran medida los nuevos participantes en el comercio mundial.

Por consiguiente, tras 25 años de existencia, no es más que justo preguntarse hasta qué punto ha tenido éxito la Comisión en lo que respecta al cumplimiento de este importante mandato concreto. A mi juicio, el éxito alcanzado a este respecto es bastante limitado, Permítaseme expresar brevemente algunas de las razones que me han llevado a afirmar esto.

El primer problema es la falta de voluntad por parte de la comunidad internacional de cambiar leyes mercantiles no equitativas. Como ejemplo de esta ausencia de voluntad me referiré a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (las Reglas de Hamburgo). Esta es una Convención (como dijo muy elocuentemente ayer el profesor Joko Smart) en la que la CNUDMI estableció un régimen nuevo, justo, equitativo y viable sobre el transporte marítimo de mercancías. ¿Y qué es lo que ha pasado hasta ahora desde su adopción en 1978? Aunque entrará en vigor a fines de este año, no podemos dejar de observar que la mayoría de los Estados partes son países africanos a los cuales se unieron algunos países latinoamericanos y antiguos países socialistas de Europa oriental. El hecho de que los grandes países comerciales no hayan ratificado esta Convención concreta es realmente muy significativo.

El otro problema grave es el de la representación. Los Estados y los comerciantes sólo se sentirían obligados a adoptar y aplicar una legislación mercantil internacional si sus intereses resultan beneficiados por el negocio completo que sirve de base a dicha legislación. Esto significa que hay que hacer intervenir a los países en desarrollo en la formulación de la legislación internacional, si ha de esperarse que dichos países la adopten y apliquen. Esto no sólo incluye la representación en los grupos de trabajo y la Comisión, sino que tiene que comenzar por la representación en el nivel inicial de los grupos de estudio, en los cuales se establecen los programas y los caminos a seguir para la mayor parte de los proyectos. En lo que concierne a la representación en los grupos de trabajo y la Comisión, el Secretario General de las Naciones Unidas presentó un informe en 1991 a la Sexta Comisión de la Asamblea General en el que criticaba la inadecuada representación de los países en desarrollo. Esta situación puede tener por causa la falta de fondos para enviar expertos a las reuniones. Todos los representantes aquí presentes cuyos gobiernos pueden ayudar tienen que ser, por tanto, embajadores de la CNUDMI, en cuanto a esta cuestión, ante sus respectivos gobiernos. De no ser así, la falta de aceptación y aplicación universales puede subsistir en la medida en que la CNUDMI fracase en uno de sus objetivos más fundamentales y primarios.

Debo también manifestar que, desde la perspectiva de los países en desarrollo, la elección de los temas que ha de tratar la Comisión no refleja plenamente las necesidades más urgentes de esos países. Esto no quiere decir que la transferencia electrónica de fondos, el intercambio electrónico de datos y la contratación

por medios electrónicos, entre otras cosas, no sean temas importantes y útiles. En realidad son muy importantes y forman parte de la revolución tecnológica de los últimos decenios. Pero para la mayor parte de los países en desarrollo, y especialmente los del continente africano, las barreras comerciales y las lagunas y problemas a que están enfrentados en el comercio internacional son mucho más fundamentales. Por tanto, la CNUDMI tiene que, no sólo tomar en consideración los intereses de los países en desarrollo al tratar estos temas que ya tienen ante sí, sino que tendrá también que tratar en el futuro cuestiones de particular importancia para los países en desarrollo, tales como contratos justos de compraventa de productos y derechos de propiedad intelectual.

Desearía también referirme brevemente a una o dos cuestiones de gran importancia para el continente africano en las cuales la CNUDMI podría desempeñar un papel importante. En Africa no hemos dejado de observar la creciente tendencia a la formación de bloques regionales para el comercio e inversiones en América, Asia y Europa. Ante la posibilidad de ser marginalizada en el comercio mundial, Africa está dirigiendo su mirada hacia su interior con el fin de explotar todas las posibilidades y obtener todos los beneficios de un comercio intrafricano bien desarrollado. Tales organizaciones regionales como la Zona de Comercio Preferencial para los Estados de Africa Oriental y Meridional y la Comunidad Económica de los Estados del Africa Occidental están destinadas a la promoción del comercio entre los Estados africanos con miras a crear un mercado común africano en los primeros decenios del próximo siglo. La CNUDMI podría prestar una gran ayuda a los Estados miembros de esas organizaciones y a las propias organizaciones, cuando estas intervengan en el proceso de unificación regional del derecho mercantil. Instaría a la CNUDMI a que cooperara, en las cuestiones relativas a la provisión de fondos, con otros organismos de las Naciones Unidas como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Centro sobre empresas transnacionales y, junto con las secretarías de organizaciones regionales, podrían establecer un esquema que permitiera sacar provecho de los conocimientos de la CNUDMI en el desarrollo y la unificación del derecho mercantil.

En conclusión, debo decirles que si bien la CNUDMI ha producido textos excelentes, de gran calidad, en la esfera de su competencia durante los últimos 25 años, se debe profundizar algo más en el pensamiento y elaborar recursos ingeniosos de modo que puedan tener en cuenta en el futuro los más vastos intereses de los países en desarrollo.

# D. Sugerencias finales sobre las futuras actividades de la CNUDMI

### I.W. HARRACKSINGH

Abogado, Trinidad y Tabago

No es necesario que haga nuevos elogios de la CNUDMI. Ya se ha hablado suficientemente de su trabajo y realizaciones. Mi sencilla observación es que, si tenemos en cuenta las lamentables demoras sufridas entre la preparación de un texto y su aceptación universal, quizás fuera conveniente considerar si los recursos de la CNUDMI no pudieran dividirse entre la promoción de la aceptación universal de sus textos y la elaboración de nuevos textos.

El otro aspecto que quisiera señalar es el de la solución de litigios. Las demoras que se producen cuando los litigios deben resolverse en jurisdicciones locales se han tratado hábilmente en este Congreso; no obstante, quisiera añadir que cuando en una transacción internacional surge un litigio, invariablemente los protagonistas principales, es decir el vendedor o el comprador, el arrendador o el arrendatario se transforman de protagonistas principales en apoderados y devienen, simplemente, los apoderados de los bancos, las compañías de seguro o las compañías de transporte. Insto por tanto a que se persuada a esas organizaciones a desempeñar un papel más activo en la elaboración de todo código futuro.

Finalmente, deseo rendir un tributo especial al profesor Clive Schmitthoff, y sugerir que se considere el establecimiento de un fondo para donaciones o becas en su honor.

### SERGEI KELADA

Belarús

Escuchaba con satisfacción en el día de hoy a Gerold Herrmann cuando hablaba de facilitar información sobre la unificación de los textos legales. Con relación a este punto desearía expresar el deseo de que la Secretaría de la CNUDMI elaborara un programa de servicios de consultas dentro del cual se podría preparar un curso de capacitación para uso en las escuelas de derecho cuando estudien un texto redactado por la Comisión. Esto sería útil para muchos países, entre ellos el mío. También lo sería para otros países que formaban parte del territorio de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Según tenemos entendido, el Centro de Derechos Humanos en Ginebra está realizando esta clase de trabajos y preparando manuales para la capacitación en derechos humanos. Esto sería una excelente publicidad para la CNUDMI, y constituiría un valioso material práctico. Podríamos entonces tener libros de texto nacionales, elaborados para nuestros estudiantes sobre la base del material de la CNUDMI. Es importante para los juristas, no solamente conocer los documentos de la CNUDMI, sino también familiarizarse con ellos y, en el futuro, utilizarlos lo más posible en la práctica, por ejemplo en Belarús. Sean nuestras palabras finales para destacar el meritorio trabajo realizado por la secretaría de la CNUDMI en su informe y observaciones sobre las Reglas de Hamburgo.

### **HOWARD HOLTZMANN**

Juez, La Haya (Países Bajos)

Quisiera hacer una sugerencia personal sobre el futuro trabajo de la CNUDMI en la esfera de la resolución de litigios. El proyecto que sugiero se basaría en la fuerza y reputación de la CNUDMI, así como en el éxito que ha alcanzado en esta esfera, y, según creo, repercutiría en una mayor utilidad del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Como todos sabemos, una de las ventajas más grandes del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI es que, al mismo tiempo que proporciona una guía detallada sobre algunas partes de los procedimientos de arbitraje, confiere a los árbitros una amplia flexibilidad para conducir otras partes del procedimiento de la manera que consideren adecuada. Ahora bien, es evidente que la flexibilidad es deseable en algunos aspectos de un arbitraje porque permite al tribunal arbitral adaptar los procedimientos a las circunstancias de los casos particulares, y también tener en cuenta las expectativas de las partes que llegan al arbitraje con diferentes antecedentes jurídicos y culturales. Pienso en particular en el caso de las partes que comparecen ante árbitros que tienen diferentes formaciones culturales y jurídicas. Sin embargo, cuando las normas son flexibles, como tienen que serlo, es posible que las partes no sepan con certeza los procedimientos que habrán de adoptar los árbitros. La flexibilidad puede conducir a la imprevisibilidad, y la imprevisibilidad puede dar por resultado la sorpresa.

¿Cómo podemos evitar que el arbitraje caiga en una emboscada preparada por los árbitros? La respuesta puede ser bastante simple. Determinemos primero las esferas en que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI permite una amplia flexibilidad, y preparemos después una guía jurídica, de carácter práctico, que describiría uno o más procedimientos que los árbitros utilizan con éxito en aquellas partes de las actuaciones en que las normas les permiten elegir el modo apropiado de tramitar el caso. Esa guía jurídica no tendría por finalidad añadir normas ni sustituir la flexibilidad por rigidez; su finalidad debería ser la de mostrar diversas formas de utilizar eficazmente la flexibilidad. Permítaseme presentarles un ejemplo de lo que podría conseguirse con una guía de carácter práctico. El reglamento de arbitraje de la CNUDMI no hace referencia específicamente a conferencias previas a la vista, sino que confiere flexibilidad al tribunal arbitral para que celebre esas conferencias anteriores a la vista. Una guía jurídica podría analizar los beneficios de esas conferencias previas a la vista, describir el trámite, y proporcionar una lista de temas para las conferencias previas a la vista que los árbitros, en determinados casos, podrían entonces considerar. En otro ejemplo, la guía jurídica podría proporcionar información sobre los métodos de presentación de la prueba en arbitraje, un tema que ha estado durante mucho tiempo en el programa de la Comisión. La guía jurídica podría ser también el medio adecuado para describir diversos procedimientos que se han considerado útiles en el arbitraje multipartito, otro tema que ya figura en el programa de la Comisión.

Estos no son más que algunos ejemplos de temas que podrían tratarse en una guía de carácter práctico. La guía tendría varias finalidades útiles. Primero, podría reducir la incertidumbre en aquellos sectores en que las normas permiten flexibilidad. Segundo, podría ayudar a promover la uniformidad, que es un medio eficaz de eliminar la posibilidad de sorpresas. Podría aumentar lo que el Profesor Szasz ha denominado la transparencia. La CNUDMI ha promovido la política de la flexibilidad. Ayudemos ahora a las partes y árbitros a utilizarla sabiamente. La CNUDMI tiene la experiencia y los recursos, sobre todo los recursos intelectuales para emprender esta tarea. Estimo que podemos realizarla con éxito; creo que esto será beneficioso no sólo para los usuarios del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sino también para quienes utilicen otras normas que también permiten flexibilidad.

## **GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ**

Universidad Nacional de Colombia, Bogotá

Hoy se ha hecho referencia a lo que los países esperan del trabajo de la CNUDMI. Esto me recuerda las palabras del Presidente John Kennedy: "no preguntes lo que tu país puede hacer por ti, sino lo que tú puedes hacer por tu país". No estamos solamente hablando, en el mundo en desarrollo, de pedir el mayor número posible de cosas de la CNUDMI. Estamos planteando cuestiones en la esfera del derecho en relación con normas sobre materias tales como las marcas de fábrica y las patentes, la quiebra y la transferencia electrónica de fondos; estamos pidiéndole también a la CNUDMI que mejore sus medios de difusión, de modo que se convierta en una fuente de becas para nuestros estudiantes de derecho.

Comparto todas esas preocupaciones y soy de opinión que deben satisfacerse todas esas necesidades, pero creo que están orientadas hacia el futuro; estimo que no están en consonancia con el actual momento en que vive la CNUDMI. ¿Por qué? Por los múltiples ejemplos que podríamos citar. A mi juicio, los ejemplos más vivos son los siguientes: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, para la cual tuvieron que pasar 20 años entre el momento en que se identificó el problema y el momento en que entró en vigor la Convención; y la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, que sólo ha sido ratificada por cuatro países. Considero que es mucho mejor para una organización como la CNUDMI, así como para el mundo en que estamos viviendo, que haya dos o tres cuerpos uniformes de normas que sean bien conocidos, que estén en vigor, y que sean efectivamente aplicados en el mundo comercial, que disponer de 10, 20 ó 30 formulaciones teóricas.

Por eso considero que el trabajo de la CNUDMI consiste en consolidar y fortalecer esta importantísima tarea que ha realizado hasta el presente, sin pensar en extenderse haciendo que su esfera de actividades se vuelva un poco más difusa. Pero, ¿cómo vamos a conseguir esa consolidación sobre la base de actividades concretas más bien que de crecimiento?. Recordemos que nos encontramos aquí representando a muchos gobiernos, asociaciones, organismos judiciales o comunidades que estudian el derecho. Permítaseme hacer esta observación fundamental: el punto esencial y, con todo el debido respeto, creo, el más importante, es la función de la profesión dedicada a la enseñanza del derecho, la de los profesores de derecho, porque la CNUDMI está creando un conjunto de normas, y está patrocinando la formación de cuerpos de normas, y nos corresponde a todos nosotros, en nuestros respectivos países, diseminarlas. Sin embargo, destaco la importancia de la enseñanza del derecho porque considero que los profesores son los conductos a través de los cuales las nuevas generaciones lograrán eliminar, en definitiva, la torre de Babel que representa la situación legal en que vivimos hoy en día. Si no logramos llegar a nuestros gobiernos ni a la nueva generación de abogados del siglo veintiuno, entonces, como decía Gerold Herrmann, estaremos condenando a la CNUDMI a ser una especie de esperanto, un idioma ideal, pero que nadie lo habla.

## MARILDA ROSADO DE SA RIBEIRO

Río de Janeiro (Brasil)

Como introducción debo aclarar que tengo el doble carácter de profesor de derecho internacional y de abogado de la compañía PETROBRAS propiedad del Estado del Brasil. Me sentí animada a pronunciar

algunas palabras ante esta audiencia, en nombre propio y también en el de los otros cuatro profesores brasileños que asisten a este Congreso, después que oí las observaciones de la delegación peruana hechas en el día de ayer y el informe del Secretario de la CNUDMI. Asimismo quisiera referirme a las palabras de Ana Isabel Piaggi de Vanossi, de Argentina, las cuales hago plenamente mías.

Para nosotros es una relización personal y profesional el simple hecho de haber podido asistir a la conferencia. Lamentamos profundamente no haber podido decir que nuestro país es signatario de las importantes convenciones aquí examinadas. Deseamos, sin embargo, contribuir concretamente a cambiar la situación y promover un mejor enfoque, por parte de Brasil, de la legislación unificada. Proponemos por tanto que se cree en Brasil un grupo de apoyo al trabajo de la CNUDMI, de acuerdo con las sugerencias hechas por Gerold Herrmann en el día de hoy. El grupo comenzaría como un instituto que incluyera profesores de varias universidades que están motivados personalmente como nosotros, y pudiera, en una fase inicial, reunir hombres de negocios y hacer alianzas estratégicas con otros institutos. En una fase ulterior podríamos buscar el apoyo de organismos relacionados con el gobierno.

Consideramos que este decenio puede traer un escenario diferente con una mejor inserción, de Brasil y de todos los países en desarrollo, en el sistema de comercio internacional. Me atrevo a citar el ejemplo de mi propia compañía, PETROBRAS que en los dos últimos decenios ha probado que los países en desarrollo pueden encontrar, en un campo competitivo como el de la energía y el petróleo, una fuerza tecnológica que les permita intervenir en coempresas en condiciones de igualdad e intercambiar sus experiencias con las de compañías importantes en todo el mundo.

Sin embargo, tenemos una gran necesidad de fortalecer nuestros conocimientos en muchos sectores. Quisiera por lo menos mencionar la financiación de proyectos; también existe el desafio representado por la constitución del mercado MERCOSUR con Argentina, Uruguay y Paraguay. Esperamos, por tanto, recibir el apoyo de la CNUDMI cuando nos propongamos acrecentar la conciencia y la aceptación, en Brasil, de los textos de las leyes uniformes y las convenciones.

## PUTNAM LOWRY

Estados Unidos de América

Para comenzar, deseo pedir disculpas si algunas de mis observaciones son descorteses y por inadvertencia he ofendido a alguien. En lo que respecta a los puntos sugeridos para el trabajo en futuro, deseo hacer cuatro sugerencias.

La primera es discutir un régimen para crear derechos reales de garantía mobiliaria o utilizar satélites como garantía de obligaciones. Esta es una cuestión abierta, e interesa a algunos de nuestros clientes.

La segunda se refiere a la ejecución de las sentencias. Los Estados Unidos de América no se han adherido a ninguna convención multilateral sobre la ejecución de sentencias. Consideramos que, en parte, esto puede deberse a que dicho país ha tenido dudas y se ha abstenido de adherirse a convenciones de derecho internacional privado, pero estimamos que quizás haya oportunidad de mejorar esta situación en los trabajos actualmente en curso.

La tercera es que se debería considerar la posibilidad de actualizar la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Nueva York, 1958, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de ejecutar medidas cautelares acordadas por tribunales arbitrales.

La cuarta sugerencia es que, quizás, deberían tomarse disposiciones para ampliar el trabajo de UNIDROIT sobre facturaje. Preveo que en la concesión de derechos reales de garantía mobiliaria puede plantearse un problema en lo que respecta a la prioridad de dichas garantías, ya que la convención de UNIDROIT sobre facturaje no trata los niveles de prioridad de los cesionarios de las cuentas.

Tengo dudas en cuanto al respaldo de las cláusulas comerciales Incoterms por la Cámara de Comercio Internacional, porque se trata de documentos amparados por el derecho de propiedad intelectual. Si poseo un ejemplar de las cláusulas comerciales Incoterms y hago una fotocopia y se la doy a un juez, estoy infringiendo la ley de la propiedad intelectual. ¿Es correcto que respaldemos un documento que está amparado privadamente por el derecho de la propiedad intelectual sin que la CCI esté dispuesta a permitir su reproducción en términos razonables, para difundirla? Comprendo que la CCI ha invertido mucho tiempo en esto, y que debe sacar algún dinero de ello, pero esta es una cuestión de orden filosófico que someto a consideración.

Tenemos que obrar con mucha cautela para no politizar nuestro trabajo en la CNUDMI. La CNUDMI ha tenido éxito por la misma razón que muchos otros organismos lo han tenido: porque su trabajo es esencialmente apolítico. Se puede comparar la actuación de la UNCTAD con la de la CNUDMI, o quizás con la de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Cuando los organismos se hacen más técnicos y menos políticos, parecen tener mayor éxito. La CNUDMI debe captar la excitación del pueblo, porque es el pueblo el que dispone la realización de los trabajos. En el Estado de Connecticut donde sólo soy un simple abogado de campo, tenemos ahora una parte del estatuto general titulada "Derecho Internacional", donde aparece codificada la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, entre otros trabajos. La Asociación de Abogados de Connecticut apoyará a la CNUDMI, y está dispuesta, deseosa y en condiciones de proporcionar toda la ayuda que pueda.

Desearía terminar con la siguiente observación final sobre la analogía con el departamento de bomberos. Ustedes dicen que el departamento de bomberos no se anuncia. Eso no es estrictamente cierto. Los bomberos tienen teléfonos de emergencia en las esquinas, ponen anuncios en los teléfonos, y en las cubiertas interiores. Cuando tengo un problema de derecho mercantil, los colegas de la Asociación de Abogados saben que pueden llamarme. Nosotros debemos hacer algo parecido. No nos anunciaremos como lo hacen las empresas comerciales, pero debemos dar a conocer nuestra presencia, y la Asociación de Abogados de Connecticut se ha ofrecido y seguirá ofreciéndose para proporcionar servicios de apoyo jurídico a los países que carezcan de recursos para tener los suyos propios.

### PAULIN EDOUEDOU

Gabón

En primer lugar, me sumo a las observaciones hechas recientemente por un participante que hizo referencia a los países en desarrollo en su relación con el proceso de unificación del derecho internacional. Mi delegación ha aprendido mucho de este Congreso. Entre todos los conceptos aquí expresados, nos ha llamado en particular la atención el de la "unificación". Como ustedes saben, unificación es la acción de unir, de juntar. En nuestro contexto, el del derecho internacional, juntar es equivalente a armonizar. Ahora puede plantearse una cuestión: ¿qué podemos hacer para armonizar el derecho mercantil internacional, considerando todas las regiones del mundo, todos los Estados del mundo, o por lo menos la mayoría de los Estados? Tenemos que armonizar el derecho mercantil con la participación de todos los actores en la comunidad internacional, incluidos los Estados, organizaciones internacionales, organizaciones regionales e incluso organizaciones subregionales que están persiguiendo esta finalidad.

Es claro que todos los Estados, por lo menos la mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, tienen que participar activamente en la construcción de instrumentos jurídicos destinados a regir las diversas esferas comerciales a nivel mundial. La débil posición de numerosos Estados, especialmente en Africa, parece no obstante incompatible con las dos preocupaciones fundamentales que tiene ahora la CNUDMI, a saber, la armonización del derecho mercantil internacional y la protección y ayuda a los países menos desarrollados. Como dijo el Secretario General en su discurso de apertura, "ahora más que nunca la

claridad y la homogeneidad son atributos esenciales de la ley, cuya finalidad, por lo menos en la concepción que de ella tenemos, es la de proteger y ayudar al débil. Esa es la forma en que concebimos la ley." De esa declaración se desprende que la CNUDMI no puede válidamente armonizar el derecho mercantil internacional sin tener presente todos esos Estados que tienen una situación económica difícil. Una medida que no tuviese esto en cuenta podría traer consecuencias adversas, incluso la reticencia de los Estados a ratificar los textos elaborados por la CNUDMI, ratificaciones con reservas y dificultades en la aplicación de los textos.

Muchas razones explican la débil participación de algunos Estados en el trabajo de la CNUDMI. Indicaré las más importantes, a fin de analizar algunas posibles soluciones. Me limitaré a una exposición sucinta. La primera es la falta de información. Este es un obstáculo. Estimamos que, pese a los esfuerzos realizados por la CNUDMI en esta esfera, la información no circula mucho en los países en desarrollo. La segunda es la falta de capacitación. Muchos empresarios, muchos políticos y muchos profesionales no tienen una idea exacta de la función de organismos internacionales como la CNUDMI. Lo mismo cabe decir de las convenciones elaboradas por la CNUDMI. Estimamos también que, pese a los esfuerzos realizados, la asistencia ha sido insuficiente. Para que sea segura, la asistencia debe ir acompañada de los medios para realizarla; en resumidas cuentas, la asistencia es insuficiente. Como una solución, propondríamos por tanto que se ampliara el ámbito de la información haciendo que ésta llegue a los Estados no solamente a través de sus misiones diplomáticas, sino también directamente por conducto de sus ministerios y por otros medios.

La CNUDMI debería por tanto comprender también un servicio de información que contribuyera una mejor difusión y centralización de la información. Consideramos que se le debería asegurar a la información una categoría privilegiada. Los esfuerzos realizados hasta el presente son dignos de encomio, y deben continuar realizándose, con la celebración de un mayor número de seminarios y cursos de capacitación en los países en desarrollo.

Contemplamos una mayor intervención de la CNUDMI en la capacitación mediante seminarios y coloquios. También contemplamos la asistencia, proporcionada por la CNUDMI, a los países en desarrollo para la introducción y aplicación de instrumentos jurídicos comerciales, que siguen siendo insuficientes en muchos países en desarrollo.

### PROFESOR FERNÁN NÚÑEZ PINEDA

Honduras

Es muy difícil a veces tomar la palabra al final de una reunión en que se ha dicho prácticamente todo. No obstante, a modo de introducción, soy secretario de la Comisión Centroamericana sobre Derecho Mercantil y jefe de departamento de la Universidad de Honduras.

Me preocupa que se hable en este Congreso de países desarrollados, en desarrollo y menos desarrollados. Mi pregunta es la siguiente ¿esa clasificación se hace atendiendo a qué niveles?; ¿se basa en una inteligencia menos desarrollada o más desarrollada? Quisiera hacerles una sugerencia. En el próximo Congreso deberíamos tener en cuenta la participación de otros países de América Central y de la Cuenca del Caribe, porque si se habla de los países menos desarrollados, allí estaríamos incluidos. Señalamos, sin embargo, lo siguiente: irónicamente, sólo pocos países desarrollados han ratificado las convenciones internacionales importantes, en tanto que los países menos desarrollados que lo han hecho son más numerosos.

### ABRAHAM MONTES DE OCA

México

Breves palabras para recordar que este Congreso representa una contribución de la CNUDMI a las actividades del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, y que, como el primer foro mundial de esta clase, es particularmente apropiado para el Decenio. Tengo dos propuestas. La primera es la siguiente: en mi carácter de miembro del Comité Nacional Mexicano para el Decenio, invito a todos los

aquí presentes, después de que hayan retornado a sus respectivos países, a ofrecer sus servicios para promover la creación de comités nacionales sobre derecho internacional. Hasta el presente el número de comités nacionales establecidos para el Decenio es desafortunadamente muy pequeño; sólo tres países los han constituido. Tales organismos serían muy recomendables y apropiados, ya que proporcionan un foro dentro del cual se puede llegar muy lejos en lo que respecta al conocimiento del derecho mercantil internacional. A ese respecto, señalo que entre los miembros mexicanos de la CNUDMI se encuentra el profesor Abascal Zamora, que es uno de los precursores de la divulgación del derecho mercantil internacional en México.

Mi segunda propuesta es la del Comité mexicano, que transmito a la CNUDMI. Se propone pedir a la CNDUMI que estudie la conveniencia de formular un plan de estudios universitarios para la enseñanza del derecho mercantil internacional, que podría ofrecerse a universidades en los países interesados.

## MARGARET KENT

Abogado, Estados Unidos de América

En el futuro trabajo de la CNUDMI para promover una más amplia conciencia y aceptación de textos jurídicos uniformes se debería reconocer y tratar las relaciones entre la legislación mercantil y la imposición fiscal de las actividades comerciales. La legislación mercantil afecta a la legislación fiscal. Me limitaré a mencionar algunos casos que reflejan esa interrelación.

En primer lugar, en los Estados Unidos, la transmisión de un título es un acto jurídico que es objeto de una imposición fiscal. A este efecto se confía en las cláusulas comerciales Incoterms, pero puede concebirse una estructuración artificial de las transacciones. En segundo lugar, las empresas pueden actualmente estructurar las ventas de mercancías de modo que sean efectuadas por sus filiales en otras jurisdicciones, haciendo así que los ingresos se produzcan en jurisdicciones fiscales más favorables; como consecuencia de esto, algunos países dejan de percibir ingresos fiscales que de otra forma les corresponderían. En tercer lugar, los pocos rastros que quedan de las operaciones de transferencia electrónica de fondos, especialmente hacia las jurisdicciones de "paraísos fiscales", o desde éstas, facilita mucho la fuga de capitales, la ocultación de los activos en los procedimientos de quiebra o divorcio y, evidentemente, la evasión fiscal por clientes de algunos bancos internacionales. Unas normas fiscales uniformes podrían eliminar estos abusos al obligar a informar de estas operaciones a las autoridades fiscales. La CNUDMI debería pedir a los participantes en este Congreso que asistan también a la conferencia que trata las cuestiones fiscales y las cuestiones comerciales combinadamente.

# PROFESOR MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Universidad de Sevilla (España)

Quisiera formular una conclusión que puede sacarse de este interesantísimo Congreso y me propongo hacerlo mediante la metáfora del cocinero y la sopa. Creo que en la CNUDMI tenemos una gran cantidad de excelentes cocineros que han preparado algunos platos muy finos, pero todavía son pocos los que los comen. Por consiguiente, nuestra satisfacción debería ser limitada; por una parte estamos satisfechos del trabajo que hemos realizado, pero por otra parte esta satisfacción está limitada porque nuestro objetivo de unificación está todavía muy distante. Por consiguiente, creo que debemos consolidar nuestro trabajo, como señaló la profesora Adriana Gómez, y que consolidar nuestro trabajo significa darlo a conocer. Significa enseñarlo en el sentido docente, pero también en el sentido de mostrarlo, llevándolo asimismo a los círculos interesados, no solamente mediante revistas jurídicas, sino también a través de las corrientes económicas que están más estrechamente relacionadas con nuestro trabajo. La delegación de España tiene el propósito, por ejemplo, de dedicar un número de la Revista de derecho mercantil, publicada en Madrid, a la conmemoración del 25° aniversario de la CNUDMI y a este Congreso.

En lo tocante al futuro trabajo, la delegación de mi país quisiera subrayar puntos complementarios más bien que nuevos puntos. Hemos tratado, y considero que lo hemos hecho hábilmente, derechos materiales y físicos. Estimo que ahora necesitamos proteger el ejercicio de esos derechos, para hacerlos efectivos en la

práctica. Sé de las reservas en la CNUDMI sobre los problemas de procedimiento, pero considero que es esencial asegurar el ejercicio de esos derechos.

Otro punto que deseo mencionar es la legislación sobre la quiebra. Comprendo su complejidad y las reservas que existen en cuanto a la misma, pero su importancia en el orden internacional es tan grande que deberíamos por lo menos identificar y definir algunas esferas de importancia particular, a fin de que la legislación sobre la quiebra pueda tener verdaderamente una repercusión internacional.

## SR. SAGOVINIA

Deseo hacer dos sugerencias. La primera es que, en base a una propuesta de Francia que ha estado planteada durante los últimos cuatro años, las convenciones de las Naciones Unidas puedan incluir una disposición que exprese que si las partes de un contrato mercantil así lo estipulan, se aplicaría a la ley de las convenciones, la que prevalecería sobre la ley del país a cuya jurisdicción estuviesen sometidos los distintos casos. Esto no afectaría el denominado derecho de autodeterminación, con lo que se evitaría una de las críticas más importantes que se hacen en relación con este concepto.

En segundo lugar, en el futuro será necesario que, cuando hablemos de una economía mundial y del choque de los diversos intereses económicos, tengamos que establecer la norma jurídica de que ninguna nación que no sea parte en el contrato entre dos países pueda imponer sanciones ni afectar adversamente el desenvolvimiento de las transacciones. Si una ley no tuviese en cuenta estos aspectos, su aceptabilidad a nivel internacional se vería gravemente comprometida.

#### Notas

- R. David y otros, eds., International Encyclopedia of Comparative Law, vol. II, cap. 5 (Tübingen, Mohr, 1971), págs. 24 y 25.
  - <sup>2</sup> *Ibid.*, págs. 33 y 34.
- <sup>3</sup> E.A. Farnsworth, "UNCITRAL Why? What? How? When?", American Journal of Comparative Law, vol. 20 (Berkeley, 1972), pág. 322.
  - <sup>4</sup> R. David y otros, eds., obra citada, vol. II, cap. 5, pág. 26.

### VII. DISCURSO DE CLAUSURA

# CARL-AUGUST FLEISCHHAUER

Subsecretario General para Asuntos Jurídicos, Consejero Jurídico, Naciones Unidas

Tengo el privilegio de pronunciar las palabras de clausura de este primer Congreso organizado por la CNUDMI. Esto me causa un placer particular por la importancia del Congreso y de su tema, el desarrollo del derecho mercantil internacional en el nuevo orden mundial, un orden que exige la intensificación del comercio y del tráfico internacional, si es que se va a responder a las necesidades de desarrollo, y se pretende alcanzar el objetivo de reducir la pobreza en el mundo. El placer que experimento es aún mayor por el hecho de que el Congreso se ha celebrado conjuntamente con la 25a. sesión de la CNUDMI, coincidiendo así con la celebración del 25° aniversario de la creación de la CNUDMI, organización que se ha convertido en el centro de gravedad para la unificación del derecho mercantil internacional.

En los últimos 25 años, la CNUDMI, así como también otros organismos encargados de la formulación de normas han alcanzado grandes logros en la elaboración de textos de leyes uniformes en la esfera del derecho mercantil internacional. Era por tanto apropiado que se acordara, en la 24a. sesión de la CNUDMI, que debería darse oportunidad para examinar el estado actual de la unificación de las leyes y de las normas que rigen el comercio mundial.

En los últimos cinco años, distinguidos participantes, ustedes han examinado muchas de las cuestiones que entran en juego en la formulación y el desarrollo del derecho mercantil internacional. Entre otras cosas ustedes han discutido los diversos aspectos del proceso y el valor de la unificación del derecho mercantil, los aspectos prácticos y acontecimientos recientes concernientes a la elaboración de muchos textos jurídicos de alcance e importancia universales en las esferas de la compraventa de mercaderías, el suministro de servicios, los pagos internacionales, el intercambio electrónico de datos, el transporte marítimo y otras formas de transporte, así como la solución de litigios. Ustedes han conocido los puntos de vista de los usuarios finales sobre sus necesidades prácticas y sus preocupaciones en cuanto a los textos uniformes existentes y todo texto futuro que pudiera elaborarse, y a ustedes se les han expuesto los puntos de vista de los países en desarrollo en lo que respecta a sus aspiraciones y prioridades en cuanto al trabajo que podría realizarse en la esfera de la unificación del derecho mercantil internacional.

Además, ustedes han considerado otros aspectos del proceso de unificación tales como la promoción de textos uniformes, un aspecto que, quizás, se haya descuidado algo en el pasado, pero con relación al cual, según se ha demostrado en los debates, parece haberse adquirido una mayor conciencia, no sólo dentro de los organismos encargados de la formulación de normas, a los que se ha confiado la preparación de textos jurídicos uniformes, sino también dentro de los círculos gubernamentales, y entre las personas que aplican esas normas en la práctica, y otros usuarios de textos uniformes. Ustedes han examinado también posibles temas para futuros trabajos que podrían formar parte del programa de unificación tanto de la CNUDMI como de otros organismos encargados de la formulación de normas. Ha quedado claro que la unificación del derecho mercantil es deseable e importante, y que está respondiendo a las necesidades prácticas del comercio y el tráfico internacional.

Dado que el congreso ha tenido por finalidad proporcionar una visión panorámica de muchos aspectos del derecho mercantil internacional, en muchas ocasiones no fue posible examinar detalladamente las numerosas e interesantes cuestiones, ideas y sugerencias que hemos oído en esta semana. Tengo plena confianza en que estas cuestiones ideas y sugerencias fructificarán (como semillas plantadas en tierra fértil), pues promoverán su examen a fondo en muchos foros, e incitarán a una ulterior exploración y evaluación en las futuras actividades de investigación, enseñanza y elaboración de textos.

Confio asimismo en que la CNUDMI y otros organismos encargados de la formulación de normas podrán obtener, de la gran cantidad de informaciones y análisis útiles presentados en las deliberaciones de este Congreso, una guía considerable. Las numerosas ideas presentadas sobre aspectos concretos por muchos expertos serán sin duda extremadamente útiles para la determinación de los temas que son adecuados y están

lo suficientemente maduros para ser objeto de futuras actividades de unificación, con lo que se facilitará el establecimiento del programa sobre unificación en el siglo veintiuno. Estas informaciones y análisis serán también útiles para evaluar los textos elaborados por la CNUDMI y otros organismos encargados de la formulación de normas y también para la determinación de estrategias evolutivas para el tratamiento de las importantes cuestiones que se han planteado en este Congreso. Los debates ayudarán también a encontrar medios y formas de promover textos uniformes. Los debates han puesto de manifiesto la importancia de la función de coordinación de la CNUDMI, y serán de utilidad a la hora de concretar las modalidades para el desarrollo de una cooperación más estrecha entre los diversos organismos encargados de la formulación de normas que trabajan en la esfera del derecho mercantil internacional, para perfeccionar los trabajos de unificación.

La necesidad de basarse en la experiencia de los últimos 25 años tal vez nunca haya sido tan grande como ahora, que se trata de conseguir un nuevo orden mundial, en el cual, como ya dije anteriormente, el derecho mercantil internacional está llamado a desempeñar una función aún más importante que la desempeñada hasta el presente en el tráfico internacional y el comercio mundial.

Las numerosas y valiosas informaciones detalladas aportadas en los últimos cinco días sobre el tema de la ley uniforme en la teoría y en la práctica las hemos obtenido gracias, únicamente, a los excelentes documentos presentados por juristas eminentes en materia de derecho mercantil internacional, quienes disertaron en este Congreso sobre los diversos temas que se les asignó, e igualmente a las excelentes contribuciones hechas por los diversos expertos que trajeron a este Congreso las voces de la práctica internacional. Reciban todos ellos mi sincera felicitación y agradecimiento por el trabajo realizado.

Muchas otras personas han contribuido al éxito de este Congreso. Tenemos una deuda de gratitud con las personas que presidieron las distintas secciones de trabajo, quienes combinaron el necesario grado de firmeza con la comprensión del deseo de muchos de ustedes de hacer uso de la palabra. Sin embargo, el éxito y la atmósfera en que se desenvuelve todo congreso dependen de la calidad de los participantes, en su conjunto. La calidad de los participantes en este congreso ha sido realmente impresionante en lo que respecta, tanto a sus conocimientos en la esfera del derecho mercantil internacional, como a las regiones del mundo que fueron representadas. Al Congreso asistieron más de 500 abogados de todas las regiones del mundo, lo que fue una gran satisfacción para la CNUDMI. Un Congreso como éste permite encontrar antiguos amigos (algunos de los cuales han trabajado con la CNUDMI desde su creación hace 25 años) y, lo que es tan agradable como esto, hacer nuevos amigos. Esas relaciones de amistad establecidas en un foro como éste contribuyen en gran medida al trabajo de unificación del derecho mercantil al permitir una mejor comprensión de diferentes puntos de vista e intereses.

Espero que todos ustedes se lleven de este Congreso el recuerdo de muchos documentos, comunicaciones, contribuciones e ideas importantes. Antes de terminar mis observaciones, quisiera dar las gracias a todos los miembros del personal de Viena y Nueva York que han contribuido al gran éxito de este Congreso. Sé que todos ellos han trabajado a más no poder para asegurar el éxito del Congreso.

Como conclusión, en nombre de las Naciones Unidas y del mío propio, les deseo a todos un feliz regreso a sus hogares y, si se quedan en Nueva York, una estancia agradable. Tengo el honor de declarar clausurado este Congreso de la CNUDMI sobre Ley Comercial Uniforme en el siglo veintiuno.