

ANÍBAL SIERRALTA RÍOS

CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL



SÉTIMA EDICIÓN

CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL

Aníbal Sierralta Ríos

CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL

Sétima edición actualizada y aumentada



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

342.81202 Sierralta Ríos, Aníbal, 1942-
S52 Contratos de comercio internacional / Aníbal Sierralta Ríos.-- 7a ed. actualizada y aum.--
2018 Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018 (Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa).
525 p.: il., diagrs.; 24 cm.

Bibliografía: p. 517-525.

Contenido: Análisis jurídico del comercio internacional -- Transacciones internacionales --
Mecanismos complementarios de los contratos internacionales.

D.L. 2018-09453

ISBN 978-612-317-385-2

1. Contratos comerciales - Perú - Manuales, etc. 2. Compra-venta (Comercio internacional)
3. Arbitraje y laudo internacional 4. Comercio internacional 5. Contratos internacionales
I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título

BNP: 2018-413

Contratos de comercio internacional

© Aníbal Sierralta Ríos, 2013

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 1990

Séptima edición actualizada y aumentada: julio de 2018

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-09453

ISBN: 978-612-317-385-2

Registro del Proyecto Editorial: 31501361800654

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

*A quienes, siendo universitarios, salieron a las calles
y plazas del Perú, el 5 de junio de 1997, a defender
el derecho y ahora deberán enfrentar la corrupción.*

AGRADECIMIENTOS

Al culminar esta larga jornada de revisión y ampliación para esta séptima edición, expreso mi reconocimiento a todos y cada uno de los profesores y alumnos latinoamericanos de las facultades de Derecho, Administración, Relaciones internacionales y Comercio internacional que recomendaron esta obra que pasó a ser libro de texto y consulta en las clases y, más tarde, en la vida profesional. A ellos les pertenece todo mi esfuerzo y dedicación, pues me motivaron a su permanente actualización.

De manera particular mi agradecimiento al RP. Salvador Fonseca Salgado S.J., Director de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador), y al Prof. José Máximo Palacios Bonilla, coordinador de postgrados de la misma casa de estudios; al Prof. Carlos Mario Molina Betancur y José Luis Marín Fuentes, de la Universidad de Medellín (Colombia); al Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Jorge Luis Villacreses Palomeque, y al Prof. Magno Gabriel Intriago Mejía, de la Universidad de San Gregorio de Porto Viejo (Ecuador); todos los cuales me confiaron las clases a nivel de Maestría de muchos de los tópicos tratados en este libro. A la Dra. Zhandra Marín, presidenta del Grupo de Graduados de la Escuela de Derecho de la Universidad Tulane, Estados Unidos de América, por sus comentarios sobre los sistemas jurídicos. Mi reconocimiento al Prof. Eduardo Martins de Lima, Rector de la Universidad FUMEC (Brasil), como a las Profesoras Flavia de Ávila y María Tereza Fonseca Dias, quienes me han brindado su apoyo y aliento para mis trabajos de investigación y difusión académica. Igualmente y por los mismos motivos, a la Dra. Raiza Andrade, coordinadora de la revista *Propiedad Intelectual*, de la Universidad de los Andes, en Mérida, Venezuela.

ÍNDICE

Prólogo a la sexta edición	19
Prólogo a la cuarta y quinta edición	23
Prólogo a la tercera edición	27
Prólogo a la primera y segunda edición	29
Introducción	33
PRIMERA PARTE. ANÁLISIS JURÍDICO DEL COMERCIO INTERNACIONAL	
Capítulo I. Comercio internacional	37
1. Reseña histórica	38
1.1. Inicio del comercio global	38
1.2. Las grandes fluctuaciones	40
1.3. Los nuevos escenarios	42
1.4. La revolución tecnológica y la composición comercial	43
2. Criterios básicos	44
2.1. Las ventajas y la especialización para comerciar	46
2.1.1. La teoría clásica	47
2.1.2. La teoría de las ventajas comparativas	49
2.1.3. La teoría de la economía neoclásica	51
2.1.4. La teoría cepalina	52
2.1.5. La teoría de las ventajas competitivas	55
2.2. La interdependencia	57
2.3. El intercambio y la balanza de pagos	62
2.3.1. Balanza de operaciones corrientes	65
2.3.2. Balanza de capitales	66
3. Importancia del comercio exterior en las economías latinoamericanas	67

4. El desarrollo de las exportaciones	75
4.1. La política de sustitución de importaciones	75
4.2. La política de promoción de exportaciones	77
4.3. El esfuerzo exportador de América Latina	79
4.4. Un desarrollo integral de las exportaciones	81
Capítulo II. Derecho y comercio internacional	87
1. Ámbito y perspectivas	87
2. Circulación de mercancías en sistemas jurídicos distintos	90
2.1. Limitación de los regímenes y sistemas jurídicos	90
2.1.1. El sistema anglosajón	91
2.1.2. El sistema latino	93
2.1.3. El sistema musulmán	94
2.1.4. El sistema socialista	95
2.2. Limitaciones de la comunidad jurídica internacional	96
2.2.1. El Fondo Monetario Internacional	96
2.2.2. El Banco Mundial	97
2.2.3. La Organización Mundial del Comercio	99
3. El movimiento de reglamentación internacional	101
3.1. Los primeros esfuerzos	102
3.2. Los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas	104
3.3. Los trabajos de la Organización de Estados Americanos	105
3.4. Los trabajos del UNIDROIT	107
3.5. Los trabajos de la Conferencia de La Haya	109
3.5.1. Derecho aplicable en materia de contratos internacionales	109
3.5.2. Convenio sobre valoración	110
3.5.3. Convenio sobre <i>trust</i>	110
3.5.4. Convenio sobre la apostilla	111
3.5.5. Convenio sobre elección del foro	112
3.6. Los trabajos de los gremios	112
4. El proceso de una operación comercial internacional	113
Capítulo III. Los contratos internacionales	119
1. Existencia de los contratos	119
2. Posiciones doctrinarias y conexión jurídica	122
2.1. La conexión con el Derecho Internacional Privado	123
2.2. La conexión con el Derecho del Comercio Internacional	129
2.3. La conexión con el Derecho de los Contratos	134
3. Delimitación conceptual	144

4. Autonomía de la voluntad	146
4.1. La supremacía de la autonomía de la voluntad	147
4.2. La limitación de la voluntad y la libertad contractual	151
4.2.1. Observaciones a la soberanía de la autonomía de la voluntad	151
4.2.2. La libertad de contratación	152
4.2.3. La legislación latinoamericana	155
5. La teoría del riesgo	157
6. El criterio de la territorialidad	160
6.1. En el Derecho interno	161
6.2. En el Derecho Internacional	162
6.3. En el Derecho Internacional del Comercio	163
7. Clasificación de los contratos internacionales	164
7.1. En razón de la preeminencia contractual	165
7.1.1. Contratos principales	165
7.1.2. Contratos accesorios	166
7.1.3. Contratos derivados	166
7.2. En razón de su formación	168
7.2.1. Contratos <i>in actum</i>	169
7.2.2. Contratos <i>ex intervallo</i>	169
7.3. En razón de la condicionalidad	170
7.3.1. Contratos de futuro	170
7.3.2. Contratos conmutativos	170
7.4. En razón de la periodicidad	171
7.4.1. Contratos de ejecución única	171
7.4.2. Contratos de ejecución indeterminada	171
7.4.3. Contratos de ejecución periódica	171
7.4.4. Contratos de ejecución parcelada	172
7.5. En razón del contenido	172
7.5.1. Contratos de distribución	172
7.5.2. Contratos financieros	173
7.5.3. Contratos de logística	173
7.5.4. Contratos industriales	174
7.5.5. Contratos de ingeniería	174
7.6. En razón de su discrecionalidad	175
7.6.1. Contratos de equilibrio	175
7.6.2. Contratos de adhesión	175
7.7. En razón de la mercancía	176
7.7.1. Contratos de bienes	176
7.7.2. Contratos de servicios	177
7.7.3. Contratos múltiples	177
7.7.4. Contratos tecnológicos	178

SEGUNDA PARTE. TRANSACCIONES INTERNACIONALES

Capítulo IV. Intercambio de bienes, servicios y tecnología	181
1. Los servicios	183
2. La tecnología	188
3. Las reglas del intercambio internacional	192
3.1. Las reglas de los gremios	192
3.2. Las leyes nacionales	193
3.3. Las convenciones internacionales	193
4. La mercancía	194
4.1. La protección de la propiedad industrial	195
4.2. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	197
Capítulo V. Compraventa internacional de mercaderías	199
1. Características de la Convención de Viena de 1980	199
2. Ámbito y aplicación	201
3. Disposiciones generales	204
3.1. Interpretación	204
3.2. Los usos y prácticas comerciales	205
3.3. El establecimiento y la residencia	207
3.4. La forma contractual	208
4. Formación del Contrato	210
4.1. La oferta	211
4.2. La teoría de la recepción	212
4.3. La revocación	214
4.4. La aceptación	215
4.4.1. Aceptación con modificaciones	215
4.4.2. Plazos de aceptación	217
5. Obligaciones y derechos de las partes	219
5.1. Disposiciones generales	219
5.1.1. Incumplimiento esencial	219
5.1.2. Notificación de resolución contractual	220
5.1.3. Restricciones del derecho a exigir el cumplimiento	221
5.1.4. Modificación o extinción del contrato	222
5.2. Obligaciones del vendedor	224
5.2.1. Lugar de entrega	225
5.2.2. Fecha de entrega	226
5.2.3. Entrega de los documentos	227

5.2.4. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros	228
5.2.5. Momento para determinar la conformidad de las mercaderías	229
5.2.6. Entrega anticipada	230
5.2.7. Plazo para examinar las mercancías	230
5.2.8. Obligación de notificar la falta de conformidad	231
5.2.9. Pretensiones de terceros respecto de las mercaderías	232
5.2.10. Excusa por no haber informado al vendedor	235
5.3. Derechos y acciones en caso de incumplimiento por el vendedor	236
5.3.1. Derecho del comprador a exigir el cumplimiento	237
5.3.2. Plazo suplementario para que el vendedor cumpla sus obligaciones	238
5.3.3. Resolución del contrato	239
5.3.4. Reducción del precio	240
5.3.5. Entregas parciales o anticipadas	241
5.4. Obligaciones del comprador	242
5.4.1. Pago del precio	243
5.4.2. Recepción de la mercadería	245
5.5. Derechos y acciones en caso de incumplimiento por el comprador	245
5.5.1. Derecho y acciones a disposición del vendedor en caso de incumplimiento por parte del comprador	246
5.5.2. Resolución del contrato	246
5.5.3. Concesión de plazo suplementario	247
5.5.4. Resolución parcial de un contrato de entregas sucesivas	248
5.5.5. Disposición de las mercaderías en tránsito	248
5.5.6. Especificación de mercancías	248
6. Transmisión del riesgo	249
6.1. El riesgo en el transporte de mercaderías	251
6.2. El riesgo de las mercaderías en tránsito	252
6.3. El riesgo en los casos de entrega en lugar distinto o de mercaderías genéricas	253
7. Disposiciones comunes a las obligaciones de las partes	254
7.1. Demora en el cumplimiento de la obligación	255
7.2. Resolución por incumplimiento previsible	256
7.3. Resolución limitada del contrato	257
7.4. Indemnización por daños y perjuicios	258
7.5. Intereses	260
7.6. Exoneración de cumplimiento de obligaciones	260
8. Efectos de la resolución del contrato	262
8.1. Entrega de intereses y beneficios	263
8.2. Conservación de las mercaderías	263
8.2.1. Depósito de las mercaderías	264
8.2.2. Venta de mercaderías mantenidas en custodia	265

Capítulo VI. Contrato de transporte	267
1. Consideraciones generales	267
1.1. Características comunes	268
1.1.1. Mercantilidad	268
1.1.2. Consensualidad	269
1.1.3. Conmutatividad	270
1.1.4. Tipicidad	270
1.1.5. Formalidad	271
1.1.6. Secuencialidad	271
1.1.7. Derivatividad	271
1.2. Sujetos	272
1.2.1. Porteador	272
1.2.2. Cargador	272
1.2.3. Destinatario	273
2. Modalidades	273
2.1. Transporte terrestre	273
2.2. Transporte por ferrocarril	274
2.3. Transporte fluvial	276
2.4. Transporte lacustre	276
2.5. Transporte aéreo	277
2.6. Transporte multimodal	278
2.7. Transporte marítimo	279
3. Contrato de Transporte Marítimo	279
3.1. Variedades del contrato de transporte marítimo	281
3.1.1. <i>Time charter</i>	281
3.1.2. <i>Voyage charter</i>	282
3.1.3. Transporte de carga general	282
3.2. Formación del contrato	283
3.2.1. Las conferencias de flete	284
3.2.2. Régimen uniforme internacional	285
3.3. El flete	285
3.4. El conocimiento de embarque	287

TERCERA PARTE. MECANISMOS COMPLEMENTARIOS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Capítulo VII. Medidas de seguridad y control	291
1. Procedimiento contractual	291
2. Las medidas de control y de seguridad	293
3. Las medidas de control	294

4. Las medidas de seguridad	296
4.1. Las garantías contractuales	296
4.1.1. Transmisión de las informaciones	296
4.1.2. Restitución del dinero desembolsado por cuenta de una de las partes	297
4.1.3. Buen cumplimiento o ejecución del contrato	297
4.1.4. Garantía de retención	298
4.1.5. Garantía a la primera solicitud	299
5. Créditos documentados	301
Capítulo VIII. Términos del comercio internacional	303
1. Los Incoterms	304
1.1. Clasificación	306
1.1.1. Según grupos	306
1.1.2. Según transporte	308
1.2. Tipos	309
1.2.1. EXW	309
1.2.2. FCA	309
1.2.3. FAS	310
1.2.4. FOB	311
1.2.5. CPT	311
1.2.6. CFR	312
1.2.7. CIP	312
1.2.8. CIF	313
1.2.9. DAT	313
1.2.10. DAP	314
1.2.11. DDP	314
1.3. Criterios para su utilización	316
1.3.1. Según la posición del contratante	316
1.3.2. Según el tipo de mercancía	316
1.3.3. Según la capacidad de contratar el transporte	317
2. Los otros términos del comercio	318
2.1. La <i>Revised American Foreign Trade Definitions</i>	318
2.2. Reglas de Varsovia y de Oxford	320
2.3. Las condiciones generales del CAME	320
2.4. Combiterms	320
3. Códigos de los términos comerciales	321
Capítulo IX. Arbitraje y conciliación internacional	323
1. Arbitraje comercial internacional	325
1.1. Evolución	326
1.2. La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional	329

1.3. Autonomía	330
1.4. Elementos del arbitraje	332
1.4.1. El consentimiento de las partes	332
1.4.2. La causa justa	333
1.4.3. La fórmula contractual	334
1.5. Cláusula compromisoria y convenio arbitral	339
1.6. Tipos de arbitraje	342
1.6.1. Arbitraje de conciencia y de derecho	343
1.6.2. Arbitraje de Estado y privado	343
1.6.3. Arbitraje comercial y civil	344
1.6.4. Arbitraje institucional y <i>ad hoc</i>	345
1.6.5. Arbitraje bilateral o multilateral	345
1.6.6. Arbitraje presencial y virtual	346
2. La conciliación comercial	346
3. Soberanía y arbitraje	348
4. Ética y arbitraje	352
5. La experiencia latinoamericana	355
Anexos	361
Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (UNIDROIT)	363
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena del 11 de abril de 1980)	405
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I y A/61/17, anexo I; aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)	433
Ley General de Arbitraje del Perú (Decreto Legislativo N.º 1071)	467
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (Resolución 35/52 de la Asamblea General del 4 de diciembre de 1980)	505
Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI (52.ª sesión plenaria, 19 de noviembre de 2002)	511
Bibliografía	517

PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN

Es con gran satisfacción que presento al público la sexta edición del libro *Contratos de Comercio Internacional*, del Profesor Aníbal Sierralta Ríos, renombrado experto peruano de derecho económico e internacional.

Tengo además el privilegio de hacerlo en mérito a distintos títulos: en mi calidad de Secretario General del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuya importante contribución a la armonización del derecho privado, en sus más de 80 años de existencia, el autor justamente destaca en su obra; y como jurista latinoamericano que he tenido el placer de participar, conjuntamente con el profesor Sierralta, en varios eventos dedicados a la promoción y enseñanza del derecho mercantil internacional en Latinoamérica.

Desde sus orígenes, como un órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones, el UNIDROIT ha dedicado su larga existencia a la armonización y unificación del derecho privado. De su proficua labor son fruto instrumentos de gran transcendencia, como el Convenio Relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), desarrollado por UNIDROIT y posteriormente adoptado por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; los Convenios de La Haya de 1964, que adoptaran las dos leyes uniformes sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías y su formación, posteriormente incorporados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías; los Principios de UNIDROIT Relativos a los Contratos Comerciales Internacionales; el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente; o el Convenio Relativo a Garantías Internacionales en Elementos de Equipo Móvil del 2001, también conocido como el Convenio de Ciudad del Cabo.

Continente heredero de la gran tradición jurídica romanista, su ubicación geográfica mantuvo a Latinoamérica alejada tanto de los grandes flujos de comercio noratlánticos, cuanto de las innovaciones jurídicas que allí se producían. Su propia topografía, dividida por la majestosa cordillera andina, la impenetrable floresta

amazónica y los largos y arduos caminos del Nuevo Mundo, han sido obstáculos portentosos a la integración económica y jurídica de países que, aparte de eso —histórica y culturalmente—, tenían todo para constituir una verdadera comunidad de naciones.

De esas circunstancias resultaba la escasa atención que las letras jurídicas latinoamericanas daban en décadas anteriores al derecho del comercio internacional, fenómeno entonces percibido como demasiado lejano de la vida real de nuestros pueblos.

Desde su primera edición, en 1990, el propósito de la obra del profesor Aníbal Sierralta Ríos ha sido despertar el interés de la comunidad académica latinoamericana hacia la importancia vital del comercio y de sus instrumentos jurídicos para el fortalecimiento de la economía de nuestros países y el desarrollo de nuestras sociedades. En efecto, el profesor Sierralta Ríos ha optado pragmáticamente, no por una discusión teórica y dogmática del derecho internacional privado y del derecho mercantil internacional, sino por una exposición práctica y accesible del fenómeno del comercio internacional y de las reglas del derecho público y privado que lo gobiernan.

La obra presenta al lector los fundamentos económicos de las políticas de comercio exterior, su evolución histórica, los factores que las han influenciado y los organismos internacionales que formulan dichas normas.

El autor concluye la primera parte del libro con una muy útil recapitulación de las distintas categorías tipológicas de los contratos, con arreglo a su teoría general. Fiel al estilo sumamente práctico de la obra, el profesor Sierralta ahorra al lector la repetición de postulados dogmáticos clásicos, haciendo sin embargo hincapié sobre las distinciones más útiles a los operadores del comercio y sus asesores legales.

La segunda parte está dedicada a los instrumentos jusprivatistas de que disponen los comerciantes y abogados para la actividad mercantil internacional (los tipos de contrato más frecuentes en el comercio internacional, sobre todo los contratos de transporte, y los términos y condiciones usuales del contrato más importante del comercio internacional: la compraventa de mercancías). Allí el lector encuentra una exposición sucinta pero completa de las normas fundamentales de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional y de los contratos accesorios del comercio internacional, indispensables para la ejecución de las operaciones de importación y exportación, tales como los contratos de financiación y garantía de pagos. Completa esa exposición con una presentación de los mecanismos de solución de controversias.

Acompaña la obra la reproducción de las versiones españolas de los principales instrumentos estudiados, entre ellos los Principios de UNIDROIT Relativos a los Contratos Comerciales Internacionales, que asumen un lugar destacable. Publicados inicialmente en 1994, después de una larga y minuciosa labor de investigación

y redacción, estos principios constituyen un excelente ejemplo del equilibrio complejo entre la autonomía de la voluntad, la autorregulación de los operadores económicos y el derecho estatal. Actualmente en su tercera edición, dichos principios reflejan al mismo tiempo el diálogo constante entre el derecho interno y el derecho internacional, entre nociones de derecho universales y la vibrante diversidad de las tradiciones jurídicas.

No pueden quedar dudas sobre la creciente inserción de los países latinoamericanos en el marco jurídico del comercio mundial. Basta recordar que, al momento de su entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1992, la Convención de Viena contaba apenas con un país latinoamericano (Chile) entre aquellos que la habían ratificado. Pasados 20 años, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, también se han adherido a ella.

Este contexto en evolución y las muchas cualidades de esta obra, hacen de ella una fuente valiosa de información para los juristas hispanohablantes interesados en la contratación internacional y un aporte de gran importancia al estudio y comprensión de esa compleja temática.

Consigno aquí el reconocimiento del UNIDROIT a la significativa contribución que el autor hace al divulgar nuestros importantes trabajos orientados a la armonización del derecho de los contratos internacionales. Expreso mis sinceros votos para que la sexta edición de este libro confirme el éxito de las anteriores.

Roma, 12 de mayo de 2013

José Angelo Estrella Faria
Secretario General de UNIDROIT

PRÓLOGO A LA CUARTA Y QUINTA EDICIÓN

Los pesquisadores y autores que se abocan a la materia de la contratación comercial internacional y, en general, a los múltiples aspectos jurídicos del comercio internacional merecen el particular reconocimiento de la comunidad académica y deben recibir el mayor aliento porque están hurgando en un campo abundante en material heterogéneo y de distintas fuentes, como es el Derecho interno, los tratados y convenciones internacionales, las normas y usos uniformes de los organismos operadores y la propia costumbre o práctica internacional.

Uno de ellos es el profesor Aníbal Sierralta Ríos, que ha enfrentado el tema desde 1990 en que proyectó, desde Río de Janeiro (Brasil), la primera edición de este libro *Contratos de comercio internacional*, con el que llenó un vacío en la doctrina latinoamericana ya que hasta entonces solo existían otros dos trabajos previos: el de Jorge Barrera Graf (1965) en México, y el de Irineu Strenger (1986) en Brasil. Sin embargo, este libro aborda el tema de la contratación internacional dentro de un análisis jurídico, comercial y empresarial confrontando la práctica con el Derecho latinoamericano y la perspectiva exportadora de la región, lo que le ha posibilitado una significativa acogida que lo ha llevado a esta cuarta edición actualizada y ampliada.

El autor, un antiguo experto conocido de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), trata en su libro, dentro de otros tópicos, tres temas que han sido estudiados extensamente por nuestra Comisión: la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el arbitraje comercial internacional y la conciliación comercial internacional.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías fue concertada el 11 de abril de 1980 sobre la base de la idea de preparar un texto legislativo internacional y armonizado que regulara los contratos de compraventa de mercaderías surgidos cuando, en 1930, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con sede en Roma, dio los primeros pasos. Tras la realización de estudios académicos exhaustivos y una interrupción

de la labor a causa de la Segunda Guerra Mundial, en 1964 se presentó un proyecto de texto a una conferencia diplomática reunida en La Haya, que aprobó dos convenciones: una sobre la compraventa internacional de mercaderías (LUV) y otra sobre la formación de contratos para la compraventa internacional de mercaderías (LUF).

Inmediatamente después de que se aprobaran los dos tratados, en muchos países empezaron a criticarse sus disposiciones por considerarse que reflejaban principalmente las tradiciones jurídicas y las realidades económicas de los países europeos, que eran precisamente los que habían contribuido más activamente a su preparación. Como consecuencia de ello, una de las primeras tareas que emprendió la CNUDMI, tras su constitución en 1968, fue recabar las opiniones de los Estados. Después de analizar las respuestas recibidas, la CNUDMI decidió estudiar las dos convenciones para determinar qué modificaciones requería para gozar de mayor aceptación entre los países con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos. Tras ese estudio y amplias consultas intergubernamentales se aprobó, en 1980, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, cuyo contenido englobaba al de las dos anteriores convenciones.

La Convención goza ahora de aceptación universal, como lo demuestra el hecho de que entre los Estados parte figuran países de todas las regiones geográficas, en todas las fases de desarrollo económico y con todos los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos.

En esta valiosa obra, el profesor Aníbal Sierralta Ríos estudia la Convención desde el punto de vista del pensamiento jurídico latinoamericano, y se admitirá con razón que la Convención merece la adhesión de los Estados de América Latina que aún no son miembros de ella, pues los exportadores e importadores se benefician de un régimen moderno y fácilmente comprensible.

El análisis comparativo que realiza el autor del libro resulta útil porque aclara los conceptos de la Convención e indica las posibles nuevas normas jurídicas que regirían los contratos de compraventa internacional en un nuevo Estado parte. La tarea del profesor Sierralta ha sido aprovechada por algunos países latinoamericanos. Así, su trabajo preliminar *La compraventa internacional y el Derecho peruano* contribuyó a que el Perú ratificará la Convención; y, con seguridad, el libro *La compraventa internacional de mercaderías y el Derecho paraguayo* tendrá los mismos resultados.

Sin embargo, es bueno recalcar que, sean cuales fueren los resultados de la comparación entre el Derecho latinoamericano y la Convención, no deberán ser factores primordiales al decidir si un Estado debe adherirse o no a esta. Existen, además, otras razones de orden práctico que justifican que se adopte la Convención. Concretamente en lo relativo a la ley aplicable a un contrato, el comerciante que importa o exporta mercaderías se encuentra normalmente ante la alternativa de la ley nacional

conocida, de una parte, y la ley extranjera desconocida de la otra. Ante tal disyuntiva, es preferible sustituir la ley extranjera desconocida por el régimen armonizado e internacionalmente conocido de la Convención.

Finalmente, la obra trata del arbitraje y de la conciliación comercial internacional, que son instrumentos de la mayor importancia para la convivencia pacífica de los operadores internacionales.

En síntesis, es una obra trascendente para el comercio internacional, que será de utilidad para los abogados, operadores comerciales, administradores y estudiantes universitarios.

Viena, setiembre de 2003

Jernej Sekolec
Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas
para el Derecho Mercantil Internacional

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Cuando el profesor Aníbal Sierralta Ríos me confirió el honor de prologar la tercera edición de su obra *Contratos de comercio internacional* hice una detenida lectura de esta. Y comparándola con las ediciones anteriores, excelentes por supuesto, vi que el autor había realizado un gran trabajo no solo en cuanto a la actualización de la obra sino, también, incorporando tres nuevos capítulos muy significativos.

Los nuevos temas —«el contrato de transporte», «arbitraje y conciliación internacional» y «medidas de seguridad y control»— dan un panorama muy completo en esta materia. La doctrina y jurisprudencia latinoamericana tienen con esta obra un aporte sumamente valioso que, seguramente, habrá de incrementarse con la de nuevos autores.

Es en especial destacable el esfuerzo del profesor Sierralta Ríos, que se manifiesta en la calidad del tratamiento conceptual y formal del punto «el esfuerzo exportador de América Latina». Inteligentemente descrito el asunto, con sugestivas soluciones no solo en el plano estrictamente jurídico sino, también, apuntando a lo práctico, a lo concreto, esta parte de la obra de seguro va a tener gran acogida en Argentina, como con seguridad ha de tenerla en Perú y en los restantes países del continente Sudamericano.

Muy ajustada y precisa me ha parecido también la clasificación hecha por el autor de los contratos internacionales y de gran utilidad habrá de ser para los jóvenes abogados que se dediquen a esta creciente disciplina, ya que la complejidad, variedad y el constante desarrollo del comercio internacional requieren —y la obra lo hace— un instante de reflexión lúcida y de análisis profundo de una «materia viva» iluminada por la tradición jurídica y fuertemente impactada por el moderno desarrollo tecnológico.

Desde su primera edición en diciembre de 1990, Aníbal Sierralta Ríos no ha dejado de perfeccionar esta obra. Como todo autor dedicado, ha acompañado la evolución de los hechos y del Derecho, modificando, sustituyendo y ampliando este libro.

Hoy aquí encontramos el fruto de esta tarea, hecha con el fervor del autor, con la sapiencia del doctrinario, y a la que él mismo ha agregado, sobre todo ello, la pasión de un auténtico docente, sabiendo que sembrar conocimiento entre los jóvenes latinoamericanos es cosechar mejor calidad de vida para nuestros pueblos en el futuro inmediato.

Buenos Aires, 15 de abril de 1998

Dr. Horacio Alcides O'Donnell

Rector

Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales

PRÓLOGO A LA PRIMERA Y SEGUNDA EDICIÓN

El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica ofrece al público peruano una meritoria obra de Derecho Comercial de la que es autor el distinguido internacionalista Dr. Aníbal Sierralta Ríos. Se trata de un importante aporte a la bibliografía jurídica nacional, que ha de ser de indudable interés para el estudiante de Derecho y el abogado especialista, a la vez que para empresarios y profesionales involucrados en las múltiples facetas, técnicas y financieras, de la actividad mercantil entre las naciones.

El libro *Contratos de comercio internacional* merece ser destacado, aparte de su valor práctico, por su relevancia y su novedad. La incursión en el tema genérico representa ya una contribución pertinente y oportuna al debate sobre la función de la industrialización, y señaladamente la de las exportaciones, en el proceso de crecimiento económico y desarrollo social de una nación. Por otro lado, en el ámbito latinoamericano no es frecuente encontrar trabajos, como el del doctor Sierralta Ríos, orientados a examinar con detenimiento el área específica de la contratación mercantil de carácter internacional. Este novedoso sesgo regional revela la familiaridad con los regímenes legales de los países del área que posee el autor, abogado de amplia experiencia profesional como consultor internacional, profesor de la prestigiosa Fundación Getulio Vargas del Brasil y experto de la Organización de Estados Americanos.

El riguroso análisis que formula el doctor Sierralta Ríos cubre primero el tema general del comercio internacional, luego las pautas supranacionales que gobiernan el intercambio, a continuación los aspectos técnicos de los contratos internacionales y, por último, la compraventa en su aplicación más allá de los mercados nacionales.

Gracias al comercio internacional, que es fruto de la división del trabajo entre las naciones, unos países exportan aquello que producen a menor costo a cambio de lo que otros a su vez están en condiciones de proveer a valores más bajos. El principio enunciado, fundamental en teoría económica, constituye uno de los factores

principales en la promoción del bienestar, medido a través de aumentos en el ingreso nacional de los países participantes en el intercambio global. Las naciones que han seguido una estrategia comercial abierta hacia el exterior muestran resultados económicos favorables en relación con aquellas que han buscado la autosuficiencia sobre la base de políticas restrictivas y proteccionistas. La recompensa de las primeras, expresada en el aumento del ingreso, las exportaciones, el empleo y el ahorro, es función tanto de la mejor asignación de los recursos económicos que deriva de la competencia cuanto de oportunidades que brinda el libre flujo de bienes, servicios, capitales y tecnologías.

Sea esta la ocasión de subrayar que la protección de la producción local es generalmente nociva al crecimiento de la actividad económica de un país. En efecto, esa protección de las industrias relativamente menos eficientes, que compiten con las importaciones, desvía los recursos de capital y mano de obra de las exportaciones, que resultan así desprotegidas. Más aun, el concepto de «protección efectiva» ilustra la distorsión en la asignación de los recursos, que es más marcada según es mayor la incidencia de los insumos importados en el proceso productivo. En ese sentido, se debe buscar que haya uniformidad, o menos dispersión, en las tasas de protección nominal para todos los productos, tanto materias primas como bienes de capital, incluso para aquellos artículos que el país no produce.

Desde 1948, la actividad comercial entre las naciones encuentra sustento en el marco regulador del Acuerdo General de Comercio y Tarifas (GATT), cuyas normas afectan un 80% de ese intercambio global. En efecto, el GATT orienta la acción de unos 130 países, entre los signatarios y aquellos que de alguna forma se rigen por los postulados de esa organización. Los principios cardinales del GATT -tratamiento comercial no discriminatorio y transparencia en los esquemas de protección- han coadyuvado, sin duda, a la expansión del intercambio mundial, cuyo valor bordeaba, a finales del año pasado, los US\$ 6000 billones. El total de las exportaciones e importaciones de América Latina en esa misma fecha fue del orden de US\$ 200 000 millones, nivel solo ligeramente mayor al registrado en 1980. Más aun, el modesto crecimiento del comercio regional en dicho período, debido en parte a los avances del proteccionismo industrial, fue desigual principalmente en función de las políticas macroeconómicas seguidas por los países del área. En cualquier caso, dados los riesgos de un resurgimiento de barreras e impedimentos al intercambio comercial por parte de las naciones de mayor ingreso relativo, resulta crucial que las negociaciones comerciales multilaterales en curso de la denominada Ronda Uruguay, bajo los auspicios del GATT, culminen con los mejores resultados.

La materia específica del trabajo del doctor Sierralta Ríos, en cuanto prontuario de utilidad práctica para los operadores comerciales, está representada por los capítulos que cubren la contratación internacional y la figura de la compraventa. En ellos hace el autor una clara y documentada exposición sobre las diversas formas de contratar y las principales características distintivas de los varios contratos internacionales. La obra describe, asimismo, los aspectos técnicos de la compraventa y las adaptaciones que el entorno internacional impone a esa figura contractual.

La tesis implícita pone en evidencia el renacimiento de la *lex mercatoria* como un sistema de fuentes múltiples, consuetudinario, convencional, jurisprudencial y arbitral, que responde a la demanda sostenida por la comunidad internacional de pautas jurídicas que sustenten y aseguren una vigorosa expansión del comercio mundial. Solo ese creciente intercambio hará posible que, gracias al uso más eficiente de los recursos de la economía, aumente la producción y se eleve el ingreso de todas las naciones.

La literatura jurídica nacional se enriquece con el valioso trabajo que nos entrega la Pontificia Universidad Católica del Perú, que viene a satisfacer una sentida necesidad en el ámbito de los negocios latinoamericanos.

San Francisco, 18 de octubre de 1990.

Carlos Rodríguez-Pastor M.
Ex Ministro de Economía del Perú

INTRODUCCIÓN

Muchos modelos contractuales como la compraventa, los créditos documentarios, las garantías a la primera solicitud, el *leasing* y el fideicomiso, entre otros, tienen un desarrollo vigoroso en las operaciones internas cuanto en el comercio internacional. Todo ello ha motivado que los organismos internacionales y los juristas, a partir de los últimos treinta años, hayan dedicado atención al estudio de los contratos de comercio internacional.

Ahora que los países de América Latina, con diferencias de matices, van pasando de ser vendedores de materias primas a exportadores de manufacturas, servicios y en pocos casos como inversionistas netos, la necesidad de un apoyo especializado, por parte del asesor jurídico o del consultor de negocios internacionales, se hace indispensable.

Con tal propósito, hacia el año 1990, en Río de Janeiro, abordamos el atractivo tema de los contratos comerciales internacionales, dando origen a este libro, cuya segunda edición salió al mercado en 1991. A partir de entonces, nos ha sido satisfactorio ver cómo han aparecido, en América Latina, otros libros semejantes.

La actual obra tiene la misma estructura que la sexta edición, aun cuando más actualizada y ampliada. Así, está dividida en tres partes. La primera, «Análisis jurídico del comercio internacional», constituida por tres capítulos. El primero, introduce al lector en el comercio internacional y sus teorías. El segundo expone las diferentes limitaciones y numerosos aspectos que los distintos sistemas jurídicos que existen en el mundo introducen en las relaciones comerciales, así como las variadas limitaciones o referencias de los organismos internacionales y de los gremios comerciales. El último capítulo esboza una nueva teoría sobre la conexión de los contratos internacionales.

La segunda parte, «Transacciones internacionales», estudia el intercambio de bienes, servicios y tecnología; resaltando los dos más importantes negocios jurídicos del comercio: el contrato de compraventa y el contrato de transporte. Esta parte está constituida por los capítulos IV, V y VI. El primero estudia el intercambio

desde dos ángulos: como un negocio comercial que rebasa el ámbito jurisdiccional de las operaciones domésticas, apreciando su naturaleza jurídica, y la manera cómo un asesor jurídico puede tratarlo. El segundo estudia la Convención de Viena de 1980, como instrumento que busca armonizar la compraventa internacional de mercaderías. El último estudia el contrato de transporte, que es una consecuencia de cualquier contrato de compraventa.

La tercera parte, «Mecanismos complementarios de los contratos internacionales», aborda dichos mecanismos y está constituida por los capítulos VII, VIII y IX. El primero trata los mecanismos mencionados a través de las medidas de seguridad y control. El segundo expone los créditos documentarios y las garantías bancarias, así como los términos del comercio internacional. El último se dedica al tema del arbitraje y la conciliación comercial internacional, como medio de solución de controversias contractuales.

Completa el libro un anexo que contiene seis documentos: Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI); la Ley de Arbitraje peruana, que posee un capítulo sobre arbitraje internacional; el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (Resolución 35/52); y la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI.

Finalmente, como es de rigor, hay una bibliografía consultada y básica.

Lima, noviembre de 2017

Aníbal Sierralta Ríos

PRIMERA PARTE
ANÁLISIS JURÍDICO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

COMERCIO INTERNACIONAL

América Latina, a partir de la década de 1960, inició un gran esfuerzo para incorporarse al mercado mundial de manera significativa. Lo consiguió con resultados sorprendentes en algunos países que, aunque pocos, reflejan un esfuerzo conjunto de su clase empresarial para mejorar su tecnología y de algunas políticas estatales promotoras de las exportaciones, que lograron incrementar la oferta exportable y posicionar las marcas de varios productos. Sin embargo, la apertura de nuevos mercados exige el desarrollo de técnicas y conocimientos que hagan posible comprender las características de los negocios internacionales, faciliten instrumentos para entender las señas de los mercados, brinden medios para mejorar la competitividad de la oferta exportable y formen cuadros profesionales en productividad, comercialización, administración y contratación internacional.

La necesidad de adecuar las economías al bienestar de la población ha planteado una serie de alternativas posibles como las estrategias basadas en el comercio exterior, las políticas hacia fuera; las estrategias orientadas hacia el interior, las políticas hacia dentro; la cooperación técnica internacional; y muchas sutiles combinaciones de dichas alternativas.

Es claro, y conforme se ha comprobado empíricamente, que la mejor estrategia para nuestros países es la orientada hacia el exterior, en razón de los logros obtenidos, la inmensa cantidad existente de materias primas, la presencia de un sector industrial más o menos desarrollado y la obligación de atender los requerimientos de una deuda externa que parece inextinguible.

Hay que enfrentar el comercio internacional dentro del sentido de doble vía que implica —importación-exportación—, para poder adecuar el aparato industrial a una estrategia hacia fuera, porque ambas experimentan un impacto recíproco y juegan de una manera interconectada. No es posible desarrollar una política de fomento de las exportaciones sin considerar que el aparato industrial exportador requiere equipos y tecnología importada. Asimismo, pensar únicamente en la apertura del mercado

nacional como un criterio de desarrollo puede ser el comienzo tanto de una desactivación del parque industrial como de un serio desequilibrio de la balanza de pagos, si las empresas locales y los Estados no están preparados para competir con estructuras corporativas mejor dotadas y con prácticas desleales del comercio internacional como son el *dumping* y los subsidios.

La exportación es la manera más importante de captar divisas que tienen los países en vías de desarrollo; particularmente, las exportaciones no tradicionales o de manufacturas son el único medio de obtener los recursos necesarios para el crecimiento, así como de atender la agobiante deuda externa.

1. RESEÑA HISTÓRICA

El comercio internacional está sujeto a cambios tan rápidos y complejos que nos impulsa a adentrarnos en los vericuetos de la historia a fin de conocer determinadas técnicas y procedimientos que lo facilitan o lo restringen.

En primer lugar, tenemos que partir de la comprobación histórica que este, tal como lo entendemos, es el intercambio de bienes y servicios entre Estados o países soberanos o libres. Tal condición solo es apreciable a partir de los inicios del siglo XIX, ya que antes existía una explotación inmisericorde de las grandes metrópolis respecto de regiones sojuzgadas como América Latina, África y Asia, que no podían articular libremente sus términos de negociación comercial, sino que eran consideradas áreas de extracción. De tal manera que hablar de intercambio internacional, dentro de una idea de relaciones entre naciones más o menos soberanas, solo es admisible y reconocible a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Siendo que estas vinculaciones se han visto incrementadas en cuanto a la variedad de sus componentes y el número de participantes, ya que comprende bonos y *debentures*, *stock* de capital, conocimiento patentado y servicios.

Dos aspectos marcan los diferentes períodos históricos del comercio mundial: las transformaciones políticas, por un lado, y las innovaciones tecnológicas, particularmente en el transporte, por el otro. Es posible afirmar que estos dos factores fueron los impulsores o causantes del devenir histórico. A raíz de ello, podemos vislumbrar cuatro etapas: inicio del comercio global, las grandes fluctuaciones, los nuevos escenarios y la revolución tecnológica y la nueva estructura de los mercados.

1.1. Inicio del comercio global

Esta etapa comienza a partir de 1860 y culmina en 1914, cuando estalla la Primera Guerra Mundial. Antes de este periodo, corrió una fase conocida como la *Pax Bri-*

tannica que caracterizó los inicios del siglo XIX, después de Waterloo, en que Gran Bretaña se convirtió en el único hegemón mundial; lo cual le permitió imponer sus reglas de juego en todos los mercados. Fue un preludio relativamente pacífico y sin duda el más largo en la historia europea sin conflictos violentos.

Lo distintivo de la llamada *Pax Britannica* fue la influencia económica, cultural y política de Gran Bretaña en casi todos los pueblos del mundo. Basada en su progreso y en sus contribuciones respecto de las teorías económicas, pudo ejercer un gran peso sobre las conductas de otros Estados, a causa de su enorme y admirada política liberal. De tal manera que todo ello adelantó los movimientos independentistas en el resto del mundo.

Este período inicial del comercio global tuvo su partida de nacimiento con la transformación del transporte debido a uno de los inventos más significativos del siglo XIX que fue la máquina de vapor, así como la transformación del proceso industrial.

Merced al invento del escocés James Watt, que hacia 1800 perfeccionó su máquina estacionaria a vapor, que luego fue adaptada por Robert Fulton (1807) y George Stephenson (1814) para activar a los barcos y las primeras locomotoras, se inició la gran transformación del transporte, acrecentando la demanda de una materia prima: el carbón, y acercando los frutos del desarrollo industrial a los grandes centros de consumo. En 1860, las calderas cilíndricas se adaptan a los barcos, denominándolos precisamente vapores y transformando, por primera vez, la energía que los impulsaba; lo cual posibilitó el traslado de grandes volúmenes de mercaderías y el recorrido de mayores distancias permitiendo establecer nuevas rutas comerciales a través de los mares.

Es indudable que ello impulsó el industrialismo y creó nuevos métodos de producción en Europa occidental y en Estados Unidos de América, así como la transformación del transporte marítimo y ferroviario, dando origen a nuevas situaciones económicas como la movilidad de los factores de producción, la variedad del comercio internacional y los ajustes de la balanza de pagos.

A este gran invento se le unió una serie de fenómenos políticos que modificaron el mapa de la dominante Europa. Estos dos fenómenos —político y tecnológico— posibilitaron, hacia 1860, el surgimiento de nuevos actores en el mercado mundial, como las empresas productoras y las compañías de transporte; todo lo cual trajo el debilitamiento significativo de la esclavitud que, junto con la Inquisición, evidenciaban el desprecio por el ser humano.

En efecto, a comienzos del siglo XIX, se empiezan a desmoronar los imperios coloniales que dominaban América, África y Asia. Surgen naciones independientes que, sobre las bases administrativas de las antiguas colonias, intercambian sus productos

usando los canales comerciales establecidos durante la etapa anterior, convirtiéndose directamente en proveedores de materias primas hacia la Europa industrializada.

América Latina era un conjunto de nuevas naciones que ofrecían los mismos productos que habían sido extraídos antes por los antiguos imperios, pero ahora con nuevos intermediarios y formas de contratación. La región incrementó sus exportaciones de materias primas y se configuró realmente un mercado entre diferentes Estados que continuó creciente hasta la primera conflagración mundial en 1914.

El comercio mundial creció debido a las innovaciones señaladas y a la influencia de las políticas económicas europeas y estadounidenses que impulsaban la reducción de aranceles, impactando en la India, China, Japón y particularmente América Latina, con resultados no siempre justos o equilibrados.

La balanza comercial se caracterizó por una concentración en la exportación de materias primas como fue el guano y los metales preciosos del Perú; el café y banano, en Colombia; y los granos y productos cárnicos de Argentina y Uruguay. Los nuevos cultivos introducidos por los europeos descendientes de los conquistadores alcanzaron significativos volúmenes y variedades en la canasta exportadora de países centroamericanos, como el café y el cacao o en naciones como Brasil, Colombia y Venezuela; así como la vid y la caña de azúcar.

Este período se paraliza con la Primera Guerra Mundial, ya que los flujos comerciales de las mercaderías se vieron interrumpidos y los medios de pagos experimentaron cambios sustanciales.

1.2. Las grandes fluctuaciones

La primera gran conflagración a escala mundial en 1914 propicia, irremediadamente, un período de grandes fluctuaciones que llega hasta 1939, cuando nuevamente el mundo se ve impactado por la demencia y la ambición, delineando lo que serían después nuevos escenarios, dentro de los cuales los factores políticos y el descubrimiento del petróleo, que sustituyó al carbón, se juntan para diseñar una nueva fase comercial.

Debido al impacto de la Primera Guerra Mundial y las desavenencias de los países europeos, se anularon los tratados comerciales bilaterales, interrumpiéndose los flujos de comercio y el intercambio. Finalizada la contienda y con la industria destruida, surgen inevitables las medidas de protección de las manufacturas nacionales, como fue el caso de la Ley de Salvaguardias de las Industrias Nacionales, de 1921, dada en Gran Bretaña.

En este contexto, los tratados de comercio fueron escasos y no incluían la cláusula de la nación más favorecida; por lo que las reducciones arancelarias bilaterales no se extendieron a los demás socios comerciales, limitando su efecto liberalizador.

La gran depresión del año 1929, en Estados Unidos de América, se extendió a los demás países debido a la fuerte reacción proteccionista que esta crisis generó. El detonante de esa reacción fue la introducción del arancel Smoot-Hawley en 1930, que incrementó las tasas aduaneras americanas en un 60%. La respuesta de los demás países fue elevar todos los aranceles, provocando una fuerte contracción del comercio que, a su vez, agravó y expandió la crisis económica más grande que haya experimentado la economía mundial en el siglo XX.

La recuperación económica mundial se inició a partir de 1933. Sin embargo, atendiendo a que las restricciones al comercio persistieron, la recuperación de este fue tardía. A pesar de ello, en 1934, Estados Unidos de América aprobó la Ley de Acuerdos de Comercio Recíprocos, mediante la cual se autorizaba al Gobierno a celebrar acuerdos comerciales de reducción arancelaria, incluyendo la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, este sistema de tratados y acuerdos bilaterales resultó insuficiente para atender sus intereses; lo cual motivó a crear un nuevo sistema económico internacional. Fue así que se auspició la Conferencia de Bretton Woods, de la que posteriormente surgirían el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

La segunda gran fluctuación va desde la Primera Guerra Mundial hasta 1939, cuando se inicia la Segunda Guerra Mundial después de una gran depresión. En este período se sembraron las semillas de los grandes cambios:

- El comunismo aparece como fuerza en lo que fue la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y se abrió paso, con cierta seguridad, en el mundo, introduciendo la planificación como un método de crecimiento económico.
- En 1939, se acaba el colonialismo europeo como fuerza política en casi todas las regiones del mundo.
- Europa, como potencia económica, estaba totalmente debilitada a consecuencia de las grandes conflagraciones; lo cual la hace descender en exportaciones e importaciones, ingresando, en su lugar, las ofertas de Estados Unidos de América, Canadá y Japón. A ello contribuyó la inflación posbélica y a la depreciación de los tipos de cambio que llevó a uno fijo con la instauración del «patrón oro» en el decenio de 1920, que obligaba a los bancos centrales a mantener una reserva monetaria, normalmente en libras esterlinas, convertible en oro, a fin de fortalecer la oferta mundial en un momento en que era limitada la producción de este metal precioso.
- El descubrimiento del petróleo y su derivado la gasolina caracteriza este período, marcando el segundo gran cambio en los medios de transporte e impulsando el comercio al facilitar el transporte aéreo y marítimo que pudieran trasladar volúmenes mayores de los que se conocían.

1.3. Los nuevos escenarios

Esta etapa se inicia al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en 1945, y termina hacia 1989. Es la fase en la que empiezan a delinarse los nuevos escenarios del mercado mundial con predominio inicial de Estados Unidos de América, sin que se altere aun la influencia de Europa occidental.

Estos nuevos escenarios son:

- Aparición de la economía central planificada, originada dentro del comunismo marxista que se convirtió en una fuerza significativa, ya que abarcó más de una tercera parte de la población mundial. Ello delineó una producción industrial orientada a su propio desarrollo y limitó el ingreso de productos importados; lo que impidió la competencia y la comparación de productos con otros diseños y tecnologías.
- El Estado tuvo un rol protagónico y decisivo en las economías de mercado a fin de mantener el pleno empleo. Ello se debió, en parte, a la influencia de Keynes que aportaba una justificación para la política monetaria y fiscal expansionista; pero, sobre todo, para que los países no subordinen su política interna a consideraciones internacionales, prolongando de esa manera el desmantelamiento de controles.
- Ante la severa crisis económica y financiera que dejaron las dos grandes guerras, los países europeos respondieron impulsando la integración comercial, como fue la Comunidad Económica Europea (CEE) que aglutinó Alemania occidental, Francia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Italia; así como la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), que integraban el Reino Unido, Noruega, Suecia, Dinamarca, Austria, Suiza y Portugal. Esos modelos inspiraron, más tarde, la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), ALADI (Asociación Latinoamericana de Desarrollo), el Mercado Común Centroamericano (El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica) y el Grupo Andino en América Latina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela).
- Cambios en la tecnología y en las estructuras de consumo que hacen surgir nuevos productos.
- Nuevos emplazamientos de las explotaciones de minerales, como los campos petrolíferos en Oriente medio y en el Volga; hierro en Venezuela y la provincia de Quebec/Labrador en Canadá; y cobre en el Perú.
- Los nuevos canales de comercialización, como Europa-Estados Unidos o Japón-Estados Unidos-Europa, fortalecen el intercambio e inician una relación fluida entre América Latina, Estados Unidos de América y Europa.

- Transformación del sistema monetario, que abandona el patrón oro, diseñado en la etapa anterior, e impone el dólar como medio de pago frente a las debilitadas divisas europeas. Ello se consolida después de la Segunda Guerra Mundial con los acuerdos de Bretton Woods y la creación del FMI y del Banco Mundial.
- Aparición de los NIC (nuevos países industrializados), como México, Brasil, Argentina, así como la India y la China comunista, consolidan el comercio de productos manufacturados.

Así, al finalizar el decenio de los ochenta, dos sólidos y amplios escenarios aparecían nítidos dominando el comercio mundial: Estados Unidos de América y la Unión Europea.

1.4. La revolución tecnológica y la composición comercial

A partir de 1990, podemos indicar que comienza una cuarta etapa en el desarrollo histórico del comercio mundial con una nueva serie de fenómenos políticos e innovaciones tecnológicas. Es el período de consolidación de lo que se llama el «nuevo orden económico liberal», cuyo germen fueron los acuerdos de Bretton Woods y el foro del GATT, que llevaron luego a Estados Unidos de América, en el último decenio del siglo XX, a convertirse en el nuevo hegemon del mundo.

A diferencia de Gran Bretaña, que llegó a ese estatus después de la llamada *Pax Britannica*, a Estados Unidos de América le habían precedido grandes guerras, como la de Corea, Vietnam y Camboya; así como el derrumbamiento de Irán y los países árabes.

Desde el punto de vista político, el proceso de la *perestroika* acaba con el comunismo y trae consigo la hegemonía de la economía de mercado como único referente para el crecimiento y desarrollo de las naciones. En tanto que, desde la óptica del comercio, se aprecia que los países empezaron a demandar, desde los años setenta, una significativa cantidad de bienes y servicios que provocaron inversiones y desembolsos masivos de recursos económicos de los Estados y las empresas en tareas de investigación y desarrollo, que generaron una gran cantidad de inventos y nuevos procedimientos, influyendo en el crecimiento económico internacional.

Toda gran transformación económica y comercial lleva un correlato político que le da el sustento ideológico y cultural. En esta fase, el nuevo hegemon planteó lo que se conoce como el «Consenso de Washington», diseñado después de la crisis de la deuda externa, hacia 1989, y que es un conjunto de diez reglas económicas y políticas que buscan reducir el aparato del Estado para abrir paso a nuevos actores y que se pueden resumir en una sola frase: «libre mercado y solvencia monetaria».

La unificación alemana, que logra conformar el 25% del comercio europeo, se convierte en el motor del desarrollo de la naciente Unión Europea, tanto que podemos decir es la locomotora que jala todos los vapores del continente.

A partir de 1991, se consolida el proceso de integración de la Unión Europea, que forma un bloque sólido frente a Estados Unidos de América, y China, que surge como una potencial mundial.

El predominio de la exportación de servicios por encima de la de bienes o manufacturas es otra faceta de este período, en el cual se privilegian los acuerdos destinados a proteger a la propiedad intelectual.

Finalmente, el nacimiento de la OMC (1995) consolida el mundo de las organizaciones internacionales que bosquejan los lineamientos del comercio internacional en todas sus dimensiones, cerrando el cuadro económico-comercial que se pergeñó en los acuerdos de Bretton Woods.

2. CRITERIOS BÁSICOS

El comercio mundial no solamente estudia la exportación e importación de bienes y servicios —aun cuando estas seas sean las formas más evidentes—; sino, además, el flujo de financiamientos, las corrientes de inversión, las tecnologías y los secretos industriales. De este modo, cuando hablamos de él, nos referimos al intercambio a través de aduanas, así como también a la transferencia de los factores básicos de producción. La tecnología atraviesa las fronteras por medio de convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales. La adquisición de sistemas y técnicas de *marketing* conlleva aspectos financieros, así como compra de bienes y equipos. La venta o uso de marcas nunca traspone una aduana o está sujeta a aranceles, pero puede abrir un mercado al país que posea los insumos y la habilidad artesanal y también restringir la exportación cuando el contrato limita las áreas de penetración. A su vez, la consolidación de nuevos mercados requiere que la empresa exportadora realice un esfuerzo mayor para radicar inversiones en el mercado de destino, a fin de reducir el costo de transporte, aprovechar la mano de obra y los recursos naturales, y consolidar su presencia en un mercado en busca de una consolidación regional o global.

El comercio internacional, pues, cubre un amplio campo de acción, visible e indirecto, unido a aspectos financieros que lo hacen más o menos efectivo.

Su importancia para el desarrollo de las naciones es una verdad enunciada desde la antigüedad. Jenofonte, en su trabajo titulado *Procedimientos y medios para aumentar los ingresos de Atenas*, señala las ventajas del comercio internacional, recomienda un trato más liberal para los comerciantes extranjeros y, en un gran planteamiento,

precursor para su época, sostiene que los precios se establecen por la interacción entre la oferta y la demanda.

Sin embargo, se ha querido entender el comercio internacional y explicarlo con los mismos criterios que el comercio interno o doméstico, desconociendo diferencias básicas.

Los economistas clásicos hallan la diferencia en el comportamiento de los factores de producción —tierra, trabajo y capital—. Pero hoy los flujos financieros son un factor tan importante en el comercio que es difícil determinar dónde se agota la operación comercial y dónde empieza la financiera. A ello se unen las diferencias culturales entre los mercados, que se agudizan cuando las mercancías circulan cada vez más rápido por espacios geográficos distintos.

Por otro lado, los modernos economistas basan toda la diferencia en razón del grado de intervención que tienen los Estados sobre la economía o el margen de la apertura comercial. De este modo, tenemos en un extremo a los liberales, que auspician un mundo sin interferencias, y en el otro extremo a los conservadores, que creen en la protección de la industria local y en la regulación tarifaria de los negocios.

La teoría del equilibrio general parece operar como si la economía nacional estuviera localizada en un solo punto del espacio y como si las otras economías nacionales consistieran en referentes diferentes, aunque interligados. De esta forma, los bienes y servicios se desplazan sin coste alguno. Tanto en el comercio nacional como en el internacional, esto no ocurre así. En muchos aspectos, el supuesto del desplazamiento sin costes se toma de la teoría del equilibrio (Kindleberger, 1979, p. 6).

Existe una diferencia de grado entre la movilidad de los factores dentro de un país y la que se puede dar en el campo internacional, sustancialmente en lo que corresponde al trabajo y al capital. Por ello, el comercio internacional sigue leyes diferentes tanto en la retribución y la movilidad de los factores, que son distintas cuando se refieren al ámbito interno de un país.

La reducción de la injerencia del Estado en el campo económico y en el comercio ha motivado recientemente en América Latina una serie de políticas liberales que, en muchos casos, ha desconocido un factor todavía vigente, que es el sentimiento de grupo, de lealtad primaria a un espacio geográfico y humano. Por ello, en la medida en que este criterio se impone económicamente, desaparece el sentido de solidaridad social. Tal vez esta sea una expresión del propio sentido de competencia que, al fin y al cabo, significa el desplazamiento de uno o de varios por la gestión o el esfuerzo de otro.

Precisamente, en la medida en que se produce cada vez con mayor intensidad el proceso de internacionalización, también se mantiene en el fondo de la estructura

social un sentimiento nacionalista, religioso, y a veces, lamentablemente, de exacerbación étnica. El proceso de globalización y el liberalismo económico, con un sentido de competencia que deja a un lado toda solidaridad, ha engendrado un renovado nacionalismo y el resurgimiento de las tecnologías. Las corrientes de inversión y el predominio de las marcas han comenzado a dominar los mercados de tal manera que el componente tecnológico del nombre o marca tiene un valor mayor que el propio producto, lo que hace necesario estudiar su acción y proyecciones para entender el nuevo sentido del comercio internacional y propiciar que se estructure una estrategia conveniente al desarrollo de los países latinoamericanos. El comercio internacional es un mecanismo de mutua comprensión y de interrelación. Esos son el sentido y los márgenes dentro de los cuales debe ser apreciado.

Como parte del sistema económico mundial, el comercio internacional está basado en tres aspectos esenciales: las diferencias y ventajas que tienen los países para producir determinados bienes y servicios, sea por la disposición de materias primas, la eficiencia productiva o el dominio tecnológico; la interdependencia cada vez más creciente, debido al desarrollo de las comunicaciones, así como las vinculaciones multilaterales en los grandes foros mundiales junto con los intereses de los centros de poder; y el afán explicable de los países de establecer un fluido intercambio que mantenga el equilibrio de sus balanzas de pagos.

2.1. Las ventajas y la especialización para comerciar

El hecho evidente de que los bienes y los talentos no hayan sido distribuidos en idénticas formas y proporciones sobre la faz de la Tierra ha hecho surgir una serie de teorías, desde el incremento de la productividad a través de la división internacional del trabajo hasta la prelación de la competitividad para justificar el dominio de los mercados por parte de las empresas mejor dotadas o de los países con mayor presencia en ellos.

Dichas teorías del comercio internacional se han ido diseñando de acuerdo con los problemas que se fueron presentando en los países que tenían mayor volumen de operaciones comerciales internacionales; y en aquellos en los cuales la economía y la política estaban más interligadas, provocaron la aceleración de este proceso, como es el caso de Inglaterra, que generó ventajas frente a Francia en el siglo XVIII.

La visión frente a los mismos problemas ha tenido, pues, resultados diferentes y, en consecuencia, teorías distintas, como la teoría clásica, la teoría de las ventajas comparativas, la teoría económica neoclásica, la teoría cepalina y la reciente teoría de las ventajas competitivas.

2.1.1. La teoría clásica

Esta teoría se estructura a partir de las ideas filosóficas del empirismo, de los enciclopedistas franceses y de la filosofía de la Ilustración, que tuvieron aplicaciones sobre los diferentes campos sociales, legales y económicos, originando el librecambismo.

El liberalismo invadió todas las esferas de la vida social. La economía política no podía escapar a esta corriente de pensamiento; por ello, los fisiócratas creyeron encontrar el principio fundamental que rige todo el proceso productivo y que se condensa en la frase: *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui meme*. Así, las riquezas de las naciones se consideraron un fenómeno natural que los seres humanos producían espontáneamente, a condición de no interferir su libre acceder. La mejor política por parte del Estado consistía en abstenerse de interferir en el libre juego de las fuerzas económicas. Por ello, lo mejor era dejar que todo fluya, impidiendo que el proceso económico sea interferido por los individuos mismos. El libre actuar de las personas, guiadas por su ley natural, producía los mejores y mayores resultados. La ley de la oferta y la demanda se erigió en regla suprema de las actividades productivas y comerciales. En lo productivo, conducía, bajo la acción de la libre competencia, al mejor empleo de los recursos, encauzándolos hacia aquellos sectores de la actividad económica en los cuales su rendimiento resultaba más provechoso. En lo comercial, consagraba la prevalencia del mercado cuando la oferta superaba la demanda, con lo cual originaba el descenso de los precios de las mercaderías y, por ende, impulsaba a que los productores disminuyeran la oferta en el grado necesario para igualarla con la demanda; luego, si esta era mayor que la oferta, el alza de los precios se producía y se incrementaban las ganancias, estimulando la producción hasta ajustarla posteriormente con la demanda.

Los fisiócratas sentaron de esa manera las pautas del individualismo económico, que reclamaba plena libertad de trabajo, de comercio, de competencia; en general, absoluta libertad para el desarrollo de la vida, ya que el derecho natural es la base de toda normatividad humana.

Un orden natural, decían, lo preside todo. Respetar ese orden es la mejor política que se debe seguir. Adam Smith aceptó este principio y consideró la ley natural como la ley fundamental del progreso indefinido. Tanto en Francia como en Inglaterra, los economistas fueron influidos por esta filosofía; pero fue en este último país en donde se dio su más amplia aplicación práctica, mediante la adopción de una política librecambista en lo internacional, que tuvo como propugnadores a Hume, Adam Smith, David Ricardo y, principalmente, John Stuart Mill.

John Stuart Mill (*Principles of Political Economy*) señala que el comercio exterior posibilita:

- El empleo más eficiente de las fuerzas productivas del mundo. Si dos países que comercian entre sí resolvieran producir lo que cada uno compra, ni la mano de obra ni el capital de ninguno de ellos serían tan productivos; ninguno de los dos obtendría de sus industrias la cantidad suficiente de mercancías como ocurriría si cada uno decidiese producir aquello para lo que realmente está más apto. Zapatero a tus zapatos.
- Abaratar la producción, lo que determina que el consumidor sea, en última instancia, quien se beneficia.
- La penetración de una empresa en otro país ampliando su mercado y, en consecuencia, mejorando el proceso de producción para llegar a niveles de competitividad.
- La apertura a un país dado de nuevos productos y medios de comercialización que hasta entonces estaban considerados fuera del alcance de la población, lo que funciona como una especie de revolución industrial en una nación cuyos recursos estaban anteriormente subexplotados por la falta de energía e interés del pueblo. De esa manera, este se verá incentivado a esforzarse más para satisfacer sus nuevos gustos y hasta para ahorrar con el fin de satisfacerlos más plenamente, al igual que las necesidades que se presenten en el futuro.

Los fisiócratas surgieron en Francia a mediados del siglo XVIII, a partir de los trabajos de Quesnay, secundado luego por sus discípulos Dupont de Nemours, Mercier de la Rivière y Turgot. A partir de ellos, el liberalismo económico comenzó a tener una posición definida en Inglaterra y Francia, sobre todo en el primer país, cuyo desarrollo industrial y progreso técnico dio argumento a sus teóricos, aunque todo ello no era sino la aplicación mecánica de los recientes inventos, cuyos frutos más ostensibles fueron el empleo de técnicas productivas que aumentaron la demanda de bienes y servicios destinados a la producción y crearon, a su vez, una demanda para la inversión de las ganancias, transformándolas en acumulación de capital. El desarrollo industrial aumentó la demanda de bienes y servicios destinados a la producción, lo que propició, como consecuencia, una mayor acumulación de capital.

El excedente económico generado por el creciente industrialismo fue aplicado para fines productivos. La burguesía industrial, a diferencia de la burguesía comercial del período mercantilista, dispuso de mayores oportunidades e incentivos para la acumulación de ganancias transformadas en bienes de producción. Esta situación relegó a los metales preciosos a su función natural de servir como medio de cambio, en tanto que el Estado fue siendo cada vez menos gravitante. El comercio exterior libre de trabas resultaba ser la consecuencia necesaria del industrialismo de la economía inglesa, que el Estado se encargaba de prohijar por todos los medios.

2.1.2. La teoría de las ventajas comparativas

La teoría de los costos comparativos fue desarrollada por Robert Torrens y, subsecuentemente, por David Ricardo, a comienzos del siglo XIX.

El núcleo racional de esta teoría afirma que el comercio exterior de un país puede generar algunas ventajas relativas aun cuando su productividad sea inferior en términos absolutos en cada sector de producción respecto al país con el que intercambia. La ley de costos comparativos es la que gobierna el comercio exterior y la división internacional del trabajo. De acuerdo con esta ley, el comercio exterior puede ofrecer ventajas a cada participante en todos los países, contribuyendo a la intensificación de la productividad del trabajo.

Marx ha aceptado el núcleo racional de la teoría de los costos comparativos en un Estado que, aun con desventajas absolutas observadas en la productividad de todos sus sectores de producción, puede beneficiarse del mercado exterior. Al mismo tiempo, criticó fuertemente la apología del libre comercio capitalista expuesta por David Ricardo como base de su teoría, expresando que, bajo condiciones capitalistas, el comercio mundial ofrece a los países más desarrollados una oportunidad para explotar a los menos desarrollados y reducirlos al estatus de oferentes de materias primas y productos alimenticios más baratos.

Ciertamente, David Ricardo, en su teoría de los costos comparativos, ha despreciado el hecho mutuamente ventajoso de la división del trabajo para promover el desarrollo económico de todos los países participantes, el cual podría descansar en forma exclusiva sobre las invariables ventajas comparativas heredadas del pasado. Esta fue una interpretación estática de las ventajas comparativas que lo llevó a exponer el ejemplo según el cual: «el vino podría ser producido en Francia y Portugal, el trigo en Estados Unidos y Polonia, mientras que los productos de ferretería e industriales deben ser producidos en Inglaterra».

En efecto, pues, los bienes y riquezas de la naturaleza, así como los talentos, no han sido distribuidos por igual en todo el planeta ni a todos los hombres. La costa del Perú es rica en recursos pesqueros, pero pobre en recursos hídricos para la agricultura y, por ende, para la ganadería, que solo se ve favorecida cada cuatro años con abundantes lluvias en el norte —Piura y Tumbes—, que permiten almacenar los pastos para los cuatro años siguientes; en tanto que los andes contienen una inmensa riqueza mineral. Algunos otros países son pobres en recursos naturales. Japón, por ejemplo, no tiene petróleo, carece de grandes áreas para el cultivo extensivo y sus habitantes pagan hasta US\$ 30 por un melón amarillo o US\$ 7,32 por una papaya, en tanto que el habitante de Perú o Brasil solo tiene que abonar US\$ 2 o US\$ 0,95 por el mismo fruto, extraído del mismo suelo y por las mismas manos.

Sin embargo, este tiene que comprar una videocámara por un equivalente de ocho salarios mínimos vitales o US\$ 300.

Por otro lado, la habilidad de los habitantes también es un factor que influye en la mayor o menor ventaja para exportar. De igual manera, la educación formal y técnica de sus trabajadores, el sistema de transporte y movilidad social, el grado de desarrollo tecnológico y la concepción del comerciante. Las jóvenes de 16 a 18 años de la región de Córdoba (Argentina) tienen mayor habilidad para el corte y la selección de las uvas que se producen en dichas tierras que las del altiplano boliviano, por ejemplo; pero estas últimas tienen creatividad para los tejidos de lana. Cuando la Texas Instruments diseñó su proyecto de exportación de calculadoras, su fábrica de Taiwán programó un período de cuatro meses de entrenamiento para el personal femenino encargado del ensamble de los productos; sin embargo, a las cinco semanas de asistencia, todo el equipo humano entrenado estaba en aptitud de producir, lo que determinó el adelanto del proyecto.

Los comerciantes de Cajamarca (Perú) no venden la totalidad de su *stock* de una sola vez; pues para ellos el acto de vender tiene también un contenido de interacción social y, entonces, prefieren vender a muchas personas durante un largo período.

Como resultado de estas diferencias, algunos países pueden producir ciertos productos mejor y a un menor costo que otros. Así, pues, las diferencias en el costo de los factores de producción, en la fabricación en escala, en las disimilitudes educativas y tecnológicas, y aun en los gustos, propician el incremento del comercio internacional.

El flujo del comercio y de las inversiones surge de una ventaja económica que un país o región tiene sobre otro en la producción de determinado bien o servicio. En otras palabras, producir soldadura de plata o tractores puede tener para un país menor costo que para otro, que a su vez deseará negociar para satisfacer algunas otras necesidades. Si este, a su vez, tiene ventajas absolutas en otros productos —como bálsamos, ácidos o automóviles—, es claro que existe una base para el intercambio.

Este proceso acusa claras limitaciones, ya que quien produce soldadura de plata, por ejemplo, puede no tener disposición ni deseo de adquirir bálsamo. En la práctica, estas ventajas absolutas y sus condiciones de demanda se complementan adecuadamente. Y así, nuestro razonamiento se habrá entabado. Pero, afortunadamente, la economía tiene una receta: «[...] para una nación puede ser racional y económicamente provechoso importar mercancías que ella misma podría producir a un costo más bajo que otros países (esto es importar mercancías en las cuales tengan ventajas absolutas en costos de producción)» (Hayes, Korth & Roudiani, 1974, p. 52).

Esta es la teoría de las ventajas comparativas, base del comercio internacional.

También es provechoso el intercambio cuando uno de los países puede producir todas las mercancías más baratas que otro, siempre que existan diferencias relativas al producir los distintos bienes en los dos mercados. De esa manera, podría darse el caso de un país latinoamericano que tenga una ventaja comparativa en la producción de bienes en los que es relativamente más eficiente y viceversa, en tanto que un país industrializado hallará razonable especializarse en aquellas mercancías en que su ventaja absoluta es relativamente mayor y, a su vez, comprar en el país subdesarrollado, que posee la mayor desventaja absoluta.

Tal vez la forma más gráfica de explicar esta vieja teoría de las «ventajas comparativas» o de «los costos comparativos» es el tradicional ejemplo que plantea Paul Samuelson: el caso del abogado que es el mejor de todos los de la ciudad al mismo tiempo que es también el mejor mecanógrafo (Samuelson, 1965, p. 756). La lógica nos dice que el abogado se dedicará al ejercicio del Derecho dejando la mecanografía para una secretaria; pues, en la primera actividad, su ventaja comparativa es muy grande como para dedicarla a actividades mecanográficas, en las que, si bien tiene una ventaja absoluta, su ventaja relativa es mucho menor. Y enfocando el asunto desde el punto de vista de la secretaria, esta se encuentra en desventaja relativa con respecto al abogado en ambas actividades, pero su desventaja relativa es menor en mecanografía. En otras palabras, relativamente hablando, posee una ventaja comparativa en la mecanografía y una desventaja en el Derecho, aparte de la posible sanción que recibiría por ejercer ilegalmente la abogacía.

2.1.3. La teoría de la economía neoclásica

La escuela neoclásica, como elaboración posterior a la escuela clásica, recoge lo esencial de la teoría de las ventajas comparativas, pero sustituye la teoría valor-trabajo por el estudio de los aspectos de la distribución basados en el principio de que cada factor contribuye al proceso productivo con un aporte marginal; de aquí el cambio ideológico consistente en que todos los factores tienen su remuneración natural respectiva: renta para la naturaleza, salario para el trabajo e intereses para el capital.

En este sentido, la escuela neoclásica significa un retroceso con relación a la escuela clásica, porque provoca un quiebre epistemológico en la ciencia económica, modificando el objeto de estudio identificado con las preocupaciones del desarrollo económico. Se centra en obtener el máximo provecho neto de una dotación determinada de recursos productivos, lográndose el equilibrio del sistema de manera espontánea, casi automáticamente, por la libre competencia en un mercado competitivo, que es el único mecanismo válido para asignar recursos escasos a través de un sistema de precios. Así se llega a la importancia del precio hasta convertirlo en centro y guía de todas las decisiones.

El enfoque neoclásico se inicia a partir de la relación de cambio. Luego, continúa con las interacciones entre la oferta y la demanda para llegar a los términos de intercambio. Finalmente, analiza el aspecto crítico de la asignación de factores en cada función de la producción, arribando a criterios de elección expresados en las curvas de costos de oportunidad; mediante la comparación internacional de estas, se busca obtener el equilibrio, cuya base, concluye, corresponde al reciente nivel de entendimiento de esta teoría.

La relación de intercambio real se determina por la intensidad y la elasticidad de la demanda de cada país por los productos de otro país; así, el comercio resulta positivo cuanto más intensa y elástica sea la demanda externa y menos elástica e intensa sea la demanda nacional por los productos importados. De donde se deduce que los precios relativos internacionales actúan como ley para que la producción de un país se intercambie por la de otros a los valores necesarios, con el fin de cancelar con el total de las exportaciones todas las importaciones.

El equilibrio entre las exportaciones y las importaciones se conservará en el largo plazo debido a las variaciones de los términos de intercambio que sirven de mecanismo de ajuste de los desniveles ocurridos entre ellas. Por lo tanto, el valor de intercambio de las mercaderías entre los países se ajusta necesariamente a las cantidades recíprocamente demandadas. Esta adecuación se logrará por las fluctuaciones de los precios y los términos de intercambio o por la relación real de este. Simplificando el mecanismo, podríamos asumir, por ejemplo, que nos encontremos en una economía de trueque en la cual la relación real de intercambio es la cantidad de importaciones que se obtiene a cambio de las exportaciones. La equivalencia en valor de las importaciones con el de las exportaciones es la condición del equilibrio y se alcanza cuando las exigencias de cada país logran un múltiplo común de dicha relación de intercambio.

Se afirma que la elasticidad de la oferta puede compensar los movimientos de la demanda. Por lo general, cuanto mayor sea la elasticidad de la oferta y la demanda, la producción se adaptará en el corto plazo a las variaciones de la demanda en función de cambios en el precio o en el ingreso.

2.1.4. La teoría cepalina

Raúl Prebisch hizo el más importante abordaje en el campo del comercio internacional teniendo como base su teoría centro-periferia que representa un aporte significativo dentro de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL) respecto de una visión del desarrollo económico de la región. Planteada a inicios del decenio de 1960, la teoría conocida como «cepalina» tuvo vigencia hasta 1980 y marcó indudablemente la estructura básica para los países que más tarde ingresaron al sofisticado mundo de los negocios internacionales.

La teoría parte del análisis de las economías latinoamericanas frente a la realidad circundante de los países industrializados y los nuevos mecanismos de intercambio. Así, los primeros conforman la periferia de la economía mundial, en tanto que los países industrializados, el centro, en donde se logró establecer tempranamente un desarrollo industrial.

Prebisch ofrece una respuesta diferente a la teoría de las ventajas comparativas de David Ricardo, según la cual América Latina debería resignarse a seguir produciendo materias primas o algunas mercancías agroindustriales aprovechando la dotación de recursos naturales con los que la naturaleza había sido generosa. En tanto que los países centrales seguirían produciendo manufacturas e incorporando tecnologías a su industria, lo cual abarataría su producción en provecho de los países importadores que, como los latinoamericanos, se beneficiarían con la adquisición de mercancías cada vez más baratas. Por otro lado, los países centrales demandarían cada vez mayor cantidad de materias primas en razón de su aparato industrial y el crecimiento de la renta de su población, lo cual haría elevar los precios de las materias primas.

Empero, la realidad era distinta, pues los precios de las materias primas experimentaron una gran tendencia a la caída desde la Guerra de Corea, en tanto que las manufacturas continuaban en franco y empinado ascenso; por lo que los términos de intercambio eran totalmente asimétricos.

Frente a ello, la teoría cepalina propuso la industrialización de América Latina a fin de disminuir la dependencia externa y lograr el incremento de la renta per cápita, porque la población consumiría productos nacionales que demandaría una mayor utilización de mano de obra. La producción industrial y el crecimiento de la renta posibilitarían la acumulación del capital, que es una de las necesidades de los países latinoamericanos. Todo ello contribuiría a romper el determinismo de la teoría ricardiana propiciando el crecimiento del aparato industrial, que haría disminuir la dependencia externa y fortalecería la producción de manufacturas; lo cual llevaría a pasar de la fase de importador neto de productos industrializados a generarlos con una tecnología propia.

El criterio de la industria infante que impulsó el primer eslabón en la industrialización de América Latina a partir de las políticas derivadas de la llamada escuela cepalina tuvo sus antecedentes en los trabajos de Alexander Hamilton (1755-1804), en Estados Unidos de América, y Friedrich List (1789-1846), en Alemania. Ellos señalaron que algunas industrias precisaban ser protegidas por el Estado hasta adquirir la suficiente madurez para competir, en igualdad de condiciones, con compañías transnacionales previamente establecidas. Esta política de protección es razonable y tiene un fundamento de justicia, pues prepara a la industria para enfrentarse

a un mundo altamente competitivo en el que otras realidades han logrado en una fase primera establecer sus industrias:

En las etapas iniciales del desenvolvimiento económico de un país puede haber espacio para la imposición de tarifas proteccionistas o cuotas que permitan el desenvolvimiento en escala y en nivel de sofisticación, de la industria naciente, particularmente en industrias del sector manufacturero y, subsecuentemente, permitiéndoles competir con las importaciones y, lo que es todavía más deseable, tornarse exportadoras de éxito (Trebilcock & Howse, 1999, p. 9).

Los instrumentos básicos de este esquema teórico son los siguientes:

- Protección general de la industria doméstica, a través de la prohibición de importaciones o del juego de aranceles.
- Una política cambiaria que sobrevaluó la moneda nacional y que posibilitó dotar de mayores recursos al sector exportador.
- Beneficios impositivos —desgravámenes por industria y por región— para las factorías que iban a ser instaladas.
- Política monetaria y crediticia expansiva que, al reducir en forma significativa la tasa real de interés —que llegó incluso a niveles negativos—, promovió la compra de equipos extranjeros.

Sin embargo, con la caída de los precios de las materias primas, los países se encontraron sin las divisas suficientes para sostener su crecimiento, pagar las inversiones propiciadas por el propio esquema y adquirir nuevas tecnologías. De esta manera, el sector exportador de *commodities* resultó subsidiando el proceso industrial, ya que los ingresos generados por la exportación de materias primas facilitaron las divisas para la adquisición de maquinaria destinada a la industria nacional.

Si bien resultó conveniente una política de sustitución de importaciones para establecer una industria y superar la dependencia absoluta en la provisión de manufacturas —sobre todo si se recuerda que hasta 1950 la gran mayoría de los países de la región eran exportadores de *commodities* e importadores netos de todas las manufacturas, desde gasolina hasta papel higiénico y jabones—, esta no puede ser aplicada permanentemente sin afectar las posibilidades de desarrollo de un país.

Esta teoría pretendía pasar de una etapa primaria mono exportadora a un desarrollo industrial, protegiendo su parque manufacturero, basándose particularmente en la asignación de altos aranceles para sus similares, con el fin de desalentar su consumo, aparte de una larga lista de prohibiciones de importación. De esa manera, se redujeron las posibilidades de consumo de los habitantes del país y se distrajeron recursos, al desviarlos de la promoción de bienes exportables hacia la producción

de bienes que podrían haber sido importados, en la mayoría de los casos, a un menor precio. En otras palabras, la política de sustitución de importaciones usó muchos recursos para producir en el país bienes que se podrían exportar a un menor costo para el país.

2.1.5. La teoría de las ventajas competitivas

Fueron dos los factores que impulsaron la búsqueda y aparición de nuevas teorías que expliquen la competitividad y el comercio internacional. El primero destacó la naturaleza esencialmente imperfecta de la competencia en los mercados debido al predominio de oligopolios, monopolios, oligopsonios y monopsonios; y el segundo, buscó actualizar la teoría de las ventajas comparativas frente a las nuevas realidades. Así, aparecen nuevas explicaciones del comercio internacional: algunos lo entienden como un fenómeno macroeconómico; otros argumentan que depende de la disposición de la fuerza de trabajo barata y abundante; otra teoría, en cambio, adujo la presencia de un intercambio desigual entre el «centro» y la «periferia» de los países; es decir, entre los países industrializados y los que están en vías de desarrollo, como los latinoamericanos.

Sin embargo, diversos países en nivel de subdesarrollo —como Corea del Sur, Taiwán y Singapur— han prosperado pese a las tesis sostenidas por algunas de las teorías mencionadas anteriormente; así como otras economías —como las de Inglaterra y Estados Unidos de América— han experimentado cierta involución en algunas áreas productivas, demostrando así el carácter no lineal del desarrollo de la competitividad.

El profesor Michael Porter publicó, en 1990, el libro *The Competitive Advantage of Nations (La ventaja competitiva de las naciones)*, en el que desarrolla una nueva teoría que versa acerca de la manera en que compiten las naciones, las provincias y las regiones, y cuáles son las fuentes de su prosperidad económica. Dicha teoría surge en el mismo momento en que se plantean, dentro de los lineamientos del Consenso de Washington, las nuevas líneas de desarrollo, inversión y apertura de mercados que signaron los últimos años del siglo XX, afectando a toda América Latina.

La competitividad de un país, hasta antes de la teoría de las ventajas competitivas de Porter, se había explicado a través de la teoría clásica de las ventajas comparativas, la misma que pone énfasis en la abundancia de recursos naturales y en los factores de producción. A fines del decenio de 1980, esta teoría no pudo explicar el desarrollo de las economías industrializadas, ya que la competencia en los mercados no es perfecta; pues tanto empresas como gobiernos actúan afectando los flujos comerciales y, por tanto, el nivel de riqueza de una nación. En consecuencia, también pueden sufrir alteraciones las condiciones del mercado y la competitividad de las industrias.

Porter, partiendo de las ideas de Adam Smith destinadas a elevar en forma constante y creciente el nivel de vida de la población de un país, reformuló la definición de competitividad y la apartó de la noción de competitividad nacional que caracterizó el planteamiento de Smith, haciéndola depender, en cambio, de la de productividad, que se refiere a la manera en que se pueden utilizar los factores de la producción —mano de obra, naturaleza y capital— o los insumos, de tal suerte que los recursos de una nación puedan ser maximizados. La productividad está, pues, en manos de las industrias o empresas de un país, estableciéndose una relación entre la competitividad del mismo y la capacidad de sus empresas para llegar exitosamente a los mercados internacionales. Así, la única forma de mantener una ventaja competitiva en el ámbito internacional es actualizando y revolucionando constantemente las condiciones técnicas de producción, es decir, adquiriendo nuevas tecnologías.

La competitividad se maneja, así, en términos de la capacidad de ocupar y liderar los espacios más dinámicos del mercado en proporción cada vez más creciente. En el caso de los países, esta les permite captar, mantener e incrementar mercados nacionales, regionales, subregionales, internacionales y globales y, sobre dicha base, elevar el nivel de vida y el grado de bienestar de su población.

Porter planteó tres preguntas básicas para desarrollar su teoría: ¿por qué algunas naciones tienen éxito en industrias internacionalmente competitivas?, ¿qué influencia tiene una nación sobre la competitividad de sus diferentes industrias o segmentos industriales?, y finalmente, ¿por qué las empresas de diferentes naciones eligen estrategias particulares?

Para responder a estas interrogantes, consideró cuatro premisas claves: la primera es que el nivel de competencia y los factores que generan ventajas competitivas difieren ampliamente de industria a industria —inclusive entre los distintos segmentos industriales—; la segunda considera que las empresas generan y conservan sus ventajas competitivas primordialmente a través de la innovación tecnológica; la tercera premisa es que las empresas que crean ventajas competitivas en una industria en particular son las que, consistentemente, mantienen un enfoque innovador, oportuno y audaz, y explotan los beneficios que esto genera; y la última admite que es típico de las empresas transnacionales competitivas realizar parte de sus actividades de la cadena de valor fuera de sus países de origen, capitalizando así los beneficios que derivan del hecho de disponer de una red internacional que puede proveerles ventajas específicas.

Todo ello origina, según Porter, cuatro factores determinantes: la dotación del país en cuanto a cantidad y calidad de los factores productivos básicos —fuerza de trabajo, recursos naturales, capital e infraestructura—, así como las habilidades, los conocimientos y las tecnologías especializadas determinan su capacidad para generar y asimilar las innovaciones.

La naturaleza y calidad de la demanda interna exige nuevas condiciones al aparato productivo nacional, razón por la cual los consumidores presionan a los ofertantes con sus demandas de nuevos artículos.

Todo esto determina la existencia de una estructura productiva conformada por empresas de distintos tamaños, relacionadas tanto horizontal como verticalmente, y que impulsen la competitividad por medio de una oferta interna especializada de insumos, tecnologías y habilidades para sustentar un proceso de innovación a lo largo de cadenas productivas.

Así, se requiere la creación de un ambiente competitivo, en el cual todos estén comprometidos, para lo que en el país deben diseñarse condiciones particulares en materia de creación, organización y manejo de las empresas, así como de competencia, principalmente si está alimentada o inhibida por las regulaciones y las actitudes culturales frente a la innovación, la ganancia y el riesgo.

Para todo ello, es necesario, por un lado, la intervención del gobierno y, por el otro, considerar los fenómenos de carácter fortuito para constituir el sistema que Porter denomina «diamante», a partir de tres acciones que permitirían a una empresa crear o mantener ventajas competitivas y así lograr una fortaleza de gestión internacional. Esas tres estrategias genéricas consisten, en primer lugar, en mantener el costo más bajo frente a los competidores y lograr un alto volumen de ventas; en segundo lugar, crear un producto o servicio que sea percibido en toda la industria como único; y, finalmente, concentrarse en un grupo específico de clientes, en un segmento de la línea de productos o en un mercado geográfico.

2.2. La interdependencia

Cuando Marco Polo descubrió las nuevas especias, sedas y el dinero representado en papel de arroz, tardó varios años en hacer conocer estas novedades mercantiles y muchos más aun en lograr que sean aceptadas y revolucionar el flujo comercial entre Europa y Asia. Tiempo después, Cristóbal Colón, al encuentro con otro continente, buscó dominar no solo nuevas rutas para el transporte marítimo sino, también, nuevos aportes de la naturaleza —como la papa, el maíz, la coca, el henequén— que cambiaron los ejes monárquicos, la estructura económica del mundo y también la posición política de las potencias europeas. La hoja de papa se convirtió en símbolo de distinción y se llevó orgullosa en bordados de las chaquetas de la nobleza europea. Cuando el tubérculo fue llevado a Europa por los conquistadores españoles del antiguo imperio incaico, cambió los hábitos alimenticios; y cuando escaseó en Irlanda a fines del siglo XIX, dio origen a la gran migración a Boston y New York. De igual manera, la hoja de coca revolucionó la medicina, ya que sin ella hubiera

sido difícil que se desarrollara la cirugía, pues sirvió como un anestésico eficaz y sin secuelas. Sus varias aplicaciones posibilitaron que llegara incluso hasta el Vaticano, en donde el Papa León XIII tomaba su vino Mariani preparado a base de coca; asimismo, la más famosa gaseosa o refrigerante incorporó la coca como ingrediente en su composición, alcanzando éxito mundial. Pero todos estos descubrimientos esperaron decenas de años hasta poder ser industrializados y más tarde actuar en el comercio tradicional de entonces.

Ahora, la crisis de la bolsa de Nueva York afecta, a los treinta segundos, la economía bursátil de las grandes bolsas de Londres, Chicago, Buenos Aires, Tokio o Ámsterdam. Bastan apenas unos minutos para que un lejano centro comercial sea comprometido por la acción de otro.

Ya no es posible dividir el mundo, por lo menos de la manera tan radical como ocurría hasta comienzos del actual decenio, en economías de mercado y en economías centralmente planificadas. Hay un acercamiento evidente de ambos sistemas, un movimiento hacia la centralización en Occidente y a la descentralización en Oriente.

En los grandes centros de poder de las economías de mercado, se ha desenvuelto de manera armónica la privatización de las empresas del Estado, la reducción de impuestos y la integración de mercados. Como subproducto de la privatización ha surgido el «capitalismo del pueblo». Los ciudadanos compran acciones de las empresas públicas. En Inglaterra, el número de accionistas supera al de los empleados sindicalizados. En Argentina, Colombia y Bolivia, una corriente creciente de ciudadanos se une a las huestes de participación accionaria popular, aunque ello se haya debilitado a fines de los noventa con el empobrecimiento de su clase media y, en consecuencia, su débil o nula capacidad de ahorro.

La modernización de Deng Xiaoping en China (1979) se convirtió en el prelude de la *perestroika* y el *glasnot* de Gorbachov. Hoy, se habla de «centralismo democrático» y no más de «economías centralizadas». Los propios comunistas proclaman que el conflicto de clases no es más un tema válido de discusión ideológica. Con gran esfuerzo e indudable sacrificio, las economías centralizadas tratan de digerir conceptos como lucro, sistema de precios, recompensa o retribución por el esfuerzo individual, incentivos al capital extranjero.

La práctica comercial de las empresas transnacionales —OXI, McDonald's, Coca Cola, Halliburton, IBM— y sus esquemas de penetración internacional tanto en los bloques socialistas como en los países en desarrollo o NIC (por sus siglas en inglés: *new industrialized country*) han demostrado que las diferencias ideológicas son irrelevantes y fáciles de ignorar en los contratos internacionales de *joint venture* o de *franchising*.

Si la coproducción logra reducir las tensiones de los bloques e incrementa la prosperidad de Oriente, entonces ambos, Oriente y Occidente, pueden dedicarse a solucionar lo que es tal vez un problema más importante que su mutua hostilidad: cerrar la brecha que existe entre los niveles de vida del norte y del sur, entre los desarrollados y los menos desarrollados. Los países más pobres de Asia, África y Latinoamérica han empezado a mirar su histórica pero de ninguna manera inevitable pobreza, propensa a un mejoramiento por sus propios esfuerzos y con la ayuda de los países desarrollados (Benoit, 1966, pp. 9-18).

Los esfuerzos de integración y la relación de sus componentes con otros intentos de vinculación subregional son una muestra de que las economías de los países y sus posibilidades comerciales no pueden vivir como unidades autárquicas, sino interligadas.

Las dificultades de los procesos de integración latinoamericana —Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Comunidad Andina de Naciones (CAN), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Mercado de los países del Caribe (CARICOM) y Mercado Común Centroamericano (MCCA)— se produjeron particularmente por un ambicioso esquema de sectorialización industrial, por el interés inicial en delimitar las tecnologías o la inversión extranjera o por esquemas de producción de tecnología de punta cuando no se tenía un sector agropecuario fuerte y desarrollado ni centros de formación técnica para enfrentar dichos desafíos. Los grandes obstáculos de la integración tal vez encuentren una salida: la interrelación comercial. Esa es la interdependencia más ágil y práctica. Son las medidas comerciales las que producen un efecto directo en el desarrollo industrial y en la integración de las naciones. Tal vez el MERCOSUR sea un ejemplo de ello.

Esta interrelación ha reorientado igualmente las estrategias de producción y muchos productos son fabricados por piezas en distintos países, lo que ha hecho aparecer nuevas formas de inversión en el mundo y nuevas unidades, como las transnacionales, que han propiciado, particularmente dentro de los países latinoamericanos, la formulación de legislaciones promotoras.

El comercio exterior antecedió, hace cientos de años, a la industrialización. Las relaciones entre política comercial y desarrollo industrial son estrechas y consecuentes. Si, por ejemplo, un país establece barreras al comercio exterior, pero no introduce las mudanzas apropiadas en sus políticas fiscal, monetaria y cambiaria, es seguro que no logrará una industria nacional eficiente, ya que las empresas venderán por encima de los precios internacionales. En tanto que si liberaliza todo el mercado suprimiendo cualquier barrera, incluso estableciendo un arancel plano o igual para todos los productos importados, es posible que desaparezca su industria nacional, ya que las grandes transnacionales y los subsidios que los países industrializados

dan a sus empresas —particularmente al sector agrícola— competirán con ventaja frente a una industria que aún no se ha consolidado en el mercado externo.

Por otro lado, si hay una tasa cambiaria sobrevalorizada, los empresarios verán más atractivo importar equipos y bienes intermedios a precios inferiores al del costo real para la economía. De esa manera, la vaporización de la producción y la subvalorización de los insumos y bienes de capital exacerbarán los lucros de las industrias, al tiempo que la subvalorización de las exportaciones y de los productos agrícolas disfrazará burdamente su contribución potencial de crecimiento. Finalmente, veremos cómo se desalentará al exportador; ya que, al salir a los mercados externos, encontrará que no tiene precios competitivos. A su vez, el consumidor nacional seguirá pagando el largo y alto costo de la ineficiencia. Sin embargo, una paridad cambiaria frente a una moneda fuerte, como es el dólar, no siempre será estimulante para el sector exportador de manufacturas, que tiene que orientar recursos para abrir mercados asumiendo mayores costos en la adquisición de servicios —financieros, transporte, seguros, tecnológicos, adecuación a las reglas de estandarización internacional—, cuyos precios crecen periódicamente y son pagados en dicha divisa, en tanto que su convertibilidad en el mercado local le impedirá obtener más moneda nacional para cubrir, con salarios nacionales, insumos locales o servicios de su propio país. Ejemplos negativos de esta política ortodoxa de paridad cambiaria son los casos de Argentina y Ecuador. En efecto, cuando hay un sector exportador manufacturero, la paridad en el corto plazo es desestimulante para el exportador; pues, por los precios crecientes del sector servicio y tecnológico, tiene que orientar cada vez más divisas para adquirir servicios, insumos, partes y piezas, así como tecnologías del exterior, en tanto que la conversión de dichas divisas a moneda nacional sigue siendo exactamente igual para pagar salarios, materia prima y servicios básicos, lo que hará languidecer sus beneficios cuando no determinará su total desaparición. De esta manera, las políticas de comercio exterior, si bien tienen que ser claras, deben ser flexibles y oportunas para estimular a los empresarios latinoamericanos, que no controlan las finanzas internacionales ni menos los mercados de divisas.

Es particularmente conveniente adoptar medidas urgentes para enfrentar los problemas de contracción de la actividad comercial al interior de los diferentes procesos. Aquí reside una de las grandes tareas de los próximos años: incrementar significativamente el comercio intrarregional; para lo cual se deben adoptar las medidas fiscales, la uniformización administrativa de las aduanas, la ecualización de determinada legislación y el mejoramiento de los canales de distribución que faciliten el intercambio de productos entre nuestros países. Ello permitirá que los grandes mercados se unan y América Latina se encamine efectivamente hacia la integración que ha sido negada y obstaculizada por los grandes países industrializados.

Para demostrar que la actividad comercial es el motor más efectivo de la integración, basta mencionar lo siguiente: el importante acuerdo comercial de Estados Unidos de América con Canadá y México, que ya tiene más de 80% de sus exportaciones colocadas en el primer país, configurando el Mercado Común de América del Norte. Igualmente, la experiencia del MERCOSUR que agrupa a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En otras latitudes, la Unión Europea (UE) es, ahora, un espacio relativamente homogéneo que agrupa a países de Europa occidental con un total de 503 millones de habitantes que tienen un alto grado de bienestar. Es, por ende, uno de los mayores mercados del mundo, con un crecimiento previsto de 2,25% anual y que funciona dentro de un bloque institucional con Parlamento, tribunal y moneda común.

Australia y Nueva Zelanda, aun cuando se mantienen dentro del cada vez más debilitado *commonwealth* británico, son países que actúan interdependientemente y, aunque recién han salido (1982) al mercado internacional, después de que lo hicieron las naciones de América Latina, se están expandiendo especialmente en el área de servicios —transporte aéreo y marítimo— y en el comercio de *commodities*.

China sola es casi económicamente un continente constituyendo la segunda economía mundial con más de 1500 millones de habitantes, de los cuales 535 mil tienen una fortuna superior al millón de dólares. Sus exportaciones crecen a un promedio de 7% anual desde 1980.

El mundo árabe, no obstante ser confuso y apasionado, es otro bloque económico que se abre hacia los países con los cuales no hay una fuerte oposición religiosa o ideológica. El hecho de ser los mayores productores de petróleo del mundo, que es un *commodity* que ha venido creciendo en precios desde 1995, los coloca en una posición atractiva pero también de interés político y económico por parte de los países consumidores, como Estados Unidos de América.

África es un enorme continente de inmensas potencialidades, pero con una infinidad de problemas. A pesar de que sus históricas relaciones con Europa y su vinculación a través del Tratado de Lomé la unen más íntimamente a los países de ese continente, África busca en forma insistente una nueva interdependencia con otras naciones, particularmente con Brasil, en razón de la cercanía idiomática y cultural. Pero también con China e India.

Finalmente, América Latina, aun cuando avanzando el siglo XXI se encuentra en crítica situación social, ha venido superando los regímenes políticos autoritarios y corruptos que la agobiaron desde el inicio de los noventa. Su comercio intrazonal ha sido muy atractivo en los últimos veinte años, tanto por el lado de las exportaciones como de las importaciones, particularmente lo que corresponde a las exportaciones. Así, en el correr de los años noventa, experimentó un dinámico crecimiento,

con tasas promedio anuales de 18,5%. Esta tendencia se acentuó principalmente en países como Argentina, Colombia, Paraguay, Uruguay, El Salvador y Guatemala; en menor medida en Perú y Ecuador. Cabe destacar, igualmente, que a partir de 1985 crecieron las exportaciones entre la región, con la sola excepción de 1999, en que se produjo un fenómeno coyuntural.

Por el lado de las importaciones, podemos apreciar países en los que casi la mitad de sus adquisiciones provienen de naciones latinoamericanas, como Bolivia, Paraguay, Uruguay y Nicaragua. Los motivos de cada uno de ellos son diferentes. En los casos de Paraguay y Uruguay, el hecho de que sus importaciones intrarregionales sean casi 50% se debe a las relaciones con el MERCOSUR, fundamentalmente Brasil, que posee una gran industria manufacturera cuyo desarrollo económico se basa en el incremento de su mercado interno. La participación de Argentina es también importante, pero mucho menor.

En el caso de Bolivia, sus importaciones intrarregionales llegan casi al 70% en el año 2001, con una media durante el decenio de casi 63%. Definitivamente, la influencia de su frontera con Brasil tiene un efecto similar al de Paraguay y Uruguay, pues Bolivia también posee una industria manufacturera incipiente; el otro aspecto que se debe tomar en cuenta es que Bolivia forma parte de la Comunidad Andina de Naciones, cuyos miembros, salvo Ecuador, son más industrializados.

La situación de Nicaragua se explica por su cercanía con México, otro de los grandes países industrializados de Latinoamérica. Debemos indicar que Nicaragua es uno de los países más pobres de la región y quizás el menos industrializado después de Haití.

México es el país con menor importación de productos de la región. Su porcentaje durante el decenio alcanza un promedio de 3%. Una de las razones se asocia con el hecho de ser un país productor de petróleo, cosa que no sucede con los demás países industrializados de la región, salvo Venezuela. Otro factor es su política comercial e industrial enfocada a la exportación, por su cercanía a un gran consumidor como es Estados Unidos de América.

Todo ello es una brevísima muestra de que el mundo vive dentro de una interdependencia creciente según afinidades geográficas, culturales y económicas, y que es necesario revisar las políticas comerciales de la región.

2.3. El intercambio y la balanza de pagos

Los países —particularmente los latinoamericanos— buscan cada vez más un fluido intercambio y también mecanismos para que su comercio exterior mantenga el equilibrio de sus balanzas de pagos.

La balanza de pagos es el instrumento que permite analizar el sector externo de la economía nacional y estudia fundamentalmente el flujo y los negocios de determinado país. Es, igualmente, un registro sistemático de las actividades económicas que se realizan entre residentes y no residentes del país durante un período de tiempo que usualmente es un año.

Una operación económica es un intercambio de valor, normalmente un contrato en el que hay una tradición de un bien, una locación de servicios o un uso de derechos no patrimoniales, entre mercados distintos y sujetos a un pago y un ingreso de dinero. Sin embargo, bueno es advertir que en el caso de los contratos de *countertrading*, los bienes se intercambian por bienes; y en la compensación privada, los activos por activos. Cada una de estas operaciones económicas internacionales ha de ser registrada en la balanza de pagos. Pero también se efectúan algunos asientos cuando no se produce una gestión internacional en el sentido de un pago internacional; por ejemplo, la reinversión de utilidades que hacen las empresas extranjeras en el país, sin pagar dividendos o *royalties* a su casa matriz.

En teoría, la balanza de pagos se lleva de acuerdo con las normas de contabilidad por partida doble; en consecuencia, cada operación internacional produce un crédito y un débito de igual cuantía. La exportación de vinos, de melones o de cerraduras es un crédito; los medios de pago aparecerán como un débito; en tanto que la importación de insumos para hacer tales cerraduras, que sería un débito, puede ser pagada con un aumento de las obligaciones ante los extranjeros —registrado como un crédito—. Como se ve, todas son operaciones posibles de ser registradas, pero aun en administraciones eficientes hay una serie de otras que no son informadas y solo pueden ser estimadas. Así aparece la partida de «errores y omisiones», que salda lo no registrado específicamente y con frecuencia oculta operaciones impublicables.

La balanza de pagos no está invariablemente en «equilibrio», pues no siempre coinciden ingresos con egresos. Entonces, cuando existe un déficit o superávit sustancial, se dice que la balanza está en desequilibrio y deben tomarse medidas correctivas que afectan a quienes están operando en mercados externos, que merecen, por ello, un examen detallado. El estudio de la balanza de pagos permite efectuar una medición del sector interno sobre la base de dos conceptos básicos: la capacidad de pagos y la capacidad para importar. Así, un país que desea penetrar en mercados externos deberá auscultar no solo la demanda del producto o servicio; sino, también, la capacidad que tiene ese mercado para pagar el monto del contrato. En el acto previo de una exportación, que es la negociación comercial, el operador deberá determinar, a través de un simple análisis de la balanza de pagos del país comprador, la capacidad que tiene para importar. El comprador extranjero puede tener la voluntad de comprar y los recursos para pagar —su moneda nacional—; pero el país importador

puede no tener capacidad para pagar —falta de divisas— y entonces el contrato internacional nace con una imposibilidad de cumplimiento.

La capacidad de pagos está determinada por la suma de exportaciones de bienes y de servicios, la entrada por remesas y utilidades, y la entrada de capital no monetario:

$$\text{Capac. de pagos} = x + b + y + s + \text{entrada utilidad} + \text{entrada K no monetario}$$

En tanto que la capacidad para importar está representada por esa capacidad de pagos, menos la salida de capital no monetario y la salida de remesas de intereses, utilidades y salarios.

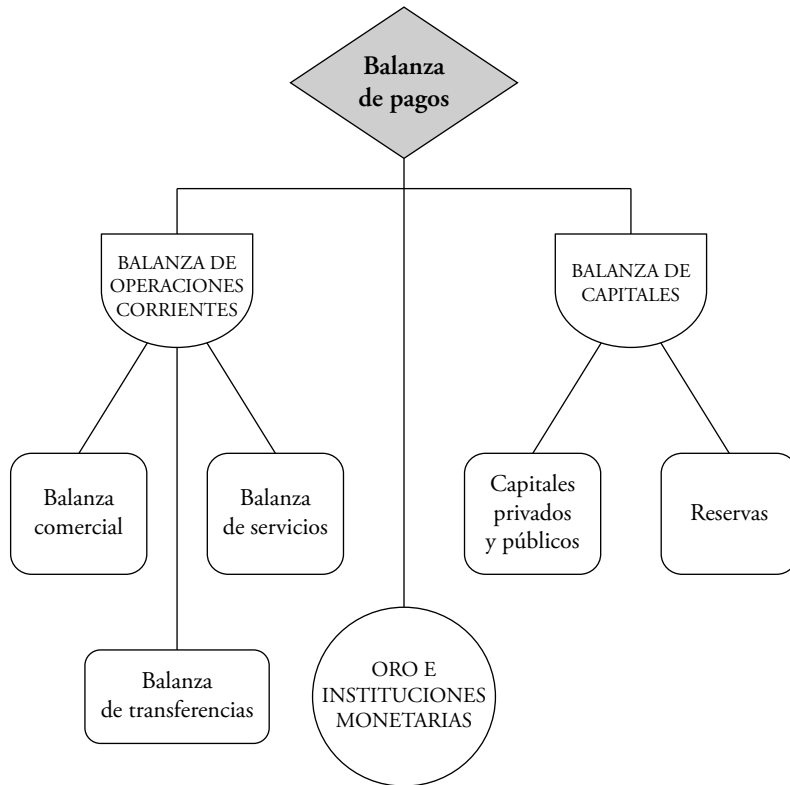
$$\begin{aligned} \text{Capac. p. importar} &= (\text{capac. de pagos}) - \text{salida de K no monetario} \\ &\quad - \text{salida de remesas de intereses, utilidades y salarios} \end{aligned}$$

Si se compara el monto de la capacidad para importar con el total de importaciones del país con el cual estamos comercializando, podremos observar si la capacidad fue suficiente para esas adquisiciones o si no lo fue; en este último caso, debemos presumir que dicho país ha tenido que recurrir a sus reservas internacionales. Esta circunstancia puede determinar, en el corto plazo, una prohibición de importaciones, alza de aranceles o restricciones legales a la importación; lo que perjudica, obviamente, la ejecución del contrato. Lo que está en juego es el uso y la disponibilidad de las divisas. Cuando una empresa peruana compra dólares para pagar sus importaciones, se reduce la liquidez no oficial de la economía peruana y se incrementa en la misma proporción la del país proveedor. Hay una corriente neta de un país a otro. Pero este resultado bilateral no es el más importante, pues un país comercializa con otros mercados; luego, lo vital en el estudio son las ganancias o pérdidas netas globales.

A su vez, el exportador tiene que apreciar cuál es el comportamiento del país al que está vendiendo en esta misma situación, sobre todo si el país comprador tiene pérdidas continuas de divisas. Como se ha mencionado, dicho país puede prohibir las importaciones, en uso de una facultad permitida por la Organización Mundial del Comercio (OMC) cuando hay un desequilibrio profundo en su balanza de pagos; pero también puede devaluar su moneda, determinando que las mercancías que se importan sean más caras para el propio país. También puede subir aranceles o establecer barreras legales.

Una balanza de pagos está integrada por varios componentes o registros que varían según la economía y actividad internacional que tenga un país; pero su estructura básica, admitida generalmente por todas las instituciones financieras (ver gráfico 1), tiene dos epígrafes: balanza de operaciones corrientes y balanza de capitales.

Gráfico 1
Estructura de una balanza de pagos



2.3.1. Balanza de operaciones corrientes

El *Manual de balanza de pagos* del Fondo Monetario Internacional (FMI) también la denomina «cuenta corriente». Aquí se registran en cifras brutas los créditos y débitos de bienes, servicios, renta y transferencias unilaterales. Esta balanza contiene tres posiciones: balanza comercial, balanza de servicios y balanza de transferencias unilaterales.

- Balanza comercial: es denominada igualmente «balanza de mercancías» y comprende las operaciones de exportaciones e importaciones de bienes. Representa el valor de los bienes y servicios conexos de distribución en la frontera, es decir, a valores FOB.
- Balanza de servicios: registra los embarques, fletes, seguros y otros servicios de distribución de las mercancías, a su valor FOB. Debe considerarse, para efectos aclaratorios, que el embarque de mercancías fuera del país exportador se considerará como servicio prestado al residente del país que compra o importa.

Aquí se anotan, también, los servicios de «otros transportes» de pasajeros, por ejemplo, el exceso de equipaje de la esposa de un abogado recién casado. Igualmente, los bienes y servicios adquiridos por los medios de transporte y consumidos en su itinerario. El rubro «viajes» es otro componente que se refiere a los bienes y servicios que los viajeros no residentes adquieren en el país, como es el caso de los pagos de hotel y la degustación de la comida latinoamericana que hacen los turistas al llegar. Evidentemente, no se incluirá en este rubro el valor de los pasajes, pues ello aparecerá en lo indicado en el párrafo anterior. Igualmente, la suscripción a una revista de Derecho o de Economía que recibe de manera directa un abogado o profesor de Economía, aunque es un bien, debe anotarse en esta partida.

- Balanza de transferencias unilaterales: registra los traspasos de propiedad de recursos privados u oficiales, sean voluntarios u obligatorios. Por ejemplo, las remesas que hacen los latinoamericanos que están trabajando en el exterior. Se llaman precisamente «unilaterales» porque no indican que los países latinoamericanos, individualmente y en cada caso, deban efectuar a cambio la entrega de los recursos reales o financieros.

2.3.2. Balanza de capitales

Comprende todas las operaciones de activos y pasivos financieros que sobre el exterior efectúa el país, junto a ciertas variaciones que pueden afectar sus activos y pasivos en el extranjero.

Todo país tiene activos y pasivos en el exterior. Los primeros son oro, derechos especiales de giro (DEG) y títulos de crédito. Los pasivos son su deuda externa.

La parte de activos abarca, igualmente, todas las operaciones de capital entre empresas. La diferenciación entre activos y pasivos posiblemente sea casi siempre de interés, pues puede ocurrir que se desee agrupar ciertos pasivos con los activos. Esta balanza está subdividida en capitales y reservas.

- Capitales privados y públicos: se considera la inversión directa, la inversión de cartera y otros capitales. La primera abarca todos los negocios de capital entre empresas; la de cartera comprende inversiones en bonos y acciones; y, finalmente, «otros capitales» es una categoría residual que abarca los activos financieros no enumerados.
- También se registran los bonos del sector público —los bonos de reconstrucción, por ejemplo—, los pasivos que constituyen reservas de autoridades extranjeras, giros contra préstamos concedidos y reembolso de estos.
- Reservas: son los activos —créditos del FMI u otras entidades financieras internacionales— que están disponibles para ser utilizados por el gobierno.

Asimismo, las reservas en oro, los DEG, las divisas —tenencias y variaciones por revalorización—. Igualmente, la posición de las reservas en otros organismos internacionales.

El comercio internacional, y particularmente las exportaciones de una nación, están determinados por su habilidad para suministrar un excedente por encima de los requerimientos de la demanda doméstica; pero, además, por la correcta utilización de las ventajas que proporciona la naturaleza, la mano de obra, la estructura organizativa y la especialización. Ello se desenvuelve dentro de un mundo interdependiente en el que cada vez *el back to back* se está convirtiendo en un requisito para comerciar; por lo que es menester conocer el medioambiente interno, así como la balanza de pagos de los mercados en los que se está operando, con el fin de apreciar la demanda de bienes y servicios, pero sobre todo la capacidad de pago determinada por la disposición de divisas reflejada en dicho documento.

Para actuar eficientemente en el comercio internacional, se requiere el conocimiento de las tres categorías básicas ya explicadas. Entenderlas significa percibir la real dimensión del moderno comercio mundial.

3. IMPORTANCIA DEL COMERCIO EXTERIOR EN LAS ECONOMÍAS LATINOAMERICANAS

Los beneficios del comercio exterior para un país son tan grandes que, con razón, se sostiene que es una parte vital de su desarrollo económico.

Un creciente despegue de las exportaciones origina una similar actitud en la industria. La penetración en los mercados externos consolidará una fuerte industria nacional. Es la estrategia orientada hacia fuera consistente con las ventajas comparativas internacionales la que fortifica la industria y la que explica las exportaciones. Pero ha de enfrentarse con frecuencia al proteccionismo aún vigente de los países desarrollados, sobre todo en el sector agrícola; en tanto que en el campo de las manufacturas, los países latinoamericanos tienen que superar las barreras arancelarias, el régimen de cuotas y las barreras técnicas que crecen por doquier. De igual manera, su mercado interno se ve afectado por las políticas de *dumping* que siguen las grandes corporaciones internacionales y por los subsidios que los Estados desarrollados facilitan a dichas empresas.

Las predicciones en la aplicación de la teoría de la ventaja comparativa, basadas en el modelo de precios de los factores del comercio internacional, no han sido del todo exactas. Los mercados de capital y de trabajo son imperfectos y no siempre cuando los salarios son bajos —como los actuales de la clase trabajadora de América Latina— se tienen menores costes de trabajo, ya que casi siempre se requiere información

comercial y de equipos negociadores y asesores legales que son escasos, así como recursos financieros que inciden en el costo total del producto de exportación.

No se puede negar que el esquema de sustitución de importaciones es el que proporcionó a los países latinoamericanos la base inicial para su industrialización, la dotó de una tecnología básica y preparó sus cuadros organizativos y profesionales para enfrentarse a otros desafíos.

Sin embargo, se ha querido constreñir el actuar de su comercio a ser únicamente exportador de *commodities* o de productos con transformación primaria básica. En efecto, según la teoría clásica del comercio, América Latina debía especializarse en productos que tuvieran una tecnología básica y una mayor intensidad de trabajo, en tanto que los países industrializados debían abrir sus mercados para beneficio mutuo. Ahora se ha remozado la teoría según las líneas generales de la moderna teoría de las ventajas competitivas y los últimos estudios de la Misión Porter en Colombia y el Perú, sobre la base de los cuales se señala que estos países deben dedicarse a la producción agro-industrial y textil, y seguir en el campo de la minería, la pesquería y, adicionalmente, el desarrollo turístico, con lo que vemos que este planteamiento no es tan reciente. Sin embargo, cuando introducimos en la explicación elementos como la inmovilidad de los recursos, la incertidumbre, la presencia de las marcas y nombres en la estrategia internacional, las políticas óptimas son menos perceptibles; si a ello añadimos elementos políticos, veremos que estamos lejos de considerar que la teoría neoclásica sea la más conveniente para estructurar el desarrollo del comercio exterior latinoamericano.

La diversificación de las exportaciones es un medio para fortalecer esa industria básica y también para evitar la volubilidad de los mercados internacionales. De esa manera, el comercio exterior de los países latinoamericanos está impulsado por su industria y permite cierta independencia económica y cultural de estas naciones.

El comercio exterior posibilita que la población pueda disponer de más bienes de los que con su propia técnica y recursos podría generar. La esencia del comercio exterior «[...] nos lleva a una curva de transformación que nos proporciona más bienes que la curva nacional de transformación» (Samuelson, 1965, p. 729).

Un país proporciona a otro, y viceversa, una cantidad de bienes y servicios mayor que aquella que naturalmente podría producir.

Si no se desarrollara el comercio exterior o si este no existiera, cada país tendría que ser una autarquía. El comercio estimula la demanda porque lleva nuevas mercancías a la comunidad y, al hacerlo, estimula el deseo de trabajar más. También trae consigo nuevas ideas, nuevos hábitos de consumo, nuevas técnicas y nuevos conceptos de las relaciones sociales. Estimula la especialización, puesto que la división del trabajo para atender a un mercado ampliado exigirá una particularización en la industria para reducir costos (Lewis, 1964, pp. 55 y 75).

Para establecer en términos cuantitativos la importancia que tiene el sector externo en cada una de nuestras economías nacionales, debemos apreciar dos indicadores: la relación del producto interno bruto (PIB) con las exportaciones totales y la relación exportaciones-deuda externa.

En el caso de los coeficientes de las exportaciones, se los ha de observar teniendo en cuenta los porcentajes del PIB. Este es, en términos sencillos, el valor total, a precios de mercado, del flujo de bienes y servicios disponibles durante un año, destinados al consumo del país.

La formación del PIB no solo resulta de la interacción de la demanda de bienes y servicios del mercado interno; sino, además, del mercado externo.

Para valorar la importancia del sector externo, tenemos que apreciar la variación del PIB por habitante. Hay que observar, previamente, el volumen físico de las exportaciones e importaciones y el precio relativo o real, es decir, el que resulta de la deflación de su valor (devaluación) por el índice de precios del valor agregado internamente en la economía del país (usualmente el dólar), según un año determinado. En el gráfico 2, se puede apreciar que este índice creció en casi todos los países latinoamericanos desde el 2000.

América Latina vio crecer su PIB en 3,6% en 1993, mientras que las exportaciones ascendieron a 7,9%, teniendo un valor unitario de 0,7%; en tanto que las importaciones fueron de 9,7%, con un valor unitario de 0,9%, de lo que se puede deducir que las importaciones, a causa de la apertura económica, superaron en 2% a las exportaciones. Lo mismo ocurrió en los años 2007, 2008 y 2010 en que el PIB fue de 4,4%, 2,6% y 5,0% respectivamente. Las exportaciones crecieron, en el 2010 y 2011, al 27%; en tanto que las importaciones, en el mismo periodo, pasaron del 30% al 23%. El resultado del comportamiento de las exportaciones se tradujo en un alza del PIB, para América Latina, en un nivel promedio por habitante de 3,5% (ver gráfico 4).

El segundo indicador es la relación de las exportaciones con la deuda externa. Esta relación se logra comparando la cantidad desembolsada por pago de la deuda externa y la cantidad recibida por exportaciones. Así, podemos apreciar que una de las fuertes presiones que tiene América Latina es el servicio de la deuda externa, que solo es posible mediante el incremento de sus ingresos por vía de exportaciones; de tal manera que, en tanto estas se incrementan, habrá más posibilidades de superar la crítica situación de la deuda, que parece inacabable. Durante el mejor desempeño de las exportaciones latinoamericanas, en el período de 1982 a 1988, se desembolsó más a la banca acreedora; luego, con la apertura de los mercados, curiosamente disminuyeron las exportaciones y, como consecuencia, el pago de la deuda externa.

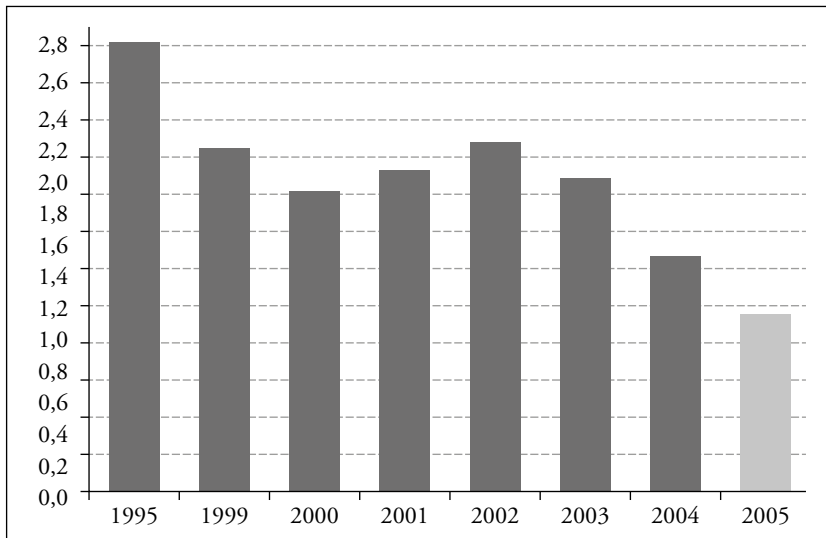
Por otro lado, se puede observar que América Latina viene efectuando pagos por servicios de la deuda externa que, en algunos países, alcanza proporciones escandalosas, como es el caso de Nicaragua que, en el año 1993, después de una cruenta lucha interna y en camino a la democracia, tuvo que pagar por dicho concepto casi 30 veces más (2,992%) que el valor de sus exportaciones, siendo el promedio general de los demás países un 300%, es decir, tres veces más que el total de sus exportaciones. Sin embargo, se puede observar un significativo esfuerzo de las exportaciones, que en algunos países han logrado crecer a un mayor ritmo que la agobiante deuda externa (ver gráfico 3).

Gráfico 2
Variación anual del producto interno bruto por habitante en América Latina
(porcentajes)

Países y regiones	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	-1,0	8,3	7,3	-0,2	1,8	-0,6
Bolivia	1,6	2,4	3,5	3,4	5,1	3,8
Brasil	-1,3	6,4	2,9	0,8	1,8	-0,8
Chile	-2,1	4,6	4,7	4,3	3,1	0,8
Colombia	0,5	2,8	5,5	3,0	3,9	3,6
Costa Rica	-2,3	3,6	3,2	3,9	2,8	2,4
Cuba	1,4	2,3	2,7	2,8	2,6	1,1
Ecuador	-1,1	1,8	6,2	4,0	2,9	2,1
El Salvador	-3,5	1,0	1,8	1,5	1,4	1,5
Guatemala	-1,6	0,7	2,0	0,8	1,6	2,1
Honduras	-4,1	2,1	2,2	2,6	1,3	1,6
México	-6,3	3,6	2,4	2,6	0,0	0,9
Nicaragua	-4,0	1,9	4,9	3,9	3,3	3,5
Panamá	-0,1	4,0	9,9	7,4	4,9	4,4
Paraguay	-5,2	11,6	2,9	-2,6	12,5	3,3
Perú	-0,1	7,0	4,9	4,7	4,5	1,0
República Dominicana	-0,4	6,9	1,5	1,3	3,5	6,1
Uruguay	3,9	7,5	4,8	3,0	4,7	3,1
Venezuela	-4,7	-2,9	2,7	4,2	-0,0	-5,3
TOTAL	-2,4	5,0	3,5	1,7	1,7	0,0

Fuente: Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe, CEPAL, 2015.

Gráfico 3
América Latina: deuda externa como porcentaje de las exportaciones



Fuente: CEPAL, 2015.

La importancia del sector externo para los países de América Latina creció de manera sorprendente durante todo el decenio del setenta, pasando de 26% del PIB a comienzos de ese período hasta llegar a 59% en 1980. Sin embargo, a partir de 1985, tan espectacular crecimiento se desaceleró a menos del 50% para caer abruptamente, desde 1990, durante cinco años seguidos, en que llega solo al 10%, para derrumbarse en 2009, año en el que llegó a cifras negativas. Sin embargo, a partir del año siguiente, empezó a recuperarse significativamente (ver gráfico 4).

Otra de las formas de apreciar la importancia del comercio exterior es responder a la pregunta: ¿qué problemas resuelve la actividad comercial internacional y cuáles son sus obstáculos? Veamos, en primer lugar, las dificultades que afectan las economías de América Latina:

- La disminución de la inversión extranjera directa. Aunque esta ha empezado a crecer merced a los mecanismos de protección y solución de controversias y la estabilidad política de muchos países.
- El incremento de las tasas de interés y en consecuencia de los pagos que debe efectuar América Latina por concepto de la deuda externa.
- El deterioro de los términos de intercambio, es decir, la caída de los precios de las materias primas —cobre, azúcar, café, algodón, cacao, zinc, plomo, estaño— y el alza de los bienes y equipos que deben adquirir, a los cuales

hay que añadir las nuevas tecnologías y los servicios —telefonía, cable, servicios financieros—. Sin embargo, desde el inicio del actual siglo XXI, esta no ha sido una dificultad; ya que el precio de las materias primas ha crecido significativamente —aunque no por acción de los países latinoamericanos—, lo que ha sostenido sus economías internas.

- Los altos niveles de pobreza de muchos países latinoamericanos que reducen la capacidad de compra en su mercado interno; lo cual afecta a las empresas locales que no tienen un primer escalón de venta de sus mercaderías.

Gráfico 4
Variación anual del PBI, 2004-2011
 (tasas de variación, en porcentaje, sobre la base de dólares constantes de 2010)

País	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Argentina	0,1	9,1	8,6	0,9	2,9	-0,2	1,0
Bolivia	3,4	4,1	5,2	5,2	6,8	5,2	5,5
Brasil	-0,3	7,5	2,7	1,0	2,5	0,2	1,3
Chile	-1	5,8	5,8	5,4	4,1	1,8	3,0
Colombia	1,7	4,0	6,6	4,0	4,7	4,8	4,3
Costa Rica	-1	5,0	4,5	5,1	3,5	3,6	3,2
Cuba	1,5	2,4	2,8	3,0	2,7	1,1	3,0
Ecuador	0,6	3,5	7,9	5,2	4,6	4,0	3,8
El Salvador	-3,1	1,4	2,2	1,9	1,7	2,2	2,5
Guatemala	0,5	2,9	4,2	3,0	3,7	4,0	4,0
Haití	3,1	-5,5	5,5	2,9	4,3	3,5	3,5
Honduras	-2,4	3,7	3,8	4,1	2,6	3,0	3,0
México	-4,7	5,2	3,9	4,0	1,4	2,1	3,2
Nicaragua	-2,8	3,3	5,7	5,0	4,6	4,5	5,0
Panamá	4	5,9	10,8	10,2	8,4	6,0	7,0
Paraguay	-4	13,1	4,3	-1,2	14,2	4,0	4,0
Perú	1,0	8,5	6,5	6,0	5,8	2,8	5,0
República Dominicana	0,9	8,3	2,9	2,7	4,6	6,0	5,0
Uruguay	2,4	8,4	7,3	3,7	4,4	3,5	3,5
Venezuela	-3,2	-1,5	4,2	5,6	1,3	-3,0	-1,0
Subtotal América Latina	-1,2	6,2	4,3	2,7	2,8	1,1	2,2

Fuente: CEPAL, 2017.

Respecto a la inversión extranjera directa, es evidente la ampliación de la cartera de inversión latinoamericana debido a la presión de los organismos financieros internacionales y la permisibilidad de muchos países latinoamericanos mediante el incentivo de la inversión extranjera directa por medio de un rápido proceso de privatización, contratos de estabilidad tributaria, libre repatriación de dividendos y de reglas de protección en los países anfitriones a través de acuerdos internacionales como el Convenio MIGA (por sus siglas en inglés: *Multilateral Investment Guarantee Agency*) o el Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones).

De esta manera, el esfuerzo y el sacrificio que hacía anteriormente el Estado a favor de sus empresas nacionales, durante el período naciente de su industrialización en el lapso del cincuenta al setenta, han sido volcados a favor de la inversión extranjera directa (IED).

Sin embargo, las dificultades de América Latina pueden también ser aliviadas con una real y eficiente política de promoción de exportaciones no tradicionales que posibilite, a través del crecimiento del sector exportador, el ingreso de divisas para suplir la falta de inversión y para satisfacer, en parte, las obligaciones de la deuda externa; asimismo, que permita, a través de la búsqueda y el desarrollo de nuevos mercados, disminuir la dependencia de un solo bloque comprador.

Un adecuado esquema de exportaciones, como algunos países de América Latina ya han adoptado, permite incrementar divisas para el desarrollo y para las cargas financieras de la deuda externa; ofertar una canasta de productos manufacturados cuyos precios no dependan de los grandes centros de poder, sino que estén determinados por el mercado, disminuyendo así las oscilaciones de los precios de las materias primas; y contar con un buen esquema de promoción comercial y de *marketing* internacional que reoriente las exportaciones hacia nuevos mercados y consolide la presencia de productos latinoamericanos.

El manejo de una política exportadora involucra una reglamentación eficiente de las importaciones de insumos para la industria exportadora, así como de otras políticas macroeconómicas; pero es indudable que, siendo la actividad comercial la más dinámica, es posible que los resultados se aprecien inmediatamente.

Los países de América Latina —excepto Argentina, Brasil y México— tienen, generalmente, un mercado interno pequeño para productos manufacturados; eso significa que el progreso depende de la capacidad de hacer llegar a otros mercados sus productos no tradicionales. La competencia internacional exige a las empresas reducir costos, mejorar su calidad y cumplir los términos de sus contratos en lo que se refiere a plazos y condiciones técnicas. A su vez, esa relación facilita el flujo de capitales y la adquisición de nuevas tecnologías para satisfacer al consumidor internacional.

Ese esfuerzo y esa actitud tendentes a obtener los beneficios que faciliten el comercio exterior se enfrentan no solo a la realidad de escasos recursos, altos costos por economía de escala, falta de educación y técnica adecuadas, que son limitantes endógenos; sino, además, al proteccionismo, que reduce las ganancias de los países de América Latina. Sin embargo, la mejor opción, como en el ajedrez, es el ataque, la penetración hacia nuevos mercados.

Determinada la importancia del comercio exterior, su realización se puede ver dificultada, aun después de admitida por el Estado, los empresarios y las instituciones sociales intermedias, debido a dos grandes factores: uno exógeno, que es el creciente proteccionismo; y otro endógeno, que es la falta de correlato entre las políticas de comercio exterior y las decisiones macroeconómicas que adopta el gobierno.

Existe el gran peligro de que los países industrializados eleven sus barreras comerciales de manera más discriminatoria, es decir, las de tipo legal o técnico. Este hecho perjudicaría la integridad de la OMC y restringiría las exportaciones latinoamericanas. Si ello ocurriera, puede producirse una explicable frustración, principalmente de aquellos países que ya recorrieron un buen trecho en el desarrollo de sus exportaciones no tradicionales y que pueden incluso reaccionar de la misma forma: con más proteccionismo. Su única salida viable, entonces, será diversificar mercados; pero esta solución no se puede hacer efectiva tan fácilmente si el 80% de las exportaciones de la región va a Estados Unidos de América y la Unión Europea, lo que hace depender las economías latinoamericanas de la expansión de dichos mercados. Asimismo, es preciso seguir participando de manera activa en las rondas de negociaciones multilaterales, con el fin de sensibilizar a los mayores compradores de las mercancías latinoamericanas y permitir un acceso mayor y más seguro, reduciendo la escalada de las tarifas aduaneras.

El factor endógeno evidencia que las políticas comerciales de acción externa no siempre son coincidentes con las políticas macroeconómicas. Así, muchos intentos de incentivar el comercio externo no dieron resultados porque el marco macroeconómico, más que las políticas comerciales, no era bueno.

Las acciones comerciales dependen principalmente de la balanza de pagos, que resulta de la política macroeconómica, así como del nivel o estabilidad de la tasa cambiaria.

Por otro lado, usar la tasa cambiaria para estabilizar los precios internos es incoherente con una política comercial externa. En los países del cono sur, los flujos de capital valorizaron la tasa de cambio, lo que compensó los incentivos para el aumento de la producción de exportaciones. En ciertos casos, grandes acciones de capital son el resultado de la liberalización de los mercados financieros en los cuales la tasa de interés interno sube aceleradamente, lo que provoca una adopción maciza de préstamos del exterior (Banco Mundial, 1987, p. 9).

La participación activa en el comercio exterior ha de exigir cuatro condiciones básicas: en primer lugar, la participación inteligente en las rondas de negociaciones comerciales multilaterales, con el fin de conseguir acuerdos más liberales; en segundo lugar, diseñar una política de promoción directa de las exportaciones no tradicionales para compensar la tendencia que adviene de las tarifas de importación con un manejo racional de la tasa de cambio y de los incentivos, contrariando, en ese último aspecto, las reglas de la OMC y pudiendo ser pasible de medidas compensatorias por parte de los países importadores; en tercer lugar, la educación y la capacitación técnica para la selección inteligente de tecnologías, el mejoramiento de la producción y la formación de operadores que puedan negociar con éxito un contrato de compraventa internacional, como la adquisición de nuevas tecnologías; y, finalmente, la diversificación de los mercados, pues la expansión de los principales compradores está disminuyendo, frustrando las tentativas de dinamizar las exportaciones hacia los mercados tradicionales.

4. EL DESARROLLO DE LAS EXPORTACIONES

El progreso económico de América Latina y, por qué no decirlo, también el social, están basados en el crecimiento de las exportaciones no tradicionales. Allí radica la razón por la cual los países establecen políticas y crean infraestructuras para que el sector empresarial pueda ingresar en los mercados externos.

El interés por el tema es relativamente reciente y ocurrió después de una profunda crisis: el inicio de la caída de los precios de las materias primas a partir de los años cincuenta, que era el único ingreso externo sostenido de nuestras economías. Así surge, primero, el esquema de «sustitución de importaciones» de productos industrializados o doctrina cepalina —de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL)— y, posteriormente, la promoción de exportaciones no tradicionales.

4.1. La política de sustitución de importaciones

Los saldos comerciales acumulados durante la Segunda Guerra Mundial permitieron a nuestros países encarar en forma seria y sostenida un proceso de industrialización que se inició a fines de los años cincuenta con la estrategia de «sustitución de importaciones», que dejó algunos elementos provechosos: una infraestructura industrial, tecnificación de mano de obra, formación de cuadros empresariales de industria manufacturera y algún grado de especialización, principalmente en las industrias textiles, de confecciones y agroindustrias. Pero luego de ese período inicial de crecimiento

comenzaron a aparecer los síntomas de agotamiento, que se traducen en deficiencias en el proceso productivo y en un estancamiento de la actividad económica.

Como se dijo anteriormente (ver ítem 2.1.4 en este mismo capítulo), los instrumentos básicos de este esquema son la protección general de la industria doméstica, una política cambiaria, beneficios impositivos y una política monetaria y crediticia expansiva.

En general, se acepta que este esquema solo puede ser una vía exitosa para el crecimiento durante un período de 10 o 15 años, luego del cual surgen problemas como una tasa descendente de crecimiento del ingreso nacional; la perpetuación de distorsiones de precios en el mercado interno, lo que propicia una asignación ineficiente de recursos; la falta de especialización y sus correspondientes economías de escala; los permanentes cuellos de botella en la balanza de pagos; y los efectos sobre el empleo, que son más modestos que los que se habrían obtenido si se hubiera tenido en cuenta la escasez relativa de los factores (CIEDLA, 1987, pp. 27 y 55).

Todo lo expuesto cuestionó este esquema debido particularmente a que se protegió la industria asignando altos aranceles para sus similares, con el fin de desalentar su consumo, aparte de una larga lista de prohibiciones de importación. De esa manera, se redujeron las posibilidades de consumo de los habitantes del país y se distrajeron recursos, al desviarlos de la promoción de bienes exportables hacia la producción de bienes que podrían haber sido importados, en la mayoría de los casos, a un menor precio. En otras palabras, la política de sustitución de importaciones usó muchos recursos para producir en el país bienes que se podrían comprar fuera a menor costo, en vez de dedicar esos mismos recursos a bienes que se podrían exportar a un menor costo para el país.

De ese modo, y como ya se ha dicho, se protegió a una industria que usaba las divisas del sector primario —minería, agricultura, pesquería—, formadas por materias primas, para financiar la compra de bienes y equipos de una industria orientada totalmente a un reducido mercado interno.

Sin divisas suficientes para exportar, por la caída de precios de las materias primas; con necesidades cada vez más crecientes en salud, educación, saneamiento, vivienda y aun para el pago de la deuda externa contraída para obras de desarrollo económico; con la misma industria sustitutiva que demandaba divisas para máquinas y materias primas, pero que no las generaba, se ingresó en un cuello de botella que fue enfrentado por un nuevo esquema: la promoción de exportaciones. Es a partir de entonces que los países latinoamericanos pasan a un segundo nivel: la exportación de manufacturas. De tal manera que el ensayo fue beneficioso, pues demostró la importancia de los mercados externos para impulsar el desarrollo.

4.2. La política de promoción de exportaciones

Este modelo parte del reconocimiento de que la industrialización de América Latina tiene que basarse en el mercado de exportaciones más que en la sustitución de importaciones, destinada a montar una industria para las necesidades y demanda de su mercado interno.

La necesidad de divisas para el crecimiento del país determinó esta política que persigue, sustancialmente, adecuar el aparato productivo para satisfacer la demanda internacional, incidiendo en aquellos productos que no tienen tradición en la balanza comercial. Todo ello significó crear estímulos crediticios, fiscales, monetarios y administrativos; y, asimismo, que el país realice un gran esfuerzo para preparar ese sector productivo en calidad, volumen y, particularmente, en la forma de negociación, contratación y desarrollo de proyectos de exportación. En el marco internacional se plantearon los esquemas de preferencias para las exportaciones de países latinoamericanos. De esa manera se elaboró un conjunto de políticas y medidas destinadas a preparar la estructura productiva para que se dirija hacia mercados externos. De allí se pasó a la formulación de los dispositivos legales en materia tributaria, administrativa, crediticia y monetaria, que incentivara al sector privado a invertir en una industria exportadora. Por primera vez se acude al premio como un medio de acción legal destinado a estimular a los agentes económicos en lugar de penalizarlos. La retribución, el premio para promocionar la exportación, fue una medida que buscó incentivar a las unidades económicas a seguir la ley y propiciar las exportaciones.

El programa de apoyo a las exportaciones estuvo basado sobre todo en una estructura de subsidios, con poca discriminación contra la exportación de productos primarios; el sistema de incentivos era uniforme en todas las industrias con tasas de intercambio realistas. El subsidio se otorgaba debido a que se exigía a los exportadores que comprasen insumos nacionales fabricados bajo régimen de protección; sin embargo, estos subsidios no dieron a los exportadores incentivos comparables a los del proteccionismo del mercado interno (Balassa, Bueno, Kuczynski & Simonsen, 1986, p. 66).

A pesar de algunas observaciones a los esfuerzos iniciales de esta política de promoción de exportaciones —entre las que se puede citar la discriminación acentuada contra las exportaciones de productos primarios tradicionales—, no es posible desconocer que los resultados favorables han permitido la internacionalización de las empresas latinoamericanas. Ese esfuerzo debe continuar e ir unido a la acción de otros agentes como las instituciones sociales intermedias —las cámaras de comercio, las asociaciones de industriales, los bancos y las universidades—, a fin de crear eso que se llama la «cultura exportadora», que es la voluntad de salir a operar en mercados

externos y orientar el esfuerzo conjunto de las acciones del Estado, el sector privado y el académico hacia el mercado mundial.

La mentalidad exportadora se forma a través de un eficiente servicio de información comercial; asistencia a los pequeños y medianos empresarios; servicios legales y tecnológicos; posicionamiento de marcas, diseños de envases y desarrollo de proyectos de exportación, todo lo cual usualmente debe ser proveído por el Estado, así como la enseñanza de técnicas, procedimientos de venta, mecanismos y fórmulas contractuales que permitan a los empresarios actuar con mayor confianza. A todo esto se debe añadir la formación de cuadros profesionales especializados en negociación comercial, contratación internacional, determinación de procesos de *dumping* y otras prácticas desleales del comercio internacional. En el campo de las relaciones internacionales, las cancillerías deberán asumir un papel específico en los grandes foros internacionales, dejando la labor de promoción y ventas a las entidades gremiales y a los ministerios de industria o producción.

De allí que la promoción de exportaciones es el conjunto de políticas fiscales, financieras, monetarias e industriales que establece un Estado para incentivar el aparato productivo hacia nuevos mercados, aprovechando las ventajas que tiene en mano de obra, disponibilidad de materias primas o habilidad y conocimiento tecnológico en las cuales deben participar las empresas para adquirir nuevas técnicas en comercialización, decisión administrativa y nuevas formas de concentración empresarial, a fin de que encaren el negocio exportador como una actividad principal y no como una función marginal y circunstancial; además, las instituciones sociales intermedias deben coadyuvar a esta política.

Estos instrumentos pueden ser utilizados por un gobierno de acuerdo con sus objetivos nacionales, sea de manera gradualista o de *shock* y han de motivar *ceteris paribus* a las empresas y a las universidades para iniciar su proceso de internacionalización.

La empresa es una unidad económica que tiene un papel fundamental en la promoción del desarrollo social y económico, así como en la gestión del comercio exterior. Por ello, las reglas y políticas de impulso a las exportaciones han de tener como centro y motor a las empresas. Las exigencias de eficiencia no solo deben ser un objetivo del Estado sino, también, de las unidades económicas que actúan dentro de él.

Por otro lado, la existencia de cuadros profesionales especializados en comercio internacional también puede influir en la estructura dirigenal, principalmente del sector productivo. Un asesor de negocios internacionales puede ayudar al empresario que busca un mayor crecimiento, rentabilidad, flexibilidad o estabilidad en su organización empresarial, y motivarlo a exportar.

Este último determinante es el que pocas veces se ha considerado en el esbozo de una política nacional de promoción de exportaciones. Sin embargo, el asesor —legal, comercial o financiero— es la persona que ejerce una influencia más cercana y directa sobre el ejecutivo de una empresa. Si su formación contiene una buena dosis de mecanismos comerciales internacionales o de negocios internacionales, tendrá más posibilidad no solamente de propiciar una actitud positiva del empresario, sino que le proveerá de los elementos racionales y técnicos para que tal decisión sea lógica y conveniente.

El asesor legal es incorporado a la estructura de una empresa principalmente para que el gerente de línea se vea libre de algunas de sus obligaciones y, de esta forma, concentre sus esfuerzos en actividades ejecutivas. Las autoridades de línea son ajustadas a sus objetivos y actúan en dicho sentido, pero el asesor puede orientar la acción de dichos gerentes. El uso del asesor, o del *staff*, condiciona la organización lineal y la convierte en una organización de línea o *staff*, tipo que predomina en la mayoría de las empresas. Un asesor estudia los problemas, ofrece sugerencias y prepara planes para el uso y ayuda del gerente de línea (Terry, 1980, pp. 355 y 360). De esa manera, se convierte en un elemento de influencia, siempre y cuando en la organización se armonice la relación de las autoridades de línea y de asesoría.

La promoción de exportaciones, como hemos señalado, ha de convertirse en un objetivo nacional, no en una política económica aislada. Para ser eficaz, un programa nacional de exportaciones requiere mucho más que dinero o financiamiento promocional. Todo esfuerzo será desperdiciado, a menos que el empresario y las instituciones sean capaces de usar eficazmente los incentivos y facilidades. No tiene mucha gracia exportar mercancías, a menos que adoptemos para nosotros una política comercial que permita el reembolso de los préstamos otorgados al exportador, forme negociadores y utilice cabalmente al cuerpo asesor que se educa en nuestras universidades.

4.3. El esfuerzo exportador de América Latina

Se ha dicho, en muchos aspectos sin razón, que el decenio del 80 fue una «década perdida». Empero, en lo que se refiere a la exportación de mercaderías por parte de América Latina, la afirmación es perversa. Durante dicho decenio, Latinoamérica aumentó el volumen de sus exportaciones a un promedio anual de 4,4%, por encima del 2,6% de todo el comercio mundial. Y en 1987 alcanzó un monto sin precedentes, llegando a frisar un 35% más alto que en el inicio del decenio.

Lo más trascendente es que ese crecimiento se logró con la participación de un buen número de países —México, Colombia, Brasil, Perú, Uruguay, Chile

y Costa Rica—, aun cuando Perú tuvo una contracción de 17% a fines del siglo pasado, siguiendo a otros países —Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Guatemala— en igual situación, luego superó este estancamiento. El valor corriente de las exportaciones de América Latina ha crecido de manera constante desde 1980 hasta el 2010, en que alcanzó el 14,5%.

En el transcurso de los últimos veinte años, la evolución de la estructura de las exportaciones latinoamericanas y caribeñas ha experimentado varios cambios y modificaciones, habiéndose caracterizado por una tendencia decreciente de la participación de sus productos primarios.

En el último decenio, los rubros alimenticios aportaron dos terceras partes de las exportaciones de productos básicos; las materias primas agrícolas, 8%; y los minerales y metales, la cuarta parte.

La estructura de la exportación de los productos primarios está cambiando paulatinamente al modificarse las proporciones de sus tres componentes: la de los productos alimenticios tiende a crecer; la de materias primas agrícolas oscila; mientras que la de los minerales y metales se reduce. Esto último ha sido determinado, en gran medida, por el comportamiento de los precios internacionales.

Se pone de manifiesto que las exportaciones de América Latina y el Caribe, principalmente las de manufacturas, crecieron en forma acelerada en el decenio de 1990, debido sobre todo al avance de los procesos de integración. De representar 33,1% en 1990, pasaron a incrementarse a 59,2% en el año 2001 y mantener su crecimiento en los siguientes diez años.

Hay un incremento en el volumen y en la composición de las exportaciones. De un peso importante de productos como la carne, el azúcar y el cacao, en el presente decenio estos cedieron paso a las frutas, las hortalizas, oleaginosas y el pescado, relegando en los últimos lugares a los precitados productos.

Sobresale nítidamente la modificación en la estructura y el desempeño de las exportaciones de países como México y otros de Centroamérica. Estos países, que solían depender de las exportaciones de productos primarios, comenzaron a perder participación en el mercado de dichos productos. En la actualidad, exportan también productos manufacturados y servicios como el caso de Costa Rica.

El avance exportador de estos países se ha producido por su orientación al mercado de Estados Unidos de América, estimulada por exenciones arancelarias y de impuestos locales, entre otros incentivos; asimismo, por el resultado de operaciones de ensamblado de baja remuneración. Este fenómeno es el que se ha dado en denominar «industria maquiladora».

Este esfuerzo indudable se ha venido efectuando en medio del desaliento que genera el deterioro de los términos de intercambio, la ausencia del capital externo

que incentive proyectos industriales y el escandaloso aumento de las tasas de interés de la deuda externa, que se mantiene inmoralmente hasta la fecha sin que exista una política subregional al respecto.

Las exportaciones de los países latinoamericanos en su conjunto tienen una parte significativa de productos de tecnología intermedia; la participación en el mercado mundial se ha elevado durante la última década, sobresaliendo el caso de las exportaciones de vehículos automotores.

Las exportaciones de manufacturas fueron un factor dinámico en el sector externo; es posible apreciar ahora aviones, barcos, computadoras, máquinas y herramientas latinoamericanas que son utilizados en países desarrollados. Otro sector exportador naciente en este decenio es el de servicios —proyectos, construcción pesada, turismo, bancos, empresas de fondos de pensiones, servicios médicos—, que ha alcanzado un buen e interesante volumen de exportaciones no tradicionales hacia mercados extra regionales como el África, el Medio Oriente, Asia y Europa, aun cuando en este caso se deba particularmente a las transnacionales de Brasil, Argentina y México.

4.4. Un desarrollo integral de las exportaciones

El modelo de promoción de exportaciones hizo énfasis en facilitar e incentivar las exportaciones de manufacturas, dejando fuera del esquema la comercialización de *commodities*, ya que, como se ha dicho, los objetivos se concentraron en exportar a partir de la industria infante surgida en el período de «sustitución de importaciones». Sin embargo, la exportación de materias primas, a pesar de ser el componente más importante en las balanzas comerciales de América Latina, no fue considerada como un factor de apoyo para hacer crecer las exportaciones ni como un flujo de recursos hacia sectores productivos. El énfasis en las exportaciones olvidó, una vez más, las materias primas y los ingresos que generaba como un elemento motivador para reorientar los recursos y beneficios hacia una industria exportadora.

La mayoría de países olvidó que existen dos mercados: el interno y el externo. El primero es la base de las industrias exportadoras pues les permite tener una demanda que sostiene la estructura empresarial para poder competir en los mercados externos. En tanto que el segundo es difícil de acometer por la acelerada competencia en las manufacturas y porque respecto de las materias primas o *commodities* no son susceptibles de modificar ya que la demanda depende del exterior.

Por otro lado, este esfuerzo exportador a partir de la década de 1990, se encontró con las políticas de liberalización y el desmantelamiento del Estado y los estándares regulatorios.

A todo ello hay que agregar los aspectos financieros que inciden de manera directa en una operación comercial, como es el predominio del dólar, el nacimiento del euro y la liberalización de la actividad financiera, que hace difícil distinguir entre comercio e inversión, debido al surgimiento de los créditos consorciales, la securitización o titularización. De esta manera, ahora debemos reconocer que los flujos financieros afectan directamente la exportación de mercancías, ya que en una operación comercial internacional es difícil desligar sus componentes físicos de aquellos financieros o de inversión.

Todo lo anterior exige plantear un desarrollo integral de las exportaciones, tanto de materias primas como de manufacturas, dentro de un creciente flujo de recursos financieros. Este modelo propuesto parte de los siguientes supuestos.

- a) Las exportaciones de materias primas de América Latina mantienen un peso importante en el rubro de su balanza comercial, razón por la cual es necesario que sus países participen activamente en los foros comerciales y en los grupos de países productores, para que estén en condiciones de realizar una acción de conjunto, ya que la demanda y crecimiento no es manejable por los países productores sino por los consumidores.
- b) Fortalecer el mercado interno de tal manera que la demanda de productos nacionales impulsa a la industria. Para ello hay que crear un sistema de alerta temprana para detectar prácticas desleales del exterior y fundamentalmente expandir la oferta, aumentar la productividad y, en consecuencia, disminuir los costos unitarios de producción, con lo cual mejora la competitividad y se acrecienta la oferta exportable.
- c) Las exportaciones de manufacturas se han visto afectadas por las exigencias de nuevos recursos para la adquisición de equipos y tecnología, que posibiliten llegar a grados óptimos de calidad y satisfacer exigencias como las reglas del ISO 9000, las medidas de protección del medio ambiente y las reglas de la International Standard Organization o del Sistema de Análisis de Peligros y de Puntos Críticos de Control (HACCP, por sus siglas en inglés) para los alimentos y las bebidas.
- d) La mayor demanda de manufacturas se hace sobre la base de marcas, nombres y componentes naturales. Ello exige que las industrias latinoamericanas tengan que recurrir a consolidar marcas o a operar mediante contratos de licenciamiento por parte de los importadores, si es que desean llegar a mercados externos desarrollados o, alternativamente, consolidar marcas en el exterior. Un ejemplo es el café colombiano, que a través de un esfuerzo de *marketing* de más de treinta años con el «hombrecito y el burrito andino» ha logrado un posicionamiento real del producto.

- e) La reasignación de los ingresos provenientes de las exportaciones de materias primas hacia sectores industriales posibilita fortalecer a un sector nuevo con los mismos recursos que genera cada país, como consecuencia de su experiencia en las exportaciones tradicionales. Lo anterior implica que, es aconsejable crear incentivos para que los exportadores de materias primas destinen recursos para proyectos de exportación de manufacturas o adquieran sus bienes y servicios en el mercado nacional, a fin de fortalecer la producción interna.
- f) El establecimiento de políticas orientadas a mejorar la productividad como son las medidas cambiarias ya que el tipo de cambio afecta al empresario nacional, pues si la moneda nacional está sobrevaluada esta afectará la competitividad de la industria exportadora favoreciendo a los importadores y en consecuencia a los productores extranjeros.
- g) El establecimiento de reglas que consideren premios a favor de los exportadores tradicionales, con el fin de que reinviertan en el desarrollo de manufacturas exportables. La retribución y el premio alientan a las empresas a orientar sus inversiones hacia sectores de mayor riesgo, como es el caso de una industria exportadora. Una de esas posibilidades es, por ejemplo, disminuir los impuestos que gravan la renta proveniente de las exportaciones tradicionales cuando se apliquen hacia productos no tradicionales. Otra es perfeccionar el mecanismo de *draw back* o devolución de impuestos en toda la línea de producción exportadora.
- h) Desarrollar, en el ámbito académico, la formación de especialistas en contabilidad y finanzas internacionales, sobre todo para calcular los costos de exportación y contar con argumentos en caso de que las empresas sean pasibles de denuncias de *dumping*. Igualmente, se debe contar con abogados especializados en negociación y contratación internacional, y formar cuadros en administración y negocios internacionales.
- i) Mejorar la infraestructura física nacional y la inversión en investigación, ciencia y tecnología.

De esa manera, las exportaciones de *commodities* pasan a integrarse en un esquema único, conjuntamente con las manufacturas y los servicios.

El sesgo que se ha dado al comercio exterior privilegiando determinados sectores —como fue el de la sustitución, primero, y el de las exportaciones no tradicionales, después— ha originado que no se consiga un aparato industrial lo suficientemente fuerte y estable, que pueda penetrar en los mercados externos, cada vez más competitivos. Es necesario, entonces, conciliar ambas líneas de exportación y a ello añadir el aliento hacia los servicios (ver gráfico 5) para conseguir un modelo integral de las exportaciones. Junto con cada manufactura e incluso con los *commodities*, se utilizan

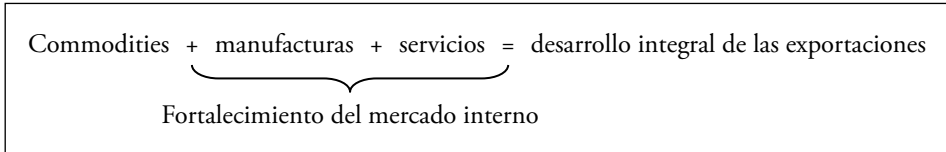
servicios —transporte, seguros, crédito, garantías, marcas, nombres— que afectan cualquier programa de exportación. De este modo, ha de apreciarse la oferta exportable total, tanto de *commodities* como de manufacturas y de servicios, con el fin de orientar los lucros obtenidos en las exportaciones totales hacia el desarrollo tecnológico y creación de nuevos productos manufacturados, ya que los beneficios hay que buscarlos no solo por el lado de las manufacturas sino, también, por el de los servicios.

El impacto acumulativo del desarrollo tecnológico ha cambiado el comercio internacional de manera fundamental. No ha existido otro período de transformación comparativamente tan veloz desde la Revolución Industrial. En algunos casos, las invenciones o los descubrimientos no directamente implicados con la guerra se volvieron, en realidad, más lentos. Un ejemplo es la televisión. Pero después, cuando se reinició el conocimiento de la televisión, esta se tornó rápidamente ubicua en los países desarrollados (Hellemans & Bunch, 1988, pp. 499 y ss.).

Hoy en día, las manufacturas tienen un componente tecnológico para su comercialización que es muy importante, graficado en las marcas y en los nombres, así como en los sistemas de comercialización, como es el caso del *franchising*. Los productos se comercializan por marcas y su penetración en los mercados externos se hace sobre la base de ellas y de una calidad acorde con las exigencias del mercado de destino. Los países no venden solo materias primas y manufacturas, sino que están exportando bienes y servicios en general. Así, hay que ver el comercio exterior de una manera integral, ya que el esfuerzo del país no solo está en el rubro de los *commodities* —como la explotación principalmente de minerales o pesca— sino, también, en el crecimiento de sus manufacturas y los aspectos tecnológicos derivados de la propiedad intelectual, como es el uso o la consolidación de marcas o nombres, los sistemas de distribución comercial y los medios facilitantes —como almacenamiento, transporte y control—. A ello deben añadirse los costos en que tienen que incurrir las empresas latinoamericanas en cuanto a los servicios de supervisión de las exportaciones e incluso en la importación de insumos, los mismos que están en manos de empresas transnacionales, ninguna de ellas latinoamericana. De esa manera, se busca evitar que el escaso beneficio que se obtenga por la exportación tenga luego que servir para pagar la cadena de servicios prestados por empresas fuera de la región. Finalmente, el Estado debe aplicar los recursos que generan la exportación de *commodities* a la construcción de infraestructura (carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos), así como apoyando a las universidades e institutos tecnológicos en el desarrollo de nuevas tecnologías y especialistas en negociaciones, contratación y administración internacional. Particularmente los países productores de petróleo y gas deberán orientar su consumo local tanto doméstico como industrial. Así, se habrá enfocado el desarrollo exportador de una manera integral, concibiéndolo, como se señala en el gráfico 5,

como una suma de medidas a partir de un mercado interno fortalecido que dé sustento a su industria nacional para incrementar las exportaciones de bienes y de servicios, propiciando además que los ingresos obtenidos por las materias primas se orienten hacia las manufacturas y los medios facilitantes del comercio exterior.

Gráfico 5
Un modelo integral exportador



CAPÍTULO II

DERECHO Y COMERCIO INTERNACIONAL

El estudio del comercio internacional ha estado basado, de manera preferente, en apreciar sus elementos económicos, mercantiles y aun políticos. Desde hace apenas 30 años se ha iniciado una corriente tendente a conocer sus elementos jurídicos y a darles a estos un orden o un peso en el conjunto. Así, se habla ahora de las nuevas modalidades contractuales, los grupos empresariales o las alianzas estratégicas, y las empresas transnacionales.

Independientemente del fundamento y la doctrina del Derecho del Comercio Internacional —que pretende englobar como objeto de su estudio la actividad comercial para regularla sustancialmente sobre la base de los usos y costumbres generados por los países industrializados con el propósito de entender y sobre todo actuar en los mercados externos—, está el intento por explicar los elementos jurídicos tal cual son en cada una de las etapas de comercialización internacional para asimilarlos a nuestros regímenes jurídicos nacionales y recomendar los cambios que sería necesario hacer.

Para cada aspecto del comercio internacional se determinaría qué modelo jurídico o qué política legislativa permitiría una mejor fluidez del intercambio de mercancías o una más segura posición en el mercado externo dentro de términos de eficiencia y concordancia con los diferentes sistemas jurídicos.

1. ÁMBITO Y PERSPECTIVAS

El circuito internacional del comercio establece una suerte de vasos comunicantes en los que las disposiciones legales y técnicas de cada mercado representan los ductos que posibilitan el acceso a los bienes y servicios, estableciendo una serie de etapas o medios.

La primera visión de todo ese flujo es que, aun cuando sea totalmente libre, hay un conjunto de normas legales en cada nación y reglas internacionales para el traslado de las mercancías que, por otro lado, circulan en medio de regímenes y ordenamientos jurídicos diferentes, así como en sistemas jurídicos y culturas disímiles.

Usualmente, un exportador nacional adquiere experiencia en las diferentes áreas de una empresa (industrial, comercial, financiera, administrativa) y, en el mejor de los casos, una eficiente producción, por lo que puede presentar una oferta aceptable en términos de calidad y volumen. Al salir al mercado externo, muchas de esas variables no son extrapolables pues se encuentra con nuevas situaciones desconocidas hasta entonces, como es la gestión en aduanas (tarifas y valuación), el contrato de transporte del producto hasta llegar al mercado seleccionado, los acuerdos internacionales para salvar las incertidumbres, así como las restricciones legales, técnicas, cambiarias y financieras para que el producto ingrese al mercado externo y, finalmente, sea consumido (ver gráfico 6).

A ello se deben sumar aspectos como los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC); las normas de estandarización internacional como las reglas ISO (por sus siglas en inglés: International Standard Organization) o del Sistema de Análisis de Peligros y de Puntos Críticos de Control (HACCP) e incluso pautas generales de comportamiento sugeridas por entidades privadas, como la Cámara de Comercio Internacional, en temas como créditos documentarios y garantías bancarias. Finalmente, deben ser considerados los diferentes sistemas y regímenes legales, de los países receptores o compradores, que se aplican en la distribución interna y en los contratos de agencia y representación.

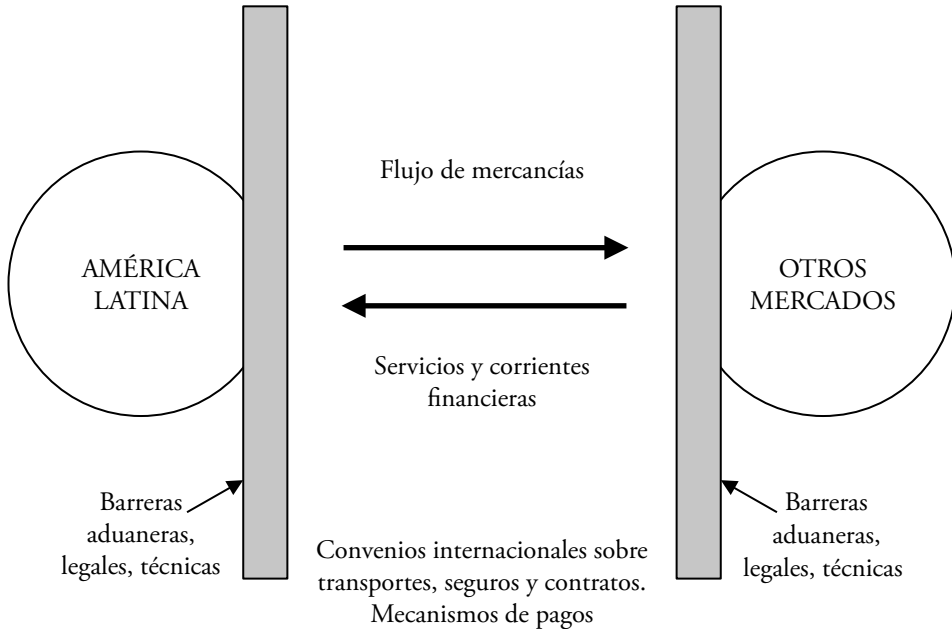
Felizmente, ahora más que antes, la economía latinoamericana está tomando conciencia de su interdependencia con las economías del resto del mundo y de la importancia que tiene para su balanza de pagos el desarrollo de sus exportaciones no tradicionales, así como la necesidad de mantener una adecuada política de importación que coadyuve a dicho propósito y al mejoramiento tecnológico de sus industrias. Cuando se internacionalizan, las unidades productivas se enfrentan con circunstancias totalmente desconocidas, como la competencia externa, las barreras arancelarias o para-arancelarias, el tema de las marcas y su protección, el transporte, los canales de distribución y el manejo de monedas. Sucede, entonces, que la experiencia adquirida en el mercado nacional resulta inaplicable y no es extrapolable a escenarios mayores y distintos.

Existen formas importantes de estudiar la participación de las empresas en estos mercados. La primera es aquella que se refiere al pensamiento económico, y la otra reciente es la administración internacional que requiere del instrumento jurídico.

La teoría económica trata de analizar el funcionamiento de las empresas internacionales estableciendo algunas suposiciones rigurosas acerca del medio ambiente. Por lo general, los modelos económicos de la empresa y los mercados son sumamente abstractos y difícilmente identificables con la realidad. Un modelo no siempre puede explicar las decisiones que un gerente toma para proyectar una exportación

o convenir una importación. Tampoco se traduce directamente en la planificación de operaciones a largo o corto plazo. Sin embargo, su sencillez y su lógica implícita facilitan la comprensión de las fuerzas económicas que conviven en los mercados (Hayes, Korth & Roudiani, 1974, p. 15).

Gráfico 6
Proceso internacional de comercio



En su afán por abreviar, la teoría se ve forzada a prescindir de muchas de las etapas y elementos que intervienen cuando las empresas deciden penetrar y operar en los mercados internacionales. Lo que se necesita es una estructura que permita la consideración de patrones más realistas y viables, que no solamente expliquen el comportamiento del comercio mundial, sino que hagan más efectiva y práctica la participación de las empresas medianas y pequeñas, que forman la casi totalidad de la estructura empresarial de nuestros países.

El análisis jurídico del comercio internacional implica la apreciación de que una empresa se mueve en dos mercados, con sus propias reglas y normas que constriñen el flujo de bienes y servicios; pero, también, la posibilidad de dar seguridad al producto e individualizarlo, así como a los sujetos contratantes; todo ello, referido a la circulación no solo en mercados y economías diferentes sino, además —o sobre todo—, a través de sistemas jurídicos distintos.

Cuando un empresario nacional o un asesor participan de negocios más allá de las fronteras de su país, se encontrará sujeto a las leyes de las naciones en las que actúa. Las normas extranjeras se pueden aplicar, asimismo, a operaciones en las que la jurisdicción no esté claramente establecida. Los derechos, excepciones y reservas que las leyes extranjeras estipulan son de interés vital para los operadores, pues ellos afectan las relaciones comerciales y, también, al producto en lo que se refiere a la marca, el nombre o los canales de distribución.

2. CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS EN SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS

Cada país se mueve dentro de un sistema jurídico. Aun aquellos que se ubican dentro de un sistema único como el romano-germánico o el *civil law*, tienen variaciones, algunas de fondo. Incluso aquellos países que se articulan dentro de un mismo proceso de integración, como es la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Comunidad Andina de Naciones (CAN) o el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), tienen sus reglas particulares y su ámbito de vigencia delimitado por las fronteras. El retiro de Chile del Grupo Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones, fue exclusivamente por causa de tener un régimen jurídico distinto de aquel que pretendían armonizar los otros cinco países miembros para tratar el capital extranjero y la transferencia de tecnologías.

De esa manera, aun cuando se proclame la libertad de comercio, la circulación de mercancías se encuentra con ciertas limitaciones legales debido a que se moviliza dentro de regímenes y sistemas jurídicos diversos, además de espacios culturales también distintos. A ello se une la existencia de otras restricciones legales que actúan sin el consentimiento de las naciones y que, por encima de ellas, establecen condiciones al movimiento internacional de bienes y servicios.

2.1. Limitación de los regímenes y sistemas jurídicos

Todo Estado soberano posee autoridad suprema sobre las personas que viven dentro de su territorio, así como sobre las acciones que estas realizan. En mérito a su soberanía, el Estado impone reglas de todo tipo y para todas las actividades; la soberanía es, en definitiva, la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en el campo socioeconómico del territorio. «El poder del Estado es soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo exclusivo, irresistible y sustantivo. La soberanía del Estado significa, pues, la soberanía de la organización estatal como poder de ordenación territorial supremo y exclusivo» (Heller, 1977, p. 264).

Como consecuencia de su supremacía territorial, el Estado puede promulgar leyes que regulen las operaciones comerciales que se celebren o ejecuten en su territorio y adoptar la política de comercio exterior que desee, de tal manera que las mercancías y servicios que cruzan sus fronteras se someten inmediatamente a dicha jurisdicción.

Los bienes, servicios, flujos financieros y corrientes de inversión circulan entre cuatro grandes sistemas jurídicos distintos y complejos, de difícil entendimiento para los operadores que salen de un sistema conocido a otro de conceptualización y categorías diferentes.

2.1.1. El sistema anglosajón

Este sistema se desarrolló en Inglaterra después de la conquista de los normandos en 1066 y abarca casi todos los países angloparlantes como Estados Unidos de América, Canadá, Nueva Zelanda, Australia y el Caribe inglés.

Dos son las mayores dificultades para entenderlo, desde una visión latina: en cuanto al fondo, la superposición de los criterios y categorías jurídicas; y, en cuanto a la forma, la profusión de citas y la casuística jurisprudencial.

Respecto a la primera, es ilustrativa la sentencia de un tribunal inglés: el caso *Lipkin Gorman vs. Karpnale Ltd.* (1992, 4 All.E.R.512, H.L.), en el cual un estudio de abogados dedicado a las cobranzas que luego eran depositadas en un banco, se vio afectado cuando uno de sus miembros tomó, en provecho propio, el dinero y lo dilapidó en un casino. El estudio demandó al casino y reclamó el dinero, como propietario, invocando la fórmula *their property at common law*, (su propiedad es *common law*), que en el sistema latino —históricamente basado en el derecho romano— sería una invocación *jus in rem*. Al respecto, la Corte (*House of Lords*) observó que la petición fue *not a proprietary claim*, ya que no estaba basada en un equitativo derecho de rastreo o rastreamiento (*tracing*); es decir, no indagaba la situación del dinero. La demanda dentro del *common law* era en realidad «una petición personal» que, dentro del molde romanista, sería una *actio in personam*. De manera que el estudio de abogados planteó una *jus in rem*, pero la Corte resolvió declarar que solo podría ejercitar una *actio in personam*, ya que el dinero depositado en el banco constituía una «deuda» del banco vis-a-vis el depositante y ejecutable, dentro del *common law*, sobre la base de una acción personal.

En otras palabras, si A adeuda dinero a B, claramente B podría entablar juicio contra A e iniciarle una acción personal. La Corte señaló que «una deuda constituye una cosa o bien en acción, la cual es una especie de propiedad; y, desde que la deuda es ejecutable dentro del *common law*, la cosa en acción es una propiedad legal perteneciente al estudio de abogados dentro del *common law*». Es decir, el estudio de abogados no podría plantear una *jus in rem* porque no está intentando rastrear

el dinero en equidad. Sin embargo, con el propósito de vincular dinero en el banco con deuda, optaron por «elegir una acción» (*chose in action*) sobre la base de la propiedad; después optaron por una *jus in rem* en dinero amparándose en el *common law*. Para la Corte, el estudio de abogados, teniendo una pretensión de propiedad del dinero (*jus in rem*), podría conservar su acción personal (*actio in personam*).

Este caso es doblemente confuso para el sistema jurídico romano-germánico o latino. En primer lugar, significa el colapso de la noción *jus in rem* y *actio in personam*, ya que no coinciden con la clasificación sistemática tal como se conoce; la que, desde las Institutas de Gayo, diferencia «poseyendo en propiedad» (*owning*) del mundo de relaciones *in rem* con «debido a» (*owing*) en el mundo de relaciones *in personam*. Tal categorización entre derechos personales o reales (a la cual los latinoamericanos estamos acostumbrados) es confusa; y, según la tradición del *common law*, sería inusual. Está claro que, si una persona interfiere en la posesión de otra, esta intromisión, dentro del sistema del *common law*, es pasible de ser considerada como daños *in tort* (digamos, sobre la base de infracción). En segundo lugar, el caso insiste en distinguir entre *common law* y *equity*, una diferenciación que es mucho más una explicación histórica y política en términos de lucha de poder entre las Cortes, el *common law* y la Suprema Corte (*Chancery*), pero que no es totalmente sistemática y por ello engañosa. En suma, es posible que una benevolente lectura de la sentencia del caso Gorman-Karpnale Ltd. por parte de un abogado del sistema latino, podría distinguir esta situación (Legrand, 1999, p. 65).

En cuanto a la forma, hay particulares consideraciones: las citas legales, los precedentes y las explicaciones jurídicas que, como notas de pie de página, contiene cada sentencia, recurso o demanda. Esto es frecuente en el ordenamiento jurídico británico y abrumador en el ordenamiento jurídico estadounidense, lo que demuestra que no solo existe una diferencia con otros sistemas; sino que, incluso dentro de uno mismo, hay variantes. Esta es una singularidad que tiene sus orígenes en los siglos XVI y XVII con la aparición del *Modus Legendi Abbreviaturas in Utroque Jure*, que era una guía popular de citas para el derecho civil y el canónico (Cooper, 1982, p. 20) practicada con intensidad desde comienzos del siglo XX tanto en Estados Unidos de América como en Inglaterra. En el primer país, adquirió ciudadanía a partir del llamado *Bluebook*, que es una especie de manual de estilo de citas elaborado por un grupo de cuatro revistas de derecho a partir de 1926 y, aunque ha tenido resistencias, lo cierto es que ha propiciado e incentivado esta forma a través de otros textos como el *Practical Manual of Standard Legal Citations*, diseñado para determinadas especialidades jurídicas; el *California Style Manual*, de uso en la Suprema Corte de California; y el *The University of Chicago Manual of Legal Citation*, conocido como *Maroon book* y estructurado para desafiar la hegemonía del *Bluebook*.

La característica de esta expresión de forma es la abundancia agobiante de las notas en las opiniones o resoluciones jurisdiccionales en Estados Unidos de América. Una ilustración extrema es ofrecida en una apelación con grandes luces al explicar un artículo con 4824 notas a pie de página. Pero el ejemplo más significativo es el recurso de apelación con 1715 notas a pie de página en el caso *United States vs. E. I. DuPont de Nemours & Co.* (118 F. Supp. 41 41, 1953) (Legrand, 1999, p. 36). Por ello, los contratos son inmensamente detallistas y casuísticos; pues, siguiendo el principio de los precedentes, enumeran o prevén todas las posibles situaciones de conflicto, como se puede apreciar en los contratos de financiamiento de la deuda externa latinoamericana.

Este sistema tiene consideraciones muy singulares, como la teoría de la razonabilidad, la supremacía de la fe de las partes, la cláusula de *hardship*, el establecimiento. Estás conviven en medio de una gran ambivalencia, desde la gran reforma de Enrique VIII en Inglaterra, con la creación del *trust*. La normatividad anglosajona sigue esta tendencia —como por ejemplo en las acciones sobre daños—, ya que los países del *common law* se inclinan por el doble criterio de la *lex fori* y la *lex loci*; igualmente en las reglas de la *Revised American Foreign Trade Definitions* (1919 y 1941), donde el termino FOB (*free on board*) sirve para identificar indistintamente el puerto de embarque y el puerto de destino.

2.1.2. El sistema latino

El sistema de la ley escrita o del *jus civile* abarca todos los países latinos de América y los europeos, que fueron dominados en su tiempo por el imperio romano. En su inicio, sus reglas se aplicaron sin distinción a comerciantes y no comerciantes, así como en contratos mercantiles y no mercantiles. Un ejemplo es el Código de Comercio Francés (promulgado por Napoleón en 1807), así como el Código Alemán (1897), que marcaron un hito en las relaciones de comercio.

El derecho romano y luego la tradición germana dieron origen al más importante sistema jurídico en el mundo a partir del siglo V. Sus lineamientos marcan la cultura de toda Latinoamérica, la Unión Europea, algunos países de África y de Asia, así como enclaves en el mundo de *common law*, como son los estados de Lousiana en Estados Unidos de América y Quebec en Canadá.

Si bien el sistema romano se construye durante los tres períodos históricos de la monarquía (753-509 a. C.), la república (509-27 a. C.) e imperio (27 a. C.-565 d. C.), su configuración como sistema romano-germánico se produce a partir de la desaparición del imperio romano de occidente y la creciente influencia de los germanos, así como el uso moderno de las pandectas (*Usus modernus pandectarum*), que constituye el nuevo estilo de análisis jurídico introducido en Alemania alrededor de 1600

y que culminó en el siglo XVIII y principios del XIX. Este nuevo estilo es la fusión de la práctica itálica de las universidades con elementos de raíz germánica. En efecto, la doctrina alemana, con los trabajos de Samuel Styk, Georg Adam Struves y Christian Friedirch Gluck, se encargó de elaborar los nuevos libros de texto utilizados en varios países del norte europeo desde el siglo XVII y XVIII.

A partir de los trabajos de estos jusperitos se estructura la codificación, que es el esfuerzo de armonización y sistematización de las leyes y normas de una materia determinada o alguna rama de la práctica jurídica. Este método es una expresión de la defensa cultural frente a ese proceso previo de codificación europeo que pretendía aglutinar todas las reglas para una región. Se constituye un verdadero nacionalismo legal que adquiere la expresión de codificación y que aísla a las naciones, ya que cada una de ellas empieza a poseer un cuerpo ordenado y exclusivo de normas, reglas y pautas jurídicas aplicables a un determinado país.

Todos los ordenamientos que se han derivado del derecho latino tienen determinadas especificidades y categorías respecto de las obligaciones, propiedad, familia, trabajo y sucesiones que, con frecuencia, son diferentes a otros sistemas jurídicos, tal como se puede apreciar a través de la impronta del *common law* impulsada por el desarrollo del comercio mundial resultado de la acción de los países que tienen mayor participación en los mercados internacionales.

2.1.3. El sistema musulmán

El sistema musulmán basado en aspectos religiosos mantiene vigencia en Irán, Iraq, Arabia Saudita, Omán, Jordania, Kuwait y el caso particular de Yemen, donde las normas jurídicas no son la manifestación de la voluntad del pueblo o del Rey, sino de Dios; lo cual debe ser entendido como un deber civil y un deber religioso, uno inseparable del otro, que todos los musulmanes tienen la obligación de cumplir independientemente del lugar en que se encuentren y del soberano al que estén sometidos, por lo que queda poco espacio para una intervención estatal. Todos los actos humanos caen dentro de cinco categorías: primero, lo que Dios ha ordenado categóricamente y debe de cumplirse fielmente sin posibilidad de salirse de ese margen; segundo, el marco de lo que ha recomendado y se debe tener en consideración; tercero, lo que deja como acción indiferente y en consecuencia puede ser regulado u ordenado por la acción del hombre; cuarto, lo que ha reprobado; y quinto, lo que está prohibido. De aquí podemos apreciar que existe una sola consideración dentro de la cual es posible la participación de los órganos estatales. Así pues, la característica del sistema musulmán es la estrecha relación entre lo espiritual con lo temporal, entre la vida política y la religiosa.

Si bien es cierto que el Corán es la fuente básica y principal del sistema jurídico islámico, existen otras fuentes que buscan ilustrar nuevas situaciones no previstas por el texto principal, como es el *Sunna*, que representa el modo de ser y de conducirse del profeta, cuyo recuerdo debe servir de guía a los creyentes a través de parábolas relativas a los actos y palabras de Mahoma. También lo es el *Idjma*, que viene a ser la interpretación de ciertos pasajes de la doctrina con carácter de dogma, ya que se considera que la opinión unánime de la comunidad musulmana adquiere la condición de infalibilidad. Esta fuente ha elaborado unos textos que se llaman *fiqh*, que es la única base dogmática del sistema jurídico musulmán y que es fuente de consulta de los jueces (Sirvent Gutiérrez, 2006, p. 169).

Analizando las escuelas del derecho islámico, en el siglo XIII, Ibn Khaldoun puso de relieve la concepción de un derecho que es el reflejo de lo real y lo real en sí mismo. Esto se aprecia en su rigurosidad como ciencia, su sentido de la claridad y de la pedagogía, su espíritu analítico, su preocupación por los conceptos y de las categorías abstractas y su arte de la clasificación apreciada en particular por los romanos (Ben Achour, 2003, p. 23).

2.1.4. El sistema socialista

Este sistema aun rige en China, algunos países de la ex Unión de Repúblicas Socialistas, Camboya, Corea del Norte y Cuba, con ciertas diferencias. Sus fuentes son la ley, la costumbre, la filosofía marxista y la jurisprudencia.

Está basado en elementos filosóficos elaborados por Carlos Marx y Federico Engels y que han sido desarrollados bajo las reglas del pensamiento jusfilosófico como marxismo-leninismo, cuyo objetivo consiste en hacer reinar el orden y transformar la sociedad mediante la creación de las condiciones de un nuevo orden en el cual las ideas del Estado y Derecho desaparecerán. La fuente principal se halla en la obra del legislador que es la expresión de la voluntad popular dirigida por el partido comunista, donde el derecho está subordinado a las condiciones socioeconómicas y políticas predominantes, según enseña la doctrina marxista-leninista. La clásica división del derecho cede paso a un derecho único: el derecho público. La misión histórica del sistema es el avance de la sociedad hacia el socialismo y luego hacia el comunismo para liquidar todas las formas feudales y capitalistas de propiedad privada y consolidar las relaciones económicas socialistas y alejarse del capitalismo decadente (Sirvent Gutiérrez, 2006, p. 254).

Sus fuentes son la legislación, la costumbre, los principios generales de la filosofía marxista y la jurisprudencia, aunque su función es bastante restringida, ya que no tiene una tarea creativa.

2.2. Limitaciones de la comunidad jurídica internacional

La Corte Internacional de Justicia de La Haya declaró hace muchos años, en el caso del vapor *Lotus*, que las únicas restricciones legales al ejercicio de la supremacía estatal eran las reglas «[...] que emanan de la libre voluntad de los Estados expresada en convenios, o del uso, aceptado generalmente como expresión de principios legales» (Hudson, 1935). Así, empezó a reconocerse dos limitaciones a la suprema soberanía del Estado: la que emana de los convenios internacionales libremente aceptados por los Estados soberanos; y la que surge de los usos y costumbres del comercio mundial, admitidos por las partes para el caso concreto. Dichas restricciones son normas externas consensuales que limitan la acción de un país.

En otro rango de frenos, existen las restricciones no consensuales formuladas sobre la base del «respeto universal de los derechos humanos» o la filosofía de las «verdades axiomáticas» y «los principios básicos de justicia», cuya aplicación y fuerza se perderá no solo en los vericuetos de la Filosofía sino, además, en los linderos de su validez jurídica. Sin embargo, las limitaciones que emanan voluntariamente de los convenios específicos, relativos a un acto de comercio concreto como la compraventa o el arbitraje y concertados mediante negociaciones bilaterales o multilaterales, son hechos objetivos y reales en las negociaciones comerciales internacionales.

Las empresas se enfrentan no solo a regímenes jurídicos diferentes sino, también a disposiciones de ciertos organismos internacionales. Es lo que se llama el «medio ambiente externo». Son resoluciones y disposiciones emanadas de una vasta gama de instituciones internacionales, que atañen a las relaciones comerciales y financieras, afectando con frecuencia la acción libérrima de las «unidades productivas». Las principales organizaciones son el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

2.2.1. El Fondo Monetario Internacional

El FMI, cuyo fin es fomentar un sistema mundial de tasas de cambio estables y la libre convertibilidad de las monedas, tiene que ser considerado por quien actúa en el comercio mundial, ya que la moneda es un tema fundamental al momento de estipular el medio de pago.

Creado durante los Acuerdos de Bretton Woods en 1944, el FMI forma parte del sistema de las Naciones Unidas y es el centro del sistema monetario internacional.

En la reunión de Seúl (octubre de 1985), el FMI analizó con detalle el tema de la deuda externa, y su tratamiento consideró un rápido crecimiento de los países industrializados y una firme lucha contra el proteccionismo para hacer posible la recuperación del comercio mundial; de la misma manera, propuso continuar con

la política de ajustes económicos en los países en desarrollo y dentro de estos los latinoamericanos; y, finalmente, propiciar un importante flujo de recursos financieros hacia los países menos desarrollados.

En el FMI están representados 173 países; sin embargo, la influencia de los Estados Unidos de América es decisiva en todos sus órganos, principalmente en el Comité Interino de la Junta de Gobernadores sobre el Sistema Monetario Internacional, que diseña la estrategia ante cualquier perturbación del sistema, y el Comité de Desarrollo (Comité Ministerial Conjunto de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial y del Fondo Sobre Tránsferencias de Recursos Reales a los Países en Desarrollo), que asesora a la Junta de Gobernadores en lo que se refiere a la transferencia de recursos a estos países.

2.2.2. El Banco Mundial

El más importante grupo financiero, el Banco Mundial, está compuesto por cinco instituciones: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD o BIRF), constituido con el propósito de ayudar a la reconstrucción de los países devastados por la Segunda Guerra Mundial y propiciar, posteriormente, el desarrollo de los países con escasos recursos; sus dos unidades operativas, la Corporación Financiera Internacional (CFI) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF), que facilitan el fomento de la inversión y de los mercados privados de capital; luego, el Organismo Multilateral de Inversiones (MIGA) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

La sede del banco, creado a partir del BIRD o BIRF el 22 de julio de 1944, está en Washington D.C., en Estados Unidos de América. Es dirigido por una Junta de Gobernadores conformada por cada uno de los países miembros, un Consejo de Directores Ejecutivos (19) y un presidente. Cada país miembro posee 250 votos, más un voto por cada acción de 100 mil derechos especiales de giro (DEG).

El Banco Mundial no solo es un organismo de financiación sino, también, de asistencia económica. Usualmente, cuando se le plantea o requiere una operación, el banco envía al país solicitante una misión de estudios y evaluación. Pero, además, también realiza análisis sobre el desarrollo global.

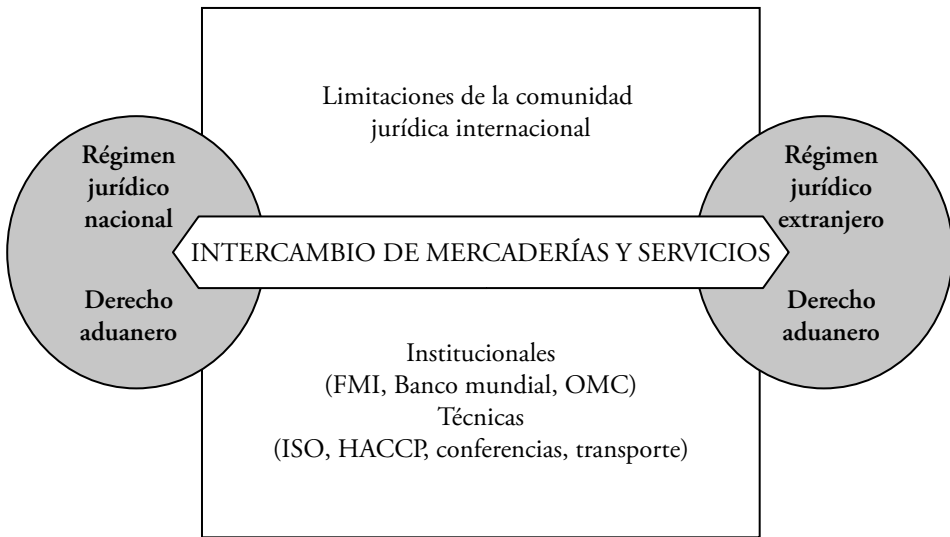
Las líneas de financiamiento son para proyectos específicos, sectoriales, dirigidos a instituciones financieras, a asistencia técnica o a asistencia para emergencias. El tipo de interés es variable y se fija semestralmente medio punto por encima del coste de obtención de los recursos en los mercados internacionales, para ser amortizado en un período de 12 a 20 años, incluyendo un período de gracia de entre 3 a 5 años, aunque dichas líneas no cubren el total del coste del proyecto sino, aproximadamente,

el 40% del monto global. El resto de la financiación es obtenido de los países prestatarios y de otros organismos multilaterales, así como de bancos comerciales que suelen cofinanciar las operaciones.

Los países latinoamericanos pueden acudir al Banco Mundial para obtener financiamientos destinados a proyectos de agroexportación o de agroindustria, así como para infraestructura de comercio exterior —como puertos, carreteras, centrales eléctricas— de industria de exportación.

La Corporación Financiera Internacional es el más dinámico y tiene gran presencia en América Latina, ya que canaliza recursos al sector público y privado; igualmente, realiza actividades para infundir confianza a los inversionistas y promover las oportunidades de inversión.

Gráfico 7
Ámbitos jurídicos a través de los que circulan las mercaderías



La Asociación Internacional de Fomento, creada en 1960, funciona en Washington D.C.; no tiene una estructura orgánica específica, de tal manera que actúa como una línea especial de crédito y su asistencia se concentra en países muy pobres que tengan un PBI per cápita bajo. Así, algunos países latinoamericanos que han incrementado su PBI recientemente o que han sobredimensionado su información estadística en un año —a veces por razones de política interna— han quedado marginados de ser receptores de estas líneas de financiamiento, sin que ello signifique mejores niveles de vida de su población.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, más conocido por sus siglas en inglés, MIGA, fue constituido en 1988, después de que durante el período 1970-1980 América Latina experimentara una fuerte corriente nacionalista que posibilitó, vía expropiaciones o estatizaciones, que los Estados recuperaran muchos recursos naturales como el petróleo y las demás fuentes de energía o recursos mineros, hecho que afectó a gran cantidad de empresas transnacionales e inversionistas extranjeros. Este organismo garantiza las inversiones extranjeras en América Latina, en particular frente a los riesgos políticos y otros no comerciales.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o Convenio CIADI o ICSID, en inglés, creado en 1965, en su art. 27 inserta una nueva teoría contraria a los principios que había defendido el derecho latinoamericano, la doctrina Calvo, ya que los Estados miembros renuncian a emplear la protección diplomática para solucionar los conflictos usando el arbitraje.

2.2.3. La Organización Mundial del Comercio

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), concebido en la Conferencia de Bretton Woods para liberalizar el comercio mundial, así como arbitrar en caso de violación de acuerdos comerciales, pretendió ser, en sus inicios, una organización relativamente informal —comparada con el FMI y el Banco Mundial—. Cada vez ha ido institucionalizándose más hasta llegar a la actual Organización Mundial del Comercio (OMC).

Desde 1947, el GATT actuó siempre como un foro internacional del comercio, a través de una serie de rondas comerciales que se realizan cada dos años (ver gráfico 9). La correspondiente a 1986, denominada Ronda Uruguay, se extendió durante casi ocho años (1986-1994) y creó la Organización Mundial del Comercio (OMC), vigente desde el 1 de enero de 1995.

Los Acuerdos de la OMC abarcan los bienes, los servicios y la propiedad intelectual. Establecen los principios de la liberalización, así como las excepciones permitidas. Incluyen los compromisos contraídos por los distintos países de reducir los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio, y de abrir y mantener abiertos los mercados de servicios. Además, establecen procedimientos para la solución de diferencias; prescriben la concesión de un trato especial a los países en desarrollo; y exigen que los gobiernos den transparencia a sus políticas comerciales.

Desde la época del GATT hasta la actual Organización Mundial del Comercio (OMC) se han establecido reglas muy precisas destinadas a regular el comercio internacional y a superar las asimetrías de poder de los grandes agentes operadores del comercio internacional.

La OMC tiene una composición más universal que el GATT. Es una organización internacional con todos los atributos correspondientes y su alcance es mucho más amplio que su predecesor el GATT, que era básicamente un tratado provisional y que actuaba como un foro.

Gráfico 8
Rondas comerciales del GATT

Año	Lugar/Nombre	Temas abarcados	Países
1947	Ginebra	Aranceles	23
1949	Annecy	Aranceles	13
1951	Torquay	Aranceles	38
1956	Ginebra	Aranceles	26
1960-1961	Ginebra (Ronda Dillon)	Aranceles	26
1964-1967	Ginebra (Ronda Kennedy)	Aranceles y medidas <i>antidumping</i>	62
1973-1979	Ginebra (Ronda de Tokio)	Aranceles, medidas no arancelarias y acuerdos relativos al marco jurídico	102
1986-1994	Ginebra (Ronda Uruguay)	Aranceles, medidas no arancelarias, normas, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias, textiles, agricultura, creación de la OMC, etcétera	123

Fuente: OMC.

Como en toda asociación, pueden surgir conflictos entre los miembros, frente a lo cual la OMC ofrece varios mecanismos de conciliación y arbitraje para llegar a una solución amistosa. Aquellos que no puedan resolverse mediante conversaciones bilaterales, se remiten al «tribunal» de solución de diferencias de la OMC, en donde un grupo de expertos independientes se encarga de examinar las diferencias a la luz de normas preestablecidas. Este procedimiento, más estricto y racionalizado, garantiza un trato equitativo para todos los interlocutores comerciales y alienta a sus miembros a cumplir con sus obligaciones. Es, sin duda, una de las innovaciones de la organización.

3. EL MOVIMIENTO DE REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL

Después de la Segunda Guerra Mundial, el comercio internacional creció, en términos cuantitativos y en su composición, propiciando el desarrollo de normas que buscan regular las relaciones mercantiles y las obligaciones de las partes. La presencia de los contratos internacionales es tan intensa que podemos afirmar, sin temor de caer en la hipérbole, que el contrato internacional se confunde con el propio comercio internacional, como lo señala Philippe Kahn y como concluye Luis Gastão Paes de Barros Leães.

Cualquier operación que trasponga las fronteras se va a encontrar con un conjunto de obligaciones y derechos, sea en formulario o sea como resultado de un libre acuerdo de voluntades. Sin embargo, en esta época de desmistificaciones no es extraño que también se haya llegado a afirmar la decadencia y derrumbe del edificio jurídico del Derecho Contractual; hasta se ha hablado de su muerte, como en aquel libro de Grant Gilmore, publicado en 1974 en Ohio Columbus, que en título sorprendente (*The Death of Contract*) expone el deceso de este debido al surgimiento de los contratos formularios y a la estandarización obligacional que desconoce la consensualidad, transformando el contrato en una decisión unilateral impuesta por la empresa o las grandes transnacionales que dominan el mercado. No obstante, aquel muerto se mueve cada vez más y su presencia crece en todas las latitudes, aun a pesar de la escasa atención que haya merecido su estudio en el campo de los negocios internacionales.

La interdependencia cada vez más creciente de las relaciones comerciales exige la formalización de los acuerdos a través de contratos, protocolos y convenios. El *countertrading* (comercio de compensación), como forma no convencional de comercio, tendente a agilizar las operaciones internacionales en un mundo escaso de divisas, exige, curiosamente, una doble formalidad contractual. Si fuera tradicional, habría un solo contrato; sin embargo, este tipo exige uno por cada acción, sea para la venta o sea para la compensación, que es un pago con mercancía dentro de la estructura de la compraventa internacional.

Actualmente se aceptan reglas contractuales de vasta aplicación, concernientes al comercio y no solamente en lo que se refiere a la esfera contractual sino, incluso, respecto a las gestiones previas a una negociación. Reglas para cuestiones monetarias, tarifas aduaneras, embalaje, especificaciones e instrucciones de los productos de venta; todo ello con el fin de evitar que surjan rechazos en la compra de productos, armonizar las actividades mercantiles, evitar los conflictos y atenuar sus efectos cuando se producen. Lentamente, se han creado líneas de conducta tendentes a hacer posible la convivencia internacional y que buscan restringir la libertad de las naciones en aras de un libre sistema de comercio.

3.1. Los primeros esfuerzos

El ánimo de agilizar y dar seguridad al comercio internacional ha propiciado la formación de normas y luego su posterior aceptación o asimilación por parte de otros países y por los operadores.

Sin lugar a dudas, las Ordenanzas de Burgos y las Ordenanzas de Bilbao, que eran un conjunto de normas y reglas consuetudinarias que aparecieron en los siglos XVII y XVIII, con un carácter universal, son el preludio de reglamentación del comercio mundial. Posteriormente, en el siglo XIX, merced al protagonismo del derecho inglés en el transporte marítimo, las normas societarias y de seguros, se abrió paso la *Sales of Goods Act*, aprobada en Gran Bretaña hacia 1893, que influyó en todos los países del Commonwealth y particularmente en la *Uniform Sales Act* de Estados Unidos de América (1906), que luego dio origen al *Uniform Commercial Code*, el más importante cuerpo de leyes elaborado bajo código en un sistema legal distinto al romano-germánico. Por la misma época, en 1905, los países escandinavos elaboraron una ley sobre la compraventa, tendente a armonizar las legislaciones de estos.

Ante la presencia dominante del sistema jurídico del *common law* que se resistía a aceptar las instituciones del sistema jurídico latino, el profesor alemán Ernst Rabel, planteó la necesidad de elaborar un solo texto legal sobre la compraventa internacional de mercaderías, constituyendo, en 1929, una comisión de juristas con Algot Bagge, Henri Capitant, Martin Fehr, H. C. Guttridge, Joset Hamel y Cecil Hurst. La propuesta fue luego elevada al UNIDROIT.

De esta manera, el Instituto de Roma o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) elaboró, en 1930, un proyecto de reglamentación de la venta internacional de mercaderías que fue puesto a consideración de los Estados miembros de la entonces Sociedad de las Naciones, los que expresaron algunas observaciones que fueron consideradas por el Instituto de Roma en el segundo proyecto, presentado hacia 1939. Este importante trabajo sirvió para que, en 1951, el Gobierno de Holanda convocara una Conferencia Internacional a fin de discutir el tema. Fueron altamente provechosas para el Derecho las exposiciones doctrinarias, cuando se estaban formando los nuevos mercados y el naciente comercio después de las dos guerras mundiales. Una de las conclusiones de dicha conferencia fue constituir una comisión encargada de elaborar un nuevo proyecto que, en 1956, presentó al Gobierno de Holanda su propuesta, que luego fue distribuida a todos los países interesados, con notoria ausencia de los latinoamericanos. Dos años más tarde (1958), el UNIDROIT elaboró otro proyecto de ley uniforme sobre la compraventa de mercaderías, que como el de 1930 fue acogido por Holanda.

La participación activa de Holanda promovió la Conferencia Internacional de La Haya de 1964, que con la intervención de 28 Estados aprobó dos convenciones: la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (LUVI) y la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (LUF). Aun cuando las citadas reglas internacionales entraron en vigencia en 1972 para los ocho países que las aprobaron (Alemania Federal, Bélgica, Gambia, Israel, Italia, Holanda, Inglaterra y San Marino), no cabe duda que crearon un importante antecedente en el propósito de buscar normas comunes que faciliten el intercambio de mercancías.

Al término de la Conferencia Internacional de La Haya, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se interesó vivamente por el tema y, de esta manera, el 17 de diciembre de 1966 creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también conocida como UNCITRAL, destinada a promover la armonización y la unificación progresiva del Derecho del Comercio Internacional.

Finalmente, el 11 de abril de 1980, la Conferencia de las Naciones Unidas (Resolución 33/93 ONU) sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías aprobó, en Viena, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida genéricamente como la Convención de Viena de 1980.

Asimismo, y por estar vinculada al producto, debe citarse la Convención de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del año 1883, conocida comúnmente como Unión de París, que regula las invenciones y patentes, las marcas, los nombres comerciales y la competencia desleal. La Unión de París es el sustento de otras convenciones internacionales incorporadas por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Finalmente, y no en ese orden, debe mencionarse el famoso Código de Bustamante, que suscrito en La Habana (Cuba) el 20 de febrero de 1928, como corolario de un minucioso trabajo gestado por la Conferencia Internacional Americana, incluye, en su Capítulo V, disposiciones generales sobre los contratos de comercio (arts. 244, 245, y 246); en el título II, «De los contratos especiales de comercio», regula de manera específica las sociedades mercantiles (Capítulo I), la comisión mercantil (Capítulo II), el depósito y préstamo mercantil (Capítulo III), el transporte terrestre (Capítulo IV) y el contrato de seguro (Capítulo V). Además, dedica un título especial (el Título Tercero) al comercio marítimo y aéreo, lo que constituye, indudablemente, una regulación visionaria, pues los códigos de comercio de entonces solo regulaban el comercio marítimo, y las escasas normas contractuales estaban referidas, por los límites tecnológicos de la época, a los actos y obligaciones comerciales circunscritos al comercio marítimo.

No obstante tan prometedora reglamentación, solo seis países —Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú— han ratificado el código sin reservas y cuatro con reservas —Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela—. Por lo demás, el eventual éxito del Código de Bustamante reside en el inmenso esfuerzo de buscar la unidad latinoamericana a través de la unificación jurídica.

3.2. Los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas

El organismo mundial ha venido dedicando esfuerzo y talento al estudio y armonización de las reglas vinculadas al comercio internacional. Por más de 25 años la UNCITRAL (por sus siglas en inglés: *United Nations Commission of International Trade Law*) ha brindado a la comunidad internacional valiosas sugerencias. Sus objetivos se han visto ampliados hacia el tema de las repercusiones jurídicas del nuevo orden económico internacional.

La Comisión está compuesta por 36 países electos cada 6 años. Estos han venido trabajando sigilosamente hasta 1977, en que se permitió a todos los países miembros de la ONU participar en calidad de observadores.

Durante todo ese tiempo, la UNCITRAL o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se dedicó a estudiar todo lo trazado y elaboró, entonces, dos textos que armonizaban con un mayor número de países, cuyos sistemas jurídico-social y económico eran distintos de aquellos primeros que dieron lugar a la LUVI y a la LUF. En 1978 se produjo la fusión de dichos textos y así nació el proyecto de la CNUDMI sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que dio origen, hacia 1980, al tratado de compraventa internacional conocido como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, cuya relevancia para viabilizar el comercio internacional aún no ha sido lo suficientemente difundida por todos los países miembros de las Naciones Unidas.

Otro de los trabajos de la ONU es el referente al arbitraje. Así, en 1976, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 31/98 (15 de diciembre de 1976), que aprueba el Reglamento de Arbitraje que ha posibilitado que muchos países de América Latina adopten las normas arbitrales y las integren a sus derechos internos. Igualmente, la Ley modelo sobre conciliación comercial internacional, aprobada en la 52.^a Sesión Plenaria del 19 de noviembre del 2002 y puesta a consideración de la comunidad internacional (véase anexo). También el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.

Una labor que merece resaltarse, desde el interés académico, son los servicios de asesoramiento que viene dispensando la División de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales e Inversión, destinados a suministrar técnicas y formación

en Comercio Internacional y en Derecho que abordan el tema de la negociación y la contratación internacional. De los 150 cursos que ha organizado el centro en los últimos años, 37 han estado vinculados a aspectos jurídicos del comercio internacional (arrendamiento internacional, *joint ventures*, acuerdos contractuales, transferencia de tecnología, zonas de procesamiento de exportaciones).

Otra entidad de la ONU es el Centro de Comercio Internacional (International Trade Center ITC/UNCTAD/GATT), que a través de la capacitación, elaboración de foros y conferencias internacionales, viene propiciando la tecnificación de los cuadros empresariales y funcionarios de gobiernos en tópicos de comercio exterior. Una buena cantidad de perfiles de proyectos de exportación, estudios de productos e instrumentos jurídicos del comercio exterior se debe al ITC. Asimismo, ha elaborado un completo directorio de los profesionales más calificados de América Latina que están especializados en aspectos jurídicos del comercio internacional. Ello facilita al operador internacional disponer de asesores seleccionados por la ONU.

El Sistema Económico Latinoamericano (SELA) de la ONU, si bien no tiene como objetivo el desarrollo y armonización de los contratos internacionales, es un organismo que a través de sus trabajos, asistencia técnica e intercambio sistematizado de la información comercial, busca contribuir al incremento del comercio intrarregional.

El organismo mundial, a través de las entidades referidas, ha desplegado un gran esfuerzo en el área de la contratación internacional, buscando armonizar los diferentes sistemas jurídicos de los países miembros y de los bloques económicos que, defendiendo sus explicable intereses, generan prácticas y modalidades que luego pretenden imponer en las relaciones comerciales de los países del Tercer Mundo. Es un trabajo laborioso, difícil y lento, pues cada sistema da origen a regímenes nacionales que se apegan a la tradición y son poco favorables al cambio.

3.3. Los trabajos de la Organización de Estados Americanos

El Comité Jurídico Interamericano —entidad de la OEA creada antes que la propia Organización por la III Reunión de Consulta de los Cancilleres Americanos, celebrada en el Palacio de Tiradentes, en Río de Janeiro, en enero de 1942— es, sin lugar a dudas, el más alto foro regional de análisis y consulta jurídica. Inició sus actividades en mayo de 1942 con cinco delegados: Afranio de Mello Franco (Brasil), Félix Nieto del Río (Chile), Charles G. Frenwick (Estados Unidos), Pablo Campos Ortiz (México) y Carlos Eduardo Stokl (Venezuela). Desde entonces, varios asuntos vinculados al comercio internacional han sido objeto de estudio —como el Proyecto de Convención Interamericana sobre el Reconocimiento Mutuo de Sociedades y Personas Jurídicas (1968)— han sido objeto de estudio, aun cuando un buen número de ellos han quedado diferidos para posteriores investigaciones.

En 1956, el Comité Jurídico preparó el Proyecto de «Ley Uniforme sobre Arbitraje Comercial Internacional», que luego fue elevado a la I Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I), celebrada en Panamá en enero de 1975. Con categoría de tratado, esta conferencia aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fue suscrita por Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela. El delegado del Perú (Alberto Ruiz-Eldredge) se abstuvo de firmarla.

En el transcurso de las reuniones sobre Derecho Internacional Privado, el tema del arbitraje internacional y su consagración como tratado es, sin lugar a dudas, un homenaje al esfuerzo que desde el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrado en Río de Janeiro en 1950, avizoró la importancia del asunto para el desarrollo del comercio exterior de nuestros países. A pesar de que muchos de sus artículos fueron incluidos sin mayor estudio ni conocimiento del comercio exterior —por ejemplo, no se diferencian las cláusulas compromisorias y el compromiso o no se precisa claramente el régimen de ejecución de laudos (arts. 5 y 6)—, no deja de ser un precedente importante.

La II Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II), convocada por la OEA, se celebró del 23 de abril al 8 de mayo de 1979 en la ciudad de Montevideo. En ella, además de otras importantes piezas jurídicas, fueron suscritas la Convención Interamericana sobre Eficacia Territorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles.

La V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), de marzo de 1994, aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que permite que las partes puedan seleccionar un derecho que posibilite articular un contrato, tal como lo señala el art. 7, ubicándose en la más moderna teoría del fraccionamiento contractual.

De gran tradición y valioso aporte al fomento de las exportaciones fue el Centro Interamericano de Comercialización (CICOM), una unidad de la OEA y de la Fundación Getulio Vargas que actuó bajo los auspicios del Gobierno de Brasil. Entre 1987 y 1992, el CICOM produjo los primeros trabajos técnicos sobre contratos internacionales, abarcando temas como contratos para el futuro, cláusulas contractuales, *joint-ventures*, patentes, marcas, *know* y contratos de tecnología. Asimismo, sus expertos dieron a luz los más importantes libros sobre negociaciones comerciales internacionales, que junto con los cursos sobre el mismo tema han propiciado,

sin duda, el surgimiento en América Latina de una escuela de negociadores y especialistas en comercio internacional.

3.4. Los trabajos del UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), fundado en 1926, es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma. Su finalidad es el examen de las vías y los métodos para la modernización, la armonización y la coordinación del Derecho Privado, en particular del Derecho Comercial, entre los Estados y entre grupos de Estados. Está integrado por 59 Estados miembros, de los cuales 11 son países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

El objeto básico de UNIDROIT es la preparación de reglas modernas y, si fuera el caso, armonizadas de Derecho Privado entendidas en un sentido amplio. Sin embargo, la experiencia ha demostrado la necesidad de permitir incursiones ocasionales en el Derecho Público, especialmente cuando resulta difícil señalar líneas de delimitación firmes y claras. Las reglas establecidas por UNIDROIT se refieren a la unificación de reglas de Derecho sustantivas, particularmente de aquellas que tienen en consideración innovaciones tecnológicas y comerciales.

Tradicionalmente, dichas reglas han tendido a adoptar la forma de convenciones internacionales, diseñadas para aplicarse en forma automática de preferencia al Derecho nacional de un Estado, una vez que se completen todos los requisitos formales de este para la entrada en vigor de las normas. Sin embargo, la escasa prioridad que suelen conceder los Gobiernos a la implementación de dichas convenciones ha conducido al aumento de las formas alternativas de unificación en áreas en las que un instrumento obligatorio no parece tan esencial. Dichas alternativas incluyen «leyes modelo» que los Estados pueden tener en consideración a la hora de redactar la legislación nacional en las correspondientes materias, o «principios generales» dirigidos a los jueces, árbitros y contratantes, quienes quedan en libertad de decidir si los usan o no. Otra alternativa es la preparación de «guías legales», normalmente sobre técnicas comerciales nuevas, que están diseñadas para el uso de profesionales en países no familiarizados con las prácticas contractuales emergentes en las materias que sean.

El UNIDROIT ha preparado más de setenta estudios y proyectos. Muchos de ellos han acabado como instrumentos internacionales en el área del comercio internacional. Algunos de ellos son los siguientes:

- Convención de 1964 sobre formación de los contratos de compraventa internacional de objetos muebles corporales (La Haya).

- Convención de 1964 sobre compraventa internacional de objetos muebles corporales (La Haya).
- Convención internacional de 1970 sobre el contrato de viaje (Bruselas).
- Ley modelo del año 2002, sobre *franchising* internacional.

También se han propuesto guías para los operadores comerciales internacionales, al estilo de los folletos de la Cámara de Comercio Internacional, como son los principios sobre los contratos comerciales internacionales (1994) y la Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional (1998).

El trabajo de UNIDROIT también ha servido de base para cierto número de instrumentos internacionales que están en vigor y que han sido adoptados bajo los auspicios de otras organizaciones internacionales. Estos incluyen:

- Convención de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (UNESCO);
- Convención europea de establecimiento de 1955 (Consejo de Europa);
- Tratado del Benelux de 1955 sobre el seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos a motor;
- Convención de 1956 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera —CMR— (UN/ECE)
- Convención de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias para con los niños (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado)
- Convención europea de 1959 sobre seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos a motor (Consejo de Europa);
- Convención de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (OIT/OMPI/UNESCO);
- Convención europea de 1962 sobre la responsabilidad de los hoteleros en relación con los bienes de sus clientes (Consejo de Europa)
- Protocolo N.º 1 relativo a los derechos *in rem* sobre buques de navegación interior y Protocolo N.º 2 sobre retención y venta forzosa de buques de navegación interior ajenos a la Convención, de 1965, sobre el registro de buques de navegación interior (CEE/NU)
- Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUDMI).

Para el pesquisador y el profesional, UNIDROIT ofrece uno de los centros de documentación principales en su área, que es visitado por investigadores procedentes de todo el mundo. Su biblioteca contiene más de 250 mil libros y 390 revistas

que cubren tanto un amplio rango de países como todas las diferentes ramas del Derecho Mercantil.

UNIDROIT suministra información y capacitación en Derecho Privado Transnacional para juristas altamente calificados. En particular, en 1992 fue establecido un programa de becas basado fundamentalmente en contribuciones voluntarias y dirigido a juristas pertenecientes a países en desarrollo y a países en proceso de transición económica.

Desde 1993, el UNIDROIT posee una base de datos que permite el acceso rápido por parte de gobiernos, jueces, árbitros, abogados y académicos, a información actualizada referente a convenciones de Derecho uniforme y otros instrumentos escritos tanto en inglés como en francés.

3.5. Los trabajos de la Conferencia de La Haya

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización internacional compuesta por 78 estados miembros, entre los cuales están Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Su objetivo es trabajar por la armonización de las reglas comerciales a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, a fin de que los actores del mercado internacional puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica.

La Conferencia de La Haya ha producido 38 convenciones internacionales; pero, en los últimos decenios, ha desarrollado instrumentos no vinculantes (*soft law*) bajo la forma de principios, guías de buenas prácticas y manuales de funcionamiento. Se detallan a continuación aquellos instrumentos vinculados a los negocios internacionales y las inversiones.

3.5.1. Derecho aplicable en materia de contratos internacionales

Cuando las partes perfeccionan un contrato internacional, generalmente desean saber de antemano qué derecho se aplicará al mismo en caso de divergencia. Por este motivo, cada una de las partes puede elegir de común acuerdo las normas que se aplican a su contrato. Esta posibilidad —denominada «autonomía de la voluntad de las partes»— es considerada un buen criterio que facilita el desarrollo de los negocios internacionales y brinda seguridad.

Los principios de La Haya no pretenden ser un convenio internacional con fuerza obligatoria para los Estados, sino un conjunto de pautas no vinculantes que aspiran a alentar los Estados a que los incorporen a sus ordenamientos jurídicos de manera que resulte más adecuada en cada caso. De este modo, los principios de La Haya pueden coexistir pacíficamente con otros instrumentos internacionales que regulan la materia y ser aplicados por la administración de justicia.

3.5.2. Convenio sobre valoración

Cada vez es más compleja la operación mercantil internacional y su contratación debido a las exigencias en cuanto a valoración, trámites aduaneros, tributos, requerimientos de calidad y requisitos ambientales, así como diferencia de usos y costumbres, idiomas, legislación y requisitos administrativos entre plazas diferentes. A esto se suma la gran variedad de divisas, medios de pago y criterios para medir el riesgo país, riesgo firma o riesgo de pago.

Todo ello genera incertidumbre, lo que propicia tanto el riesgo mercantil como el financiero. Para superar tales limitaciones, se ha diseñado una serie de instrumentos y mecanismos, principalmente en relación con la liquidación del pago en las operaciones de tráfico de mercaderías, que buscan fundamentalmente proporcionar seguridad a los sujetos contratantes y estabilidad a los acuerdos comerciales. Estos instrumentos requieren un facilitador que intermedie entre los operadores y que inspire confianza en cualquier mercado internacional. Para superar tal incertidumbre, en el año 2006 se elaboró el «Convenio sobre valores», destinado a proponer reglas para la perfección de las transacciones internacionales de títulos valores brindando reglas comunes y prioridades entre tenedores, ante la natural falta de certeza en estas operaciones que limita el crédito y la liquidez y aumenta el riesgo sistémico.

Dicho convenio sobre valores únicamente determina la ley aplicable y no implica cambio alguno en la ley sustantiva que se aplicará una vez que se realice la determinación del conflicto de leyes. A su vez, el mecanismo elegido (la norma indirecta) no intenta «localizar» una cuenta de valores. Por el contrario, la regla principal del convenio se basa en la relación existente entre el titular de la cuenta y su intermediario; es decir, establece que la ley aplicable será aquella pactada por las partes en el contrato de cuenta (Goicoechea, 2015, p. 53).

Resolver la cuestión de la ley aplicable ex-ante proporciona certeza jurídica respecto a la compensación, liquidación y transacciones con créditos garantizados que trascienden las fronteras; mejora notablemente la eficacia en las transacciones de los mercados de valores; reduce el riesgo sistémico en las transacciones transfronterizas y valores detenidos en un intermediario; y facilita la circulación internacional de capitales.

3.5.3. Convenio sobre *trust*

Este es un instrumento del año 1985 destinado a armonizar la figura del *trust*, propio del sistema jurídico anglosajón y equivalente al fideicomiso latino. Su objetivo es lograr que los *trusts* sean comprendidos y reconocidos en los países del sistema jurídico latino.

El convenio sobre *trust* establece que la ley aplicable será, en primer lugar, la elegida de forma expresa por la persona que lo constituye (artículo 6) y, en defecto de elección, por la ley del Estado con la que el *trust* presenta los vínculos más estrechos (artículo 7). Ello facilita su aplicación en los ordenamientos jurídicos que desconocen la figura. Sin embargo, el convenio no constituye de ningún modo un medio para la promoción del *trust* por un Estado que no admite la figura, ya que el convenio no se aplica si el *trust* se rige por la ley de un Estado que lo desconoce (artículo 5) y ningún Estado está obligado a reconocer un *trust* con vínculos más estrechos que un Estado que lo desconozca.

Finalmente, el convenio no afecta de ningún modo la competencia de los Estados en materia fiscal (artículo 19). El convenio respeta la integridad del sistema jurídico que recepcione la figura por aplicación del Convenio, al tiempo que ofrece un marco a las autoridades para gestionar los *trusts* de manera que puedan atraer inversiones extranjeras.

3.5.4. Convenio sobre la apostilla

Las operaciones internacionales y los sujetos que la inversión traslada de un país a otro genera una inmensa cantidad de documentos que transitan en diferentes países —por ejemplo, títulos universitarios, facturas, actas notariales, sentencias judiciales—, lo cual implica una desconfianza para el receptor respecto de su autenticidad. Esto es superado con la técnica de la autenticación que es un largo proceso que generalmente incluye certificaciones por autoridades competentes dentro de la esfera pública de emisión del certificado, luego la legalización de la cancillería del país emisor del documento, para luego acceder a la legalización del consulado del país de destino. Inclusive, en muchos casos, al llegar al país de destino, el documento todavía debe recibir una certificación adicional de parte de la cancillería receptora.

El Convenio sobre la Apostilla viene a facilitar la circulación de documentos públicos extranjeros, estableciendo un mecanismo de autenticación sencillo y práctico que solo requiere la colocación del certificado de la Apostilla —por la Autoridad Competente designada en el Estado respectivo—, para que dicho documento tenga validez en cualquiera de los países contratantes del Convenio.

Cabe aclarar que, al igual que en la legalización ordinaria, lo que se certifica por medio de la Apostilla es solamente la identidad de la persona que firmó el documento, y la capacidad de dicha persona para emitirlo y, en su caso, la identidad del sello o timbre. En cambio, la Apostilla no certifica el contenido del documento, ni le agrega mayor verosimilitud al mismo (Goicoechea, 2015, p. 55).

Esta convención ha propiciado también la utilización y circulación electrónica; lo cual debe ser visto aun con especial cuidado por la posibilidad de su alteración o falsificación. De manera que el programa apostilla electrónica (e-APP), que consiste en la emisión de apostillas en forma electrónica (e-Apostillas), y el registro electrónico de apostillas (e-registro) debe ser visto aun como un buen proyecto.

El convenio de la apostilla es un facilitador de las inversiones extranjeras, ya que contribuye a generar un marco reglamentario más propicio para la inversión extranjera directa.

3.5.5. Convenio sobre elección del foro

Ante la eventualidad de controversias sobre aspectos derivados en la negociación o ejecución de los contratos comerciales internacionales, es que se han planteado mecanismos de solución como el arbitraje frente a la usual judicatura.

En el contexto arbitral, existe la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, la cual asegura que la cláusula de compromisoria y el eventual laudo serán respetados por los sistemas de justicia de los Estados parte. Sin embargo, en el ámbito jurisdiccional no existía un instrumento que cumpliera las funciones equivalentes a dicha convención y, por ende, había un alto grado de imprevisibilidad y consecuente aumento del riesgo transaccional. A fin de atender este problema, la Conferencia de La Haya generó este convenio.

Este convenio se aplica a los contratos internacionales en los cuales las partes hubieran pactado un acuerdo exclusivo de elección de foro para resolver sus disputas; básicamente, cuando en los términos del convenio las partes han elegido válidamente un foro, los tribunales del Estado parte elegido deben asumir la jurisdicción, mientras que todos los demás deben abstenerse de asumirla, para luego comprometerse todos los estados parte a reconocer y ejecutar la sentencia dictada por el tribunal elegido por las partes.

El Convenio de La Haya de elección de foro entró en vigor el año 2015 para la Unión Europea y para México, que fue el primer país del mundo en adherirse al mismo. Por su parte, Estados Unidos firmó el convenio en su oportunidad y viene trabajando activamente para su ratificación.

3.6. Los trabajos de los gremios

Tanto las asociaciones de empresarios, comerciantes y operadores, como las empresas proveedoras de contenedores y embaladoras, así como las cámaras de comercio, conforman un conjunto de gremios que también han buscado establecer reglas

y procedimientos sobre aspectos específicos del comercio internacional con el fin de preestablecer pautas dentro de las cuales se puedan realizar, en forma fluida y segura, las acciones de las unidades productivas y de los sujetos y personas jurídicas, así como buscar la armonización contractual.

Uno de estos gremios es la Cámara de Comercio Internacional de París, fundada en 1919 y reconocida por la ONU como entidad especializada de comercio internacional, que sugiere reglas, nomenclaturas y terminología concernientes al intercambio mundial, como son los términos del comercio internacional (Incoterms), las reglas y usos uniformes relativos a los Créditos Documentarios (Folleto N.º 600), las garantías bancarias, el Reglamento de Conciliación y Arbitraje, y las normas sobre compraventa internacional.

La práctica constante de estas reglas, así como su difusión, constituyen la mejor ayuda al comercio. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) tiende, de esta manera, a aclarar, definir y precisar los términos más usados en el comercio mundial, con el fin de evitar conflictos derivados de interpretaciones basadas en prácticas comerciales domésticas o apreciaciones divergentes, según los mercados u operadores internacionales.

Otro de los importantes esfuerzos en el movimiento de reglamentación comercial internacional es el de las asociaciones y gremios de comerciantes e importadores, que bajo orientaciones jurídicas han formulado los llamados «contratos tipo» para negocios específicos y para mercaderías determinadas. En ellos hay una influencia del Derecho Marítimo inglés. Así, tenemos los contratos de la London Corn Trade Association, los del FOSFA (Londres) para las operaciones de aceites y grasas, los de la GAFTA para sorgo y soya en granos, la General Conditions de la Unión Europea —conocida a través de códigos numéricos—, los de The British Wool Federation, The London Rubber Trade Association, The International Wool Textile Organization, The General Products Brokers Association of London, The London Oil and Tallow Trade Association, The London Cattle Food Trade Association, The Hide Cypres and Agents Association, The Timber Trade Federation of the United Kingdom y The London Copra Association, entre otras.

4. EL PROCESO DE UNA OPERACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Al tomar la decisión de internacionalizarse, la empresa debe considerar una serie de normas estratégicas para la realización de una operación en el extranjero. Estas son: mercadotecnia, suministro, fuerza de trabajo, gerencia, finanzas y la estructura jurídica. El problema que deben resolver las empresas consiste en vincular esas normas estratégicas con los factores variables respectivos. Esa vinculación es más compleja

en la medida en que se va pasando de la simple exportación directa al establecimiento de una subsidiaria en el extranjero, la estipulación de un *joint venture* o la radicación de una inversión extranjera directa (IED).

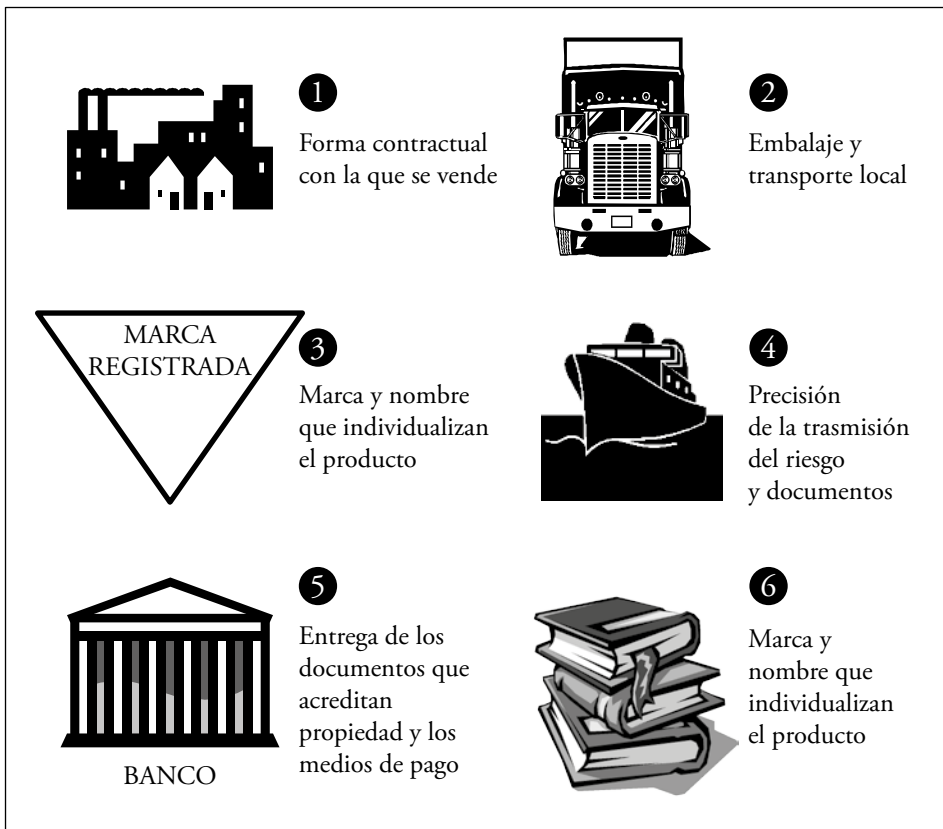
Veamos un proceso simple (ver gráfico 9) de exportación y los factores jurídicos que entran en juego:

- a) En primer lugar hay un contrato de compraventa o de suministro a partir del cual se deben articular otros mecanismos técnico-jurídicos que posibiliten ejecutar este contrato madre.
- b) La mercadería debe ser trasladada de un país a otro, lo que supone un empaque, que puede ser proveído por el comprador, en cuyo caso ha de estipularse contractualmente las condiciones y el término de entrega. Igualmente, un contrato de transporte internacional, pues atravesará la frontera, y las diferentes modalidades de contratación, y, finalmente, un seguro elegible por las partes.
- c) Como hay una gran distancia entre el establecimiento del vendedor y el local del comprador es menester fijar con precisión cuál es el punto de transmisión del riesgo para que esté claro donde pasa la mercancía a ser responsabilidad del comprador. Para ello hay que acudir a los términos del comercio internacional.
- d) Como usualmente las partes no se conocen o desconfían, se busca un tercero, que es el banco, para que otorgue credibilidad respecto de la entrega de la mercadería y el pago del precio. Para ello se acude a los usos y prácticas del comercio como son los créditos documentarios y las garantías bancarias o garantías a la primera solicitud.
- e) El exportador entrega la mercadería en un puerto o aeropuerto de su país, recibiendo del transportista un documento que acredita la recepción de la mercadería en las condiciones que convino el comprador. Es el «conocimiento de embarque», que es el instrumento clave que da vida al contrato de compraventa, ya que con él puede cobrar el vendedor lo pactado y el importador recepcionar lo convenido. Junto a este documento también se transfieren otros que tienen una importancia aduanal, como es el *warrant* o el certificado de origen.
- f) La mercancía tiene tres elementos: el aspecto físico, el envase y la marca o nombre. Los dos primeros son interés de la mercadotecnia para hacer accesible el producto al consumidor. El último, la marca o nombre, es objeto del Derecho, a fin de proteger al propietario de la marca y del nombre del producto de exportación, pues se vende la mercancía junto con el envase,

pero no así la marca ni el nombre. Luego, se ha de registrar o inscribir el nombre en el país del comprador para evitar posibles obstáculos a la comercialización si la competencia o un particular lo hace a su nombre, impidiendo luego su uso.

- g) Toda operación comercial internacional, aun aquella minuciosamente detallada, está sujeta a una serie de contingencias que se van presentando durante su ejecución, como entrega del número exacto de unidades, el plazo, los intereses, la oportunidad en el pago. Son las controversias o dudas en el término exacto de las cláusulas que pueden derivar en un litigio. Entonces, se debe prever la forma en que este se soluciona, mediante la determinación de la ley aplicable, la jurisdicción, la conciliación o el arbitraje. Lo que involucra, en definitiva, una previsión jurídica.

Gráfico 9
Aspectos jurídicos en una operación comercial internacional



Cuando las relaciones comerciales van más allá del traslado de mercancías y buscan radicarse en el país de destino o asociarse con el capital de otro país, utilizando zonas francas, maquiladoras o *joint ventures*, la estrategia jurídica se hace más compleja, suscitando una serie de problemas que pueden resumirse en tres cuestiones.

- La estructura legal de la empresa nacional en el país de origen.
 - La estructura legal de la unidad operativa (persona natural o moral) en el extranjero.
 - La naturaleza jurídica de las relaciones entre ambas.
- a) Estructura legal de la empresa nacional: La selección o análisis de la organización jurídica que va a internacionalizarse y que puede ser desde el empresario individual, la empresa de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad mercantil, la cooperativa o la gran empresa transnacional. Según la estructura legal, estarán constreñidas a determinadas situaciones como el control público (publicación de balances, intervención de entidades como la Comisión Nacional de Valores), los impuestos que la afectan, la posibilidad de contratar prestamos del exterior, la facilidad de transferir los títulos de propiedad, repatriación de utilidades o de royalties, mecanismos y tratados bilaterales de tributación, facilidades para efectuar fusiones, niveles y grados de decisión en aspectos de comercio exterior.

- b) Estructura legal de la unidad operativa en el extranjero: Hay que diferenciar dos situaciones: el caso de trabajar en el extranjero con una subsidiaria (propiedad de la empresa nacional) o con una empresa asociada.

El trabajar con una subsidiaria o filial, propiedad de la empresa nacional, tiene evidentemente grandes ventajas respecto de la rapidez de las decisiones, el conocimiento del mercado, la protección en monedas fuertes, aun cuando significa, también, un costo operativo alto. Esta posibilidad ha de confrontarse con la legislación nacional sobre inversión en el exterior, repatriación de utilidades y el concepto de unidad económica para efectos tributarios. La estrategia tributaria internacional surge como una técnica para la ocasión.

La vinculación con una empresa extranjera puede ser a través de una asociación con varias compañías extranjeras diferentes, o bien en la creación de una nueva con participación de dos o más sociedades extranjeras. Las razones de conveniencia mercantil puede ser: contar con los servicios de más de una empresa extranjera para explotar el mercado elegido; la necesidad de aislar la operación proyectada de otras que realice la empresa extranjera con la que establece relaciones la nacional, esté ubicada en una jurisdicción diferente de la matriz de la asociada extranjera (Robinson, 1970, p. 197).

- c) Naturaleza jurídica de las relaciones entre ambas: Las relaciones contractuales entre la empresa nacional y la empresa asociada revisten varias modalidades, sean que se establezcan a través de convenios o a través de contratos protocolizados. Se precisa para mantener la permanencia de tales relaciones fijar los canales de distribución, la forma de producción, el volumen de ventas, políticas de descuentos, el régimen de marcas, las necesidades financieras, el tipo de control, facultades para establecer sucursales y los servicios técnicos y profesionales.

Una serie de asuntos de índole plenamente jurídico o legal actúa en la decisión de internacionalización. Las restricciones jurídicas del medio ambiente nacional como del extranjero, así como la calidad de la información van a pesar en la estructura de decisiones de la gerencia de la empresa que busca actuar en el extranjero. Pero, además, la propia conformación legal de la sociedad (sea comandita, sociedad anónima con o sin acciones en bolsa) da origen a preferencias y limitaciones por el propio tamaño y capacidad de maniobrabilidad de la organización. Después, la decisión gerencial optará por la estrategia operacional y legal para actuar a fin de conseguir los objetivos propuestos. Estos últimos son los que deben establecerse en primer lugar, de preferencia priorizándolos, cuantificándolos y estableciendo un lapso para conseguirlos. En el gráfico 10 podemos observar cómo es el procedimiento, de una decisión de internacionalización considerando los factores previos a la decisión, tanto endógenos como exógenos, y la decisión final que se viabiliza en objetivos y estrategias.

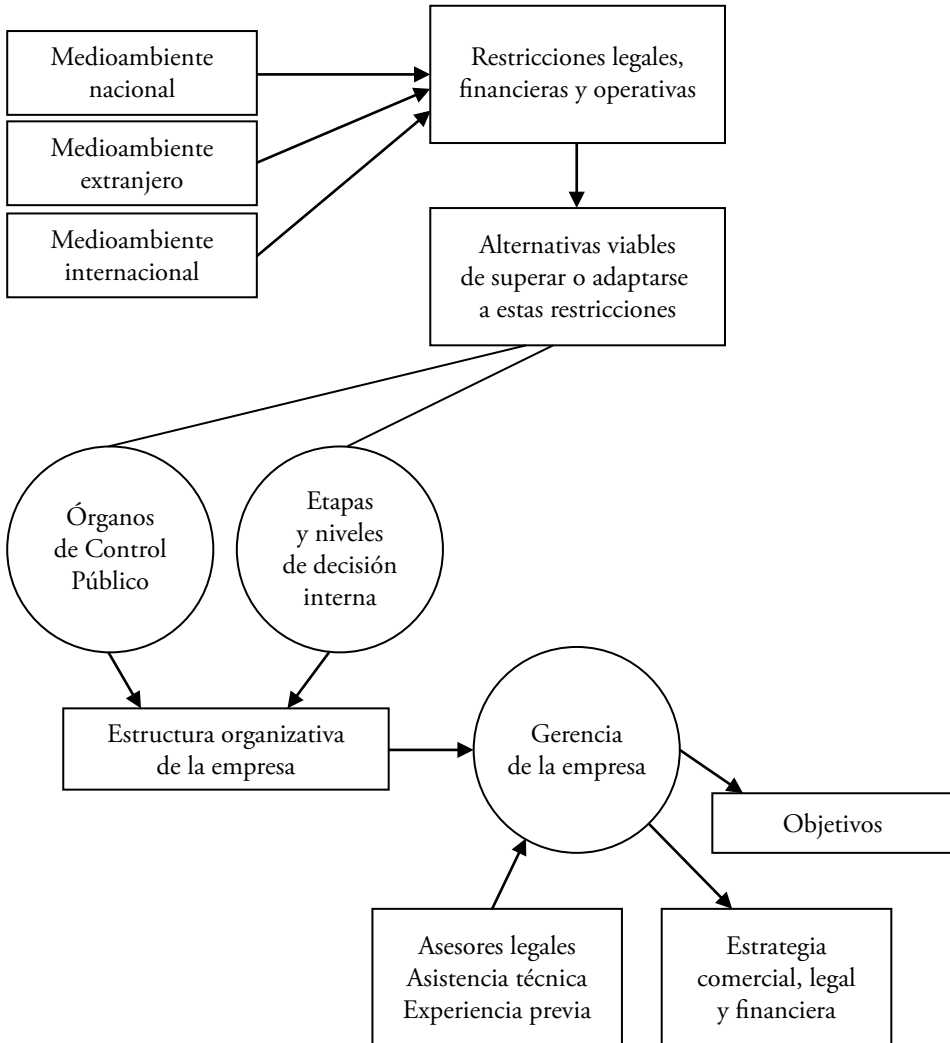
De lo dicho se deduce que en ninguna operación comercial internacional se puede prescindir del asesor jurídico que oriente las decisiones de internacionalización de la empresa, ya que todo el proceso comercial contiene aspectos jurídicos.

Los actos previos a la compraventa internacional, que se conoce como la negociación comercial, contiene elementos jurídicos, ya que los acuerdos iniciales se pueden considerar como los contratos preliminares o contratos previos, que viene a ser el compromiso de que se celebraran en el corto plazo con miras a un contrato definitivo.

Luego, el traslado de la mercancía exige un contrato de transporte, en tanto que la cobertura de riesgo, nos lleva a los usos y prácticas como son los créditos documentarios y las garantías bancarias. Al cual se puede añadir el contrato de seguros. Pero, a su vez, la salida de la mercancía cuanto el posterior ingreso al mercado de destino implica cuestiones sobre derecho aduanero y valoración. Pero como la mercancía tiene una identificación ello requiere tener presente la cuestión referente a la protección de la marca y el nombre lo que nos lleva al área de los contratos de tecnología como son los de licencia, patente o los de *know-how*. De tal manera que todo el proceso de comercialización está signado por el derecho comercial.

Incluso los conflictos que pueden ser resueltos por la vía jurisdiccional también pueden serlo por el acuerdo arbitral o el de conciliación. De esa manera, la solución de los conflictos tiene dos alternativas, ambas proporcionadas por el Derecho Internacional del Comercio.

Gráfico 10
Procedimiento para actuar en mercados externos



CAPÍTULO III

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Las exigencias de un comercio internacional creciente han hecho nacer disciplinas como la de los Negocios Internacionales, Finanzas Internacionales y Mercadotecnia, todas las cuales propician una más eficiente relación de intercambio, pacífica interdependencia y bienestar de los pueblos. Solo resta al Derecho dar estabilidad a esas relaciones comerciales, resolver litigios y reequilibrar el poder de las partes.

Uno de los modelos para propiciar la seguridad y la estabilidad jurídica son los contratos internacionales que es un tema sugerente por la variedad de figuras, la mayoría innominadas para los códigos latinoamericanos y aún en proceso de determinación conceptual, pues no encuentran siempre una explicación en la doctrina clásica ni contenido en la tradición de los derechos nacionales. Ese desafío lleva un peligro que debe ser enfrentado con cautela y profundidad, para no caer en la imprecisión de la categorización jurídica y para propiciar la formación de técnicos y especialistas que brinden una asesoría jurídica efectiva a los operadores del comercio exterior, así como a las entidades promotoras de las exportaciones.

1. EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS

La sorprendente revolución de la economía internacional y las telecomunicaciones ha originado nuevas relaciones comerciales y, en consecuencia, nuevos modelos contractuales que exigen eficacia, seguridad y precisión en un intercambio y flujo constante a través de variados sistemas jurídicos. El fenómeno de las empresas transnacionales ha hecho surgir grupos empresariales como los *holdings* y los consorcios, y los contratos mercantiles que trasponen fácilmente las fronteras como los *joint ventures*, *leasing*, *factoring*, *franchising*. A ello se unen los contratos formularios de adhesión y los contratos electrónicos, así como las firmas digitales. La presencia dinámica e imaginativa del comercio internacional es tan fuerte y real que podemos atrevernos a afirmar que, hoy en día, casi la totalidad de contratos mercantiles son de naturaleza internacional.

Sin embargo, algunos especialistas sostienen que los contratos internacionales no existen porque nunca han visto un documento protocolizado o un contrato escrito formal, como usualmente estamos acostumbrados a redactar en nuestro Derecho y práctica interna —entre estos documentos tenemos el contrato de mutuo, de representación y de suministro—, ya que los contratos internacionales, con frecuencia, se establecen a través de cartas, fax, correos electrónicos o llamadas telefónicas que se van uniendo, estructurando un modelo obligacional específico cuyo colofón es que los sujetos operadores ejecuten una serie de actos. De esta manera, estamos ante el hecho evidente de que una operación de comercio internacional está contenida en una serie de medios mecánicos, físicos o electrónicos a través de los cuales se hace patente la voluntad de los operadores; y que algunos de ellos están previstos o regulados por prácticas y usos formulados por gremios o entidades multinacionales, pero libremente admitidos por los sujetos. Así, dudar de su existencia sería una negación de la realidad objetiva. Lo que tal vez se haga complejo es darles una explicación teórica o un concepto y sentido en el Derecho.

Abordar la definición de las instituciones jurídicas propicia la duda y es fuente de posiciones contrapuestas, más aún si, como en el caso, se trata de una institución nacida en un área altamente dinámica y fecunda como es el comercio internacional. Mayor es la confusión si, para conceptualizar los contratos internacionales, partimos de lo que la legislación y la doctrina nacional estiman como contrato y como compraventa. Empero, creemos que es preferible dar un concepto con limitadas imperfecciones que dejar todo a la duda o a la generalización, sobre todo si se trata de nuevas situaciones a las cuales se enfrenta el Derecho y si buscamos su real comprensión y mejor divulgación. De esa manera, tampoco entramos en el terreno de las definiciones, que es aquel en el cual todo ya queda congelado o determinado. Es mejor ir hacia el concepto.

Los principales obstáculos que encuentran los negocios internacionales son la diferencia de regímenes legales, el desnivel económico y el interés de las partes. Tampoco se puede olvidar el medio ambiente interno de cada uno de los países de los contratantes. El grado de desarrollo tecnológico, cultural y de conocimiento de sus profesionales incide, indudablemente, a la hora de formular y plantear un contrato. A ello se adiciona el intervalo entre la precisión obligacional y la entrega de la mercadería o la conclusión de la planta industrial cuando se trata de un contrato «llave en mano».

El hecho de pretender hablar de contratos internacionales supone que existen otros que no lo son. Así, tendremos que admitir que hay contratos domésticos o domiciliados y otros que ahora intentamos explicar y darles un concepto.

La taxonomía de los contratos nominados de nuestra legislación latinoamericana presenta algunos elementos identificables con la esencialidad y características de los contratos internacionales. Sin embargo, la diferencia fundamental está dada por la variedad de regímenes legales que son involucrados durante la acción o ejecución del acuerdo de voluntad de las partes y su formación, así como por los diferentes sistemas jurídicos y la diversa tecnología de la información a través de la cual puede transmitirse dicha voluntad.

Hace apenas 30 o 35 años se ponía en duda la existencia de los contratos internacionales, pues todo contrato tiene que estar ligado a la ley de un determinado país que señala su formalidad, su obligatoriedad y aun su anulabilidad; luego, una operación de exportación devenía en un contrato nacional, ya que toda obligación se origina en la norma o se somete a ella. De esa manera, los contratos tendrían que ser apreciados por diferentes regímenes legales, según el proceso que tuviera la operación comercial, lo que equivaldría, en algunos casos, a ser válido en el país A y, asimismo, ser nulo en el país B. Por ejemplo, en la legislación francesa, la cláusula referente al precio es esencial en el contrato, y, si no se incluyera, este sería nulo; en cambio, en la legislación peruana puede ser omitida o dejarse al arbitrio de un tercero (art. 1547 y art. 1544 del Código Civil) y el contrato mantener su validez.

Es, pues, una exageración de los neopositivistas querer desconocer la existencia de los contratos internacionales, ya que muchas de las relaciones jurídicas en los mercados no nacen, necesariamente, de la *legis voluntatis* sino de otros factores como los acuerdos y tratados internacionales o las convenciones de protección de inversiones recientes en América Latina, que posibilitan a los inversionistas extranjeros exportar libremente al país anfitrión bienes y servicios, como si fuera una inversión, y crear nuevos planteamientos respecto de las obligaciones de las partes a través de laudos arbitrales adoptados fuera del territorio de los sujetos de la relación.

Las operaciones mercantiles internacionales se realizan mediante un contrato privado o se derivan de un convenio o tratado de protección de inversiones que permite el flujo de bienes y servicios exonerados de derechos aduaneros y, en algunos casos, protegidos por el propio Estado anfitrión de las inversiones. Este hecho rompe el equilibrio del juego libre del mercado, porque al inversionista extranjero se le da determinada protección que no recibe el simple operador y que, con frecuencia, no tiene el inversionista del país receptor o anfitrión. De este modo, la existencia de la figura no solo se repite cada día, sino que se enriquece con la imaginación de las partes y se nutre de la variedad de experiencias del comercio internacional y sus modalidades, surgidas de las cambiantes operaciones del mercado, las corrientes de inversión y los flujos financieros.

Los contratos internacionales se desenvuelven, además, dentro de una atmósfera política y económica de lo más cambiante, por los intereses de los países industrializados, y de constantes mutaciones generadoras de conflictos e incertidumbres (Oppetit, 1974, pp. 5 y ss.).

Son internacionales no porque los sujetos pertenezcan a distintos países sino porque su ejecución significa la tradición de bienes y servicios de un país a otro. La trasposición de las fronteras le da esa naturaleza al igual que los establecimientos. No son los sujetos, pues podría ser un contrato celebrado en el Perú, entre peruanos, pero ejecutable en Argentina y con un objeto (en este caso una mercancía o servicio) hecho en el Brasil, por ejemplo. El pago e incluso la moneda pueden ser de distintos países.

El profesor Luiz Olavo Baptista señala que la mejor determinación de la internacionalidad de la obligación es que esta se apoya en el objeto que le da extraterritorialidad al contrato. Es cierto, esa es una de las causas o factores para su calificación, pero hay otras, como el lugar del establecimiento. Probablemente es más lógico admitir que es internacional porque su ejecución supone el tránsito, de un establecimiento a otro del exterior, de recursos financieros, bienes o servicios de una soberanía hacia otra.

Todo ello nos lleva a buscar la naturaleza jurídica del contrato, desde que este es un hecho incontrovertible y en expansión, con el fin de darle un contenido real y una explicación lógica.

2. POSICIONES DOCTRINARIAS Y CONEXIÓN JURÍDICA

El tema de los contratos mercantiles o de naturaleza comercial es uno de los más variados en el discurso jurídico, y hemos de creer que es uno de los más sugestivos que deben merecer mayor atención de los empresarios para operar con eficiencia en los mercados externos. Acaso la prueba de la exactitud de tal afirmación es que, para precisar el asunto, es menester recurrir a los principios generales del Derecho y aprovechar la más moderna doctrina de la delimitación de las categorías jurídicas. Ello nos coloca entre sutiles aristas que se mueven entre la apreciación comercialista, basada principalmente en la práctica internacional; la conexión con el fuerte y tradicional Derecho Internacional Privado; y el desafío de la teoría general de los contratos.

Por otro lado, el espíritu pragmático e inmediateista nos puede llevar a afirmar que es innecesario, para efectos de las relaciones comerciales internacionales, determinar la naturaleza o conexión de los contratos, pues estos se ejecutan sin que los operadores o los intervinientes tengan preocupación alguna en su naturaleza, contenido o ámbito.

Un contrato, por perfecto y detallado que sea, no puede incluir todas y cada una de las situaciones que salvaguarden al mínimo los derechos de las partes ni prever las circunstancias que su ejecución propicie. Hay un límite que es, además, consustancial al propio Derecho. El juego de las presunciones, las prescripciones, la irretroactividad y aun la ultra actividad marca un hito de acción del Derecho y un punto en que este no es aplicable. La estabilidad y la seguridad jurídica permiten la vida en común, el uso pacífico de los bienes y las relaciones estables de los individuos y de la sociedad. No se puede cuestionar a cada instante el nacimiento de un derecho y las obligaciones de las partes. El hijo seguirá siendo hijo del marido si fue concebido durante el matrimonio, sin que requiera su probanza. La presunción *pater ist* es uno de los principios más claros de esta condición del Derecho y posibilita una relación estable de la familia.

De igual manera, un hecho jurídico, situación o relación jurídica tiene diferencia en cuanto a los efectos que produce para el Derecho.

Es pues, menester, por razón lógica y de orden, sin necesidad de ir a un examen de validez filosófica, abordar la conexión jurídica de los contratos. Ello nos permitirá interpretar el sentido de las partes cuando pactaron, la validez de la relación jurídica y, finalmente, el medio y la forma de su exigibilidad.

La doctrina internacional oscila entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho del Comercio Internacional, como las dos ramas dentro de las cuales viven los contratos internacionales. La primera se basa en los viejos y aún fundados criterios de que, al final de toda obligación contractual, lo que queda en discusión es la ley aplicable, motor y causa del Derecho Internacional Privado. La segunda estima que el creciente florecimiento del comercio mundial ha establecido un conjunto de usos y costumbres que han superado los pequeños espacios de la jurisdicción nacional y que, en consecuencia, las relaciones contractuales tienen que apreciarse en ese marco distinto y mayor a la idiosincrasia o costumbre nacional.

Sin embargo, tal vez el Derecho de los Contratos tenga una palabra que decir y una explicación que ofrecer a figuras tan nuevas y decisivas en un escenario mayor que el de los espacios nacionales.

2.1. La conexión con el Derecho Internacional Privado

Para dar explicación y contenido a los contratos, se ha acudido al Derecho Internacional Privado en razón de que todo contrato cuyo objeto transpone fronteras e involucra relaciones jurídicas dentro de diferentes ordenamientos y regímenes legales puede dar lugar a un enfrentamiento de dichos ordenamientos, es decir, a un conflicto de leyes que, evidentemente, debe ser resuelto para que el comercio fluya.

La contradicción posible en la ejecución de un contrato internacional y el intento de solución para reequilibrar las relaciones jurídicas han dado origen a la teoría de la «solución de conflictos» o *conflict of law*, según el sistema del *common law*, o a las fuentes del Derecho Internacional Privado para determinar cuál es la ley aplicable al caso concreto. Este hecho real y evidente ha llevado, a buena parte de la doctrina, a sustentar que la conexión de los contratos internacionales se produce con el Derecho Internacional Privado.

En una relación contractual internacional aparecen siempre factores extraños al sistema y a la soberanía del país donde se celebra o se ejecuta. «La presencia de esos factores reclama la consideración de un problema previo, la del *jus* aplicable, que podría ser el nacional o un *jus extraneum*, pero que debe ser, obviamente, el más conforme a la naturaleza de la relación en juego. He ahí la misión del Derecho Internacional Privado: frente a una relación internacional determinar la ley en el espacio más conforme a su naturaleza» (Silva Alonso, 1984, p. 15).

El mecanismo de solución de conflicto de las leyes se mantiene inalterable, en sus líneas básicas, desde el siglo XII, y consiste en la selección de la ley aplicable, sobre la base de los elementos de conexión.

Fueron los célebres trabajos de Henri Batiffol los que por primera vez mostraron la vinculación teórica de los contratos internacionales con la rama del Derecho Internacional Privado, cuando, hacia 1938, dieron una explicación de este novedoso modelo contractual afirmando que «[...] cuando, por los actos concernientes a su conclusión o a su ejecución, o a la situación de las partes en cuanto a su nacionalidad o su domicilio, o a la localización de su objeto, el contrato tiene ligámenes con más de un sistema jurídico» (1938, p. 20) deviene en un contrato internacional. Al profesor francés le siguieron otros autores como Yvon Loussuoarn y Jean Denis Bredin, quienes afirmaron que un contrato «[...] debe ser tenido por internacional, cuando permite la aplicación de la ley escogida por las partes, tiene ligámenes con diversos sistemas jurídicos, o lo que viene a ser lo mismo, sus elementos de conexión no se sitúan en el mismo sistema jurídico» (1969, p. 594). No hay que olvidar que las obras de los tres distinguidos juristas marcaron un largo período de influencia académica desde antes de la Segunda Guerra Mundial y hasta aparecido el nuevo orden económico de posguerra mundial, en que el surgimiento de nuevos bloques económicos transformó el comercio mundial, precisamente después de los años 60, con la crisis del patrón de oro, el surgimiento del dólar, las transformaciones en los medios de transporte, las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones y el fenómeno de las empresas transnacionales.

En América Latina, João Grandino Rodas y Wilson de Souza Campos Batalha son, entre otros, quienes sustentan esta posición. «Los contratos internacionales

privados, de naturaleza comercial o no, que necesitan de la interferencia del Derecho Internacional Privado para la indicación de los derechos que deberán regirlos son cada vez más numerosos». «De esa forma es problema ínsito a todo contrato internacional, la cuestión del derecho aplicable» (Rodas, 1984, p. 2). A su vez, Pierre Lalive señala que un contrato puede ser definido como internacional cuando «[...] sus elementos no están localizados en el mismo territorio», siendo que, como expone dicho autor, en el ámbito del Derecho Internacional Privado la calificación *internacional* tiende a ser empleada en un amplio sentido, cuando se refiere a aspectos vinculados a más de un ordenamiento jurídico (Lalive, 1975, pp. 37 y ss.). Susan Lee Zaragoza de Rovira cree que la conexión de los contratos está dentro del Derecho Internacional Privado, que habría de perfeccionarse y extenderse hacia los aspectos comerciales no tratados de manera directa. Todos los planteamientos buscan encontrar un camino que resuelva las dificultades inherentes al Derecho Internacional Privado clásico. Tal vez partiendo del perfeccionamiento de los contratos internacionales «[...] se podrá incrementar ese nuevo orden económico, puesto que adecuando los sistemas del Derecho Internacional Privado de los países en desarrollo, de manera de posibilitar una relativa armonización —posible y viable— en razón de sus características comunes, podrán esos países apartar los efectos inaceptables del colonialismo jurídico y, por lo menos, disminuir las diferencias entre sus socios —los países desarrollados— en el comercio internacional, justamente por intermedio de una gradual igualdad, en términos de relaciones contractuales internacionales» (Rovira, 1984, p. 73).

Dentro de la misma línea se debe mencionar un artículo de Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, «¿Cuándo un contrato es internacional?», que concluye afirmando que los contratos pueden encontrar un criterio objetivo de su existencia dentro de los principios del Derecho Internacional Privado.

En el Derecho Internacional Privado el elemento de vinculación capaz de ligar el contrato a determinado sistema jurídico es relevante. El lugar de celebración del contrato, la capacidad de los sujetos, el lugar de cumplimiento contractual, la nacionalidad o el domicilio de los estipulantes son los aspectos que lo encuadran en esta rama.

Así, Loussouarn y Bredin sostienen que un contrato es internacional cuando «[...] es posible la aplicación de la ley escogida por las partes, cuando tiene ligámenes con diversos sistemas jurídicos, o lo que viene a dar lo mismo, un contrato cuyos elementos de conexión no se sitúan en un mismo sistema jurídico» (1969, p. 594).

Esas consideraciones llevan a muchos autores a señalar la conexión de los contratos internacionales con el Derecho Internacional Privado; incluso el hecho de que tanto el *common law* como el *civil law* consideran, en mayor o menor grado, la interpretación jurisprudencial como un medio para dilucidar la ley de vigencia de los contratos en caso de conflicto, ha llevado a conectar estas figuras con dicha especialidad.

«Tal analogía reafirma la universalidad del Derecho Internacional Privado, principalmente en materia de contratos, pues en ese ámbito los dos sistemas de tradiciones opuestas como que caminan paralelamente, preconizando una solución común: en cuanto que el Derecho consuetudinario inglés enseñó la formulación de reglas que orientan el trabajo jurisprudencial, nuestro Derecho escrito, de tradición romanística, consagra una regla fija, mas recomienda a la jurisprudencia la elucidación de cada caso, de acuerdo con sus circunstancias peculiares, lo que en rigor podrá consustanciarse en decisiones simuladas, similarmente a lo que ocurre en el *common law*» (Rovira, 1984, p. 51).

El argumento de los jusinternacionalistas radica en que, según el Derecho Internacional Privado, las circunstancias que califican un contrato como internacional son si el lugar de celebración, ejecución o el domicilio de las partes está en el extranjero. Así se establece la conexión de los contratos al ámbito de la mencionada disciplina.

Dentro de estos principios se desenvuelve Pierre Lalive (*Contract Economique International. Stabilité et Evolution*), quien expresamente menciona que en el Derecho Internacional Privado, la calificación internacional aplicada a determinada situación tiende a ser empleada, en un amplio sentido, cuando se refiere a más de un ordenamiento jurídico. De esa manera, puede ser definido como internacional el contrato cuyos elementos no están localizados en el mismo territorio.

Partiendo de la regulación de los contratos privados como la venta de inmuebles, el contrato de trabajo, de alquileres o de seguro, se extiende el ámbito de estudio a los contratos comerciales internacionales. Asimismo, los numerosos tratados internacionales —como el célebre Código de Bustamante (1828), la Convención de Bruselas (1968 y en vigor a partir de 1973) para los países de la entonces Comunidad Económica Europea, y las Conferencias de La Haya, tanto la de 1955 sobre objetos muebles corpóreos como la de 1964 sobre venta para la inicial Comunidad Económica Europea —han pretendido unificar el Derecho Internacional Privado. Se buscó explicar por extensión las obligaciones contractuales nacidas de la práctica comercial. Particularmente, se ha aplicado al tema de la elección de la ley, la jurisdicción y la competencia. Esos tres asuntos válidos en las obligaciones privadas y también de interés en los nuevos contratos comerciales han propiciado vincular los contratos al Derecho Internacional Privado.

Particularmente, la determinación de la ley aplicable a un contrato, que deviene en un conflicto de leyes, esencia del Derecho Internacional Privado, es el cordón umbilical entre estas figuras obligacionales y la especialidad. Resalta tanto esta relación que, como bien apunta Henri Batiffol «[...] la libertad de las partes para designar la ley aplicable a su contrato, ha creado una especie de derecho uniforme que, considerado en su sentido estricto, excluiría cualquier estudio comparativo» (1980, p. 87).

Sin embargo, asuntos como el contrato de *franchising*, *joint venture*, *leasing* y aun la compraventa internacional o el transporte internacional son citados de manera genérica y no encuentran explicación dentro de esta teoría.

Werner Goldschmidt, en su obra *Derecho Internacional Privado*, dedica dos páginas a estos dos últimos contratos. Y Quintín Alfonsín, en la primera obra sobre contratos internacionales escrita en el continente (*Régimen internacional de los contratos*), aborda el tema circunscribiendo toda la discusión a responder la pregunta: ¿Cuál orden jurídico los rige?

La razón es que los jusinternacionalistas reconocen, con verdad, que el marco de interés es la previsión y la solución de controversias, a través de la ley aplicable en los conflictos contractuales. Así, se han desarrollado interesantes trabajos dentro de la esfera del Derecho Internacional Privado, buscando explicar el mundo de la contratación internacional como, por ejemplo, los de José Ignacio Franceschini Gonzaga, que vincula todo el tráfico contractual a determinar la competencia judicial para resolver litigios, así como niega la autonomía de la libertad en dicha rama especializada y, en consecuencia, en la relación contractual, no debiendo confundirse ello con la libertad contractual (Franceschini Gonzaga, 1984, pp. 100 y ss.).

No es extraño que la doctrina jurídica latinoamericana haya incluido el tema de los contratos internacionales en el marco del Derecho Internacional Privado, debido a la larga tradición jurídica en la especialidad y a que nuestros más ilustres tratadistas y abogados bebieron en dichas fuentes, pues fueron nuestros países los que, por primera vez en el mundo (1889), suscribieron tratados multilaterales de Derecho Internacional Privado, continuando con una tradición germinada en el Perú cuando, en 1877, organizó, también por primera vez en el mundo, un congreso sobre la materia.

Las vinculaciones comerciales y jurídicas de los contratos, su contenido y sus múltiples variedades, no pueden ser explicados ni caben en la esfera del Derecho Internacional Privado justamente porque, como se ha dicho, todo termina en un asunto de aplicabilidad de un derecho doméstico.

Curiosamente, son los jusinternacionalistas privados quienes apartan el tema de su propia especialidad. Roberto Mac Lean Ugarteche señala que los problemas contractuales no pueden ser resueltos por el Derecho Internacional Privado. «Por eso nos estamos moviendo ahora en otra dirección y se puede decir que nos encontramos en el umbral de un nuevo derecho que persigue el establecimiento de leyes uniformes internacionales que regulen la conducta internacional sin limitarse a señalar el tribunal competente y la ley aplicable» (MacLean, 1980, p. 29).

Leonel Perezniето, reflexionando sobre la creación normativa del Derecho Internacional Privado, afirma que la *lex mercatoria* o *jus mercatorum* es una muestra

de los cambios en el análisis y en la técnica de solución de problemas derivados de la vida jurídica internacional a causa del comercio mundial. «La teoría de la *Lex Mercatoria* muestra una faceta interesante de la experiencia normativa, ya que comporta características propias que la diferencian de otras concepciones» (Pereznieto Castro, 1980, pp. 20 y ss.). Por tanto —continúa el autor mexicano—, el problema es más bien la validez de la normatividad creada por órganos descentralizados a escala internacional, como la Cámara de Comercio Internacional o las asociaciones de bancos, que difieren del proceso de creación normativa tradicional. En otras palabras, vuelve todo a la validez o no de las fuentes del Derecho del Comercio Internacional o del Derecho Internacional del Comercio, como preferimos denominarlo.

Henri Batiffol reconoce que existen contratos cuyas características no permiten vincularlos seriamente a alguna ley, como pueden ser los contratos de financiamiento, de inversiones, *turn-key*. La realidad de las cosas conduce a tener en cuenta estos hechos; sin embargo, señala el jurista francés, «[...] no sería posible, en la práctica, sustraerlos a la regla habitual de conflicto, al menos que fuera posible determinar las características de las operaciones que caen en esta excepción» (Batiffol, 1980, p. 92). Aun cuando estos contratos presenten dificultades, «[...] su ámbito es suficientemente definido para no afectar a la generalidad del método de los conflictos de leyes» (Batiffol, 1980, p. 92).

Una de las cuestiones más difíciles de conciliar, respecto a la internacionalidad del contrato dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado, es la responsabilidad que surge durante las tratativas de un contrato de formación progresiva, es decir, las circunstancias que se presentan durante el curso de un período que precede a la culminación de un contrato internacional. Se trata del problema de la reparación o indemnización de un acto surgido en las tratativas contractuales, vale decir, durante las etapas de la negociación.

Es la ejecución *in natura* del contrato que no llegó a ser celebrado o el interés contractual positivo, que implica la obligación de resarcimiento por daños cuando no se celebra el contrato y que suscita dos posiciones: ser descartada por el simple hecho de que el juez no puede sustituir a las partes, porque ello violaría la libertad contractual, o hacer exigible la reparación necesaria a que tiene derecho quien actuó de buena fe y ve frustrada su esperanza fundada de celebrar el contrato.

Independientemente de cuál sea la posición más conveniente, o en ambos casos, se plantea de manera forzosa la cuestión de la ley aplicable a la relación de negocios en caso de que no se celebre el contrato definitivo.

Para resolver dicha circunstancia, se ha esbozado el principio de la *lex loci delicti*, la responsabilidad en causa es precontractual, el mismo que aún es objeto de muchas observaciones.

Con respecto a las circunstancias de vinculación en lo que se refiere a la ruptura de las relaciones preliminares, no hay una doctrina internacional uniforme, razón por la cual no es posible aceptar únicamente el principio de la *lex loci delicti*. Empero, este criterio origina algunas dificultades de orden práctico, cuando la acción (falta o culpa) se desenvuelve en dos o más países, o cuando tiene efectos en otros. Dichas dificultades exigen buscar una norma de conflicto más adecuada, particularmente para el caso de ruptura precontractual.

El criterio de la *lex loci delicti* significa que las acciones sobre daños deben ser fundamentadas sobre la base del Derecho del lugar donde ellas se produjeron.

El criterio de la ley local ha sido aceptado por algunos países, en tanto que otros, como es el caso de Alemania y los países anglosajones, han utilizado el criterio doble de *lex fori* y *lex loci*.

La distinción entre la doctrina tradicional y la moderna es que esta última supera la excesiva rigidez de los criterios de la *lex fori* o de la *lex loci*, como circunstancias de vinculación exclusiva.

La moderna teoría sostiene que la mejor técnica es la identificación del elemento de vinculación más apropiado a la situación en estudio.

El fenómeno de los actos y contratos preliminares es objeto de preocupación en el comercio internacional y no alcanza plena y uniforme explicación en el campo del Derecho Internacional Privado. En un extremo están aquellos que defienden el criterio de que un operador debe ser «astuto» y no razonable. En el otro, esa concepción es rechazada. La libertad de negociación constituye un principio; sin embargo, la tendencia es introducir dentro de esa libertad cierta limitación: la buena fe, que resulta como efecto moralizador del principio de libertad contractual. En este cuadro, es lógico reconocer que los operadores no se intimidan frente a las lagunas de sus Derechos internos, principalmente de su Derecho Internacional Privado, ni a las discusiones académicas sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Ellos están más bien preocupados en el intercambio de instrumentos preliminares y en las condiciones generales de compraventa, típicas figuras precontractuales que generan efectos jurídicos propios (Basso, 1994, p. 173).

Por ello es menester buscar otra conexión jurídica.

2.2. La conexión con el Derecho del Comercio Internacional

El proceso de internacionalización de las empresas, sobre todo a través de las exportaciones no tradicionales, de los países de tradición jurídica romano-germánica ha suscitado la búsqueda de una especialidad que considere las nuevas modalidades del comercio mundial.

Las naciones de América Latina, tanto como España, Portugal, Francia, Italia, Alemania y algunas ex colonias en el África y Asia, tienen un sistema jurídico basado en la ley, lo que confiere un valor secundario a las demás fuentes; agrupándose en torno al Derecho francés y con escasas variaciones, adoptan el Código Comercial francés (1807), después el Código alemán (1900) y el sistema jurídico franco-italiano. En cambio, en el sistema del *common law*, el Derecho se realiza y se fundamenta en los usos y costumbres, así como en la jurisprudencia.

En el sistema inglés, según el criterio del *proper law*, las obligaciones derivadas de los contratos están determinadas por la intención de las partes o por el juez si es que las mismas no hubieran sido expresamente manifestadas. Las decisiones uniformes y continuas de los jueces van formando las reglas de los contratos y pueden, *a posteriori*, servir de fundamento para aplicar, interpretar o resolver un litigio derivado de un contrato.

La dificultad de encontrar puntos de coincidencia para resolver los conflictos de leyes y ejecución o solución de litigios derivados de los contratos hizo buscar un punto de conexión que acercara el sistema del *common law* al del *civil law*.

El deseo de plasmar objetivamente las prácticas internacionales del comercio llevó a elaborar las líneas generales del Derecho del Comercio Internacional, como una forma de dar vestidura jurídica a los contratos. El antecedente más remoto es del año 1905, cuando los países escandinavos armonizaron una ley sobre la venta internacional que unificó sus criterios jurídicos (Bagge, 1957, p. 105). Posteriormente, se desarrolló una serie de proyectos sobre venta internacional de mercaderías, pero recién en 1962 se empezó a dar sustento doctrinario a esta naciente especialidad, durante el Coloquio de Londres (septiembre de 1962) convocado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas con el objeto de estudiar *a nova lex mercatoria*.

El fundamento de esta conexión está basado sustancialmente en que, siendo el contrato internacional una figura que rebasa cualquier jurisdicción nacional y, por tanto, tiene autonomía, se requiere una especialidad acorde con ese espacio internacional. Otro de los argumentos es que los usos y costumbres internacionales han sido, desde los inicios del comercio, considerados como normas de práctica e invocación constante. La *lex mercatoria* fue la que reguló los primeros documentos y medios de pago en el comercio mundial, como fue el uso de la letra de cambio, el cheque y los créditos documentarios, todos los cuales fueron creados por quienes tenían el comercio en sus manos, los fenicios, con el fin de agilizar las relaciones de intercambio con Oriente. Posteriormente, cuando los ingleses dominaron los mares y, en consecuencia, las diferentes rutas comerciales con el mundo, diseñaron nuevos modelos contractuales como el *charter party* para los contratos de fletamento y los seguros. Inclusive perfeccionaron el *joint adventure* para hacer fluido el intercambio sin barreras. Este último propósito, la rapidez comercial, sigue siendo la base del comercio.

Los propios códigos de comercio de América Latina no solo norman los actos o documentos de comercio nominados sino, también, todos aquellos que propicien un más rápido crecimiento de la intermediación, sancionando todo lo que lo entorpezca, aun con penas privativas de la libertad, como la estafa o el fraude para el caso de los cheques o para las quiebras dolosas.

Schmitthoff señala que las características que individualizan esta rama del Derecho son el reconocimiento de los diferentes regímenes legales nacionales, las convenciones y reglas internacionales de comercio exterior, la vigencia de la autonomía de la voluntad y, finalmente, los usos y costumbres comerciales internacionales (Schmitthoff, 1964, pp. 7 y ss.).

De esta manera, el Derecho del Comercio Internacional estaría conformado por los tratados o convenciones internacionales, las leyes de cada plaza y los usos y costumbres del comercio exterior. Sin embargo, también es bueno señalar que alguna corriente doctrinaria solo incide en los aspectos prácticos y usuales del comercio para avizorar la existencia de una denominada *nova lex mercatoria*, incompleta por cuanto privilegia únicamente los usos y costumbres, y perjudicial para América Latina por cuanto la margina, al no tener esta presencia significativa en el comercio mundial y no ser generadora por el limitado volumen de sus operaciones, de usos, prácticas y costumbres mercantiles.

El fortalecimiento indudable que cada vez más van adquiriendo conceptos como la igualdad entre las naciones y la libertad de comercio y de navegación pacífica, así como el resentimiento de la comunidad internacional ante actos de coerción económica, nos llevan a conjugar esfuerzos de armonización legislativa y jurídica, que no sean el predominio de un sistema jurídico sobre otro sino, más bien, un acercamiento entre esos sistemas en el que la regla escrita sea, a su vez, una fuente generadora de experiencias cuando se aplique al caso concreto.

La experiencia más reciente y resaltante es el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos de América, que introduce principios del *civil law* en su sistema jurídico.

Quienes explican y sostienen la realidad e importancia del Derecho del Comercio Internacional son René David (*Le droit du commerce international*); Ivon Loussouarn y Jean Denis Bredin (*Droit du Commerce International*); Philippe Kahn (*La vente commerciale internationale*), en sus primeros trabajos (1961); y Henry Lesguillons (*Droit et pratique du commerce international*). Los más interesantes argumentos sobre la autonomía de esta disciplina son los de Henry Lesguillons (*Droit et pratique du commerce international*), Kopelmanas, Lagergren y Bertold Goldman (*Frontières du Droit et lex mercatoria*). Asimismo, son importantes el aporte de Clive M. Schmitthoff (*The Unification of the Law of International Trade*); Nicholas Kasirer (*Lex - Icographie Mercatoria*) y Antoine Kassis (*Theorie generale des usages du commerce*).

En América Latina, los más resaltantes trabajos son los de Jorge Barrera Graf (*Hacia un Derecho Internacional del Comercio*), Roberto Mac Lean U. (*Derecho de Comercio Internacional*), Gilberto Boutin (*Del reconocimiento de la Lex Mercatoria*); y Celso Lafer («Comercio internacional: fórmulas jurídicas y realidades político-económicas»).

Barrera Graf señala que las convenciones, tratados, proyectos internacionales sobre materias del Derecho Comercial no solo han propiciado una reglamentación uniforme internacional, «sino también a vislumbrarse ya con toda claridad un derecho del comercio internacional cuyas bases y principios generales son admitidos en todo el mundo, independientemente de costumbres diferentes, de antagonismos políticos de oposición de sistemas económicos en boga» (Barrera Graf, 1965, p. 25).

Sin decirlo directamente, Eugenio Hernández-Bretón, desde la experiencia del derecho internacional privado, afirma que los contratos de comercio internacional bien pueden ser regulados o mantener materiales del derecho del comercio internacional (Hernández-Bretón, 2016, pp. 144-145).

En su libro *Fronteras del Derecho y la ley mercatoria*, Goldman (1964, p. 177) señala que así como la antigua *lex mercatoria* regulaba las relaciones contractuales de los gremios de comerciantes de la Edad Media, así estos gremios están elaborando nuevas reglas de conducta que nos llevan a hablar de una nueva rama del Derecho. Aun cuando reconoce que todo ello no es suficiente para admitir que alguna de estas normas sean realmente reglas generales de Derecho o reglas sobre contratos y no normas individuales vinculadas a una regla estatal con fuerza de ley y mucho menos para desconocer su autonomía como rama del Derecho, concepción tal vez discutible, considera que su fortalecimiento y consolidación son cada vez más crecientes.

Un elemento que algunos autores individualizan en los contratos internacionales es el técnico. George Ripert señala que hay un mecanismo ingenioso, más complejo que su consecuencia instrumental, que es el contrato, y que ese factor técnico, singular, está más estrechamente vinculado al Derecho Comercial (Ripert, 1967, p. 848). En efecto, en los contratos se aprecia, cada vez más, una consideración técnica en la formulación de la oferta, las especificaciones del objeto, la forma de expresarse, las condiciones financieras y la práctica internacional, que supera el conocimiento que de estos aspectos pueden tener los operadores. Luego, la formulación contractual demanda no solo el conocimiento jurídico o comercial sino también el técnico.

Cada vez más frecuentemente, las partes vinculadas a las transacciones internacionales utilizan formas estandarizadas, de acuerdo con las necesidades del comercio internacional. Se percibe nítidamente la tendencia generalizada a huir de los cánones normativos hasta hace poco vigentes. Aun cuando se debe admitir cierta vocación uniformadora, en la práctica cuando ocurre la circunstancia, como es el caso de las leyes uniformes fundadas en la Convención de La Haya, esos ordenamientos

convencionales tienen, normalmente, establecido que las lagunas sean suplidas, no por las leyes nacionales, sino, más bien, en conformidad con los principios generales, en los cuales la ley uniforme esté basada. Esos principios generales solamente pueden ser procurados por medio del método comparado (Strenger, 1986, p. 21).

El factor técnico no solo es singular del contrato internacional, sino que es válido y adquiere reconocimiento en la estructura jurídica de la figura a partir de la *lex mercatoria*. El sustento, entonces, de la conexión con el Derecho del Comercio Internacional o Derecho Internacional del Comercio es esa particularidad técnica que ha propiciado la producción de reglas y prácticas para elaborarlo, aplicarlo e interpretarlo. Se trata, en otras palabras, de una tipología de operaciones que se insertan en esta nueva rama del Derecho.

Los nuevos gremios de comerciantes internacionales han hecho sentir sus necesidades proponiendo soluciones jurídicas, que son aceptadas por los operadores internacionales por vía de folletos, manuales o mediante reglas prácticas y contratos tipo. Por ello, los contratos internacionales, al ser típicamente técnicos, demandan un ordenamiento *sui géneris* que es atendido por esta nueva disciplina.

Parece que la complejidad de los contratos internacionales ha impedido llegar a una solución clara, si la queremos explicar por una disciplina aún en formación. Los principios de esta nueva rama jurídica especializada posibilitan un conjunto de ideas básicas que pueden dar una explicación al número creciente de operaciones internacionales, pero aún no con buena nitidez para explicar los contratos. Sin embargo, son muchos los autores que, como Philippe Kahn, sostienen que la heterogeneidad de los contratos económicos internacionales constituye uno de los problemas más delicados que deben ser enfrentados actualmente por la teoría de la *lex mercatoria*.

Sin duda, la creación por parte de las Naciones Unidas de la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha motivado a muchos juristas, como Omar Olivera de Luna, a dar por existente el Derecho del Comercio Internacional y, partiendo de ello, solo dedicar atención a los acuerdos y tratados internacionales, así como a los usos y costumbres del comercio internacional. Sin embargo, la Comisión se dedicó, inicialmente, a estudiar todos los aspectos jurídicos del comercio internacional, así como acercar los diferentes sistemas jurídicos hacia metas de común entendimiento; ello no resta la acción del jurista, tendente a encontrar el sustento o no de esta rama del Derecho y averiguar si dentro de ella conviven los contratos internacionales. Por otro lado, hay una serie de prácticas y usos del comercio que regulan, en razón del acuerdo de las partes, los contratos, sin que ello sea consecuencia de una producción específica de los tratados o convenciones internacionales propuestos por la señalada Comisión de las Naciones Unidas.

2.3. La conexión con el Derecho de los Contratos

La dificultad de encuadrar los contratos en el ámbito del Derecho Internacional Privado o en el del nuevo Derecho del Comercio Internacional (o el Derecho Internacional del Comercio, como insistimos en llamarlo) —en el que podría existir más fácilmente, pese a tener limitaciones, pues los contratos se rigen por las costumbres o usos internacionales pero también por las leyes o el régimen legal de las partes para regular su validez o su ejecución—, nos lleva, no sin cierto temor por lo nuevo, a colocarlo dentro del campo del Derecho Internacional de los Contratos.

Las obligaciones y los contratos en general son tema de estudio del Derecho Civil, como del Derecho Comercial; por ello, el ordenamiento jurídico codificado de cada una de estas disciplinas los regula y, en algunos casos, los define. En América Latina hay uniformidad en diferenciar los contratos y en acudir de conjunto a todo el Derecho Privado para regular las distintas figuras contractuales, particularmente la de la compraventa, dando un carácter supletorio a la norma civil en cuanto a lo no previsto en la regla comercial. Sin embargo, ninguno de ellos trata de los contratos internacionales de comercio, por la obvia razón de que estos, para su ejecución, rebasan el espacio físico de la jurisdicción nacional y, como ya se ha dicho, se ha estimado que, por ello, constituyen tema del Derecho Internacional Privado.

En primer lugar, debemos hacer un deslinde teórico fundamental: el tema de los contratos internacionales de comercio es una sustancia especulativa, es un acto de intermediación que se realiza superando la esfera jurisdiccional de un Estado.

Los pocos juristas que han tratado el tema han querido ver el carácter internacional de estos contratos en el domicilio de los contratantes, el objeto del contrato o en ambos aspectos.

El criterio del domicilio de las partes es un tema gris en la doctrina contractual internacional, porque los diversos criterios nacionales lo definen de manera distinta o se refieren a él tangencialmente. Incluso la Convención de Viena de 1980, que regula la compraventa, en su art. 1 elude dicho término, optando por el criterio objetivo de «establecimiento».

Considerar un contrato como internacional cuando comporte la entrega de una mercancía en país distinto de aquel en que se encuentra en el momento de la conclusión del contrato, según lo entienden Justo Hernando Delgado y Enrique Guardiola Sacarrera (España), nos parece incompleto, pues una gran variedad de contratos internacionales se concluyen sin que haya una salida efectiva de un país (el exportador) y una entrada directa al del comprador (el importador). La triangulación es un conjunto de operaciones contractuales en el que una de las partes (el comprador) no recibe la mercancía, aunque compra, sino que esta va a otro mercado. Países que se han visto

afectados por algún bloqueo comercial han logrado superarlo a través de contratos internacionales de triangulación u operaciones de *countertrading*, en las que un comprador adquiere productos del país coaccionador para venderlos luego al bloqueado. Por otro lado, las compraventas que se efectúan en una zona franca hacia el mercado anfitrión no se comportan como salida efectiva de un país y entrada en otro; sin embargo, serían contratos internacionales no solo por el pago de aranceles e impuestos de importación sino porque, en algunos casos, se requiere autorización legal expresa.

Finalmente, el criterio mixto —es decir, basar el carácter internacional del contrato en el hecho de que los sujetos tengan su domicilio en Estados diferentes y, además, se produzca el traslado del producto de un país a otro— es más limitante aún; es la suma de las dos restricciones anteriores. Constreñir el contrato, o la compraventa internacional, al «[...] paso efectivo de mercaderías por las respectivas aduanas de salida y de entrada de los países de origen y destino de aquellas, y que tanto vendedor como comprador tengan en sus respectivos países establecimientos con suficiente autonomía jurídica para poder contratar y obligarse» (Guardiola Sacarrera, 1984, p.17), nos parece una forma en que se puede manifestar el contrato, pero que no ayuda a la conceptualización de una teoría de los contratos internacionales.

La figura de los contratos en general tiene una sólida y clara definición en la ciencia jurídica. Su modalidad *contratos internacionales* posee diferencias con respecto a aquello que, durante años, ha sido tema de interés de la teoría contractual, pero puede tener una mejor explicación unitaria y disciplinada si, siguiendo la tradición, invocamos la teoría general de los contratos. El contrato en general constituye la categoría jurídica más ampliamente divulgada y más reconocida del negocio jurídico, y cuenta con características que facilitan la construcción de una teoría unitaria y uniforme.

Por otro lado, el desarrollo del comercio ha introducido nuevos elementos a los contratos destinados a resolver fácilmente cualquier conflicto sin necesidad de acudir a la jurisdicción interna ni a los jueces nacionales, como son el arbitraje comercial internacional y, más específicamente, los mecanismos de seguridad y control que resuelven, desde el mismo contrato, cualquier incumplimiento obligacional. De este modo, la realidad económica ha enriquecido y ampliado los elementos contractuales permitiéndoles que, dentro del propio contrato, se resuelva cualquier conflicto, sin necesidad de acudir a la determinación de la ley aplicable ni menos del juez competente. El propio contrato se vale por sí solo y contiene sus propios mecanismos de solución de controversias, como son las garantías a primera solicitud y los créditos documentarios.

Si los contratos internacionales son una figura nueva, aún en formación y delimitación por la cada vez más rica variedad de aspectos y asuntos económicos, no sería conveniente darles un sustento científico, encajándolos en una disciplina nueva,

como es el Derecho del Comercio Internacional, cuyo nacimiento, con base en lo que se denomina la *nova lex mercatoria*, nos sugiere una rama original en el análisis jurídico, con algunas objeciones. Indudablemente, hay fundamento para sustentar una nueva disciplina, pero es peligroso conceptuar lo nuevo con lo reciente. «Hay que ser conservador con las cosas nuevas y liberal con las cosas conocidas», decía alguna vez monseñor Fulton Sheen.

Los mismos defensores de la condición generalizadora y totalizante del Derecho del Comercio Internacional encuentran dificultad de explicar muchos aspectos derivados de los actos del comercio, como son los contratos, ya que para ello se utilizan conceptos y categorías jurídicas de los contratos tal como fueron desarrollados para formarse y ejecutarse en territorios y soberanías específicas.

La teoría jurídica clásica analiza las construcciones de las diferentes instituciones y figuras por sus propios instrumentos, o sea analiza conceptos o reglas jurídicas por medio de otros conceptos o reglas; el contrato en cuanto concepto jurídico por sus propios elementos jurídicos, y estos elementos, a su vez, por el contrato en cuanto concepto jurídico, en cuanto construcción en un nivel superior. Sin embargo, este método —según E. Pachoukanis— se mostró defectuoso, ya que, si bien el contrato está basado en la libertad contractual como actividad ilimitada —salvo si la ley estipulare restricciones—, considerarlo del modo mencionado nos llevaría a admitir que bajo la teoría jurídica clásica, el contrato comprendería un Derecho privado y un Derecho público, un Derecho subjetivo y uno objetivo. «En lo que corresponde al contrato [...] la fuente de los derechos subjetivos que representa debe subordinarse al derecho objetivo, que personifica el Estado (algunas veces se sustenta lo contrario) a fin de que la libertad individual, que constituye la base y es su esencia, pueda ser ejercida sin dificultades, bajo la supervisión atenta e imparcial de ese actor desinteresado, mediador y unificador que es el Estado» (Stoyanovitch, 1968, p. 95). Pero cuando extrapolamos estas consideraciones a los contratos internacionales en cuanto acuerdos generados no solo con la intervención del individuo y del Estado sino de las transnacionales, los sistemas de cooperación internacional, los medios en que se expresa dicha voluntad y los medios financieros, se puede verificar que la teoría jurídica clásica sufre, necesariamente, algunas limitaciones para explicar este modelo, que presenta especificidades muy particulares que no han sido plenamente abordadas por la nueva rama del Derecho del Comercio Internacional o Derecho Internacional del Comercio.

Philippe Kahn, introductor del tema con su libro *La vente commerciale internationale*, replantea su posición hacia 1975 y advierte que subsisten las interrogantes fundamentales sobre la naturaleza del Derecho del Comercio Internacional, sobre todo de las instituciones nacidas de la práctica, permaneciendo el debate sobre

la verdadera originalidad de la disciplina (Kahn, 1975, pp. 173-174). Finalmente, asevera que sus defensores creen percibir en los contratos internacionales una riqueza que no encuentran en los códigos ni en la jurisprudencia.

Para explicar la conexión de esta figura dentro de la teoría general del contrato, debemos hacer alusión a tres cuestiones básicas: la estructura, la función y la eficacia.

En relación a la estructura, la doctrina predominante concibe los contratos como el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos prácticos tutelados por el Derecho. Hay dos expresiones: la voluntad y la declaración; la primera es la esencia misma del negocio, y la segunda, es la forma en que este se manifiesta. En efecto, los contratos internacionales —y en particular la compraventa— tienen estas dos situaciones: la propia voluntad, el ánimo de comprar y vender entre espacios y soberanías distintos; y luego la manera en que se expresa esa intencionalidad. Son dos situaciones fácilmente diferenciables, el *animus* que lleva a contratar y la expresión escrita o verbal en que se patentiza.

En lo referente a la función, la teoría contractual insiste en que no todo acto de voluntad significa negocio sino aquel que corresponde a una causa adecuada. Los contratos internacionales se formalizan porque siempre tienen una causa, un motivo: el propósito de reventa, el ánimo de lucrar. Ese es el factor adecuado, de modo que, si hay un acto de voluntad de transferir una mercancía sin esa causa, podrá ser un negocio dentro de la amplia acepción del término, pero no un contrato internacional. Dicho de otra manera, el contrato es un negocio causado o movido por la reventa y para la circulación trasfronteriza.

En cuanto a la cuestión de la eficacia, la doctrina concuerda en la configuración del contrato según el esquema lógico formal del supuesto del cual se sirve para la realización de los efectos requeridos por las partes, es decir, los elementos y consideraciones necesarios para que el acuerdo de voluntades sea viable. Así, los contratos internacionales trascienden y se realizan por la posibilidad legal que le permite la norma del lugar donde se celebran o donde se ejecutan, pero su misma existencia radica en el contenido legal de su formulación. El contrato es eficaz solo en cuanto es viable y no en cuanto mera expresión de voluntad.

La eficacia, afirma Irineu Strenger, corresponde al poder de la titularidad, del cual se proveen las partes contratantes para hacer valer sus derechos territorial o extraterritorialmente; es la fuerza jurídica de ejecución deducida de la forma y de la substancia de los ajustes convencionales. Así, el contrato internacional adquiere esa cualidad por el involucramiento de por los menos dos sistemas extraños entre sí y que podrán, en consecuencia, generar divergencias de calificación (Strenger, 1986, p. 27).

Históricamente, fue Bartolomeo de Sassoferrato quien formuló, en el *Codicem Justiniani Commentaria*, un doble sustento de los contratos en general, al afirmar

que es la ley del lugar donde el contrato es concluido la que resuelve las dudas surgidas del propio acuerdo, pero que, a su vez, la ley o leyes expresas o tácitamente estipuladas en el contrato resuelven los hechos posteriores.

Luego, los principios *lex loci contractus* y *lex stipulatione* son las bases de la eficacia contractual.

Como un contrato internacional se celebra siempre en un lugar cierto y determinado, con una jurisdicción y régimen legal, es natural que este sea el que resuelva la vida y ejecución del contrato; pero además, y si las partes así voluntariamente lo acuerdan, pueden expresar las leyes o regímenes que resuelvan otros hechos *a posteriori*, como sería el caso de la validez del financiamiento, tasa de interés vigente o tribunal al que compete resolver los futuros litigios.

Así, el contrato se ve limitado, en parte, por el régimen legal en el que se celebra. El acatamiento de la ley obligatoria es indispensable para dar eficacia jurídica al acuerdo; pero, igualmente, las partes pueden, en forma voluntaria, someterse a otras leyes o cláusulas e, incluso, omitir aquellas facultativas o supletorias.

Amílcar de Castro distingue autonomía de la voluntad del sometimiento voluntario: «Por la expresión autonomía de la voluntad, lo que se pretende afirmar es que las partes realizando sus contratos en el lugar donde normalmente acostumbran realizarlos, si el hecho fuera anormal, podrán escoger para apreciarlo, cualquier derecho con el que esté en referencia, nacional o extranjero» (1968, pp. 132-133).

En consecuencia, es necesario, no solo desde el punto de vista metodológico sino desde el ángulo del perfeccionamiento y divulgación de un mecanismo formal del comercio exterior, establecer una conexión con una disciplina jurídica ya desarrollada. Esa puede ser el Derecho de los Contratos Internacionales.

La primera objeción que tendría esta posición es que, existiendo una teoría general del acto jurídico, es ocioso referirse a un Derecho de los Contratos, pues aquella contempla la naturaleza de los contratos y los requisitos para su validez. Lo anterior es de alguna manera cierto y de otra incompleto.

El Derecho de los Contratos es el medio idóneo en el que puede vivir una operación comercial internacional, pues posibilita la rapidez del acuerdo de las partes y es lo suficientemente creativo y ágil para enfrentar el reto de una realidad que exige de transacciones rápidas y seguras no solo en el ámbito mercantil, que es el punto de nuestro interés, sino, inclusive en el de las transacciones civiles. La tendencia de la doctrina moderna es hacia la unidad de las obligaciones y contratos, y eso hace necesario un medio de explicación y sustento jurídico.

Mientras que el Derecho Internacional Privado se mueve dentro del conflicto de leyes, el Derecho de los Contratos Internacionales se articula a través de criterios generales que trascienden los diferentes sistemas jurídicos en aras a cierta

uniformidad universal. Las normas transnacionales, como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa, son más eficaces que el método que busca el derecho aplicable.

La fuerza de los fenómenos comerciales internacionales nos muestra una nueva realidad que no encuentra total explicación solo en los criterios del Derecho Internacional Privado y que exige admitir nuevas consideraciones como los principios generales del Derecho Internacional Privado y que demanda nuevas consideraciones como los principios generales del Derecho Internacional delineados en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Ha de encaminarse hacia un concepto amplio y omnicomprensivo del Derecho Mercantil y del Civil, que regule de manera uniforme la contratación, sea quienes fueren los que intervienen en ella. En este sentido, sería adecuado unificar toda la contratación en un texto legislativo único, en el que se incluyesen no solo todos los contratos sino, también, las operaciones de carácter obligacional, con prescindencia de la calidad de las partes, ya que las relaciones económicas se entremezclan cada día más con aquellas que antes veíamos como puramente civiles.

En efecto, la nota especulativa que caracteriza en forma prístina los contratos mercantiles se está extendiendo rápidamente a ser práctica diaria dentro de los actos civiles. La inflación y la devaluación llevan a todos, sin excepción, a ingresar al mundo de la especulación. El ama de casa, el trabajador común, hacen operaciones especulativas, compran moneda fuerte y luego esperan el alza para revenderla. El ciudadano común empieza a adquirir bienes y equipos cuando se congelan los precios; asume obligaciones a tasas congeladas, y luego busca pagarlas con la moneda con que se protegió de la devaluación. En fin, es práctica de estos días actuar dentro del imperio del *animus lucrandi*. Por ello, en períodos de inflación crece el sector financiero, se debilita el productivo y ganan los importadores, cuando no los contrabandistas.

Luiz Olavo Baptista desarrolla la cuestión de la existencia de los contratos internacionales y, de manera indirecta, llega a la conclusión de que tienen autonomía, pues su objeto lo lleva a convivir dentro de varias soberanías y regímenes jurídicos. El profesor de la Universidad de São Paulo señala que, así como no se puede llegar a negar la presencia de los contratos internacionales, tampoco se puede llegar a sustraer el contrato a las leyes nacionales imaginando un Derecho transnacional, la *new merchant law* o *nova lex mercatoria*, cuyo manto protector permita la vivencia del contrato. «La verdad es que ninguna de las posiciones extremas, como suele acontecer siempre en las ciencias humanas, está con la razón». Luego afirma que existen diversos elementos (1980, p. 89), siendo el objeto del contrato el que lo convierte en internacional al transitar a través de diversos sistemas, y mereciendo su contenido distintos tratamientos fiscales, diferentes obligaciones —como la responsabilidad

del fabricante, de forma del contrato, de capacidad de las partes— y ello es una vinculación del contrato a términos de la teoría contractual, ya que no solo lo relaciona con el Derecho del Comercio Internacional, sino que, además, le niega razón a la existencia del contrato. Por otro lado, tampoco se inclina a conectarlo con el Derecho Internacional Privado, pues el conflicto solo es una posibilidad en la vida de un contrato, pero no lo lleva a la condición de conflicto de leyes.

Aun cuando no lo menciona de manera expresa, el profesor Irineu Stranger se inclina por una existencia autónoma de los contratos internacionales, desvinculada de las especializaciones conocidas y más cercana a las actividades operacionales del comercio internacional: «Desprenderse de esa convicción que los contratos internacionales no son una especialización del derecho, mas sí una profesionalización de las actividades comerciales. Vale decir que los contratos internacionales reflejan la voluntad negocial, con preponderancia sobre los estereotipos jurídicos» (1986, p. 18). De esa manera, estima que la propia estructura del contrato y los hechos que busca armonizar superan cualquier conexión con las ramas del Derecho, cuando señala: «Los contratos internacionales trascienden los límites estrictos del Derecho, para convertirse en instrumento multidisciplinario, en forma de sintetizaciones oriundas de un proceso de complementariedad» (1986, p. 18).

En 1950, Quintín Alfonsín reclamaba la implantación de un Código Internacional de los Contratos elaborado en función de las necesidades del *commercium* internacional, pero no con la elección de una ley nacional, pues siempre sería doméstico. El internacionalista uruguayo pretendía con ello separar el contrato internacional del intrincado campo del conflicto de leyes en el que siempre caía para colocarlo dentro de un esquema jurídico extra nacional, es decir, para asignarle un orden jurídico distinto de aquel en el cual se centra todo el Derecho Internacional Privado.

De esa manera, el orden jurídico internacional establecería —a través de los convenios o tratados e, incluso, del reconocimiento de ciertas costumbres internacionales— un régimen que armonice los intereses de los contratantes con los del comercio internacional.

Si lo que se pretende es concordar criterios en el comercio internacional cuando las operaciones se realizan dentro de sistemas distintos —como el romanístico o el del *common law*—, es mejor establecer la conexión con el Derecho de los Contratos que con el Derecho Internacional Privado, que para el sistema anglosajón deviene en una cuestión de *conflict of law*, con lo que se diferencia del Derecho Internacional Privado, tal como se entiende entre los países de tradición latina.

Tenemos que admitir que la corriente más numerosa, y en muchos casos de juristas notables, se inclina por reconocer que el Derecho del Comercio Internacional es la rama especializada que regula toda la actividad jurídico-comercial internacional y,

por ende, los contratos. La razón es que el comercio moderno, después de la Segunda Guerra Mundial, se desarrolla sustancialmente entre los países bajo el sistema de *common law*, que se basa en la costumbre, la jurisprudencia como fuente generadora de Derecho y la práctica comercial. Es indudable que en esas latitudes haya encontrado medio propicio el desenvolvimiento de esta rama, cuyas fuentes son, precisamente, los usos y costumbres de los comerciantes; los contratos tipo elaborados totalmente por los compradores de *commodities*; ciertos principios comunes a un grupo de países, como el ejercicio de prácticas desleales conocidas como *dumping* y subsidios, la teoría del *hardship*, la práctica operacional y las modalidades nacientes en las exportaciones de tecnología. Es natural y hasta justificable, entonces, que en los países industrializados fuera tomando cuerpo esta disciplina que, más tarde, recibe la presencia de algunos países del Asia, como el Japón, en su afán de penetrar en los mercados de Europa Occidental y de Estados Unidos de América, ya que ellos representan el porcentaje más importante del comercio mundial. La significativa presencia en el intercambio de bienes y servicios genera, obviamente, la mayor frecuencia en la práctica y la consolidación de ciertos usos de cada una de las plazas comerciales de dichas latitudes. Una fuerte corriente doctrinaria fue, entonces, dando cuerpo al Derecho del Comercio Internacional o Derecho Internacional del Comercio y, posteriormente, vinculó los contratos a esta disciplina, en la que es más fácil su explicación.

Por su parte, los países del sistema de *civil law*, con una fuerte tendencia al Derecho escrito, encontraron en el Derecho Internacional Privado el campo doctrinario dentro del cual podría hallar explicación y sentido el tema de los contratos. Dado que existe una fuerte tradición de internacionalistas y que la solución de conflictos de un contrato derivaba en un análisis de determinación del Derecho aplicable, surgió la necesidad de recurrir a asesores y abogados para formular los contratos, que en mayor número se presentaban en los países en desarrollo volcados «hacia fuera» para colocar sus mercaderías; por ello, estos acudieron a las líneas sólidas del Derecho Internacional Privado, para darles pleno contenido y seguridad jurídica. Las bases del *jus gentium* se convierten en el sustento y explicación de estas figuras.

Otra razón que explica la existencia de estos distintos enfoques es el contraste de los precedentes entre el espíritu del jurista del *common law*, que desconfía de las abstracciones, y el jurista latino, que juega basado en abstracciones y presunciones, considerando que el Derecho no puede existir sin reglas generales.

Desde que la Glosa de Acursio (1228) sugirió un tratamiento respetuoso en presencia de casos privados, que contienen una norma individual, se concluyó que el Derecho Internacional Privado, nacido de dicho comentario, vincula los contratos dándoles una explicación como casos individuales. Ahora, los principios

de la disciplina cultivados por los juristas de América Latina han sido aplicados a los contratos internacionales. Sin embargo, esta tendencia es reciente, pues los actuales tratados de Derecho Internacional Privado traen escasa o ninguna referencia al tema de los contratos internacionales. Excepto el libro de Gerardo Monroy Cabra *Derecho Internacional Privado* y el trabajo de Quintín Alfonsín *Régimen internacional de los contratos*, las referencias son aisladas, pues se ha dado preferente atención a asuntos como el domicilio, la residencia, el matrimonio, la forma de los actos jurídicos, la patria potestad y la sucesión hereditaria.

Dos enfoques diferentes: por ejemplo, el Derecho Internacional Privado generalmente aplica a los contratos civiles la ley del lugar donde deben cumplirse, siguiendo así la doctrina de Savigny, en tanto que la doctrina anglosajona da preferencia al Derecho del lugar de celebración. Estas dos corrientes son aplicables en razón del sistema jurídico vigente en los países que buscan un contenido teórico a las nuevas figuras, de la mayor frecuencia de las operaciones comerciales internacionales, del dominio del mercado internacional y, obviamente, de las más desarrolladas escuelas de Derecho.

Incluso las propias expresiones clausulares son diferentes según el sistema jurídico. El término *fuera mayor*, de concepción romanística, no tiene equivalente perfecto en el sistema anglosajón, que acuña otras expresiones como *imprevisión* o *frustración*, que tampoco son equivalentes entre sí y que derivan en el uso más frecuente del término *causas de exoneración de responsabilidad contractual*.

Este distinto enfoque derivado de diferentes sistemas jurídicos no puede ser una expresión más del conflicto norte-sur, sino que se debe buscar una vinculación más estrecha en un mundo interdependiente, sin renunciar ni alterar nuestra cultura y, en consecuencia, los propios sistemas jurídicos, pues no solo sería impracticable, sino que, además, acarrearía un enfrentamiento cultural radical. Creemos que esa vinculación consiste más en conectar el tema de nuestro estudio al área de la teoría general de los contratos, que tiene aceptación y tradición en los dos sistemas, pues tanto la libertad contractual como la teoría del riesgo caben y conviven felizmente tanto en el sistema del *common law* como en el latino.

El asentimiento, bajo el sistema del *common law*, es tradicionalmente determinado y se puede entender preguntando si un hombre razonable, en la posición de una de las partes, sería dirigido a creer en las palabras y la conducta de la otra parte con la que él ha convenido. Algunas veces, esta es una pregunta de hecho y otras es una cuestión de derecho (Calamari & Perillo, 1983, pp. 1 y ss.). En otras palabras, el contrato se estructura sobre la base de la buena fe, tal como ocurre en nuestro sistema jurídico, pero con mayor énfasis.

De igual manera, las reglas del Derecho consuetudinario ortodoxo, en lo que se refiere a las obligaciones del ofertante, en la relación contractual, han sufrido sustanciales cambios en las reglas del *Uniform Commercial Code* (UCC) y la *Restatement II*, acercándose a la práctica latinoamericana.

El conflicto de leyes tiene como supuesto ineludible la coexistencia de preceptos legales relativos a los mismos hechos, pero pertenecientes a sistemas jurídicos que, en principio, poseen ámbitos especiales y de vigencia distinta. Sin embargo, en el caso de convenios y obligaciones internacionales no existen normas que regulen dichos hechos; en la mayoría de los casos hay un vacío de normas, y si existen recomendaciones o pautas emitidas por entidades del comercio internacional, estas carecen de efecto legal, pues no hay un elemento coactivo.

Existe, pues, dificultad en determinar cuál es la norma jurídica competente para regir una relación contractual, debido a que no hay una norma jurídica superior de la cual derive la aplicable, así como no existe un tribunal supranacional.

No hay razón para sustraer un contrato internacional —que al fin y al cabo es un acuerdo de voluntades que establece obligaciones recíprocas— de su medio natural: el Derecho de los Contratos Internacionales. Es claro que en el campo del comercio internacional se reconocen la costumbre y los usos mercantiles como fuente reguladora, pero ello no aleja al contrato del marco referencial de análisis; en todo caso, sería lo singular de la figura, pero de ninguna manera su limitación.

La teoría general del contrato es un tema plenamente entendible y con fuerte tradición en los dos grandes sistemas jurídicos. Si admitimos que el mundo, en permanente interdependencia, ha de vincularse antes que distanciarse, que los actos comerciales con ropaje jurídico han de propiciar relaciones legales permanentes, hay que entender la figura contractual dentro de una especialidad aceptada y comprendida por ambos sistemas. Fue así también la tradición de los primeros internacionalistas americanos, cuando Bolívar propuso la conveniencia de preparar un *Código de jentes Americano que no choque con las costumbres europeas*, tarea que se encargó a los célebres juristas peruanos Manuel Pérez de Tudela y Manuel Lorenzo de Vidaurre. De esta manera, se trataba de establecer un puente jurídico que uniera los dos sistemas a través del comercio internacional.

Por otro lado, el reconocimiento de la vinculación de esta figura dentro de la teoría general del contrato no impide que otras disciplinas aporten su técnica y estructura para precisar las obligaciones jurídicas. Así, el Derecho Internacional Privado siempre será un medio para determinar la ley o jurisdicción aplicable, en tanto que el Derecho Internacional del Comercio lo ha de ser para precisar o reconocer la costumbre válida en las relaciones comerciales internacionales.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La doctrina, la jurisprudencia y la legislación internacionales han intentado avizorar, a través de las convenciones, un concepto de contrato internacional, aunque la legislación internacional siempre ha esquivado su tratamiento.

Los primeros aportes vienen de la doctrina francesa, desde que Henry Batiffol los llamó «contratos de efectos internacionales» y los conceptuó como todo negocio que tuviera un elemento extranjero, cualquiera que sea este. En tanto que la jurisprudencia abordó el asunto hacia 1927 en el célebre caso *Pellissier du Besset*, en el que la Corte de Casación francesa, sobre la base del criterio del procurador general Matter, señaló, en su sentencia del 17 de mayo de 1927, que el flujo y reflujo de dinero a través de las fronteras configuraba un contrato internacional y no el de la nacionalidad de las partes porque «[...] esta noción es simplista, evidentemente errónea, está actualmente abandonada y se vincula más respecto a la naturaleza de la convención y a las consecuencias que ella genera sobre dos países diferentes. Para ser clasificado así es necesario que el contrato produzca un movimiento de flujo y reflujo a través de las fronteras, y consecuencias recíprocas en un país y otro».

Un contrato internacional de comercio es un acuerdo libre de voluntades, a título oneroso, destinado a transferir bienes, servicios o tecnologías entre sujetos con establecimientos en Estados diferentes, que realicen una tradición de dichas especies o derechos del territorio de un Estado al territorio de otro; que pacten desde Estados diferentes; o que la tradición se ejecute en territorio distinto de aquel de donde surgió la obligación.

La nacionalidad es irrelevante, como lo es también la naturaleza civil o comercial de las partes. Son notas distintas, pues en un contrato civil es fundamental la naturaleza de los sujetos, como lo es el estatuto de la nacionalidad para el ámbito del Derecho Internacional Privado.

La CNUDMI ha rechazado de manera consistente el tema de la nacionalidad de las partes cuando se ha tratado de la compraventa internacional con el fin de mantener criterios objetivos que permitan una más clara apreciación de los contratantes, sean estos sujetos de diferentes sistemas jurídicos.

Otra consideración es el carácter estrictamente económico de la relación jurídica. Hay un interés de lucro, ya que el contrato internacional se desenvuelve en el mundo del comercio. Aquí es donde encontramos otra zona de discusión académica, pues una concepción muy desarrollada señala que el contrato puede tener un contenido jurídico patrimonial o resolverse en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

Los contratos internacionales tienen elementos esenciales comunes por su propia condición de contratos. Ellos son los siguientes: el consentimiento, la causa y el objeto. Como se dijo, el acuerdo libre de voluntades o la libertad contractual es la piedra angular de la contratación. El consentimiento libremente expresado caracteriza todos los negocios comerciales internacionales. Es el poder de las partes para establecer mutuamente reglas en el campo de las relaciones comerciales. Esta facultad es reconocida por todos los ordenamientos jurídicos, toda vez que los sujetos están actuando en ámbitos alejados de la acción de la ley y en situaciones novedosas. En mérito de este reconocimiento, los sujetos pueden determinar libremente el contenido de los contratos regulados por la ley o crear la estructura negocial de las operaciones comerciales aún innominadas.

Hay una voluntad claramente expresada y dirigida a una persona cierta que ofrece transmitir o adquirir una mercancía y regular o modificar una situación jurídica preexistente o extinguirla. Cuando esta expresión reúne determinados requisitos identificando el bien, el precio y la cantidad, se denomina oferta, siempre y cuando manifieste de un modo indubitable su voluntad de contratar. La expresión de dichas voluntades, cuando se orientan hacia un mismo objetivo patrimonial, constituye un contrato sea dentro del ámbito de un país o transponiendo las fronteras hacia establecimientos diferentes, en cuyo caso tiene carácter internacional. Pero en ambos casos, por ser contrato parten de un consenso.

La causa contractual es siempre patrimonial, hay un *animus lucrandi* que motiva este tipo de operaciones mercantiles. Esa es la nota distintiva de los contratos comerciales internacionales y la que los hace dinámicos, pues la causa económica propicia una serie de modalidades y construcciones contractuales según las condiciones económicas, las contingencias de los regímenes legales dentro de los que actúa y las innovaciones tecnológicas y comerciales.

El objeto de los contratos internacionales es transferir bienes o servicios de un establecimiento a otro, hecho que significa recorrer regímenes económicos, políticos y jurídicos distintos, además de costumbres y prácticas comerciales muchas veces disímiles. El Código Civil del Perú (art. 1402) legisla el objeto del contrato propiamente dicho, así como la prestación materia de la obligación creada por el contrato.

Como toda figura jurídica, los contratos internacionales, requieren, además, de determinados principios básicos que permitan su explicación e interpretación dentro de realidades culturales y económicas distintas. Son pautas destinadas a entender este nuevo contrato que desborda las fronteras. Por ello algunos, como Emmanuel Gaillard (2010, pp. 63-64), las denominan métodos pues dan preferencia a los criterios generales y universales sobre aquel otro con un particularismo más parroquial. Estos principios no son aislados sino que conforman una estructura

que tiene una visión internacional distinta de la local, propia de los contratos domésticos. Razón por la cual estimamos deben ser llamados «principios generales de contratación internacional» pues tienen un contenido muy diferente al de los «principios generales» en sí que efectivamente es una enumeración de reglas jurídicas que deja todo acto o negocio jurídico al libre juego de los actores propiciando que aquel con mayor poder influya, cuando no imponga, sus propios intereses.

Estos principios básicos de la contratación comercial internacional son, en primer lugar, su internacionalidad, es decir, su sentido extrafronterizo que busca acercar a ofertantes y destinatarios; luego la buena fe, el compromiso de las partes, la intención y propósito de las partes, la intención y propósito de las partes y la mayor responsabilidad en razón de la especialidad. Una prueba de que estos principios no se pierden en la generalidad gaseosa, es que precisan cada situación. Así, por ejemplo, la buena fe no solo es un criterio ampuloso sino una orientación particular al hecho concreto como la buena fe al momento de la celebración del contrato, su ejecución y en la interpretación. Igualmente, la teoría de la imprevisión consagra un criterio particular especial más preciso que solo los principios de fuerza mayor o del caso fortuito. También los principios de lealtad en la ejecución contractual.

Así, el contrato internacional es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, en el cual uno de ellos se obliga a transferir un bien, servicio o conocimiento y otro a pagar el precio, siendo que la realización de tal acuerdo será entre personas naturales o jurídicas con establecimientos en Estados diferentes y regulado por principios generales de interpretación.

Esta definición encuentra dificultad en explicar la venta de cosas futuras, sobre todo en la hipótesis de algo que se va a fabricar. Así, si acudimos a la legislación extranjera para buscar una explicación observaremos que ciertos Derechos ven en ello un contrato de empresa, como en el caso del Derecho suizo; otros, una venta de cosa futura, como el Derecho francés. Finalmente, la Ley Uniforme sobre Venta Internacional (LUVI) lo consideró igual que la venta de una cosa cierta.

4. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Desde que Dumoulin, en el siglo XVI, desarrolló el principio de la «voluntad individual», si bien no como un análisis de los contratos sino, más bien, para dilucidar un problema de sociedad conyugal de bienes, su aplicabilidad o discusión frente a las obligaciones contractuales ha sido apreciada con interés indismayable.

Le cabe al Derecho Internacional Privado haber desarrollado esta teoría de manera más profunda en el caso de las obligaciones contractuales. Esa reflexión es válida para todos los contratos, sean civiles o comerciales.

La voluntad de las partes hace iniciar una negociación y luego establecer las obligaciones y derechos en un contrato. Es una manifestación que día a día se repite en todas partes del mundo. La tendencia territorialista en el pensamiento latinoamericano se resiste a admitir este principio; luego, su contenido merece ser auscultado, toda vez que los contratos internacionales tienen a sustraerse de la ley y afincarse más en la libre voluntad de las partes.

La discusión de la autonomía de la voluntad alcanza al tema de los contratos internacionales por la disponibilidad de que, en reconocimiento y uso de dicho principio, las partes pueden elegir libremente la legislación aplicable al contrato.

Así las cosas, como en todo el discurso jurídico, se dan dos posiciones: la primera, que reserva a la voluntad de las partes la plena y absoluta decisión de formular un contrato internacional con vida aislada de cualquier norma o ley de una soberanía determinada o bien eligiendo la ley que más les agrade, excluyendo, en consecuencia, a los contratos del ámbito de los conflictos de leyes; y la segunda, que reconoce que todo contrato tiene una ley y una norma de las que parte, no pudiendo existir una obligación internacional que no esté ligada a determinado sistema jurídico.

De esa manera, se puede entender como autonomía de la voluntad, considerando al sujeto de la relación, por ser tal, el generador de normas jurídicas *ab initio*. Este, de por sí, es fuente original del Derecho, pero también puede entenderse que la voluntad del sujeto es una fuente derivada que puede crear reglas solo y en cuanto una ley primera la faculta o la habilita para dicha creación.

4.1. La supremacía de la autonomía de la voluntad

Con fundamentos en el liberalismo económico, se sostiene que si son las partes las que ponen en riesgo sus recursos e inversiones, son ellas las que libremente pueden pactar en un contrato comercial internacional, sin más límite que el orden público internacional, el respeto a los valores nacionales y la moral pública. De esa manera, resulta artificial someter a la ley de un Estado cualquier contrato internacional.

Toda ley es fruto de una realidad y una experiencia circunscrita a un espacio determinado. Luego, así como la mercadotecnia doméstica no puede aplicarse o no es extrapolable para diseñar un sistema de *marketing* internacional, tampoco la ley puede aplicarse a un contrato que vive más allá del espacio nacional, pues la norma no ha tenido en consideración las relaciones comerciales internacionales.

Asimismo, las partes pueden redactar un contrato con innumerables detalles a fin de que en él se encuentren todas las estipulaciones para que la convención se realice bien. La práctica también nos ilustra a través de los contratos de financiamiento celebrados por distintos países de América Latina con empresas extranjeras, en los que se escoge la ley del Estado o la del país donde está domiciliada la empresa.

Es natural que ambos tengan temores fundados, ya que el Estado puede modificar su propia legislación y obtener ventajas, pero la empresa y su Estado también pueden ejercer una presión económica considerable. De esa manera, aparecen con alguna frecuencia contratos que no designan la ley a la cual se someten. Esta última consideración, la ausencia de una ley explícita o la sustracción de la aplicación de toda ley, es la que debe merecer nuestra atención para, a partir de ella, apreciar la dimensión de la concepción absoluta de la autonomía de la voluntad.

Esta doctrina está arraigada entre los países del *common law*, así como en los signatarios del Tratado de Roma, siendo regla básica, casi con carácter de apotegma, de conflicto de leyes, en todos esos países. Olé Lando sentencia que la autonomía de la voluntad es un principio general de Derecho reconocido por las naciones civilizadas (1984, p. 144).

En verdad, algunos juristas omiten todo análisis sobre el asunto, asumiendo *a priori* que el principio de la autonomía de la voluntad es un axioma jurídico que hay que aceptar como tal, pues su condición perjudicaría la existencia del Derecho. Otro segmento de estudiosos parte de la aceptación universal según la cual el asunto ha creado adeptos desde los trabajos de Saliceto y Dumoulin, y, en consecuencia, hay una convicción generalizada de su existencia.

Se invoca la tradición como la razón más poderosa para aceptar el principio y enfrentar cualquier crítica. La continuidad histórica es el sustento. Wiggy dice: «Cualquiera sea el valor de las objeciones cabe preguntarse si es posible alterar un principio tan antiguo y universalmente establecido [...] La regla de autonomía, en efecto, es observada en todos los estados del mundo. Quizá constituya un error, pero es un error común a todas las jurisprudencias de todos los países: ¡ventaja rara y preciosa!» (1933, p. 677).

Sin embargo, la corriente más moderna que fundamenta la supremacía de la autonomía de la voluntad gira su argumentación en cuanto a la selección de la ley o régimen jurídico que ha de gobernar el contrato. Así, sus argumentos son los siguientes:

- a) El principio de la autonomía de la voluntad se basa en un Derecho inherente a la propia naturaleza humana. En otras palabras las partes pueden escoger la ley del contrato porque son libres y, en consecuencia, pueden elegir, entre diferentes medios o reglas, aquellos que concuerden con sus fines e intereses específicos.
- b) La supremacía de la autonomía de la voluntad se basa en el derecho de la libre contratación dispuesto por cada régimen jurídico nacional.

La misma formación de los contratos mercantiles internacionales parte de un supuesto básico: la condición de su validez. Esta se encuentra respaldada en el Derecho interno, es decir, en el Derecho nacional en el que se forma o se origina

el contrato, lo que significa que las partes deben ceñirse a determinados requisitos o condiciones que son establecidos por la ley nacional. Si bien es cierto que el principio del libre consentimiento es el sustento o la piedra angular del contrato, no significa que ello sea extensivo e irrestricto a todas las obligaciones a las cuales las partes deban someterse. La selección y opción de la ley aplicable exige el cumplimiento de los requisitos que la norma optada dispone para determinados negocios jurídicos. En consecuencia, el contrato termina por ser la expresión de un acuerdo de voluntades manifestado dentro de los límites que el propio régimen jurídico establece, para que esa misma libre expresión tenga sentido y real vigencia. Sin embargo, el traslado de lo convenido a otro ordenamiento lleva a colocar el acuerdo ante nuevas condiciones, formas y categorías, con lo cual surge la duda, cuando no la confrontación, de si lo válido en el primer ordenamiento lo sigue siendo en otro.

La totalidad del Derecho positivo latinoamericano establece que las personas tienen el derecho de libre contratación.

El reconocimiento de dicha libertad posibilita la configuración, por ejemplo, el art. 1495 del Código Civil del Perú, según el cual el adquirente queda obligado, en caso de evicción, a devolver el valor del bien al momento en que se transfirió y a pagar los intereses, los frutos y aun las costas del juicio y los gastos contractuales. De esa manera, si se suscitara alguna controversia, la administración de justicia de cualquier Estado, en mérito al documento contractual, respetará la voluntad de las partes y aplicará la cláusula para liquidar lo que corresponda.

Otra forma es referirse de manera general a una legislación determinada sin mencionar la norma o *lex* es, por ejemplo, establecer una cláusula que diga: «Con respecto al saneamiento, se regirá el contrato por la legislación mexicana»; entonces el juez, sea del Estado que sea, deberá respetar la voluntad de las partes expresada en esa remisión y liquidar la deuda aplicando la legislación invocada. La elección de una ley, en efecto, equivale a una redacción explícita: es un medio de llenar las lagunas del contrato sin transcribir en él todos los artículos de la ley. De esa manera, la elección de una ley es una manifestación de la supremacía de la autonomía de la voluntad de que gozan las partes (Alfonsín, 1950, p. 19).

- c) El principio de la supremacía de la autonomía de la voluntad se basa en el beneficio que le reporta el comercio internacional.

Este fundamento, al contrario de los dos anteriores, deriva de una razón práctica: el comercio internacional tiene una serie de características, exigencias y manifestaciones que son altamente desconocidas por las leyes nacionales. En efecto, el proceso comercial que se desenvuelve entre los límites físicos de una jurisdicción

posee distintas manifestaciones y tolerancias que aquel que rebasa las fronteras, como el caso de la transmisión del riesgo, la forma de pago, la tributación, la pérdida de la cosa en un espacio físico distinto del lugar de venta y las cláusulas de exoneración. Ese conocimiento empírico del comercio internacional justifica que las partes establezcan libremente los términos del contrato, pues nada de ello ha sido previsto por la norma ni por la práctica doméstica. De esa manera, las contrapartes pueden construir las figuras contractuales que crean conveniente a la circunstancia y a sus intereses, con lo cual el contrato internacional tendrá un régimen amplio y original, en lugar del rígido y nominado de un código de comercio.

Sin duda, esta argumentación es la más sólida para referirse a la soberanía de la autonomía de la voluntad dentro de la teoría de la contratación internacional, pues está basada en un hecho real y práctico, y es que las leyes nacionales, los códigos domésticos, justamente por ser nacionales, no contemplan las situaciones externas; luego, no constituyen el instrumento jurídico más adecuado para regir un contrato internacional.

Como toda relación jurídica busca la estabilidad, y esta no puede ser proporcionada por las leyes nacionales, que solo legislan o se generan sobre la base de costumbres nacionales o de un mercado nacional, no pudiendo extenderse hacia otros mercados con costumbres diferentes, hay que dejar, entonces, a las partes, que sí conocen las costumbres de cada una de sus plazas o aquella en la que desean actuar, que elaboren sus propias reglas de conducta y de interrelación a través de la formulación clausular.

Esta fundamentación es la más razonable y la que pueda dar base para elaborar una teoría jurídica de la contratación internacional.

Sin embargo, algunos autores como Alfonsín señalan que la libre elección de las partes no demuestra ser el medio para obtener un régimen adecuado y estable.

El temor de que las partes por sí solas puedan establecer libremente la forma contractual y aun el régimen jurídico al que han de quedar constreñidas ha motivado que las críticas vengan más del lado del Derecho Internacional Privado que de los contractualistas o de los comercialistas. Incluso se ha señalado que admitir esta argumentación originaría una anarquía jurídica, pero a lo mejor se lograría una coincidencia de la doctrina y de los operadores involucrados, al establecer determinadas líneas comunes de entendimiento y delimitación de los distintos negocios jurídicos que el ritmo económico del mundo exige. El trueque es una vieja modalidad comercial, pero sus variantes modernas (*barter*, *basket of goods*, *counterpurchase*) exigen instrumentos jurídicos antes inimaginados.

4.2. La limitación de la voluntad y la libertad contractual

La autonomía de la voluntad ha merecido, a la par de defensores, grandes críticos. Niboyet afirma que esta doctrina, considerada como el poder de escoger la ley competente, no existe (1927, p. 7).

Quintín Alfonsín concluye: «La teoría de la autonomía de la voluntad carece de fundamento irrefutable» (1950, p. 26). El autor uruguayo cuestiona el subjetivismo absoluto sobre el que se construye el principio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, la soberanía de la autonomía de la voluntad contiene contradicciones y críticas que no pueden absolverse con nitidez y que ha llevado a plantear su regulación incluso a través de la intervención del poder jurisdiccional.

4.2.1. Observaciones a la soberanía de la autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía se basa en la libre elección que tienen los individuos para elegir, independientemente, una norma específica, incluso por encima de cualquier prohibición, de tal manera que las partes puedan optar, sin límites, por la legislación que más les convenga. Es más, si se lleva a extremos subjetivos, las partes pueden adoptar parcialmente una legislación, desestimar otra, combinar varias legislaciones o incluso diseñar las propias para cada situación, tanto en el ámbito sustantivo como en el procedimental como es el caso del arbitraje mercantil.

Esta concepción podría admitir un contrato internacional sin ninguna ley específica, enmarcado en un acuerdo de voluntades en el que los sujetos determinan sus propias reglas para una ocasión típica y que pueden bien no ser válidas para otro contrato similar.

Por otro lado, se ha dicho que las partes son libres de estipular las condiciones, obligaciones, plazo y caducidad de los contratos; pero esa libertad es ejercida en mérito de una norma que posibilita su conducta. Los sujetos actúan porque hay una norma que les confiere dicho derecho. El inc. 14 del art. 2 de la Constitución del Perú reconoce el derecho «[a] contratar con fines lícitos», concibiendo una libertad tan amplia que es posible pactar contra la ley; pero acto seguido el numeral indica «[...] siempre que no se contravengan leyes de orden público». Las partes, entonces, gozan de autonomía para contratar porque hay una norma que así lo reconoce y permite. La autonomía soberana de la voluntad para crear un contrato depende, entonces, de la ley que lo posibilite, no de la voluntad libérrima de los sujetos; es la ley, peruana en este caso, la que permite que los contratantes configuren sus obligaciones y la que fija los límites de esa conducta. Finalmente, es en los marcos de dicha norma que se han de interpretar o aclarar las dudas contractuales.

Los límites del orden público son también difíciles de entender, ya que no es posible utilizar métodos analógicos y criterios aproximativos, pues cada Estado establece su orden público y los tratados internacionales no tienen, por sí solos, la fuerza del *ius imperium*. La dificultad es mayor cuando se debe distinguir el orden público interno del orden público internacional y cuál es su grado de aplicabilidad.

Sin embargo, los partidarios del principio de la autonomía de la voluntad no reconocen el valor del argumento precedente, pues, en opinión de ellos, esa ley, aplicable al contrato y que autoriza la elección de las partes, es precisamente la elegida por dichos sujetos. Tampoco puede afirmarse que la ley que autoriza dicha elección sea justamente la elegida por las partes, ya que ello sería incurrir en el siguiente círculo vicioso: las partes, en trance de elegir una ley, se apoyarían en lo dispuesto por esa ley que van a elegir (Alfonsín, 1950, p. 21).

La inconsistencia de la soberanía de la autonomía de la voluntad, que prescinde de la realidad social, frente al hecho de que la vida en común requiere de normas de convivencia nos lleva a reconocer validez de que la libertad de contratación nace del reconocimiento de una norma originaria.

En suma, no es la autonomía de la voluntad la que regula el contrato, sino que es la ley del contrato la que regula la voluntad de las partes (Alfonsín, 1950, p. 23).

4.2.2. La libertad de contratación

Las partes gozan de libertad de contratación porque así lo faculta la ley. Los contratos internacionales no tienen una ley supranacional, pero existen tratados y convenciones que, al ser aceptados por un país, adquieren el carácter de una ley; de igual manera, los usos y prácticas, al ser individualmente admitidos y reconocidos por las partes como mecanismos idóneos encargados de regular sus conductas, se convierten en ley para ellos mismos.

El principio de la libertad de contratación posibilita que las partes hagan uso de un derecho que la propia sociedad y la propia comunidad les ha otorgado. Esa libertad, como cualquier otra, está limitada. La facultad de consentir o no tiene márgenes en el régimen jurídico nacional, incluso respecto al contenido y los efectos del contrato, ya que los sujetos no pueden derogar en sus cláusulas las leyes obligatorias en razón del orden público y las buenas costumbres. Con mayor razón, los contratos internacionales han de estar limitados por reglas de conducta, pues no solo se mueven dentro de un régimen jurídico nacional sino, también, dentro de varios ordenamientos y sistemas jurídicos, algunos de los cuales, como el islámico o musulmán, tienen un fuerte acento religioso.

La convivencia pacífica, la interrelación cada vez más creciente y la reciprocidad comercial son factores que tienen un peso para reconocer la libertad contractual con las limitaciones que dichas consideraciones exigen.

Para hacer posible la convivencia de los pueblos se requiere un orden jurídico que discipline ciertos intereses patrimoniales, como son todos aquellos que se entrecruzan en los contratos internacionales. De esto modo, ellos precisan un orden que les dé validez; de lo contrario, vivirían en un vacío legal, sin ningún asidero o apoyo jurídico.

Para el Derecho Internacional Privado, ese vacío se llena con la determinación de la ley aplicable al contrato. Las partes deben elegir la ley que regirá el contrato; sea cualquiera, hay que precisarla, pues el contrato internacional suscita un conflicto entre los distintos regímenes jurídicos de los países involucrados. Dicho conflicto es resuelto por el Derecho Internacional Privado optando por determinado orden jurídico, sea el de uno de los contratantes, sea el del lugar de celebración o sea el del lugar de ejecución. Bueno es precisar que para que las partes puedan elegir con libertad la ley del contrato, es necesario que este tenga ya una ley, justamente la que regula la libertad o facultad de contratación de las partes, como señalan Brocher y Alfonsín.

Cualquiera de dichas opciones parte del supuesto de que tal ley faculta a las partes a pactar, que la libertad es reconocida y regulada por la ley, pues es una exigencia de la vida social —*ubi societas ibi ius*— para regular los intereses de los individuos.

«La iniciativa de los particulares o privada es autónoma, y como tal merece ser reconocida por el derecho, para que mediante la autodeterminación y autorregulación de intereses, en la medida que las normas de cultura y el ordenamiento jurídico lo permitan, los particulares puedan, sin detrimento propio ni de la convivencia humana, conseguir fines legítimos» (Muñoz, 1976, p. 111). Si las partes pudieran generar de por sí su libre derecho a contratar, generarían un conflicto en cadena que atentaría contra los propios intereses del comercio internacional, que busca acercar los bienes escasos al mejor consumidor y la opción de este por aquellos que le ofrezcan la mayor utilidad. En el contrato internacional convergen intereses particulares, pero intereses también del propio Estado que pretende llegar hacia mercados externos con el fin de obtener divisas para el desarrollo y el bienestar económico de su población.

En definitiva, la libertad contractual puede entenderse fácilmente concibiéndola como contrafigura del principio de autonomía de la voluntad, más comprensible si lo entendemos como la expresión de la ley nacional o de un contrato o convenio suscrito por el país que, al fin y al cabo, es la ley nacional, y que posibilita articular un determinado contrato, como el de compraventa internacional de mercaderías, por ejemplo.

La autonomía de la voluntad puede limitarse si admitimos que hay una ley anterior que reconoce y regula la libertad de contratación de las partes. En efecto, hay una libertad de contratación reconocida por la ley. Sin embargo, ha ocurrido que el principio de la autonomía de la voluntad se ha querido basar en el derecho de libre contratación, acordado por cada legislación nacional, a fin de retraer el régimen de los contratos a la esfera del contrato nacional, pero de ese modo —comenta Alfonsín— se incurrió en otra contradicción: ese fundamento importaba que el contrato ya estaba proceptivamente sometido a una ley que regulaba la libertad de contratación de las partes.

La libertad de contratar y el principio de la autonomía de la voluntad tienen en común que ambos parten del reconocimiento a la libertad irrestricta de los sujetos para ponerse de acuerdo, es decir, para plantear y delinear un negocio.

Se diferencian en que el principio de la autonomía de la voluntad se extiende sin límites al contenido y configuración del contrato, incluso a la selección de la ley o de ninguna, cuando los sujetos excluyen toda subordinación y definen sus particulares reglas para la operación en concreto.

La libertad de contratar parte de la evidencia de que los sujetos pueden elaborar o construir un contrato dentro de los límites que permite la ley, no solo el orden público y las buenas costumbres, que de alguna manera son fronteras al ejercicio de tal libertad, sino de determinadas condiciones adecuadas para el tipo de operación comercial internacional.

Por ello, el primer enunciado de los Principios sobre Contratación Internacional propuesto por el UNIDROIT dice: «Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido», añadiendo, además, que este es un «principio fundamental del comercio internacional», pues así como los comerciantes pueden decidir libremente a quién, en dónde y cómo vender, también tienen libertad para acordar los modelos contractuales de cada una de sus operaciones. Pero como toda libertad, también reconoce excepciones, ya que no existe libertad irrestricta, libérrima y sin condiciones, cuando de por medio están las personas. En efecto, esa libertad de contratación tiene límites como el interés público, que puede llevar a un Estado a excluirla en ciertos sectores económicos, como serían, por ejemplo, determinadas medicinas para controlar una pandemia; en este caso, el Estado puede establecer una estructura monopsonía con el fin de que solo él pueda adquirir y distribuir dicha medicina. De igual manera, se puede establecer leyes que impongan regímenes especiales de responsabilidad y prohibiciones de determinadas cláusulas ostensiblemente injustas. Por ello, los Principios señalan, en su art. 1.1.3., «Limitación a la autonomía de la voluntad por las normas de orden público», y añaden, a través de su art. 1.4.: «Estos Principios no restringen

la aplicación de las normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resultan aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado».

Es más, otros tres instrumentos internacionales coinciden en este mismo sentido: los «principios del derecho europeo de los contratos» (PECL), el proyecto de marco común de referencia y la propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común europea de compra-venta.

El PECL, en su artículo 1:102, señala: «Las partes son libres de celebrar un contrato y de estipular su contenido, sin perjuicio de las exigencias de la buena fe y de las reglas imperativas establecidas por estos principios»; luego, el proyecto de marco común de referencia, en su numeral II-1:102, señala: «Las partes son libres de celebrar un contrato [...] sin perjuicio de cualesquiera reglas imperativas aplicables»; y casi textualmente, el inciso 1 del artículo 1 del reglamento del Parlamento europeo dice: «Las partes serán libres de celebrar un contrato [...] sin perjuicio de las normas imperativas aplicables».

Los cuatro instrumentos internacionales coincidentemente establecen límites a la contratación: la buena fe, el interés público, la seguridad nacional y las reglas del derecho internacional que tengan el carácter de imperativas. Con lo cual estamos configurando una libertad del individuo que como toda perfección admite determinados y expresos límites.

Parece razonable entonces la posición del derecho positivo alemán que subordina la autonomía de la voluntad a la causa, la tutela de la confianza y la justicia conmutativa.

Coincidimos con Moura Vicente, quien sentencia: «Por sí sola la voluntad humana no produce todavía efectos jurídicos: antes es el derecho que se impone a las personas, solo de él derivando tales efectos» (Moura Vicente, 2016, p. 65).

4.2.3. La legislación latinoamericana

El Derecho Internacional Privado de Brasil «[...] no acoge la autonomía de la voluntad como elemento de conexión en tema de competencia legislativa relativa a los contratos, pudiendo las partes contratantes, tan solamente, ejercer su libertad contractual en el ámbito de las reglas supletorias de ley aplicable imperativamente, determinada por la *lex loci contractus*» (Franceschini Gonzaga, 2002, p. 101). Amílcar de Castro (*Direito Internacional Privado*); Osiris Rocha (*Curso de Direito Internacional Privado*), y Wilson Batalha (*Tratado de Direito Internacional Privado*), junto con otros importantes teóricos, tienen un criterio homogéneo respecto a la autonomía de la voluntad a la que consideran una impropiedad jurídica aun cuando esté muy divulgada, siendo inaceptable para la indicación de la ley aplicable. En forma unánime,

la doctrina brasileña niega la autonomía de la voluntad. Pontes de Miranda concluye: «La autonomía de la voluntad no existe en el Derecho Internacional, ni como principio, ni como teoría aceptable» (1935, p. 179).

De esa manera, es más conveniente, para no caer en el largo discurso bizantino, plantear la situación en términos de libertad contractual en lugar de hacerlo dentro de la autonomía de la voluntad. Verdaderamente, la fuerte tradición internacionalista, al incluir los contratos internacionales como tema de su estudio, se encuentra frente a este dilema: niega la autonomía de la voluntad en el área del Derecho Internacional Privado y luego percibe que las recientes relaciones comerciales internacionales crean, con gran profusión, nuevos modelos contractuales, como el *franchising*, por ejemplo, en el que las partes transfieren servicios, productos y marcas dentro de un mismo contrato, siendo que cada uno de dichos ítems puede ser proveído por productores de diferentes regímenes y sistemas jurídicos y en el que, obviamente, juega la voluntad de las partes. Entonces, es conveniente hablar con más criterio de libertad contractual, pues los contratos internacionales viven con mayor comodidad dentro de la especialidad del Derecho de los Contratos Internacionales del Comercio que en otras ramas.

Las reglas para dilucidar un conflicto de leyes o para aplicar la ley al caso concreto son imperativas y, en consecuencia, se imponen con independencia de la voluntad de las partes, las que, obviamente, no podrían modificarlas. Sin embargo, los sujetos pueden libremente pactar y mejor acordar, alterar u omitir las disposiciones supletorias o facultativas indicadas en el Derecho nacional del país donde contratan. Luego, hay dos situaciones: la primera, en la que es estéril la voluntad de las partes; y la segunda, en la que puede imponerse, siendo así que, libremente, un contrato puede incorporarse a los límites, exigencias y condiciones de una ley extraña a aquella que podría ser aplicada en razón del lugar de celebración, e incluso someterse a tratados o costumbres internacionales. De esa manera, las partes pueden elegir el foro en el que se dilucidará un conflicto futuro e, incluso, acudir al ámbito extrajudicial —como es el caso de la conciliación y el arbitraje—, toda vez que tal elección sea admitida por el Derecho nacional del país donde se ejecutaría la sentencia o el laudo, en su caso.

En el Perú se supera el principio de la autonomía de la voluntad. El art. 1355 del Código Civil establece que «[...] la ley, por consideraciones de orden social, público o ético, podrá imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato». Luego, si bien las partes pueden libremente contratar dentro de los límites de la ley que lo permite, no pueden generar por sí un contrato que sea, asimismo, una ley entre los sujetos, con prescindencia de cualquier condición, aun cuando voluntariamente se impongan restricciones de obligaciones, o se establezcan derechos, pues aún quedan determinados elementos —como el orden público y las buenas costumbres— sobre

los cuales no pueden pactar. «Se consagra el principio del intervencionismo o dirigismo contractual, por cuanto la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido superada, ya que la igualdad legal, no es equivalente a la igualdad real, debido a las grandes desigualdades económicas [...]» (Miranda Canales, 1986, p. 285).

El Derecho positivo peruano establece, pues, una clara libertad contractual, permitiendo el libre y voluntario acuerdo de las partes, pero regulando el uso legítimo de ella. Luego, el principio de la soberanía de la autonomía de la voluntad es trasvasado por una concepción más justa, acorde con nuestros tiempos.

El contenido del contrato no puede circunscribirse a ser el marco en el cual la libertad de los contratantes predomina absolutamente, sino que tal libertad debe permitir la justicia entre los propios contratantes, así como para todos los terceros que, en una u otra forma, pueden verse afectados (Puente y Lavalle, 1983, p. 64).

De igual manera el Código Civil para el Distrito Federal de México (1928) se aleja del principio de autonomía de la voluntad. En su Exposición de Motivos, señala que el Código precedente (1884), elaborado cuando en el campo económico dominaba la pequeña industria y en el jurídico, un exagerado individualismo, se ha tornado en un instrumento incapaz de regir las nuevas necesidades y las relaciones fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y del principio de solidaridad. En suma —continúa la Exposición de Motivos— el Código Civil en 1928 pretende armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que imperaba en el Código Civil de 1884.

5. LA TEORÍA DEL RIESGO

Como los contratos internacionales se realizan sin la presencia física de los sujetos y con frecuencia sin la intervención de un representante o agente, sea el comprador o el vendedor, la posibilidad de que la mercancía se pierda o deteriore ocurre en un tiempo y lugar en los que no es posible determinar con certeza quién fue el causante y quién sufrirá las consecuencias, ni el sitio en que ello ocurrió.

La presencia de otros sujetos o facilitantes en la operación comercial internacional —como son el transportista local, el agente portuario, las aduanas, los estibadores o el transportista internacional— crea un tejido cada vez más complejo en la ejecución de los contratos. Este hecho hace necesario determinar con precisión hasta dónde llega la responsabilidad del exportador y cuándo empieza la del comprador, es decir, el punto de transmisión del riesgo.

Este problema, que acapara la atención de la doctrina, ha merecido diferentes tratamientos en las legislaciones nacionales de los distintos países, como resultado del diverso régimen jurídico que en estos se otorga a la transmisión de la propiedad.

Así, en el Derecho francés y el Derecho latinoamericano en general se vincula la transmisión del riesgo a la toma de posesión, sin más excepción que las compraventas a futuro o con reserva de propiedad; en tanto que en el Derecho germano hace de la entrega al porteador el punto de transmisión, incluso en el caso de «puesta a disposición», que consiste en informar al comprador que la mercadería está a su disposición en un lugar determinado, marcando con ello el disloque del riesgo.

Vale advertir que estamos circunscribiendo esta teoría al riesgo de la cosa y no a las otras circunstancias, como es el riesgo de la prestación o el riesgo de la contraprestación.

Según el principio *res perit domino*, la cosa se pierde para el dueño; luego, los riesgos son asumidos por el comprador desde el mismo instante en que adquiere el dominio sobre la mercancía. A su vez, el exportador asume los riesgos hasta el instante o punto en que pasa al comprador el pleno dominio del producto. Ello nos lleva a visualizar tres consideraciones:

- a) El vendedor y el comprador tienen un período durante el cual son plena y absolutamente responsables de los daños o menoscabos que sufran las mercancías por causas distintas al dolo, negligencia o morosidad imputables a ellos. Quiere decir que hay dos posibilidades de deterioro o pérdida del producto: una, cuando es culpa manifiesta y directa de uno de los contratantes, en cuyo caso será dilucidada bajo la condición de incumplimiento o responsabilidad contractual; y la segunda, cuando ello ocurra por otra causa o por la intervención de alguno de los sujetos facilitantes en la operación internacional, como la impericia de los estibadores portuarios, en cuyo caso es tema de la teoría del riesgo.
- b) El perfeccionamiento del contrato internacional se opera por el mero acuerdo de voluntades sobre el bien o servicio y su correlativo precio. Este hecho quiere decir que el contrato lleva implícita la traslación de dominio. No es necesario que la mercancía se ponga física y realmente en poder del comprador, basta el acuerdo de voluntades de los contratantes.
- c) El comprador, lejos del lugar de origen de la mercancía, no puede acercarse a tomar posesión física de lo adquirido; luego, el vendedor, para agilizar el acto de comercio y facilitarlo, debe poner a disposición del adquirente lo vendido. Ha de suministrar no solo la documentación que acredite la transferencia sino a colocar el propio producto en tiempo y lugar a disposición del importador. Además, deberá facilitar la documentación que sea necesaria para su disposición o desaduanamiento.

El origen de este principio lo encontramos en casi todos los códigos de comercio. El art. 333 del Código de Comercio español señala que «[...] los daños y menoscabos que sobrevinieron a las mercancías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en casos de dolo o negligencia del vendedor». El Código de Comercio guatemalteco no trae de manera expresa el momento de transmisión del riesgo, pero al referirse a cuatro posiciones usuales de la compraventa internacional —FOB, FAS, C&F y CIF—, en una innovación dentro del derecho positivo comercial latinoamericano, está precisando las cuatro posibilidades en que se transmite el riesgo (arts. 697, 698, 699, 702 y 704 C. de C.G.). De igual manera, el Código de Comercio de Costa Rica (1964), en su art. 475, cuando se refiere al contrato de compraventa FOB señala que «[...] el vendedor fijará un precio que comprenderá todos los gastos hasta poner las cosas vendidas a bordo del barco vehículo que haya de transportarlas a su destino, momento desde el cual corren por cuenta y riesgo del comprador». Similarmente, se refiere, en su art. 473, a las otras modalidades de compraventa internacional (costo y flete), aun cuando debemos advertir una omisión al no legislar primero la forma «costo, seguro y flete» y una falta de orden al legislar primero la forma «costo y flete» y al final «libre a bordo», cuando bien pudo empezar por esta para entender con más precisión el momento de transmisión del riesgo en todas las demás formas y dado que es la más común de las modalidades contractuales.

Por su parte, si extendiéramos la aplicación del Código Civil del Perú, nos encontraríamos con el art. 1567 que dice: «El riesgo de pérdida de bienes ciertos no imputable a los contratantes pasa al comprador en el momento de su entrega».

Luego, la «puesta a disposición» de la cosa parece ser el punto intermedio entre el efecto real o únicamente efecto obligacional de la compraventa. Creemos, como se ha dicho con anterioridad, que el contrato internacional es traslativo de posesión, pero que justamente porque una de las partes está ausente del lugar de origen del producto es que, además, se constituye en obligación de entrega hasta un punto que, de común acuerdo y de manera expresa e indubitable, las partes así convienen. Vale decir, es constitutivo de propiedad y traslativo de la mercancía como derivación del acto constitutivo en un lugar y tiempo así convenido, de tal manera que, si este no se menciona claramente, la compraventa queda perfeccionada.

Así lo entendió, en su oportunidad (1964), la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles (LUV) de la Haya, cuyo art. 97.1 establecía que «[...] los riesgos se transmitirán al comprador desde que la entrega de la cosa tiene lugar en las condiciones previstas en el contrato [...]». De igual manera como lo entienden los Incoterms en todas sus versiones, incluida en la del 2010 (ver capítulo VIII).

El argumento de esta teoría está en diferenciar el «acto de entrega» del acto de «puesta a disposición», que el Derecho antes nunca se había planteado, pues la norma comercial enmarcada en el ámbito limitado de un Estado solo podía considerar, con razón, el «acto de entrega», ya que este se daba siempre en una misma plaza o en distintas, pero en un mismo marco de jurisdicción y soberanía nacional. A su vez, la «puesta a disposición», involucra no solamente la entrega física de la cosa sino que, además, ha de ser previamente determinada en tiempo y lugar, de donde creemos que este acto es mucho más preciso que el «acto de entrega» porque requiere acuerdo previo y su determinación en día y espacio. Por otro lado, tampoco riñe con el principio *res perit domino*, tan acentuado en nuestros regímenes legales, pues la cosa se seguirá perdiendo para el *domine*, pero con más exactitud, ya que sabremos en qué momento y lugar.

Habrà que determinar el momento en que se produce esa puesta a disposición, ya que a partir de ello el vendedor dejarà de tener responsabilidad, asumiendo los riesgos el comprador. Para ello, el Uniform Commercial Code de Estados Unidos de América y la Cámara de Comercio Internacional, entre otros organismos, elaboraron una serie de circunstancias en las que se transmite el riesgo. Son los Incoterms o términos de comercio internacional, que han influido en normas materiales de carácter internacional como la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, que desvincula la entrega de la transmisión del riesgo, dejando la primera de ser un factor protagónico y adaptando la transmisión del riesgo a los hechos materiales dispuestos por el vendedor para cumplir con las obligaciones contractuales.

6. EL CRITERIO DE LA TERRITORIALIDAD

El territorio es un aspecto importante en la transferencia de bienes, servicios, transmisión del riesgo y aun en el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, con frecuencia se omite su estudio cuando se analiza el comercio internacional.

El criterio básico de territorio nacional o extranjero es aquel espacio físico (terrestre, aéreo y marítimo) sobre el cual el Estado ejerce plena soberanía y jurisdicción; pudiendo en tal razón aplicar e imponer sus leyes, reglamentos y ordenanzas en razón de su integridad, seguridad, orden interno y políticas públicas de desarrollo y bienestar de su población.

De tal manera que se puede hablar de territorio nacional cuando se hace referencia a aquel espacio bajo el dominio de un Estado específico y territorio extranjero a aquella otra área en relación al primero y que está bajo el dominio soberano de una tercera potencia.

Sin embargo, a partir de este criterio universalmente admitido hay dos referencias particulares: una derivada de la última fase del proceso de descolonización en el siglo XX y que tiene su explicación en la Ciencia Política y el Derecho internacional; y la otra configurada a partir del creciente desarrollo del comercio internacional. Así, puede darse el caso —cada vez con menor frecuencia— de territorios sin un Estado soberano, como los territorios bajo fideicomiso en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas o los territorios autónomos con ciertas limitaciones en sus relaciones internacionales. Adicionalmente, los espacios geográficos que tienen autonomía aduanera.

De tal manera que cuando la doctrina y algunas normas del derecho material internacional hablan de territorio se están refiriendo a los Estados con espacios soberanos propios, que constituyen la gran mayoría de países y que corresponden a los Estados independientes tal cual los conocemos; pero, excepcionalmente, hay otros dos: territorios autónomos y los no autónomos.

El comercio internacional, en tanto, ha creado una ficción llamada «territorios aduaneros», que pueden ser los mismos territorios autónomos o la extensión soberana de los Estados que prolongan su jurisdicción y autoridad a otros espacios (principalmente islas) que actúan con cierta discrecionalidad e independencia arancelaria.

En consecuencia, hay tres tipos de territorios: territorios soberanos e independientes, territorios autónomos y territorios sin autonomía. Estos dos últimos pueden asimismo llamarse «territorios aduaneros», en razón de una ficción comercial. De igual manera, la prolongación jurisdiccional de los Estados soberanos sobre áreas geográficas más allá de sus fronteras.

Para mayor precisión acudimos al Derecho Interno, al Derecho Internacional y al Derecho del Comercio Internacional para aclarar esta situación entre Estado soberano que involucra territorio y las otras tres singulares referencias de territorio: territorio autónomo, territorio no autónomo y «territorio aduanero».

6.1. En el Derecho interno

Las constituciones de cada país señalan que territorio es todo aquel espacio sobre el cual ejercen soberanía y jurisdicción. En tal razón, territorio es todo aquel espacio sobre el cual el Estado ejerce soberanía, jurisdicción y control. Siendo las fronteras los límites de esos espacios. Así, por ejemplo, el Perú es un estado-nación que tiene un territorio de 1 284 216 km² y los demás Estados que actúan dentro de la comunidad internacional poseen el propio con sus características singulares cada cual.

Esta clara definición de territorio es la que deberá tenerse en cuenta para entender una operación de compraventa internacional de bienes ya que precisa los bordes

fronterizos a través de los cuales sale o ingresa mercaderías sujetas a fiscalización tributaria y responsabilidad comercial, como también al momento de determinar el foro en un proceso de arbitraje.

6.2. En el Derecho Internacional

Desde la perspectiva del Derecho Internacional, el territorio tiene las mismas características al referido en las constituciones de los países haciendo énfasis en el área geográfica sobre la cual el Estado ejerce jurisdicción sobre las personas y las cosas que en él se encuentren con exclusión de la jurisdicción de otros Estados.

Esta jurisdicción exclusiva es lo que se ha dado en llamar soberanía territorial. «Sin embargo el hecho de que un acto jurisdiccional de un Estado se realice sobre un determinado territorio, este territorio no se convierte en territorio del Estado, cuyo órgano ha llevado a cabo el acto. Un acto de Estado puede ser realizado ilícitamente sobre el territorio de otro Estado, especialmente sus actos coercitivos. El territorio del Estado es el espacio dentro del cual los actos del Estado, especialmente sus actos coercitivos, dentro del cual los actos del Estado, especialmente sus actos coercitivos, pueden ser lícitamente ejecutados» (Kelsen, 1965, p. 180).

De otro lado la Organización de las Naciones Unidas ha hecho una clasificación de territorios autónomos y territorios no autónomos. Los primeros son los que corresponden a los Estados en los cuales su población elige a su gobierno, dicta sus propias leyes aunque su capacidad de establecer relaciones con otros Estados se encuentra restringida. Razón por la cual su reconocimiento por la comunidad internacional no es pleno, como sería el caso de Palestina aun cuando su admisión internacional como Estado es cada vez mayor.

Entretanto, los territorios no autónomos son aquellos que están en proceso de descolonización y que alcanzan la suma de 16, según el reporte de las Organización de las Naciones Unidas.

Finalmente hay que mencionar el término «territorio aduanero» que tiene su origen en el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) de 1947, cuando su art. XXIV, «Aplicación territorial – Tráfico fronterizo Uniones aduaneras y zonas de libre comercio» dice: «A los efectos del presente Acuerdo, se entenderá por territorio aduanero todo territorio que aplique un arancel distinto u otras reglamentaciones comerciales distintas a una parte substancial de su comercio con los demás territorios».

Pues bien, dicha categoría debe ser entendida dentro del contexto general de los países que ratificaron o se adhirieron al GATT, el cual reconoce la existencia de Estados miembros y territorios o posesiones fuera de sus fronteras nacionales. Es decir, admite que hay Estados, que además de su espacio geográfico tienen otros territorios.

6.3. En el Derecho Internacional del Comercio

El criterio de territorio que siguen los Textos Jurídicos de la OMC es el mismo que siguen las normas de Derecho interno todas las cuales reconocen un territorio con gobierno y ejercicio soberano, o únicamente territorio, cuando se trate de protectorado u otra forma prevista o admitida en el Derecho Internacional como los territorios no autónomos, o los «territorios aduaneros».

Las reglas de la OMC han incluido dentro de los sujetos de las relaciones comerciales a los Estados propiamente dichos y aquellas otras categorías, únicamente físicas, que carecen de estructura legal autónoma y soberana como son los territorios bajo administración de terceras potencias u organismos internacionales o los territorios aduaneros que vienen a ser territorios pertenecientes o un Estado con territorio.

El inc. 1 del art. XXVI del primigenio GATT de 1947 hace el distingo entre territorio nacional (territorio metropolitano) y los otros territorios (extensión del territorio nacional) como el de los territorios autónomos. Incluso admite la posibilidad de que si un territorio aduanero llega a tener autonomía completa en sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones de inversión y comercio será considerado como parte contratante de los acuerdos del GATT y en consecuencia de la OMC (subinciso c del inciso 5 del art. XXVI del GATT-1947) igual como si fuera un Estado autónomo y soberano (territorio nacional). Es más el art. XXXIII permite y reconoce la posibilidad de que un territorio aduanero pueda adherirse a la normatividad del GATT y pueda ser considerado como miembro de la OMC.

Si bien el territorio es una categoría de la Ciencia Política la impronta del comercio mundial ha imaginado una modalidad que la llama «territorio aduanero» que es más bien una ficción para posibilitar la acción comercial de las regiones apartadas de la unidad territorial propia del Estado.

En efecto, el GATT, de 1947 y el GATT de 1984, cuando hablan de territorios nacionales soberanos, los llaman «territorios aduaneros metropolitanos» y «territorio aduanero» a los que están fuera de los límites geográficos nacionales. Ejemplo de estos territorios son las Islas Christmas, las Islas Cocos (Keeling), las Islas Ashmore o Cartier que corresponden a los territorios extra continentales de Australia. Igualmente las islas Faroe y Groenlandia, respecto de Dinamarca.

Ha de advertirse que el GATT al momento de redactar esta noción tuvo en cuenta los procesos de integración y las diferentes modalidades de uniones territoriales que existían al momento de su negociación y que reconocían no solo diferentes Estados sino distintos territorios vinculados por uniones fronterizas o tratados de libre de comercio. Al configurarse el GATT de 1994 y al suscribir el Perú los Acuerdos

de la OMC recepciona el concepto y no hace la necesaria distinción ya que el país no tiene territorios fuera de sus fronteras.

De esa manera y sin hacer distingo el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 722, promulgado el 11 de noviembre de 1991, recoge el término «territorio aduanero» que literalmente lo repite el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1053, Ley General de Aduanas, promulgada el 27 de junio del 2008 (vigente parcialmente desde el 17 de marzo del 2009 y definitivamente obligatoria tras la promulgación del Reglamento mediante D.S. N.º 010-2009-EF, el 1 de octubre del 2010).

Esta norma define el «territorio aduanero» como la: «Parte del territorio nacional que incluye el espacio acuático y aéreo, dentro del cual es aplicable la legislación aduanera. Las fronteras del territorio aduanero coinciden con las del territorio nacional».

Sin embargo, es un concepto forzado y poco feliz pues dice: «parte del territorio nacional» y luego continúa afirmando: «Las fronteras del territorio aduanero coinciden con las del territorio nacional» Lo que parece incongruente ya que si primero dice «parte», es decir fracción de un universo mayor, cómo puede luego señalar que esa parte es igual que el todo («territorio nacional»). De manera que ese artículo solo puede ser apreciado como un ejemplo, aunque este no sea del todo claro.

Cabe anotar que en el caso de las llamadas Zonas Francas, previstas en la Ley General de Aduanas, ellas son consideradas como integrantes del territorio aduanero, con la singularidad de encontrarse regulado su régimen aduanero y tributario (impuestos internos) por leyes especiales.

De esta forma queda precisado que todos los espacios geográficos regulados por una determinada legislación aduanera, forman parte de un mismo territorio aduanero que en el caso peruano es su propio territorio.

Este territorio aduanero tiene autonomía para fijar su política comercial, incluyendo aranceles, sin que ello signifique ser un Estado soberano. Es el caso de Macao, Hong Kong y Taiwán, que están considerados como territorios autónomos dentro del marco de la OMC, aun cuando este último territorio reviste todas las características de Estado y está reconocido como tal por un gran número de países.

Esta ficción es evidente si observamos como Macao y Hong Kong continúan como territorios dentro de la OMC a pesar de estar incorporados dentro de la República Popular China.

7. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Intentar clasificar los contratos es tarea compleja, pues están en juego diferentes sistemas jurídicos y diversas formalidades determinadas por los distintos ordenamientos y regímenes legales; también lo es por la variedad de las relaciones económicas

internacionales, que impiden apreciar la totalidad del fenómeno en un momento determinado, pues está en permanente cambio. Sin embargo, también sería estéril quedarse en una enumeración larga y sin criterio, sin darles una categorización jurídica ni sentido, como lo hacen algunos textos de comercio internacional.

Un intento de ordenar los contratos internacionales (ver gráfico 11) a partir de ciertas características o elementos comunes que le dan una explicación al hecho económico se ensaya a continuación:

- En razón de la preeminencia contractual pueden ser contratos principales, contratos accesorios y contratos derivados.
- En razón de su formación, contratos *in actum* y contratos *ex intervallo*.
- En razón de la condicionalidad, contratos de futuro y contratos conmutativos.
- En razón de la periodicidad, contratos de ejecución única, contratos de ejecución indeterminada, contratos de ejecución periódica y contratos de ejecución parcelada.
- En razón del contenido, contratos de distribución, contratos financieros, contratos de logística, contratos industriales y contratos de construcción.
- En razón de su discrecionalidad, contratos de equilibrio y contratos de adhesión.
- En razón de la mercancía, contratos de bienes, contratos de servicio, contratos múltiples y contratos tecnológicos.

7.1. En razón de la preeminencia contractual

Aunque en la actividad mercantil internacional es difícil encontrar un modelo contractual que resuelva por sí solo las inquietudes de los operadores comerciales sin depender de otros, es posible distinguir aquellos contratos que tienen vida jurídica autónoma de otros cuya existencia y eficiencia dependen de la vida de otro primero. Por ello, podemos distinguir entre contratos principales o accesorios y derivados, que dependen o existen en razón de uno anterior o subyacente.

7.1.1. Contratos principales

Un contrato es principal cuando por sí solo se basta para viabilizar y hacer efectivo un negocio principal, sin depender de otro contrato. Así, por ejemplo, la compraventa internacional es el llamado contrato madre en el comercio mundial. Su naturaleza jurídica ha motivado la atención de los primeros teóricos del comercio. Puede decirse que casi la totalidad de exportaciones e importaciones directas se efectúa mediante un contrato de compraventa.

La doctrina lo considera como la piedra angular del comercio, tanto que, dentro de la escasa mención que de los contratos comerciales hacen los códigos, todos se refieren a la compraventa y extienden a los demás negocios contractuales sus reglas y normas. Ciertamente, no podemos conocer los contratos internacionales si antes no analizamos *in extenso* esta figura y, sobre todo, la explicamos dentro del régimen jurídico en el que actúa el operador mercantil, ya que de él se derivan, aun cuando mantienen su autonomía, los demás contratos comerciales (véase capítulo V).

7.1.2. Contratos accesorios

Aquellos contratos que dependen de uno que es el primero y principal, sin el cual no existirían, son los llamados contratos accesorios. Así tenemos, por ejemplo, que la compraventa da origen a tres contratos que posibilitan su realización o que aseguran a las partes los riesgos, dependiendo del primero, que es el contrato subyacente. Del tipo mencionado son los créditos documentarios y las garantías bancarias (véase capítulo VII).

Estos contratos no pueden existir por sí solos sino dependen de uno al cual se refieren y con el cual guardan una estrecha relación negocial; aunque algunos, como los créditos documentarios, mantengan su autonomía, nacen debido a uno que es el principal, como es la compraventa.

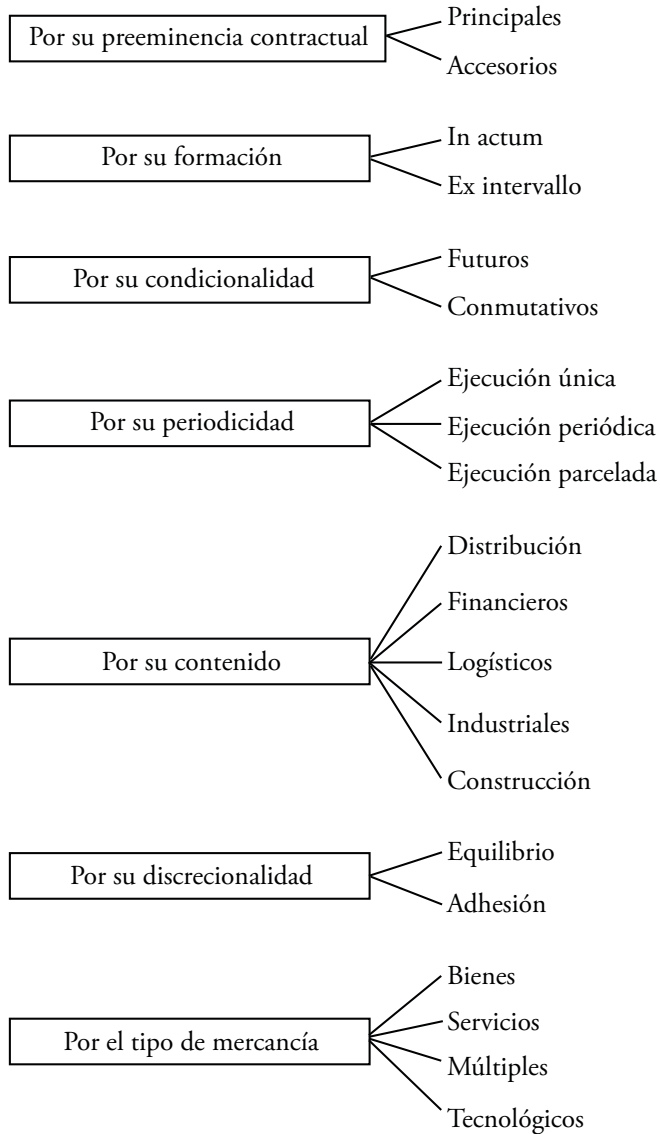
7.1.3. Contratos derivados

Son aquellos que manteniendo su estructura y función de una manera autónoma e incluso teniendo normas y tratados internacionales precisos que los regulan guardan una estrecha relación y dependen de uno que, podríamos decir, es la razón causal de su estructura. Así, por ejemplo, es difícil que la compraventa se haga efectiva si no hay luego un medio de transporte; o que el comprador esté cubierto si no hay un seguro; o que, finalmente, la mercadería esté protegida si no concebimos un almacén. Por ello, la compraventa suscita tres contratos más, como son el contrato de transporte, el contrato de seguro y el contrato de almacenamiento.

El contrato de transporte reviste varias modalidades, sea rodoviario, ferroviario, marítimo, aéreo, lacustre o reúna todas o alguna de ellas, en cuyo caso estaremos frente a un contrato multimodal. Estos contratos han sido regulados a través de convenciones y acuerdos internacionales; los más antiguos son los referentes al transporte marítimo.

Siguiendo a Rodrigo Uria, por el contrato de transporte, una persona (porteador) se obliga, a cambio de un precio, a trasladar de un lugar a otro un bien o mercancía, o ambos, dirigido a personas determinadas (1964, p. 482). En otras palabras, hay un traslado geográfico, un precio y una mercancía a transportar.

Gráfico 11
Clasificación de los contratos internacionales



El contrato de transporte marítimo es el más antiguo y el más utilizado en el comercio internacional. En él intervienen tres sujetos: el fletante (el naviero o armador), el fletador (quien carga la nave, el embarcador que actúa a nombre del exportador) y el consignatario (quien recibe la mercadería y puede, en algunos casos, ser el importador).

Debe aclararse que las obligaciones emanadas del contrato de compraventa internacional son independientes del contrato de fletamento. Son negocios jurídicos distintos, aun cuando muchos operadores —e incluso algunos abogados— consideren que es una misma figura y aun estimen que el *bill of lading* incluye los dos actos. El contrato de fletamento está regulado por las costumbres contenidas en las normas de diferentes acuerdos y convenios internacionales, como las Reglas de La Haya y el Protocolo de Bruselas (1968), que regula el conocimiento de embarque, o las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios, cuando la compraventa está amparada por un documento.

El Convenio de Varsovia de 1929 (Convención para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional) se refiere al transporte internacional de personas, equipajes o mercancías efectuado en aeronave y pagado, es decir, remunerado. Este convenio no define el contrato ni hace mención del mismo, debido a la escasa doctrina contractual de la época. Sin embargo, Enrique Mapelli López y Julián G. Verplaetse coinciden en que la Convención se aplica sobre la base de un contrato y, cuando no existe este, es inaplicable.

El contrato de transporte rodoviario cada día va creciendo en importancia tanto en Europa como dentro de América Latina, por la modalidad de «puerta a puerta». Las principales reglas contractuales se han hecho para los países europeos. En América Latina, el primer antecedente es el Convenio sobre Transporte Internacional Terrestre del año 1966, circunscrito a cinco países y al que posteriormente se han adherido otros.

El contrato de transporte ferroviario es muy usado en Europa, pero escasamente en América Latina por el hecho de la poca importancia que se ha dado a la infraestructura ferroviaria. Recién en 1989 el Perú concretó la vieja inquietud de interconectarse a Argentina por vía de Bolivia. El Convenio Internacional de Ginebra, TIF (10 de enero de 1952), es el que regula el paso de las mercancías a través de las fronteras.

7.2. En razón de su formación

El espacio geográfico y la telemática han creado una serie de situaciones que influyen en cuanto al momento de la formación contractual. Así, podemos apreciar que algunos negocios se formalizan inmediatamente, como es el caso de las operaciones que se cierran en las ferias internacionales o cuando la oferta o pedido llega a la pantalla de la computadora de un operador en el extranjero; pero otros contratos requieren un intervalo dilatado para formalizarse, pues las partes van adecuando sus requerimientos a través de un largo período de negociaciones o cuando se precisa contratos

preparatorios o contratos preliminares, como es el caso de una operación de construcción pesada o de ingeniería de consulta. De esa manera, podemos vislumbrar dos tipos de contratos: los contratos que se forman en el acto y aquellos otros que requieren un período de formación más o menos dilatado.

7.2.1. Contratos *in actum*

Son aquellos que se forman inmediatamente, mediante una expresión simultánea o una comunicación directa. Tanto comprador como vendedor están frente a frente, física o virtualmente, mediante la computadora, y, en ese momento, se expresan ambas voluntades. Es el caso de los contratos celebrados en las ferias internacionales, vía télex o fax, o mediante el sistema de correo electrónico, llamado también genéricamente *e-commerce*. En este caso estaremos frente a la cuestión de determinar el lugar en que se forma el contrato, necesidad que requiere de una estructuración doctrinaria que explique dicha situación, como son las teorías de la recepción y de la emisión.

Ejemplos de estos contratos son la compraventa en ferias internacionales o a través de comunicación directa dentro de la técnica o procedimiento del *e-commerce* o comercio electrónico, que ha motivado el interés de la CNUDMI para elaborar un tratado o convención internacional sobre esta modalidad de contratación.

7.2.2. Contratos *ex intervallo*

Estamos frente al caso en que hay una comunicación indirecta o un período más o menos lato entre la oferta o propuesta y la aceptación. Hay una sucesión de actos tendentes a ir formando la obligación necesaria para que las partes vayan precisando sus condiciones y el sentido del contrato. Usualmente, requieren instrumentos y actos jurídicos iniciales como los contratos previos, preparatorios, preliminares, *letters of understanding*, cartas de intención, o *letter de patronage*.

Por lo general, se hacen por etapas que se consolidan después en un instrumento jurídico específico, pero que por sí solas constituyen un contrato, solo que orientado a uno definitivo.

Es el caso del contrato de *leasing*, tarjetas de crédito, *joint venture* o *factoring*, que requieren operaciones y contratos previos —es decir, un intervalo— para formalizarse plenamente.

Estos contratos conllevan el tema doctrinario de la responsabilidad contractual o culpa *in contrahendo*, que es necesario precisar en el período de las tratativas o de los acuerdos previos y que es entendible para la doctrina latinoamericana de los contratos.

7.3. En razón de la condicionalidad

Sobre la base de la posibilidad futura, de la certeza o no de la realización, los contratos se dividen en contratos de futuro y contratos conmutativos.

7.3.1. Contratos de futuro

Son aquellos en los que se articula el negocio en mérito a una posibilidad futura, al azar, de tal manera que las partes no tienen el pleno conocimiento del resultado final, ya que ello depende de la *alea*. Los códigos civiles latinoamericanos, como, por ejemplo, el antiguo Código Civil del Perú (1936), consideraban la venta de cosa futura (art. 1395), que puede ser de cosa esperada.

Es el caso específico de los contratos de futuro, en los cuales las prestaciones dependen del azar y no se conoce el resultado. Es el acuerdo libre de voluntades entre un vendedor (exportador), un comprador (importador) y la participación principal en este negocio de una bolsa o establecimiento autorizado de intercambio de productos, en el que el vendedor acuerda entregar, en determinado período, un monto específico de un producto, estipulando la calidad particular y las condiciones de entrega prescritas por la casa de intercambio en la que dicho bien es negociado.

No existe desplazamiento de la mercancía; por el contrario, esta no sale ni durante ni después de la firma del contrato. Se ejecuta por medio de documentación, de tal suerte que no hay una entrega física de la mercadería sino un cambio de posiciones, pues el comprador pasa a ser vendedor y viceversa en un período que puede durar varios meses.

Si llega el momento de su ejecución, el contrato se finiquita por un pago en efectivo a la entrega del bien. Durante ese lapso, desde el acuerdo hasta la realización, los sujetos deben estar de acuerdo con un intercambio calificado para efectos de las especificaciones técnicas del producto, el plazo, la calidad de las partes y el depósito inicial de financiamiento.

7.3.2. Contratos conmutativos

Son aquellos en los cuales las partes precisan con claridad el valor de las prestaciones o señalan un medio a través del cual este puede fácilmente ser determinado en un momento específico. Hay una certeza respecto del beneficio o del costo del contrato. Cada parte sabe en su momento su obligación, sin depender de la *alea*, pues ya se conoce el costo y el beneficio.

Así, tenemos el contrato de compraventa, el contrato de consignación y sus modalidades, el contrato de *know-how*, el contrato de *franchising* y el contrato de construcción pesada. En todos ellos hay una equivalencia en las prestaciones, ya que las partes establecen sus obligaciones y derechos, exigibles en cuanto la otra haya cumplido previamente con los suyos.

7.4. En razón de la periodicidad

Aquellos contratos que se ejecutan y tienen permanencia en el tiempo, ya que se estipulan una sola vez pero su ejecución continúa permanentemente en tanto no se dé la condición de resolución del negocio. Vienen a ser contratos agrupados en mérito de su periodicidad. Esta clasificación es más moderna y lógica que aquella que los agrupa en bilaterales o unilaterales y que, además, no podía explicar la realidad del comercio internacional. Así, entonces, tenemos los contratos de ejecución única, indeterminada, periódica y parcelada.

7.4.1. Contratos de ejecución única

Son aquellos que están a cargo de una sola de las partes, aunque impliquen otras, y que colocan al que debe la prestación en la posesión exclusiva de deudor. La prestación se cumple con la realización del objeto, entrega de la mercadería, prestación del servicio, realización del proyecto, ejecución de obra, realización de un diseño y, también, claro está, la compraventa internacional cuando se trata de una venta individual, aislada. Se lo denomina también *de tracto único*, en cuanto se realiza en forma instantánea o de prestación única. Ello no significa que los efectos del contrato dependan de una parte, pues hay efectos por ambas.

7.4.2. Contratos de ejecución indeterminada

Existen contratos que, si bien tienen una fecha de inicio, no determinan el tiempo final o de culminación: son los contratos de ejecución indeterminada, que siguen produciendo consecuencias hasta que un hecho nuevo les ponga fin o se agote su prosecución debido a la imposibilidad de su cumplimiento o al requerimiento de uno de los contratantes.

En estos contratos hay una intención manifiesta de su indeterminabilidad, ya que los sujetos no saben, al momento de la celebración del contrato, hasta cuándo continuará la relación, pues han establecido una eficacia *ad libitum*, como son los contratos de suministro industrial.

7.4.3. Contratos de ejecución periódica

Aquellos que se refieren a una sola o a varias operaciones, que se repiten en el tiempo y que mantienen continuidad, a través de un período más o menos largo; por ejemplo, el contrato de *leasing*, que especifica un tipo y característica del bien, pero que establece la entrega o la renovación según las innovaciones tecnológicas y con variaciones solo en el precio o el tiempo de duración. De igual manera, el contrato de aprovisionamiento de repuestos o de mantenimiento, e incluso los de asistencia técnica.

Las partes estipulan o acuerdan una sola vez y luego se va repitiendo el objeto del contrato, sin que se requiera reiterar la manifestación de voluntad. La tradición jurídica los denomina *de tracto sucesivo*.

7.4.4. Contratos de ejecución parcelada

Aquellos que se pactan en cuotas o volúmenes determinados o pagos parciales incluso en términos o plazos. Por ejemplo, el contrato de compraventa de *commodities*, que requiere duración prolongada y se desarrolla escalonadamente en el tiempo hasta lograr el objetivo querido por las partes, que siempre está en función de la duración del contrato.

Estos contratos se diferencian de los dos anteriores en que casi siempre llevan cláusulas excusativas, también llamadas de *non performance*, con el fin de determinar claramente las cuotas, los volúmenes de entrega o los plazos en que se ha de cumplir el contrato.

La doctrina italiana los llama *di durata*, en tanto que la teoría alemana los conoce como *daververträge*, que aunque se refieren a la duración de las prestaciones admiten que las mismas se vayan cumpliendo de manera escalonada a través de un horizonte de tiempo; este es un elemento esencial, pues asegura a una de las partes la repetición de una prestación o un conjunto de prestaciones durante determinado tiempo que se cumple, obviamente, por parcelas. El todo es el sentido del contrato pleno en un plazo prolongado, y las parcelas son las entregas o cumplimientos específicos.

7.5. En razón del contenido

También es posible clasificar los contratos internacionales en mérito de su contenido u objetivo principal. Así, observamos que en el ámbito internacional existen operaciones de comercialización que originan los contratos de distribución o de agencia y representación; también acciones bancarias que dan motivo a contratos financieros, como las garantías a la primera solicitud o primera demanda; luego tenemos las operaciones de distribución física internacional o de facilitación del comercio exterior que dan origen a los contratos de almacenamiento o de embalaje; y, finalmente, aquellos que se refieren a actividades de transformación, como es el caso de los contratos industriales, maquila o de fasón.

7.5.1. Contratos de distribución

Son aquellos destinados a la comercialización internacional, sea directamente a través de la acción del departamento de comercio exterior de una empresa o a través de *trading companies*, que conllevan un contrato de comercialización internacional,

de distribución comercial, concesión comercial y de agenciamiento o de representación. Todos los cuales, particularmente el último, tienen pautas específicas de regulación incluso en América Latina, con el fin de resguardar la acción de los agentes o representantes que están abriendo los canales de comercialización en sus propios países.

La apertura comercial de América Latina se hizo sin tener una normatividad específica sobre este contrato, excepto en Costa Rica, Panamá y Guatemala, que diseñaron reglas especiales, en tanto que en el resto de países no se diseñó una legislación que regulara el contrato ni los operadores previeron condiciones particulares para celebrar contratos de agencia o representación, hecho que ocasionó perjuicio a muchos agentes nacionales.

7.5.2. Contratos financieros

Están referidos a operaciones de intermediación financiera y son esencialmente conocidos como contratos bancarios o de facilitación financiera.

Así, tenemos el contrato de financiamiento propiamente dicho, el *credit revolving*, los créditos sindicados y también el crédito documentario, sobre todo con cláusula roja, que es una modalidad de financiamiento.

La frecuencia e importancia de las relaciones financieras dentro de una operación de comercio internacional ha dado origen a una vertiginosa evolución de modelos contractuales financieros que a inicios de los 90, con la apertura comercial internacional y el proceso de globalización económica, ha desplazado del mercado a los contratos financieros, sustituyéndolos por los créditos sindicados y los llamados créditos subastables.

Muchos de estos contratos se hacen vía formularios, circunstancia que ha suscitado serias preocupaciones y cuestionamientos que abordan no solo su validez y eficacia sino, también, la hermenéutica, ya que usualmente son diseñados e impuestos por la parte más fuerte en la relación, como son los bancos cuando afectan las bases de la protección al consumidor, vulnerando los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones que rigen nuestros diferentes ordenamientos y el real sentido del Derecho Internacional del Comercio.

7.5.3. Contratos de logística

Son los llamados facilitadores del comercio internacional, cuyo propósito es coadyuvar al comercio de mercancías, permitiendo el almacenamiento y la circulación de estas. Es el caso de los contratos sobre almacenes generales de depósito y la gestión o comercialización de sus instrumentos, como el *warrant*.

En todos los países de América Latina existe normatividad expresa sobre la contratación y operatividad de los almacenes generales de depósito, así como del *warrant*.

Tenemos particularmente los arts. 280 a 287 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, así como la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de México.

7.5.4. Contratos industriales

Suelen ser muy complejos, duran un prolongado período y son totalmente diferentes de los contratos de compraventa o de prestación de servicios.

En los contratos industriales conviene diferenciar los referidos al equipamiento y el proceso tecnológico, pudiendo vislumbrarse cuatro modelos específicos: industriales en general, plantas petroquímicas, fábricas de fertilizantes y centrales hidroeléctricas.

La característica básica de estos contratos reside en que el contratista se obliga a suministrar al adquirente equipo y materiales para su incorporación a las usinas, y a instalar el equipo o supervisar su instalación por otras personas.

También se los denomina de manera general como contratos de obras, *turn-key* o «llave en mano», en los que el contratista suele diseñar las instalaciones, la transferencia de tecnología y la capacitación del personal adquirente. Usualmente, estos contratos dan origen a otros como el de asistencia técnica o de mantenimiento de equipos.

7.5.5. Contratos de ingeniería

También denominados contratos de construcción pesada o de ingeniería civil. Se diferencian de los anteriores en que estos se refieren solo a la parte de construcción y no contienen aspectos de tecnología, equipamiento ni capacitación o entrenamiento para el personal de la entidad o empresa adquirente.

En este tipo de contratos desaparece la relación tripolar, característica de los modelos mercantiles internacionales, para reducirse a una relación bipartita entre cliente-contratista, en la que este último asume la concepción del proyecto. Aparte de los beneficios que genera este tipo de contratos, también es necesario mencionar algunas reservas que los países latinoamericanos deben tener presente, ya que, con frecuencia, impiden al cliente —que puede ser el Estado o un empresario latinoamericano— realizar modificaciones al proyecto; y que, cuando son admitidas por el contratista, devienen en altos costos. También debe establecerse el impacto del costo de mano de obra; con frecuencia, se utiliza la del propio país contratante, que en el caso latinoamericano tiene un bajo costo, pero que no conlleva un menor costo en la ejecución del contrato ni en sus modificaciones. Esta situación puede revertirse si son las empresas transnacionales latinoamericanas las que están operando en otros países, pues llevarán a sus técnicos e ingenieros con bajo costo hacia otros mercados, como lo han hecho algunas empresas de ingeniería brasileras, argentinas y mexicanas.

7.6. En razón de su discrecionalidad

Aun cuando en todo contrato hay una manifestación de voluntad de las partes, expresada en el uso de su libertad contractual reconocida por la ley y el Derecho Internacional, existen contratos en los cuales esta se manifiesta con mayor o menor nitidez. Por ejemplo, en un contrato de servicios (transporte aéreo de pasajeros) la libertad de convenio es un lirismo, pues sencillamente o se toma o se deja: el sujeto entra a un contrato de adhesión en el que no puede negociar ni el equipo ni el itinerario; en cambio, en un contrato de compraventa el margen de discrecionalidad es amplísimo.

Es posible que algunos encuentren errada esta subclasificación, ya que un buen sector de la doctrina combate la división entre consensuales y no consensuales, afirmando que todo contrato es consensual. Sin embargo, como señala con acierto Marcel Planiol, la determinación de los contratos en consensuales tiene por base la clasificación del contrato y no su naturaleza (1926, p. 349).

Si bien en algún momento debe darse la tradición de la cosa, lo que se quiere ver en esta clasificación es que, en algunos contratos, el consentimiento se plantea de manera simultánea y se construye el propio contrato, mientras que en otros, más bien, parece existir un sometimiento, aun cuando en el contrato de adhesión hay, al fin y al cabo, un asentimiento, al adherirse al planteamiento hecho por una de las partes, que siempre es la dominante o influyente.

7.6.1. Contratos de equilibrio

Aquellos en los cuales las partes pueden, efectivamente, estipular condiciones, obligaciones y derechos a través de prestaciones recíprocas. Por ejemplo, el contrato de compraventa de mercancías, el contrato de suministros o el contrato de *joint venture*.

Hay un consentimiento libremente manifestado por las partes, la consensualidad está implícita en estos negocios. Aun cuando la doctrina nacional sostiene que la consensualidad no transfiere el dominio cuando se trata de bienes muebles, pues se requiere la tradición, las partes pueden hacer uso de los Incoterms para indicar, sin duda, el momento en que se transfiere el riesgo e incluso la propiedad.

7.6.2. Contratos de adhesión

En estos, una de las partes impone los términos y sus condiciones, incluso impresos, y la otra los acepta. Ejemplo típico son los contratos de transporte, de seguro, de algunos servicios de tecnología (industria, química, farmacéutica, informática) y los contratos de financiamiento internacional, en los que se puede apreciar que los intereses son modificados a favor del acreedor por decisión unilateral, ya que se trata de tasas variables como la Libor o el *prime rate*.

La padronización o estandarización de los contratos es una expresión de estos acuerdos, en la que una de las partes se somete a los términos previamente estipulados por la otra.

Otro tanto son las llamadas «condiciones generales de venta», que no son más que documentos impresos en los que una de las partes coloca su nombre, sus «generales de ley» y luego firma en señal de aceptación y conformidad.

La Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, la CEPAL europea, ha diseñado condiciones generales, contratos-formulario, para el suministro de maquinaria por exportación (modelo 188), así como otros documentos para plantas industriales y aun materias primas.

7.7. En razón de la mercancía

Aun cuando las operaciones internacionales se realizan sobre bienes y servicios, los contratos incluyen indistintamente estas mercancías, incluso con elementos financieros, por lo que conviene distinguir estos contratos entre los de bienes, servicios y los múltiples.

7.7.1. Contratos de bienes

El comercio internacional se desarrolla plenamente a través de bienes, sean materias primas, productos naturales o productos manufacturados. Los contratos internacionales en su gran mayoría tienen como objeto bienes, es decir, cosas ciertas e individualmente determinadas o determinables. Este es el universo más significativo en volúmenes, aunque no necesariamente en cuanto a valores.

Es el más frecuente de los contratos, que se expresa en el contrato de compra-venta de mercancías, pero puede ser también un contrato de uso de marcas que se paga mediante bienes producidos con dicha marca o con dicho *know-how*.

Otros contratos de bienes son los de *countertrading*, *buy-back*, *linked cash purchase* y *offset*, en los que, justamente, las mercancías se pagan con bienes. A pesar de que hay una vinculación jurídica, se hacen independientemente, para desvincularse. Esa es su característica más notoria.

Esa dicotomía entre la necesidad financiera de desvinculación y la necesidad jurídica de vincular las operaciones para que ellas puedan estar ligadas entre sí con el fin de que exista una unidad en la transferencia recíproca de bienes propicia la formulación de una serie de contratos, de ida unos y de vuelta aquellos, con los que se compensan las mercaderías, regidas por un contrato básico denominado *bel agreement* o protocolo. En otras palabras, se trata de varios contratos sobre bienes, aparentemente desligados por razones de financiamiento y unidos por un protocolo, que es el más importante y difícil de los documentos (Baptista, 1986a, p. 24).

7.7.2. Contratos de servicios

Cada vez es mayor el comercio internacional de servicios, no solo en volumen sino, indudablemente, en valores, y eso conlleva una depuración de nuevos tipos de contratos. Algunos países latinoamericanos que ya se han consolidado en las exportaciones de manufacturas —como Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile y México— han ingresado al mundo de la comercialización o exportación de servicios, siendo, pues, una actividad cada vez más creciente de las empresas latinoamericanas en lo que se podría decir es la clase alta de las exportaciones.

En los contratos de servicios se entremezclan una serie de elementos que no son puramente servicios, como es el caso del aprovisionamiento de equipos, el capital financiero u otros insumos que se verifican de modo simultáneo no solo por parte del país exportador sino de otros países proveedores.

Por ejemplo, en la construcción pesada o la de proyectos de ingeniería, se puede dar el caso de la exportación de servicios de ingeniería sin que ocurra el suministro de ningún factor nacional (equipo, máquinas, técnicos), pues estos son suministrados por empresas de otros países, siendo que la empresa proveedora del servicio es solamente propietaria del capital.

Una de las diferencias entre el contrato de servicios y el de bienes es que el producto de este último se contabilizará necesariamente en la balanza comercial; en cambio, el del primero producirá un conjunto de efectos que varían caso a caso.

Estos contratos pueden ser de servicios turísticos, pero principalmente ejecución de proyectos, consultoría y diseño, construcción pesada, montaje, dirección gerencial, supervisión de obras y de *factoring*, así como el contrato de seguro.

México, Argentina y Brasil son los países que más han utilizado este tipo de contratos, siendo el último el que ha mostrado la experiencia más sobresaliente tanto en los contratos de construcción —a través de empresas como Camargo Correa S.A., Constructora Andrade Gutiérrez S.A., Mendes Junior y Norberto Odebrecht— como en el subsector de ingeniería de consulta representado por Hidroservice, Themag, Promon, Tecnosan de Engenharia S.A., Geotécnica y Electroprojetos S.A. En el Perú, COSAPI S.A., en el área de construcción pesada, y la subsidiaria de la IBM en la exportación de *software*.

7.7.3. Contratos múltiples

Gran variedad de contratos internacionales involucran transferencia de bienes, servicios, manejo gerencial, uso de marcas, tecnologías, dirección o servicios generales, financiamiento y hasta asistencia técnica. Un ejemplo típico lo constituyen los contratos de construcción pesada o de ingeniería y los de *franchising*, en los que se exportan

bienes, servicios, capitales, gerenciamiento y uso de marcas. Constituyen una gama amplísima de mercancías, aun cuando se refieran a un mismo objeto contractual, y generan la transferencia de diversos bienes que pueden estar contenidos en otros contratos derivados.

7.7.4. Contratos tecnológicos

Están referidos a cuestiones vinculadas a la propiedad intelectual o uso de tecnologías. Dentro de ellos podemos referirnos también a los llamados contratos informáticos.

En la medida en que las innovaciones tecnológicas caen dentro del comercio y del tráfico jurídico, van apareciendo diferentes modelos, como los contratos de licenciamiento de marcas, contratos de *know-how*, contratos telemáticos, firmas electrónicas y comercio electrónico.

A diferencia de los contratos de compraventa de mercaderías, los tecnológicos conllevan, en primer lugar, la necesidad de distinguir entre aquellos conocimientos susceptibles de explotación en cualquier lugar y por cualquier persona, y aquellos otros que llevan el referente a su origen y que no pueden ser explotados libremente. Por ello son recomendables los contratos preparatorios, que permitan precisar los aspectos culturales, lingüísticos, económicos y educacionales del país receptor de la tecnología con el fin de hacer fructífera y productiva la licencia de tecnología, pues la experiencia indica que todo contrato de *know-how* requiere una adaptación al caso concreto. Solo después de ejecutarse el acuerdo podrá conocerse si la adaptación fue la más conveniente.

Por otro lado, en los procesos de inversión extranjera directa (IED), el aspecto tecnológico significa un gran valor en los aportes que conllevan las exoneraciones y liberaciones que los países receptores otorgan a los inversionistas; luego, es conveniente valorar si tal factor tecnológico es el necesario para el país y si guardan una equivalencia con las concesiones que otorga el Estado, como son exoneraciones y liberaciones tributarias dentro de beneficios promotores de la inversión que otorgan los países latinoamericanos.

Los contratos tecnológicos nunca son estáticos como lo es la compraventa, por ejemplo. Se trata de procesos que se prolongan en el tiempo, por lo cual es bueno exigir el máximo rigor en el contrato escrito, sea en los preparatorios o en los definitivos, como lo son el contrato de licencia de marca, el *know-how* y el licenciamiento de patentes.

SEGUNDA PARTE
TRANSACCIONES INTERNACIONALES

CAPÍTULO IV

INTERCAMBIO DE BIENES, SERVICIOS Y TECNOLOGÍA

El intercambio de bienes, servicios y tecnología representan el aspecto medular del comercio internacional. Es una operación por medio de la cual se entrega una cosa determinada, un servicio y mecanismo tecnológico, contra su equivalencia en dinero. Ampliamente, puede definirse como una convención mutua en virtud de la cual el vendedor se obliga a entregar la cosa que vende y el comprador a pagar el precio convenido por ella. Es un vínculo entre la producción y el consumo internacional de bienes y servicios que hace trascendente la producción.

Si la compraventa es un acto de intermediación, quiere decir que es un hecho comercial; luego, la figura cae dentro de los límites de los eventos mercantiles, en los que con más propiedad debe considerarse, a diferencia de la compraventa civil, que es un acto de consumo: compro para satisfacer mi necesidad; el fin se realiza en el acto mismo de la operación, sin que continúe el tránsito ni del negocio jurídico ni del bien.

El otro ingrediente del intercambio y que le da singularidad es el ánimo de lucro, la especulación, que está alejada de la compraventa civil, en la que el sujeto busca racionalmente reducir costos para adquirir algo que lo satisfaga, sin trasladar a otro el pago de dicho costo ni percibir la utilidad prevista por la acción. «El ánimo de lucrar es necesario, aun cuando posteriormente el comerciante no obtuviera utilidad en la reventa. Además, el comerciante adquiere las cosas para revenderlas» (Castañeda, 1970, p. 59). Esta connotación, que ahora no merece duda, tuvo un período de confusión, de falsa percepción, cuando merced a la influencia canónica, la doctrina del «precio justo» constreñía al mercader a revender las cosas solo si el precio no excedía de lo justo, es decir, del costo de adquisición. La primera revolución industrial superó esta limitación, pues al proceso de intermediación se le reconoció una acción facilitante y de acercamiento entre el productor y el consumidor; asimismo, en la medida en que crecieron las ciudades, la gestión involucraba nuevas tareas, como el almacenamiento, el transporte y el envase, que añadían costos al precio original

de la mercancía y, en consecuencia, un valor. De todo ello podemos obtener cuatro notas características: es un acto de intermediación; tiene un fin especulativo, es decir, busca el lucro; hay una relación intersoberanía, ya que la mercancía o servicio circula por ordenamientos jurídicos distintos; y, finalmente, se produce la conexión de dos contratos simultáneos y sucesivos, uno que vende —en este caso el exportador— y otro que compra —en este caso el importador—, constituyendo una operación económica única e indisoluble.

La acepción más general es la de un contrato en el ámbito del comercio internacional, en el cual el exportador se obliga a transferir la cosa y el importador a pagar el precio, de modo que ambas acciones se integran en un solo contrato. De esa manera se realizan dos actos relacionados entre sí: el primero que inicia el contrato y el segundo que lo hace viable.

El importador no adquiere la mercadería para sí, la compra para revenderla al mayorista; luego este hace lo propio con el minorista y, finalmente, este continúa con el consumidor final. En otras palabras, se adquiere la mercancía con el ánimo de lucrar.

La vinculación de la venta y la reventa es tan fuerte que León Bolaffio reconoce que «[...] la firmeza del contrato de reventa impone la validez de la adquisición, bastando la conminatoria de su resolución en la hipótesis de su incumplimiento, además del resarcimiento de los daños» (1935, p. 16).

Empero, es bueno advertir que el propósito de especular no es un hecho individual, personal de los sujetos contratantes, sino de la acción de intermediación. El propio acto de comercio es especulativo —es la etapa del proceso económico internacional que lleva implícito el lucro—, de igual manera que en la industrialización lo es la transformación. El importador, al comprar, actúa con la intención de transferir lucrativamente a otro la propiedad o el uso de lo que adquiere, independientemente del momento en que lo haga. Es, pues, objetivamente, un acto comercial, lucrativo.

El sistema objetivo es universalmente aceptado en todo el campo del Derecho Comercial. No caracteriza a la compraventa mercantil el hecho de que los contratantes —o uno de ellos— sean comerciantes, sino que el acto mismo de intermediación para lucrar es una etapa de la distribución en el proceso económico. El elemento subjetivo, pues, carece de relevancia en la calificación del contrato; es el acto el que interesa. En forma independiente de esta aseveración, sería materialmente imposible determinar la condición de comerciante o no de las partes para calificar a la operación de compraventa mercantil internacional. Cada país puede tener algunas estipulaciones para calificar a un sujeto comerciante, siendo la carga de la prueba un medio difícil de acreditar.

En el campo de las exportaciones no tradicionales de América Latina, en el que aún no hay una sólida estructura comercial interna ni externa, pueden darse casos en que un productor —con frecuencia los de productos frescos, flores o frutas— venda a un importador mayorista del exterior; o que, a la inversa, el agricultor nacional adquiera del proveedor extranjero envases, semillas, maquinaria para procesamiento o sistemas de preservación de productos frescos. En cualquiera de las posiciones se trata de una compraventa comercial, aun cuando sea, como se aprecia, un acto mixto —civil para uno y comercial para el otro—, ya que es imposible escindir en dos un acto jurídico único. Tampoco es preciso que los sujetos sean distintos física o moralmente. Puede ser una empresa que exporta a su subsidiaria en el exterior, incluso manteniendo una misma unidad económica y jurídica. Tampoco la compra en físico ha de preceder necesariamente a la venta, como es el caso de los llamados «contratos de futuro».

La compraventa mercantil se ha de atener a los principios generales sobre los contratos de comercio. Por tanto, está dentro del ámbito contractual, pues hay consentimiento expreso de las partes, de naturaleza análoga a cualquier contrato —aun los civiles— pero hay una extensión, también manifiesta, de intermediar y de lucrar.

Finalmente, debemos mencionar que los contratos de compraventa internacional se refieren en forma indistinta a bienes muebles o inmuebles. Por ejemplo, las locomotoras, los aviones y los proyectos *turn-key* son sobre equipos y plantas industriales, jurídicamente inmuebles; sin embargo, están dentro del objeto comercial del negocio. Esta circunstancia diferencia este tipo de contrato de la tradicional compraventa mercantil en la esfera nacional.

1. LOS SERVICIOS

Como en la gran mayoría de categorías del comercio internacional no existe una definición siquiera general de lo que se entiende por servicios. Lo cual conlleva distintas posibilidades e inconvenientes. Así, para los escépticos sería ventajoso pues siempre se estaría dependiendo de su interpretación. Otros en cambio verían una desventaja al momento en que el Estado pretenda establecer políticas comerciales, ya que no podría delinear su ámbito. Para los pragmáticos sería una gran ventaja por la multitud de definiciones y conceptos que en cada caso se darían al momento de negociar la concesión o explotación de operaciones comerciales, así los más experimentados tendrían la posibilidad de definir esta acción.

Desde la Economía como desde el Derecho, se ha pretendido elaborar un concepto de lo que se entiende por servicios, sin que se haya llegado a establecer un criterio preciso, ni siquiera homogéneo. Desde la óptica de la economía resulta difícil clasificar

o individualizar el entorno de los servicios. Los trabajos de Oulton (*International Trade in Services and the Comparative Advantage of E. C. Countries*, Londres 1984); Faketektuty (*International Trade in Services. An Overview and Blueprint for Negotiations*, Washington, 1988); o Hindley-Smith («Comparative advantage and trade in services», en *The World Economy*, 1984); no llegan a concebir una adecuada definición de servicios. Tal vez Kakabadse proporcione la más acertada cuando afirma que «servicios es aquello que se puede comprar y vender pero que no se puede dejar caer sobre nuestros pies» (1987, p. 5).

En su destacado artículo «On goods and Services», T. P. Hill fue uno de los primeros economistas en intentar una definición de servicios como opuesto a lo que se identifica como residual o como terciario. Su trabajo ha sido recibido y merecido amplio reconocimiento de la literatura económica. Según Hill, un «[...] servicio puede ser definido como un cambio en la condición de una persona, o de un bien perteneciente a alguna unidad económica, lo cual habría dado como resultado la actividad de alguna otra unidad económica, en mérito al previo acuerdo de una otra persona o unidad económica» (1977, p. 318).

En términos generales, la mayoría de los economistas y contadores concuerdan que servicio es el «contenido de todas las transacciones económicas que no están clasificadas como bienes», abarcando de esa manera los servicios mercantiles como los no mercantiles sin ánimo de lucro; tanto los servicios formales como los informales; los servicios remunerados y los conocidos como «hágalo usted mismo». En cuanto al sujeto que lo proporciona, los servicios pueden ser ofrecidos por personas naturales, por empresas o por el Estado. También se incluye en ellos los servicios primarios, intermedios como insumos o para el uso humano directo. Estos pueden ser producidos y utilizados simultáneamente o consumidos después de un período de tiempo como aquellos contenidos en un CD, o a distancia mediante una infraestructura de comunicación. En cuanto a su manifestación o expresión pueden ser más o menos no materiales, permanentes, reversibles o apropiados. Sin embargo, todas estas categorías no explican cuál es su naturaleza esencial y su estructura dejando un vacío conceptual.

Desde la visión del Derecho, en tanto, se ha centrado en delimitarlo como una contraposición a lo tangible y se ha incidido en su invisibilidad, como lo afirman Dominique Carreau, Michel Rainelli y Catherine Colard-Fabregoule; o como una realidad distinta a los bienes o mercaderías como lo hace Phedon A. Nicolaïdes (1989, pp. 29-57), quien lo define como «intangible, invisible, no transportable, no almacenable, perecible, inagotable, algo que no puede caer sobre el pie, algo de quien su derecho de propiedad no puede ser transferido» (1989, pp. 29-57), etc., en tanto que los bienes son generalmente reconocidos como visibles, tangibles, permanentes y almacenables.

A partir de la categoría jurídica de los derechos reales y de las obligaciones, se ha considerado que los bienes muebles, similares a las mercaderías, caen dentro de lo que se le denomina comúnmente cosas, en tanto que los servicios ingresan dentro de la categoría de las obligaciones, pues son una acción, una prestación. De manera que su transferencia también es diferente sea que se trate de una mercadería o de un servicio, en el primero hay una entrega y en el segundo un hacer, actuar o dejar de hacer, típico de la prestación de una obligación.

Incluso el art. I del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS, en inglés) dentro del marco de la OMC, no ayuda a entender esta actividad pues señala que «comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales». Es una tautología que no ayuda a delinear el ámbito de la materia.

Tal situación permite vislumbrar tres grandes dificultades: la concreción de lo que se entiende por servicio y su transferibilidad; el sentido que tiene; y la gran dificultad para precisarlo, que exige, con frecuencia, de una intervención reglamentaria.

La primera dificultad para entender el rubro servicios es paradójicamente el concepto de comercio internacional ya que este significa básicamente transponer una frontera, un territorio; en tanto que el servicio involucra una relación estrecha y cercana entre el proveedor y el consumidor, de tal manera que es posible que el intercambio se realice sin transponer una frontera, en un mismo país y ser, por su contenido, un caso de comercio mundial. De donde podríamos afirmar que el comercio internacional de servicios no es estrictamente un intercambio porque ello requiere cercanía, y de serlo, no podría ser muy frecuente y preciso.

Ello nos lleva nuevamente al criterio de su intangibilidad, en contraposición a las manufacturas que son tangibles. Pero habría que mirar más profundamente: el elemento tangible que se puede encontrar en algunos tipos, incorporados en el propio servicio. Es frecuente que el servicio, por su intrínseca inmaterialidad, esté incorporado en una mercadería o en una persona. «Existe una interrelación difícilmente escindible entre la actividad industrial manufacturera (con *output* tangible, «visible») y el servicio como la consulta legal, el marketing, la publicidad, la indagación científica, los procedimientos, el transporte. El servicio va, en este caso, a confluir en el producto material, es el valor relativo que se añade al bien final» (Greppi, 1994, p. 21).

Debido a su carácter intangible, los servicios no pueden almacenarse, debe ocurrir algo de producción y consumo simultáneamente en el punto de producción. Este «principio uno-*actu*» constituye una diferencia importante entre bienes y servicios e influye sobre cómo se realizan las transacciones internacionales: si un proveedor en un país posee un servicio deseado, él, simultánea y directamente, personal o impersonalmente, interactúa con los consumidores de servicio en otros países

para poder proveerlos. Esto es lo que Hirsh denomina «factor de simultaneidad» (1989, pp. 45-49 y 58-59). Mientras que muchos servicios, tales como transporte, turismo o tratamientos médicos se caracterizan por la necesidad de proximidad física, otros pueden producirse en un lugar y simultáneamente consumirse en otro lugar debido al aumento en el uso de servicios modernos de información, favorecido por la fusión de las tecnologías de telecomunicación y de computación. Un ejemplo de este último sería los desarrollos más o menos recientes en los servicios bancarios, por ejemplo, la introducción de la banca telefónica y en línea que hace de estos servicios cada vez más independientes de las consideraciones de ubicación (Parameswaran, 2004, p. 16).

El carácter impalpable es un elemento altamente típico del mayor número de servicios, pero lo es también el hecho de que en igual proporción hay una incorporación en un bien (*hardware*), en una persona (cantante, ingeniero, arquitecto, piloto) o en plástico (*credit card*) y que su utilización o explotación van a representar un cambio en la posición o estatus de una determinada persona.

Esta aparente contradicción se desvanece cuando admitimos que existen varias formas de aproximación, real o virtual, entre los generadores del servicio y los usuarios o consumidores. Así, por ejemplo, el presente texto se aproxima a los consumidores de tres formas: la primera cuando los consumidores concurren al lugar de venta, como una librería o kiosco en cuyo caso hay una tangibilidad representada por la expresión física del texto. La segunda al viajar el autor a diferentes ciudades latinoamericanas y exponer en conferencias y congresos cada uno de los aspectos del trabajo en donde se puede apreciar una cierta impalpabilidad pues son las palabras y no el bien físico. Finalmente, una tercera forma se presenta cuando el autor abre una página web para consulta de diferentes personas ubicadas en diferentes partes del mundo, donde la creación intelectual se comercializa virtualmente a través de las visitas a dicha *web*.

Una segunda dificultad, de carácter moral, es el sentido y fin que los detentadores de los servicios quieren darle, considerándolos como una mercancía o un producto siendo que en algunos casos es más precisamente un derecho como lo es la salud (servicios médicos), la justicia (servicios legales) y la educación (servicios educativos y de capacitación).

Tal circunstancia ha derivado, con gran frecuencia, a considerar los servicios con una naturaleza esencialmente invisible, ya que este se expresa y se hace evidente como una acción, una prestación, un cumplimiento, a diferencia de las mercaderías que son un objeto palpable. De aquí la clásica distinción jurídica entre la mercadería, bien material que es objeto del derecho de propiedad (derecho absoluto) y el servicio que es objeto de obligaciones (derecho relativo).

Se puede afirmar que todas las exportaciones de manufacturas solo son posibles si existe un amplio comercio internacional de servicios. Cada empresa exportadora de bienes y equipos requiere de servicios internacionales para efectivizarse como el transporte para llevarlos, las comunicaciones para formalizar el contrato, los recursos financieros para facilitar la producción y la importación, los seguros para resguardar los riesgos y los otros mecanismos facilitantes de la logística de distribución física como los contenedores y los medios informáticos.

La tercera y última dificultad es que la casi totalidad de dichos servicios no pueden ser identificados ni medidos, a menos que intervenga el Estado. Esto explica por qué las barreras a la comercialización adquieren la forma de obstáculos técnicos, como las normas para controlar la producción o estándares de calidad en los envases, etiquetado, e incluso en la propia producción de las mercaderías.

Las condiciones de venta de las mercaderías pueden depender sustancialmente de los costes y estos a su vez de quienes los controlan sobre todo cuando se trata del transporte o de los medios logísticos de distribución física como los puertos y aeropuertos, que es una forma de exportación de servicios.

Por ello algunos países, principalmente los más desarrollados, han establecido sectores en los cuales no es posible una participación de la inversión extranjera de manera significativa. Incluso esta limitación se extiende a los servicios profesionales médicos y legales. Este es el caso de los Estados Unidos de América donde las asociaciones o colegios profesionales ejercen un considerable control con respecto a la admisión de graduados y el otorgamiento de licencias para ejercer la profesión. De tal manera, que aun existiendo tratados bilaterales entre los Estados, las asociaciones pueden restringir la actuación de profesionales extranjeros. Se basan en el criterio de que la calidad y la confiabilidad son más importantes para los consumidores que los precios, así como en el privilegio que tiene el sector privado —las asociaciones de profesionales lo son— para limitar el acceso de sus miembros.

De tal manera que es harto complejo dar un concepto preciso, y menos definir lo que se entiende por servicios, a pesar de su existencia y real presencia en cualquier operación mercantil, así como de su significativo incremento en el comercio mundial.

Sin embargo, a fin de intentar una aproximación conceptual con el propósito de distinguirlo de los aspectos tecnológicos o intelectuales, podemos entender por servicios al conjunto de medios, mecanismos, canales, soportes, conductos o instrumentos que coadyuvan al mejoramiento de la producción industrial; posibilitan el flujo internacional de mercaderías, personas, capitales e información, acercando los bienes tangibles hacia los consumidores, o, también, posibilitando directamente

su uso y disfrute directo de tales medios, mecanismos o canales. De tal manera que son un medio de acercamiento de las mercaderías y asimismo un facilitante del intercambio; pero igualmente por sí mismos un objeto del comercio internacional ya que se pueden intercambiar, independientemente, como tales.

2. LA TECNOLOGÍA

Es harto difícil precisar el ámbito de la tecnología, más aun si la enmarcamos dentro del flujo dinámico del comercio internacional ya que ella abarca, en forma amplia, los conocimientos técnicos patentados y también los no patentados, inclusive las fórmulas, diseños, planos, dibujos, marcas; así como los procedimientos empleados en la aplicación de dichos conocimientos técnicos.

Según el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC o TRIPS, en inglés) dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la tecnología comprende los derechos de propiedad industrial (patentes, modelos de utilidad, marcas, nombres comerciales, diseños, dibujos, modelos industriales, indicaciones geográficas y denominaciones de origen, obtenciones vegetales, topografías de productos semiconductores y el secreto industrial); y, además, los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor, derechos conexos o afines y la base de datos).

Es menester aclarar que como dicho Acuerdo es producto de la confluencia de diferentes sistemas jurídicos, principalmente del sistema del *common law* y del derecho romano germánico o latino, se ha intentado una equiparidad terminológica, a costa de la precisión. En efecto, el primer sistema utiliza el término de propiedad intelectual para significar tanto la propiedad industrial como los derechos de autor; en cambio en el sistema latino se emplea el término propiedad industrial en un doble sentido: uno general que comprende los derechos de propiedad industrial y los de propiedad intelectual, y otro, específico, para designar exclusivamente a los primeros.

Tal situación ha traído como consecuencia una nueva terminología para los derechos protegidos y para los contratos que posibilitan su explotación o comercialización. Por ejemplo, las patentes utilizan modelos que son llamados derechos técnicos o *technical rights* en orden a distinguirlos de los derechos artísticos, como puede ser el *copyright* o el derecho de diseño por un lado o derechos que se refieren al mundo de los negocios de bienes, tales como nombres comerciales y marcas comerciales.

Un marco de estudio más amplio es el que esboza Gandra da Silva Martins quien sostiene que se entiende por tecnología los conocimientos científicos pero, además, aquellos «[...] que no son estrictamente científico-técnicos, sino simplemente

empíricos (por ejemplo, los que un técnico experimentado ha obtenido a lo largo de su vida), así como todos los requeridos para la comercialización, indispensables porque los bienes y servicios son producidos para ser comercializados y en muchos casos las tecnologías usadas en la producción son elegidas en función de la tecnología de comercialización» (1980, p. 100).

La tecnología no es una creación intelectual abstracta separada de la realidad circundante; ella existe porque es aplicable, está orientada a un proceso de producción, comercialización, administración o de enseñanza específico. Hay una direccionalidad del conocimiento hacia algo que puede ser aplicado a un medio ambiente. Empleo o utilización del conocimiento es lo que la hace real y tangible.

Ese ámbito de la tecnología es lo que permite configurar una fase específica del comercio internacional pues las fuerzas del mercado buscan dominar esa área de influencia para asegurar las etapas previas que pueden consistir en la exportación de servicios o protección de inversiones. El mayor control o no de la tecnología inciden directamente en los beneficios, el sostenimiento de las operaciones comerciales y el incremento de su acción empresaria.

La tecnología impacta en la economía ya que determinado procedimiento o mecanismo puede ayudar al desarrollo de una nación o distraer recursos escasos que podría orientar a actividades en las cuales tiene mejores oportunidades de crecimiento o más abundante uso de mano de obra. Por ello el Código de las Naciones Unidas sobre Conducta de las Empresas Transnacionales (*Code of Conduct on Transnational Corporations*) de 1988 señala: «Las corporaciones transnacionales deben ajustarse a las leyes y regulaciones de transferencia de tecnología de los países en los que operan. Deben cooperar con las autoridades competentes de aquellos países para la evaluación del impacto de las transferencias internacionales de tecnología en sus economías y consultarles sobre las diferentes opciones tecnológicas que podrían ayudar a dichos países, particularmente desarrollando los países para lograr un desarrollo económico y social. Las corporaciones transnacionales deben contribuir para el fortalecimiento de las capacidades científicas y tecnológicas de las naciones en desarrollo, según las políticas y prioridades de ciencia y tecnología establecidas en dichos países. Las corporaciones transnacionales deben emprender actividades sustanciales de investigación y desarrollo en los países en desarrollo y deben realizar un uso completo de los recursos locales y personal en este proceso» (art. 38).

El marco inicial de la propiedad intelectual fue el Convenio o Unión de Berna de 1886, posteriormente revisado en 1971, en París, que reconoce a los autores de obras literarias y artísticas la tutela de sus creaciones más allá de su país de origen, dándoles un trato nacional, similar al que ahora se reconoce para las inversiones extranjeras en los países donde se ejecuten, apliquen o comercialicen.

El art. 5 del Convenio garantiza a los autores el goce en los países miembros del Tratado, que no sean el país de origen de la obra, de los mismos derechos que las leyes internas conceden a sus nacionales. La protección en el país de origen de la obra se rige por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea del país de origen de la obra tendrá los mismos derechos que los autores nacionales. Su ámbito son todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera sea su forma, como son: libros y escritos, alocuciones, obras dramáticas y coreográficas, composiciones musicales, obras cinematográficas, dibujo, pintura arquitectura y escultura, fotografías, obras de arte y obras plásticas. Igualmente traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás variaciones de una obra literaria o artística. Este es el ámbito inicial, aunque es bueno reconocer que en razón de las limitadas posibilidades de industrializar las obras artísticas a través de las reproducciones litográficas o impresiones en acetato y ahora digitales, el marco de protección previsto por el Acuerdo era también limitado. No existían mecanismos para garantizar el respeto de los Estados miembros de los estándares mínimos de protección propuestos inicialmente.

En razón de tales limitaciones al momento de crearse la OMC, se estableció el Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio), destinado a complementar al indicado Convenio y diseñando una efectiva protección de la propiedad intelectual dentro del creciente desarrollo del comercio internacional. Sus reglas aplicables se articulan entre el art. 9 al 14, incorporando en su texto las nuevas creaciones como son los programas de software, así como abarcando todo lo que se conoce como propiedad industrial; extendiendo el régimen previsto por el Convenio de Berna, no solo cuando se expresan en símbolos escritos o códigos alfanuméricos sino cuando constan en lenguaje exclusivo de los computadores. Igualmente establece un rango de acción y de coerción a las autoridades judiciales reconociendo la facultad de la judicatura para dictar medidas destinadas a evitar la acción infractora, resarcimiento de los daños y perjuicios, así como el decomiso de la mercadería. Sin embargo, en una muestra de que este desarrollo tecnológico es vertiginoso y creador, el ADPIC no ha logrado prever los nuevos aspectos de las herramientas digitales ni de todo aquello que ahora se conoce como la tecnología de la información como son las redes electrónicas.

Finalmente el 20 de diciembre de 1996, dentro del marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se suscribieron los tratados sobre Derecho de Autor (TDA) y el Tratado sobre interpretación o Ejecución de Fonogramas (TIEF). Ambos instrumentos tienen por objeto cubrir la ausencia de los instrumentos

anteriores ya que los relaciona dentro de la esfera del llamado entorno o medio digital. Adicionalmente y en el caso específico del TIEF, este no solo complementa el Acuerdo de Berna, al igual que el TDA, sino que, además, deberá entenderse ya que así se configura como un texto complementario de la Convención de Roma de 1961 sobre fonogramas.

De tal manera que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos podrán adecuar sus legislaciones dentro de estos criterios sobre propiedad intelectual, como lo ha hecho en su oportunidad la Unión Europea a través de un esfuerzo de armonización comunitaria.

Herbert Marcuse señalaba, en el período de los grandes cambios de 1968, que la tecnología es un sistema de dominación: «Hoy la dominación se perpetua y se difunde no solo por medio de la tecnología sino como tecnología, y la última provee la gran legitimación del poder político en expansión, que absorbe todas las esferas de la cultura» (1971, pp. 185-186). Y se puede comprobar que el impacto de la tecnología de la información ha hecho, por ejemplo, olvidar esta misma reflexión, por la multitud de hechos y datos que en distinta dirección han providenciado precisamente las nuevas tecnologías. Casi es posible afirmar que la propia tecnología ha postergado la claridad de este análisis marcusiano cuya vigencia está fresca, aunque resta tiempo para su apreciación.

Una de las características de las nuevas tecnologías es que su radio de acción y sus consecuencias superan los límites de las fronteras nacionales, percibiéndose sus efectos en espacios lejanos a aquel de donde se originan.

Tales cambios se han hecho más patentes con la aparición de los nuevos medios de comunicación que han tenido significativas consecuencias para el acceso a las materias primas, manufacturas y servicios. El *fax*, *e-mail*, el internet y los celulares o móviles han incrementado la rapidez del intercambio comercial. Estas tecnologías facilitan las negociaciones internacionales y las decisiones de mercado debido a la carencia de documentos. En igual sentido las decisiones judiciales pueden ser conocidas por las partes, e incluso por terceros, como se pudo apreciar en la Corte Internacional de Justicia, en la que las argumentaciones orales sobre el caso Yugoslavia y las acciones en Kosovo pudieron ser accesibles mediante teleproceso.

Estos nuevos medios de la tecnología de la información han revestido de un inmenso poder a quienes lo controlan y lo disponen, de tal manera que es posible afirmar han creado una nueva forma de gobierno utilizando el espacio. Por ello las naciones altamente industrializadas poseen varios satélites a su disposición, incluso países latinoamericanos que se encuentran afianzados o fortalecidos en el nivel de exportación de servicios como Brasil, México o Chile.

3. LAS REGLAS DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL

Evidentemente, no existe una ley universal que regule el contrato de compraventa internacional ni un código que establezca las normas o situaciones a que se puede someter este principal contrato. Incluso, los tratados internacionales solo esbozan algunos aspectos de esta operación mercantil, dejando grandes vacíos. Se han hecho otros esfuerzos académicos para establecer determinados principios generales, como el excelente trabajo del UNIDROIT que diseñó los Principios Generales sobre los Contratos Comerciales Internacionales (véase anexo) y que establece criterios básicos como la libertad contractual, las limitaciones al principio *pacta sunt servanda*, la buena fe y la lealtad negocial, entre otros.

Por otro lado, los gremios conformados por comerciantes, operadores o asociaciones de empresarios han elaborado contratos modelo, ya que los Principios del UNIDROIT son pautas generales de contratación pero no abordan contratos específicos. De igual manera, las propias leyes nacionales ofrecen mecanismos y categorías para llenar el vacío regulador de las obligaciones comerciales. Finalmente, están las convenciones o tratados internacionales, dentro de los cuales la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional es la más conocida y aceptada.

3.1. Las reglas de los gremios

Sin lugar a dudas, todo el comercio, tanto doméstico como internacional, está basado en las costumbres y los usos, reconocidos por las leyes y aceptados por jueces y árbitros de todas las nacionalidades. Esos usos son, con frecuencia, ordenados y expuestos a través de contratos modelo por los gremios. Uno de los más activos es el que agrupa a los compradores, sustancialmente de *commodities*, domiciliados en Londres, y la Cámara de Comercio Internacional, que han sugerido diferentes modelos de contratación para cada materia prima específica y han diseñado folletos que son libremente utilizados por los operadores internacionales.

Así, tenemos las reglas contractuales de la London Corn Trade Association, que regulan las operaciones de compra de maíz; los contratos de otros gremios, sobre comercio internacional del café y del azúcar; y las diferentes fórmulas y modelos contractuales sugeridos por las asociaciones de compradores, todas ellas curiosamente ubicadas en Londres.

Igualmente, pueden mencionarse las reglas para facilitar las compraventas sugeridas en mayo de 1995 por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que propone a la comunidad empresarial su contrato modelo para operaciones internacionales de venta, que es una especie de minuta o formato; y las Reglas y Usos en Materia de Créditos Documentarios (*Règles et usances en matière de crédit documentaire*),

agrupadas en un texto conocido como Folleto N.º 500 y modificado por la versión del Folleto N.º 600.

3.2. Las leyes nacionales

Un contrato de compraventa internacional puede ser sometido a una ley nacional escogida por las partes interesadas, a no ser que exista intervención pública por parte de uno de los países en cuestión. Este principio es el de la libertad contractual emanada de la permisibilidad legal y facultad con que una norma inviste a cualquier sujeto para adherirse a una ley que regule dicho negocio.

A partir del decenio del 90 se han promulgado en América Latina normas de carácter internacional o para regular circunstancias intersoberanía, como son las reglas de arbitraje comercial internacional que se aplican cuando las partes de un convenio arbitral tienen sus establecimientos en Estados diferentes, o sobre el lugar del arbitraje cuando está situado fuera del Estado en el que las partes tienen su establecimiento o la cuestión del arbitraje se encuentra en Estados diferentes.

Así, en el Perú, el Decreto Legislativo 1071, en sus arts. 1 y 5, admite el arbitraje internacional e, incluso, extiende sus normas de aplicación a las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano celebre con personas no domiciliadas pudiendo ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del Perú, libremente y sin requisito de previa autorización, reconociendo la plena validez de sus laudos y la libre designación de los árbitros. Similares normas están vigentes en otros países de América Latina.

Estamos asistiendo, pues, al nacimiento de una nueva fuente generadora de derechos y normas contractuales de comercio internacional: la regla interna.

3.3. Las convenciones internacionales

Las convenciones internacionales establecen una reglamentación más precisa sobre la compraventa, pero que es casi siempre suplementaria y no imperativa.

Hay cinco convenciones sobre la venta internacional, conocidas como las convenciones de La Haya; de estas, dos establecen las reglas de Derecho material y tres tratan sobre reglas relacionadas con el conflicto de leyes. Estas últimas son conocidas como la LUVI, Ley sobre Ventas de Objetos Muebles Corpóreos (1955); la LUF, Ley sobre Tránsito de Propiedad de Objetos Muebles (1958); y la Ley sobre Competencia de Jurisdicción Contractual en el caso de Venta en el Ámbito Internacional de Objetos Muebles Corpóreos (1958). Estas fueron un medio propicio para la formulación de otras convenciones y para el nacimiento de lo que ha venido en llamarse la *nova lex mercatoria*.

También se debe señalar la Convención de 1968 para los países del Mercado Común del Este Europeo (COMECON) sobre las condiciones generales de entrega de mercaderías.

La más importante de todas las convenciones internacionales es la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. Conviene distinguir que las disposiciones de las llamadas Convenciones de La Haya deben ser introducidas en las legislaciones nacionales, que con eso quedan modificadas, en tanto que la Convención de Viena es incrementada a las leyes nacionales en lo referente únicamente a la compraventa internacional, pero es independiente de esas legislaciones; de ahí que esta convención tenga mayores posibilidades de ser acogida por todos los países y constituya, hasta ahora, la regla más viable y aceptada por el comercio internacional.

De igual manera, tenemos las convenciones sobre transporte internacional, arbitraje y conciliación internacional (véase capítulos VI y IX), así como las diferentes convenciones interamericanas sobre aplicación y ejecución de los laudos arbitrales.

Estas son las bases sobre las cuales se puede armar el edificio contractual y, particularmente, el contrato de compraventa internacional que reduzca el margen de inseguridad y que cubra los más diferentes tipos de mercancías.

4. LA MERCANCÍA

En acepción generalmente admitida, producto o mercancía es todo bien económico destinado a satisfacer necesidades de personas ubicadas más allá de las fronteras. Independientemente de esta conceptualización teórica, en un proceso de contratación internacional, lo que se requiere es definir el producto en relación con los requerimientos o exigencias técnicas que su ingreso en un mercado extranjero precisa y asegurar la propiedad del nombre o marca a favor del productor.

En otras palabras, se deberá considerar si nuestro producto se ajusta o no a las normas internacionales de calidad, analizando en el aspecto técnico las posibles analogías y diferencias entre las normas nacionales de fabricación y las requeridas por el mercado comprador. Asimismo, es necesario considerar, dentro de la estrategia mercadotécnica, si se vende sin nombre o marca. Ahora bien, si se opta por individualizar el producto, entonces se han de prever las medidas cautelares haciendo uso de las normas nacionales y los acuerdos internacionales, para resguardar la propiedad intelectual representada por la marca o nombre del bien.

La mercancía no solo incluye el producto en sí, sino que, además, implica otros elementos, como el empaque o el embalaje, el transporte local, el manipuleo en puertos, la conservación (caso de frescos) hasta ser colocada en un buque o avión.

Todo ello debe ser previsto en la cláusula precio, a efectos de presentar una cotización global.

Si las exigencias o características técnicas que requiere el comprador no pueden ser plenamente satisfechas por el vendedor o no son exactamente iguales, es formalmente posible que se presenten alternativas de productos que, ajustándose a las finalidades de uso o consumo pretendidas —aunque no fuesen exactamente lo pedido—, puedan ser cotizadas como ofertas alternativas a la principal, que denominaremos *oferta básica*. Dichas sugerencias pueden constituir, posteriormente, una real ventaja para el oferente, ya que sin apartarse de su *oferta básica*, plantea una variable nueva, dentro de la cual el envase y las instrucciones corren como una constante en toda la propuesta.

El otro aspecto que se debe considerar, e indudablemente el más importante desde el análisis contractual, es la protección del nombre y de la marca que identifica al producto o servicio. La función de promoción y publicidad internacional está basada, precisamente, en resaltar la marca o nombre con el fin de diferenciarlo en el mercado. De esa manera, el manejo y conocimiento de los elementos de la «propiedad industrial» devienen en aspectos fundamentales en un contrato de exportación de mercaderías que busca no solo vender el bien sino, también, permanecer y consolidarse en el mercado.

4.1. La protección de la propiedad industrial

Si bien los derechos de propiedad industrial e intelectual en general pueden estar protegidos en el marco jurisdiccional de un Estado, los productos que los llevan traspone las fronteras con gran facilidad, escapándose de la esfera cautelar de sus leyes nacionales. Muchas empresas han perdido la oportunidad de concurrir a los mercados internacionales por no haber resguardado sus marcas o nombres, habiendo sido perjudicadas por competidores inescrupulosos que, luego, han registrado esas marcas a su nombre e impedido su uso por la empresa exportadora que las creó.

La marca, factor esencial en la penetración del producto, lamentablemente ha merecido poca atención en el fomento del comercio exterior; sin embargo, de ella depende el éxito de una operación de exportación por dos razones: primero, porque la marca es parte del proceso de *marketing* internacional, ya que posibilita diferenciar el producto para alcanzar a dominar determinados segmentos del mercado; y segundo, porque si no está suficientemente garantizada para el exportador, otro puede registrarla y bloquear su ingreso a un mercado o incrementar los costos de penetración.

Las instituciones y los gremios exportadores latinoamericanos deberán diseñar una estrategia que propicie el desarrollo de marcas nacionales con el fin de que puedan ser conocidas por los consumidores externos, pues esa es una manera de penetrar en los mercados. La diferenciación a través de marcas, nombres y denominaciones

es una de las tres estrategias de la mercadotecnia internacional, junto al diseño del producto y los componentes naturales que lo integran. No existe, lamentablemente, un esquema promotor de marcas nacionales; lo que hay es un mecanismo —importante, también— de protección de marcas, pero sustancialmente de las grandes marcas internacionales que ya están consolidadas y que hacen reposar sobre los hombros de la burocracia estatal sus legítimos derechos, en el marco de protección a la inversión externa.

La comercialización internacional, dentro de su etapa de promoción, se inicia con la diferenciación a través de la marca o modelo, sigue con la información sobre el producto diferenciado y termina con el esfuerzo de persuasión sobre el consumidor. La marca contribuye a la misma diferenciación de la mercancía, pudiendo ser, a veces, el único factor causante de esta distinción. La marca no solo está ligada a permitir la identificación del producto y el proceso de persuasión, sino que, en algunos casos, sirve para definir y garantizar cierto grado de calidad, cuyo valor depende un poco de la imagen que el exportador pueda haber logrado (Di Tella, 1973, p. 100).

Con gran frecuencia, muchos productos han sido marginados de los mercados internacionales por no haber registrado con oportunidad y debidamente sus marcas o nombres. El caso del famoso pisco peruano es un buen y doloroso ejemplo. Producto peruano, aguardiente de uva producido en la región de Pisco, conocida así desde la época prehispánica al igual que un ave del mismo nombre, alcanzó singular éxito en el mercado estadounidense hasta que un competidor chileno lo registró para individualizar el mismo producto originario del Perú. Incluso, a comienzos de siglo, el Estado chileno cambió el nombre de la ciudad Unión por el de Pisco, con el fin de reclamar para sí la «denominación de origen» y privilegiar a sus productores vitivinícolas. Desde entonces, el pisco peruano solo pudo entrar a Estados Unidos de América con la denominación genérica de «brandy de uva». En otras circunstancias, los nombres son registrados por comerciantes o personas naturales que luego cobran una regalía al exportador para permitir su comercialización con ese nombre usurpado, hecho que encarece el producto para el consumidor final y afecta la demanda.

Todo ello ha propiciado que los países negocien y se adhieran a tratados o convenios en las diferentes esferas de la propiedad intelectual, originando una «unión» de países que aceptan conceder a las empresas o individuos de otras naciones la misma protección que a los suyos propios.

La divulgación y administración de dichos convenios son tareas que demandan un esfuerzo constante de cooperación y negociación intergubernamental, que exige la presencia de un secretariado especializado: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

4.2. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Conocida universalmente como la OMPI, o por sus siglas en inglés WIPO (*World Intellectual Property Organization*), es la entidad internacional de la Organización de las Naciones Unidas encargada de promover la actividad creadora intelectual y de facilitar la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, así como de asegurar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados y garantizar la vinculación administrativa entre diversas «uniones» (acuerdos) de los países en los aspectos jurídicos y administrativos.

Las llamadas «uniones» son los tratados o acuerdos que se singularizan con el nombre de la ciudad en que fueron adoptados. Las dos más conocidas —y que dieron, incluso, origen a la OMPI— son el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

Las actividades que desarrolla la OMPI y que son de interés para los exportadores se pueden agrupar en actividades sustantivas y administrativas. Las primeras consisten, esencialmente, en organizar la cooperación para el desarrollo y mayor aceptación de los tratados revisándolos, concertando otros nuevos y promoviendo, en la práctica, una estrecha cooperación intergubernamental para la administración de la propiedad intelectual. En ese marco están orientados los esfuerzos para revisar el Convenio de París, con el fin de incluir en él nuevas disposiciones que permitan responder mejor a las necesidades de los países en desarrollo y asegurar el reconocimiento pleno de un sistema de protección de las inversiones que, paralelamente al sistema de patentes, existe en Rusia y en algunos otros países de la ex órbita socialista.

Las actividades administrativas o de registro son las que exigen la recepción e instrucción de las solicitudes internacionales en el marco del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, así como el registro internacional de marcas o el depósito de dibujos o modelos industriales. Esta es, a no dudarlo, una actividad importante para resguardar el interés del exportador de manufacturas no tradicionales de América Latina.

Adicionalmente, se debe mencionar la cooperación técnica internacional destinada a formar especialistas, estimular la inventiva y la transferencia de tecnología, crear un cuerpo de profesionales, explotar la información tecnológica contenida en los documentos de patentes y facilitar el acceso a las obras extranjeras protegidas por el derecho de autor.

En la actualidad, la OMPI administra las uniones o convenios siguientes, vinculados a la propiedad industrial: Convenio de París para la protección de la propiedad industrial; Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia

falsas o engañosas en los productos; Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas; Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales; Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de los productos y servicios para el registro de las marcas; Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional; Arreglo de Locarno que establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales; Tratado de cooperación en materia de patentes; Arreglo de Estrasburgo relativo a la clasificación internacional de patentes; Tratado relativo al registro de marcas; Acuerdo de Viena por el que se establece una clasificación internacional de los elementos figurativos de las marcas; Acuerdo de Viena relativo a la protección de los caracteres tipográficos y su depósito internacional; Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines de procedimiento en materia de patentes; Tratado de Ginebra relativo al registro internacional de los descubrimientos científicos; y Tratado de Nairobi sobre la protección del símbolo olímpico.

Dichos convenios buscan proteger la propiedad intelectual tanto en su aspecto industrial como de derechos de autor, constituyendo un mínimo que puede ser ampliado por las legislaciones de los países latinoamericanos o a través de acuerdos de integración subregional, como lo ha hecho la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (Acuerdo de Cartagena), que en su artículo 59 establece que se aplicarán los plazos de protección contemplados en las leyes internas de sus países miembros, si estos fueran mayores que los previstos en la decisión, que establece, en su art. 18, un plazo de cincuenta años después de la muerte del autor. De esa manera, los países latinoamericanos podrían extender la protección por un período más largo, hecho que haría posible que el autor o sus herederos accedan a recursos y equilibraría el interés de los países industrializados, que pretenden contar con un período menor, con el fin de que su industria fonográfica y editorial pueda publicar las obras sin tener que abonar *royalties* a los autores. En igual sentido, deberá diseñarse una política de promoción de las exportaciones en lo que corresponde a la consolidación de marcas y su protección, pues el mercado internacional tiende a obtener mayores recursos en la exportación de servicios como serían los contratos derivados del uso y explotación de marcas, nombres y procedimientos tecnológicos.

CAPÍTULO V

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Previamente, conviene hacer una distinción entre adquisición y compraventa, pues algunos textos legales asimilan ambas categorías. La adquisición, que puede originarse a título gratuito, es un término más extenso que compraventa, que siempre es a título oneroso. Así lo señalan claramente autores como Satanowsky (1948, p. 89) y Muñoz. Este último, principalmente, precisa: «La adquisición en sentido jurídico no es otra cosa que la incorporación de un derecho al patrimonio del adquirente que deviene así titular del mismo, puesto que el patrimonio es un conjunto de relaciones jurídicas» (1976, p. 1). De la misma manera se pronuncian Wolf, Messineo y Betti. La compraventa mercantil es, pues, siempre un acto a título oneroso, que en todo caso puede ser considerado de adquisición derivada y que excluye otro tipo de adquisiciones, como lo podrían ser la accesión, la usucapión, la donación, la sucesión o el comodato.

El contrato de compraventa de mercaderías constituye la figura típica del mercado internacional y el medio que posibilita la mayor circulación de divisas. Su acción dinámica en el movimiento de mercancías fue siempre reconocida por el Derecho y por la estructura política. Los jusmercantilistas de los siglos XVI y XVII hacían de la compraventa y del comercio una misma cosa, pues el concepto de mercader era el de aquella persona cuya actividad principal consiste en comprar mercaderías para revenderlas y lucrar, es decir, en un acto de intermediación.

1. CARACTERÍSTICAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980

Con el propósito de establecer reglas comunes para la compraventa internacional, que armonicen los diferentes sistemas jurídicos, la comunidad internacional, a través de la Organización de las Naciones Unidas, diseñó un estatuto jurídico uniforme: La Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 11 de abril de 1980.

Este instrumento constituye una reglamentación de venta internacional que supera a la Convención de La Haya, pues pretende regular el contrato como un todo, independientemente de cualquier legislación nacional, a la cual la Convención no recurre jamás. El juez no tiene que determinar la ley competente que rige el contrato, pues la Convención se basta a sí misma.

Su objetivo es establecer una reglamentación general y simple, a fin de que pueda ser interpretada y aplicada sin referencia a una legislación nacional. Intenta, de este modo, crear un Derecho Internacional uniforme en materia de contratos internacionales, sin pretender inmiscuirse en el régimen nacional del contrato de compraventa celebrado entre nacionales del mismo Estado ni en los tratados comerciales que los países hubieran celebrado estableciendo reglas específicas para casos concretos. El factor más importante es que la reglamentación que instituye se presenta compatible con los más diversos sistemas jurídicos, sean éstos de tradición romano-germánica, anglosajona, islámica o socialista.

Con el fin de permitir un mayor número de ratificaciones o adhesiones, la Convención ha establecido no solo líneas de unión entre los dos sistemas jurídicos más importantes del mundo sino, además, la posibilidad de ser adoptada por partes, con excepciones y aun con reservas. Todo este esfuerzo tiende a que por lo menos una parte de ella (la primera) se ponga en vigencia. Así, un país puede adoptar solamente una parte de la Convención, como por ejemplo, la referente a la formación del contrato (Parte II) o a los derechos y obligaciones de las partes (Parte III) o, inclusive, someterse a las dos. Sin embargo, esta facilidad da origen a un error técnico, pues muchos artículos contenidos en la Parte III hacen referencia o se remiten a otras disposiciones contenidas en la Parte II, lo que puede llevar a una situación de duda e incertidumbre jurídica cuando un país, acogiéndose a la liberalidad de someterse parcialmente a la Convención, adopta solo la Parte III, con expresa exclusión —no reserva— de la Parte II, resultando que muchos artículos así asumidos devienen en impracticables, pues su remisión a una parte a cuyo cumplimiento no se ha comprometido el sujeto determina la imposibilidad de ponerlos en práctica.

Esta situación se debe al deseo de facilitar que la Convención sea adoptada por un mayor número de países. En efecto, cada vez es más creciente la cantidad de Estados que la han ratificado. En América Latina, la han suscrito y ratificado Argentina, Brasil, Cuba, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Perú, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Finalmente, la Convención contiene un Protocolo adicional que modifica la Convención de Nueva York del 14 de junio de 1974 sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías. Así, el tema de la prescripción queda contenido únicamente en este texto uniforme.

La Convención ha sido publicada en sus seis idiomas oficiales —árabe, chino, español, inglés, francés y ruso—, de tal suerte que bastaría la cita en cualquiera de dichos idiomas para que esta sea considerada válida en toda su extensión.

2. ÁMBITO Y APLICACIÓN

Este documento jurídico está referido a la compraventa internacional de mercaderías y al contrato de suministro. Su objeto está vinculado a bienes; no regula la transferencia de servicios ni de aviones, barcos o ferrocarriles, como tampoco otros contratos.

Así lo expresa en forma clara y prístina el art. 2 de la Convención. Sin embargo, algunos autores —felizmente pocos— como Fernández de la Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca señalan que regula «[...] también, ciertos contratos mixtos, como, por ejemplo, los contratos de arrendamiento y compra o de *leasing* con opción de compra» (1997, p. 147). Esta apreciación es inexacta, pues la Convención no los menciona ni posibilita operaciones de *leasing*, que por otro lado, hasta tiene un proyecto de Convención propuesto por el UNIDROIT el año 1984 y aprobado el 28 de mayo de 1988 en la Conferencia Diplomática celebrada en Ottawa, en la que participaron 55 Estados, 4 países observadores, 7 organizaciones intergubernamentales, una no gubernamental y dos asociaciones internacionales. Ha sido ratificada por Francia, Italia, Nigeria y Hungría, entre otras naciones, que también lo han hecho con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa de mercaderías.

La Convención considera que es internacional el contrato y las formas que ella define como tal, o sea, aquel en que haya sido manifiesta la localización de los establecimientos en Estados diferentes. Luego, es un contrato comercial nominado que, deliberadamente, elude la palabra *domicilio*, que suscitó siempre largas discusiones en el Derecho latinoamericano.

Se ha señalado que «[...] la Convención no hace ninguna distinción en cuanto al carácter civil o comercial de la venta» (Zerbini, 1984, p. 82). Pero lo consideramos innecesario, pues se refiere a operaciones internacionales, y para mayor abundamiento la Convención indica expresamente, en su art. 2, que no se aplicará a los contratos de venta al consumidor ni a las ventas judiciales, subastas, valores mobiliarios como letras de cambio, buques, aeronaves ni a la electricidad; luego, se refiere a las operaciones de intermediación, es decir, al contrato del comerciante, con un interés patrimonial específico.

Para precisar aún más el campo de aplicación, la Convención exige alternativamente o que los Estados se encuentren vinculados al texto o que el conflicto de jurisdicción conduzca a la aplicación de la ley de un Estado miembro. En el primer caso, la Convención se aplica independientemente de las reglas de Derecho

Internacional Privado sobre jurisdicción, lo que significa que si los dos Estados son miembros, este aparece como *lex contractus* que se impone a las reglas de conflicto de los países miembros. En el segundo caso, si el Estado indicado por la regla de conflicto de jurisdicción estuviere adherido a la Convención, esta es parte de su ordenamiento y, en tal razón, las consecuencias jurídicas que de ella se deriven serán de aplicación con carácter especial respecto de las ventas que involucren negocios entre operadores con establecimientos en Estados diferentes.

De otro lado, si el juez competente fuera de un Estado no signatario y su regla de conflicto indicara la aplicabilidad de la ley de un Estado contratante o miembro de la Convención, podrá escoger entre la Convención o la ley interna.

La Convención tiene una reserva contenida en su art. 95, que prevé la posibilidad de que cualquier Estado, al momento de su ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la Convención, manifieste que no quedará obligado a lo dispuesto en el párrafo b del inc. 1 del art. 1 («Cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante»). En otras palabras, solo se admitirá la vigencia de la Convención cuando únicamente los Estados sean contratantes. Siendo entonces que el único elemento de conexión sería que los Estados entre los que se realiza el contrato sean miembros de la Convención, lo que al parecer deja entrever el problema de la naturaleza del presupuesto de aplicación de la Convención. Al respecto, María Ángela Bento Soares y Rui Manuel Moura Ramos (1986, pp. 22 y ss.) expresan que si con esta disposición se buscara apenas reafirmar la validez de las reglas de conflicto generales de cada orden jurídico, no se justificaría la reserva del art. 95, con las propuestas de eliminación y de alteración del subinciso b del art. 1.º sugeridas en la Conferencia de las Naciones Unidas.

La reserva contenida en el art. 95 irá a reforzar el entendimiento de la Convención, cuando se integre a los regímenes jurídicos internos como un derecho especial que regule solo la compraventa internacional y en término de conflictos de jurisdicción, porque se configuran reglas especiales para la delimitación de su campo de aplicación en el espacio. Luego, si un Estado no hiciera uso de las reservas previstas en el antedicho numeral, significará la admisión de un *jus commune* de compraventa internacional, pues estaría sustituyendo las reglas internas.

La Convención se aplica exclusivamente sobre la formación de la compraventa y las obligaciones y derechos de las partes intervinientes, pero no respecto de la validez del contrato ni de sus efectos en la propiedad de las mercancías, ni de la responsabilidad penal del vendedor por las lesiones o muerte que causaren las mercancías a una tercera persona (arts. 4 y 5 de la Convención). Esta circunstancia ha llevado a algunos autores, como Eugenia de Jesús Zerbini, a plantearse la interrogante de «[...] si una otra ley no deberá regular los demás puntos por ella no regulados, y, en consecuencia

si no conduciría, el nuevo texto, a una discusión técnica difícil (*dépeçage*) a más de una ley nacional [...]» (1984, p. 82). El citado numeral evita ingresar en el discutido campo del momento de la transferencia de propiedad, que tiene regímenes dispares en los diferentes órdenes jurídicos latinoamericanos.

En Colombia, el art. 905 del Código de Comercio señala que «[...] una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero [...]». Dicho artículo debe ser comprendido conjuntamente con el art. 907, que posibilita la venta de la cosa ajena, ya que considera al contrato de compraventa como uno de obligaciones precisas. Ello determina que el criterio convencional sea más asequible.

El Código Comercial del Brasil, en su art. 191, establece: «El contrato de compraventa mercantil es perfecto y acabado después que el comprador y el vendedor concuerden en la cosa, precio y condiciones; y desde ese momento ninguna de las partes puede arrepentirse sin consentimiento de la otra, aunque la cosa no se hubiere entregado ni el precio pagado. Queda entendido que en las ventas condicionales no se reputa el contrato perfecto sino después de verificada la condición».

En el Perú, el art. 947 del Código Civil señala que la transferencia de propiedad de una cosa mueble (mercadería) se efectúa con la tradición a su acreedor.

De igual manera, el Derecho argentino, en los arts. 1417 (Título III, «Del contrato de compraventa») y 577 del Código Civil, expresa: «Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real».

En la República Dominicana, el contrato de compraventa es perfecto entre las partes y la propiedad queda adquirida de pleno derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que ambas convienen en la cosa y en el precio, aunque la primera no haya sido entregada o el segundo no haya sido pagado. La propiedad de las mercancías vendidas pasa, desde el momento del acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador, hacia el patrimonio del comprador, y eso conlleva, en principio, el traspaso de los riesgos al comprador (art. 1583 del Código Civil).

Finalmente, el art. 6 de la Convención prevé la posibilidad de que las partes excluyan la aplicación del texto legal, deroguen cualquiera de sus disposiciones o, incluso, modifiquen sus efectos. El referido numeral dice: «Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos». De esa manera, la Convención se inserta dentro del principio de la libertad contractual, pues se puede pactar la utilización plena, parcial o limitada de los términos convencionales sin que ello impida el uso o aplicación de los otros extremos del texto jurídico. Esa libertad de modificación solo tiene el límite dispuesto en el art. 12 de la Convención, concerniente a la forma escrita del contrato.

3. DISPOSICIONES GENERALES

El capítulo II contiene disposiciones relativas a la interpretación de la Convención, a la interpretación del contrato, a los usos mercantiles y a la forma del contrato.

3.1. Interpretación

La interpretación de todo el texto de la Convención debe hacerse teniendo en cuenta la buena fe, la intención de las partes contratantes y los usos y las prácticas comerciales, según lo señala el art. 7 de la misma. Ello significa que los tribunales de los países miembros interpretarán esta norma comprendiendo el carácter comercial internacional de las operaciones.

El orden de fuentes supletorias está dado por «[...] los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado» (inc. 2 del art. 7).

La referencia a los «principios generales» busca evitar que cualquier cuestión que no se encuentre resuelta por la Convención sea determinada por otra regulación internacional, preservándose la uniformidad interpretativa. Aun cuando la indicada referencia no es extraña a un jurista neorromanista, se debe tener en cuenta que las normas de la Convención no son tan generales como las que se encuentran en un Código Civil, por lo que no será tan fácil descubrir los «principios generales» de la Convención (Garro & Zuppi, 1990, p. 58).

Como la Convención es un esfuerzo por unir y armonizar varios sistemas jurídicos, principalmente el romano-germánico y el anglosajón, debe ser interpretada de acuerdo con sus propios principios y sus antecedentes. El art. 7 *ab initio* considera que el texto de la Convención ha de interpretarse atendiendo su carácter internacional, procurando uniformidad en su aplicación y respetando la observancia de la buena fe en las prácticas comerciales. Ello quiere decir que la Convención, no obstante ser ratificada por un país, debe interpretarse como un texto único e independiente, sin tener en cuenta las normas de interpretación del Derecho interno del país ratificante; más aún, los principios de la Convención deben entenderse sin referencia a los similares de cualquier Derecho interno.

Para los casos no previstos por la Convención, el mencionado art. 7 se refiere a la integración. Sin embargo, M. J. Bonell dice que, frente a una laguna determinada, es viable la integración cuando dicha circunstancia cabe en el ámbito convencional, pero que no tiene solución expresamente prevista ni se la puede hallar por analogía, pues ello es una forma de interpretación y no de integración. Luego —continúa Bonell—, la integración debe hacerse partiendo de los principios generales de la Convención o,

si así no fuera posible, acudiendo al Derecho aplicable según las reglas del Derecho Internacional Privado. Estos principios generales son los siguientes: la buena fe, la autonomía de las partes, la consensualidad, la teoría de la expedición (art. 27 Conv.) y la regla de que toda demora en el pago crea la obligación de pagar intereses (art. 78 Conv.) (Bonell, Farnsworth & Rajska, 1987, p. 80).

En lo que se refiere a la interpretación del contrato de compraventa, el art. 8 *ab initio* señala que las declaraciones y actos de una parte habrán de interpretarse de acuerdo con la intención de su autor, siempre que la otra parte conociera o debiera conocer dicha intención. Creemos, junto con Farnsworth, que le resulta difícil a cualquier sujeto probar que, en la relación contractual, la otra parte conoció su intención o debió conocerla, aun cuando, como bien continúa el artículo, si no es posible dicha probanza, se interpretará el acto o declaración conforme al entendimiento que de él hubiera tenido una persona razonable de la misma condición que la parte a quien fue dirigido este.

Para precisar el concepto genérico de «persona razonable», se debe tener en cuenta la experiencia y el conocimiento de la persona que recibió la declaración, así como las costumbres de la plaza y el idioma.

3.2. Los usos y prácticas comerciales

El art. 9 de la Convención sobre los usos y prácticas reequilibró, para bien de nuestras naciones, un hecho que hemos señalado anteriormente. Los países desarrollados, que tienen una considerable influencia en la composición del comercio mundial, son los que, obviamente, han generado un mayor número de prácticas y de usos en los mercados. Su presencia es tan grande que si la Convención hubiera admitido la totalidad de ellos, habría actuado en forma discriminatoria. Bonell, Farnsworth y Rajska (1987, pp. 65 y ss.) comentan que, al momento de redactar el art. 9, fue necesario establecer criterios para discriminar cuáles usos eran aplicables y cuáles no. En efecto, considerando que en la doctrina hay dos criterios —el subjetivo, que solo reconoce de aplicación de los usos convenidos por las partes; y el objetivo, que admite los enumerados por la ley—, la Convención se inclina por una posición ambivalente, ya que en el primer párrafo del art. 9 reconoce la potestad de las partes de observar los usos que convinieran; pero luego, en el párrafo siguiente, sigue un criterio positivista al indicar que son aplicables los usos que las partes conocieron o que debieron conocer, entendiéndose que es la ley la que indica aquello que se debe conocer.

Uno de los problemas que presenta este artículo es que no logra definir los términos *usos* ni *prácticas comerciales*, ni menos indica cómo se prueba que un uso es admitido por el comercio internacional. Tampoco se señala, ni en ese artículo ni en el resto del texto de la Convención, la validez de dichos usos y prácticas.

Precisamente, ello es lo que hace necesario el análisis jurídico y los comentarios a la Convención. La doctrina y la jurisprudencia nacional, aplicando la norma convencional y los textos que estudian los contratos internacionales, son los que van a ir llenando esos vacíos terminológicos.

La definición de los *usos y prácticas comerciales* será aquella que la ley de una de las partes defina como tal. El problema será, por tanto, escoger cuál parte ha de ofrecer la ley. Y en ese punto, entonces, diremos que será aquella en la que el uso y la práctica referidos en el contrato o emanados de él se hagan frecuentes, se hagan patentes. Si hubiera duda, se acudirá al ordenamiento jurídico nacional hacia donde se dirige la acción del uso o de la práctica, el que, en caso de incertidumbre, definirá la categoría.

Hay una vinculación jurídica de los usos con el acuerdo de las partes, ya que estas pueden admitirlos expresamente o desecharlos. Aun en la posibilidad de que haya silencio entre los contratantes, se considera que estos acordaron tácitamente en el marco de los usos conocidos o admitidos por el comercio internacional en situaciones negociables similares, y eso hace suponer un acuerdo implícito, que hace prevalecer estos usos sobre las disposiciones convencionales que los contraríen.

La Ley de Introducción al Código Civil del Brasil dice: «Cuando la ley fuere omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho».

En Colombia, el art. 5 del Código de Comercio otorga a la costumbre la calidad de pauta interpretativa de los actos y convenciones mercantiles. Y cuando se trata de contratos entre extranjeros, o entre un nacional y un extranjero, sobre los que no rige costumbre específica, el art. 8 del mismo cuerpo de leyes permite probar la costumbre extranjera del país donde se celebró el contrato.

Como la Convención pretende ir formando un régimen de los contratos internacionales, ha querido dar preeminencia a los usos por encima de sus disposiciones, con el fin de abarcar el mayor número de prácticas en todos los mercados de manera distinta a las leyes nacionales que, para mantener un orden, limitan esta posición a los marcos de la ley.

Esta es una innovación en el Derecho Internacional, ya que la doctrina se ha resistido a considerar los usos y la costumbre como fuente del Derecho. Goldschmidt señala que es difícil que existan costumbres internacionales respecto de casos de Derecho Internacional Privado, como serían los contratos de comercio internacional, ya que «[...] su existencia no solo supone que una determinada norma sea admitida en casi todos los derechos civilizados, sino que, además, haría falta que su inadmisión fuese considerada por la comunidad internacional como una infracción al derecho internacional público» (1985, p. 45).

En la posibilidad de que surja incompatibilidad entre un uso y una práctica, se debe convenir que deberá prevalecer el primero, ya que refleja la voluntad de las partes y el reconocimiento a su libertad de escoger los usos determinados para un contrato específico; en tanto que las prácticas se equiparan a la voluntad tácita y, con frecuencia, ni siquiera fueron ordenadas a través de folletos para ser de conocimiento previo.

3.3. El establecimiento y la residencia

El tema de la residencia y del establecimiento es tratado en el art. 10 de la Convención y prevé la hipótesis de que una parte o ambas tengan o no varios establecimientos. Dice: «[...] si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración», pero «[s]i una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual».

La Convención, deliberadamente, eludió la palabra *domicilio*, que tantos comentarios y estudios propició en el Derecho iberoamericano, y prefirió el término *establecimiento*.

El tema del domicilio fue siempre una categoría difícil de encajar en los contratos internacionales. Por ello, algunos regímenes jurídicos se alejaron del criterio domiciliario. El Derecho brasileiro se aparta de dicho criterio de conexión porque es demasiado rígido para ser aplicable al variado mundo de los contratos, a no ser en lo concerniente a la capacidad de los obligantes. De esa manera, podríamos decir que se inclina más por la residencia; y, aun en este caso, la doctrina le da una gran elasticidad, como es la opinión de Óscar Tenorio y también la de João Grandino Rodas, quienes consideran la residencia como el lugar donde se efectúa la propuesta.

Es un acierto haber escogido el establecimiento. El problema se suscita, y no con poca frecuencia, cuando una o las dos partes tienen varios establecimientos ubicados en distintos países o en un mismo país. El art. 10 de la Convención aclara la duda acerca de lo que pasa cuando hay pluralidad de establecimientos y aun cuando no se tiene establecimiento alguno. Así, el párrafo primero del citado numeral dispone que, en el caso de la pluralidad, se elija aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato y su ejecución; y cuando se carece de tal determinación, el párrafo segundo define que se tendrá en cuenta el lugar de residencia habitual. Como comenta Boggiano: «[a]nte la hipótesis de establecimientos múltiples a los fines de la Convención, se debe elegir el establecimiento que guarde la relación más estrecha

con el contrato y su cumplimiento, considerando las circunstancias conocidas o previstas por las partes antes de la celebración del contrato o al momento de celebrárselo». Esta es la doctrina de la *proper law* o *the most significant relationship*, o de la localización objetiva.

Debemos indicar que establecimiento, en la práctica y en la acepción comercial, es la organización comercial permanente, que incluye locales y empleados en un lugar fijo, y cuya finalidad es el comercio de productos. Sin embargo, algunos sectores de la doctrina, Garro y Zuppi entre ellos, señalan que no está claro el concepto de establecimiento, y eso crea una situación de incertidumbre y, por tanto, solo cabe acudir a los principios establecidos por el Derecho interno aplicable. Tal vez se pueda esclarecer la duda si acudimos a la costumbre y a la doctrina, o a los principios generales del Derecho, que unánimemente estiman el ánimo de permanencia como condición para configurar la estabilidad y existencia de un establecimiento.

Jerzy Rajski advierte que esta disposición puede dar origen a una serie de problemas derivados de las posibilidades tan amplias de interpretar cuál es la relación más estrecha con el contrato, es decir, cuál es el punto más importante, el lugar donde se formuló el contrato o aquel donde se ha de ejecutar. Finalmente, comenta que este articulado no especifica lo que se entiende por residencia habitual.

3.4. La forma contractual

El principio de la consensualidad está patente en el art. 11 de la Convención, pues las partes pueden convenir libremente, estableciendo la forma específica para cada operación. Incluso, las modificaciones posteriores al contrato pueden hacerse por simple declaración de voluntad, como lo permite, en forma coincidente, el art. 29 de la Convención.

Luego, basta el compromiso, que puede estar contenido en cualquier medio. Así el télex, el facsímil, las cartas, los telegramas y, obviamente, un documento protocolizado, son cuerpos suficientes para contener el contrato. Se trata del reconocimiento a la técnica y a los medios de comunicación del mundo actual.

La tecnología y la informática han creado medios de expresión no solo contractuales, que superan a los títulos conocidos, sino que también están reemplazando al propio dinero. Asistimos, como expresa Héctor Alegría siguiendo a Roblot, a la grandeza y decadencia de la noción de título, pues este gran invento del capitalismo declina rápidamente ante el empleo de nuevas técnicas. La informática, que implica la desaparición del papel, provoca una nueva revolución (Alegría, 1988, p. 2).

El mismo art. 11 *in fine* de la Convención señala que el contrato puede ser probado por cualquier medio, incluyendo la prueba testimonial. Si el numeral admite

cualquier medio de prueba, nos parece ocioso que se añada la prueba testimonial que, al fin y al cabo, es uno de esos medios; habría bastado solo mencionar cualquier medio. Sin embargo, es posible que con ello se haya querido satisfacer a aquellos juristas convencionales provenientes de países con un fuerte régimen formal y apego por el medio de testigos, pero para los cuales la propia Convención tiene prevista otra salida, y es que el citado artículo puede ser objeto de reserva. Así, quienes consideran que el principio de la forma es esencial, pueden acogerse a lo dispuesto en el art. 96 de la Convención, que los libera de la formalidad del antedicho numeral. De esa manera, la Convención reconoce los regímenes jurídicos que exigen determinadas formalidades contractuales.

La Convención es, pues, en este aspecto, coincidente con el Derecho latinoamericano.

Así, en Colombia el art. 864 del Código de Comercio establece la regla general según la cual el contrato se entiende plenamente celebrado una vez que el proponente haya tomado conocimiento de la aceptación. Aun cuando el art. 824 del mismo Código advierte que «[...] cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad».

En la República Dominicana, por ejemplo, el art. 9 del Código de Comercio establece que las compras y ventas se comprueban por documentos públicos, por documentos bajo firma privada, por la nota detallada o por el ajuste de un agente de cambio o corredor debidamente firmado por las partes, por una factura aceptada, por la correspondencia, por los libros de las partes, y, finalmente, por la prueba de testigos en los casos en que el tribunal crea que es deber admitirla.

El art. 12 de la Convención precisa que el art. 11 no es aplicable desde que una de las partes tenga su establecimiento en un Estado que hubiera hecho una reserva en los términos del art. 96, es decir, que exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito. Cuenta Rajska (Bonell, Farnsworth & Rajska, 1987, pp. 100 y ss.) que el art. 12 fue aprobado con el fin de propiciar que Rusia, que reconoce la forma escrita, firmara la Convención.

Finalmente, el art. 13 de la Convención reconoce como formas escritas el télex y el telegrama, asumiendo su pleno carácter, al igual que el título clausular o protocolizado. No obstante, debemos recomendar a los operadores que, en caso de que recibieran un pedido de compra por estos medios, deben observar si han sido emitidos desde una cabina pública o privada. En el primer caso, no se le debe reconocer seriedad alguna, pues nadie puede determinar o ubicar al comprador o al vendedor; en el segundo caso, si el código del télex contiene un *answerback* —es decir una identificación—,

la respuesta de aceptación ha de incluir un requerimiento de confirmación. Y en el caso de utilizar los mecanismos de las firmas digitales, la certeza de la comunicación está asegurada por el mecanismo del «no repudio» de la firma que acompaña a la oferta o que confirma el pedido, ya que se asume que se utilizaron claves públicas y privadas para dar seguridad al acto.

En el tema de la formalidad y los medios de probanza, el Derecho sustantivo latinoamericano se expresa de distintas maneras.

En Argentina, el art. 119 del Código Civil obliga que los contratos de determinada cuantía deban ser escritos, no pudiendo probarse por testigos. Sin embargo, este criterio no aparece en su Código de Comercio, que admite la prueba de testigos en casos de mayor cuantía, existiendo prueba por escrito en forma subsidiaria.

En Chile, el art. 128 del Código de Comercio admite también la prueba de testigos en los contratos mercantiles, pero el art. 1709 del Código Civil niega la prueba testimonial en cuanto añada o altere lo expresado en el acto o contrato; tampoco puede utilizarse sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después del otorgamiento del contrato, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance más de dos unidades tributarias (medida de corrección monetaria).

En el Perú, es posible utilizar cualquier medio, ya que el art. 143 del Código Civil señala que: «Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente». En otras palabras, esta forma puede probarse por cualquier medio idóneo.

En República Dominicana, el primer y único caso en que se utiliza el uso del telefax como instrumento jurídicamente válido es en la Resolución de la Junta Monetaria del Banco Central, de fecha 21 de julio de 1988, y solo para el manejo de divisas por el gobierno y el sector privado.

En Venezuela, el art. 124 del Código de Comercio indica que las obligaciones mercantiles se prueban con documentos públicos o privados, con los extractos de los libros de los corredores, con facturas, con los libros mercantiles de las partes contratantes, con telegramas, declaraciones de testigos y cualquier otro medio de prueba admitido por la ley civil.

4. FORMACIÓN DEL CONTRATO

La formación del contrato está contenida en la II Parte de la Convención, que, como ya se ha dicho, puede quedar expresamente excluida de su cumplimiento si un Estado, al adherirse, así lo manifiesta. Si no lo hiciere, correrá lo que sigue en dicha parte y que comentamos a continuación.

Según una fórmula generalmente admitida, siempre que los términos de una aceptación coincidan con los de la oferta, el contrato queda perfeccionado (Schlesinger, 1968, p. 37). La Convención sigue ese modelo. En lo que existe divergencia en los regímenes jurídicos latinoamericanos es en lo concerniente a la definición de la oferta, la aceptación y en el momento en que ellas se producen.

4.1. La oferta

El inc. 1 del art. 14 de la Convención estima que para constituir oferta de contrato, la propuesta debe ser dirigida a una persona o personas determinadas. Las propuestas dirigidas a una generalidad de individuos pueden ser consideradas de dos maneras: como ofertas públicas, cuando el autor de la propuesta tuviera clara intención de asumir una vinculación jurídica, o como mera invitación comercial.

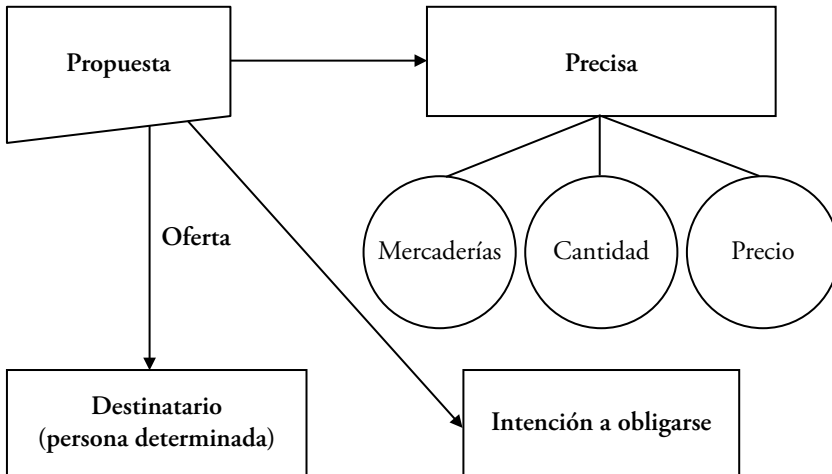
La propuesta de contratar deberá ser precisa, es decir, ha de señalar el tipo de mercancía, no de manera genérica sino, de ser posible, con su denominación o nombre comercial, código o especificaciones técnicas; si se trata de productos naturales, granos o materias primas, deberá indicarse la cantidad o el número de unidades que se está ofreciendo, así como el precio unitario o por medida. Adicionalmente, estimamos que quien haga uso de este artículo debe mencionar el plazo de la validez de la propuesta, con el fin de que, si posteriormente varían los precios, el invitado esté en conocimiento de que eso puede ocurrir, pues la convocatoria tiene un término. Aun cuando la Convención no lo menciona, consideremos que dichas condiciones son válidas no solo para la propuesta a una persona determinada y singular sino, también, cuando es una invitación pública (ver gráfico 12).

En Colombia, el art. 861 del Código de Comercio dice que «[...] la promesa de celebrar un negocio producirá obligaciones de hacer [...]», es decir, la obligación de celebrar la compraventa. Pero de manera específica, según el Derecho colombiano, la oferta debe ser a firme, completa, formulada por persona capaz y con poderes. Debe ser, además, definitiva y seria, y el destinatario la debe conocer realmente.

En el Perú, podemos apreciar que el art. 1382 del Código Civil guarda una vinculación con el inc. 1 del art. 14 de la Convención, aunque no con la misma claridad y amplitud que este. En efecto, la norma peruana dice: «La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso».

Ambos cuerpos normativos mencionan la necesidad de precisar la oferta con el fin de que el contrato se celebre en mérito de la simple aceptación; en consecuencia, esta debe contener todas las cuestiones e informaciones necesarias para su posible aceptación y, además, debe estar formulada con seriedad y con la intención de obligarse.

Gráfico 12
Oferta



En inciso 2 del art. 14 de la Convención enuncia lo que se conoce como «invitación a ofrecer», que no es otra cosa que una invitación a hacer ofertas. Si bien puede decirse que las ofertas al público no pueden considerarse verdaderamente como promesas u ofertas, se cursa esta invitación con el fin de proteger a quienes las puedan haber formulado, impidiendo que asuman las obligaciones que de ellas se derivan. Pero tal indeterminación de la persona o personas a quienes se dirige la oferta se mantiene en tanto el contrato no se concluya. La disposición citada resulta concordante con la premisa de que dichos ofrecimientos no constituyen, por sí mismos, ofertas.

El inc. 2 del art. 14 de la Convención concuerda con el art. 1388 del Código Civil del Perú, que dice: «La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente» y «Si el proponente indica claramente, la declaración que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal».

La verdadera oferta es, entonces, la declaración que confiere al destinatario el poder de dar nacimiento al contrato. Resulta de esta concepción que, frecuentemente, es el comprador quien tiene la posición de oferente, por efecto de un pedido, ya que un vendedor en situación de «ofrecer» al público está emitiendo una invitación a contratar (Audit, 1994, p. 69).

4.2. La teoría de la recepción

La Convención adopta, en cuanto a la eficacia de las declaraciones negociales, la llamada «teoría de la recepción».

El inc. 1 del art. 15 de la Convención y el inc. 2 del art. 18 configuran un solo negocio, la propuesta reconocida en el precitado artículo y la aceptación señalada en el art. 18. Para que ambas se tornen eficaces, no basta que ellas sean expedidas ni que el destinatario tenga pleno conocimiento, sino que la declaración haya llegado a la esfera jurídica de su destinatario al aceptarla como tal.

En el Perú, los arts. 1373 y 1374 del Código Civil forman un sistema único, basado en la teoría del conocimiento que regula el momento y el lugar de la celebración del contrato. Así, el art. 1373 expresa: «El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente», inclinándose por la teoría de la cognición, también conocida como teoría del conocimiento, según la cual el contrato se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación de quien recibió inicialmente la oferta. El contrato, entonces, existe cuando ambas partes están informadas de que hay un acuerdo, es decir, una coincidencia clara de voluntades, hecho que da origen a la denominada doctrina de la «voluntad común». En tanto, el art. 1374 juega, en este sistema, la función de paliar los efectos de la teoría del conocimiento, pero se inscribe dentro de ella sin postular una alternativa. En efecto, el mencionado artículo señala: «La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla».

El art. 1374 del Código Civil del Perú regula la presunción de conocimiento —en realidad, presunción de cognoscibilidad—, que se verifica en el momento en que llega al establecimiento del oferente la declaración de aceptación. Este artículo no se inscribe plenamente en la teoría de la recepción, pues de haberlo hecho así, no habría establecido una presunción *juris tantum* sino la conclusión misma del contrato por el hecho de la llegada a la dirección (establecimiento) del oferente de la declaración de aceptación.

Según la Convención, el declarante queda vinculado jurídicamente dentro de los términos de su propuesta cuando esta haya creado expectativas en el receptor. Fuera de ello, no se ve ningún interés atendible que impida al proponente desvincularse. Ello puede ocurrir en las situaciones de revocabilidad previstas en el inc. 2 del art. 15 y en el art. 16 de la Convención.

El inc. 2 del art. 15 de la Convención señala: «La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta». En similar sentido se expresa el art. 1384 del Código Civil del Perú cuando dice: «La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido

que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación». Este numeral considera que la oferta pierde fuerza vinculante si antes, o simultáneamente que su llegada al destinatario, este se entera de que el oferente se está reservando la facultad de revocarla en cualquier momento, posibilidad que podrá hacerse efectiva hasta antes de que se produzca la aceptación y de que ella haya generado el contrato de acuerdo con la fórmula establecida en el art. 1374 de dicho código.

4.3. La revocación

Es necesario advertir que los términos retractación (*withdrawal*), retiro o apartamiento y revocación son expresiones bastante distintas en el cuerpo de la Convención, ya que el primero sirve para calificar el retiro de la propuesta antes de que la oferta haya llegado al destinatario, y el segundo, después de su recepción.

La Convención, en el art. 16, plantea la revocación en dos situaciones: la primera, la del inc. 1, establece como principio la regla de la libre revocabilidad de la propuesta, estableciendo como plazo límite la emisión de aceptación. Y la segunda, la del inc. 2, prohíbe la revocación de las propuestas contractuales que, de alguna manera, sugieran que son irrevocables, bien como de aquellas otras que, de un modo razonable, sean tomadas como irrevocables por el destinatario, quien puede haber adoptado algunas acciones comerciales en la confianza de la vigencia y validez de dicha propuesta.

El principio descrito concilia las pretensiones del proponente cuanto del declarante. No se puede deducir que la solución esbozada desatiende los intereses del destinatario, puesto que dichos intereses solo pueden ser protegidos desde que expresen su adhesión a la propuesta contractual y no antes.

También merecen relevarse las restricciones puestas a este principio. En efecto, en el primer caso, la Convención se limita a extraer todas las consecuencias de la voluntad manifestada por el declarante, quien al indicar —a través de un plazo para la aceptación— que la oferta es irrevocable renuncia a la facultad de revocar en el período comprendido entre la llegada de la declaración por parte de este. La segunda hipótesis contempla aquellos casos en que la oferta no puede ser aceptada razonablemente sin la mediación de ciertas diligencias que deben ser realizadas por el destinatario. En dichos casos, no es lícito esperar que el destinatario actúe de forma irreflexiva, mas sería injusto que tuviese que sufrir perjuicios por la revocación de la oferta que ocurriese en los términos del inc. 1. De allí se deriva que la Convención atribuye carácter irrevocable a las propuestas hechas en esas circunstancias (Bento Soares & Moura Ramos, 1986, p. 54).

4.4. La aceptación

A través del art. 18 de la Convención se puede apreciar una expresión de la libertad contractual, aun cuando otros creen ver un reflejo de la autonomía de la voluntad. Empero, la letra del artículo es clara: «El silencio o la inacción por sí solos no constituirán aceptación». (inc. 1 del art. 18); luego, rechaza el criterio de la expresión tácita de la voluntad presunta.

La teoría de la autonomía de la voluntad requiere, usualmente, el apoyo de la teoría de la voluntad tácita, que supone que, cuando falta la voluntad expresa o manifiesta, debe entenderse que en ambas partes o en una de ellas —en este caso, del destinatario— hubo voluntad para aceptar la propuesta. Sin embargo, bien puede ser que el silencio sea el resultado de la confusión —tan frecuente en las rápidas transacciones comerciales— de una de las partes, que no advirtió que podría suscitar una obligación frente al proponente. En otras palabras, al no admitir de manera expresa el criterio de la voluntad tácita, la Convención se aparta de la supremacía o autonomía de la voluntad.

Sin embargo, el Código Civil del Perú, en su art. 142, dice: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado». Esta regla podría llevar a un distanciamiento con la del art. 18 de la Convención; sin embargo, no hay tal diferencia, ya que esta dice: «El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación», lo que quiere decir que se requerirán otros medios o instrumentos para que se considere como aceptación. Uno de estos puede ser la propia mención en el texto contractual.

Posteriormente, el art. 18, en su inc. 2, señala que: «La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente» y que esta no surtirá efecto «[...] si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que esta haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable [...]». Ello guarda relación con el Código Civil del Perú; en efecto:

- «[...] la aceptación y cualquier otra declaración contractual... se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario [...]» (art. 1374 C.C.).
- «La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él» (art. 1375 C.C.).

4.4.1. Aceptación con modificaciones

El inc. 1 del art. 19 de la Convención dice que la respuesta a una propuesta contractual que contiene limitaciones u otras modificaciones es un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. Sin embargo, el inc. 2 prevé una situación particular:

si tal respuesta llevara modificaciones que no alteren sustancialmente los términos de la oferta, constituirá plena aceptación, salvo que el autor de la propuesta hiciera notar verbalmente las diferencias o mandara un aviso con esa finalidad. Si no lo hiciera, el contrato queda concluido.

Un sector de los contractualistas estima que la estipulación contenida en el inc. 1 del art. 19 de la Convención puede llevar a incerteza y arbitrariedad, pues se deja a la facultad del posible comprador la posibilidad de reajustar la propuesta, alterarla y dar por concluido el contrato. Dicha solución podría acarrear imprecisión, pero en contra de ello se puede decir que la solución del citado numeral tiene a su favor dos aspectos: en primer lugar, coadyuva a la celeridad de las transacciones comerciales internacionales, permitiendo que las partes puedan llegar rápidamente a un acuerdo —aun modificando parcialmente la propuesta—, sin necesidad de remitirla al proponente ni esperar posterior ratificación a la modificación; y en segundo lugar, cualquier duda sobre el ámbito o rango de modificación está aclarada en el inc. 3 del mismo artículo, cuando enumera las situaciones en las cuales debe precisarse la conformidad del proponente para dar por concluido el contrato, es decir, señala los términos que no pueden ser modificaciones en una propuesta, pues ello equivaldría a una alteración sustancial.

El inc. 3 del art. 19 de la Convención señala que alteran sustancialmente los términos de la propuesta aquellas modificaciones que se refieran al precio, medio de pago, calidad o cantidad de la mercadería, lugar o momento de entrega, responsabilidad de las partes y arbitraje. Luego, puede modificarse cualquier otro término de la propuesta sin que este hecho signifique la descaracterización del contrato.

Esta es una situación algo difícil de armonizar en el Derecho latinoamericano, pues existen planteamientos diferentes.

En Argentina, el art. 1152 del Código Civil indica que aceptar cualquier modificación que se hiciera en la oferta importará la propuesta de un nuevo contrato. Para que las partes se encuentren ligadas contractualmente, la aceptación de la oferta debe ser pura y simple. Una variación de la propuesta constituirá una nueva oferta, aunque el aspecto reformado sea adicional u omitido en la oferta original.

En Brasil, el art. 1083 del Código Civil considera como nueva propuesta la aceptación enviada fuera del plazo. De igual manera lo considera, en Colombia, el mencionado art. 855 del Código de Comercio.

En el Perú, interpretando extensivamente el art. 1376 del Código Civil debe entenderse que cualquier modificación que se haga a una oferta o una respuesta que modifique la propuesta inicial equivale a una contraoferta. Por lo anterior, se puede concluir que no existe oposición con el texto de la Convención.

4.4.2. Plazos de aceptación

Para mayor precisión, la Convención establece, en su art. 20, plazos de duración de la propuesta para determinar el lapso en el cual el destinatario puede expresar su voluntad contractual. Así, los términos empiezan a correr según el instrumento que contenga la propuesta. Si la oferta fuera hecha por telegrama o por carta, el plazo empieza a correr en el momento en que es emitido o en la fecha anotada en dicho instrumento por la oficina postal, si no constara la primera. En el caso del teléfono, télex o facsímil e incluso en el correo electrónico, el plazo se inicia en el momento en que la oferta llega a la esfera jurídica del destinatario. Siendo que dichos términos se cuentan en días calendario y que si el último día del plazo fuera feriado en la ciudad del oferente, y en tal razón la notificación no pudiera llegar válidamente, el término se prolongará hasta el primer día útil siguiente.

Transcurrido el plazo sin que haya aceptación, la oferta se extingue. A idéntico resultado conduce la situación en la que el proponente recibe un rechazo a su oferta, según lo señala el art. 17 de la Convención, inclusive en el caso en que la propuesta se presente como irrevocable. Esta solución, a diferencia de lo establecido en algunos regímenes jurídicos latinoamericanos, rige tanto para las ofertas revocables como para las irrevocables. El rechazo puede ser expreso o tácito, como lo permite el inc. 1 del art. 19, que dice: «La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta».

El art. 21 de la Convención concede al proponente la facultad de considerar eficaz cualquier aceptación tardía, desde que sin dilatación comunique tal cosa a la otra parte.

El art. 1376 del Código Civil del Perú expresa: «La aceptación tardía y la oportuna que sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta». Y también: «Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante». Por lo que se concluye que el régimen peruano considera la aceptación tardía como una contraoferta, dejando a cargo del oferente la calificación de eficaz con tal de que, inmediatamente, avise en ese sentido al aceptante. En otras palabras, la regla peruana la califica como contraoferta y no automáticamente con plenos efectos, como sí la considera la Convención.

El Derecho argentino tiene posiciones distintas. Según el art. 1154 del Código Civil, siguiendo la teoría de la expedición, dice que la aceptación hace perfecto el contrato desde que se hubiera mandado al proponente. Pero los arts. 1155 y 1149 del C.C. expresan que el aceptante de la oferta puede retractarse de su aceptación

antes de que ella haya llegado a conocimiento del proponente. Empero, en Argentina, algunos juristas opinan que el art. 1154 establece la regla general.

El Código Civil de Brasil mantiene igual criterio en su art. 1086, al establecer que «[l]os contratos por correspondencia epistolar, o telegráfica, se tornan perfectos desde que la aceptación es expedida». A su vez, el Código de Comercio, en su art. 127, señala: «Los contratos tratados por correspondencia epistolar se reputan concluidos y obligatorios desde que el que recibe la proposición expida carta de respuesta, aceptando el contrato sin condición ni reserva; hasta ese momento es libre de retractarse la propuesta, salvo si al hacerlo se hubiere comprometido a esperar respuesta, y a no disponer del objeto sino después de rechazada su proposición, o hasta que transcurra el plazo determinado». Asimismo, dice que «[s]i la aceptación fuera condicional se tornará obligatoria desde que el primer proponente avise que está conforme con la condición».

El Derecho colombiano tiene una posición singular. Así, el art. 850 del Código de Comercio señala que no es indispensable que la aceptación sea manifiesta en la misma forma que la propuesta. Y el art. 854 del mismo Código permite expresar la intención de celebrar el negocio jurídico propuesto mediante manifestaciones externas no declarativas pero concluyentes.

La Convención agiliza el vínculo comercial, pues considera eficaz una aceptación, aunque esté fuera de término, antes que obligar a una reiteración inútil y dilatoria.

El inc. 2 del art. 21 de la Convención estima que la aceptación tardía es eficaz cuando de la carta o del medio que la contiene se deduce que fue expedida en condiciones tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado a tiempo; y que, si el proponente no estuviera dispuesto a ver concluido el contrato en esas condiciones, deberá comunicar sin demora al aceptante su intención de considerar extinta la oferta. De igual manera se manifiesta el art. 5 del Código de las Obligaciones suizo.

En Brasil, el art. 1083 del Código Civil estima que la aceptación tardía equivale a una contraoferta. De igual manera lo hace el art. 855 del Código de Comercio de Colombia.

El Derecho argentino no tiene disposición expresa respecto de la facultad de aceptar la contestación tardía. La única disposición es que la aceptación deberá ser «oportuna».

En el inc. 2 del art. 21 de la Convención observamos otra de las notas peculiares del contrato de compraventa: la buena fe. El proponente, al recibir la comunicación a través de un medio que demuestre que ha sido expedida en tiempo oportuno, está obligado a avisar al aceptante. Considerar la aceptación como eficaz y, en consecuencia, dar al contrato por concluido es la mejor muestra de confianza del aceptante.

5. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

Cualquier país puede vincularse en una u otra parte de la Convención y no necesariamente en su totalidad. Así, los Estados pueden conectarse en la parte relativa a los efectos del contrato de compraventa internacional en los términos que vamos a comentar, dejando a salvo o excluyéndose de todo aquello que se refiere a la formación de dichos contratos.

Este asunto es regulado en la Parte III de la Convención.

5.1. Disposiciones generales

El Capítulo I de la Parte III, denominado «Disposiciones Generales», carece, a nuestro juicio, de orden y de claridad, pues aglutina una serie de preceptos dispares, sin ligación determinada, como el incumplimiento esencial del contrato, la transmisión de la comunicación que da origen al contrato, las condiciones e intervención de los órganos jurisdiccionales, así como la modificación o extinción del contrato.

5.1.1. Incumplimiento esencial

La Convención, en su art. 25, usa la expresión *incumplimiento esencial del contrato* para referirse a la acción de una de las partes que cause a la otra un perjuicio tal que le prive sustancialmente de aquello que le era legítimo esperar del contrato, salvo si el actor no previó ese resultado y si una persona razonable, con idéntica calificación y colocada en la misma situación, no lo hubiera previsto.

Esta fórmula no agota las dificultades de interpretación que pueden surgir de la lectura del texto de la Convención, pero está acorde con su espíritu de dar cabida a otros casos o posibilidades por encima de aquellos previstos por sus autores. De esa manera, torna posible su aplicación a situaciones que no podría prever y que pueden surgir en un intercambio comercial internacional cada vez más fluido y frecuente, pero donde se haría sentir la necesidad de dicho tratamiento.

Se ha de advertir que la expresión *incumplimiento esencial del contrato* es ajena a la doctrina y al Derecho positivo latinoamericano, que se inclina más por el principio del «perjuicio» o del «daño». Aquí se aprecia la influencia del sistema del *common law*, cuyos juristas influyeron en esta parte de la Convención, proponiendo este término no solo en el seno de esta sino en trabajos influyentes como los de Michida y los de G. L. Peiris (Michida, 1979, pp. 279 y ss.). Esta fórmula debe ser entendida plenamente por el operador internacional y el asesor jurídico latinoamericano como una extensión o ampliación de la figura del incumplimiento contractual, siendo recomendable, entonces, que se especifiquen en las cláusulas las circunstancias que pueden constituir *incumplimiento esencial*.

5.1.2. Notificación de resolución contractual

La validez de la resolución del contrato se consagra a partir del momento en que fuera hecha la notificación. El art. 26 de la Convención en su escueto texto dice: «La declaración de resolución del contrato surtirá efecto solo si se comunica a la otra parte». De aquí se deduce que el contrato quedará resuelto desde que se notifique la declaración de resolución a la otra parte. Este numeral deberá entenderse conforme a los arts. 49 y 64 de la Convención, que fija las condiciones apropiadas para que los sujetos declaren resuelto el contrato.

Como se ve, no se exige forma especial, que es un requisito fundamental en todo el Derecho positivo de América Latina. El art. 1371 del Código Civil peruano dice: «La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración», es decir, la resolución opera después de celebrado el contrato, hecho que nos lleva a afirmar que ha de notificarse efectivamente a la contraparte para que tenga plena validez. Lo mismo se puede decir respecto al Derecho brasileiro.

En lo que se refiere a la eficacia de esta notificación, no se sigue la llamada «teoría de la recepción», pues, de conformidad con el art. 27 de la Convención el atraso o error al transmitir la comunicación, e incluso el hecho de que no llegara a su destino, no privará a quien notifica el derecho a invocar dicha comunicación, dejando a cargo del declarante el riesgo de una comunicación inexacta. Esta situación es distinta a la del régimen civil latinoamericano.

El art. 1374 del Código Civil del Perú nos lleva a ver el requisito de la formalidad cuando dice que la oferta, su revocación y cualquier otra declaración contractual se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario. En otras palabras, los efectos de la resolución se cuentan a partir del momento en que dicha declaración es eficaz, de acuerdo con el principio aplicable a las declaraciones recepticias.

Probablemente, este sea uno de los artículos más difíciles de admitir por el Derecho latinoamericano que, en resguardo del equilibrio de las partes, reconoce con claridad las reglas procesales de la notificación y de la validez del acto para no perjudicar a quien se ve afectado —o sancionado en este caso— con la resolución de un contrato.

Aunque autores como María Ángela Bento Soares y Rui Manuel Moura Ramos señalan que la divergencia entre el art. 27 de la Convención y las soluciones adoptadas en el sistema romano-germánico son aparentes, debemos señalar que, a pesar del carácter internacional del instrumento de reglamentación, habría sido feliz que la Convención estableciera el medio expreso para hacer llegar tal notificación.

El sistema de las comunicaciones es cada vez más variado y eficaz. Por doquier se puede transmitir una orden o una información. El télex, el fax y aun los servicios

de informática como los mecanismos de *e-commerce* permiten llegar con certeza a cualquier persona. No hay un limitante para los sujetos, sobre todo para las operaciones comerciales internacionales, en cuyo ámbito un gran porcentaje de los contratos se cierra vía fax, télex, cable o correo electrónico. Habría bastado con señalar que el medio idóneo para dar por válida la notificación sea el télex y que su eficacia corra a partir de las 24 horas de su expedición.

Parecería ser que la Convención se aparta de la «teoría de la recepción». Con el fin de precisar el sentido de la orientación convencional, solo se añadiría el medio —en este caso el télex o el correo electrónico—, y su eficacia sería después de las 24 horas de la expedición que, como se puede apreciar, favorece al notificante y es suficientemente demostrable, pues el medio indica el día y hora de emisión. Es más, dicha notificación podría ser emitida viernes o sábado, caso en el cual la otra parte va a tomar conocimiento solo dos días después y no va a poder accionar hasta entonces, pero habría certeza de la resolución contractual, que le puede permitir actuar o ajustar su conducta comercial sin verse afectada por el desconocimiento de dicho evento.

Manteniendo el texto del art. 27 de la Convención y sus principios, bastaría con añadir este medio, incluso computando su eficacia desde el momento de su expedición, si ello, aun cuando no es lo óptimo, facilita el consenso de las partes.

No es suficiente que la Convención mencione (art. 27) que la notificación se haga «por medios adecuados a las circunstancias», pues ello posibilita el uso de cualquier medio, incluso una llamada telefónica que no siempre es recibida por el destinatario. Debe haber un medio comprobable, verificable y objetivo.

Creemos que esta regla puede propiciar confusiones al momento de su aplicación. Así, por ejemplo, en la Argentina, país adherido a la Convención, se exige que la forma de la comunicación sea fehaciente. Cualquier duda acerca de si la comunicación ha existido o no debe resolverse en sentido de que no lo fue, ya que el interesado, pudiendo haber utilizado una forma que no arrojará dudas, no ha empleado un medio seguro (Borda, 1987, p. 143).

5.1.3. Restricciones del derecho a exigir el cumplimiento

El art. 28 de la Convención señala que un determinado «[...] 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 Convención».

El citado numeral dispone que un tribunal no está obligado a decretar la ejecución forzada en caso de que no pueda hacerlo en virtud de su propio Derecho, aplicable a contratos de compraventa similares no regidos por la Convención. Luego, si el tribunal está facultado para ordenar una forma particular de ejecución forzada

—como la entrega del bien o el pago—, el art. 28 solo y únicamente ciñe su aplicación al caso en que un tribunal no pudiese, bajo ninguna circunstancia, ordenar la ejecución forzada de la obligación (Espina Otero & Quintana Hurtado, 1985, p. 74).

En la República Dominicana, los tribunales estarían en posibilidad de ordenar el cumplimiento específico de una obligación solo en aquellos casos de venta de cosas genéricas y no individualizadas, cuando la obligación cuyo cumplimiento forzoso se procure sea la de entrega del objeto del contrato de compraventa.

En el Código Civil del Perú, según el art. 1132 se admite el cumplimiento específico de la prestación. Así, en la obligación de entrega de una cosa cierta: «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor». Luego, la norma convencional es entendible dentro del Derecho sustantivo peruano, al limitar la acción del tribunal si una parte tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer.

En el Brasil, el mismo principio se aplica al acreedor comerciante o no, pues el art. 863 del Código Civil determina que «[...] el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque sea más valiosa [...]». El Código Comercial, a su vez, establece que en caso en que no hubiere entrega, hay dos opciones para el comerciante: «Cuando el vendedor deja de entregar la cosa vendida en el tiempo indicado, el comprador tiene la opción de rescindir el contrato o demandar su cumplimiento con los daños de mora; salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor». La segunda opción es que «[e]l vendedor que después de perfeccionada la venta, alienara, consumiera o deteriorara la cosa vendida, será obligado a dar al comprador otra igual en especie, calidad y cantidad, o pagarle en la falta de esta el valor estimado por árbitros, con relación al uso que el comprador pretendía hacer o al lucro que podía derivarse [...]».

Como se puede apreciar, a la misma obligación le pueden corresponder diversos regímenes de ejecución en los varios países vinculados a la Convención, ya que no todas las legislaciones reconocen la figura del cumplimiento específico cuando se les presenten casos semejantes no regulados por la Convención.

La regla de la Convención es, indudablemente, más asequible al sistema jurídico del *common law*, que en muy raras ocasiones hace uso del mecanismo de cumplimiento específico. Por esta razón, las legislaciones que admiten esta figura apenas están obligadas a ordenar el cumplimiento específico cuando se les presenten casos semejantes no regulados por la Convención.

5.1.4. Modificación o extinción del contrato

El principio generalmente admitido es que las partes pueden alterar, variar o extinguir un contrato por mutuo acuerdo. Así lo reconoce el art. 1134 del Código Civil de la República Dominicana, como un principio general de la teoría de las obligaciones.

De igual manera, el art. 1351 del Código Civil del Perú, que dice: «El contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

El inc. 1 del art. 29 de la Convención continúa esta vieja tradición jurídica, según la cual no se puede admitir la modificación de las cláusulas contractuales por voluntad de una sola de las partes.

Como se aprecia del Derecho positivo latinoamericano, e incluso de los demás ordenamientos del *civil law* —como por ejemplo el art. 406 del C.C. de Portugal—, no hay modificación o alteración contractual si las partes no lo convienen previamente. El sistema del *common law* va en este punto mucho más allá, pues no reconoce el acuerdo de las partes como razón suficiente para alterar un contrato, sino que, además, exige que esa variación no perturbe el equilibrio contractual tal como fue logrado en el momento de la negociación y de la formación del contrato. En efecto, la doctrina llamada de la *consideration* (Chloros, 1978, pp. 137 y ss.) establece que la modificación o variación de una de las cláusulas contractuales, no puede, de ningún modo, implicar el agravamiento de las obligaciones de una de las partes o el mejoramiento de una de ellas en perjuicio de la otra. De esa manera, aun cuando los sujetos convengan en una modificación de lo convenido, esta no puede alterar el equilibrio del contrato. Vemos en ello una limitación a la autonomía de la voluntad, pues podría ser que los intervinientes, precisamente por interés de las prestaciones, decidan incrementar las obligaciones de una de ellas, siendo que el propio sistema, en homenaje a un interés superior —el equilibrio contractual—, restringe esta libre disposición con aquella reserva.

En cuanto a la forma de modificación del contrato, el inc. 2 del art. 29 de la Convención señala que si un contrato escrito estipula que, por acuerdo de las partes, la modificación o extinción debe ser hecha por escrito, no puede serlo de otra forma. Sin embargo, si una de las partes consiente y la otra admite, puede eximirse de dicha formalidad.

La Convención permite que, no obstante el contrato contenga una cláusula como la señalada en el inc. 1 del artículo comentado, los intervinientes puedan derogarla oralmente o aun de forma tácita. Esta permisividad puede dar lugar a algunos excesos, pues el medio probatorio de la modificación es débil, cuando no es inexpressable, ya que la Convención dice que basta el comportamiento de una las partes para dejar sin efecto la cláusula de la exigencia formal, si es que la otra hubiera confiado en tal comportamiento. Claro está que tal reciprocidad, dicha confianza, de alguna manera configura un acuerdo de voluntades en el que prima la buena fe, pero no es una manifestación condicente con el incumplimiento de cada una de las cláusulas. Hubiera sido mejor exigir la ratificación por escrito de la parte que admite el comportamiento modificatorio del contrato.

5.2. Obligaciones del vendedor

La obligación principal del vendedor es, obviamente, la entrega de la mercadería, transmitir la propiedad y los documentos respectivos; así lo señala el art. 30 de la Convención. Esta norma es plenamente entendible por el Derecho latinoamericano, que se sustenta en el principio romano de la *tradere vacua possessio* de las mercaderías.

El art. 754 del Código Civil de Colombia estipula que la transmisión de la propiedad o dominio se realiza mediante la entrega física del bien si se trata de muebles o por la transmisión del conocimiento de embarque, carta de porte o factura, cuando se trate de mercaderías que van por tierra, mar o aire, conforme lo señala el art. 923 del Código de Comercio.

El art. 1549 del Código Civil del Perú no solo reconoce la entrega de la cosa, sino que, además, el vendedor debe facilitar los documentos y títulos relativos a la propiedad, tal como lo dispone el citado art. 30 de la Convención.

El art. 2288 del Código Civil de México (Distrito Federal), aplicable supletoriamente a los contratos comerciales, también admite la obligación.

En la República Dominicana, el art. 1604 del Código Civil define como entrega la traslación de la cosa vendida al dominio y posesión del comprador.

En Brasil, el art. 197 del Código Comercial dispone que: «Después de que la venta es perfecta (art. 191), el vendedor queda obligado a entregar al comprador la cosa vendida en el plazo y modo estipulado en el contrato; bajo pena de responder por las pérdidas y daños que de su falta resultaren». Se debe añadir que el vendedor tiene también la obligación de transferir el dominio (art. 620 del Código Civil) y que se trata de una obligación personal y no real, originándose para el comprador un derecho de crédito contra el vendedor.

En Chile, el art. 149 del Código de Comercio se refiere a similar entrega simbólica, como es la de la transmisión del conocimiento de embarque, carta aérea o carta de porte.

La norma de la Convención vincula entrega y transmisión de la propiedad como elementos propios del vendedor. Pero los aspectos de la transmisión deben comprenderse a la luz de las reglas del Derecho interno que resulten aplicables de conformidad con los principios del conflicto de leyes. Según lo anterior, la Convención renuncia a establecer los cauces a través de los cuales la propiedad debe ser transmitida; siendo que su verificación queda remitida a las normas del Derecho interno. Así, si tales reglas aplicables exigen, además de la *traditio*, un acuerdo de voluntades cuyo objeto específico sea la transmisión de la propiedad, el vendedor quedará obligado a celebrar dicho acuerdo y a prestar su conformidad a tenor de lo establecido en dicho artículo 30 de la Convención, pudiendo el vendedor, en consecuencia, supeditar

la transmisión de la propiedad a determinadas circunstancias, como podría ser el pago total del precio.

La Convención abandona el principio seguido por el Derecho latinoamericano, que asocia la entrega con la propiedad y la conformidad de la cosa vendida, pero que es asequible con el sistema del *common law*.

El art. 32 de la Convención prevé obligaciones adicionales del vendedor:

- La individualización de la mercadería cuando no se encuentra claramente identificada. Esta identificación exige un distintivo gráfico sobre el mismo producto, cuando no conste de los documentos de transporte.
- Enviar aviso al comprador notificando la expedición de la mercadería. Este requisito es tan importante que su incumplimiento es sancionado por el mantenimiento, a cargo del vendedor, del riesgo de pérdida o deterioro de la cosa (inc. 1 del art. 32).
- Celebrar los contratos necesarios con el fin de que las mercaderías sean transportadas al local convenido, teniendo en consideración las condiciones normales del transporte y los medios convenientes al efecto. (inc. 2 del art. 32).
- Proporcionar al comprador la información necesaria para la celebración del contrato de seguro, cuando sea obligación del importador proveer el transporte de la mercadería. (inc. 3 del art. 32).

5.2.1. Lugar de entrega

En principio, las mercancías deben ser entregadas en el lugar convenido por las partes; y, si no se hubiera señalado expresamente, la prestación deberá ser cumplida en el domicilio del deudor. De esa manera lo precisa el art. 1553 del Código Civil del Perú: «A falta de estipulación, el bien debe ser entregado en el lugar en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato. Si el bien fuera incierto, la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación».

En Colombia, el art. 754 del Código Civil expresa que la forma de realizar la entrega de una mercadería es a través de la remisión al sitio convenido. De manera coincidente, el inc. 3 del art. 923 del Código de Comercio dice: «Por la expedición que haga el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido».

En Brasil, el art. 199 del Código Comercial señala que: «La tradición de la cosa vendida, a falta de estipulación expresa, debe hacerse en el lugar donde la misma cosa se encontraba al momento de la venta; y puede operarse por el hecho de entrega real o simbólica o por el título; o por el modo que estuviere en uso comercial en el lugar donde debe verificarse [...]».

En México, el art. 86 del Código de Comercio indica que, salvo pacto en contrario, las mercaderías deben ser entregadas en el lugar que sea más apropiado de acuerdo con el propósito de la transacción, que puede deducirse de los términos del contrato.

Sin embargo, el tráfico mercantil internacional trae muchas otras posibilidades, como la venta de un bien que debe ser escogido de un grupo genérico o el caso en que debe ser entregado para su transporte en el punto indicado por el comprador. Por ello, la Convención prevé dos situaciones: la primera (inc. *a* del art. 31), la más frecuente de todas, es aquella en la que es preciso transportar el bien, en cuyo caso el vendedor se libera de la obligación de entrega y más bien remite las mercaderías al primer transportador de la cadena de medios. En este inciso, la Convención reconoce el tipo de transporte multimodal, en el que por la variedad de los medios que intervienen es necesario determinar en qué punto de la cadena se entrega la cosa. Asimismo, se precisa un punto de transferencia del riesgo, que es vital para señalar el espacio en el que el vendedor queda liberado de la obligación de entrega. La segunda situación (inc. *b* del art. 31) es aquella en la cual la mercancía pertenece a un bien genérico que debe ser escogido de un conjunto determinado o se trata de un producto que debe ser fabricado en cierto lugar, en cuya eventualidad dicho bien debe ser puesto a disposición del comprador en el lugar donde se encontraba o donde debía ser fabricado al tiempo de la conclusión del negocio. Lo que significa que las partes deben conocer, en el momento de celebración del contrato, el lugar donde se encontraban las mercaderías.

5.2.2. Fecha de entrega

Corresponde a las partes determinar cuándo ha de cumplirse con la tradición de la cosa y en dicho término ejecutarla. Así lo reitera el art. 33 de la Convención que prevé tres momentos: en la fecha determinada (inc. *a*), dentro del plazo estipulado en el contrato (inc. *b*), y si no hubiese fecha o plazo, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato. La legislación latinoamericana no tiene detalles tan precisos como la Convención.

El art. 375 del Código de Comercio de México indica que si se ha fijado un plazo para la entrega, dentro de él debe efectuarse, pues si se hiciera después de transcurrido el mismo, el comprador podría negarse a admitir la cosa.

El art. 197 del Código Comercial del Brasil menciona, de igual manera, que la entrega debe hacerse en el plazo determinado en el contrato.

El art. 1552 del Código Civil del Perú señala: «El bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto».

Si no ha sido expresamente señalado por los sujetos a favor de quien se ha establecido el plazo, se tendrá extendido a favor del vendedor, quien podrá hacer entrega del bien en cualquier momento en el transcurso del término, a no ser que de las circunstancias resulte que fue establecido a favor del comprador; en dicha situación, le corresponde a este escoger la fecha de entrega. Debemos señalar que, en tal eventualidad, la entrega anticipada de las mercaderías por parte del vendedor no es tenida como cumplimiento de la prestación, aplicándose, al efecto, el art. 52 de la Convención. Asimismo, deberá seguirse la regla de la buena fe, que exige al comprador avisar con anticipación al vendedor la fecha que hubiera escogido.

En el caso de falta de estipulación contractual del plazo de cumplimiento de la obligación, señala el inc. c del art. 33 de la Convención que el vendedor debe entregar las mercaderías dentro de un plazo razonable. Este término, *razonable*, debe ser interpretado de acuerdo con la práctica comercial internacional, es decir, según los usos en cada plaza. Aquí vemos, una vez más, la necesidad del análisis del especialista, que ha de considerar lo usual o frecuente según el tipo de operación y de mercado. No será, entonces, lo usual en el mercado del vendedor sino lo frecuente en el lugar donde ha de entregarse la mercadería, que no siempre es el del establecimiento del comprador.

La solución a la que llega la Convención es propia de la práctica comercial internacional y así ha de apreciarse en cada caso. Por ejemplo, si se trata de exportación de productos frescos, manzanas o peras, el plazo de entrega no puede superar a aquel que sea necesario para que dichos productos sean puestos en buen estado a su consumo. Pongámonos en otra situación: si se trata de artículos o mercaderías de venta en períodos de temporada —vestidos, trajes—, el plazo de entrega no podrá ser mayor que aquel en que se inicie realmente la campaña de ventas de estos artículos de temporada; no el de apertura o anticipo sino el del inicio de la campaña, en caso de que el contrato haya sido celebrado antes del período de apertura.

5.2.3. Entrega de los documentos

El art. 34 de la Convención trae en su texto dos conceptos: el primero es que si el vendedor está obligado a remitir los documentos relativos a las mercaderías, debe cumplir dicho acto en la forma prevista contractualmente. Esta afirmación nos parece excesivamente obvia. El segundo concepto prevé que, en caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor conserva, hasta el momento en que esta debería ser efectuada, el derecho de subsanar cualquier omisión o error de dichos documentos. En buen romance, sanear la documentación siempre que dichos actos no causen en el comprador inconvenientes o gastos mayores. En todo caso, el comprador puede pedir una indemnización por pérdidas o daños.

Este artículo guarda distancia con el Derecho latinoamericano, pues la entrega de documentos no tiene referencia en nuestras legislaciones, ya que la obligación se considera como accesoria. Así, en Argentina, los arts. 575 y 1409 del Código Civil; en Colombia, el art. 928 del Código de Comercio y los arts. 1884 y 1605 del Código Civil; en el Perú, el art. 1551 del Código Civil establecen que el vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien, salvo pacto distinto, con lo cual se acerca mucho más al texto convencional.

5.2.4. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros

La consideración de la Sección II, del Capítulo II de la Parte II de la Convención es asegurar que las mercaderías que serán objeto de entrega guarden relación con aquello que se expresó en el contrato. Luego, el documento ha de indicar con precisión las mercaderías de que trata la operación, debiendo estar embaladas y acondicionadas de acuerdo con lo descrito en las cláusulas pertinentes del acuerdo (inc. 1 del art. 35).

El inc. 2 del precitado numeral indica los requisitos específicos que las mercaderías deben poseer, salvo pacto en contrario. La calidad de los bienes entregados deberá corresponder con la descrita en las cláusulas. Cuando no se especifique la calidad, las mercancías deberán cumplir con las normas exigidas en forma usual, es decir, ser aptas para el uso a que se destinen o para el que, ordinariamente, se aplican mercaderías del mismo tipo. De allí la necesidad de que los contratos internacionales contengan una cláusula introductoria en la que se indique el motivo, la causa o la razón que lleva a las partes a contratar, es decir, la introducción, la motivación de la compraventa, que puede expresar para qué serán usadas o empleadas las mercaderías, que pueden ser, a su vez, bienes intermedios para producir un producto final. Esta cláusula introductoria puede estar configurada con los diferentes correos electrónicos que, previos a la determinación contractual, hayan intercambiado las partes.

El subinciso *b* del inc. 2 del art. 35 de la Convención introduce una condición particular: señala que cuando el comprador a quien va destinado el bien no confía en la competencia o la apreciación del vendedor, este queda liberado de entregar las mercaderías para aquel fin específico. La confianza por parte del comprador funciona como prerequisite de la obligación del exportador de proveer una mercadería con las características requeridas por el comprador.

Finalmente, si al momento de celebrar el contrato el importador conoce o no puede dejar de ignorar la falta de requisitos de las mercaderías, el vendedor queda liberado de cualquier responsabilidad. Es otras palabras, si el comprador sabe o está obligado a saber que las mercaderías no son similares a las muestras o no tienen los requisitos específicos de embalaje o envase —en definitiva los requisitos del inc. 2 del art. 35 de la Convención—, el vendedor quedará exonerado de responsabilidad.

En Argentina, el art. 2164 del Código Civil considera como vicio aquel que haga la cosa impropia para su destino.

En Colombia, el inc. 2 del art. 1915 del Código Civil establece como vicio redhibitorio aquel que impida que la cosa vendida sirva para el uso natural al cual fue destinada. A su vez, el art. 934 del Código de Comercio exige que los vicios o defectos hagan la cosa impropia para su natural destino o para el fin previsto en el contrato.

En el Perú no existe una concordancia directa, salvo el art. 1505 del Código Civil, que en materia de obligaciones señala que: «Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el trasferente que le daban valor o no lo hacían apto para la finalidad de la adquisición».

En Brasil, el art. 214 del Código Comercial dispone: «El vendedor es obligado a hacer buena para el comprador la cosa vendida, aun cuando en el contrato se estipule que no queda sujeto a responsabilidad alguna, salvo si el comprador, conociendo el peligro al momento de comprar, declarara expresamente, en el instrumento del contrato, que toma sobre sí el riesgo; debiendo entenderse que esta cláusula no comprende el riesgo de la cosa vendida, que por algún título pueda pertenecer a tercero».

En Venezuela, el art. 140 del Código de Comercio dice: «Las averías sufridas durante el viaje resuelven el contrato, si las mercancías están de tal modo deterioradas que no sirvan para el uso a que están destinadas».

5.2.5. Momento para determinar la conformidad de las mercaderías

La cuestión frecuente en la práctica comercial internacional es saber el momento en que se certifica la conformidad de las mercancías. Al efecto, el art. 36 de la Convención señala que dicho momento coincide con el de la transferencia del riesgo, de tal manera que el comprador puede responsabilizarse en el instante mismo en que asume el riesgo, siendo que toda falta de conformidad que surja, a partir de dicho momento, será de responsabilidad del adquirente. Sin embargo, el vendedor será responsable por cualquier falta que se presente a posteriori desde que tal carencia estuviese ínsita en el producto.

El vendedor será responsable de toda falta de conformidad a cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para el uso al que fueron destinadas o conservarán las cualidades y características específicas. (inc. 2 del art. 36 de la Convención).

En Brasil, el art. 1101 del Código Civil dispone: «La cosa recibida en virtud de contrato conmutativo puede ser rechazada por vicios o defectos ocultos que la tornen impropia al uso a que es destinada o le disminuyan el valor».

El art. 31 de la Ley Federal de Protección al Consumidor de México señala que cuando la cosa sea impropia para los usos a que habitualmente se destina o haya disminuido de tal modo su calidad, el comprador puede optar entre el cumplimiento forzoso, la rescisión o la reducción del precio.

5.2.6. Entrega anticipada

Una situación distinta es la que se presenta cuando el vendedor entrega la mercadería de manera anticipada y el comprador la acepta. Esta situación, prevista en el art. 37 de la Convención, permite al vendedor subsanar cualquier falta de conformidad de la mercadería, siempre que el ejercicio de dicho derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. De esa manera, el exportador puede corregir cualquier error en el volumen o cantidad de la mercancía y aun en la calidad del producto.

La norma convencional es saludable porque permite al vendedor salvar cualquier error u omisión surgido de buena fe. Asimismo, protege al comprador desde que tal cambio o modificación no lo perjudique o le ocasione gastos. Supongamos el caso de un vendedor de autopartes para automóviles que, posteriormente a la entrega de la cosa, percibe que no entregó el número preciso de lo convenido en los envíos parciales en que se pactó la entrega; puede, de *motu proprio*, corregir dicho error en las siguientes entregas, desde que con ello no afecte el ciclo de producción de la industria automotriz para la cual se vendió tal mercancía.

En el Código Civil peruano no existe una referencia directa al respecto, pero ello no impide que el criterio de la Convención esbozado en este artículo pueda ser utilizado; pues su ordenamiento civil coincide con el reconocimiento de la libertad contractual.

5.2.7. Plazo para examinar las mercancías

El art. 38 de la Convención deja a cargo del comprador la obligación de examinar o hacer examinar las mercancías en el plazo más breve posible. Hasta allí todo parece transparente; lo que puede llevar a discusión es la determinación de «[...] el plazo más breve posible atendidas las circunstancias» con que termina el inc. 1 del artículo comentado. Pues bien, el plazo deberá contarse desde el momento en que el comprador recibe a su disposición la mercadería, y las circunstancias que determinarán la amplitud del término son las referencias contractuales —probablemente las cláusulas de intención—; los usos y las prácticas comerciales; la naturaleza de las mercaderías; el período o temporada para el cual se adquirieron los bienes; y la calidad o naturaleza de los contratantes. Empero, el art. 38 prevé dos situaciones: cuando el contrato implica el transporte de la mercadería y cuando el comprador cambia en tránsito el destino de la misma o la reexpide.

En las dos situaciones, el comprador no ha tenido razonable posibilidad de examinar el producto; luego, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su destino o nuevo paradero, en el caso de cambio de tránsito o reexpido.

5.2.8. Obligación de notificar la falta de conformidad

Para que surta efecto el reclamo por parte del comprador ante la falta de conformidad de las mercaderías, deberá hacerlo comunicando al vendedor dicha situación, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto (inc. 1 del art. 39 de la Convención). El plazo máximo es de dos años a partir del momento en que las mercaderías, efectivamente, se pusieron en poder del comprador, a no ser que del contrato emerja una garantía contractual mayor que dicho plazo (inc. 2 del art. 39).

Debe darse una entrega real y efectiva de la cosa, pues la única manera en la que el comprador puede tomar conocimiento del deterioro o defecto del bien es a través del contacto físico. Siendo que junto a tal consideración está el límite del plazo, pues sería lesivo a la seguridad y estabilidad de las transacciones comerciales internacionales que el comprador mantuviese indefinidamente el derecho de aducir falta de conformidad contra el vendedor.

En este caso específico del plazo, debemos advertir que el citado artículo de la Convención es más amplio que el término otorgado por la legislación latinoamericana, que de manera casi unánime estipula seis meses para plantear acción por vicio redhibitorio, siendo en consecuencia más asequible a la costumbre nuestra. Así:

En Argentina, el art. 473 del Código de Comercio señala que, en materia comercial, el plazo para accionar por los vicios de la cosa no puede exceder de seis meses contados a partir de la entrega.

En Colombia, el art. 1923 del Código Civil dice que la acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles o mercaderías. Igual lapso, contado a partir de la entrega del bien, es el que enuncia el art. 938 del Código de Comercio.

En Chile, el art. 1806 del Código Civil y el art. 154 del Código de Comercio señalan que el vendedor se libera de los vicios de la cosa después de seis meses de la entrega.

En el Perú, el art. 1571 del Código Civil establece que el comprador debe manifestar su inconformidad dentro del plazo contractual o en un plazo prudencial.

En la República Dominicana, a menos que exista una cláusula contractual en contrario, sus Códigos Civil y Comercial establecen plazos precisos para ejercer las acciones redhibitorias por vicios ocultos o falta de conformidad con las mercaderías entregadas por el vendedor. Esta acción redhibitoria por vicios ocultos o inconformidades es de noventa días.

La jurisprudencia internacional nos trae un caso que explica este criterio convencional. Es el fallo de un Tribunal Comercial del Cantón de Zurich (HG930138. U/HG93), de fecha 9 de setiembre de 1993, a causa de un vendedor italiano de muebles que demandó a un comprador suizo por pago. El comprador se había quejado de que los muebles estaban defectuosos, pero no había aceptado la oferta del vendedor de subsanar dichos defectos ni pagado por la compra. El tribunal declaró que la Convención era aplicable, pues las partes tenían sus establecimientos en Estados contratantes diferentes (art. 1, inc. 1, sub inciso *a* de la Convención) y existía un contrato de suministro de mercaderías que habían de ser manufacturadas o producidas, instrumento que equivalía a un contrato de compraventa (art. 3, inc. 1 de la Convención).

Declaró, asimismo, que el comprador debía probar la existencia de los vicios y comunicar la falta de conformidad dentro de un plazo razonable (arts. 72, 38 y 39 de la Convención). Se indicó que, considerando que el comprador no había respondido a la carga de la prueba, y que incluso si en algún momento el comprador hubiera tenido derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías, había perdido ese derecho. El tribunal ordenó al comprador pagar el precio de compra con intereses al tipo de interés vigente con arreglo al Derecho italiano aplicable (art. 78 de la Convención).

En otro aspecto, la falta o ausencia de denuncia por parte del comprador no puede ser aducida por el vendedor si la falta de conformidad se refiere a hechos conocidos o que no podía ignorar, y que no reveló al comprador. Así se expresa el art. 40 de la Convención cuando dice: «El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador».

Este temperamento está enmarcado en el principio de buena fe que atraviesa todo el articulado de la Convención y que constituye la base del comercio.

5.2.9. Pretensiones de terceros respecto de las mercaderías

Los arts. 41, 42 y 43 de la Convención regulan la obligación, a cargo del vendedor, de entregar las mercaderías libres de cualquier gravamen, completamente saneadas frente a cualquier pretensión por parte de terceros.

«El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones», reza *ab initio* el art. 41 de la Convención.

Si el vendedor no cumple con ello, el comprador puede ejercer una serie de acciones que van desde exigir la entrega de otras mercaderías hasta requerir la indemnización de daños y perjuicios (arts. 45 y siguientes de la Convención), a no ser que

el comprador acepte expresa o tácitamente dicha situación, en cuyo caso no puede hacer uso de las señaladas acciones. Este régimen tiene su explicación, a juzgar por los trabajos preparatorios de la Convención, en el interés de contemplar la venta de la cosa ajena.

El Derecho Latinoamericano es unánime en cuanto a la obligación del vendedor de asumir el saneamiento en caso de evicción, así como la responsabilidad del comprador de actuar con diligencia y comunicar inmediatamente la perturbación en el ejercicio de su derecho. La única diferencia existente con las reglas latinoamericanas es el momento a partir del cual el vendedor está obligado a responder por la evicción.

En el Perú, el art. 1491 del Código Civil señala: «Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero anterior a la transferencia». Como se ve, el artículo parte de la sentencia pero también de la resolución administrativa. También hay analogía con el art. 1497 cuando se pacta que el trasferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción; si se produce esta, debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución. No es válida la renuncia si el trasferente actuó con dolo o culpa inexcusable.

En Uruguay, el art. 1713 del Código Civil señala que el saneamiento solo se puede reclamar después de la sentencia judicial ejecutoriada y siempre que se condene al comprador a la pérdida de la cosa o a una parte de ella.

En República Dominicana, el art. 1626 del Código Civil está en consonancia con la posibilidad de las partes de disminuir consensualmente el alcance de la acción de saneamiento.

La Convención trata por separado la propiedad industrial, en razón del cada vez más creciente comercio de la tecnología, el conocimiento científico y la propiedad intelectual. Esta es una actitud singular que incluso podría dar origen a cuestionamientos sobre el objeto del texto convencional, pues ingresa al comercio de servicios excediéndose del ámbito original, el tratamiento de mercaderías. En efecto, el art. 41 *in fine* y el art. 42 de la Convención establecen un régimen particular respecto de los «derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual [...]» (inc. 1 del art. 42).

Si entendemos que la propiedad industrial es el conjunto de derechos resultantes de la actividad intelectual en la esfera industrial, científica, literaria o artística —como son las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, así como los derechos de autor, que son aplicados a las mercancías tanto para su producción como para facilitar el uso de los canales de comercialización internacional o identificación del producto—, entonces estamos dentro del campo del comercio de servicios.

Esta extensión de la Convención puede dar origen a ciertas reservas por parte de los países que están desarrollando un esquema de promoción de exportaciones de mercancías, con un gran contenido de propiedad intelectual, como es el caso de productos identificados por marca o nombres registrados. Gran parte de los productos se están comercializando en el mundo con marcas, y otra buena parte se comercializa bajo sistemas de *franchising*, es decir, va la mercancía y, paralelamente a ella o condicionada, se plantean contratos vinculados a la trasferencia de propiedad industrial.

El art. 42 de la Convención establece dos posiciones:

- En la primera (inc. 1), el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquier derecho o pretensión de un tercero, basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, siempre que tales derechos o pretensiones se basen en esta propiedad en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse; y, finalmente, en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.
- La segunda posición (inc. 2) es una excepción a lo mencionado anteriormente, pues la antedicha obligación no se extenderá cuando al momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o si tal pretensión resulte de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionadas por el comprador.

Esta excepción es saludable, ya que sería excesivo cargar de responsabilidad al vendedor por cualquier infracción o derecho de propiedad industrial o intelectual, pues la mayoría de las veces tal infracción se realiza fuera de su propio país y sería un exceso esperar que el productor-vendedor, en este caso, tenga un conocimiento pleno de la legislación y aun de las infracciones en otros Estados. En efecto, muchos de los productos que América Latina exporta se fabrican con marca de terceros países y aun con marcas indicadas por el comprador, cuando no el proceso tecnológico que se utiliza ha sido providenciado por el comprador. De este modo, sería injusto que el vendedor tenga que cargar con la responsabilidad de la infracción a un derecho de propiedad industrial, cuando tal propiedad fue suministrada o indicada por el propio comprador. Por ello el inciso 2 es claro y tajante al indicar que la obligación de saneamiento del vendedor se suspende cuando «[...] el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión».

En lo que respecta al momento en que el comprador puede accionar su derecho, el art. 43 de la Convención expresa que cualquier observación sobre este asunto debe ser hecha «dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella». La denuncia debe precisar la naturaleza

del derecho o pretensión y ser comunicada directamente al vendedor, pues en caso contrario el comprador perderá su derecho.

El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones comentadas anteriormente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza (inc. 2 del art. 43).

Hay que aclarar algunos puntos de este numeral. El primero es el del plazo. De acuerdo con este numeral, dicho término se debe contar desde el momento en que el comprador tuvo o debería haber tenido conocimiento del derecho o de la pretensión del tercero; situación distinta a la comentada con ocasión del art. 39. Otro punto es en cuanto al límite para la denuncia, que no está señalado de manera inequívoca, precisión que hubiera sido recomendable en razón de la estabilidad y la seguridad de las relaciones jurídicas. Por último, el vendedor no tendrá derecho a excusarse de responsabilidad si efectivamente conocía —como se ha dicho en el acápite anterior— el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza, y no como en otros artículos comentados en que se releva de culpa a la ignorancia del vendedor.

5.2.10. Excusa por no haber informado al vendedor

De acuerdo con el art. 44 de la Convención, si existe una disculpa razonable para la falta de denuncia por parte del comprador —respecto de la falta de conformidad de las mercaderías o de las pretensiones de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual del bien—, este conserva la facultad de reducir el precio o pedir indemnización por pérdidas y daños (art. 74 de la Convención), únicamente con relación al daño emergente.

Esta regla equilibra las posiciones de las partes y es viable desde que el comprador pueda aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

Debe entenderse, a tenor *ad litterem* del artículo, que el comprador por sí rebaja el precio. Ello será posible desde que el pago se haga mediante «documentos contra entrega» o «en consignación», pues no vemos cómo podría rebajar el precio si el pago es mediante «carta de crédito», a menos que se trate de compraventa con entregas y pagos sucesivos.

En el Perú, encontramos conceptos similares en el Código Civil. Así:

- «La resolución [...] impone al transferente la obligación de pagar al adquirente: La indemnización de daños y perjuicios, cuando el trasferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios» (inc. 5 del art. 1512).
- «El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición» (art. 1513).

5.3. Derechos y acciones en caso de incumplimiento por el vendedor

En la Parte III, la Convención dedica la Sección III del Capítulo II a regular los medios e instrumentos de que dispone el comprador en caso de que el vendedor incumpla alguna de sus obligaciones o todas aquellas indicadas en el contrato o emanadas de él.

El art. 45 de la Convención faculta al comprador a:

- Ejercer los derechos establecidos en los arts. 46 al 52 de la Convención y que corresponden a exigir de manera específica una obligación, fijar un plazo suplementario para el cumplimiento de la obligación, exigir reparación de cualquier falta surgida del contrato, declarar resuelto el contrato, reducir el precio o rehusarse a recibir la mercadería antes del plazo.
- Exigir indemnización por daños y perjuicios conforme a lo prescrito en la Sección II de la Convención, y que puede comprender el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento.
- Ejercitar acumulativamente estos derechos sin que sean excluyentes (inc. 2 del art. 45).

Es más, por mandato de la norma, ni el juez ni el árbitro pueden conceder al vendedor ningún plazo de gracia cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento (inc. 3 del art. 45).

Esta relación de ventajas a favor del comprador presenta ciertas dificultades de orden técnico. Ello se debe a la presencia del concepto de «incumplimiento esencial», explicado anteriormente al tratar el art. 25 de la Convención, así como a la búsqueda de armonizar la acción que persigue el cumplimiento *in natura* y la acción estimatoria (*quantum minoris*) —de raigambre latina—, la concesión de un plazo de gracia de origen alemán, y la acción que persigue el cumplimiento *in natura* con la acción de indemnización por daños y perjuicios que impera en el sistema anglosajón (Garro & Zuppi, 1990, p. 174).

La Convención establece una regla que se mantiene constante en todo su texto: el derecho del comprador a exigir indemnización por daños y perjuicios aun cuando haya efectuado concesiones al vendedor. Introduce una limitación procesal al propio juez o árbitro, por encima de lo que pudiera indicar el respectivo estatuto adjetivo. De este modo, los árbitros —a los cuales se refiere la Ley General de Arbitraje del Perú— deberán tener en cuenta esta limitación a su poder de administrar justicia específica cuando las partes hayan convenido que el contrato de compraventa quede sometido a las reglas de la Convención. Como el Perú ha ratificado la Convención, el art. 45 se ha convertido en norma imperativa aun por encima del art. 3 de la Ley General de Arbitraje, ya que sería un tratado ratificado.

En el Perú, apreciamos a su vez que el inc. 2 del art. 45 de la Convención guarda relación con el art. 1321 del Código Civil, que dice: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve».

5.3.1. Derecho del comprador a exigir el cumplimiento

El inc. 1 del art. 46 de la Convención enuncia una vieja verdad jurídica: «El comprador podrá exigir del vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia».

Consecuentemente, tiene el derecho de obtener por vía judicial lo que en doctrina se conoce como la «ejecución específica». Sin embargo, el comprador no está autorizado a acudir a dicha fórmula cuando haya hecho uso de un medio incompatible con la misma. La Convención hace depender el recurso de dos consideraciones: un condicionalismo lógico —que el comprador no haya hecho uso de un medio incompatible con la ejecución específica— y otro que resulta del principio de armonía procesal interna —el tribunal no puede decretarla cuando no se refiere a contratos internos de compraventa—. Este mecanismo es reiterado por la Convención en el caso de que las mercaderías no guardaran conformidad con el contrato (inc. 2 del art. 46) o cuando el comprador apenas puede exigir la entrega de nuevas mercaderías, si dicha falta constituye un incumplimiento fundamental del contrato y si dicha exigencia hubiera sido formulada al momento de la denuncia de falta de conformidad o en un plazo razonable a partir de ese momento. Las restricciones al derecho del comprador son lógicas, ya que la entrega de una segunda remesa puede causar graves trastornos al vendedor, justificándose que ella solo pueda ser exigida una vez que han sido verificados algunos presupuestos establecidos, en el sentido de restringir las sustituciones de mercaderías a los casos en que, efectivamente, no satisfagan en todo el interés del comprador, pues puede ocurrir que una violación no fundamental ocasione menos perjuicios al comprador que aquella que el envío de nuevas mercaderías causaría al vendedor (Bento Soares & Moura Ramos, 1986, pp. 114 y ss.).

El comprador puede optar, como se ha dicho, por la sustitución de las mercancías, pero también por la reparación para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable, habida cuenta de todas las circunstancias (inc. 3 del art. 46). Los requisitos o precondiciones para ejercer este derecho son menores, visto que del ejercicio de dicho derecho devendrán consecuencias menos gravosas para el vendedor.

La exigencia de que las mercaderías sean reparadas solo obliga al vendedor, siempre y cuando el importador la plantee dentro del término previsto por el art. 39

de la Convención o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento, siempre que constituya un incumplimiento esencial y su planteamiento no sea irrazonable.

Considerando el carácter de la trasferencia fronteriza de las mercaderías creemos, junto con J. Honnold, que es mucho más práctico para el comprador reclamar una indemnización por daños y perjuicios que pedir el reemplazo o la reparación de las mercaderías defectuosas (Honnold, 1990, p. 284).

5.3.2. Plazo suplementario para que el vendedor cumpla sus obligaciones

Si bien el comprador puede usar varios caminos para exigir el cumplimiento de la obligación contractual, y dentro de plazos que corren contra el vendedor, la Convención —atendiendo a la doctrina y al Derecho común— no puede ser categórica en el plazo y, en dicho aserto, permite que el comprador pueda fijar un período suplementario para el cumplimiento de las obligaciones que le incumban. Así lo fija el inc. 1 del art. 47, cuando enuncia: «El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban».

Concedido el referido plazo, y si el comprador no recibe del vendedor información de que no ejecutará sus obligaciones en el nuevo término, aquel no podrá ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, no perderá el derecho de exigir indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la mora (inc. 2 del art. 47).

Además de lo comentado en este párrafo, y tratando de salvar la vigencia y unidad del contrato, la Convención permite al vendedor, a través del art. 48, subsanar después de la fecha de entrega, a su propia costa, todo incumplimiento de sus obligaciones, siempre que pueda hacerlo sin demora y sin causarle al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso que debe efectuar de los gastos anticipados por este.

El mismo art. 48 establece el procedimiento de subsanación (ver gráfico 18). Este se inicia con el pedido del vendedor al comprador para saber si acepta el cumplimiento de sus obligaciones en un plazo determinado. Si el comprador no atiende la petición, el vendedor ejecutará sus obligaciones; en tanto el comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por parte del vendedor de las obligaciones que le incumban. Está claro que la petición o comunicación hecha por el vendedor no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador (inc. 4 del art. 48).

Como se ve, el artículo comentado faculta al vendedor a subsanar su propio incumplimiento, sin perjuicio de la acción de resolución regulada por el art. 49. Luego, si se diera el caso de un «incumplimiento esencial», el comprador puede exigir

la resolución a pesar de que el vendedor pueda subsanar su incumplimiento. Algunos autores, como Grigera Naon (1982, p. 115), consideran criticable que se le confiera al vendedor dicha posibilidad y, más aún, que el ejercicio de ese derecho quede a discreción del comprador.

5.3.3. Resolución del contrato

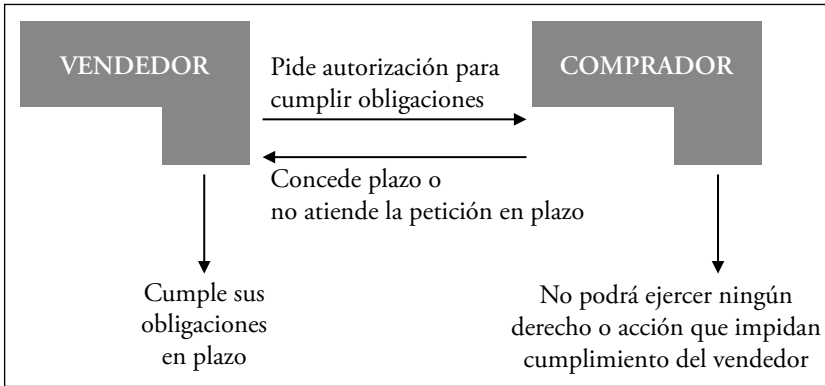
El comprador puede, según el art. 49 de la Convención, declarar resuelto el contrato en dos situaciones hipotéticas: cuando el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones constituye un incumplimiento esencial del contrato o cuando el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador o si declara, dentro del plazo, que no lo hará.

En el Derecho positivo latinoamericano, el comprador tiene una facultad similar a la segunda hipótesis del art. 49. Así, en Colombia, por ejemplo, el art. 870 del Código de Comercio —coincidente con los arts. 1546 y 1609 del Código Civil— permite al contratante perjudicado optar por la resolución con indemnización o por la efectividad de la obligación con indemnización de perjuicios moratorios, aun cuando esta solución del Derecho colombiano se ajusta, como bien señala José I. Narváez, a la técnica jurídica de la terminación del contrato y no a su resolución (Narváez G., 1990, p. 107).

El derecho que tiene el comprador de resolver el contrato se desvanece en los casos en que hubo entrega de la mercadería, según los términos del inciso 2 del art. 49, si no hiciera uso del mismo en un plazo razonable cuyo cómputo se inicia en momentos diversos según las circunstancias. Hay que distinguir, en esta línea del artículo, dos situaciones:

- En caso de entrega tardía, en cuya eventualidad el plazo razonable indicado se contará a partir del momento en que el comprador tuvo conocimiento de la entrega.
- En situaciones distintas de la citada anteriormente, el plazo se computará a partir del momento en que el comprador tuvo o debería haber tenido conocimiento de esa violación (por ejemplo, la irregularidad de la mercadería) o si hay plazo suplementario fijado por el comprador, después de dicho término o antes, si hubiera declaración del vendedor en el sentido de que no ejecutará dentro de tal plazo sus obligaciones. Y, finalmente, en la hipótesis de que el vendedor hubiere requerido, en los términos del inc. 2 del art. 48, la concesión de un plazo suplementario, terminando este o, si fuere el caso, después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento en los términos propuestos.

Gráfico 13
 Procedimiento de subsanación de las obligaciones por parte del vendedor



La complicada fórmula del art. 48 pretende dar permanencia a la relación contractual en busca de la validez de las relaciones comerciales y la seguridad para las partes.

5.3.4. Reducción del precio

La vieja norma romana de la *actio quanti minoris* es recordada plenamente en el art. 50 de la Convención cuando enuncia: «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 mercaderías conformes al contrato».

La fórmula que adopta la Convención es más liberal que la de otros regímenes legales. Por ejemplo, el art. 2259 del Código Civil de México (Distrito Federal) señala, *contrario sensu*, que, en todos los casos en los que la venta sea regular y la cosa entregada no reúna las condiciones de calidad o cantidad pactadas, podrá pedirse la resolución del contrato.

En cambio, el Derecho colombiano está más cerca de la norma de la Convencional, ya que tanto el art. 1919 del Código Civil, como el art. 937 del Código de Comercio, admite la *actio quanti minoris* cuando el comprador prefiere mantener el contrato.

El art. 50 de la Convención trae, adicionalmente, una excepción consistente en que el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme a los arts. 37 o 48, o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento conforme a dichos artículos.

Debemos de indicar que en el citado numeral 50, el término *mercaderías efectivamente entregadas* no es feliz, ya que del texto completo del artículo y del propio sentido que los convencionales quisieron darle se infiere que lo que se quiere decir

es *mercaderías defectuosamente entregadas* o, lo que es mejor, *mercaderías entregadas y defectuosas*, y no como el lego en contratos internacionales pudiera pensar, *mercaderías puestas a disposición*.

Este artículo es de interés para muchos países de América Latina que comercializan internacionalmente un gran porcentaje de productos fungibles en los que la acción de disminución del precio tiene gran importancia, pues el producto tiene, frecuentemente, un precio fijo. Esta situación hace posible ponderar los daños producidos por el incumplimiento del vendedor, reduciendo la posibilidad de que se generen otros daños.

En la República Dominicana, la acción de que dispone el comprador, tendente a la reducción del precio sobre la base de que las mercaderías no resulten conforme al acuerdo, debe ser incoada dentro del año contado desde la fecha del contrato, bajo pena de caducidad.

5.3.5. Entregas parciales o anticipadas

El art. 51 de la Convención permite que el vendedor entregue una parte de las mercaderías, siendo que, sobre la que falte o no sea conforme, se aplicarán al contrato las exigencias y acciones que la Convención reserva al comprador (arts. 46 al 50). Quiere decir, entonces, que el comprador puede declarar la resolución de apenas una parte del contrato, pudiendo ampliar esta declaración, a términos de resolución total, solo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial, según lo señala el inc. 2 del art. 51.

En cuanto a la entrega anticipada de las mercaderías, el art. 52 de la Convención en su inciso 1 señala: «Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción». Esta norma interpreta las circunstancias del comercio internacional, pues si se obligara al comprador a aceptar las mercaderías antes de lo convenido, se estaría perjudicándolo porque tendría que asumir pagos extras por concepto de almacenamiento, así como gastos por trámites aduanales en épocas de congestión de carga.

Si *contrario sensu* el comprador acepta los productos antes del término convenido, tiene derecho, si fuera el caso, a reclamar indemnización por daños y perjuicios, de acuerdo con los términos del art. 45 de la Convención.

Sin embargo, algunos códigos latinoamericanos, como el Código Civil de Argentina (art. 1426) y el Código de Comercio del Uruguay (art. 537), no prevén el supuesto de la entrega anticipada y solo regulan la entrega ejecutada en disconformidad con lo inicialmente convenido. De igual manera, el art. 1657 del Código Civil de la República Dominicana regula únicamente el vencimiento del plazo para retirar la cosa vendida.

En esta eventualidad, si la entrega del excedente representa un «incumplimiento esencial» del contrato, el comprador tiene expedito su derecho a declarar la resolución vincular, de conformidad con lo dispuesto en el inc. 1 del art. 49; pero si por razones de viabilidad comercial —con el fin de facilitar el desaduanamiento, por ejemplo— tiene que admitir el excedente, deberá pagar al precio del contrato y podrá, incluso, pedir indemnización por daños y perjuicios.

5.4. Obligaciones del comprador

Este es el asunto que aborda el Capítulo III de la Convención dentro de un esquema similar a aquel (Capítulo II) que regula lo referente al vendedor.

La primera regla del comprador es que deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención (art. 53 de la Convención). Esta obligación principal se complementa con la de adoptar las medidas establecidas en el contrato y las leyes del país para facilitar el pago (art. 54 de la Convención).

Esta es una regla común y constante en toda la legislación latinoamericana, ya que caracteriza al contrato de compraventa.

En el Perú, el art. 1558 del Código Civil dice: «El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados», que se complementa con el *ab initio* del art. 1565: «El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos». El mismo artículo señala: «A falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato».

Aun cuando en el Derecho positivo peruano no hay una norma similar al art. 54 de la Convención —adoptar las medidas que hagan posible el pago— tampoco se opone al espíritu del Código Civil, que es permitir que la obligación se cumpla de acuerdo con las leyes (ver gráfico 14).

Gráfico 14

Obligaciones del comprador en la convención y su equivalencia en el Código Civil Peruano

Convención	Código Civil
– Pagar el precio (art. 53).	– Pagar el precio.
– Recibir las mercaderías (art. 53).	– Recibir las mercaderías (art. 1565).
– Adoptar las medidas más convenientes para hacer posible el pago (art. 54).	– Pagar indemnización (art. 1219).
– Pagar indemnización por daños y perjuicios (arts. 61, 74 y 77).	

5.4.1. Pago del precio

Respecto al pago, conviene distinguir entre la cuantía del precio de compra y el modo en que se abona.

La cuantía del precio puede fijarse de las siguientes maneras:

- a) Las partes establecen claramente en el contrato lo que se ha conversado en la negociación, es decir, el precio exacto.
- b) Las partes indican que el precio será determinado por un tercero o por el precio del mercado al momento de su celebración.
- c) Las partes no estipulan un precio exacto ni un medio para determinarlo, en cuyo caso se considerará que han hecho referencia implícita al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate (art. 55 de la Convención).

La norma de la Convención es en verdad muy discutible desde el punto de vista sustancial del contrato, y su aplicación se presta a abusos, ya que, si el contrato se ha celebrado válidamente sin fijar precio ni estipular un medio para determinarlo, se considerará —salvo indicación en contrario— que las partes han hecho referencia implícita al precio que al momento de la celebración del contrato se cobraría habitualmente por productos semejantes vendidos en circunstancias similares (Barrera Graf, 1981).

En realidad, la versión castellana del artículo no es clara, pues se refiere al precio generalmente cobrado «por tales mercaderías», según la traducción directa de *such goods o memme merchandise* en vez de haber indicado explícitamente «por mercancías similares» o «mercancías equivalentes».

En el Perú, el art. 1544 del Código Civil señala: «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente [...]». Adicionalmente, se debe citar el art. 1547 en su primera parte, cuando dice: «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor». La segunda parte del mencionado art. 1547 del C.C. no tiene concordancia con el art. 55 de la Convención, pues la regla peruana considera que el precio de bolsa o de mercado es el que rige en el «[...] lugar en que debe realizarse la entrega», en tanto que en la Convención es el existente «[...] en el momento de la celebración del contrato».

Así, el silencio sobre el precio en el Código Civil del Perú tiene dos interpretaciones: si el vendedor es un comerciante (vendedor habitual), rige el precio establecido por él; en cambio, si se trata de bienes cotizados en bolsa o de mercado, rige el del lugar donde debe efectuarse la entrega.

- d) Las partes señalan que el precio estará en función del peso de las mercancías. En esta circunstancia, será el peso neto, en caso de duda, el que determine este precio (art. 56 de la Convención).

Este mecanismo muestra que el peso es, únicamente, el de las mercaderías, no el del envase o del embalaje. En otras palabras, el peso del embalaje no es responsabilidad ni carga del comprador.

La legislación peruana es coincidente en esta modalidad. El art. 1548 del Código Civil dice: «En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto».

Respecto del lugar en que se cumplirá la obligación, la Convención —como toda la doctrina— admite que el contrato indicará el lugar en que se honrará la obligación. Sin embargo, pueden darse otras situaciones, según el art. 57 de la Convención:

- Si no hubiere una clara determinación, el pago debe efectuarse en el establecimiento del vendedor.
- Si el contrato no expresa claramente el momento del pago, el comprador deberá pagar cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos (inc. 1 del art. 57 de la Convención).

Hay que añadir que si el vendedor cambia el lugar de su establecimiento después de la celebración del contrato, deberá soportar por su cuenta todo aumento de los gastos relativos al pago (inc. 2 del art. 57).

Finalmente, en cuanto a la oportunidad del pago, la Convención lo regula a través de los arts. 58 y 59. Así, en principio, el comprador deberá pagar el precio cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los documentos que acrediten la propiedad (inc. 1 del art. 58) en la fecha fijada, sin necesidad de requerimiento por el vendedor (art. 59).

Esta es una regla común con el Derecho latinoamericano. Así, el Código Civil del Perú, en su art. 1558, señala: «El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados».

Los arts. 78 y 380 del Código de Comercio mexicano indican que el comprador pagará el precio de las mercancías en los términos y plazos convenidos. A falta de convenio, lo deberá pagar al contado.

En la República Dominicana, el art. 1612 del Código Civil dice: «No está obligado el vendedor a entregar la cosa, si el comprador no da el precio, en el caso de no haberle concedido aquel un plazo para el pago».

El inc. 2 del mismo art. 58 facilita la comprensión de lo que se conoce en la legislación mercantil latinoamericana como «pago contra documentos o contra entrega». Dicho inciso indica que cuando el contrato de compraventa esté unido a uno de transporte, el vendedor podrá expedir las mercaderías o los documentos representativos (conocimiento de embarque, por ejemplo) contra el pago del precio. Esta estipulación es la que en la doctrina se conoce como un caso de *exceptio non adimpleti contractus*, pues el vendedor pone una condición. A su vez, el comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya examinado las mercaderías, a menos que se pactara otra cosa o que las modalidades de entrega o pago dificulten dicha posibilidad.

En México, el art. 210 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo indica que el comprador deberá efectuar el pago ante la entrega de los documentos.

5.4.2. Recepción de la mercadería

Una de las obligaciones básicas del comprador es la de recibir la cosa, pero, además, debe realizar todos los actos que sean necesarios para facilitar la entrega al vendedor. Así lo prevé el art. 60 de la Convención, que evita que el vendedor asuma perjuicios derivados de una desidia del comprador de tomar posesión de los bienes adquiridos.

Recuérdese que los Incoterms (términos del comercio internacional) o cualquier otra modalidad comercial pueden llevar al vendedor a colocar la mercadería en diferentes posiciones —cerca del buque, en la bodega del vendedor o encima del buque—, y si el comprador no colabora para continuar con el proceso de circulación, puede perjudicar al otro contratante.

En algunos casos, los términos de la cláusula de entrega pueden obligar al comprador al pago de diversos gravámenes y derechos, a que facilite documentos o a que disponga un transporte ininterrumpido. En dicha eventualidad, correrá a cargo del comprador el cuidado y la custodia de la mercadería, incluso si después de haberla examinado decide rechazarla. Claro está que podrá reclamar al vendedor los gastos derivados de la custodia y podrá retenerlos hasta que haya sido reembolsado (Centro de Comercio Internacional, 1984, p. 19).

5.5. Derechos y acciones en caso de incumplimiento por el comprador

La Sección III del Capítulo II de la Convención enumera las acciones que puede invocar el vendedor ante el incumplimiento del contrato por parte del comprador.

Si el comprador no cumple con la obligación de pagar, la Convención franquea al vendedor las siguientes posibilidades:

- Exigir el cumplimiento del contrato e indemnización por daños y perjuicios.
- Resolver el contrato.
- Conceder un plazo suplementario al comprador.
- Declarar el contrato resuelto en la parte que falte, si es que se trata de un contrato de entregas sucesivas.
- Detener el transporte de las mercaderías en tránsito o impedir su entrega final.
- Individualizar las mercaderías que correspondiera especificar a la otra parte.

5.5.1. Derecho y acciones a disposición del vendedor en caso de incumplimiento por parte del comprador

El vendedor puede exigir el pleno cumplimiento del contrato y, asimismo, la indemnización por daños y perjuicios. Incluso, no perderá esta facultad aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho (art. 61 de la Convención). La Convención establece los recursos que tiene el vendedor en caso de que el comprador incumpla las obligaciones emanadas del contrato y del propio texto convencional.

El texto convencional permite la acumulación de acciones y establece, además, que el juez o árbitro no podrá conceder al comprador ningún plazo de gracia cuando se ejercite. De este modo, se constituye en una limitación a la facultad jurisdiccional que tiene un juez en cualquiera de nuestros países para resolver de acuerdo con su propia conciencia. Se deberá tener en cuenta dicha restricción, pues, en caso contrario, constituiría una violación al Derecho internacional.

Este art. 61 de la Convención establece, en línea paralela a los medios dispuestos para el comprador, un sistema escalonado y ponderado de sanciones, indicando que la acción de dichos medios no será paralizada por la concesión de plazos especiales para el cumplimiento de las respectivas obligaciones que, eventualmente, sean otorgadas por el juez o árbitro a las partes contratantes.

En Brasil, el art. 204 del Código Comercial establece: «Si el comprador sin justa causa dejara de recibir la cosa vendida, o dejara de recibirla en el tiempo determinado, tendrá el vendedor acción para rescindir el contrato, o demandar al comprador por el precio con los intereses legales por mora; debiendo, en el segundo caso, requerir el depósito judicial de los objetos vendidos».

5.5.2. Resolución del contrato

El vendedor podrá pedir la resolución del contrato cuando la inobservancia de las obligaciones contractuales por parte del comprador constituya incumplimiento esencial del contrato, según la determinación del art. 25 de la Convención, siempre

que este no haya solicitado previamente prórroga para cumplir con sus prestaciones. Asimismo, el vendedor podrá plantear la resolución si es que el comprador, aun después de haberse agotado la prórroga concedida por el vendedor, no cumple con la obligación que le corresponda o declare que no lo hará dentro del plazo concedido. Puede resolverse el contrato por falta de pago, pero también por la ausencia de otras obligaciones por parte del comprador, como podría ser la falta de inspección o no facilitar el crédito documentario a que se comprometió.

Así lo establece el inc. 1 del art. 64 de la Convención que, de manera expresa, indica las dos situaciones en que se puede declarar resuelto el contrato: si hay un incumplimiento esencial o si el comprador incumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor.

El art. 62 de la Convención faculta al vendedor a exigir del comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que aquel haya ejercitado una acción incompatible con esa exigencia. Este es un caso de «ejecución específica» de las obligaciones del comprador cuando exista un retardo en el cumplimiento de sus prestaciones y debe ser observado con cuidado —tanto en su estudio como en su aplicación— por los jueces y los árbitros, debido a la posibilidad de actuar de una de las partes, así como al hecho de que tal exigibilidad es imposible si el vendedor utiliza o ejerce un derecho —cualquiera— que la haga incompatible.

5.5.3. Concesión de plazo suplementario

El art. 63 de la Convención faculta al vendedor a conceder al comprador un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento de las obligaciones que le incumban. Durante este plazo, el vendedor no podrá ejercitar acción alguna por incumplimiento de contrato, a menos que el comprador haya comunicado que, efectivamente, no cumplirá. Sin embargo, el vendedor no perderá, por ello, el derecho a pedir indemnización por mora.

Como se puede apreciar, esta norma convencional guarda relación con lo indicado en el art. 47, que es la facultad para el comprador, pues se concede a la contraparte que ha incumplido un plazo suplementario para que ejecute sus obligaciones, no pudiendo, durante dicho plazo, ejercitar acción alguna, salvo la de pago de daños y perjuicios.

Evidentemente, en esta parte, la Convención muestra una falta de *sindéresis*. En efecto, creemos —al igual que Barrera Graf— que la redacción del inc. 2 del art. 63 es defectuosa, pues por un lado dice que la parte que cumple no podrá, durante un plazo, «ejercitar acción alguna por incumplimiento» y, al mismo tiempo, concede acción de daños y perjuicios por la demora de ejecución, que, evidentemente, es una acción que se deriva del incumplimiento (Barrera Graf, 1981).

En América Latina no existe disposición semejante, pero nada impediría que la parte que sufre el incumplimiento pudiera otorgar ese plazo suplementario, aun cuando la falta de norma expresa podría plantear numerosos problemas en cuanto a plazos de garantía o caducidad.

5.5.4. Resolución parcial de un contrato de entregas sucesivas

Cuando se trate de un contrato de compraventa internacional pactado con entregas parciales y sucesivas de la mercadería objeto del mismo, el vendedor puede declarar resuelto el contrato en la parte que falte, siempre y cuando la omisión del comprador configure un incumplimiento esencial; o, también, declarar resuelto el contrato por todo el trecho que falte si es que puede inferir, de tales inobservancias, que de cualquier manera se producirá en el futuro un incumplimiento esencial del contrato.

Aquí es donde hay que prestar atención y analizar la regla jurídica concreta que figure en la ley particular del contrato, pues se trata de un incumplimiento parcial o la amenaza cierta de que en el futuro ello va a ocurrir.

5.5.5. Disposición de las mercaderías en tránsito

Del análisis completo de la Parte III de la Convención se puede concluir que al vendedor le asiste el derecho adicional de bloquear la entrega de las mercaderías en tránsito, además de las mercancías señaladas en la Sección III del Capítulo III que estamos comentando.

En efecto, cuando el vendedor esté en posición de suspender el cumplimiento de sus obligaciones o resolver el contrato, siendo que las mercaderías están en tránsito, podrá detenerlas notificando al portador o tomando posesión física de los productos. Este derecho se amplía incluso a bloquear la toma de posesión por parte del comprador, aun cuando este tenga un documento que lo faculte para ello. Empero, debemos advertir que en el tráfico comercial internacional es difícil para el vendedor ejercer tan extrema acción, que involucra los derechos que las partes tienen respecto de los productos vendidos.

Esta es otra situación en la que es difícil sugerir reglas generales para solucionar los problemas, ya que cada país suele tener un ordenamiento legal con normas diferentes para cada una de las partes, por lo que se hace necesario concordar los artículos convencionales con los del Derecho positivo que regula el contrato.

5.5.6. Especificación de mercancías

El art. 65 de la Convención faculta al vendedor a individualizar o singularizar la mercadería —forma, dimensiones, calibre, estilo, tamaño— que conforme al contrato le corresponde al comprador especificar y no lo hubiere hecho en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor.

En la práctica comercial se puede pactar una compraventa en la cual el comprador debe marcar, separar o señalar cuáles, de entre varias o un conjunto, son las mercaderías objeto del contrato. Pero si no lo hace en un lapso razonable, el vendedor podrá reemplazarlas para viabilizar y agilizar la transferencia del bien.

Si el vendedor hiciera uso de este derecho, deberá informar al comprador de los detalles y fijarle un plazo razonable para que pueda hacer una especificación diferente. Si el comprador no hiciera caso del llamado ni del plazo, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

6. TRANSMISIÓN DEL RIESGO

La mayor preocupación en las compraventas internacionales es la cuestión de la transmisión del riesgo, es decir en qué momento el vendedor transmite el riesgo de la mercadería al comprador ya que ello tiene consecuencias en las otras obligaciones del contrato, como es el pago del precio, la integridad o conformidad de las mercaderías, así como otras obligaciones del comprador.

Esta inquietud es paliada por la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y por los Incoterms, a través de los artículos 66 al 70 de la Convención y los once puntos imaginados para transmitir el riesgo de los Incoterms.

Las reglas de la Convención, establecidas en su Capítulo IV, arts. 66 al 70, revisten un carácter supletorio de conformidad con lo explicado en el art. 5, siendo sustituidas con frecuencia por fórmulas preestablecidas para facilitar la decisión de compraventa, como son los citados Incoterms, en cualquiera de sus versiones.

La regla básica es que «[l]a pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidas después de la transmisión del riesgo al comprador no liberará a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor» (art. 66 de la Convención). Al efecto conviene esclarecer el criterio de «pérdida o deterioro» y el «acto u omisión del vendedor» como los factores que liberan al comprador de pagar el precio o lo que es igual la liberación de la carga del riesgo.

Respecto a lo primero se debe aclarar que es el deterioro incidental o deterioro natural como lo llama el sistema jurídico anglosajón, que es el menoscabo derivado de la propia naturaleza que puede dar origen a la reducción del precio pero que no es suficiente para configurar el criterio de liberación de la carga.

Aquí se puede observar un problema de contraprestación, pues se trata de dilucidar si constatado el perecimiento o daño de la cosa objeto de la prestación por parte del vendedor, el comprador debe de cumplir con pagar el precio, o, por el contrario, quedará liberado, siendo en tal eventualidad el vendedor quien soporte el riesgo.

Respecto al «acto u omisión del vendedor» que se desprende de la propia lectura *in fine* del artículo, se prevé, además de los casos de pérdida o deterioro del bien debido a la violación de una obligación contractual, aquellos otros en los que el vendedor incurra en responsabilidad extracontractual, causado por un acto ilícito, del cual advenga dicha pérdida. Claro está que, en esta situación, el comprador tiene el derecho de indemnización.

Debemos entender por riesgo el deterioro, pérdida o daño, que pueden sufrir las mercaderías desde el momento en que se perfecciona el contrato hasta que tiene lugar la entrega.

El riesgo se puede transmitir al comprador no obstante que la pérdida o el deterioro se deban a un comportamiento ulterior del vendedor, por lo que una vez resuelta la cuestión relativa al momento del traspaso la obligación de pagar el precio se extinguirá (Garrigues, 1958, p. 77).

Soportar el riesgo en la compraventa quiere decir sufrir las consecuencias de la pérdida o deterioros fortuitos de la cosa vendida. Si el riesgo lo soporta el vendedor, tendrá que entregar otra en sustitución de la perdida. Si lo soporta el comprador, tendrá que pagar el precio sin recibir la cosa. Los preceptos de las legislaciones se refieren, justamente, al instante a partir del cual la pérdida o el daño fortuito de la cosa no liberan al comprador de pagar el precio. Y como desde este instante la pérdida de la cosa solo perjudica al comprador, pues el vendedor no pierde su derecho al precio, se dice que el comprador soportará el riesgo desde ese momento, que es por tanto el de la «trasmisión del riesgo», desde el patrimonio del vendedor al patrimonio del comprador (Tamayo Carmona, 2002, p. 70).

Ocurre que la Convención desvincula la entrega de la trasmisión del riesgo, adoptando el mismo criterio que la doctrina y la legislación en el sistema del *common law* que distingue ventas directas de ventas indirectas, postergando el momento de la entrega como punto clave de la trasmisión del riesgo y adoptando más bien un criterio práctico y utilitario sin que ello lleve aparejada la simultaneidad de acción entre entrega y trasmisión del riesgo. Así, este último se producirá cuando el comprador retire o tome posesión de las mercaderías o desde que se pongan a su disposición.

En Guatemala, su Código de Comercio no trae de manera específica el momento de trasmisión del riesgo, pero al referirse en sus arts. 697, 698, 699, 702 y 704 a cuatro posiciones usuales de la compraventa internacional a través de los Incoterms FOB, FAS, C & F y CIF (equivalentes a los actuales FOB, FAS, CFR y CIF) en una innovación dentro del Derecho positivo latinoamericano, está determinando los cuatros posibilidades en que se puede transmitir el riesgo.

De igual manera, el Código de Comercio de Costa Rica (1964), en su art. 475, cuando se refiere al contrato de compraventa FOB, señala que «[...] el vendedor

fijará un precio que comprenderá todos los gastos hasta poner las cosas vendidas a bordo del barco o vehículo que haya de trasportarlas a su destino, momento desde el cual corren por cuenta y riesgo del comprador». En tanto que el art. 473 a las otras modalidades de compraventa internacional (CFR y CIF), aun cuando debemos advertir una omisión al no legislar la modalidad «libre al lado del barco» (FAS), y una falta de orden al legislar primero la forma «costo, seguro y flete» (CIF) y al final «libre a bordo» (FOB); cuando bien pudo empezar por esta para entender con más precisión el momento de transferencia del riesgo en todas las demás y por ser la más común de las modalidades contractuales.

En el Perú, el art. 1567 del Código Civil dice: «El riesgo de pérdida de bienes ciertos no imputable a los contratantes pasa al comprador en el momento de su entrega».

6.1. El riesgo en el transporte de mercaderías

El art. 67 de la Convención contiene dos reglas diferentes para regular la transmisión del riesgo en situaciones que el contrato de compraventa esté vinculado al transporte de mercaderías.

- En la primera (inc. 1 del art. 67), configurada cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercaderías en un lugar determinado, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador, para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa.
- La segunda (inc. 1 *in fine* del art. 67), cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar.

Sin embargo, y aun en las eventualidades expresadas, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato (inc. 2 del art. 67), sea mediante documentos, señales, comunicaciones u otro medio. Esta salvedad resuelve cualquier confusión de los contratos con entregas sucesivas o de envíos distintos, pues permite singularizar la mercadería con la cual se está cumpliendo una obligación de entrega.

El criterio de la Convención puede entenderse dentro de la regla romanista de la *perfecta emptio periculum est emptoris*, que se aplica sobre los bienes fungibles una vez que estos estén individualizados por peso, número o medida. A partir de ese momento, el comprador asume los riesgos de pérdida y deterioro de la cosa, independientemente de la responsabilidad que pueda tener el vendedor por vicio oculto del mencionado producto. En tanto que para los bienes fungibles vendidos en género,

el riesgo se transmite al comprador desde el mismo momento en que se expresa el consentimiento.

Ocurre que en la legislación latinoamericana encontramos una gran similitud en cuanto a lo normado por la Convención.

6.2. El riesgo de las mercaderías en tránsito

Cuando las mercaderías son vendidas en tránsito, usualmente en modalidades de triangulación, el riesgo se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que ha expedido los documentos acreditativos del transporte (art. 68 de la Convención).

La Convención, cuando habla de «documentos acreditativos», no solo se refiere al «conocimiento de embarque», conocido en todos nuestros Códigos de Comercio, sino que se extiende a cualquier documento que certifique el transporte.

En el Perú, el Código Civil (1984), en su art. 1570, dispone: «Si a pedido del comprador, el vendedor expide el bien a lugar distinto a aquel en que debía ser entregado, el riesgo de pérdida pasa al comprador a partir del momento de su expedición». En efecto, como señala Manuel de la Puente y Lavalle, «[...] resulta justo que el vendedor quede liberado del riesgo en el momento en que debió efectuarse la entrega de no haber mediado el pedido del comprador, por lo cual se establece que el riesgo pasa a este en el momento en que el vendedor expida el bien, o sea la entrega al porteador autorizado para su recepción por el comprador, salvo, desde luego pacto distinto» (1984, p. 193).

En la República Dominicana, la obligación de entrega es perfecta a cargo del vendedor desde el momento mismo en que convergen las voluntades de las partes. La materialización de dicha obligación hace al comprador de la cosa propietario y pone a cargo los riesgos sobre aquella desde el instante en que debió entregársele, aun cuando no se hubiese realizado la tradición. La forma en que el comprador puede mantener los riesgos a cargo del vendedor, arribada la fecha pactada para entrega, resulta del acto por el cual el primero requiere al segundo la entrega según el contrato. Finalmente, puesto el deudor en mora para entregar de la mercadería, los riesgos retornan al vendedor, quedando la misma por su entera cuenta.

El mismo art. 68 trae una salvedad: «Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor». Esta regla nos parece confusa y antitécnica. Confusa, porque en verdad

no es un asunto de transmisión del riesgo sino, más bien, un problema de venta de mercaderías con defecto, deterioradas o dañadas. Y antitécnica porque pudo haber sido tratada de manera separada, en otro numeral, ya que no se refiere al tema de transmisión del riesgo. En esta hipótesis se plantea la circunstancia de una actuación de mala fe por parte del vendedor, desde que estando en conocimiento de la pérdida o deterioro de las mercaderías, no lo revela al comprador, ocultando a sabiendas un hecho perjudicial.

6.3. El riesgo en los casos de entrega en lugar distinto o de mercaderías genéricas

El art. 69 de la Convención, en su inc. 1, amplía los términos del art. 66, cuando indica que «[...] el riesgo se transmitirá al comprador cuando este se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición [...]». Esta sería la regla *in extenso* sobre transmisión del riesgo. Allí se puede ver que el riesgo se trasfiere cuando el comprador retira las mercaderías, y que la teoría del riesgo anda de la mano con el poder de control sobre la cosa vendida.

El citado numeral trae dos posibilidades dentro de las cuales se puede ver envuelto el comprador:

- a) Cuando el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición (inc. 2 del art. 69). Es el caso de una operación de compraventa en la que una *trading company*, por ejemplo, vende desde la Argentina una mercadería que se encuentra en poder de otra empresa o persona natural en Colombia, siendo que el comprador está en México. Evidentemente, el riesgo, en este caso, continúa en el vendedor argentino y solo lo transmitirá, en la lógica de la Convención, cuando es el comprador quien esté en mejor posición de ejercer el control sobre las mercaderías, hecho que ocurrirá cuando el empresario mexicano sepa que las tiene a su disposición.
- b) Cuando el comprador adquiere mercaderías sin identificación específica, en cuya eventualidad no se considerará que las mercaderías se han puesto a su disposición hasta que no hayan sido claramente identificadas (inc. 3 del art. 69). El efecto normativo y la transmisión del riesgo dependen de la verificación de una misma condición fundamental: que el objeto del contrato esté específicamente individualizado y aclarado.

En la legislación latinoamericana encontramos un régimen similar. Así, en el Perú, el Código Civil (1984), en el art. 1569, prevé que «En el caso de compraventa

de bienes por peso, número o medida [...]», el riesgo de pérdida pasa al comprador antes de la entrega de los bienes si, encontrándose a su disposición, no los recibe (art. 1568 del Código Civil). Lo que significa que, puesta a disposición la mercadería, según términos FOB o Ex Works, conlleva una transferencia del riesgo.

Luego, analógicamente, se puede entender, al aplicar la Convención, que el riesgo de pérdida de la cosa pasará al comprador si, una vez individualizada la mercadería, no concurre, en el momento señalado en el contrato, a pesarla, contarla o identificarla y, finalmente, tomar posesión de ella. Creemos, junto con Max Arias-Schreiber, que el Derecho peruano (art. 1568 del Código Civil) distingue claramente la entrega de la puesta del bien a disposición del comprador, y eso tiene importancia para efectos de la traslación del riesgo de pérdida antes de haberse producido la entrega del bien (Arias-Schreiber Pezet, 1989b, p. 88).

En el Código Comercial del Brasil, al contrario, se determina como regla general que el riesgo es del comprador. Así, el art. 206 señala: «Luego que la venta es del todo perfecta y el vendedor pone la cosa vendida a disposición del comprador, son por cuenta de este todos los riesgos de las cosas vendidas y los gastos que se hicieran para su conservación, salvo si ocurrieren por fraude o negligencia culpable del vendedor, o por vicio intrínseco de la cosa vendida, en tanto, en uno como en otro caso, el vendedor responde frente al comprador por la restitución del precio con los intereses legales e indemnización por daños».

Finalmente, se debe decir, con verdad meridiana, que si el vendedor hubiera incurrido en incumplimiento esencial del contrato, todo lo dicho anteriormente no afectará los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento (art. 70 de la Convención).

7. DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El Capítulo V de la Convención contiene un conjunto de situaciones que atañen a cualquiera de las partes contratantes, en razón de que existen obligaciones recíprocas que no se pueden individualizar.

Este capítulo tiene su precedente en las normas iniciales de La Haya (LUV), que abundaron en una casuística valiosa de las operaciones comerciales internacionales.

Tal como se ha explicado en el capítulo anterior (capítulo V), el contrato de compraventa en general es oneroso, conmutativo, sinalagmático y tiene un propósito de lucro; en consecuencia, el incumplimiento de una de las partes afecta las demás obligaciones contractuales, atribuyéndole a la otra determinados derechos, como son, por ejemplo, el de demorarse en cumplir su contraprestación, negarse a cumplirla o, finalmente, resolver el contrato.

7.1. Demora en el cumplimiento de la obligación

El art. 71 de la Convención posibilita a cualquiera de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones si es que la llevan a desconfiar que la otra cumplirá con las pactadas. Esta postergación del cumplimiento de las obligaciones solo es posible si se dan tres únicas causas:

- Un grave menoscabo en la capacidad para cumplirlas.
- Insolvencia.
- Comportamiento manifiesto al cumplir el contrato.

El artículo de la Convención prevé, además, el caso en que las mercaderías ya hubiesen sido expedidas y estuvieran en tránsito. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes las causas de incumplimiento, podrá oponerse a que dichos bienes se pongan en poder del comprador, aun cuando este sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas (inc. 2 del art. 71). Sin embargo, esta excepción solo puede ser deducida por los contratantes y respecto de las mercaderías. No puede ser deducida contra el trasportista, en razón del propio régimen uniforme de la Convención, que solo regula la transferencia internacional de mercaderías y que, si bien menciona el caso del transporte, lo hace para delimitar la transmisión del riesgo, la pérdida de la cosa o la eventualidad que comentamos, ya que el contrato de transporte se regula por los tratados internacionales, las modalidades que se opten o por los derechos nacionales de las partes. De la misma manera, dicha excepción no puede ser deducida contra terceros que hayan adquirido la mercadería de buena fe.

La parte que difiera el cumplimiento de lo que le corresponda, antes o después de la expedición de la mercadería, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra y proceder al cumplimiento si la otra parte da seguridad suficiente de que cumplirá sus obligaciones (inc. 3 del art. 71).

Con frecuencia, las operaciones comerciales internacionales se realizan con entregas sucesivas y pagos o plazos escalonados, de tal manera que entre la formación del contrato y su pleno y final cumplimiento existe un amplio lapso y margen dentro del cual las obligaciones pueden ser omitidas o incumplidas sin que esa haya sido la intención expresa de los contratantes. Por ello, y a fin de evitar un perjuicio al acreedor diligente, la Convención prevé que cualquiera de los sujetos pueda diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resultare manifiesto que el otro no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, sea a causa de un menoscabo en su capacidad o insolvencia, o debido a su comportamiento al cumplir el contrato (inc. 1 del art. 71 de la Convención).

Esta es una *exceptio non adimpleti contractus* que también la observamos en nuestro Derecho sustantivo latinoamericano.

El Código Civil de Argentina, en su art. 1419, concluye en la posibilidad que tiene el deudor de suspender el cumplimiento de su obligación cuando el menoscabo de la capacidad de cumplir de la otra parte sobrevenga a la celebración del contrato.

El Código Civil del Perú, en su art. 1426, dice que cada parte puede suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo hasta que se satisfaga o se garantice su cumplimiento. Asimismo, el art. 1427 dice: «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspenderse su ejecución [...]».

De la Puente y Lavalle señala: «El principal efecto de la *exceptio non adimpleti contractus* radica en que el contrastante requerido para el cumplimiento de su prestación puede legítimamente suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, sin que por ello quede resuelta la relación obligatoria nacida del contrato» (1983, p. 607).

El Código Civil de Colombia también establece la acción de resolución y la excepción *non adimpleti contractus* y de cumplimiento imperfecto o *non rite adimpleti contractus*.

7.2. Resolución por incumplimiento previsible

Otra situación se da cuando uno de los sujetos da muestras evidentes de «incumplimiento esencial del contrato», en cuyo caso el otro podrá declararlo resuelto. Se trata de una solución más drástica, pues está de por medio todo el contrato y no solo una de las prestaciones.

Sin embargo, la Convención concede al presumible incumplidor una última posibilidad para que manifieste propósito de enmienda. Así, el inc. 2 del art. 72 establece que si hubiera tiempo, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarla con antelación a la otra, para que cumpla sus obligaciones, a menos que haya manifestado que no cumplirá.

No encontramos en el Derecho latinoamericano, principalmente de Argentina, Brasil, México y Perú, algún precepto que consagre las figuras del art. 72 de la Convención, sobre resolución anticipada, por lo que convendrá que sus juristas realicen un buen esfuerzo cuando intenten aplicar el texto convencional. Sin embargo, no creemos que exista una gran dificultad en reconocer la validez de un acuerdo contractual a través del cual uno de los contratantes se reserve el derecho a la resolución, en caso de que el incumplimiento del otro resultara ostensible antes del término o fecha de cumplimiento (Kahn, 1981, pp. 951 y ss.).

El Código Comercial del Brasil, entre tanto, dispone, en su art. 198, que: «No procede, sin embargo, la obligación de entrega de la cosa vendida antes de efectuado el pago del precio si, entre el acto de venta y el de entrega, el comprador mudara notoriamente de estado y no prestará fianza idónea al pago en los plazos establecidos».

Este artículo tiene, también, una fuerte influencia del *common law*, pues sigue el principio del *anticipatory breach of the contract* que faculta a cualquiera de las partes a negarse a cumplir con su obligación si puede prever que la otra incumplirá la suya, siempre que exista un hecho que permita prever que no se cumplirá con el contrato. Basta una declaración unilateral y no es necesario esperar el plazo previsto en el contrato.

7.3. Resolución limitada del contrato

Una situación distinta es el derecho de declarar la resolución de los contratos que estipulen entregas sucesivas. Esta circunstancia es prevista en el art. 73 de la Convención, que plantea tres hipótesis:

- a) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato, en relación con dicha entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

Esta hipótesis es conocida en el Derecho latinoamericano como «prestaciones sucesivas o fraccionadas»; en consecuencia, su interpretación y aplicación por nuestros jueces no será extraña.

- b) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones da a la otra fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato, en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.

Esta hipótesis, a diferencia de la primera, prescinde del «incumplimiento esencial» y la hace viable bastando solo que uno de los sujetos dé «fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial». Basta el síntoma para invocar la resolución del contrato, solo que ha de ser lo suficientemente grave para hacer perder la confianza y deberá ser comunicado a la parte actora.

- c) Si el comprador declara resuelto el contrato respecto de cualquier entrega, podrá, igualmente, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o futuras si, por razón de su interdependencia, dichas entregas no pudieran destinarse al uso previsto durante la celebración del contrato.

Este numeral puede aplicarse particularmente en los contratos de suministro en los que hay entregas sucesivas, aunque no sean necesariamente iguales en cuanto al tipo de mercaderías. La resolución solo afectará una determinada entrega y no la integridad del contrato, de tal manera que este se fraccionará como si fuere un mini contrato dentro de otro contrato mayor o como si fuere un contrato dentro de otro, como señala Audit (1994, pp. 159 y ss.).

7.4. Indemnización por daños y perjuicios

La obligación de indemnizar por incumplimiento de contrato es tratada por la Convención en sus artículos 74, 75, 76 y 77.

El primero de ellos señala la forma de calcular la indemnización e introduce al operador comercial internacional en las figuras del daño emergente y del lucro cesante. En efecto, la indemnización de daños y perjuicios comprenderá el valor de la pérdida sufrida —daño emergente— y de la ganancia dejada de obtener —lucro cesante— por la otra parte.

Para que la indemnización por incumplimiento del contrato sea viable, es necesario que se haya dado un incumplimiento esencial y que, además de ello, se hayan derivado perjuicios a quien sufrió dicho incumplimiento.

Para fijar el *quantum* de los daños, el art. 74 indica: «Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato».

El Código Civil del Brasil, en su art. 1059, dice: «Salvo las excepciones previstas en este Código, de modo expreso, las pérdidas y daños debidos al acreedor alcanzan, además de lo que efectivamente perdió, lo que razonablemente dejó de ganar».

Similar determinación encontramos en el Código Civil de México (Distrito Federal) tanto en su art. 2017 como en sus arts. 2104, 2105 y 2107.

Conviene mencionar, aun cuando es posible darse cuenta de ello sobre la base de la propia lectura de la Convención, que el derecho a indemnización que se estudia en el presente párrafo también es analizado en otros capítulos y secciones del texto convencional, como en los arts. 45 y 61. La diferencia es que estos numerales consideran la indemnización por incumplimiento esencial del contrato, mientras que los que estamos analizando (arts. 74 al 77) se refieren a esta como un medio que puede ser utilizado indistintamente por cualquiera de las partes.

Los arts. 75 y 76 de la Convención, de una forma poco conocida en el Derecho latinoamericano, usan el precio como un patrón o medida para establecer el régimen de indemnización por daños y perjuicios en caso de resolución del contrato.

El art. 75 de la Convención se coloca en la posibilidad de que el comprador, una vez resuelto el contrato, proceda a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo. En dicha circunstancia, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, además de la reparación por daños y perjuicios.

Hasta allí todo parece claro. La duda que se plantea es determinar si la indemnización que este artículo (art. 75) menciona se refiere al «interés negativo», o al «abuso de confianza», o, finalmente, al «interés positivo». Estimamos que la Convención sigue la posición del «interés contractual positivo», que definió el ámbito del daño que ha de ser resarcido por la indemnización, aun en los casos en que hubiera resolución contractual.

El art. 76 prevé los casos en los que no se ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo. En dicha situación, la indemnización está determinada por la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución. No obstante, si la parte que exige la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en dicho momento, en lugar de aquel vigente al momento de la resolución.

No es clara la fórmula que emplea el art. 76, en su inciso 1, para determinar la diferencia entre el precio contractual y el precio corriente de las mercaderías; y, probablemente, pueda ser un obstáculo para una adhesión más numerosa de las partes a la Convención. Hay un margen de incertidumbre que puede ser claramente apreciado por quienes están en el trájín diario del comercio internacional, así como por quienes estudian con detalle las oscilaciones mercantiles, pero que con frecuencia puede pasar inadvertido para el legislador. El artículo posibilita que la parte supuestamente afectada declare la resolución del contrato o la difiera en cualquier tiempo para beneficiarse de las oscilaciones de precio que trae el mercado, aunque debemos reconocer que el propio artículo intenta corregir o limitar tal posibilidad, circunscribiendo la indemnización al precio corriente al momento de la toma de posesión, si es que ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías.

El mismo artículo, en su inciso 2, para no dejar duda, define el precio corriente, que es aquel del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza compatible con dicho lugar, habida cuenta de las diferencias de costo de transporte de las mercaderías.

Finalmente, la Convención limita la acción de la parte que invoque el cumplimiento del contrato al exigirle que adopte las medidas que sean razonables para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante resultante del incumplimiento (art. 77 de la Convención). Esta es una sabia consideración de la Convención, pues si no se adoptaran dichas medidas, la otra parte podría pedir que se reduzca la indemnización en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

7.5. Intereses

De conformidad con el art. 78 de la Convención, si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de cualquier acción de indemnización.

Esta regla tiene que estar en concordancia con el art. 84 de la Convención, que en su inc. 1 manifiesta que el vendedor obligado a restituir el precio deberá hacerlo con los intereses correspondientes, a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

Se deja abierta la cuestión referente a la tasa de interés, que deberá ser resuelta por los distintos regímenes jurídicos de América Latina en cada caso particular; indudablemente, este hecho dificultará las operaciones comerciales, pues las partes se sentirán inseguras, ya que se resolverá caso por caso.

El Derecho latinoamericano reconoce esta figura compensatoria. La Ley Federal de Protección al Consumidor de México se ocupa de estos intereses en sus arts. 20 al 29. De esa manera, el manejo de la figura no será extraño, pero sí el monto de los intereses. Así, para tener claro el sentido del art. 78 es necesario acudir a la jurisprudencia internacional.

Este es un vacío en la Convención que debe ser analizado por la doctrina y los jueces, sobre todo por la impronta financiera en la esfera mercantil, pues los intereses internacionales más conocidos son las tasas del *Libor* o del *Prime rate*, pero también los intereses comerciales en cada país.

7.6. Exoneración de cumplimiento de obligaciones

El art. 79 de la Convención establece una norma de equidad para la parte que, de buena fe, incumple una de sus obligaciones por razones ajenas a su voluntad. En efecto, cualquier parte quedará eximida de responsabilidad por la falta de cumplimiento si ello se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía esperar razonablemente que tuviese en cuenta dicho impedimento en el momento de la celebración del contrato.

La regla es válida cuando hay una ausencia de culpa de la parte que incumple, siendo que como tal debemos considerar el incumplimiento en sí, determinado por el citado artículo, así como el caso fortuito, la fuerza mayor y los hechos de terceros. Aunque en esta última eventualidad (hechos de terceros), solo será admisible en las circunstancias previstas por el mismo art. 79.

La Convención intenta resolver algunos de los problemas, que en el Derecho latinoamericano son tratados como caso fortuito y como fuerza mayor.

Si la falta de cumplimiento se debe al incumplimiento de un tercero al que se haya encargado la ejecución parcial o total del contrato, la parte solo quedará

exonerada de responsabilidad si el incumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad o si, a su vez, el tercero encargado de la ejecución depende de la participación o acción de otro sujeto (inc. 2 del art. 79).

Esta parte de la regla convencional debe precisarse muy claramente y diferenciar la situación del tercero vinculado a la exoneración. Terceros son aquellos a quienes una de las partes les encargó efectuar etapas concretas de producción y no los proveedores directos de los contratantes. Por ejemplo, si se tratara de un proceso de subcontratación internacional, admitido y reconocido por las partes, si un tercero incumple con una de las obligaciones del proceso, le será aplicable esta exoneración. Sin embargo, ella no puede ser trasladada a los proveedores de materias primas o insumos, pues ellos no participan directamente y en conocimiento del contrato. En igual situación estarían los trabajos a fásón.

La exoneración, como toda figura que exime de culpa, tiene limitaciones. Así, el inc. 3 del art. 79 dice que la exoneración surtirá efectos mientras dure el impedimento. Luego, solo en el caso de imposibilidad permanente se puede hablar de exoneración completa, ya que *contrario sensu* la exoneración lo será tanto y hasta cuando dure dicho impedimento.

Manteniendo la línea de necesaria notificación de los hechos para que la parte quede liberada, el inc. 4 del art. 79 exige que se comunique a la otra el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplir. Si la otra parte no recibiera dicha comunicación dentro de un plazo razonable, después de que la que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

Como se ve, la Convención hace un derroche explicativo, entendible en el mundo de los negocios internacionales, en el que los sujetos viven en espacios distantes y donde es posible que quien no puede llevar a cabo la ejecución desconozca el impedimento que la origina. Sin embargo, algunos autores como Kahn, Garro y Zuppi, entre otros, reclaman una mayor y más elaborada redacción del artículo convencional.

Todo lo dicho no impide a las partes ejercer cualquier derecho distinto del de exigir indemnización por daños y perjuicios. De igual manera que a tenor de lo señalado en el art. 80 de la Convención: «[u]na parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella».

La disposición convencional —como bien señala Audit (1994, p. 217)— es expresión del principio superior de buena fe o, más precisamente, de aquel según el cual nadie puede prevalerse de su propia torpeza.

El aludido artículo es una figura conocida en el Derecho latinoamericano; se trata de incumplimiento compartido, reconociéndose igualmente el principio de buena fe.

Coincidimos con Bento Soares y Moura Ramos en que hay una falta sistemática al insertar el art. 80 en esta sección, siendo que sería más técnico haberla colocado en el Capítulo I de la Tercera Parte de la Convención, tal como fue planteado en los debates de la Conferencia, donde se sugirió su inserción después del art. 25.

8. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La resolución del contrato libera a las partes de sus obligaciones, salvo la de indemnización. No afecta a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución (inc. 1 del art. 81). Luego, los sujetos quedan liberados únicamente de sus obligaciones, dejando a salvo cualquier derecho de indemnización.

El inc. 2 del mismo artículo plantea la posibilidad de que el contrato se haya realizado total o parcialmente, siendo que la parte que haya cumplido plena o fraccionadamente puede reclamar de la otra la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, esta acción deberá realizarse simultáneamente.

Complementando el art. 81, el texto convencional introduce la regla del art. 82, el que se prevé el caso de que el comprador se encuentre imposibilitado de restituir las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido. Nótese que se habla de la imposibilidad referente a bienes idénticos. Y en dicha eventualidad, el comprador pierde el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías.

Hay tres excepciones a la regla convencional. En efecto, ella no se aplicará:

- Si la imposibilidad de restituir las mercaderías no fuere imputable a un acto u omisión del comprador.
- Si las mercaderías o una parte de ella hubieran perecido, o se hubiesen deteriorado en virtud del examen que efectúa el comprador para dar conformidad a las mercaderías. Prevé una condición en que la intervención del comprador es forzosa.
- Si el comprador, antes de descubrir o antes de que debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a su uso normal.

Finalmente, el comprador que hubiera perdido el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir del vendedor la entrega de otras mercaderías, en sustitución de las recibidas, conforme se ha explicado anteriormente, conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan (art. 83).

8.1. Entrega de intereses y beneficios

El vendedor, si estuviese obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago (inc. 1 del art. 84). Esta obligación es plenamente compatible con el art. 78 de la Convención e incluso podría dispensarse, pues no añade nada nuevo a su precedente.

En cambio, el inc. 2 del art. 84 establece para el comprador una obligación paralela a la del vendedor. Dispone que el comprador abone al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas, cuando deba restituir las en todo o en parte; o cuando le sea imposible restituir las en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o exigido del vendedor la entrega de otras mercaderías, en sustitución de las recibidas.

El artículo precedente pretende evitar que el comprador saque ventaja de bienes que, al final, debe restituir.

El Derecho mexicano señala que en los casos en los cuales el comprador hubiera pagado más de la mitad del precio, al incurrir en mora puede pedir la rescisión del contrato pagando un alquiler por el uso de la cosa y una indemnización por el deterioro que hubiera sufrido (Ley Federal de Protección al Consumidor).

8.2. Conservación de las mercaderías

La conservación de las mercaderías está regulada por los arts. 85 al 88 y, según la Convención, es una obligación del vendedor, sea que las tenga en su poder, sea que estén en poder de terceros por cuenta de él. De allí que si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o no paga el precio simultáneamente a la entrega —si así se pactó—, el vendedor, si se encuentra en posesión de las mercaderías o tiene algún poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables para su conservación. En dicha eventualidad, el vendedor podrá retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables (art. 85 de la Convención).

Esta regla configura claramente la obligación del exportador de conservar la mercadería, coincidente con lo expresado en el art. 30 de la Convención.

A su vez, la Convención estipula una obligación semejante a la comentada, pero en este caso a cargo del comprador. En efecto, el art. 86 señala que el comprador que posea las mercaderías deberá adoptar las medidas que sean razonables para su conservación, aun si tiene la intención de rechazarlas.

Pero hay además, en el citado numeral, una circunstancia particular: la obligación del comprador de conservar la mercadería, aun si las va a rechazar, corre junto con la condición particular de hacerlo sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos que perjudiquen al vendedor poco diligente. Se trata de una regla basada en la buena fe y en el cuidado que es necesario que tengan los contratantes.

Así es como se manifiesta el equilibrio contractual, ya que la conducta exigida al comprador, asegurando los intereses del vendedor, no torna gravosa en exceso la posición del importador porque, al igual que su contraparte, goza del derecho de ser reembolsado de los gastos en que haya incurrido para conservar dichos bienes. En efecto, los incs. 1 y 2 del art. 86 *in fine* señalan que el comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido el reembolso de los gastos razonables que hubiere realizado por conservarlas.

La obligación del comprador es aplicable solo y cuando recibe las mercaderías de manera directa, sin presencia del vendedor o una persona designada por aquel. Dicho de otra manera, si el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquel está presente en el lugar de destino, el comprador queda liberado del deber de conservación.

8.2.1. Depósito de las mercaderías

Cualquiera de las partes que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías, podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos (art. 87 de la Convención).

Dos aspectos que es necesario comentar: en primer lugar, debe entenderse por almacén cualquier depósito o lugar que permita conservar en buen estado la mercadería; por tanto, no se puede escoger ni un descampado —donde las condiciones climáticas afecten el producto— ni un almacén con atmósfera controlada o clima artificial si se trata de productos que no requieren tal preservación, como serían, por ejemplo, televisores o electrónicos. En segundo lugar, los gastos no podrán, de ninguna manera, ser superiores al precio de la mercancía o el flete de retorno, desde que la propia regla de la Convención dice «que los gastos resultantes no sean excesivos»; luego, si el costo del almacenamiento superara el precio del producto más el flete de retorno, haría inútil asumirlo, pues su rescate no tendría objeto; perdería su valor comercial.

A nuestro modo de ver, la posibilidad —así como el régimen previsto por el art. 87 de la Convención— debería estar en la disponibilidad de la parte obligada a la conservación, no constituyendo ella sino una de las formas posibles por las que se puede llevar a buen término la obligación que la propia Convención sobre ella la impide. La referencia especial que le es hecha apenas podrá tener como efecto útil la de fundamentar una pretensión del almacenista en el valor de los gastos, directamente sobre el obligado al reembolso por egresos de conservación (Bento Soares & Moura Ramos, 1986, p. 246).

Al respecto, no es necesario que se notifique a la otra parte que las mercaderías serán depositadas en los almacenes de una persona distinta al contratante, ni el que así deposita los bienes asume la responsabilidad por los daños que estos sufran en dicho almacenamiento, salvo que no haya tenido buen cuidado en seleccionar el depósito adecuado.

8.2.2. Venta de mercaderías mantenidas en custodia

Cualquiera de las partes que esté obligada a conservar las mercaderías podrá venderlas por cualquier medio apropiado, si la otra se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación. Para ejercer dicho derecho, la parte que acciona deberá comunicar a la otra, con antelación razonable, su intención de vender (inc. 1 del art. 88).

Debe entenderse que la decisión de vender deberá ser tomada en cualquiera de las circunstancias descritas, pero además siempre que afecte de manera excesiva los gastos de mantenimiento o de conservación. Son dos los criterios a juzgar: la causa o circunstancia y la excesiva onerosidad de la conservación. Porque puede darse el caso de que el mantenimiento no sea significativo —un activo fijo, una maquinaria sellada y debidamente embalada—; entonces, la demora en asumir la posesión o aceptar su devolución no son suficientes o razonables, pudiendo dar cabida a un «abuso del derecho».

El inc. 1 del art. 88 trae, además, un problema que debe ser dilucidado por los juristas latinoamericanos en cada caso, y es el de la venta de estos productos por parte de persona distinta del propietario, lo que nos lleva a una zona en la que no se sabe si hay o no una transferencia de la propiedad, para que uno de los intervinientes pueda, efectivamente, vender las mercaderías. Y la Convención no trata de manera específica el tema de la transferencia de la propiedad, por lo que hay que buscar la respuesta, en cada caso, en los diferentes regímenes jurídicos invocados en el contrato, es decir, en los derechos nacionales vinculados.

En Brasil, la norma trata de la transferencia de la propiedad de la cosa mueble, de modo general, vinculándola a la transferencia del objeto del contrato.

Así, el Código Civil, en su art. 875, establece: «Los derechos reales sobre las cosas muebles, cuando constituidos o transmitidos por actos entre vivos, solo se adquieren con la tradición». Y el art. 868 del mismo Código señala: «Hasta la tradición pertenece al deudor la cosa, con sus mejoras y frutos, por los cuales podrá exigir aumento en el precio».

Una situación distinta es la del inc. 2 del citado art. 88, cual es la de la venta de mercaderías expuestas a deterioro rápido (perecibles), o si su conservación entraña gastos excesivos. Aquí se configura la situación en que la propia naturaleza de las cosas obliga a que sean vendidas; por ejemplo, productos alimenticios —aceites, lácteos, granos— que son perecibles o cuya conservación haría demasiado oneroso el valor comercial. Es más, podríamos añadir la eventualidad —no prevista por la Convención— de productos contaminantes, que no pueden quedar expuestos sin que ello signifique un peligro para la salud de la población. En dichas eventualidades, está claro que la parte obligada a conservar las mercaderías deberá venderlas en el más breve tiempo. Se trata de una decisión que se debe tomar con carácter de urgencia. Así parece entenderlo el art. 88 de la Convención en su inc. 2 *in fine* cuando indica: «En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender». Es una declaración no vista antes en el texto convencional, pero que atiende las necesidades de las circunstancias. Pero ello releva de la comunicación previa y solo indica la posibilidad de hacer conocer dicha decisión si las circunstancias lo permiten.

Finalmente, la parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener, del producto de la venta, una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta, debiendo entregar a la otra el saldo o la diferencia (inc. 3 del art. 88 de la Convención). Este resarcimiento es posible desde que las partes estén conservando y manteniendo la mercadería por mandato expreso de la Convención para sustentar la unidad contractual.

CAPÍTULO VI

CONTRATO DE TRANSPORTE

Uno de los contratos que se derivan del contrato de compraventa, aun cuando es independiente y autónomo, es el de transporte, ya que sin él no podría viabilizarse o ejecutarse el objeto principal de la operación, consistente en que el comprador reciba las mercaderías o el equipamiento y el vendedor el pago. Incluso en los contratos complejos como el *turn-key*, el *leasing* internacional, el *countertrading* y el de construcción pesada, su ejecución da origen a la formación de esta figura contractual.

Este contrato reviste aspectos estrictamente jurídicos y cuestiones comerciales, ya que se inserta dentro de las exportaciones de servicios, que es actualmente el rubro más significativo del comercio mundial. Por esta razón, los países con mayor flota naviera y aérea ejercen presión para influir en las convenciones internacionales o para no regularlo, ya que una parte importante del valor de las mercancías está representada por el coste del transporte, así como de las marcas, seguros y certificaciones de calidad.

Por ello, es necesario que los países latinoamericanos tengan flotas mercantes y aéreas, para cerrar el círculo de las exportaciones de *commodities* como de manufacturas, y también especialistas en contratación marítima que participen en los foros internacionales sobre la materia —como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés)— y que presten asistencia a sus países en las políticas y la legislación del transporte internacional para resguardar los beneficios marginales de su esfuerzo exportador.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es necesario efectuar una primera delimitación: el contrato de transporte en general ha sido diferenciado en civil y comercial. El primero es aquel que se hace a título gratuito, sin compromiso obligacional ni moral alguno; y el segundo, aquel que tiene siempre un propósito y un *animus lucrandi*; es este último el que abordaremos,

desde que nuestra tarea se refiere a los contratos de comercio internacional en los que hay un contenido patrimonial inmediato y una intermediación.

Se puede conceptualizar este contrato como aquel según el cual una persona natural o jurídica denominada el *porteador* se obliga a efectuar el traslado de mercaderías o personas, por medios propios o ajenos, empleados en todo o en parte, de un establecimiento ubicado en un Estado a otro establecimiento ubicado en otro Estado, según indicación u obligación asumida por otra persona denominada *expedidor*, debiendo abonarse, por ello, una suma de dinero conocida como *porte* o *flete*. En esta acepción amplia se encuentran las distintas modalidades de transporte que se utilizan en las diferentes transacciones internacionales.

1.1. Características comunes

Cualquiera de las modalidades contractuales de transporte mercantil comparten características comunes que deben ser apreciadas antes de estudiar cada una de ellas, a fin de tener un concepto preciso de este negocio jurídico. Dichas características son las siguientes: mercantilidad, consensualidad, conmutatividad, tipicidad, formalidad, secuencialidad y derivatividad.

1.1.1. Mercantilidad

Este contrato es eminentemente comercial, ya que regula el traslado de mercaderías con un propósito de lucro, intermediando entre el vendedor, consignante o suministrante, y el comprador, consignatario o suministrado. El sentido de todos los negocios de comercio internacional es el de hacer circular mercancías, sean *commodities* o manufacturas. No se está refiriendo a la situación ocasional en que una persona lleva a otra de un lugar determinado a otro o gentilmente traslada una encomienda. Se trata de objetos destinados al mundo del comercio y que generan un lucro o beneficio para quienes, con cuidado y diligencia, los acercan hasta los consumidores.

Los actos o materia mercantil han sido siempre motivo de controversia en cuanto a su determinación o a lo que se entiende como tales. En el caso de los contratos internacionales, el sentido de la mercantilidad está determinado por las convenciones internacionales y por los usos y prácticas del comercio, en tanto que, cuando nos referimos al comercio interno, este es el indicado por la misma ley. Por ello, se afirma que no es la materia mercantil lo que determina el contenido de la operación sino, más bien, es la ley comercial o la convención internacional la que determina lo que es materia mercantil, como es el caso del cheque o la letra de cambio, por ejemplo.

Por otro lado, uno de los sujetos que interviene es siempre una empresa comercial, que es el caso de todas las empresas navieras. Incluso cuando el porteador

es una persona natural, objetivamente se trata de un comerciante. Por ello, los códigos de comercio y las legislaciones específicas de América Latina consideran el carácter mercantil de este contrato. Así, tenemos el Libro III del Código de Comercio de México y la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, cuyo art. 157 se refiere a la onerosidad del contrato. También los arts. 1 y 3 del Código de Comercio del Perú, que consideran la habitualidad y el registro del porteador (comerciante) en las entidades correspondientes como requisitos para darle el sentido comercial al contrato.

De igual manera, el art. 566 del Código Comercial del Brasil, que define el contrato como aquel por el cual, mediante precio ajustado (flete), alguien (fletador) concede a una persona el uso total o parcial de su navío.

En consecuencia, es mercantil por la onerosidad de la prestación, porque se refiere a efectos de comercio y porque una de las partes es siempre un comerciante o una empresa dedicada a esta actividad. Y lo es, inclusive, porque los convenios internacionales y las legislaciones internas de los países latinoamericanos así lo precisan. El Convenio de Varsovia (1929) sobre transporte aéreo internacional señala que se refiere a personas, equipajes o mercancías transportadas contra remuneración.

1.1.2. Consensualidad

En razón de que las partes asumen el contrato de transporte siempre de mutuo acuerdo y voluntariamente, que escogen el medio y que su expresión es indubitable, se puede concluir afirmando que hay consensualidad en su opción y acercamiento. Los sujetos también pueden indicar o encomendar a una de las partes del contrato de compraventa la selección del transporte. En ambos casos hay una voluntad manifiesta de celebrarlo y una clara intención de usar el medio específico.

En la práctica, sin embargo, nos encontramos con los contratos de adhesión o los negocios jurídicos unilateralmente dictados, que vienen a alterar la clásica doctrina del libre consenso, ya que estos contratos han sido elaborados con anterioridad a la aparición de la necesidad concreta de la vinculación, pues las empresas transportadoras tienen previamente diseñados contratos a los cuales los expedidores solo deben adherirse. Aunque hay aspectos que pueden negociarse libremente —como es el caso del precio y aun de las modalidades, así como las determinaciones del riesgo—, la rígida estructura de este modelo contractual no deja de acercarse, más bien a una modalidad de adhesión, a un precontrato. Pero se avizora en el horizonte algunas posibilidades de cambio, pues cada vez es mayor el número de transportadoras que están operando fuera de las llamadas conferencias —especie de carteles—; y, en ese caso, la libre expresión de la voluntad y el consenso se manifiestan espontáneamente. A ello se debe añadir la cada vez más uniforme legislación comercial sobre los contratos de adhesión, que determinan una especialísima

responsabilidad para el porteador respecto a asumir a su cargo los costos derivados por retraso, incumbiéndole la prueba de la exculpación. Los sujetos que proponen contratos de adhesión, en criterios doctrinarios y legislativamente aceptados, asumen la carga de la prueba de cualquier exculpación. Este hecho está llevando a otorgar a los usuarios de los servicios cada vez mayores márgenes de negociación y, en consecuencia, de libre expresión de voluntad en los contratos comerciales en general.

1.1.3. Conmutatividad

Los elementos fundamentales del contrato son la obligación del porteador de trasladar la mercadería y luego la obligación del expedidor de pagar el flete del transporte. Ambas obligaciones se dan una después de la otra, constituyen una acción que deriva en otra por el lado del otro sujeto contratante, de tal manera que el incumplimiento de una de ellas deviene en una desnaturalización de la operación. Por ello, se lo llama también *contrato de fletamento*, ya que todo gira en torno al pago o flete y al contenido físico de la mercadería expresado por ese flete.

Como en todo contrato internacional, esta característica también es propia del modelo, ya que las contraprestaciones se entrelazan una detrás de otra.

1.1.4. Tipicidad

Todos los contratos están regulados por los diferentes regímenes jurídicos latinoamericanos con un carácter marcadamente público, no solo por su forma y contenido, cuanto porque el poder público regula la conformación, el registro, la matrícula y el movimiento de una de las partes (porteador), que es la parte profesional y especializada en la operación.

A ello se unen las diferentes convenciones y tratados internacionales que regulan muchas de las acciones y modalidades contractuales, siendo que al ser ratificados por los distintos Estados devienen en leyes nacionales y, en consecuencia, imperativas para sus ciudadanos. Algunas de estas convenciones internacionales son la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, más conocida como las Reglas de Bruselas (25 de agosto de 1924); el Convenio sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, conocido como las Reglas de Hamburgo (31 de marzo de 1978), que sustituye, cuando sea el caso, las anteriores reglas; la Convención para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, conocida como la Convención de Varsovia (12 de octubre de 1929) y su Protocolo de La Haya (28 de setiembre de 1955); así como el Convenio de Ginebra (19 de mayo de 1956) para el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, conocido bajo las siglas CMR.

Cada una de las modalidades de transporte tiene una singularidad y condiciones particulares que la distinguen incluso de un medio a otro; por ello, las diferentes convenciones internacionales. Es, en definitiva, un contrato diferente y diferenciado de los demás y, aunque algunos autores han querido asimilarlo al arrendamiento e incluso al *leasing*, mantiene respecto de ellos autonomía, ya que es posible identificar diferencias básicas. Así, en el contrato de transporte, el porteador asume directamente la custodia de las cosas porteadas aun cuando no lo haga con sus propios medios, elemento que no aparece en el arrendamiento de obra; por otro lado, el transporte de mercaderías es un negocio que, en la fase final de su ejecución, conoce normalmente la participación de un tercero (consignatario) que asume derechos y obligaciones específicos.

1.1.5. Formalidad

Su estipulación requiere ciertas formalidades, además de ser necesariamente escrito, ya que la modalidad debe de quedar claramente señalada. Una de las formalidades es con frecuencia la entrega de las mercaderías que han de ser transportadas. Por otro lado, suscita una serie de documentos que evidencian la recepción de la mercadería y que se convierten en requisitos esenciales para el cumplimiento contractual y en obligaciones específicas, como es el caso de los créditos documentados y el conocimiento de embarque.

1.1.6. Secuencialidad

Hay una secuencia en el cumplimiento, un tracto sucesivo. Una tras otra se van cumpliendo las distintas obligaciones. Donde se aprecia con más nitidez esta característica es en el contrato de transporte multimodal, ya que sucesivamente se van cumpliendo las diferentes fases o modalidades del contrato. En efecto, dicho contrato puede requerir de varios operadores o porteadores que cumplen sus obligaciones en cada tramo del transporte, empleando diferentes vehículos y cumpliendo tareas específicas.

1.1.7. Derivatidad

Su nacimiento se debe a que, previamente, existe un contrato de compraventa internacional que significa el traslado de la mercadería de un país a otro. Aunque es un contrato autónomo, con características únicas y existe en forma independiente, es evidente que, previamente a su existencia, se ha producido un contrato de compraventa. Si no, ¿qué transportaría o por qué transportaría el porteador? Hay una causa primera de la cual deriva este otro contrato, independiente y autónomo en cuanto a su ejecución, pero causado en cuanto a su surgimiento.

Luego, el contrato de transporte deriva o se origina del contrato de compraventa u otro contrato que es la causa primera, pero que no genera dependencia, ya que es autónomo.

1.2. Sujetos

Por otro lado, respecto a los sujetos que intervienen en este contrato, podemos advertir que son tres: el porteador, el cargador y el consignatario.

1.2.1. Porteador

También llamado *acarreador* o *transportador*, el porteador es la persona natural o jurídica que asume la obligación y la responsabilidad de realizar un transporte; por ello, también se lo conoce como *transportador* o *transportista*. No necesariamente importa que realice el transporte ni aun siquiera que sea el operador, si sobre él recaen los riesgos del cumplimiento de la obligación de transportar.

Este sujeto, también conocido con el término de *expedicionario*, en algunos casos puede ser plural, como es la modalidad del transporte combinado o multimodal. Una de sus obligaciones básicas es la de conservar y cuidar las mercaderías; y, por supuesto, trasladarlas hasta el lugar de destino, verificando que la entrega se realice en manos de la persona señalada y en la fecha o plazo estipulado.

En el transporte marítimo, este sujeto tiene una serie de características y funciones que hacen harto compleja su identificación, debido a la superposición de contratos relativos al buque, el no siempre arreglado encaje de estos con el conocimiento de embarque, la diversidad de contratos de utilización del buque y la fácil concurrencia de varios sobre el mismo navío. De manera que para comprenderlo es aconsejable asimilar la figura del porteador al sujeto que puede recibir una reclamación como consecuencia de un transporte bajo régimen de conocimiento de embarque (Morán Bovio, 1998, p. 8).

1.2.2. Cargador

Conocido también como *expedidor*, el cargador es la persona natural o jurídica que solicita el transporte y adquiere el derecho a exigir su plena realización. Por ello, la mayoría de los códigos de comercio de América Latina señalan que, si el comisionista actúa en nombre propio, asume las obligaciones del cargador.

Estas obligaciones consisten en entregar la carga en las condiciones pactadas y en abonar el flete, a menos que se conviniere que sea pagado al recibir las mercaderías en el lugar de destino.

1.2.3. Destinatario

Llamado también *consignatario*, el destinatario es la persona a cuya orden van las mercancías. Usualmente es el comprador, dentro de las reglas de la compraventa, pero puede ser una tercera persona o incluso alguien que no ha comprado precisamente el bien y que se convierte en el acreedor de la entrega, razón por la cual, en algunos casos, este sujeto es considerado como el gestor de negocios o el cesionario del contrato.

Este sujeto es el verdadero acreedor del contrato de transporte. Así lo sostienen Gabrieli Silingardi y Jorge Enrique Martorell cuando hacen referencia a la época en que el comerciante acompañaba a las mercaderías para venderlas, y así se pensó que el remitente era el sujeto principal en el contrato de transporte; pero ahora, debido a las profundas transformaciones producidas en el comercio internacional, es cada vez más frecuente que el remitente envíe la carga en estrecha vinculación con operaciones de compraventa o de otras relaciones jurídicas subyacentes pero principales respecto del contrato de transporte, que se utiliza como medio de cumplimiento de obligaciones contraídas previamente hacia el destinatario (Martorell, 1989, p. 478).

2. MODALIDADES

Muchas son las modalidades del contrato de transporte, y dependen del medio físico a través del cual se opera; a su vez, el mismo medio alcanza otras variedades. Las principales modalidades son el transporte terrestre, ferrocarrilero, fluvial, lacustre, aéreo, multimodal y marítimo.

2.1. Transporte terrestre

Se refiere sustancialmente al transporte por carreteras, se le llama también rodoviario. Esta es una de las formas cada vez más utilizada en América Latina, sobre todo en el ámbito de los países componentes del Sistema Andino de Integración (Grupo Andino) y del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay—. Ello ha motivado la frecuente relación en el transporte no solo de mercaderías sino, también, de personas. La diferencia entre uno y otro es que tienen, también, a personas o sujetos intervinientes distintos. Tanto en el caso de las mercaderías como en el de las personas, es cierto, hay dos contratantes: el porteador y el expedidor. Pero los interesados son distintos, ya que en el caso de transporte de mercaderías tenemos tres —porteador, cargador y consignatario—; en cambio, en el caso del transporte de personas hay dos interesados —el porteador y el pasajero.

Todos los países de América Latina mantienen regulados estos contratos, aunque no necesariamente en sus códigos comerciales, que han sido modificados o superados por los cambios en la tecnología del transporte y en los sistemas de telecomunicaciones. De este modo, muchas leyes especiales los regulan en cuanto estos ingresan en sus territorios, como es la Ley de Vías Generales de Comunicación de México.

Asimismo, existe una normatividad internacional, como es el caso de la Convención Relativa al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, del 19 de mayo de 1956 y llamada por las siglas CMR o conocido como el Convenio de Ginebra. Esta convención fue puesta en vigor en 1961 y modificada en 1978 mediante un protocolo de enmiendas que se aplican cuando no existan otros convenios específicos para determinadas regiones. El Convenio de Ginebra está en vigor en Alemania, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, Suecia, Suiza, Túnez y Yugoslavia. Como se ve, existe una ausencia de los países latinoamericanos, que más bien están adheridos a otros textos internacionales.

En el ámbito de la Comunidad Andina tenemos la Decisión 56 y la Decisión 56^a, que regulan esta modalidad para dicha área geográfica.

En tanto que en el MERCOSUR existe un viejo tratado, anterior al propio MERCOSUR, que es el Tratado de Montevideo de 1940, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, que somete el contrato de transporte a dos ordenamientos jurídicos nacionales distintos: así, en cuanto a la forma, sus efectos y obligaciones, a la ley del lugar de celebración; y en lo concerniente al cumplimiento, a la ley del lugar de entrega.

En el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) está el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre de Montevideo de 1990, suscrito y ratificado por Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

2.2. Transporte por ferrocarril

Su uso es muy importante en las relaciones comerciales entre algunos países del continente, como es el caso de México-Estados Unidos de América, Argentina-Chile, Argentina-Bolivia, Bolivia-Perú, Bolivia-Chile y, en muy pequeña escala, Perú-Chile, a través de la línea Tacna-Arica.

El transporte ferroviario sudamericano es de carga destinada a movilizar sustancialmente *commodities*. Se pueden distinguir dos redes importantes: la del Cono Sur, que involucra a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, principalmente y la del resto

del subcontinente que comprende el Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela, que tiene un ambicioso proyecto destinado a unir el país en cinco sistemas.

El futuro avizora un resurgimiento de este medio con interconexiones entre Chile-Paraguay, y la ejecución de cuatro corredores ferroviarios que unirían todos los países de la Comunidad Andina de Naciones y del MERCOSUR (Ruibal Handabaka, 2006).

Todo lo debe despertar el interés académico y empresarial para estudiar las características contractuales y las implicancias comerciales de esta modalidad. Por ello conviene cimentar algunas características.

El consignatario hace suyo este contrato cuando desvincula la mercancía, pagando al porteador la suma que la grava por gastos del transporte, impuestos de aduanas y otros derechos, a efectos de conseguir la entrega. El pago de la suma adeudada por estos conceptos, que son las obligaciones principales, es condición para conseguir la carta de porte del ferrocarril (conocimiento de transporte) necesaria para retirar la mercancía y disponer de ella.

Existen diferentes teorías sobre la desvinculación de las partes en el contrato de transporte; incluso la legislación comparada plantea diferentes soluciones. Bolaffio sostiene: «El contrato se concluye entre el cargador y el porteador en interés respectivo de uno y otro; pero con esta particularidad: que por una cláusula del contrato, el cargador pierde el derecho de disponer de la mercancía cuando el consignatario, desvinculándola en la estación de llegada, se adhiere al contrato, bajo condición de aceptar la entrega de la mercancía después de haberla examinado» (1935, p. 223). En cambio, en la legislación española no existe tal desvinculación mediante el pago que realiza el consignatario para adquirir el conocimiento de transporte de ferrocarril necesario para poder disponer de la mercadería.

Lo importante en este contrato es que esté claramente definida la responsabilidad del transporte, desde el mismo momento en que recibe las mercaderías en el lugar de expedición hasta su entrega en la estación de destino. De esa manera, al cargador le es indiferente que sea el porteador quien, efectivamente, lo ejecute o lo haga otro por él. A su vez, al cargador le interesa que la persona con quien contrata asuma por completo la totalidad del transporte y que la responsabilidad del porteador no sufra alteración en tanto se efectúa el transporte y hasta su pleno cumplimiento.

Existen algunos arreglos jurídicos internacionales para esta modalidad, pero que no abarcan la totalidad de áreas geográficas en las que hay redes ferroviarias. Así tenemos la Convención relativa a los transportes internacionales ferroviarios (1980) puesta en vigor en 1985 y conocida por las siglas COTIF. Y el ya señalado Acuerdo sobre transporte internacional terrestre de Montevideo de 1990, que abarca tanto el transporte por carretera como el transporte por ferrocarril.

2.3. Transporte fluvial

Es aquel efectuado a través de los ríos. En Latinoamérica, cada vez es mayor el volumen de carga por los inmensos ríos de su territorio. El más importante es el Amazonas, cuya soberanía la comparten solo tres países: Brasil, Colombia y Perú. Casi en su totalidad, el Amazonas recorre Brasil y Perú, que son los países que, histórica y jurídicamente, así lo han usufructuado, hasta que en 1922, a través del Tratado Salomón-Lozano, Colombia ingresó como el tercer condómino, sin que nunca, a través de la historia, hubiera pretendido tener acceso soberano al majestuoso río, que constituye la red fluvial navegable más extensa de Latinoamérica con 27.870 km.

El Tratado de Cooperación Amazónica (1978) asegura, sobre la base de la reciprocidad, la más amplia libertad de navegación comercial en el curso del Amazonas y los demás ríos amazónicos (art. III), aunque hace expresa excepción del cabotaje. De esta manera, los acuerdos bilaterales que se suscriban deberán establecer la libertad de navegación y la reciprocidad, y respetar los reglamentos fiscales y de policía involucrados en el paso por un Estado soberano.

La vertiente del MERCOSUR presenta también una posibilidad fluvial que permite la interconexión entre Uruguay, Argentina y Paraguay. Usando otras conexiones ferrocarrileras o lacustres, esta interconexión puede llegar a extenderse por territorio peruano y boliviano.

Al respecto, no existe ninguna convención internacional, similar a la modalidad terrestre o marítima, que regule el transporte fluvial. La mayoría de los tratados son acuerdos bilaterales como los señalados para el caso del río Amazonas o los del Río de la Plata, que tienen plena vigencia y ejecución. A ellos se debe añadir el Acuerdo de Transporte Fluvial Hidrovia Paraná-Paraguay, del 26 de junio de 1992, suscrito en el marco del ALADI entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, y que tiene por objeto el mejoramiento de las vías navegables naturales, en particular en la ruta de Puerto Cáceres (Bolivia), Corumbá (Brasil) y Nueva Palmira (Uruguay).

2.4. Transporte lacustre

Los más significativos ejemplos de transporte a través de los grandes lagos navegables son los que se efectúan en los lagos del norte de Estados Unidos de América y que sirven para el comercio entre ese país y Canadá. También se puede mencionar el fluido transporte Bolivia-Perú a través del lago navegable más alto del mundo, el Titicaca.

En esta modalidad no existen convenios internacionales sino las normativas de cada país dentro del área de su soberanía lacustre.

2.5. Transporte aéreo

El desarrollo de este medio ha estado ordenado por una serie de dispositivos y convenciones internacionales tendentes a brindar seguridad a los pasajeros y, como consecuencia, a la carga. Entre ellos, la Convención para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional —conocida como la Convención de Varsovia (12 de octubre de 1929)— y de la que forman parte muchos países latinoamericanos como Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, así como las modificaciones que, posteriormente, ha experimentado a través del Protocolo de La Haya (28 de septiembre de 1955). También la Convención Extraordinaria de Guadalajara (1961), el Protocolo de Guatemala (1971) y los cuatro Protocolos de Montreal (1975). Todo lo cual se conoce como el Sistema de Varsovia, que es el conjunto de reglas que tiene el mayor número de adopciones y ratificaciones estatales en el mundo.

Esta modalidad contractual cubre tanto el transporte de mercaderías como el de personas e incluso de equipaje, aun cuando no esté claramente establecido, en la primera convención, precisamente lo referente a la divisoria entre equipajes y mercaderías.

La posibilidad de uso del transporte aéreo puede ser decisiva para determinados productos y para países mediterráneos como Bolivia o Paraguay, por ejemplo, en razón de su rapidez, seguridad y reducción de algunos costos.

Los principales productos transportados por esta vía son sustancialmente los llamados hortifrutigranjeros, es decir frutas, legumbres y flores, así como también cueros, pieles, piedras preciosas, ropas, joyas, textiles en general, medicinas y productos farmacéuticos, instrumentos quirúrgicos, dentro del rubro de la oferta exportable latinoamericana. Normalmente, podemos decir que son mercaderías de alto valor unitario y reducido peso por unidad.

En esta modalidad contractual podemos distinguir varios sujetos, además de los principales, que son el exportador y el transportador o compañía de transporte aéreo. Se trata de los llamados agentes de carga aérea y los consolidadores de carga. Los primeros son intermediarios que actúan junto a las compañías aéreas y cuya función es encargarse de la documentación a la que se refieren los créditos documentados o la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; asimismo, se hacen cargo del embalaje y del almacenamiento de la carga, facilitando al efecto los lugares físicos de conservación. A veces es ventajoso —sobre todo para los pequeños exportadores latinoamericanos— actuar a través de estos agentes, porque pueden conseguir menores tarifas en los fletes, ya que mediante el mecanismo de cargas unificadas (*pallets*) obtienen ventajas por volúmenes o reservas.

Otro de los servicios que brindan es la transferencia de carga llamada «puerta a puerta», ya que las empresas también asumen la obligación del transporte terrestre local para facilitar la entrega de la mercadería en el establecimiento del importador.

El otro sujeto en la relación está constituido por las empresas consolidadoras de carga aérea, que permiten economizar hasta 50% en los costos de transporte.

Consolidar una carga significa reunir varias cargas o volúmenes menores —pero compatibles o no contaminantes— de diferentes exportadores, que van hacia un mismo mercado de destino. En ese caso, el flete será pagado por kilo, en lugar del flete aéreo común que varía de precio en proporción inversa del peso, es decir, cuanto más leve, mayor es el costo por kilo.

Las cargas consolidadas son expedidas para embarque en el mismo establecimiento, acompañadas de un conocimiento aéreo único, un conocimiento parcial para cada una de las cargas consolidadas, una guía de expedición detallada y una relación de los volúmenes consolidados.

2.6. Transporte multimodal

Está referido al contrato que siendo negociado y estipulado en un solo instrumento, usa varias modalidades: aérea, marítima, terrestre o lacustre, entre otras. Por ello, también se lo conoce como transporte combinado.

La Organización de las Naciones Unidas elaboró la Convención sobre el transporte multimodal internacional de las mercancías (1980), en un esfuerzo por armonizar esta novísima modalidad. Esta convención regula el transporte por contenedor, ferrocarril, buques y todos los demás medios de transporte. Sin embargo, no ha prosperado por los intereses enfrentados de los expedidores y los transportistas, circunstancia que es una muestra más del peso que tienen los intereses comerciales de las grandes potencias, que poseen el mayor número de flotas de transporte.

Los gremios también han diseñado reglas para esta modalidad contractual, como es el Folleto N.º 273 de la Cámara de Comercio Internacional (París), que fue publicado en 1973 y, posteriormente, modificado hacia 1975 a través del Folleto N.º 298.

En el área latinoamericana se debe destacar la Decisión N.º 15 del año 1994, que en el ámbito del MERCOSUR aprobó el Acuerdo sobre Transporte Multimodal que regula este contrato, y cuyo perfeccionamiento puede integrar rápidamente a los países latinoamericanos si sus reglas se amplían a otros países como las signatarias de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Esta modalidad ha logrado desarrollarse gracias a la invención de los «contenedores» que posibilitan «consolidar» la carga en un recipiente o gran embalaje, facilitando su manipulación. Su uso actual, cada vez más generalizado, ha suscitado serios problemas jurídicos y convenciones internacionales que buscan armonizarlo.

2.7. Transporte marítimo

Esta es una modalidad que se remonta a los fenicios y hoy es la más utilizada debido a las grandes modificaciones que ha experimentado la técnica en la construcción naval, como la aparición de los *containers* y los tipos de barcos *roll on roll off* y los buques post-panamax. De igual manera, al hecho incontrovertible de que más de 80% del volumen del comercio internacional transita por los océanos. Por otro lado, algunos países latinoamericanos, con el propósito de coadyuvar al crecimiento de sus exportaciones, se han interesado por sus marinas mercantes. A ello se añade el rediseño de los fletes en torno a las llamadas *conferencias*, especie de carteles que buscan maximizar los lucros o minimizar los costes. Todo lo anterior amerita un abordaje particular.

Esta modalidad de transporte ha dado origen a una sofisticada especialidad jurídica: el Derecho marítimo, con figuras específicas, como la Cláusula Paramount, que posibilita incorporar en el contrato de transporte reglas convencionales como las Reglas de La Haya-Visby o las Reglas de Hamburgo, o normas del Derecho interno de un país contratante. Al igual que el reconocimiento de los usos y prácticas comerciales marítimas y, recientemente, mecanismos de solución de controversias, como las cláusulas arbitrales.

3. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

El contrato de transporte marítimo transita entre el Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación y el Derecho de los Contratos, aunque el énfasis es en el primero debido a la fuerte referencia e incidencia de los usos y costumbres, su rígida autonomía que lo convierte en una rama aislada del Derecho internacional por la fuerte influencia del *common law*.

El contrato de transporte marítimo es un acuerdo comercial en virtud del cual una persona, denominada *fletante*, llega a un acuerdo y conviene con otra llamada *fletador* en realizar el transporte de determinado volumen de mercaderías, a través de un buque y mediante un pago denominado *flete*.

Las reglas que regulan este contrato están contenidas en todos los códigos de comercio de América Latina, integrada sustancialmente por países herederos del Derecho romano-germánico como el Código de Comercio francés de 1807, inspirado en las ordenanzas de Colbert de 1681; e incluso en el Código Comercial del Japón, que se inspiró en el Código alemán. En tanto, en el sistema anglosajón hay diferentes leyes, como es el caso de Gran Bretaña que lo regula a través de la *Merchant Shipping Act* (1894), la *Marine Insurance Act* (1906) y la *Carriage of Goods by Sea Act* (1924);

por su parte, Estados Unidos de América aplica la *Carriage of Goods by Sea Act* (1936), conocida por las siglas COGSA. A todas estas leyes se deben sumar las convenciones internacionales que buscan armonizar las normas de tratamiento de este frecuentado contrato de transporte.

En el ámbito internacional se han establecido diferentes convenios tendentes a diseñar reglas universales que faciliten un más rápido entendimiento y que sirvan de base a la solución de posibles litigios entre las partes. El primer instrumento fue el Convenio de Bruselas (1924), conocido bajo la denominación Convenio Internacional para la Unificación de Algunas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, llamado también Reglas de La Haya, en homenaje a las recomendaciones de la conferencia diplomática reunida en dicha ciudad el año anterior, y que se aplica a todo transporte marítimo cuyo conocimiento de embarque es elaborado en un país contratante. Pocos países latinoamericanos lo han ratificado, entre ellos Argentina, Bolivia y Paraguay.

Posteriormente, se introdujeron varias modificaciones al mencionado convenio, las mismas que se conocen con el nombre de Reglas de Visby (1968) y que también fueron firmadas en Bruselas. Este protocolo se aplica a todo conocimiento de embarque relativo a un transporte de mercaderías entre puertos ubicados en países diferentes, así como a todo conocimiento que prevea explícitamente la aplicación de la Convención. Todas estas reglas regulan exclusivamente el transporte marítimo, sin considerar aspectos previos e inmediatamente posteriores a la estiba o desestiba (Centro de Comercio Internacional, 1988, p. 156).

El texto que incorpora todas las circunstancias derivadas de un transporte marítimo está contenido en la Convención de Hamburgo (1978), que es el conjunto de reglas más completo en esta modalidad de transporte y que es completado por la Convención de Ginebra (1974), que establece el Código de Conducta de las Conferencias de Línea Marítima y que regula únicamente el reparto del tráfico marítimo, fijando 40% para las navieras del país exportador, 40% para las navieras del país importador y 20% para las de terceros países.

Este denso material de tratados y convenciones internacionales, unido a las legislaciones internas y la jurisprudencia del sistema jurídico del *common law* lo hace complejo, intrincado y con frecuencia tortuoso. Bastaría analizar solo la situación de los porteadores y el conocimiento de embarque para visualizar lo complicado.

A lo que se une la férrea posición de la doctrina y los miembros del Comité Marítimo Internacional (CMI) influenciado por las férreas costumbres del Derecho británico.

3.1. Variedades del contrato de transporte marítimo

Tres son las variedades que presenta este contrato, basadas en razón del acondicionamiento de las naves. Todas ellas tienen una denominación en inglés que demuestra la fuerte tradición del sistema anglosajón sobre este contrato, así como la severidad de muchas de sus reglas a favor de los propios armadores y los dueños de los buques. Hasta ahora se han hecho muchísimos esfuerzos tendentes a morigerar este predominio de una de las partes, pero no han tenido ningún éxito. De esta manera, para mayor precisión, conviene enunciarlos en su lengua de origen. Así tenemos el *time charter*, el *voyage charter* y el transporte de carga general.

3.1.1. *Time charter*

Es el contrato según el cual el fletador (armador) pone a disposición de otra persona un navío, equipado y armado, obligándose por un plazo determinado y mediante pago de una suma de dinero, llamada usualmente *alquiler*, a realizar uno o más viajes. Trátase sustancialmente del arrendamiento de un buque con sus aparejos y equipos sin dotación marinera y por un término (*time*) predeterminado.

Debe advertirse que se trata de un arrendamiento de obra y no de un arrendamiento de cosa, toda vez que la calidad de armador continúa en las manos del fletador, quien tendrá a su cargo la gestión náutica, siendo trasferida hacia el otro contratante la gestión comercial. Esta diferenciación es importante porque muchos abogados —incluso los más requeridos— confunden esta naturaleza jurídica de la operación y estiman que se trata de un arrendamiento, concluyendo que es un contrato de arrendamiento. Algunos sostienen, inclusive, que es uno de *leasing*.

Dicho error de apreciación jurídica conllevaba a una confusión al momento de determinar la responsabilidad de quienes suscriben un contrato, ya que son diferentes las actuaciones de las partes cuando estamos frente a un contrato de *leasing* que cuando estamos frente a uno de «arrendamiento a casco desnudo», que está sometido a las rígidas normas del Derecho inglés, que dejan pocas posibilidades de actuación a la parte más débil en la relación contractual. Es importante distinguir, entonces, la naturaleza jurídica del *time charter* y la del «arrendamiento a casco desnudo».

El *time charter* es también conocido como *charter with demise* y es una forma que interesa particularmente al armador y no tanto al exportador, siendo utilizado por los transportadores cuando no disponen de suficientes navíos o no desean inmovilizar un capital significativo, que es el valor del navío durante un tiempo prolongado.

El fletador asume el papel del transportador, obligándose, junto con el cargador o consignatario de las mercaderías, a entregarlas en el puerto de destino, en el término y condiciones previstas. Todo transportador responderá por las pérdidas,

averías y atrasos, pudiendo exonerarse en las situaciones en que, por aplicación del propio contrato o de la ley interna, le es posible exonerarse. Dicho de otra manera, la responsabilidad del transporte debe recaer sobre quien emitió el conocimiento de embarque, quedando a salvo su acción de regreso contra el fletador en el caso de que la responsabilidad se derive de la negligencia en la conducción del buque. Sin embargo, en los casos en que el perjuicio se derive de una errónea gestión náutica, la jurisprudencia anglosajona admite que la responsabilidad sea derivada al fletador, ya que uno de los deberes básicos de este es colocar el navío en condiciones de navegabilidad (*seaworthiness*). Por lo tanto, todo perjuicio sufrido por el cargador, derivado de las insuficientes condiciones de navegabilidad no causadas por culpa del fletador del contrato de *time charter*, deberá ser reparado por el fletador de dicho contrato (Real de Azúa, 1987, p. 31).

3.1.2. *Voyage charter*

Esta es una de las variantes del contrato de transporte marítimo conocida también bajo el nombre de *charter without demise*, que no representa un arrendamiento del buque, ya que el armador tendrá tanto la gestión náutica como la comercial.

Es recomendable utilizarla cuando los exportadores tienen contratos de compra-venta internacional en grandes volúmenes, como es, particularmente, el comercio de los *commodities*. Por ejemplo, el caso de un exportador de harina de pescado que tiene que exportar 500.000 Tm en un período de diez embarques mensuales a razón de 50.000 Tm cada vez. Dicho contrato supone que no hay arrendamiento de navío y que tanto la gestión náutica cuanto la comercial quedan a cargo del armador, quien emite el conocimiento de embarque. El negocio se refiere, por lo general, a una parte del navío por varios viajes específicamente determinados, siendo que el precio o flete se calcula sobre el peso o el volumen de la mercadería.

Como se ve, es un contrato en el cual el exportador no tiene ninguna presencia, ya que se concluye entre un armador y un transportador o embarcador, quienes pueden ignorar al exportador.

3.1.3. Transporte de carga general

Es la modalidad más conocida y más utilizada por los operadores latinoamericanos, y consiste en el compromiso que asume el vendedor, cada vez que desea efectuar un embarque, a través de un documento de reserva conocido como *booking note*, al que posteriormente se añadirá el contrato de transporte.

El *booking note* se diferencia del *voyage charter*, que es utilizado en un contrato global con un volumen y plazo determinado, por el hecho de que el primero es una simple

reserva de espacio en un navío o, en todo caso, una promesa de contrato de transporte, de tal manera que podríamos asimilarlo a lo que se entiende como contrato preparatorio o contrato preliminar, conocido en nuestras legislaciones contractuales en América Latina, en tanto que el *voyage charter* es ya un contrato definitivo.

Se debe advertir que ni el *voyage charter* ni el *booking note* son títulos representativos de la propiedad de las mercaderías, razón por la cual es necesario, al respecto, contar con el conocimiento de embarque o *bill of lading*. Este instrumento solo podrá ser dispensado cuando no se realiza la venta de las mercaderías embarcadas y se concreta cuando el embarcador, propietario de las mercaderías, es la misma persona que las recibe en el puerto de destino. Sin embargo, aun cuando fuera así, no es aconsejable omitir dicho documento, pues siempre serán necesarios documentos adicionales para comprobar la entrega de las mercaderías al transportador y su estado en el momento del embarque (Real de Azúa, 1987, p. 34).

Luego, es posible que en una misma operación coexistan el *time charter* y el *voyage charter*. Así, podría darse la circunstancia de un armador que, no disponiendo de navíos suficientes, alquila uno de otro armador a través de un contrato de *time charter*; luego, un exportador que tiene que hacer varias entregas de gran volumen realiza un contrato de *voyage charter* con el mismo armador que consiguió un navío bajo la modalidad *time charter*, quien finalmente será el que emita el conocimiento de embarque, figurando el exportador como embarcador y su cliente —o la persona por este indicada— como consignatario en el puerto de destino.

3.2. Formación del contrato

Una de las cuestiones que se han de considerar en un contrato y que debe negociarse al final es el tema de los precios. Sin embargo, a pesar de las corrientes de liberalización de los mercados y la libre determinación de los precios de los servicios, las fluctuaciones de los proveedores del contrato impiden que este pueda ser determinado por la libre acción de la oferta y de la demanda. La presencia de mecanismos de cartelización impide una libre determinación del precio de los servicios y, en consecuencia, de los fletes. Los fletes implican un complejo sistema en el que se mezclan las obligaciones de las partes, la fuerte presencia de los armadores, los rasgos singulares del Derecho inglés y la acción, a veces sin resultados, de los organismos multilaterales —como la UNCTAD—, que a pesar de sus esfuerzos no han logrado morigerar las férreas características y condiciones frecuentemente leoninas de los contratos marítimos, y que conllevan una especialidad en el Derecho como es el llamado Derecho Marítimo. De esta manera, la fijación del precio nos lleva, necesariamente, a tratar el asunto de las llamadas conferencias de flete.

3.2.1. Las conferencias de flete

Las conferencias de flete son un agrupamiento de empresas armadoras que se dedican a actuar en una misma línea o ruta y que acuerdan entre sí la aplicación de una tarifa de fletes uniformes, así como de una política común.

Es, indudablemente, un cartel o, como prefieren llamarlo algunos, un sindicato de armadores que operan una misma ruta. Luego, un armador puede participar en varias conferencias, o sea, en tantas cuantas fueren las rutas en las cuales opera. Las funciones y acciones de estas conferencias son las siguientes:

- Establecer un precio uniforme para una determinada ruta.
- Seleccionar a sus miembros, admitiéndolos o excluyéndolos.
- Dividir entre sus miembros el tráfico de una ruta común.
- Diseñar una política común.
- Combatir la competencia de los armadores que no forman parte de la conferencia.
- Cumplir y hacer cumplir los acuerdos de fletes.

Como toda estructura de cartel, las conferencias protegen directamente a los armadores en detrimento de los usuarios y limitan las posibilidades de negociar un flete dentro del contrato.

En consecuencia, aunque el armador esté dispuesto a hacer concesiones en cuanto al flete o en cuanto a algunas condiciones particulares del contrato, queda sometido a las rígidas condiciones impuestas por la conferencia, ya que toda variación es considerada como una competencia desleal. Luego, los armadores conferenciados imponen siempre sus precios y condiciones, en perjuicio del exportador latinoamericano. La situación empeora cuando el propio país exportador carece de una flota mercante que posibilite que los ingresos generados por las conferencias beneficien su balanza de servicios, ya que los países latinoamericanos que tienen una sólida flota mercante pueden incrementar sus ingresos en sus balanzas comerciales sumando, al valor de sus mercaderías, aquellos generados o causados por el monto de los servicios de transporte marítimo. Por ello, los países latinoamericanos que tienen una buena presencia en los mercados internacionales —como Brasil, Chile o México— tienen, también, buenas flotas navieras

Claro está que también es posible que las asociaciones de exportadores puedan negociar en bloque, con el establecimiento de estructuras monopsónicas que ofrezcan un volumen de carga determinada, de tal manera que enfrenten a las empresas cartelizadas. Sin embargo, la escasa y dispersa oferta exportable latinoamericana haría estéril cualquier presión a través de las asociaciones de exportadores, ya que los medios de transporte no son tan numerosos como para poder articular en una negociación

de tarifas una oferta considerable de carga frente a otros medios, pues no existe una gran cantidad de empresas armadoras; y en segundo lugar, no siempre tienen las mismas características, ya que es distinto si se trata de navíos para transporte a granel o de aquellos otros que usan contenedores o los llamados *roll on roll off*. De este modo, lo mejor es tener una flota mercante nacional que posibilite condiciones de negociación a los exportadores, pues así estos tienen dos alternativas para negociar, en el entendido de que la empresa nacional dará preferencia a la carga nacional.

Fuera de las conferencias, existen otras dos posibilidades: las naves que hacen una ruta fija pero que no tienen un itinerario fijo, llamadas *outsiders*; y aquellas otras que no tienen una línea fija y menos un itinerario, denominadas *tramps*, que solo es posible usar en los casos en los que las mercaderías no son perecibles y el comprador no tiene la exigencia de una fecha exacta para recibirlas.

3.2.2. Régimen uniforme internacional

Si bien este es un viejo modelo contractual, surgido siglos atrás en el Mediterráneo y estructurado bajo el sistema del *common law* en Inglaterra, su armonización, a través de convenciones internacionales, solo se hace efectiva en la segunda mitad del siglo XIX, con la invención de la máquina a vapor que revolucionó el transporte y que determinó que los países con flotas mercantes y que manejaban la carga mundial impusieran cláusulas abusivas como la irresponsabilidad del porteador por faltas o daños en las mercaderías. Esta situación originó reclamos y la intervención de algunos Estados, celebrándose el Convenio de Bruselas, los Protocolos o Reglas de La Haya-Visby y la Convención de Hamburgo, ya mencionadas anteriormente y que constituyen el régimen uniforme internacional.

3.3. El flete

Independientemente de las características de negociación del flete, este es determinado por el llamado *factor de estiba*, que representa la relación volumen-peso de la carga, y que a su vez se relaciona con la capacidad cúbica y la capacidad en peso de la embarcación. Actualmente, las conferencias optan por el factor de estiba en el caso de los navíos convencionales, equiparando un metro cúbico a una tonelada métrica, siendo el flete cobrado por la resultante de mayor beneficio para el armador. Así, si una mercadería pesa 10 toneladas pero mide 30 metros cúbicos, el precio unitario será multiplicado por treinta.

Sin embargo, esta fórmula —que aparentemente es razonable, ya que cuando una carga no tiene gran peso pero si un gran volumen debe compensar mediante flete el espacio que ocupa, a fin de no perjudicar al armador del buque, quien se vería afectado al dejar a un lado otra carga de menor volumen pero de más peso

y que le daría un flete mayor— no es mantenida cuando el volumen supera una tonelada. Dicho de otra manera la relación $m^3 = Tm$ (un metro cúbico es igual a una tonelada métrica) es válida cuando el volumen es igual o menor que una tonelada métrica, pero cuando lo supera, no se adiciona en la misma proporción a la ecuación, sino que se establece un adicional. Con ello, aunque el exportador embale correctamente su mercadería, si esta supera la ecuación, soportará una tasa adicional o un sobreprecio.

Pero existe, además, una tasa adicional al precio, y es aquella que afecta a todo volumen cuyo tamaño supera los 12 metros. Otros adicionales al precio son por concepto de combustible, congestiónamiento de naves, tipo de puerto, factor de ajuste cambiario o el alto valor de la mercadería.

La sobretasa de combustible (*bunker surcharge*) es un porcentaje aplicado por encima del flete y destinado a cubrir los costos del combustible por variación del precio. Esta sobretasa se estableció después del *boom* del petróleo a mediados de los años 70 y, más recientemente, a partir de 1986. Aquí podemos observar, nuevamente, una reacción inmediata de los países industrializados frente a las exportaciones de *commodities* de los países en desarrollo exportadores de petróleo, ya que, apenas estos tuvieron la oportunidad de mejorar sus ingresos por un incremento en los precios de sus mercaderías, inmediatamente los países desarrollados impusieron sobretasas en los servicios, con el fin de penalizar las exportaciones de *commodities* que vienen cayendo en el mercado mundial desde hace más de 40 años, y por otro lado repasar recursos generados por el aumento de los *commodities* hacia los países proveedores o exportadores de servicios de transporte.

Así se introdujo una cláusula adicional en los contratos de transporte, la *Bunker shortage clause for voyage chartering*, creada por la Baltic and International Maritime Conference, que es aplicable no solo a los *voyage charter* sino, también, a los conocimientos de embarque. De acuerdo con esta cláusula, si el armador encuentra serias dificultades para obtener combustible, podrá optar, a su sola decisión, entre resolver el contrato o desviarse de la ruta convenida, a fin de providenciar combustible para los posteriores viajes. Empero, y a pesar de que en la actualidad no hay problemas en el abastecimiento del petróleo, aún se mantiene el uso de esta cláusula.

El caso de la sobretasa por congestiónamiento (*congestion surcharge*) es un porcentaje que se aplica por encima del flete en determinados puertos donde se pueden presentar situaciones de *demurrage*, es decir, demora en el embarque o desembarque de las mercaderías. Este porcentaje llega a veces a 30%. El problema es que cuando no se produce la eventualidad del congestiónamiento y, por el contrario, la mercadería se embarcara con celeridad, el armador no devuelve la sobretasa.

Cuando la mercadería es embarcada o desembarcada en un puerto secundario o fuera de ruta, entonces también se cobra un flete adicional, ya que el barco no tiene la oportunidad de levantar carga en lugar de la que desembarca.

Es recomendable pactar los fletes en monedas duras, pues, aunque ello puede afectar al exportador, si ocurriera una desvalorización en la moneda del contrato, los armadores harán uso de una cláusula frecuentemente utilizada, que consiste en la aplicación de un factor de reajuste denominado *currency adjustment factor*, que es un factor de corrección monetaria que, por lo general, afecta la totalidad del flete y de las sobretasas.

Una última sobretasa frecuente es aquella derivada de la aplicación de la Convención de Bruselas, según la cual la responsabilidad del armador está limitada a fardos cuyo valor declarado no fuera superior a mil, salvo que se hubiere pagado un flete *ad valorem*. En otras palabras, toda carga cuyo valor FOB fuera superior a mil dólares por tonelada deberá merecer una sobretasa a efectos de que el armador mantenga la misma responsabilidad a la que lo obliga la Convención de Bruselas.

3.4. El conocimiento de embarque

Todo porteador de carga debe expedir al remitente una carta de porte o conocimiento que permita al destinatario disponer libremente de la mercadería. Es un documento que no es indispensable para la existencia del contrato de transporte ni lo contiene y, en todo caso, solo tiene efectos *ad probationem*.

Sin embargo, el uso y la práctica comercial reconocen la existencia de este documento sin el instrumento del contrato de transporte y utilizable *distantia loci*, esto es, en lugar diverso del de su expedición. Por tanto, se ha convertido en título único para reclamar la mercadería y, como consecuencia, para transmitir el derecho de reclamarla del porteador. Algunas leyes y numerosos tratadistas le atribuyen el carácter de título de crédito, naturalmente dentro de los títulos representativos de las mercaderías. Así tenemos el Código Civil italiano (art. 1996), aunque no lo menciona de manera expresa; de igual manera en el Derecho colombiano, el art. 767 del Código de Comercio, así como el Código de Comercio peruano en su art. 348 y siguientes.

El conocimiento de embarque cumple tres finalidades:

- Es un comprobante de recepción de la mercadería que está a bordo de la nave, de tal manera que solo será plenamente válido cuando conste la frase «*clean on board*», es decir «limpio a bordo del buque».
- Es un título representativo de la libre disponibilidad y propiedad de la misma. Por esta razón, puede emitirse de dos formas: al portador o nominalmente.
- Es un documento derivado del contrato de transporte.

Los términos y especificaciones del conocimiento de embarque marítimo están contenidos en la *Baltic and International Maritime Conference*, revisada en enero de 1978.

En tanto la Convención de Bruselas y el Protocolo de Visby, contienen las reglas y pautas sobre el transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque.

La Convención de Bruselas determina la responsabilidad del porteador, el significado de carga y descarga, los extremos de responsabilidad y el inicio y fin de la aplicación de dicho Convenio. Empero dicho Tratado, como muchos textos referentes al transporte marítimo son confusos, complejos y no siempre despejan las incertidumbres que agobian a los operadores.

Una primera dualidad de criterio a la hora de interpretar los preceptos de la Convención de Bruselas, es en cuanto a precisar los deberes de carga y descarga, más, en su caso, estiba y arrumaje. Ya que mientras algunos expresan que el porteador responderá siempre de la carga y descarga, y, en consecuencia, de la estiba y arrumaje; otros, en cambio, estimarán que el porteador estará exento de responsabilidad por los actos del cargador y destinatario, de modo que si estos desempeñan alguna de esas operaciones, solo podrá concluirse en la ausencia de deberes y obligaciones del porteador respecto a ellas, pues no cabrá imputarle actos que él no realiza (Morán Bovio, 1998, p. 195).

Tercera parte
Mecanismos complementarios de los contratos
internacionales

CAPÍTULO VII

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CONTROL

Todo el proceso de una operación internacional transcurre a través de una serie de etapas y medidas cautelares que cada una de las partes establece para mantener el control de la operación y tener una mayor seguridad en el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos involucrados, cuyos establecimientos están ubicados en Estados diferentes.

La circulación de una mercancía de un país a otro se hace, como se ha explicado, bajo condiciones de precio, plazo, entrega, y dentro de reglas estipuladas por los contratantes o, a veces, impuestas por la ley, las convenciones internacionales o las costumbres de cada mercado. Lo que nos lleva a afirmar que en la contratación internacional hay un mecanismo *sui géneris*.

1. PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL

Las fases que integran este conjunto pueden ser enumeradas dentro de una secuencia procedimental, sin que todas ellas caigan dentro de la esfera propia del Derecho, aun cuando facilitan su efectividad, ya que preparan a los operadores para asumir las obligaciones de un contrato internacional. Dichas fases son las siguientes:

- a) La negociación. Es la primera fase, en la cual se plantean las inquietudes del exportador y del importador. La negociación es una técnica y un arte que los abogados utilizan con gran frecuencia en el análisis jurisprudencial; o en la relación con sus clientes, cuando se trata de la administración de bienes comunes; la compensación de las partes en una distribución de una masa hereditaria; establecimiento de montos indemnizatorios; o la distribución de gananciales en caso de divorcio. También la practican los diplomáticos durante su vida profesional, que se desarrolla en medio de espacios culturales diversos y distintos niveles de poder político. Sin embargo, ellos no se han detenido a estudiar esta disciplina apreciando las estrategias, tácticas y modelos que puede aportar para el mejor logro de la estabilidad y seguridad de las partes dentro de cualquier contrato u operación internacional.

La negociación es la etapa en la que se busca esclarecer la situación y buscar las ventajas de cada uno de los contratantes, así como la importancia de mantener una relación contractual o incrementar las actividades comerciales, en otras palabras, se trata de, en definitiva, conseguir objetivos comunes. También sirve para diseñar un medio que sirva para solucionar un conflicto derivado de un contrato, todo lo cual posibilita que los agentes lleguen a su suscripción convencidos y satisfechos.

- b) El precontrato: Es la etapa en la cual se plantean en detalle las cuestiones que van a derivar, luego, en un contrato definitivo. Es el conjunto de acuerdos básicos destinados a comprometer a las partes para que participen en un posterior contrato definitivo.

En el caso, por ejemplo, de los contratos de *joint-venture*, es el acta o protocolo de intención; en los contratos de *countertrading*, es el protocolo; en el contrato de compraventa, es el aviso de oferta pública internacional; en el contrato de construcción pesada, es el acto precalificación internacional.

En América Latina hay experiencia en la práctica y uso de los llamados «contratos preparatorios» o «contratos preliminares». En el Perú, los arts. 1414 al 1417 del Código Civil regulan esta fase. Lo hacen también los arts. 1813, 1831 y 2225 del Código Civil del Distrito Federal de México y el art. 1806 del mismo cuerpo de leyes, según los cuales los contratos preliminares pueden ser considerados contratos cuando ambas partes los suscriban; y únicamente oferta, cuando solo una parte lo haga. El art. 861 del Código de Comercio de Colombia, a su vez, dice: «La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso».

- c) El contrato: Es el alma y la esencia de las obligaciones recíprocas libremente admitidas por las partes y acerca del cual ya hemos comentado, *in extenso*, en la presente obra.

Es la voluntad de comprometerse que los operadores comerciales manifiestan en uso de su libertad contractual, adoptando al efecto las reglas convencionales o los usos y prácticas internacionales para la operación específica.

Dentro de esta fase, esencialmente jurídica, se deben diseñar las medidas que disminuyan el riesgo del vendedor, así como las que correspondan al comprador; asimismo deben establecerse los mecanismos de solución de controversias o de interpretación de las cláusulas contractuales, ya que cada una de las partes tiene el temor de que se incumplan las obligaciones básicas. El proveedor o exportador está preocupado por el pago o el valor de la mercadería; al comprador o adquirente en un contrato *turn-key* le interesa que se le entregue la mercancía,

que esté en buen funcionamiento y que cumpla las características específicas que motivaron su compra. Hay, pues, en cada una de las partes, un temor y una duda razonables, que deben ser apreciados en el contrato de modo que se incluya una cláusula que prevea cualquier contingencia y su mecanismo de solución.

- d) La administración del contrato. Es la última fase del proceso contractual y consiste en la ejecución misma de las obligaciones. Es el conjunto de mecanismos que posibilitan a las partes cumplir con sus obligaciones aun cuando los que firmaron el contrato hayan desaparecido u ocupen otros cargos o funciones.

La tradición jurídica ha considerado con frecuencia que una vez culminado un contrato, este tiene, de por sí, vida propia, y cada una de sus cláusulas debe ser cumplida por el propio imperio del contrato. Al esbozar el axioma de que el «contrato es ley entre las partes», la doctrina de la autonomía absoluta de la voluntad daba a aquel el mismo peso y categoría de la ley. En otras palabras, el *ius imperium* arrogaba al contrato fuerza sobre terceros y aun sobre los sujetos, siendo que, incluso, el juez solo debía respetarlo y exigir su cumplimiento. De esa manera, cada una de sus cláusulas se aplicaba imperativa y autónomamente. Sin embargo, la complejidad de los contratos internacionales —como las garantías de repago (*repayment guaranty*), la administración de las condiciones y obligaciones pactadas, la vinculación con otros convenios conexos, los créditos y el financiamiento, el secreto y el sigilo de la tecnología —exige una estructura y a veces toda una organización que cuide, precisamente, la voluntad de las partes y el fiel cumplimiento de las obligaciones que asumieron en su momento. Así, por ejemplo, en el contrato de *joint venture* su validez y aplicación requiere, en algunos casos, que se constituya una sociedad comercial independiente de los contratantes, cuya misión es administrar correctamente lo estipulado en el contrato.

2. LAS MEDIDAS DE CONTROL Y DE SEGURIDAD

Una de las más recientes innovaciones en el Derecho Contractual consiste en establecer, dentro del propio contrato, una serie de mecanismos internos que actúen automáticamente, dando seguridad a las partes y manteniendo el control en el cumplimiento de sus obligaciones sin tener que acudir a terceros.

Antiguamente y aun hasta ahora, los contratantes pueden acudir al poder jurisdiccional, ante los jueces y tribunales, para resolver cualquier contingencia contractual. Posteriormente, se ha revivido la función arbitral y de conciliación, haciendo recaer en un tercero *ad hoc* la solución de cualquier controversia. Sin embargo, ambos mecanismos son extraños y ajenos al contrato, y con frecuencia carecen de la competencia

profesional para abordar la operación comercial internacional, excepción hecha de los árbitros especializados nombrados para el caso concreto y elegidos por cada una de las partes, quienes a su vez tienen que acudir también al largo proceso de la probanza y de la alegación de las partes para, posteriormente, resolver, dejando en suspenso, mientras tanto, la operación comercial. Por esta razón, las operaciones comerciales han buscado generar dentro del propio contrato mecanismos de seguridad y de control que superen o resuelvan cualquier contingencia derivada de su cabal cumplimiento. Estos mecanismos deben actuar de inmediato, apenas ocurra el evento o la desatención, sin requerir un largo mecanismo de probanza y demostración sino, únicamente, la buena fe y la convención previa a la aceptación. Estas fórmulas dentro del propio contrato son las revisiones previas, la supervisión y la inspección realizadas antes del despacho o fabricación de la mercadería —conocidas como medidas de control previo— o durante la fabricación; y los mecanismos de garantías tales como los créditos documentados y las garantías a la primera solicitud, que buscan superar las inquietudes del comprador o del vendedor referidas a la recepción de la mercadería o el equipo y al hecho de recibir el pago por lo vendido, respectivamente.

3. LAS MEDIDAS DE CONTROL

Tomemos, por ejemplo, tres contratos tipo: compraventa internacional de granos, compraventa de productos manufacturados y un contrato *turn-key*. En todos ellos, el comprador —que está lejos del lugar de producción, fabricación o montaje— quiere saber con precisión si la compra que está efectuando satisface los requisitos y expectativas que lo motivaron a contratar, y si, en caso de desavenencia, el contrato se resolverá sin dilación.

Particularmente en los contratos relativos a materiales de equipamiento y en los *turn-key* se requiere que los productos no solo hayan sido elaborados con prolijidad, sino que se adecuen al montaje con otros equipos de la fábrica, destinados a formar una unidad de producción. Las naves, las centrales telefónicas y eléctricas y los equipos hospitalarios exigen que, antes de la transferencia de la propiedad, el comprador efectúe una serie de medidas de control sobre el correcto funcionamiento de la mercancía.

Dichas medidas pueden ser de dos tipos o de una sola clase, según el bien de que se trate. Así, en un contrato de *commodities*, solo bastará el control en el momento o antes del embarque, cuando el comprador, de manera directa o a través de una compañía especializada de verificación o control, compruebe que las mercancías se ajustan a los términos contractuales. En el caso de un producto manufacturado,

de un equipo o de una planta industrial, el importador raramente se contenta con las primeras certificaciones; con frecuencia exige una operación industrial de determinadas semanas de duración, que muestre el adecuado funcionamiento del producto adquirido y revele que no hay imperfecciones.

Si el control revela que hay motivos para sentir insatisfacción acerca del bien producido —caso de las mercaderías—, la sanción será aquella convenida en el documento contractual, que con frecuencia es la recusa pura y simple.

Si, por otro lado, el control muestra insatisfacción en cuanto al conjunto —caso de centrales telefónicas, plantas llave en mano o equipos hospitalarios, por ejemplo—, el vendedor es invitado a poner en buen estado de funcionamiento este conjunto.

Así, pueden presentarse dos hipótesis:

- a) La cláusula contractual que determina colocar en operación industrial y a punto el equipo o conjunto es aplicada *strictu sensu*, haciéndose necesario que el vendedor repare inmediatamente el defecto y esperar por el recibo provisorio.
- b) El comprador, ante la presencia de algunos defectos y después de apreciarlos, libera el recibo provisorio, en el cual incluye objeciones y observaciones que obligarán al vendedor a reparar los defectos indicados dentro de determinado plazo.

Sin embargo, puede ocurrir que aun cuando no exista defecto, deterioro o alteración en el equipo o conjunto, el certificado de recepción provisorio sea liberado con atraso. Esta situación podría perjudicar al vendedor, que aun habiendo entregado los bienes en correcto estado, se ve afectado por mora en la expedición del certificado de conformidad. Para evitar ello, se sugiere que en la redacción del contrato el vendedor incluya una cláusula en la cual indique que, durante determinado período, la operación industrial del equipo objeto de la venta equivale a un recibo provisorio, evitando de esta manera cualquier posibilidad de litigio. Si esta consideración no hubiera sido incluida, solo le restará resolver el litigio por medio del arbitraje o de la acción judicial.

Un aspecto que conviene apreciar, al recepcionar el equipo, es el de la transmisión de la propiedad, ya que las partes pueden convenir que la entrega del objeto de la compraventa sea despojada del principio de la *traditio*, en cuyo caso la recepción de la mercadería significa, simplemente, la confirmación de buena ejecución de las obligaciones por parte del vendedor, como en el caso de la compraventa, hecho que a todas luces es relevante en la relación contractual. Si se sigue esta hipótesis, ciertos productores o fabricantes pueden fijar la transferencia en una fecha en que ya hubieran sido hechas las entregas del material cuanto su pago total. Otra posibilidad es la de insertar en el contrato un cláusula de transferencia cuya fecha es fijada en el momento en que un porcentaje del precio hubiera sido pagado.

4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad se orientan a dotar de certeza a las partes. De esa manera, podemos apreciar que algunas se referirán a garantizar al comprador las condiciones de la operación y todas sus posibilidades —como serían las garantías propiamente dichas—; las otras buscan superar los riesgos del vendedor y su temor de no recibir el pago, como es el caso de los créditos documentados cuando no hay un pago en efectivo, transferencia bancaria, reembolso u operación de *factoring*.

4.1. Las garantías contractuales

Las partes pueden estipular, además de las cláusulas que les dan una mayor seguridad, un conjunto de garantías específicas al contrato de compraventa internacional, a un contrato *turn-key* o a cualquier otra modalidad contractual. De esta manera, se puede cubrir un gran número de riesgos como son la transmisión de las informaciones, la restitución del dinero desembolsado por cuenta de una de la partes, el buen cumplimiento o ejecución del contrato y el pago inicial en un contrato de construcción de obra o de construcción pesada, como es la garantía de retención y la garantía a la primera solicitud o primer requerimiento.

4.1.1. Transmisión de las informaciones

Es una garantía típica a favor del comprador, de tal manera que este o un asesor legal han de tenerla en cuenta al momento de la negociación y han de proyectarla en el contrato, aunque no fuera el objeto preciso del negocio, ya que cubrirá riesgos específicos por el lado del adquirente, como es el desconocer determinados mecanismos o instrucciones para el uso de la mercadería o el equipo que se adquiera.

Existe una gran cantidad de productos que, aun cuando su uso no es complicado, pueden volverse peligrosos si al manipularlos o aplicarlos no se toman en cuenta determinados pasos previos. Entre ellos tenemos, por ejemplo, los manejos de reactivos en la industria química y en la de plásticos, así como la resistencia de materiales, el grado de desgaste o el límite de tolerancia máxima de fricción de los insumos en la industria de bienes de capital. Estos datos deben ser conocidos por el usuario para no poner en peligro el producto final ni la elaboración, de tal manera que es una obligación implícita del vendedor proporcionar información al comprador sobre el buen uso y empleo de los productos. Así lo admite la práctica internacional de los contratos y la jurisprudencia internacional.

El vendedor no puede dejar de enviar las instrucciones, precauciones u observaciones que permitan al comprador estar en pleno conocimiento del correcto uso de lo que adquiere; incluso, el vendedor deberá demostrar que tuvo tal cuidado si del uso

desafortunado de los productos deviniera el daño o la destrucción del bien. Dicha obligación deja de ser exigible cuando el comprador, en función y calidad de su profesión u oficio, tenga la necesaria capacidad profesional para conocer el uso de determinados productos y adoptar las precauciones requeridas o, por lo menos, tenga la posibilidad de informarse fácilmente en caso de duda.

4.1.2. Restitución del dinero desembolsado por cuenta de una de las partes

Cuando se trate de productos que empiezan a ser fabricados después de haberse suscrito el contrato —como es el caso de los equipos industriales, o incluso en las compras de productos frescos, en las cuales el productor recibe un pago previo o fertilizantes o insecticidas para obtener tal producción—, el comprador financia en forma contractual el trabajo o el producto que luego adquirirá, desembolsando a favor del vendedor el pago en dinero o en especie. Esta es una práctica cada vez más frecuente en el comercio internacional. Entonces surge el explicable temor del comprador de garantizar no solo el cumplimiento contractual sino, también, la restitución eventual de lo desembolsado a través de un pago inicial o la entrega de insumos, partes o piezas para la fabricación del producto final.

En la gran mayoría de los casos, la caución de la restitución eventual del pago será dada por un banco, pero su correcta y clara estipulación son de cuenta del asesor jurídico o empresarial, o del operador comercial.

Es recomendable que el contrato estipule que la caución solo deberá ser solicitada en cuanto se refiere al primer desembolso, siempre y cuando en un segundo, pagable por medio de créditos documentados, todavía no se hubiere dado lugar a la remesa de todos los documentos exigidos para la expedición de la mercadería.

Aun cuando la caución esté detallada con prolijidad, puede dar motivo a una serie de conflictos entre el banco y el vendedor o entre el vendedor y el comprador. En el primer caso, entre el banco y el vendedor, los contratos previstos para cierta duración son muchas veces susceptibles de demora al momento de ejecutarse; entonces, el vendedor deberá solicitar a su banquero que reformule la caución. En la segunda situación, es decir en el vínculo entre el vendedor y el comprador, este último puede llegar a abusar de dicho instrumento, hecho que derivaría en una situación litigiosa.

4.1.3. Buen cumplimiento o ejecución del contrato

El buen cumplimiento es una garantía que se utiliza en los contratos de larga duración, en los derivados de las licitaciones públicas internacionales y en aquellos en los cuales las partes están formadas por una pluralidad de sujetos. Así, con frecuencia, el comprador, la entidad licitante o el adquirente de los equipos o maquinarias exige

del vendedor, proveedor, constructor, proyectista o compañía de ingeniería de consulta, la emisión de una garantía de buena ejecución o garantía de cumplimiento, o *performance bond* como lo llama el Derecho anglosajón.

El uso de la mencionada garantía introduce en el circuito contractual un tercer personaje, hasta ahora no estudiado: el banco o una compañía de seguros, que aparece interesado en el buen desempeño del contrato o en la solidez financiera del vendedor, proveedor o constructor.

Al respecto, la Cámara de Comercio Internacional de París, como gremio codificador de los usos y prácticas comerciales, ha diseñado un folleto explicativo de estos mecanismos específicos de seguridad, como es la actual Publicación N.º 524, que entró en vigor el 1 de enero de 1994 (*ICC Uniform Rules for Contract Bonds*).

Dichas reglas han sido concebidas para aquellos contratos en los que el comitente (beneficiario y, con frecuencia, comprador) requiere el otorgamiento de una fianza como garantía del cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de un contratista (afianzado), que habrán de ejecutarse en caso de incumplimiento. Las reglas, empero, son diferentes de las contempladas en la Publicación N.º 758 sobre garantías a primer requerimiento (véase ítem 4.1.5 en este capítulo).

La correcta redacción de esta garantía permitirá su pronta aplicación, en el caso de que ocurriera un incumplimiento de las obligaciones del vendedor. Eso nos lleva a apreciar las poderosas armas de que dispone el departamento jurídico de un comprador que, por motivos reales o imaginarios, recusa el certificado de recepción provisoria de un equipo, planta industrial o mercadería.

La garantía de buen cumplimiento de un contrato puede llevar a una serie de conflictos. Veamos: frente a un recurso injustificado, el vendedor deberá —lo que muchas veces no trae buenos resultados— proponer al comprador que se dirija a un especialista de renombre internacional para que juzgue el hecho, mas con frecuencia dicha propuesta encontrará recusa por parte del comprador y eso derivará en una situación de *litis*. Por otro lado, la dilación del plazo de dicha caución permite que el banquero coloque nuevamente en discusión sus condiciones financieras de concesión.

4.1.4. Garantía de retención

Es también conocida como *retention money bond* y es empleada en los contratos de ingeniería o de construcción pesada. Asegura al importador, el pleno cumplimiento del negocio desde la recepción inicial de su prestación. Así, es frecuente que el comprador retenga el pago de una parte o porcentaje (de 5 al 10%) del monto total del precio de la operación hasta su verificación definitiva.

Muy próximos a la «garantía de retención» son los contratos *turn-key* que tienen como propósito garantizar, durante los primeros años de funcionamiento, el cabal desempeño de las máquinas, plantas industriales o equipos. También se aplica en el caso de los llamados contratos a fasón o de maquila, según los cuales una empresa fabrica y vende para la exportación y recibe, entonces, pagos por cuenta de dichos servicios.

En ese caso, el importador quiere una garantía de restitución de esos pagos previos en la eventualidad de que se incumpla el contrato.

Esa garantía, en la mayoría de las veces, es otorgada al importador por un banco de su país, pero este banco no puede mantenerla indefinidamente y exige, entonces, una contragarantía por parte de un banco del país del exportador, el mismo que ejercerá su recurso contra el exportador, vendedor en la relación contractual.

4.1.5. Garantía a la primera solicitud

La garantía de la cual el importador se beneficia es a la vista o a la primera petición. El pago es debido por el banco, desde que el importador justifique tener derecho a él, sin ninguna posibilidad de discusión por parte de la institución financiera con respecto a las razones por las cuales el contrato fue incumplido.

La garantía se asemeja a una caución, pero en realidad es completamente diferente de ella. El principio que predomina en el acto de conceder una caución es su carácter accesorio, dependiente de un contrato principal; y quien otorga la caución es considerado como el deudor si el deudor principal no fuera obligado a hacerlo. En la garantía independiente predominan los principios inversos.

Conforme su nombre lo indica, la garantía es independiente del contrato subyacente que la origina —compraventa, construcción pesada, financiamiento de obra— y por causa del cual ella se constituye. La obligación esencial del banco es la de pagar, luego de que le sea solicitada a cambio de una simple justificación por parte del beneficiario referida a que él no ha recibido el pago convenido. El banco no puede recusarse a pagar basándose en cualquier circunstancia relacionada con la nulidad, la resolución, la no ejecución o la mala ejecución del contrato principal efectuado entre el comprador, el cliente del banco, y el vendedor-exportador. Hay una inoponibilidad de las excepciones según las reglas análogas aplicables en materia de letras de cambio o la apertura de crédito documentario. Los únicos casos en que el banco se pueda rehusar a pagar son cuando el contrato base es nulo, por ser manifiestamente contrario al orden público o a las buenas costumbres entendidas en su sentido estricto o cuando hay fraude o abuso (Jadaud & Plaisant, 1987, pp. 120 y ss.).

La garantía independiente es considerada como un modelo cartular cuando el pago por parte del banco esté subordinado a la presentación de un documento —por ejemplo, un certificado emitido por un órgano designado para ello—, en el que se certifique la conformidad del material enviado, eventualmente un laudo arbitral o una sentencia judicial.

La redacción de este tipo de cláusula contractual debe ser muy clara y precisa, así como las instrucciones que se den a los bancos. En particular, esta cláusula debe ser indicada con precisión en el contrato base en mérito del cual se concede la garantía, pero además debe señalarse la duración de esa garantía. Muchas veces, los litigios surgen de uno de estos dos motivos, sobre todo en el caso de modificación o de prórroga del contrato. El compromiso del banco es riguroso cuando la garantía es irrevocable, pero esta condición debe ser estrictamente incluida. Cualquier modificación del contrato principal debe tener una consideración sobre el mantenimiento de la garantía.

La Cámara de Comercio Internacional (París) propuso a la comunidad comercial un conjunto de reglas contenidas en el Folleto N.º 325 («Reglas uniformes para las garantías contractuales») que no logró aceptación.

Posteriormente, la Cámara de Comercio Internacional elaboró una publicación identificada como Folleto N.º 458, predecesora del actual folleto N.º 758, vigente desde el 1 de julio de 2010. Si bien es cierto que las garantías a la primera demanda, o garantías a la primera solicitud, no tienen carácter ni fuerza imperativa, pueden ser libremente adoptadas por las partes en su relación comercial y, en consecuencia, se genera una obligación entre ellas en uso de su libertad contractual.

La característica particular de estas garantías es que son pagaderas a la simple solicitud, requerimiento escrito o presentación de otro documento predeterminado en la apertura de dicha medida de garantía contractual.

En América Latina, los países que usan la garantía a primera solicitud o automática son Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Perú y Uruguay. Sin embargo, esta práctica es contraria, con frecuencia, a las disposiciones contenidas en sus propios códigos civiles, ya que estos reservan al garante el beneficio de ejecución de los bienes del deudor principal; o el derecho de preñar previamente, en pago, los bienes del deudor; o, en su caso, imponen al garante la obligación de notificar al deudor que el pago de la garantía fue reclamado.

De igual manera, los códigos de comercio constituyen una excepción a algunos principios establecidos por el ordenamiento civil, especialmente en cuanto a la prueba, a la gravedad y al beneficio de ejecución, pero no le dan gran importancia a la práctica de la garantía a la primera demanda o a la primera solicitud, que, cuando es admitida, está consagrada en leyes específicas como la ley de bancos o la ley de valores o garantías.

5. CRÉDITOS DOCUMENTADOS

Llamados también créditos documentarios, cartas de crédito o *stand-by letters of credit*, constituyen una figura empleada por el comprador para asegurarle al exportador el pago de la mercadería objeto de un contrato de compraventa.

Tenemos que señalar que esta cobertura nace de un contrato previo e independiente que celebra el comprador con un banco a favor del vendedor (exportador). Suscrito dicho contrato, la entidad bancaria, llamada *banco emisor*, debe proceder a notificar al beneficiario (vendedor), quien no puede exigir ni pretender modificación alguna sino solo reclamar el pago de acuerdo con las condiciones estipuladas. Pero la potestad de reclamar que adquiere el beneficiario proviene de la declaración unilateral que ha hecho el emisor de asumir el compromiso frente a él. Naturalmente que el compromiso del banco con el beneficiario tiene su apoyo —o, si se quiere, su causa— en el contrato de apertura de crédito documentado, pero los dos actos jurídicos son independientes, de la misma manera que lo son el contrato de compraventa celebrado entre el ordenante (comprador) y el beneficiario (vendedor) (Rengifo, 1983, pp. 14 y ss.).

La operación de una apertura de crédito documentado se origina de la manera siguiente: El comprador-importador da a su banco la orden de pagar en su nombre y por su cuenta al vendedor-exportador, siempre que se cumpla con la entrega de ciertos documentos, términos y condiciones. Su naturaleza es irrevocable, es decir, el ordenante (importador) no puede revocar el crédito abierto a favor del beneficiario (exportador). Los créditos documentados son siempre irrevocables si no se señala expresamente lo contrario.

El crédito es irrevocable porque el banco se compromete definitivamente a pagar dentro de determinado plazo; por tanto, se obliga a pagar a la vista, aceptar y/o negociar letras de cambio respaldadas en la carta de crédito.

Esta medida de garantía puede presentarse bajo algunas modalidades como su confirmación o su divisibilidad. Así, el crédito es confirmado cuando un banco del país del exportador (vendedor) se suma al compromiso irrevocable del banco emisor (del país del importador). Siendo que la apertura de crédito por el primer banco usualmente es irrevocable, la confirmación por el segundo banco también tiene dicha condición.

En principio, la apertura de crédito es indivisible —esto es, el pago es hecho en una sola operación—, pero puede estipularse que sea divisible, con el fin de brindarle al beneficiario la posibilidad de trasladar una parte del monto a un tercero proveedor.

De igual manera, la apertura de crédito es en principio intransferible —es decir, el beneficiario no puede ceder el crédito a un tercero—; aunque puede estipularse la transferibilidad del pago.

El principio predominante en la apertura de un crédito documentado es la independencia del banco en relación con el contrato subyacente celebrado entre el vendedor y el comprador. El banco debe pagar inmediatamente después de presentados los documentos por el beneficiario y según las condiciones estipuladas en la notificación cuando el crédito documentado es a la vista. No podrá excusarse del pago basándose en el argumento de la nulidad, resolución, ejecución o no ejecución del contrato. Tampoco puede liberarse basándose en las relaciones que tiene con su cliente, el comprador (importador).

Esta figura jurídica es recientemente conocida en América Latina, aun cuando se comenzó a estudiar en 1926 en Italia. México fue el primer país latinoamericano que la incluyó en su Derecho positivo (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), en 1932. Posteriormente, Colombia y Argentina la insertan en sus leyes y la estudian con detalle. En el Perú, la Ley General de Banca e Instituciones Financieras admite su aplicación y uso.

Considerando que esta figura es generalmente útil en la compraventa internacional —aunque se pueda usar también en el mercado doméstico—, la Cámara de Comercio Internacional diseñó, en 1974, las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, que entró en vigencia el 1 de octubre de 1975 a través del Folleto N.º 290 —modificado posteriormente por el N.º 400 (Revisión 1983), puesto en vigencia a partir del 1 de octubre de 1984— y del Folleto N.º 500. A partir de julio del 2007 entró en vigor el Folleto N.º 600 que contiene las últimas reglas de cobertura de riesgos a favor del exportador.

CAPÍTULO VIII

TÉRMINOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Los términos del comercio internacional, prescindiendo de la distinta conceptualización jurídica de los contratos de comercio internacional, suponen una unificación con respecto a la teoría del riesgo, pues relacionan esta al momento de la «puesta a disposición» de la mercancía. Se trata de usos y prácticas ordenados y sistematizados por los gremios vinculados al comercio; así como, también, por asociaciones de países u organismos internacionales que complementan y precisan técnicamente los contratos internacionales, ya que a través de reglas estandarizadas, las partes conocen con antelación el punto de transmisión del riesgo y las obligaciones que están asumiendo en cuanto a los medios del transporte y la cobertura mediante seguros.

Hay quienes consideran que son tipos de contratos de compraventa; sin embargo, están desprovistos de la relación obligacional directa como son la cosa y el bien. Son usos ordenados y estandarizados que complementan al contrato previo de compraventa y que posibilitan fijar determinadas situaciones tipo en las cuales se pueden ver involucrados los operadores dentro del largo espacio que existe entre la fábrica y el punto de distribución o consumo internacional.

El riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías, así como la obligación de asumir los costos relativos a este, se transfieren del vendedor al comprador en el momento en que el primero cumple su obligación de entregar o «poner a disposición» la mercadería. Desde que al comprador no le es conferida la prerrogativa de demorar la transferencia de riesgos y los costos, esta puede ocurrir antes de la entrega física, en caso el comprador no asuma la entrega conforme a lo pactado u olvide dar instrucciones para el embarque o el lugar de entrega, en la medida en que el vendedor pueda exigir estas condiciones para cumplir su obligación de entrega. Para la mencionada anticipación de transferencia de riesgos y costos constituye una exigencia que las mercaderías hayan sido identificadas por el comprador siguiendo las reglas del art. 69 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional.

Dichas condiciones o términos del comercio, incluidos en los contratos internacionales, precisan el punto de transmisión de entrega y han sido esbozadas a partir de la segunda mitad del siglo XX por distintos gremios y grupos de intereses económicos, dando origen a los Incoterms, las reglas de la Revised American Foreign Trade Definitions, las Reglas de Varsovia-Oxford y las Condiciones Generales del Consejo de Asistencia Económica Mutua (CAME), siendo los Incoterms los más cercanos a la experiencia y el conocimiento latinoamericano.

1. LOS INCOTERMS

Estos términos fueron diseñados por la Cámara de Comercio Internacional de París en 1936, con el fin de precisar las obligaciones de las partes y el punto de transmisión del riesgo. Estas definiciones han sufrido una serie de revisiones —1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000— hasta la actual del 2010, que se conoce por sus siglas en inglés como Incoterms (*International commerce terms*) y que corresponde al Folleto N.º 715.

Su finalidad esencial consiste en determinar claramente el punto en el que una de las partes transmite el riesgo a la otra, a fin de garantizar el derecho de pago y el de libre disposición de la mercadería. Los Incoterms definen la responsabilidad de los contratantes y el lugar físico de su cumplimiento de una forma simple y segura, eliminando cualquier zona gris en la entrega o puesta a disposición de las mercaderías. Adicionalmente, se refieren a otros aspectos como el transporte, el seguro, la manipulación, el embalaje, la gestión y la entrega de la documentación.

Las partes contratantes, al acordar y convenir cualquiera de los términos del Folleto, le dan validez y obligatoriedad de cumplimiento en esa operación determinada, en uso de su libertad contractual y libre sometimiento a reglas y usos específicos.

La mención debe ser expresa y debe indicar la modalidad y el año. Sin embargo, puede incluir otras condiciones y detalles en la operación, siempre y cuando no se desnaturalice el término seleccionado, ya que, a pesar de su general aceptación, algunos países tienen determinados usos y prácticas comerciales que les son peculiares; y, por respeto a su cultura nacional, se niegan a aceptarlos plenamente. Así, por ejemplo, el Japón y ciertos puertos de Estados Unidos de América no admiten plenamente los términos iniciales (FOB) o los finales (DDP) de los Incoterms.

Los Incoterms constituyen usos y prácticas del comercio internacional puestas a disposición por una asociación privada como la Cámara de Comercio Internacional de París, CCIP, destinadas a regular los puntos de transmisión del riesgo en los contratos de compraventa internacional de mercaderías. No tienen carácter imperativo. Sobre su existencia hay una referencia tangencial en el artículo 9 de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

en el que se dice que «las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que deberían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional sea ampliamente conocido [...]».

Los Incoterms no tienen fuerza de ley y, en consecuencia, no es obligado utilizarlos en las operaciones de comercio internacional: su uso quedará condicionado a la aceptación de las partes en el contrato de compraventa. La fuerza de los Incoterms radica en que son unas normas ampliamente conocidas y utilizadas por los diferentes actores en el comercio exterior (exportadores, importadores, transportistas, transitarios, agentes de aduanas, bancos y compañías de seguros, etc.). Es decir, son muy útiles para que vendedores y compradores se pongan de acuerdo acerca de las condiciones de entrega de la mercancía y que dicho acuerdo se ajuste a unas reglas que son conocidas universalmente (Llamazares, 2011, p. 11).

Algunos manuales latinoamericanos de comercio internacional se refieren a los Incoterms como contratos o tipos de contratos internacionales. Seguramente debido a la genérica expresión que se hizo de ellos en el decenio de los años 1970 en que la actividad internacional se hizo más intensa y cuando aún no se había elaborado la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y no habían aportes doctrinarios sobre contratación internacional ya que estas aparecen en el foco de atención académica recién hace 30 años.

Es más los primeros textos, incluso publicados en Europa, los llaman como «cláusulas contractuales normalizadas» como Didier de Masson (Masson, 1990, p. 38).

Sin embargo, no son contratos en sí mismos sino únicamente usos y prácticas que los operadores pueden utilizar o no para fijar el momento y lugar en que se producirá la obligación de entrega de la mercadería. Son mecanismos que se incluyen en un contrato al igual que las cláusulas de transporte, seguro, garantías bancarias, créditos documentarios o arbitraje, sin que signifique que estas son contratos o tipos de contratos de compraventa internacional. Cada una de ellas tiene una naturaleza particular, autónoma o independiente del contrato de compraventa internacional de mercaderías.

Los Incoterms 2010 deben ser estudiados conjuntamente con las reglas de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; así como paralelamente con las costumbres y usos locales, que deben ser observados al momento de firmar un contrato de compraventa y que mantienen su presencia aun por encima de las propias estipulaciones de los términos ya enunciados, conforme señala el art. 9 de la citada Convención. Es, entonces, recomendable que los operadores de comercio internacional estén debidamente informados acerca de tales costumbres cuando negocien un contrato, en el que deben estipularse cláusulas precisas que se superpongan a cualquier interpretación de los Incoterms. Otro es el caso del empaque, en el que la obligación del vendedor de embalar la mercancía puede modificarse

según el tipo y la duración del transporte previsto, siendo que dicha exigencia es válida en la medida en que se lo hagan saber, como lo dispone el art. 35 de la Convención de Viena, según el cual la expresión *embalaje incluido* ha de ser adecuada para cualquier finalidad específica, expresa o implícitamente comunicada al vendedor en el momento de cerrar el contrato, salvo si las circunstancias demuestran que el comprador no confiaba en el buen juicio y la pericia del vendedor o tenía razones suficientes para desconfiar.

1.1. Clasificación

Existen 11 términos, según la última versión de la Cámara de Comercio Internacional que se han clasificado de dos maneras: según grupos o familias identificadas con las letras E, F, C y D, como se aprecia en el gráfico 20; y según el tipo de transporte (ver gráfico 21).

1.1.1. Según grupos

Se les conoce también como «familias» y su agrupación obedece a la letra inicial de cada término. Así, hay grupo de la E y los subsecuentes de la F, C y D, que es el más completo en cuanto a su cobertura.

Gráfico 20
Incoterms 2010 según grupos

GRUPOS	TÉRMINOS	EN CASTELLANO	EN INGLÉS
GRUPO E	EXW	En fábrica, almacén o taller.	<i>Ex work</i>
GRUPO F	FCA	Franco transportista	<i>Free carrier</i>
	FAS	Franco junto al buque	<i>Free alongside ship</i>
	FOB	Franco a bordo del buque	<i>Free on board</i>
GRUPO C	CPT	Transporte pagado hasta	<i>Carriage paid</i>
	CIP	Transporte y seguro pagado hasta	<i>Carriage and insurance paid to</i>
	CFR	Coste y flete	<i>Cost and freight</i>
	CIF	Coste, seguro y flete	<i>Cost, insurance, freight</i>
GRUPO D	DAT	Entregada en frontera	<i>Delivered at terminal</i>
	DAP	Entregada sobre buque	<i>Delivered at place</i>
	DDP	Entregado con derechos pagados	<i>Delivered duty paid</i>

El grupo E contiene un solo término (EXW) mediante el cual el vendedor coloca las mercancías a disposición del comprador en su establecimiento o local de producción, que puede ser una fábrica, industria, almacén, taller o plantación, conforme lo pactado en el contrato de compraventa. Por esta razón, el exportador debe facilitar

las mercaderías y la factura comercial o el mensaje electrónico correspondiente, así como prestar al comprador —a pedido, riesgo y costo de este— toda la asistencia para obtener cualquier licencia de exportación u otro permiso oficial necesario para la remisión de las mercaderías.

El grupo F contiene los términos según los cuales el vendedor debe enviar la mercancía en lo que respecta a su transporte, de conformidad con las instrucciones dadas por el comprador, puesto que es este quien debe concluir el contrato de transporte y designar el transportador. Este grupo comprende los términos FCA, FAS y FOB, conocidos en similares condiciones en los Incoterms de las versiones anteriores, con la única sutil variación de que la fórmula FOB utiliza la frase «puesta a bordo» en lugar de la clásica «traspaso de la borda» (*ship's rail*). Para articular este grupo hay que tener en cuenta las reglas ISO (*International Standard Organization*) que se refieren a los medios mecánicos de transporte.

Según el grupo C, el vendedor entrega y transmite el riesgo cuando la mercancía es cargada en el primer porteador contratado por el vendedor y sin asumir el riesgo de pérdida o daño de la mercancía o de costos adicionales debidos a hechos acaecidos después de su envío o despacho. En este grupo se encuentran los términos CPT, CIP, CFR y CIF. En todos ellos es el vendedor quien asume la obligación del transporte; los riesgos de pérdida o avería de los productos, así como los costos adicionales resultantes de los acontecimientos que ocurran después de la entrega de la cosa al medio de transporte, recaen en el importador. Estos términos son de la misma naturaleza que el grupo F, por cuanto el vendedor viabiliza el cumplimiento del contrato en el país de embarque o de despacho, aun cuando, particularmente, se deben articular con mucho cuidado al momento de añadir obligaciones del vendedor referentes a un tiempo posterior al mencionado «punto crítico» de la trasferencia del riesgo. Según la propia naturaleza de los indicados términos, el vendedor está exonerado de todo riesgo o costo suplementario una vez que ha cumplido debidamente con el contrato, encargando el transporte y entregando la mercancía al transportador o consiguiendo un seguro como es para los términos CIP y CIF, los cuales son considerados como expresiones exclusivamente marítimas y en las cuales la entrega de las mercaderías y transmisión de riesgos se hace a la partida y no en destino.

Los términos D son totalmente diferentes de los ya señalados, pues en este caso el vendedor responde de la llegada de la mercancía al lugar de destino. El vendedor soporta la totalidad del riesgo y de costos para hacer llegar el bien al lugar convenido. Este grupo reúne tres términos —DAT, DAP y DDP—. El término DDU, que fue una novedad en la versión Incoterms 1990, que repitió la versión 2000 y que facultaba al vendedor a entregar la mercadería en el país de origen sin despacho de importación y sin pagar los derechos, ha sido eliminado en la versión 2010,

a la luz de la experiencia de los operadores latinoamericanos —principalmente vendedores— pues era extremadamente arriesgado comprometerse a entregar la mercancía más allá del punto de despacho de aduana, como lo advertíamos en la anterior edición de este libro (Sierralta Ríos, 2007, p. 246).

1.1.2. Según transporte

Los Incoterms según el medio de transporte se clasifican en polivalentes, cuando incluyen todos los medios, y marítimos cuando solo corresponden a esta modalidad (ver gráfico 21).

Gráfico 21
Clasificación de los Incoterms 2010

SIGLAS	INCOTERM	TIPO DE TRANSPORTE	PAGO TRANSPORTE	TRANSMISIÓN RIESGO
EXW	<i>Ex Works</i> En fábrica	Polivalente	Comprador	Origen
FCA	<i>Free Carrier</i> Franco Transportista	Polivalente	Comprador	Origen
CPT	<i>Carriage Paid To</i> Transporte pagado hasta	Polivalente	Vendedor	Origen
CIP	<i>Carriage and Insurance Paid to</i> Transporte y seguro pagados hasta	Polivalente	Vendedor	Origen
DAT	<i>Delivered At Terminal</i> Entregada en terminal	Polivalente	Vendedor	Destino
DAP	<i>Delivered At Place</i> Entregada en lugar	Polivalente	Vendedor	Destino
DDP	Delivered Duty Paid Entregada con derechos pagados	Polivalente	Vendedor	Destino
FAS	<i>Free Alongside Ship</i> Franco al costado del buque	Marítimo	Comprador	Origen
FOB	<i>Free On Board</i> Franco a bordo	Marítimo	Comprador	Origen
CFR	<i>Cost and Freight</i> Coste y flete	Marítimo	Vendedor	Origen
CIF	<i>Cost, Insurance and Freight</i> Coste, seguro y flete	Marítimo	Vendedor	Origen

1.2. Tipos

Los once tipos de Incoterms 2010 tienen características singulares para facilitar la negociación según la posición de los operadores, siendo la más conveniente para el exportador el EXW y la más compleja el DDP.

1.2.1. EXW

Se traduce como «en fábrica» (*Ex Works*) y significa que la única obligación del vendedor consiste en poner a disposición del comprador la mercancía en sus locales o instalaciones —factoría, taller, almacén o fábrica—, en particular, sin tener que cargarla en el vehículo receptor, pues ahí concluyen sus obligaciones, a menos que se haya pactado expresamente cargar la mercancía en el vehículo suministrado por el comprador.

El comprador corre con todos los costos y riesgos que entraña el transporte de la mercancía desde ahí hasta el punto de destino deseado. Este término supone, pues, la obligación mínima para el vendedor y es el más conveniente para el exportador latinoamericano, ya que únicamente está obligado a entregar la mercadería conforme al contrato, sin despacharla, y a facilitar toda la asistencia para la obtención de cualquier licencia de exportación o autorización gubernamental.

Es el único Incoterm en el que el exportador no tiene que realizar ningún trámite para el despacho de la mercadería. Es el comprador quien debe asumir íntegramente la gestión logística.

De esa manera, el vendedor puede cotizar sin asumir costos ni riesgos en la operación, pudiendo hacer ofertas rápidamente sin tener que calcular transporte o manipulación de carga. Es una compraventa como si fuera en el mercado local o interno.

1.2.2. FCA

La traducción es «franco en el transportista». Se ha establecido este término, también conocido como *Free Carrier (named place of delivery)*, para indicar que el vendedor trasfiere la mercancía, la despacha, y la entrega al transportista nombrado por el comprador en el lugar convenido. El lugar de entrega elegido determina las obligaciones de carga y descarga de la mercancía: si la entrega se produce en los locales del vendedor, este es responsable de la carga; pero si la entrega ocurre en cualquier otro lugar, el vendedor no es responsable de la descarga.

Sirve para atender las exigencias del transporte moderno, en particular el denominado *multimodal*, como el de contenedores o el de trasbordo de rodadura en remolques o buques. Se basa en el mismo principio general que el FOB, con la diferencia de que en este tipo el vendedor cumple sus obligaciones cuando entrega la mercancía

a la custodia del transportista en el lugar convenido. Si no es posible designar un punto preciso en el momento de firmar el contrato de compraventa, las partes deben referirse al lugar o a la zona donde el transportista debe hacerse cargo de la mercancía. El riesgo de pérdida o daños de la mercancía se trasfiere del vendedor al comprador en ese momento y no en la borda del buque.

Transportista es toda persona que ha suscrito, o en cuyo nombre se ha firmado, un contrato de transporte. Cuando el vendedor tiene que proporcionar un conocimiento de embarque, hoja de ruta o recibo de carga, cumple plenamente su obligación presentando ese documento expedido por una persona definida de ese modo.

Este término puede ser utilizado en cualquier modalidad de transporte, incluso el multimodal. Por eso, cuando se habla de *terminal de transporte* se hace referencia a una estación de ferrocarril, de carga, un terminal de *containers* o patio, o cualquier punto terminal de recepción.

Así se puede designar:

- FCA *fábrica o almacén*: cuando la entrega se produce una vez que la mercancía ha sido cargada en el camión, en las propias instalaciones del vendedor y por su cuenta y riesgo.
- FCA *en centro de transporte*: en el cual el vendedor paga el transporte interior hasta la entrega al transportista designado por el comprador en el centro o terminal de transporte acordado.
- FCA *puerto o terminal portuaria*: cuando se utilizan contenedores, en cuyo caso el vendedor transporta el contenedor desde sus instalaciones hasta el puerto de embarque. La entrega se realiza cuando el camión que transporta la mercancía llega a la terminal de contenedores del puerto. Las operaciones de manipulación que se conocen como THC (*Terminal Handling Charges*) son por cuenta del comprador.
- FCA *aeropuerto*: es el caso en el que vendedor asume el coste del transporte hasta el aeropuerto. Se entiende que la mercancía ha sido entregada cuando el vehículo se estaciona en el punto de descarga del aeropuerto.
- FCA *ferrocarril*: la entrega de la mercancía se produce cuando el transportista terrestre elegido por el vendedor sitúa el camión en el punto de carga del ferrocarril.

1.2.3. FAS

El término FAS quiere decir «franco al costado del buque» (*Free Alongside Ship*). Con arreglo a esta cláusula, el vendedor cumple sus obligaciones cuando se ha puesto la mercancía al costado del buque, en el muelle de embarque convenido, o en barcasas

o gabarras. Este supuesto implica que el comprador tiene que correr con todos los costos y riesgos de pérdida o daño de la mercancía a partir de ese momento. Procede señalar que este término impone al vendedor la obligación de despachar la mercancía en aduana para la exportación.

El exportador asume los costos de embalaje, identificación de la mercadería, transporte local, despacho aduanero de exportación y costes en el puerto de embarque.

En tanto, el comprador asume los costos de la carga en el puerto de embarque, transporte marítimo hasta el país de destino, seguro (en el caso de que se contrate), descarga, manipulación, almacenaje en el puerto de destino, derechos de importación y transporte local.

Usualmente se emplea para la comercialización de materias primas o productos a granel como minerales, granos o *commodities*.

1.2.4. FOB

FOB quiere decir «franco a bordo» (*Free On Board*) y es el más conocido y utilizado para el transporte marítimo. El vendedor tiene la obligación de cargar la mercancía a bordo del buque en el puerto de embarque convenido en el contrato de compraventa. El comprador selecciona el buque y paga el flete marítimo.

Se transfiere el riesgo de pérdida o daño del vendedor al comprador cuando la mercancía se ha puesto a bordo del buque en el puerto de embarque designado. Este supuesto implica que el comprador tendrá que asumir todos los costos y riesgos de pérdida o daño a las mercaderías a partir de ese punto. El vendedor se encarga de los trámites para la exportación.

Para que se produzca la transmisión del riesgo es necesario que la mercancía esté individualizada e identificada en el objeto del contrato.

Este es el término que más frecuentemente usan los operadores comerciales y también el que se tiene en cuenta cuando se realizan los estudios estadísticos sobre el volumen y el valor de las exportaciones totales de un país, debido a que es el punto final de una mercadería antes de salir de un espacio geográfico o de determinada soberanía.

1.2.5. CPT

Al igual que el término CFR, las siglas CPT se refieren a «transporte pagado hasta...» (*Carriage Paid To*) quiere decir que el vendedor contrata y paga los fletes de la mercancía hasta el punto de destino convenido. Sin embargo, el riesgo de pérdida o daño de la mercancía, así como el de cualquier aumento de los costos, se transfieren del vendedor al comprador cuando se entrega la mercancía a la custodia del primer transportista y no en la borda del buque.

Se puede emplear en todas las formas de transporte, incluidas las operaciones multimodales y el transporte en contenedores o el trasbordo de rodadura en remolques y buques trasbordadores. Cuando el vendedor tiene que proporcionar un conocimiento de embarque, una hoja de ruta o un recibo de carga, cumple plenamente sus obligaciones presentando ese documento expedido por la persona con la cual ha contratado el transporte hasta el punto de destino convenido.

El vendedor o exportador no tiene obligación de contratar un seguro de transporte que cubra la mercancía desde el punto de entrega hasta el lugar de destino.

El riesgo se transmite una vez que se ha entregado la mercadería al transportista contratado hasta el destino designado. Si hubiera varios medios de transporte el riesgo se transmite al momento de entregar la mercadería al primer transportista siempre y cuando los bienes estén plena y claramente identificados y además se haya comunicado al comprador.

1.2.6. CFR

Las siglas CFR significan «costo y flete» (*Cost and Freight*) y es de uso exclusivamente marítimo. El vendedor tiene que pagar los costos y fletes necesarios para llevar la mercancía al punto de destino convenido, pero cuando la mercancía se pone a bordo del buque en el puerto de embarque, el riesgo de pérdida o daño así como el de cualquier aumento de los costos, se transfiere del vendedor al comprador. También exige que el vendedor despache la mercancía de exportación. El seguro está a cargo del comprador.

Es diferente el punto en el que se transmite el riesgo del transporte (puerto de embarque) del punto hasta el cual el exportador asume los costos del transporte (puerto de destino).

La distinción entre CFR y CIF es que en el primero el vendedor no tiene la obligación de contratar un seguro de transporte.

1.2.7. CIP

El término CIP es el más completo dentro de la familia de los «C» y expresa que la cotización incluye el flete, así como el seguro pagado hasta un punto determinado. Este término conocido como «coste y seguro pagado hasta...» (*Carriage Insurance and Paid to*) es idéntico a CPT, «transporte pagado hasta...», con el adicional que el vendedor tiene que contratar, además, un seguro de transporte contra el riesgo de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte. El vendedor establece el contrato con el asegurador y paga la prima del seguro con cobertura mínima. En caso el importador desee contar con una cobertura mayor necesitará pactarlo expresamente ya que este término solo incluye cobertura mínima. El importador asume todos los riesgos una vez que la mercancía ha sido entregada al primer transportista en el país del exportador.

1.2.8. CIF

La diferencia en el término CIF es que en este término el vendedor no tiene la obligación de contratar un seguro de transporte.

CIF quiere decir «costo, seguro y flete» (*Cost, Insurance and Freight*) y se utiliza exclusivamente para el transporte marítimo. Este término es básicamente idéntico a CFR, pero el vendedor tiene que contratar, además, un seguro marítimo contra el riesgo de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte; se ocupa, asimismo, del despacho de la mercancía en aduana para la exportación.

El vendedor establece el contrato con el asegurador y paga la prima de seguro. El comprador debe tener en cuenta que, a la luz de este término, se le exige al vendedor obtener el seguro apenas con cobertura mínima, según el Instituto de Corredores de Seguro de Londres o cualquier entidad similar. Este seguro mínimo cubre el precio estipulado en el contrato más un 10%, y deberá ser cotizado en la moneda del contrato. El beneficiario del seguro y, en consecuencia, el que tendrá que requerir la indemnización, de ser el caso, a la compañía aseguradora será el comprador-importador.

El riesgo se transmite a partir del momento en que la mercancía ha sido puesta a bordo del buque en el puerto de embarque. A partir de este punto el comprador asume todos los riesgos hasta la llegada de la mercancía al puerto de destino.

La frecuencia de su uso se debe a que este término es el que utilizan la mayoría de aduanas en el mundo para aplicar los aranceles e impuestos a la importación.

Se utiliza exclusivamente en transporte marítimo y, usualmente, para productos que no están consolidados en contenedores ya que éstos se entregan en las terminales de los puertos y no a bordo del buque.

1.2.9. DAT

El término DAT significa «entregado en terminal» (*Delivered At Terminal*), quiere decir que el vendedor cumple sus obligaciones cuando, una vez despachada la mercancía en la aduana para la exportación, la entrega en una terminal de puerto o lugar de destino en el país del comprador. Siendo el concepto de terminal amplio y diverso pues incluye fronteras, aeropuertos, puertos, estaciones de ferrocarril, almacenes, depósitos y zonas francas.

El exportador tiene que efectuar los trámites y asumir los costos del despacho de aduanas en el lugar de despacho. El riesgo se transmite una vez que la mercancía ha sido descargada en la terminal o lugar de destino. Luego, los riesgos de descarga en el lugar de entrega son por cuenta del vendedor.

Este Incoterm es una novedad de la versión 2010 y consolida las funciones que tenían los Incoterms de la versión anterior como son DAF (*Delivered At Frontier*),

DES (*Delivered Ex Ship*) y DEQ (*Delivered Ex Quay*) que han desaparecido, ya que eran poco utilizados. Su justificación estriba en la gran proliferación y diversidad de infraestructuras logísticas internacionales que hoy en día existen y que pueden considerarse como «terminal». Por ello, es muy importante precisar el lugar en el que se realiza la entrega.

Aunque DAT puede utilizarse con cualquier medio de transporte, al asumir las funciones de DES y DEQ (ambos marítimos), es más adecuado utilizarlo cuando la mercancía se entrega en un puerto, en el país del comprador.

En este término, el exportador contrata el flete desde el punto de salida al de destino y debe hacerlo en un tipo de flete (*Liner Terms*) en el cual los gastos de desestiba y descarga de la mercancía estén incluidos en el flete ya que en este término los gastos en el punto de destino son por cuenta del vendedor.

El riesgo se transmite una vez que la mercancía ha sido descargada en el terminal o lugar de destino. En consecuencia, los riesgos derivados de la descarga de la mercadería son por cuenta del vendedor, para lo cual la mercadería debe estar plenamente identificada e individualizada.

1.2.10. DAP

Las siglas DAP significan «*Delivered At Place (named place of destination)*», es decir «entregada en lugar (lugar de destino designado)» y consiste en que el vendedor entrega la mercancía, sin descargar, en el lugar de destino convenido en el país del comprador.

El lugar de entrega puede ser las propias instalaciones del comprador o un lugar en el interior del país de destino que no sea terminal de transportes.

En este término el vendedor tiene que realizar los trámites y asumir los costes del despacho de aduanas de exportación, no así los del despacho de importación que corresponden al comprador.

El riesgo se transmite una vez que la mercancía se ha puesto a disposición del importador preparada para la descarga en el lugar o punto de entrega. En consecuencia, los riesgos en la descarga de la mercancía en el punto de entrega son por cuenta del importador. Siendo requisito que la mercancía esté identificada e individualizada según el objeto del contrato de compraventa.

1.2.11. DDP

El término en fábrica (*Ex Works*) supone la obligación mínima del vendedor; en tanto este término DDP (*Delivered Duty Paid*) «entrega libre de derechos», seguido de la designación de los locales del comprador, constituye el extremo opuesto, es decir, la obligación máxima del vendedor. Significa que el vendedor cumple su obligación de entrega cuando coloca las mercaderías a disposición del comprador en el lugar

designado en el país de importación. El vendedor asume todos los gastos y riesgos, incluidos derechos, impuestos y otras cargas para llevar la mercancía hasta aquel lugar acordado en el país del comprador. La única obligación que no asume es la descarga de la mercadería en el lugar de entrega.

Los empresarios latinoamericanos que importan insumos y equipos para sus industrias o adquieren partes y piezas tienen, en este término, la posición más conveniente, ya que es el proveedor extranjero quien asume los riesgos hasta colocar la mercadería en la puerta del comprador.

Si las partes contratantes desean que sea el vendedor quien se haga cargo de los trámites de importación de la mercancía, pero excluyendo algunos de los costos pagaderos por la importación de esta —por ejemplo, el impuesto sobre el valor agregado (IVA), el impuesto general a las ventas (IGV) u otros impuestos similares—, se deberá precisar esta circunstancia añadiendo con tal fin las frases pertinentes —por ejemplo: «excluidos el IVA y/u otros impuestos».

La diferencia entre este término y DAP es que en DDP todos los costos e impuestos del despacho de importación son por cuenta del vendedor mientras que en DAP son por cuenta del importador.

El riesgo de la mercancía se transfiere una vez que esta se ha puesto a disposición del comprador, preparada para descargar y en el punto de entrega. Luego los riesgos de descarga son por cuenta del importador.

Los términos descritos anteriormente permiten a las partes articular sus diversas condiciones y obligaciones, utilizando para el caso de la cotización, entrega de documentos y transmisión del riesgo cualquiera de los 11 términos indicados anteriormente, pues bastará la sola referencia a uno de ellos, seguida de la mención *modo* o la sigla y el año (2010).

En algunos casos, se pueden aplicar estos términos a una operación de compraventa internacional, aun cuando no se hayan mencionado expresamente en el contrato, como por ejemplo (Derains, 1981, p. 14):

- Cuando exista la costumbre de aplicarlos en la rama comercial de que se trate.
- Cuando se aluda a ellos en las normas que regulan las compraventas de mercancías, como es el caso de los códigos civiles de Guatemala y de Costa Rica.
- Cuando se referan a ellos en las condiciones generales —cláusulas escritas o padronizadas— que rigen el contrato.
- Cuando su utilización está implícita sea porque las partes habitualmente lo mencionan o porque las características mismas de la operación —transporte o entrega de mercaderías— así lo exigen.

Para interpretar el sentido y amplitud de cada término, el contratante ha de tener presente que las siglas correspondientes a cada tipo de cotización, antes o después del precio, significan que este incluye el costo de fabricación de la mercancía más el monto de los gastos adicionales precisos para situarla en cada una de las posiciones indicadas por la reciente versión Incoterms 2010.

1.3. Criterios para su utilización

La selección de un Incoterm depende de tres situaciones: la posición del operador sea que actúe como exportador-vendedor o como comprador-importador; la segunda, es el tipo de mercancía (carga general, graneles, containers o mercaderías específicas como productos manufacturados), y finalmente, la capacidad de las partes para contratar el medio de transporte (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo, multimodal, etc.).

1.3.1. Según la posición del contratante

Lo más recomendable para un exportador es vender en la posición E, es decir *Ex-Works*, porque sus riesgos y costes son mínimos. En cambio si se actúa como comprador, lo aconsejable es DDP ya que la mercadería es puesta en la aduana del país de destino y en el lugar convenido, correspondiéndole como obligación solo la descarga. Vale decir los riesgos del vendedor se transmiten en la puerta de su fábrica, almacén o taller por lo que de allí en adelante estará liberado de cualquier obligación; en tanto si se actúa como comprador tendrá la mayor seguridad y cobertura al utilizar el término DDP pues el vendedor asume todos los riesgos hasta colocar las mercaderías en el lugar designado por el comprador (importador).

1.3.2. Según el tipo de mercancía

Cuando se importa mercaderías en *containers* las Reglas de la CCI ofrecen varias opciones.

La más simple y conveniente es el término FCA (*Free Carrier*/franco transportista) que se refiere a la terminal de contenedores del lugar de origen de las mercaderías, de manera que la entrega y transmisión del riesgo tendrá lugar una vez que el *container* esté completo (FCL: *Full Container Load*) o la mercancía esté consolidada con otras cargas en un mismo *container* (LCL: *Less than container Load*) en la terminal de contenedores del punto de embarque.

Los gastos relativos a la manipulación de la mercadería en la terminal de contenedores (THC: *Terminal Handling Charges*) es otro asunto en el cual se puede establecer la distribución de costes entre las partes. Así, en el Incoterm FCA

(*Free Carrier*/franco transportista) dichos costes serán para el vendedor hasta que la mercancía esté al costado del buque, salvo que estén incluidos en el precio del flete. Si se hubiese utilizado el Incoterm FOB serán enteramente del vendedor hasta el embarque a bordo de la mercadería (Sánchez Lorenzo, 2012, p. 341).

De los términos del Grupo C (CPT, CIP, CFR, CIF) solo CPT (*Carriage Paid to*/transporte pagado hasta) y CIP (*Carriage and Insurance Paid to*/transporte y seguro pagado hasta) son idóneos para la compraventa de mercadería transportada en *containers*. En este grupo, el vendedor asume la gestión del transporte principal y, en su caso, del seguro, hasta el lugar de destino.

El término DAT (*Delivered at Terminal*/entregado en terminal) es el más adaptado al transporte de la mercancía mediante *containers*, entregando y transmitiendo riesgos el vendedor cuando el *container* haya sido descargado del buque y depositado en la terminal de contenedores del puerto de destino.

Por el contrario, para carga general por vía marítima son recomendables los términos FOB (Franco a bordo/*Free on Board*), CFR (coste y flete/*Cost and Freight*) y CIF (*Cost, Insurance and Freight*/coste, seguro y flete), en la medida en que la entrega resulta conveniente para las operaciones de manipulación portuaria sobre carga general.

En cuanto a los graneles sólidos (*bulk cargo*), resulta especialmente indicado FAS (*Free Alongside Ship*/franco al costado del buque) porque el vendedor está obligado a entregar y transmitir el riesgo poniendo a disposición la mercadería al costado del buque en el puerto de origen. Igualmente, el DAT (*Delivered at Terminal*/entregado en terminal) porque puede designarse como terminal el muelle del puerto de destino y el vendedor entregará y transmitirá el riesgo cuando la mercancía haya sido descargada y depositada en dicho muelle.

1.3.3. Según la capacidad de contratar el transporte

Cuando el vendedor (exportador) esté en capacidad de contratar transporte hacia el lugar de destino de la mercadería serán recomendables los términos del grupo C (CPT, CIP, CFR, CIF). Concretamente, CIP y CIF cuando el vendedor estuviese en condiciones de conseguir una póliza de seguro, desde el lugar y fecha de embarque hasta el lugar y fecha de destino.

La póliza de seguro deberá ser emitida por el 110% del valor del contrato y deberá contener al menos una cobertura de riesgos llamada «mínima» equivalente a la póliza C de las *Institute Cargo Clauses* del Instituto de Aseguradores de Londres, salvo que contractualmente se haya establecido una cobertura mayor como la referida para las pólizas B y A.

Por el contrario, si la capacidad de negociación del comprador-importador, es significativa en relación con los porteadores y aseguradores internacionales será recomendable comprar dentro de las reglas del grupo F (FCA, FAS, FOB).

Dicho de otra manera, si un país que está en la posición de comprador tiene la capacidad de obtener un flete y seguro mejores de los que pueda ofrecer el vendedor, debería cerrar la operación de compraventa internacional dentro de los términos F (FCA, FAS, FOB). Sin embargo, la evidencia nos demuestra que los países, como es el caso del Perú, cuando carecen de flota mercante o de flota aérea, quedan sometidos a las decisiones de los países que junto con su oferta exportable de mercaderías poseen una flota de transporte de su propiedad o de inversionistas nacionales. En consecuencia, cuando un país no tiene flota mercante o aérea, lo único que les queda es culminar contratos de compraventa internacional dentro de los términos del Grupo C (CPT, CIP, CFR, CIF).

2. LOS OTROS TÉRMINOS DEL COMERCIO

Si bien los Incoterms son los más utilizados en América Latina, cuando se opera en otros continentes y, sobre todo, en los países industrializados se debe tener presente que hay otros términos comerciales. Así, en Estados Unidos de América e Inglaterra, los Incoterms son escasamente usados, y grandes áreas soberanas de Europa Oriental tienen sus propias y particulares reglas. En consecuencia, el operador debe conocer si el pedido de compra o el destino de las mercaderías se vincula con países que emplean otros términos y condiciones, ya que los Incoterms no tienen una aceptación generalizada y universal.

Estos términos, al igual que los explicados anteriormente, son, en definitiva, cláusulas y reglas interpretativas que regulan la entrega de la cosa con particular indicación a su mecanismo y determinación de las obligaciones de las partes. Su diferencia es que están basados en los usos y costumbres de cada plaza, y también en la orientación de cada sistema económico y jurídico. Por ello, podemos distinguir los términos propios del sistema capitalista de aquellos correspondientes al sistema socialista, así como aquellos que tratan de servir a las diferentes modalidades del transporte.

2.1. La *Revised American Foreign Trade Definitions*

Este documento contiene los términos de más frecuente uso en Estados Unidos de América. Fueron regulados inicialmente en 1919 y posteriormente revisados en 1941, de allí la palabra *revised*. Aun cuando usan con frecuencia las mismas siglas que aquellos propuestos por la Cámara de Comercio Internacional (París) tienen algunas

diferencias básicas, que a veces pueden confundir al exportador latinoamericano. Así, tenemos que:

- *Ex Works*, es señalado en la *Revised Definitions*, como *mill, mine, plantation, warehouse*. La principal diferencia es que, en los Incoterms, los riesgos son del comprador desde que la mercadería es «puesta a disposición del comprador en el lugar y el tiempo convenidos»; en tanto que en la *Revised Definitions* es en el momento que «esté obligado a tomar recibo de la mercadería».
- *FAS, Free Along Side* (nombre del puerto designado). La diferencia está en que la mercancía no solo debe ser puesta al costado del buque, en el muelle o en barcasas o gabarras, sino «al alcance de sus aparejos de carga». Luego, mientras que en *FAS-Incoterms 2010* debe estar al costado del buque, el *Revised American* establece la condición de que la mercancía «esté al alcance de los aparejos del buque».
- *FOB* es el que puede llevar al operador latinoamericano a un mayor número de confusiones, pues, cuando cotiza en estas condiciones cree que lo está haciendo en el mismo sentido que el establecido por los Incoterms, pero en realidad está cubriendo una serie de situaciones distintas.

En la nomenclatura estadounidense, este término tiene dos variantes: *FOB* nombre del puerto de partida y *FOB* nombre del puerto de destino. En otras palabras, se utiliza indistintamente para puerto de embarque o puerto de llegada. De ahí se deriva que, con frecuencia, se pida a un empresario latinoamericano cotizar, por ejemplo, «*FOB-Pto. de Galverston*» circunstancia que confunde a quien solo conoce los Incoterms, pues estos se refieren únicamente a *FOB-Pto. de embarque*.

Otras variaciones del *FOB* en Estados Unidos de América son:

- *FOB vessel* (nombre del punto de embarque). Muy parecida a *FOB-Incoterms 2010*.
- *FOB* (nombre del punto interior en el país de importación), según el cual el exportador coloca la mercadería sobre el transporte en el país de destino, asumiendo todos los gastos y derechos hasta ponerla en el local del país del comprador.
- *FOB* (nombre del transportista interior) en (nombre del punto de partida interior) flete pagado hasta el punto de exportación.
- *FOB* (nombre del transportista interior) en el punto interior o nacional de partida, flete descontado a hasta un punto geográfico. En este término, el precio de venta incluye el transporte desde el punto de salida hasta el punto de llegada, aun cuando el flete sea pagado por el destinatario.

- FOB (nombre del transportista interior) en el punto de exportación.
- C & F, que no tiene diferencias con el CFR Incoterms 2010.
- CIF tampoco tiene diferencias básicas con el de Incoterms 2010. La única distinción es que no precisa la modalidad de la póliza de seguro, que puede ser bajo condiciones FPA (*Free from Particular Average*) o WA (*With Average*).
- *Ex dock*, que equivale al DAP Incoterms 2010. Es utilizado en las importaciones de Estados Unidos de América mucho más que en sus exportaciones.

Estos términos aún se siguen utilizando por presión de la costumbre; cuando sea el caso, para diferenciarlos de los Incoterms, habrá que añadir el siguiente texto: «*Quotation Subject to the Revised American Foreign Trade Definitions 1941*».

2.2. Reglas de Varsovia y de Oxford

Las reglas de Varsovia y de Oxford son un conjunto de normas elaboradas por la Asociación de Derecho Internacional en 1928, en Varsovia, y luego revisadas en 1932, en Oxford. Constituyeron las primeras normas dadas por los juristas, tendientes a armonizar el comercio internacional y que pueden ser el punto de partida del actual Derecho Internacional del Comercio. Sin embargo, no han sido convenientemente difundidas, razón por la cual en la actualidad no son utilizadas por los operadores comerciales.

2.3. Las condiciones generales del CAME

El Consejo de Asistencia Económica Mutua (CAME), que aglutinaba a los países de Europa Oriental, elaboró en 1968, las Condiciones Generales para la Entrega de Mercancías (*General Conditions of Delivery of Goods*), destinadas a regular de manera detallada y completa el contrato de compraventa. Estas reglas son vigentes y de uso imperativo en Rusia y en los países pertenecientes a la Europa Oriental o aquellos de economía central planificada. Han sido actualizadas y revisadas en 1976, y posteriormente modificadas en 1989. Se articulan con frecuencia en dichos mercados y en las operaciones comerciales con Cuba, Vietnam y Corea del Norte. Contienen un menor número de modalidades y usualmente se emplean en las operaciones de compra. Sin embargo, son usadas en muchas oportunidades por algunos países de Europa Oriental, que se sienten más confortables con estas prácticas armonizadas que con los Incoterms.

2.4. Combiterms

Son términos creados en 1969 para un tipo de contrato de transporte como lo es el contrato combinado o multimodal o para la modalidad *roll-on-roll-off*. Se les conoce

también como «términos Schenker». Son, particularmente, cláusulas de entrega en las que los criterios de los costos están desglosados. Su versión inicial fue luego modificada cuatro veces, hasta la actual del 2011, elaborada a causa de los Incoterms del año 2010. Estas reglas fueron inicialmente superadas por los Incoterms 2000, que los refundieron en sus términos, como se puede apreciar en la fórmula FCA que fue incluida para atender todos los tipos de transporte, independientemente de su modalidad y de la combinación de otras diferentes. Por ello, las fórmulas FOR y FOT —que estaban incluidas en la versión 1980—, y la FOB —cuya conceptualización era diferente—, fueron suprimidas y, en consecuencia, el Folleto N.º 460 (versión de 1990) no las recogió. Esta supresión se mantuvo hasta la actual versión del 2010 (Folleto N.º 560).

Se utilizan en los casos de transporte entre países fronterizos, son fáciles y entendibles e incluyen costos de cobranza, almacenamiento, carga, descarga y distribución. Buscan combinar los Incoterms de una manera fácil para dividir los costos entre las partes, eliminando los problemas de interpretación.

3. CÓDIGOS DE LOS TÉRMINOS COMERCIALES

Una de las cuestiones más importantes en la compraventa internacional es la clara y precisa identificación de las mercaderías. Por ello, la Convención de Viena de 1980 (véase Capítulo V) habla de «mercaderías sin identificación» y «claramente identificadas a los efectos del contrato» de manera coincidente con los términos del comercio internacional, particularmente con los Incoterms 2000, que acuñaban la frase «[...] es decir, claramente separadas o identificadas de cualquier otra manera como la mercadería objeto del contrato», que mantiene la actual versión del año 2010. De lo anterior resulta que, para que el riesgo se transmita, es necesario que antes se produzca la identificación de la mercadería, ya que sin ella no se entiende que se haya producido la puesta a disposición.

Empero, las reglas de la Convención de Viena no establecen de manera nítida cómo debe realizarse la identificación que ha de indicar el establecimiento del comprador (puerto y país de manera indubitable).

El puerto de destino es fundamental para entender cuál es el lugar donde debe cumplirse la obligación principal por parte del vendedor. Deberá identificar ese espacio geográfico, así como el medio de transporte, toda vez que los Incoterms cubren las distintas modalidades.

Al efecto, la Organización de las Naciones Unidas elaboró un Anuario de Datos Comerciales con el propósito de facilitar a los operadores un conjunto de referencias y códigos estandarizados que incluyen los Incoterms, los puertos involucrados

y las modalidades de transporte. Es un código alfanumérico que puede ser entendido en cualquier sistema jurídico y que impide que el vendedor cometa fraude, ya que con antelación se señala el destino de la mercadería y la modalidad de transporte.

Así, por ejemplo, supongamos el caso de un vendedor (exportador) de los Estados Unidos de América (US) que inicia un despacho de la mercadería en New York (NY) para ser entregada en Alemania (DE) en el Puerto de Hamburgo (HAM), bajo la modalidad costo, seguro y flete (CIF). Tal referencia comunicada mediante télex, fax o cualquier otro medio electrónico, podrá ser codificada de la siguiente manera:

3150: USNYC (que es el país y el puerto de embarque).

8067: 1 (modalidad de transporte, marítimo).

4110: CIF (Incoterms 2010).

3019: DEHAM (País y Puerto de destino).

De esa manera, las mercaderías están identificadas en cuanto a su destino y las comunicaciones se hacen más fluidas y precisas porque el nombre de cada país tiene unas siglas que son las mismas que utilizan las compañías de aviación cuando identifican el equipaje de sus pasajeros. Se puede observar que US es Estados Unidos de América, PE es Perú, BR es Brasil, o PY es Paraguay. A dichas referencias se le añadirá el puerto de embarque o de destino y así tendremos por ejemplo USNYC si añadimos New York, PELIM si incluye Lima, BRRIO si nos referimos a Río de Janeiro, o PYASU si el puerto es Asunción. Se añaden a las siglas del país las siglas de cada puerto hasta un máximo de cinco letras, que es lo que debe contener la expresión alfabética. Tales códigos se indican junto al código numérico que indica las cuatro referencias básicas de cada operación internacional (puerto de embarque, modalidad de transporte, Incoterm seleccionado y puerto de destino).

Pero, estos códigos son para identificar claramente el destino de las mercaderías, sin embargo existen otras establecidas por la ISO que sirven para precisar la forma de manipuleo de los bienes y que deberán respetarse si así lo exigen las cláusulas contractuales, la costumbre en cada plaza o las características peculiares de cada mercadería.

Tales códigos pueden ser empleados para cualquiera de los términos comerciales desde que estos, también sean evidenciados con el código numérico específico.

Finalmente, es necesario advertir que aunque los códigos facilitan la precisión de los términos comerciales, éstos son meras cláusulas de entrega y no regulan las acciones de las partes en caso de incumplimiento que, como se ha analizado, es tratado por la Convención de Viena sobre compraventa.

CAPÍTULO IX

ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN INTERNACIONAL

Tanto en Roma como en Grecia, el arbitraje se conoció a partir de su actor principal: el que sugería o esbozaba la solución a un conflicto, llamado *arbitratus* o *arbitror*. Marcando de esa manera su característica esencial: un mecanismo privado de arreglo de diferencias a cargo de una persona con profundo contenido ético. Pero que tenía una limitación: no poder exigir el cumplimiento de sus decisiones.

El Derecho romano, en un principio, no reconocía la fuerza ejecutoria de las decisiones arbitrales; sin embargo, los contratantes privados podían solucionar sus conflictos mediante un doble compromiso o *compromissum* a través del cual, mutuamente, acordaban aplicar el arbitraje a los contratos y pagar una multa en caso de que la decisión arbitral no fuese acatada por ellos. En la práctica, dicho *compromissum*, aunque llamado *sentencia*, no poseía carga coactiva, siendo en consecuencia insuficiente e ineficaz para el propósito para el cual había sido seleccionado, ya que no constituía cosa juzgada (Tavares, 1993, p. 13).

Así, esta institución jurídica tuvo una vida sosegada en el ámbito civil y comercial moviéndose entre la condición personal del *arbitror* y las dificultades de hacer eficaz sus resoluciones. En tanto las relaciones de los individuos y los diferentes actores del comercio se hizo cada vez más intensa a través de los más variados modelos contractuales y las más complejas operaciones del mercado y las exigencias de los distintos grupos sociales.

Cuando las operaciones comerciales internacionales transcurren pacíficamente, no hay necesidad de acudir a un juez ni a un árbitro para resolver cualquier controversia. Probablemente, si se tuviera la certeza de que todo se logrará de acuerdo con la intención de los contratantes, tampoco sería necesario articular o prever mecanismos que resuelvan las posibles contingencias o desavenencias. Pero el mundo real nos indica que aun cuando se elabore con precisión y detalle un contrato de compraventa, uno de construcción pesada, uno de agencia o uno de gerenciamiento, es posible que se presenten desavenencias sea porque durante la vida del contrato

aparecen situaciones no previstas o porque los funcionarios que lo negociaron y luego lo suscribieron han desaparecido o asumido nuevos roles. Ahí es cuando se hace necesario contar con un mecanismo rápido que restablezca los términos y condiciones contractuales al estado inicial en que las partes lo proyectaron.

Esos mecanismos son el arbitraje, la conciliación y, la mediación internacional. Esta última es más usada en cuestiones políticas e interinstitucionales.

Se ha propuesto una serie de reglas y procedimientos tanto para el arbitraje como para la conciliación comercial internacional. Los principales procedimientos son los elaborados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y por la Cámara de Comercio Internacional de París.

Pero existen, además, otros centros de arbitraje especializado como son el Convenio MIGA (*Multilateral Investment Guaranty Agency*) para las inversiones, que también prevé un medio de conciliación; la Overseas Private Investment Corporation (OPIC), para solución de controversias en el ámbito de la inversión privada; el Tribunal Marítimo, para conflictos navieros, y las Cortes de Arbitraje de Suiza. Asimismo, pueden mencionarse el *International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) del Banco Mundial, igualmente llamado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que mediante tratado suscrito por sus Estados miembros aprobó la *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States*, que administra las disputas de inversiones extranjeras y denuncias contra los Estados por parte de particulares; y el *Overseas Economic Cooperation Fund*, de la Agencia de Cooperación Económica del Japón, y su similar de Alemania, la *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, que regulan las posibles controversias en los programas de asistencia y cooperación internacional.

El art. 54(1) del Convenio dice: «Todo Estado contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado [...]».

Han ratificado el Convenio 158 países, de los cuales todos los países centroamericanos y de Sudamérica Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La diferencia del arbitraje CIADI respecto de los arbitrajes de otros organismos es su autonomía y procedimiento. Hay una supranacionalidad ya que se impone sobre la jurisdicción nacional y se ejecuta en cualquier Estado miembro. Y la posible impugnación de sus laudos se hace en el propio seno administrativo. Su trascendencia surge porque es un medio orientado exclusivamente a las inversiones aunque esta no esté definida por la doctrina ni la jurisprudencia.

El arbitraje comercial internacional y la conciliación se han encontrado con la dificultad explicable de desarrollarse a través de sistemas jurídicos distintos, así como diferentes percepciones sobre la ley aplicable y las contingencias del Derecho Internacional Privado respecto de la eficiencia de la norma extranjera. Su divulgación y armonización internacional empezó dentro de un mismo sistema jurídico en el que convivían diferentes regímenes u ordenamientos legales que, obviamente, se desenvolvían en soberanías diferentes.

Por eso, las armonizaciones se hicieron en primer lugar dentro de cada sistema; ello explica la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fue diseñada para los países latinoamericanos, herederos del sistema romano germánico, y que se refiere principalmente a la ejecución de laudos extranjeros, a fin de no interferir con la acción de los jueces y árbitros que expresan la acción soberana de cada Estado.

De igual manera fue en el caso de los países socialistas agrupados en el Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECOM), que por medio de la Convención de Moscú del 26 de mayo de 1972 estableció, con carácter obligatorio, el arreglo de las desavenencias a través de las cortes de arbitraje. En tal sentido, el 28 de febrero de 1984, el COMECOM aprobó el Reglamento Uniforme de Procedimiento de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de sus países miembros, que, en contraste con otros reglamentos internacionales, no está destinado al arbitraje *ad hoc* sino a los tribunales arbitrales permanentes adscritos a las indicadas cámaras.

En tanto, en el área comercial internacional en general, las más destacadas armonizaciones son las normas de la CNUDMI (UNCITRAL) y las correspondientes a la Cámara de Comercio Internacional (París), que intentan conciliar los distintos sistemas jurídicos que existen en el mundo y cuyas diferencias han dificultado un procedimiento uniforme.

1. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias más utilizado y más eficaz en los conflictos derivados de la ejecución e interpretación de los contratos de comercio internacional, tanto que podemos decir que junto con las negociaciones, que es frecuentada tanto *ex - ante* como *ex - post*, son los dos mejores medios de entendimiento y de solución pacífico de diferencias.

El arbitraje es, sustancialmente, una institución dotada de un conjunto de procedimientos y de técnicas, destinada a resolver conflictos o dudas en la interpretación y ejecución de acuerdos o contratos comerciales, con un énfasis en la especialidad de quienes deben emitir una solución y cuyo ámbito de acción abarca diferentes países con distintos ordenamientos y sistemas jurídicos.

Autores como Leonel Pereznieto Castro y José Luis Siqueiros consideran que es más bien un método o un procedimiento. Este último afirma que el arbitraje es «[...] un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas [...]» (Siqueiros, 1992, p. 7); de igual manera César Sepúlveda, cuando señala «[...] el arbitraje es un método por el cual las partes de una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero [...]» (1978, p. 389). O, finalmente, Humberto Briceño, cuando sentencia: «El arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares» (1988, p. 12).

Otros, en cambio, participan del concepto de institución arbitral, como Rubén Santos Belandro y Didier Operti Badan, en la doctrina uruguaya: «El arbitraje es una de esas instituciones que han acompañado al hombre desde sus orígenes como ser racional», es «[...] en esencia un medio de dictar justicia [...] que los pronunciamientos básicos sobre el arbitraje reposan en la cuestión misma —metajurídica— de lo que el derecho debe ser. En este marco general se sitúan las relaciones entre el instituto y el conflicto de leyes [...]» (Santos Belandro, 2000, p. XXI y XXVII). En el mismo sentido se inclina Gonzalo García Calderón Moreyra, al afirmar: «El arbitraje internacional como institución jurídica ha desarrollado una naturaleza conceptual autónoma que requiere un acercamiento integral, ya que toma del Derecho Comercial, así como del civil [...]» (2004, p. 23).

De donde se puede concluir que el arbitraje es una institución y un medio de dictar justicia que utiliza un método o procedimiento específico, diferente del jurisdiccional y cuyas técnicas permiten, a quienes se les reviste de esta potestad, llegar a una verdad justa y diferente de los intereses o posiciones singulares de las partes. Es una institución, pues está en la naturaleza misma de las cosas, en la voluntad de los sujetos de arribar a decisiones armoniosas que posibiliten no solo una relación pacífica de sus vinculaciones comerciales, sino que la mercantilidad fluya rápidamente entre espacios geográficos distintos y con culturas diferentes.

1.1. Evolución

El arbitraje se ha desarrollado dentro de los límites del derecho interno, en el marco soberano y jurisdiccional de los Estados. Es recién en diciembre de 1976 cuando adquiere carta de ciudadanía al aprobarse por la CNUDMI o UNCITRAL el Reglamento de Arbitraje para el Derecho Mercantil Internacional, merced al impulso del comercio internacional; el poder de las empresas transnacionales que buscan un mecanismo autónomo de solución de controversias; y las corrientes de estandarización de la producción y las prácticas comerciales que anhelan un ordenamiento común que supere las diferencias de los distintos sistemas jurídicos que hay

en el mundo. Mención especial merece el ímpetu de las empresas transnacionales británicas y su derecho, que se han inclinado siempre por el arbitraje y la autonomía absoluta de la voluntad de las partes.

Es así, entonces, que este mecanismo adquiere una significativa importancia frente a las necesidades del intercambio cada vez más frecuente entre naciones con diferentes sistemas jurídicos y, obviamente, con soberanías distintas, ya que las reglas del Derecho Internacional Privado no resolvían la desconfianza de los operadores, acrecentada por la distancia geográfica y cultural. A lo que debe añadirse —tal como se ha explicado en el capítulo II— que, en definitiva, las normas del Derecho Internacional Privado someten las controversias a la jurisdicción del país de una de las partes, manteniendo así esa acrecentada desconfianza de dejar toda la controversia o el asunto en manos de un juez desconocido, probablemente con una cultura, un idioma y hasta un sistema jurídico diferente.

Los primeros esfuerzos tendentes a darle una dimensión internacional al arbitraje le correspondieron a América Latina, cuando se suscribió el Tratado sobre Derecho Procesal Internacional, en 1889. Posteriormente, en 1975 se aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), que ha sido ratificada por Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, lo que ubicó a la región en el grupo de países más avanzados en materia de solución de controversias, pues la Convención de Panamá incluso supera a la de Nueva York. De hecho, dicha Convención organiza y estructura el procedimiento arbitral al señalar, en su art. 3, que a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se realizará conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), aunque no define con precisión lo que se entiende por laudo arbitral, pero consagra la figura del arbitraje comercial internacional en una acción sin precedentes en el continente, incluso si la comparamos con la antedicha Convención de Nueva York (1958), a pesar de que esta fue, en algunos casos, fuente de inspiración.

La Convención de Panamá exige que el convenio arbitral conste por escrito (art. 1) o mediante documentos que hagan indubitable dicho acuerdo —es decir, intercambio de télex, fax, telegramas o cartas— y que, además, esté firmado por las partes. Pero con frecuencia los operadores se encuentran con contratos formulario, sobre todo de compraventa, que casi siempre contienen cláusulas arbitrales, característica que hace surgir dudas sobre su obligatoriedad. Para despejarlas tendremos que acudir a las prácticas y usos del comercio internacional, así como a los términos y referencias anteriores que las partes hayan utilizado para operaciones similares. De esta manera, los Estados contratantes darán validez a dichos convenios arbitrales

si tienen referencias y usos anteriormente utilizados por los sujetos, aun cuando no estén firmados pero sí expresados.

Antes de que se creara la CNUDMI o el UNCITRAL, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, con el propósito de que los laudos emitidos por tribunales nacionales pudieran ser ejecutados inmediatamente por la administración de justicia de terceros Estados. Aunque —es preciso aclarar— la Convención no habla expresamente del arbitraje comercial, es aplicable al arbitraje en general, pudiendo, al momento de su inscripción o ratificación, ser limitada al aspecto comercial (art. 1, inc. 3). Esta Convención es el preludeo del arbitraje mercantil en los tiempos modernos.

Posteriormente, la Organización de las Naciones Unidas aprobó, el 15 de diciembre de 1976, el Reglamento de Arbitraje para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución 31/98), el que, elaborado para arbitrajes *ad hoc*, ha sido adoptado por numerosas instituciones arbitrales.

Luego, la doctrina internacional reconoció que el comercio iba tan rápidamente que requería normas y decisiones que se aplicaran o impusieran dentro de otros espacios y jurisdicciones sin que ello afectara la soberanía y el poder de la administración de justicia de los Estados. De esa manera se elaboraron reglas para que las partes puedan diseñar su propio tribunal o jurado; es el llamado arbitraje *ad hoc*, es decir, para cada caso concreto y particular. A continuación, se propusieron otras reglas, con énfasis en la parte procedimental, para el llamado arbitraje institucional, es decir, el trabajo a cargo de instituciones sociales intermedias o de gremios como la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje, la Cámara de Comercio de Polonia, la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio Búlgara, la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de Rusia, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong o la Corte Internacional de Arbitraje. Sin embargo, no existen diferencias sustantivas entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. Toda la distinción reside en el campo adjetivo. También se propusieron leyes tipo o leyes modelo para la dación y recepción de los árbitros como para el procedimiento, que fueron las que, finalmente tuvieron mayor acogida.

La primera propuesta de ley tipo fue esbozada en 1980, en México, por la Asamblea General de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA), que diseñó el Proyecto de Ley Tipo de Arbitraje para los países hispano-luso-americanos. Este Proyecto de Ley Tipo de Arbitraje, que consta de 40 artículos, fue finalmente aprobado por la V Conferencia de Ministros de Justicia, celebrada en Lima del 13 al 17 de julio de 1981. Posteriormente, la CNUDMI preparó reglas

similares, más conocidas. Las leyes tipo son un método de unificación que no recurre al enfoque convencional (tratados), como lo es el contrato de compraventa, que requiere aprobación legislativa previa. Es una unificación a través de la aceptación voluntaria por parte de instituciones que adoptan las reglas de la CNUDMI y que no requieren del *ius imperium legis*. Este nuevo criterio dio origen a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documento de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I), aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985, que puede ser adoptada libremente por cualquier país como parte de su Derecho interno o servir de inspiración para que promulguen sus propias leyes de arbitraje interno.

La técnica de las leyes modelo tiene su origen en Estados Unidos de América, que vive entre dos sistemas jurídicos, el del *common law*, que abarca casi todos los estados de la Unión, y el romano-germánico, vigente en el estado de Lousiana y en el estado asociado de Puerto Rico. Además, dentro de los estados de un mismo sistema existen diferentes regímenes para enfrentar los mismos casos, hecho que hace harto difícil entender de manera conjunta, dentro de una misma soberanía, determinadas cuestiones legales. Así, existe un organismo, la National Conference, destinado a lograr la uniformización de las leyes entre los diferentes estados y jurisdicciones regionales de Estados Unidos de América. Esa técnica ha sido adoptada por la CNUDMI y consiste en la elaboración de reglas generales que no están integradas ni anexas a un tratado internacional, sino que aparecen como recomendaciones que pueden ser admitidas por los Estados miembros de las Naciones Unidas, pudiendo contener, adicionalmente, cláusulas de reciprocidad, soluciones facultativas o soluciones alternativas que les dan flexibilidad y, por lo tanto, posibilitan a los países su adopción porque no fuerzan su Derecho interno ni su tradición jurídica.

Esta vieja institución que alcanzó su plenitud y desarrollo, a la par que el crecimiento del comercio internacional y las inversiones, ha recibido las críticas de un pequeño sector de la doctrina por los casos clamorosos en los que los laudos se han inclinado hacia los inversionistas en perjuicio de los países en desarrollo, así como los altos costos que dificultan a los pequeños empresarios a invocarlos. Esta es la razón por la cual la CNUDMI (UNCITRAL) le dedicó preferente atención en el congreso con motivo de su 50 aniversario celebrado en Viena (del 4 al 6 de julio de 2017), planteando la reforma o incorporación de nuevos tópicos en las reglas, así como la delimitación del arbitraje de inversiones respecto del comercial.

1.2. La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional

El primer antecedente normativo sobre el arbitraje comercial internacional data de 1985 y es la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL, sometida a consideración de todos los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas y adoptada

por algunos países latinoamericanos. Se orienta al ámbito comercial internacional, sin embargo, no define lo que se entiende por materia comercial.

Según este modelo, el arbitraje es internacional si se dan tres condiciones:

- Los establecimientos de las partes se encuentran en Estados diferentes.
- Se trata de un lugar distinto del señalado anteriormente, siempre y cuando sea el lugar indicado para el arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones contractuales o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.
- Las propias partes expresamente así lo han convenido.

De esa manera, la ley modelo efectúa una interpretación extensiva a la consideración mercantil, abarcando cualquier operación comercial de suministro o compraventa, contrato de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos y cobros (*factoring*), contratos de *leasing*, construcción pesada, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones u operaciones de *joint venture* y transporte en general.

Los criterios que sirven para determinar el carácter internacional de la materia arbitral están en concordancia con los mismos principios que rigen la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; constituyen, así, una norma uniforme con respecto a la determinación del domicilio como factor de conexión para la relación internacional. De este modo, la observación que hace Monroy Cabra sobre la conveniencia de haber utilizado como punto de conexión el «domicilio», la «residencia habitual» o la «residencia de hecho», y no precisamente el «establecimiento» (1988, p. 157) es inconsistente con la doctrina y la legislación internacional, que han escogido el término «establecimiento» por ser más asequible a la normativa internacional y a los diferentes sistemas jurídicos.

1.3. Autonomía

Al igual que en el caso de los contratos internacionales el arbitraje se abre paso en mérito de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque este criterio no basta por sí solo ya que lo único que hace es desplazar el problema, dejando irresoluta la cuestión sobre la regla en que se basa tal principio para acudir al arbitraje.

En efecto, el desarrollo y el alcance de las decisiones arbitrales nos lleva a dilucidar si ellas son eficaces en mérito al alcance internacional del derecho del Estado que sirvió como sede del procedimiento o al consenso existente entre la comunidad internacional de que no se imparte justicia en nombre de un Estado determinado, sino en el consenso existente entre los Estados sobre el particular de aceptar la existencia de este modo privado de resolución de controversias.

La concepción doctrinaria de fundamentar la juridicidad del arbitraje en el ordenamiento jurídico de la sede, concebido como un foro, merced a la voluntad expresa o implícita de las partes no es suficientemente sólida para constituir el basamento de la juridicidad arbitral. En un mundo en el que las transacciones internacionales y las relaciones de los diferentes actores son cada vez más intensas y variadas generando controversias y dudas, la posibilidad de que existan diferentes lugares de arbitrajes y en consecuencia distintos laudos y formas de ejecución es naturalmente mayor. En tal aserto la idea de que un solo ordenamiento jurídico pueda gobernar el arbitraje, porque se trata del ordenamiento de la sede, parece cada vez más anacrónica.

Los árbitros no pueden, ni siquiera siguiendo el criterio de la voluntad supuesta de las partes, ser asimilados a los tribunales nacionales del Estado de la sede. Esta constatación conduce necesariamente a una visión de la juridicidad del arbitraje anclada en una pluralidad de Estados, ya que cada Estado es libre de regular según su propia visión los arbitrajes que entren en contacto con su ordenamiento jurídico, ya sea porque una parte presente una demanda sobre el fondo de la controversia ante sus tribunales a pesar de la existencia de un convenio arbitral, porque sus tribunales a pesar de la existencia de un convenio arbitral, porque sus tribunales sean llamados a tomar ciertas medidas en apoyo del arbitraje, o porque los mismos sean llamados a prestar el concurso de la fuerza pública en el momento de la ejecución del laudo. Por el contrario, desde el punto de vista de los árbitros, estas consideraciones resultan insuficientes. Frente a la posibilidad de pretensiones contradictorias de diversos ordenamientos jurídicos en relación con un arbitraje determinado, los árbitros no pueden contentarse con constatar la pluralidad de estas pretensiones. Deben decidir ya sea mediante el método de lógica conflictualista —con el inconveniente de reducir la situación de carácter internacional a una situación doméstica— conectándola a un único ordenamiento jurídico o basándose en la aplicación de reglas materiales, sin duda más aptas para respetar el carácter internacional de la situación y para tomar en consideración la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que han exteriorizado su punto de vista sobre lo que puede ser considerado como un arbitraje digno de protección jurídica. En situaciones en que los árbitros, persuadidos por esta idea, buscan determinar las normas generalmente aceptadas, en un momento dado, en la comunidad internacional, para hacerlas prevalecer sobre aquellas que reflejan únicamente la posición aislada de un Estado, surge el cuestionamiento sobre la fuente transnacional del poder de juzgar del árbitro y, sobre la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral. Así, entonces, frente a la idea del arbitraje centrado en la noción de la sede, se ha pasado a una representación transnacional del arbitraje que no considera a cada Estado de manera aislada, sino que se centra en las tendencias que surgen de la actividad normativa de la comunidad internacional (Gaillard, 2010, pp. 43-45).

A partir del libro de Daniel Cohen, publicado en 1993, se empezó a hablar de «ordenamiento jurídico arbitral» (1993, p. 21), entendido como el «conjunto coherente de normas» sobre este mecanismo específico. Ello permite entender esta institución y profundizar en su estudio, pero no equivale a resucitar el debate sobre la *lex mercatoria* que tuviera lugar en los años ochenta y noventa del siglo XX. Lo que está en cuestión es el derecho aplicable al fondo de la disputa o al procedimiento arbitral, incluidas el dilucidar: si los árbitros pueden seleccionar el derecho aplicable recurriendo a reglas de conflicto que no sean las de la sede, si pueden aplicar al fondo de la controversia reglas que no sean las de un Estado determinado, y si pueden apartarse del procedimiento seguido ante los tribunales de la sede. El debate sobre estas cuestiones fue fructífero y las leyes modernas sobre arbitraje han liberado, a los árbitros del yugo de las reglas de conflicto de la sede, entendida como un foro, permitiéndoles aplicar los principios generales del derecho en lugar de un derecho interno específico y reconociéndoles la libertad de determinar los contornos del procedimiento arbitral, bajo la única reserva del respeto a la igualdad entre las partes y el respeto del principio contradictorio.

La expresión ordenamiento jurídico arbitral solo sirve para designar un sistema que fundamente de manera autónoma la consideración jurídica del arbitraje. Sin la coherencia de un sistema que posea fuentes propias, no podremos hablar de ordenamiento jurídico. Sin autonomía respecto del ordenamiento de cada Estado soberano, no podremos hablar de un ordenamiento jurídico arbitral (Gaillard, 2010, p. 47). En consecuencia, la validez y fuerza del arbitraje nace de la soberanía de cada Estado.

1.4. Elementos del arbitraje

El arbitraje es sustancialmente una institución con elementos propios y singulares, dotado de un conjunto de procedimientos y de técnicas destinado a resolver conflictos o dudas en la interpretación y ejecución de acuerdos o contratos, con un énfasis en la especialidad comercial de quienes deben emitir una solución.

Los elementos están referidos a las realidades significativas en el momento de perfeccionamiento de la relación obligacional y de nacimiento del arbitraje. De esa manera, podemos apreciar tres consideraciones: el consentimiento de las partes, la causa justa y la forma o fórmula arbitral. Las mismas son fundamentales, ya que su ausencia afecta sustancialmente la validez del negocio.

1.4.1. El consentimiento de las partes

La expresa manifestación de voluntad de las partes es necesaria para iniciar el negocio, siendo que debe ser expresa y manifiesta, y guardar concordancia con toda la teoría

de los contratos internacionales. Es esa expresión la que le da carácter de obligatoriedad para las partes y para la plena ejecución del laudo en el plano internacional. El caso eventual de un arbitraje forzoso es, más bien, un fenómeno aislado en el campo del Derecho interno o nacional, como bien señala Fouchard (1965, p. 8). El arbitraje es, por esencia, un acuerdo libre de voluntades de las partes, sean sujetos individuales, personas jurídicas o Estados. Admitir lo contrario es desnaturalizar su finalidad y función, ya que el arbitraje busca recomponer cualquier asimetría de poder que exista entre las partes o al momento de suscribir el contrato subyacente; de tal manera que la libre expresión y decisión de sometimiento es la razón de su existencia particular, lo que lo distingue de la acción jurisdiccional, en la que las partes no se pueden resistir a su sometimiento y, si así lo hicieran, serían penadas con el apremio.

El libre consentimiento de las partes es lo que les da consistencia y razón de ser a los contratos, y, como tal, al arbitraje, desde que este constituye una institución destinada a superar las controversias derivadas de dicho contrato e, incluso, a determinar su validez y ejecutabilidad.

Este libre consentimiento llega incluso a posibilitar que los sujetos puedan establecer sus propias reglas procesales de la manera que consideren más conveniente para facilitar la solución de sus conflictos. Así lo reconocen las diferentes leyes arbitrales latinoamericanas y particularmente el inc. 1 del art. 34 de la Ley General de Arbitraje del Perú (Decreto Legislativo N.º 1071) cuando establece que las partes podrán consentir libremente las reglas a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones. Lo cual también se extiende a las facultades de las partes y de los propios árbitros (Castillo Freyre, 2010, p. 96).

1.4.2. La causa justa

La «causa justa» es un elemento fundamental en este contrato, de tal manera que la decisión o compromiso arbitral debe guardar una equivalencia con los valores jurídicos y principios del medio ambiente cultural del país en el que se ha pactado y debe resolverse, pero, también, una equivalencia y relación con el negocio comercial que constituye el motivo de la operación. Por ello, todas las legislaciones internas establecen determinados asuntos que no pueden someterse a arbitraje. La elección del arbitraje como mecanismo de solución de controversias es libre, pero como toda libertad, tiene sus límites: en este caso, algunos asuntos no pueden ser arbitrables y, con frecuencia, tampoco conciliables.

La arbitrabilidad del litigio tiene especial relevancia con respecto al tema de la causa. De este modo, un litigio, para que pueda ser sometido a arbitraje, tiene que guardar una equivalencia valorativa con el régimen jurídico dentro del cual

se va a discutir. Por ello, hay determinadas situaciones reconocidas por casi todas las legislaciones que no pueden ser sometidas a arbitraje, como las relativas al estado y capacidad de las personas, el derecho al nombre, la filiación, la nacionalidad y la autoridad parental, aspectos todos que ponen en juego el orden público. También encontramos, a veces, la prohibición en el campo de la propiedad industrial y en materias relacionadas con la competencia comercial. Por ello, la Convención de Nueva York de 1958 hace referencia al orden público del país donde se ha de ejecutar el laudo arbitral, criterio que respeta la cultura de los pueblos y el Derecho interno de cada nación, ya que no se puede afirmar que, en homenaje a los criterios de globalización, todo debe ser estandarizado, forzando situaciones que resienten la cultura de las naciones.

La «causa justa» y la licitud del objeto o del asunto en discusión son elementos sustanciales en el arbitraje. La consecuencia inevitable para un contrato así afectado es, necesariamente, la nulidad absoluta. Y esa nulidad se proyecta, indefectiblemente, sobre la validez del laudo (Pérez Vargas, 1987, p. 123).

1.4.3. La fórmula contractual

El tercer y último elemento es la forma o la fórmula contractual, que viene a ser la objetivación de la voluntad explicada anteriormente. La mayoría de disposiciones y convenciones internacionales requiere la forma escrita para los efectos de reconocimiento y ejecución de los laudos en el exterior, de tal manera que existen diferentes fórmulas arbitrales que las partes adoptan e insertan expresamente en sus contratos, según las diferentes opciones que escojan. Así, no se puede afirmar que exista una aceptación presunta o tácita del arbitraje o que el silencio por sí solo significa aceptación de una propuesta arbitral. Se requiere una aceptación y los términos de la misma de una manera nítida, que incluya la extensión y los límites del acuerdo arbitral.

Los fundamentos jurídicos de las cláusulas arbitrales son: la autonomía de la voluntad y los usos del comercio internacional.

Las cláusulas arbitrales pueden estar incluidas en el contrato de compraventa internacional, el contrato de transporte o un determinado documento. En dicha individualización cobra importancia el sujeto contra el que se invocará la cláusula compromisoria, según se trate del sujeto contractual originario frente al porteador o cualquier tercero que reivindique un derecho sobre las mercancías, pero que es totalmente ajeno al contrato de compraventa (Espinosa Calabuig, 2007, p. 2).

El texto según el cual las partes optan por someter sus futuras diferencias o las que ocurran aunque ellas no lo hayan previsto varía de acuerdo con las exigencias de los sujetos o la recomendación de las diferentes entidades que asumen un arbitraje

institucional o proponen una ley modelo como la explicada anteriormente. Así, la CNUDMI o UNCITRAL propone la siguiente cláusula modelo:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

La versión en inglés o *arbitration clause* es:

Any dispute, controversy or claim resulting from or related to this contract, or any breach, resolution or invalidity thereof, shall be settled by arbitration pursuant to the UNCITRAL Rules of Arbitration in force.

La versión en francés o *clause d'arbitrage*:

Tout litige, dispute, ou demande auxquels la présente convention pourra donner lieu ou se rattacher, ainsi que sa non exécution, résiliation, ou nullité seront résolus par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'Arbitrage de la CNUDMI actuellement en vigueur.

La versión en portugués o *clausula de arbitragem*:

Todo litigio, controversie ou reclamação resultante deste contrato, relativo a este contrato, seu incumprimento, resolução ou nulidade, será resolvido por meio de arbitragem de conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CNUDMI, tal como se encontra em vigência.

La Cámara de Comercio Internacional de París, por otro lado, como institución prestigiosa del arbitraje y la conciliación, y que actúa como órgano de arbitraje administrado, propone otra fórmula. Así tenemos su expresión en castellano y varios idiomas:

Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente, de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

La versión en inglés es:

All disputes arising out of or in connection with this agreement shall be finally settled under the rules of arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said rules.

La versión en francés:

Tous les litiges auxquels la présente convention pourra donner lieu, et en particulier tant pour sa validité que pour son interprétation, son exécution ou sa résiliation, seront résolus par voie d'arbitrage par le Centre d'arbitrage de... et conformément à son règlement.

La versión en portugués:

Todas as desavenças derivadas deste contrato ou em relação a ele serão resolvidas de acordo com o Regulamento da Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional, por um ou mais arbitros nominados seguindo o regulamento.

La American Arbitration Association, AAA, que es una institución privada establecida en los Estados Unidos de América para promover y regular el arbitraje, propone a su vez la siguiente fórmula:

Excepto cuando el derecho aplicable lo disponga de otro modo, toda controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este, o todo incumplimiento, que no pueda resolverse mediante mutuo acuerdo, deberá resolverse por arbitraje obligatorio, de conformidad con el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje en vigor o, de conformidad con otros reglamentos de arbitraje acordados mutuamente por las partes involucradas. Todos los procedimientos de arbitraje deberán efectuarse en el Ciudad de [...]. Todo litigio que requiera arbitraje, deberá considerarse como tal cuando una de las partes notifique a la otra sobre este hecho.

La versión en inglés es:

Except as provided otherwise by applicable law, any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or any breach thereof, which cannot be settled by mutual agreement, shall be settled by binding arbitration in accordance with the Rules of the American Arbitration Association then in effect, or such other rules of arbitration as may be mutually agreed upon by the Parties hereto. All arbitration proceedings shall be held in the City [...]. A dispute requiring arbitration shall be deemed to have arisen when either party notifies the other party of the fact.

La versión en francés:

Sauf disposition contraire de la loi d'application, toute dispute ou demande, auxquelles la présente convention pourra donner lieu ou se rattacher, ainsi que sa non exécution, ne pouvant pas se conclure par voie d'un accord amiable, devra se conclure par voie d'arbitrage obligatoire conformément au Règlement de l'Association Américaine d'Arbitrage en vigueur, ou aux autres règlements d'arbitrage accordés par les parties. Toute procédure d'arbitrage devra avoir lieu à [...]. Une dispute est considérée comme une dispute demandant de l'arbitrage lorsqu'une des parties notifie à l'autre sur ce fait.

La versión en portugués:

Excepto quando o direito aplicável disponha de outro jeito, toda controversia ou reclamação resultante deste contrato ou relativo a este, a todo incumplimento, que não possa ser resolvido por acordo mutuo, deverá ser resolvido por arbitragem obrigatoria, de conformidade com o regulamento da Associação Americana de Arbitragem em vigor ou, de conformidade com outros regulamentos de arbitragem acordados mutuamente pelas partes envolvidas. Todos os procedimentos de arbitragem deverão ser efectuados na cidade de [...]. Todo litigio que requerir arbitragem, deverá se considerar como tal quando uma das partes notificar à outra sobre este fato.

El Tribunal Marítimo de Londres, para los contratos de transporte marítimo en particular, así como para los de fletamento en sus diversas modalidades y los de construcción naval, esboza también una fórmula arbitral:

Quando una controversia se deriva de la interpretación y cumplimiento de este contrato, deberá resolverse mediante arbitraje en la ciudad de [...] (señalar el lugar. Si esta línea no es completada, se entenderá que el arbitraje se efectuará en Londres, de conformidad con el Derecho Británico). Y se deberá remitir a un solo árbitro que será designado por las partes involucradas. Si las partes no pueden convenir en la designación de un solo árbitro, la controversia deberá resolverse mediante tres árbitros; cada parte designará un árbitro, y el tercero será designado por [...] (Si esta línea no es completada, se entenderá que el tercer árbitro deberá ser designado por la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres en Londres).

Si alguno de los árbitros designados se niega o es incapaz de actuar como tal, la parte que lo designó, deberá designar a otro en su lugar.

Si una de las partes no logra designar un árbitro —ya sea al inicio o para sustituir a otro— dos semanas después de que la otra parte, que designó su árbitro, haya notificado por correo, cable o télex, a la parte que cometió el incumplimiento, la solicitud de efectuar la designación, la parte que designó el tercer árbitro, previa solicitud de la parte que designó su árbitro, también designará un árbitro en representación de la parte que cometió el incumplimiento.

La sentencia pronunciada por el Tribunal de Arbitraje será decisiva y obligatoria para las partes y, de ser necesario, será ejecutada por el Tribunal o cualquier autoridad competente, como si se tratara de una sentencia en el Tribunal de Justicia.

Este contrato estará sujeto a las leyes del país convenido como lugar de arbitraje.

La versión en inglés es:

If any dispute should arise in connection with the interpretation and fulfilment of this contract, same shall be decided by arbitration in the city of [...] (the place of arbitration to be inserted). If this line is not filled in, it is understood that arbitration

will take place in London in Accordance with the English Law) and shall be referred to a single arbitrator to be appointed by the parties hereto. If the parties cannot agree upon the appointment of the single arbitrator, the dispute shall be settled by three Arbitrators, each party appointing one arbitrator, the third being appointed by [...] (if this line is not filled in it is understood that the third arbitrator shall be appointed by the London maritime Arbitrators Association in London).

If either of the appointed arbitrators refuses or is incapable of acting, the party who appointed him, shall appoint a new arbitrator in his place.

If one of the parties fails to appoint in arbitrator —either originally or by way of substitution— for two weeks after the other party having appointed his arbitrator has sent the party making default notice by mail, cable or telex to make the appointment, the party appointing the third arbitrator shall, after application from the party having appointed his arbitrator, also appoint an arbitrator on behalf of the party making default.

The award rendered by the Arbitration Court shall be final and binding upon the parties and may if necessary be enforced by the Court or any other competent authority in the same manner as a judgement in the Court of Justice.

This contract shall be subject to the law of the country agreed as place of arbitration.

La versión en francés:

Toute dispute auquel la présente convention pourra donner lieu, tant pour son interprétation que pour son exécution, sera résolue par voie d'arbitrage à [...] (lieu d'arbitrage à déterminer. Si cette ligne n'est pas remplie, Londres sera établi comme lieu d'arbitrage conformément à la loi britannique) et un seul arbitre sera désigné par les parties concernées. Si les parties ne peuvent pas se mettre d'accord sur la désignation d'un seul arbitre, la dispute devra être résolue par trois arbitres, qui seront désignés par chaque partie, le troisième étant désigné par [...] (si cette ligne n'est pas remplie, le troisième arbitre sera désigné par l'Association d'Arbitres Maritimes de Londres à Londres).

Si l'un des arbitres refuse ou est incapable d'agir en qualité d'arbitre, la partie qui l'a désigné devra en désigner un autre.

Si l'une des parties n'en désigne pas un —soit au début soit dans le cas de substitution— deux semaines après l'envoi de la notification par courrier, câble ou telex, de la partie ayant désigné son arbitre à la partie qui n'a pas fait la désignation à fin d'effectuer la dite désignation, la partie qui n'a pas fait la désignation à fin d'effectuer ladite désignation, la partie qui a désigné la troisième arbitre devra, après la demande de la partie qui a désigné son arbitre, désigner aussi un arbitre en représentation de la partie qui n'a pas fait la désignation.

La sentence prononcée par la Cour d'Arbitrage sera finale et obligatoire pour les parties et, le cas échéant, exécutée par la Cour ou une autorité compétente comme un jugement dans la Cour de Justice.

Ce contrat devra être soumis à la loi du pays déterminé comme lieu d'arbitrage.

La versión en portugués:

Quando uma controversia deriva-se da interpretação e cumprimento deste contrato, deverá ser resolvida por meio da arbitragem na cidade de [...] (consignar o lugar de arbitragem. Se esta linha não for completada, entender-se-á que a arbitragem será efetuada em Londres, de conformidade com o direito britânico). E deverá se remitir a um só árbitro que será designado pelas partes envolvidas. Se as partes não puderem convir na designação de um só árbitro, a controversia deverá ser resolvida por meio de 3 árbitros; cada parte designará um árbitro e o terceiro será designado por [...]. (Se esta linha não for completada, entender-se-á que o terceiro árbitro deverá ser designado pela Associação de Arbitros Marítimos de Londres, em Londres).

Se algum dos arbitros se negar ou for incapaz de atuar como tal, a parte que o designou, deverá designar outro no seu lugar.

Se uma das partes não conseguir designar um árbitro —seja no início ou para substituir outro— duas semanas depois de que a outra parte, que designou o seu árbitro, tenha notificado por correio, cabo ou telex, à parte que cometa o incumprimento, a solicitude de efetuar a designação, a parte que designou o terceiro árbitro, com solicitude previa da parte que designou seu árbitro, também designará um árbitro em representação da parte que cometeu o incumprimento.

A sentença pronunciado pelo Tribunal de Arbitragem será decisiva e obrigatoria para as partes e, de ser necesario, será executada pelo Tribunal ou qualquer autoridade competente, como se tratasse de uma sentença no Tribunal de Justiça.

Este contrato estará sujeito às leis do país que convierem como lugar de arbitragem.

1.5. Cláusula compromisoria y convenio arbitral

El acuerdo arbitral es el convenio que da nacimiento al arbitraje. Su expresión o materialización puede darse a través de la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral.

La cláusula compromisoria se estipula antes de que surja la controversia y se pacta previendo conflictos futuros que puedan presentarse con motivo de la ejecución o interpretación de un contrato comercial; por ello, a la cláusula compromisoria también se la ha venido llamando «contrato preliminar de arbitraje», aun cuando son dos categorías distintas. Luego, es menester distinguirlas; y, para ello, es necesario diferenciar o precisar si el objeto está o no claramente determinado.

Si únicamente falta el objeto y todo lo demás está precisado, estaremos frente a un caso de ineficacia originaria por indeterminación objetiva y, en este sentido, frente a una cláusula compromisoria que incluso es tal aun si faltaran otros aspectos, como puede ser la determinación de los árbitros. Por el contrario, si se ha determinado el objeto de la controversia, estaremos ante un compromiso arbitral.

Creemos que el único aspecto que permite distinguir la cláusula compromisoria del compromiso es la determinación del objeto de la controversia; los demás elementos posibilitan apreciar con más claridad la diferencia, pero no nos llevan a encajar una declaración con cualquiera de las categorías indicadas. Así, por ejemplo, el caso de la ausencia en la designación de los árbitros.

Pero aun en esta eventualidad no estamos ante un caso de ineficacia, pues las partes pueden haber establecido algún mecanismo para una futura designación; se trataría de un caso de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva, que se mantendrá mientras el árbitro no esté claramente designado y en tanto no acepte. La dación y aceptación del árbitro viene a precisar el compromiso arbitral especificando su destinatario y, entonces, al completarse el supuesto surgirá el efecto final: el sometimiento arbitral. Quiere decir que desde un comienzo y antes de la determinación de los árbitros ya había una situación relevante para el Derecho, que tenía una eficacia preliminar, que es garantizar la situación final: este es el sentido de los efectos preliminares, como la posibilidad de exigir la formalización del compromiso arbitral si únicamente existe una cláusula compromisoria, la posibilidad de que la parte demandada oponga la excepción de compromiso y la posibilidad de obtener judicialmente el nombramiento del árbitro cuando una de las partes se niega a dar cumplimiento al sistema de designación acordado (Pérez Vargas, 1987, p. 115).

Pero algunos autores, entre ellos Carlos Rodríguez González-Valadez, hacen un distingo mayor: el compromiso, la cláusula compromisoria y el convenio arbitral. Por el primero se entiende al acuerdo de voluntades según el cual las partes deciden que en el futuro, cuando se presente una controversia, se alejarán de la jurisdicción común a la cual están sometidas naturalmente y, para ello, diseñan otro medio dentro del cual pretenden resolver un litigio con la intervención de terceros. Por su parte, el compromiso arbitral, si bien participa de las notas indicadas, incluye, además, el objeto específico, es decir, la controversia eventual en la cual las partes estarían inmersas, y asume, desde ya, el fiel cumplimiento de la decisión a la que lleguen. Así, Jean Robert y autores latinoamericanos como Víctor Pérez Vargas, Carlos Rodríguez González-Valadez, Fernando Vidal Ramírez y Carlos Cárdenas Quiroz sostienen que la diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso es que mientras la primera es un acuerdo anterior en previsión de un posible conflicto, el compromiso y el convenio arbitral suponen un litigio ya existente. De donde se puede concluir que la

cláusula compromisoria es un contrato preparatorio que considera una promesa de hacer, en tanto que el compromiso es, más bien, un hacer, al igual que el convenio arbitral, que viene a ser un acto jurídico constitutivo.

La cláusula compromisoria es, pues, un acuerdo previo establecido cuando todavía no media conflicto alguno; por lo contrario, las partes están iniciando o se encuentran efectuando sus obligaciones y deciden que, si en algún momento se produce un desentendimiento, recurrirán a un arbitraje o a una conciliación, en tanto que el compromiso arbitral es el sometimiento a una jurisdicción arbitral distinta de la formal y usual creada por el Estado.

Como se puede apreciar, existe una tenue línea gris entre estas dos situaciones; en ambas, las partes buscan, precisamente, alejarse de la llamada jurisdicción común, de tal manera que, en todo caso, la diferencia se refiere al momento de su creación que, además, es voluntaria y mutua. Por ello, es posible afirmar que la cláusula compromisoria es un contrato de opción recíproca. La diferencia entre compromiso y cláusula compromisoria radica en la determinación del objeto específico que será sometido a arbitraje y que está precisado en el compromiso arbitral.

Las legislaciones de muchos países, como la Ley de Arbitraje del Perú (Decreto Legislativo 1071), han superado recientemente esta distinción y, más bien, se refieren al convenio arbitral siguiendo una corriente más armónica que no quiere ser detallista en su ordenamiento ni en sus variadas formas o tipos de solución de controversias. Así, la tercera disposición final señala que la «[...] cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al Convenio arbitral [...]». Con lo cual asemeja ambas situaciones.

Sin embargo, algunos estudiosos opinan que es importante distinguir entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral pues la primera no se agota en un conflicto, vive mientras subsista el contrato que le dio vida (García-Calderón Moreyra, 2004, pp. 63-64).

Hay que advertir, además, que ambas posibilidades —es decir, tanto el compromiso como la cláusula compromisoria— permanecen vinculadas al contrato del cual se derivan y que su existencia e, incluso, su validez dependen de la existencia del contrato al cual se refieren. De este modo, en estas dos posibilidades hay una suerte de accesoriedad respecto del contrato principal, hecho que no necesariamente ocurre en el caso del convenio o contrato arbitral, que mantiene independencia siguiendo esa autonomía propia de los contratos complementarios del comercio internacional, como es el caso del crédito documentario, de la garantía bancaria y de la garantía a primera solicitud. Sin embargo, la doctrina no es unánime respecto a encontrar esta diferencia en la cláusula compromisoria y en considerarla tan autónoma como el contrato arbitral; en cambio, no hay duda alguna en cuanto al compromiso y el contrato arbitral.

Así, pues, tanto el compromiso como la cláusula compromisoria tienen en común su dependencia del contrato que les da origen, es decir, están unidos al contrato base o contrato subyacente. En cambio, el contrato arbitral o el convenio de arbitraje adquiere autonomía e independencia, como los nuevos modelos contractuales del comercio internacional. De este modo, estamos ante un contrato autónomo. Es un contrato entre las partes que se comprometen, destinado a resolver una controversia derivada de un contrato subyacente a través de un proceso determinado o determinable, que obliga a cada una de las partes de manera definitiva, pero que se independiza del contrato que lo contiene o le da origen y adquiere autonomía plena.

1.6. Tipos de arbitraje

El arbitraje general puede adoptar diferentes tipos según el enfoque o procedimiento específico. Así, podemos distinguir el arbitraje de conciencia y de derecho, el arbitraje de Estado y el privado, el comercial y el civil, el institucional y el *ad hoc*, el bilateral o multilateral, el presencial y el virtual, así como el nacional y el internacional. Sin embargo, tratándose del arbitraje comercial internacional, es ocioso tener que incluir como clasificación el tipo nacional y el internacional, de tal manera que en la presente tipología solo mencionaremos los cinco primeros tipos o variables.

También podría agregarse a esta clasificación el arbitraje estatutario, contenido en los estatutos de las sociedades comerciales, y el testamentario, incluido en un testamento, pero excepto en el primer caso, que se trata de un arbitraje específico para las empresas comerciales, el arbitraje testamentario no es una figura del Derecho Comercial sino, más bien, del Derecho Civil.

Hay quienes, en cambio, sostienen que también se puede incluir en esta clasificación al arbitraje voluntario y al obligatorio. Y esto sí es una equivocación metodológica y epistemológica, porque no se pueden clasificar las cosas y las categorías jurídicas por lo que no son sino por lo que, en esencia, son.

En efecto, si como se ha demostrado y es entendible el arbitraje es fundamentalmente voluntario, no se puede clasificar como un tipo o variable al llamado arbitraje obligatorio, porque ello desnaturalizaría la institución.

Los pocos que sostienen esta clasificación se basan en las Leyes 26850 y 27330 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), dadas en el Perú a fines del gobierno de Fujimori, que establecían, en su art. 53, la obligatoriedad del arbitraje y la conciliación en las controversias surgidas sobre la ejecución o interpretación de los contratos suscritos con el Estado. Luego, en un gobierno democrático, en el año 2001 se publicó el Texto Único Ordenado (D.S. 012-2001-PCM) de la Ley 26850, que transcribe textualmente ese numeral, con el mismo ordinal, consagrando

el arbitraje obligatorio. Finalmente, el art. 40 del Decreto Legislativo 1017, reiteraba esta obligatoriedad. Ello, sin embargo, no disminuía la antijuridicidad de la norma porque el Derecho y la ley establecen que el arbitraje es una jurisdicción excepcional que tiene carácter voluntario, como lo reconoce el Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje del Perú. De esta manera, la norma que se refiere a la obligatoriedad arbitral es antijurídica, ya que solo es válida una clasificación en mérito a sus variantes sin que pierda su esencia o naturaleza jurídica básica y no por lo que dicha figura no es en propiedad. En todo caso, es una patología de la ley peruana que no se puede extender a las condiciones propias o a la naturaleza del arbitraje, pues no cabe entre los elementos básicos de la institución.

La naturaleza del arbitraje es el carácter privado de su conformación lo cual implica que sea planteado voluntariamente por las partes ya que la autonomía de la voluntad constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. En efecto, recurrir a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes (Castillo Freyre & Sabroso Minaya, 2009, p. 22).

De tal manera que querer clasificar este medio entre arbitraje voluntario y arbitraje obligatorio es una incongruencia o una tautología.

1.6.1. Arbitraje de conciencia y de derecho

El arbitraje de conciencia o de equidad, también conocido como *ex aequo, ex bono*, es aquel que se basa en los criterios de conciencia y de la buena fe del árbitro que conoce del conflicto. Usualmente, debería ser una sola persona, ya que es difícil encontrar dos o más criterios iguales. Sin embargo, la práctica nos demuestra que puede existir un tribunal que enfrente y resuelva las diferencias sobre la base de criterios de conciencia.

El arbitraje de derecho, también conocido como *stricto iure*, es aquel que se basa en el estricto cumplimiento de las normas de Derecho, leyes o tratados, pero también puede tener en cuenta los usos y costumbres libremente aceptados por las partes, como serían las medidas de seguridad y de control estipuladas por los operadores en sus contratos comerciales, como, por ejemplo, las reglas del Folleto N.º 600 de la Cámara de Comercio Internacional (París) sobre créditos documentarios.

1.6.2. Arbitraje de Estado y privado

El arbitraje de Derecho público es aquel que se celebra entre Estados soberanos sobre la base del respeto de las reglas del Derecho Internacional. Así, por ejemplo, es el que se da cuando los Estados se someten a la Corte Internacional de Justicia de la Haya para cualquier controversia jurídica respecto de algún otro Estado que haya suscrito cláusula similar.

Y en este caso de sometimiento, también se puede apreciar que la propia Corte reconoce la libre voluntad expresada de los Estados de someterse o no a la jurisdicción arbitral, ya que, aun cuando cada Estado miembro de Naciones Unidas lo es también de la Corte, para someterse a la jurisdicción de esta se requiere expresamente que acepte en forma unilateral su competencia, como lo estipula el art. 36 de los Estatutos de la Corte Interamericana de Justicia.

Esta modalidad siempre ha sido utilizada con explicable cautela por los países latinoamericanos, en mérito al razonamiento de la llamada doctrina Calvo, que tiene su origen en la desconfianza del arbitraje público. Pero se ha venido imponiendo por la fuerza de los organismos financieros internacionales, que a través de convenios internacionales hacen que nuestros países renuncien a sus soberanías sometiéndose a convenios internacionales como el Convenio MIGA del Banco Mundial o el Convenio OPIC de Estados Unidos de América.

El arbitraje de Derecho Privado es, en cambio, aquel que se desarrolla entre sujetos o personas de derecho privado, que también incluye a las empresas públicas que tengan estatutos de personas jurídicas privadas, en cuyo caso el Estado se despoja de su *ius imperium* para revestirse del *ius gestionis*, o sea, para mostrarse como un sujeto privado.

1.6.3. Arbitraje comercial y civil

El arbitraje comercial es aquel que se realiza cuando la controversia o el asunto recae en el campo del comercio internacional o de un contrato de comercio internacional como los que estamos tratando.

El art. 1 de la Ley Modelo de la UNCITRAL (1985) hace referencia al arbitraje comercial internacional sin precisarlo y reconociendo una amplitud en la cual es posible, pueden incorporarse cualquier contrato internacional u operación mercantil.

Muchas legislaciones arbitrales han preferido eliminar este requisito, suprimiendo de esa manera una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional que genera la Ley Modelo de la UNCITRAL ante la inexistencia de una definición precisa de lo que se entiende por «comercial» (Cantuarias Salaverry, 2005, p. 214).

El arbitraje civil, en tanto, incluye a cualquier otro asunto o conflicto diferente del comercial e incluso diríamos del financiero.

Algunos de los más destacados autores latinoamericanos (Leonel Perezniето Castro, James A. Graham, Rubén B. Santos Belandro y Gonzalo García-Calderón Moreyra) omiten abordar la definición de lo que se entiende por arbitraje comercial internacional, aunque sus libros llevan ese título genérico.

Ello nos obliga a señalar que todo arbitraje comercial puede ser internacional, pero que todo arbitraje civil es usualmente nacional, excepción hecha de aquellos que se refieren al destino de los bienes producto de una herencia o de un legado testamentario, siempre que alguno de ellos esté ubicado en un país distinto de aquel en el que se hace el testamento.

En caso del arbitraje comercial bastará que las partes al momento de celebrar el convenio arbitral tengan sus establecimientos en diferentes Estados.

1.6.4. Arbitraje institucional y *ad hoc*

Cuando el arbitraje es administrado por una institución privada arbitral se dice que estamos frente a un arbitraje institucional. Este tipo se puede pactar al momento de la celebración del contrato o con posterioridad, siendo que, usualmente, las instituciones tienen una fórmula arbitral que se incluye textualmente en el contrato o se acepta *a posteriori* y se suscribe de manera simultánea.

En América Latina existen varias instituciones arbitrales que prestan este servicio, como son el Centro de Arbitraje de México (CAM); la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC); la Cámara de Comercio de Lima; el Centro Internacional de Administración y Comercio (CIAC), y el Centro de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) del Perú; la Cámara de Comercio de Buenos Aires, y la Cámara de Comercio de Bogotá.

El arbitraje *ad hoc* es, en cambio, conducido directamente por los propios árbitros, quienes convienen sus reglas específicas y sus procedimientos, aunque pueden acudir a una institución arbitral para que les facilite su infraestructura administrativa y secretarial. Este tipo requiere que las partes se pongan de acuerdo no solo en la relación con la ley que va ser aplicada al fondo del asunto sino respecto al procedimiento, el mecanismo de selección de los árbitros, el lugar de arbitraje, el idioma y las etapas probatorias, de peritos y del laudo. Usualmente, se opta por este tipo cuando ya ocurrió la controversia.

1.6.5. Arbitraje bilateral o multilateral

Como su nombre lo ilustra, en el arbitraje bilateral intervienen dos partes, aunque cada una de ellas puede ser un país, una empresa o un solo individuo.

En tanto que el arbitraje multilateral involucra a más de dos partes e incluso más de dos controversias. Por ejemplo, en un contrato de construcción pesada puede recurrirse al arbitraje para decidir acerca de dos controversias surgidas en la misma ejecución de obra, una entre el comprador y el contratista, y otra entre el comprador y el diseñador o proyectista. También podría darse el caso de que un arbitraje

multilateral derivado de un contrato de compraventa —como por ejemplo la venta de mercancías de A para B y la posterior reventa a C— puede ser enfrentado en dos etapas: una para resolver la situación entre A y B, y luego la controversia entre B y C, aun cuando ambas son consecuencia del mismo defecto de las mercancías.

1.6.6. Arbitraje presencial y virtual

El arbitraje presencial es aquel que todos conocemos y que se realiza en una institución o en cualquier otro lugar frente a los árbitros, las partes y los peritos.

Los diferentes actores están físicamente en un mismo escenario e interactúan en el tribunal arbitral, como pueden ser las Cortes o Cámaras Internacionales de Arbitraje.

En tanto que la forma virtual es aquella que se apoya o usa los medios electrónicos de información usando la red internacional. Las partes y los árbitros pueden estar en lugares y horarios diferentes. Sus comunicaciones se hacen usando cualquier medio de comunicación electrónica. Es lo que se conoce como el cyberarbitraje y que se está abriendo paso para controversias entre productores y consumidores debido a su menor costo ya que las partes y los árbitros no tienen que desplazarse de sus naturales domicilios o establecimientos.

2. LA CONCILIACIÓN COMERCIAL

La conciliación es también una técnica mediante la cual las partes que tienen una diferencia basada en sus relaciones mercantiles —sea a través de casos particulares de compraventa o de transporte— tratan de superar el conflicto, con la colaboración y participación activa de una persona especializada que busca averiguar y seleccionar fórmulas de solución con miras a mantener una relación fluida de los operadores comerciales.

Es un método alternativo, ya que, además de la función jurisdiccional del Estado —destinada a solucionar, por medio de funcionarios previamente designados, los conflictos de sus ciudadanos—, se presenta con procedimientos y especialistas *ad hoc* como un medio adicional para conseguir el mismo fin que el aparato judicial.

Es un mecanismo en el cual las partes tratan de llegar a una solución que satisfaga a ambas, propiciando para ello fórmulas y alternativas viables. A diferencia del procedimiento judicial en el que un tercero, el juez, es quien da la solución, en la conciliación son las partes las que, de mutuo acuerdo, esbozan la solución, que viene a ser el acuerdo conciliatorio.

Existen diferencias entre el arbitraje y la conciliación. La primera de ellas es que en el caso del arbitraje, su director, el árbitro, está revestido de la misma autoridad que el juez, es decir, las partes se someten libremente a la decisión de un tercero. En cambio,

en la conciliación, el agente o el conciliador no puede decidir sobre el conflicto o la controversia; solo puede sugerir o motivar para que las partes, por sí mismas, decidan. Por otro lado, en lo que corresponde al nivel de decisión y su consolidación, apreciamos que el arbitraje, una vez culminado con el laudo, se impone a cada una de las partes; en tanto que en la conciliación, si no se llega a un acuerdo conjunto, se puede recurrir a la vía arbitral o a la judicial. Finalmente, en cuanto a la formalidad, el arbitraje tiene un procedimiento establecido sea a través de los centros de arbitraje o del arbitraje *ad hoc*, mientras que la conciliación es un proceso menos formal, que da al intermediario la posibilidad de indagar confidencialmente el propósito y el ánimo de las partes. Sin embargo, se han elaborado algunos reglamentos para facilitar su uso.

Uno de ellos es el de la CNUDMI o UNCITRAL, que ha elaborado las Reglas de la Conciliación 1980 (Resolución 35/52), diseñadas para asistir a las partes con el fin de que lleguen a acuerdos amigables y mantengan una buena relación comercial, basada en el dominio de la razón y en la confianza mutua. Pero este reglamento puede ser modificado o excluido en parte por los sujetos que quieren dilucidar su controversia e, inclusive, ser superado con otros esquemas de indagación, de tal manera que podemos llegar a la conclusión de que este mecanismo tiene como característica su espontaneidad y la falta de normas rígidas que regulan su desenvolvimiento.

El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI está al servicio de las instituciones constituidas a tal efecto, como existen en Argentina, Colombia, Perú y Uruguay. Propone un modelo de cláusula que se puede incluir en un contrato comercial internacional o a través de correos electrónicos o cartas en que los operadores convengan en resolver sus posibles y eventuales controversias. Así, se puede establecer la siguiente cláusula:

Cuando en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, esta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

La versión en inglés:

When a controversy originating from or related to this contract arises, and the parties concerned want to reach mutual agreement by settlement, this shall be carried out pursuant to the UNCITRAL Rules of Settlement currently in force.

La versión en francés:

Dans le cas d'une auquelle la présente convention pourra donner lieu ou se rattacher, lorsque les parties désireront conclure un accord par voie de conciliation, il devra s'effectuer conformément au Règlement de Conciliation de la CNUDMI actuellement en vigueur.

La versión en portugués:

Cuando se der o cas de uma controversia derivada do contrato, ou em relação a ele, e as partes desejem chegar a uma transação amistosa dessa controvérsia, esta terá lugar de conformidade com o Regulamento de CNUDMI.

La CNUDMI o UNCITRAL también ha diseñado, siguiendo una práctica que ha tenido buena acogida, una ley modelo sobre conciliación comercial internacional, que está a disposición de la comunidad internacional desde el 19 de noviembre del 2002 (52.ª sesión plenaria). Este instrumento reconoce el valor que tienen para el comercio mundial los métodos de solución de controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa y propone una ley modelo para la conciliación, asimilándola a la mediación. Para estos efectos, conciliación y mediación se consideran términos similares.

La ley modelo sobre estos mecanismos ha sido estructurada de una manera ágil y concisa, a fin de que pueda ser aceptada por Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, y contribuirá al desarrollo de unas relaciones económicas internacionales armónicas en la medida en que la incorporen a su Derecho interno (véase Anexo).

Esta ley modelo, conjuntamente con el Reglamento de Conciliación recomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales.

3. SOBERANÍA Y ARBITRAJE

Hasta el decenio del 70, las Constituciones de los países de América Latina prohibían expresamente que los Estados se sometieran a la jurisdicción de tribunales extranjeros, pues ello representaba una pérdida de soberanía y la posibilidad deshonrosa de que, en el propio país, se ejecutara una sentencia emitida por un juez de una potencia extranjera.

Posteriormente, algunas Constituciones, como la del Perú de 1979, abrieron la posibilidad de que, en cuestiones de contratos financieros, se hiciera una excepción. Era un requisito del sistema financiero, que dudaba de la independencia e idoneidad de los jueces peruanos y cuestionaba que el país prestatario fuera juez y parte de las cuestiones controvertidas, que, en el caso de los contratos de préstamo, son siempre el pago, la mora y los intereses.

Sin embargo, el tema de la soberanía ha seguido latente, ya que, aun cuando fuera una norma de excepción por la cual se declinaba la jurisdicción, quedaba sin resolver el asunto de la ejecución de la sentencia. Así, se planteó la alternativa del arbitraje como el mecanismo más idóneo; aun cuando había normas y trabajos pioneros sobre arbitraje, esta figura no tenía una gran tradición en América Latina.

El arbitraje fue un medio alternativo que, rápidamente, fue admitido por nuestros países en mérito a su carácter confidencial y a que no dañaba el sentimiento soberano de sus Estados, ya que se hacía a través de una institución especializada que tenía carácter internacional, cuya elección era acordada por los propios Estados comprometidos y cuyos laudos también podían ejecutarse por el acuerdo previo de los mismos. De esa manera, no era un tribunal extranjero el que imponía su decisión sino un organismo especializado que tenía estatus internacional.

Respecto de la soberanía estatal y la forma en que esta sería afectada por una sentencia o laudo extranjero, conviene distinguir la jurisdicción de la ejecución. A cualquiera de ellas puede renunciar un Estado a través de un convenio arbitral. «Una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y de forma irrevocable. Es decir, el Convenio arbitral implica *per se* una renuncia a eventuales excepciones de inmunidad de jurisdicción» (Montoya Alberti, 1989, p. 485).

Sin embargo, la renuncia a la jurisdicción no implica, necesariamente, una dimisión a la ejecución. Y aun en el caso que fuera expresa, es difícil y embarazosa, cuando no causa de conflictos mayores. Por eso se han tenido que esbozar acuerdos y tratados bilaterales o multilaterales, para no crear fricción entre soberanías. De esa manera, la ejecución es posible cuando las partes son Estados contratantes en convenios sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Así, podemos apreciar que a partir del decenio de los 90, en América Latina, se han suscrito diversos convenios internacionales dentro de instituciones financieras internacionales, así como acuerdos bilaterales de protección a la inversión extranjera o llamados de estabilidad tributaria.

Precisamente, estos acuerdos o convenios de estabilidad tributaria celebrados por muchos países latinoamericanos incluyen cláusulas de arbitraje o convenios arbitrales según los cuales el Estado y los inversionistas extranjeros deciden someter a arbitraje cualquier controversia o conflicto derivado de la ejecución de los acuerdos de inversión extranjera directa.

Casi todas las Constituciones de América Latina otorgan a sus Estados la posibilidad de someter al arbitraje cualquier controversia surgida, excepto los asuntos de Derecho Público y relacionados con las facultades soberanas del Estado, como son, obviamente, las obligaciones tributarias.

Un caso reciente ocurrido en el Perú exige ser comentado con cierto detalle, no porque el arbitraje sea inconveniente para determinados asuntos de inversión extranjera directa sino para apreciar cómo el interés obsesivo de determinadas inversiones tuerce el fin de un arbitraje saludable, al considerar como materia arbitrable algo que no lo es, como es el caso de los tributos, circunstancia que afecta el elemento esencial del arbitraje, tal es la causa justa, es decir, la licitud del objeto o del asunto en discusión, como se ha explicado anteriormente.

El caso en cuestión se suscitó en el Perú a fines del año 2001, cuando las empresas de capital chileno EDELNOR y Luz del Sur presionaron, con la anuencia de algunos funcionarios públicos, para que se sometiera a arbitraje la acotación tributaria sobre sus ganancias o utilidades dispuesta por la autoridad tributaria: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

Hay, sin embargo, dos temas de fondo que deben ser explicados con claridad. Las empresas mencionadas celebraron convenios de estabilidad jurídica con el Estado peruano, algunas de cuyas cláusulas establecían el congelamiento por diez años del impuesto a la renta. En otras palabras, aumentase o disminuyera la tasa de ese impuesto, ello no podía afectarlas.

En setiembre de 1994, el gobierno peruano, durante el régimen de Fujimori, dictó el Decreto Supremo N.º 120-94-EF, exonerando de tributos a las empresas que decidieran fusionarse o escindirse. Esta norma era inconstitucional porque un decreto supremo no puede dar exoneraciones tributarias que solo es posible determinar por ley, según lo dispone la Constitución Política del Perú en su artículo 74, que dice: «Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo [...]».

En efecto, el asunto se desarrolló según el siguiente detalle:

Edelnor se fusionó y Luz del Sur se escindió; ambas libres del pago de impuestos. Edelnor, la gran y fuerte empresa de Lima, se fusionó y fue absorbida por Eddechancay, que lógicamente pertenece a los mismos dueños. Antes de eso, Edelnor revaluó sus activos, para luego aplicando el Decreto Supremo de marras volver a depreciarlos y deducir esos montos de su base imponible. Como resultado, la “nueva” empresa no pagó nada de Impuesto a la Renta. Luz del Sur hizo algo parecido, pero por el camino de la escisión. Depreció sus activos, los revaloró nuevamente; para luego, después de la escisión, volver a depreciarlos por segunda vez y tampoco pagar el Impuesto a la Renta que le correspondía.

Las empresas eléctricas, sin haber renunciado previamente a sus Convenios de Estabilidad Jurídica (y tributaria), se acogieron a los beneficios que les daba el aludido decreto, a pesar de que era inconstitucional y de que les estaba prohibido

por sus propios convenios. El D.S. 120-94-EF fue derogado en 1998, mediante la Ley 27034. Entonces la Sunat finalmente decidió cobrarles el Impuesto a la Renta en 1999 y 2000. Las empresas ni siquiera recibían las notificaciones, obligando a Sunat a enviarles cartas notariales.

La Constitución faculta al Estado peruano a someter al arbitraje cualquier controversia surgida de la interpretación de cláusulas contractuales. Lo que no permite es que se sometan al arbitraje asuntos de derecho público referidos a las instituciones y a las facultades soberanas del Estado, como son las obligaciones tributarias. Si alguien discrepa de una acotación de la Sunat puede apelar al Tribunal Fiscal y si no está conforme por lo resuelto por este, puede recurrir al Poder Judicial mediante una acción contencioso administrativa. Esa es la vía constitucional en el Perú. Lo que no se puede hacer es dejar el tema en manos de jueces particulares como son los árbitros.

Por otro lado, si bien los Convenios de Estabilidad firmados por las empresas contenían cláusulas arbitrales, estas solo son aplicables a las controversias que surjan de las estipulaciones del convenio. Los beneficios de exoneración tributaria que pretenden las empresas no formaban parte integrante de los Convenios de estabilidad jurídica, por lo que no existe justificación alguna para invocar un arbitraje sobre la aplicación o no de los dispositivos de excepción a las empresas eléctricas. El Estado no puede renunciar a su soberanía, frente a poderosos intereses económicos que deben cumplir con las leyes de un país urgido por necesidades vitales (Diez-Canseco C., 2001).

La existencia y operatividad del arbitraje tiene como basamento la autonomía y poder soberano de cada Estado que le permite decidir sobre la existencia y ámbito de este mecanismo de solución de diferencias, lo que a menudo, supone que dicho Estado aprecie, retrospectivamente, la validez del compromiso o convenio arbitral sobre el cual se asienta el laudo y la regularidad del procedimiento arbitral.

De tal manera que cada Estado está facultado para pronunciarse respecto del acto privado que constituye la cláusula compromisoria y su resultado final el laudo arbitral internacional.

El orden mundial se mantiene en equilibrio gracias a que desde la Paz de Westfalia (1648) se basa en la yuxtaposición de las soberanías con exclusión de cualquier otro orden supranacional, y las organizaciones internacionales solo son legítimas en la medida en que sean producto de la voluntad de los Estados soberanos. Naturalmente, este modelo no excluye la cooperación internacional entre Estados.

La Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958 refleja con gran exactitud esta concepción. La citada Convención reduce considerablemente la importancia del papel de la sede del arbitraje y, sin prohibir al Estado de la sede controlar

a su manera los arbitrajes celebrados en su territorio, se concentra esencialmente en las condiciones de reconocimiento de los laudos en el ordenamiento jurídico del o de los lugares de ejecución (Gaillard, 2010, pp. 36 y 37). En consecuencia, y a pesar de los movimientos tendentes a restar poder a los Estados y a disminuir su tamaño, cada uno de ellos posee la capacidad de imponer límites a la sanción arbitral dentro del ámbito de su propio ordenamiento jurídico.

4. ÉTICA Y ARBITRAJE

El desarrollo espectacular del comercio internacional y el acelerado sentido de competencia que caracteriza la acción de las empresas transnacionales apoyada por las innovaciones de las telecomunicaciones y la protección de los paraísos fiscales ha incentivado la corrupción en casi todos los niveles del intercambio.

Y es que lamentablemente el desarrollo tecnológico no ha ido a la par con el desarrollo ético y moral en el campo de las relaciones económicas y comerciales donde los operadores buscan conquistar los mercados sin reparar en un instante en los límites de la lealtad ni la moral, erosionando de igual manera, aunque con menor intensidad, la conducta de los árbitros.

Si bien es cierto en los últimos diez años se han multiplicado los dispositivos legales que condenan la corrupción en el ámbito internacional como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003), la Convención Interamericana contra la corrupción (1996) y la Convención de la OCDE para combatir el cohecho, la coima o la mordida de los servidores públicos en las transacciones internacionales (1997); a las cuales se suman diversas normas del derecho interno latinoamericano; su eficacia ha sido tenue y parcial, cuando no nula.

En el caso de los árbitros las reglas éticas se han orientado en proteger su independencia y autonomía a partir de estatutos de actuación y designación.

El árbitro posee un poder extraordinario y no responde ante autoridad o colegiado alguno que pueda sancionarlo con la expulsión o suspensión de sus actividades. A ello se suma el carácter reservado y sigiloso que tiene el proceso. Tan altos atributos que le permiten actuar con independencia y autonomía en busca de la justicia y sobre todo de la equidad obligan a una juiciosa y detallada selección y al cumplimiento de obligaciones muy precisas antes y durante el proceso.

Los árbitros son al igual que los magistrados de la administración de justicia ordinaria, personas dotadas de los mismos atributos y virtudes pero también susceptibles de las mismas tentaciones y desviaciones razón por la cual se ha de tener el mayor cuidado en su selección y la obligación de excusarse cuando tenga intereses con una de las partes o en la causa.

Así, los árbitros están obligados a revelar cualquier circunstancia de carácter personal, laboral o de gestión que mantengan con las partes o las empresas en conflicto. Ello es, a veces, difícil de determinar en el ámbito internacional pues las empresas internacionales actúan a través de otras sociedades como el *holding* o con matriz domiciliada en algún paraíso fiscal.

La obligación de revelar esas limitaciones permanece durante todo el proceso arbitral, pues pueden aparecer después de la nominación, tal como se desprende del Código de Ética para árbitros en disputas comerciales de las dos más importantes asociaciones de abogados de Estados Unidos de América: la American Bar Association (ABA) y la American Association of Arbitrators (AAA). Obligación que incluso se extiende por un lapso después de concluido el arbitraje. Sin embargo, las instituciones arbitrales deben abstenerse de exigir revelaciones excesivas o que resulten intrascendentes en razón de la cuestión en conflicto o a la red de relaciones sociales que suelen establecerse en los gremios profesionales (Zolezzi Ibárcena, 2010, p. 25).

La obligación principal del árbitro es el cuidado prolijo del procedimiento, conduciéndolo con integridad y transparencia a fin de resguardar la confianza de las partes, de la comunidad comercial internacional y de los propios Estados cuando se trata de arbitrajes de inversión. Lo cual obliga a no dejarse influenciar ni presionar por grupos de poder, la media e incluso los artilugios de la propia judicatura. Situación difícil ya que a veces los grupos de interés influyen para reducir las consultas de controversias que se pueden dirigir a manos de determinados árbitros.

Finalmente, una de las limitaciones que los diferentes órganos privados como las Cámaras de Comercio o los Centros de Arbitraje, imponen al árbitro es la prohibición de hacerse propaganda o publicitar sus servicios o experiencia con el fin de captar clientela. Esta es una restricción adicional respecto de los árbitros de derecho pues los Códigos de Ética de los abogados prohíben la publicidad con fines de lucro pues ello menoscaba su dignidad. Y en el caso de los notarios que, siendo abogados, actúan como árbitros es una reserva y contingencia aún mayor pues la legislación notarial en los países del sistema latino o del sistema jurídico romano-germánico les prohíben, bajo pena de sanción, hacer cualquier tipo de propaganda o entregar dádivas para captar clientes. Razón por la cual es desmedida la decisión de la Cámara de Comercio de Lima, que tiene una creciente demanda de servicios arbitrales, de restringir en su lista de árbitros a estos funcionarios de la fe pública. Es mejor abrir las puertas a los profesionales idóneos y honestos al arbitraje que retrasar su ingreso a determinados centros de arbitramiento pues con frecuencia se cae en la camarilla, argolla o rosca.

Un ejemplo bochornoso de cómo la concentración en manos de unos cuantos se torna en corrupción explícita es el caso de la constructora Odebrecht que ha sacudido a toda América Latina y particularmente Perú, cuya ultraliberal legislación

ha posibilitado a esta empresa obtener alrededor de 300 millones de dólares adicionales mediante laudos arbitrales. En el primer semestre de 2017, la prensa peruana (Instituto de Defensa Legal, IDL, *Diario UNO*, *Perú 21*, *El Comercio*, Blog PUCP, Osce y World Press.com) informó que, de los 42 arbitrajes entre el Estado peruano y Odebrecht (2003-2016), esta empresa fue beneficiada 35 veces. En estas 42 controversias participaron 47 árbitros, varios de ellos destacados profesores universitarios y autores de libros sobre la materia que coherentemente no han escrito sobre ética.

Uno solo de ellos tuvo a su cargo 20 arbitrajes, de los cuales solo votó en dos oportunidades a favor del Estado y todas las demás a favor de la constructora Odebrecht; pero hubo otras menos pudorosas que se inclinaron siempre por Odebrecht (8 oportunidades). Lo escandaloso de esto es que los árbitros eran, además, funcionarios del Estado peruano.

Respecto de la aplicación de las leyes de ordenamiento público, el árbitro está sometido a las exigencias de la comunidad internacional, ya que su decisión, sus medios y las consecuencias de su aplicación devienen en legítimas, si es que aplica las leyes de policía de los Estados que tengan una conexión con la causa. De esa manera fortalecerían la institución arbitral reconociendo las leyes de policía de los Estados vinculados. Este método sugerido por Seraglini (2001) y Radicati di Brozolo (2005, p. 265) es más adecuado que aquel que consiste en que el árbitro haga respetar, a título de orden público internacional, aquellas reglas reconocidas por la comunidad internacional.

Esta concepción se inspira en la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional de Basilea en 1991 sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas.

Seraglini sostiene que para luchar contra la corrupción sería oportuno que el árbitro hiciera efectiva no solo la prohibición de la corrupción, sino que también aplicara la reglamentación detallada sobre la materia desarrollada por cualquier Estado que posea una conexión con la causa, incluso cuando dichas regulaciones pertenezcan a un derecho distinto a la *lex contractus*.

La lucha contra la corrupción pone de manifiesto la necesidad de aplicar las normas imperativas cuyo cumplimiento se garantiza en el *exequatur* respetando el orden público internacional, a fin de asegurar que el laudo sea ejecutable universalmente dotando al árbitro del poder de aplicar las leyes de policía cuyos fines y medios estime legítimos. No obstante la legitimidad de la ley de policía no constituye un criterio para la decisión, ya que la política contraria podría ser igualmente legítima. Así, por ejemplo, una norma draconiana que suprima todo riesgo de corrupción, prohibiendo simple y llanamente los intermediarios en contratos internacionales, estaría en oposición al ordenamiento legal que respete los «principios generales y

fundamentales» del derecho contractual internacional. Los dos ordenamientos jurídicos reconocen por igual los valores de la lucha contra la corrupción y la libertad de comercio. Sin embargo, cuando se trata de llegar al compromiso necesario entre estas consideraciones igualmente legítimas, cada uno de ellos tiene ópticas diferentes. Ante tal situación el árbitro se enfrentaría a un complejo dilema entre la *lex contractus* y la *loi de police*. La primera proporciona una respuesta en tanto corresponde al reconocimiento generalizado de la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable en materia internacional.

Por el contrario, la ley de policía (*loi de police*) debe poseer un fundamento que no deriva ni de la subjetividad del árbitro ni de la simpatía que algunos podrían tener por la lucha contra la corrupción. Mientras que para algunos la lucha merecería el sacrificio de todo otro valor, hay quienes estiman que la libertad de comercio y de industria debe ser preservada tanto como sea posible. Sea cual sea el tributo que el método de las leyes de policía desea rendir a las aspiraciones, reales o supuestas, de la comunidad internacional de hacer respetar las leyes de policía, por su naturaleza, dicho método se basa al igual que el método estadounidense de los *governmental interests* con el cual está emparentado, en la sola constatación de la existencia de políticas estatales y la recia voluntad del legislador de aplicarlas. En un mundo en el cual estas políticas divergen, cuando no colisionan frontalmente, el árbitro del comercio internacional no puede encontrar ni en la constatación de la voluntad de ciertos Estados de aplicar sus normas, ni en su propia subjetividad, una razón convincente para desestimar la *lex contractus* (Gallimard, 2010, p. 138).

5. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

En América Latina, la institución arbitral y la conciliación empiezan a consolidarse desde principios del siglo XX en el campo del arbitraje nacional, en tanto que en el internacional han sido recibidas, recientemente, por un mayor número de países. Sin embargo, es necesario mencionar que ya en 1889 se aprobó el Tratado de Derecho Procesal Internacional —suscrito por Argentina, Bolivia, Colombia, Perú y Uruguay—, que contiene fundamentalmente los mismos principios que rigen la institución en materia internacional. De igual manera, se aprobó el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1940), el Código de Bustamante (1928) y luego la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975), así como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979).

Algunos países latinoamericanos han ratificado y son miembros de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

(Nueva York, 1958), hecho que posibilita que los laudos arbitrales adoptados en el exterior puedan ejecutarse y hacerse efectivos en sus propios países. Así, integran la Convención Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Argentina tiene una gran experiencia en el arbitraje comercial. Así, tenemos el Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. En el campo internacional, el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación posibilita la prórroga «[...] aun a favor de jueces o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en las cosas en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva [...]» (Decreto Ley 22.434/81). Igualmente, es el país precursor en implantar la conciliación y la mediación en todas las áreas, ya que sus juristas empezaron a analizar y divulgar la figura a fines del decenio del 80.

Bolivia regula la Conciliación y el Arbitraje en un solo texto: la ley 1770 de Arbitraje y Conciliación promulgada en octubre de 1997.

En Brasil, aunque su primera Constitución, la de 1824, establecía en su art. 160, que las divergencias jurídicas civiles podrían ser resueltas por árbitros nominados por las partes, no existe una legislación sobre arbitraje internacional comercial, aunque se han hecho varios intentos, como el proyecto presentado en 1985 ante el Congreso Internacional sobre Arbitraje en Río de Janeiro, al cual se unen los proyectos presentados por el Poder Ejecutivo en 1987 y 1988. Fruto de ello es la Ley de Arbitraje (Ley 9.307/96) del 23 de setiembre de 1996, que al igual que muchas legislaciones latinoamericanas sigue las pautas de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. En el tema de la conciliación, se debe mencionar el Decreto Ley 5.452 (1943), según el cual el mecanismo fue incluido en su legislación adjetiva, tornándose obligatorio en los procesos laborales (arts. 847 y 862). También está incluido en el Código Procesal Civil (1973).

En Colombia, la Ley 37 (1979) aprueba la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de junio de 1958. Su legislación va más allá de la Convención y extiende sus reglas al arbitraje comercial internacional. En consecuencia, sus normas prevalecen sobre las del Código Procesal Civil cuando surgen discrepancias entre unas y otras, como se presentan, en efecto, para tres cuestiones: la designación de árbitros, que es diferente de la que establece esta ley, que permite a cada parte designar un árbitro y, a los dos principales, nombrar al tercero; el requisito de que sean colombianos, ya que la ley no exige que sean de determinada nacionalidad; y, en cuanto a la forma de procedimiento, la ley autoriza que las partes lo pacten. De este modo, tanto el *exequátur* emitido a través de un procedimiento especial como la nacionalidad de los árbitros

y la forma de su designación pueden ser libremente diseñados, y sus consecuencias válidas y las partes deben acatarlas (Morales Molina, 1998, p. 25). Por otro lado, mediante la Ley 16 (1981) se aprobó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Laudos Extranjeros, llamada Convención de Montevideo de 1979.

El Decreto 222 (1983) señaló: «La ejecución de los contratos de empréstito que deba verificarse en el exterior, podrá someterse en cuanto a la ley y jurisdicción, a lo que en ellos se pacte». De igual manera permite «[...] estipular la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las controversias que se susciten durante la ejecución del contrato o en relación con la misma» (art. 239). Ello ha permitido la celebración y realización de dichos contratos, así como la formulación de jurisprudencia sobre la base de las reglas del Derecho Internacional Privado, ya que la cláusula compromisoria y de arbitramento internacional no está prohibida en la Constitución.

En Cuba, las primeras reglas datan de 1965, cuando se aprobó un estatuto especial sobre la creación de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional en la Cámara de Comercio. Posteriormente, la Ley 7, del 19 de agosto de 1977 (Ley de Procedimiento Judicial de Litigios Civiles, Administrativos y Laborales), que trata en particular sobre el reconocimiento de los acuerdos arbitrales relativos a controversias derivadas del comercio internacional (art. 3) y el reconocimiento y la ejecución de decisiones jurisdiccionales extranjeras (art. 493). De igual manera, la Ley 1303, del 26 de mayo de 1976, adoptada para armonizar el Reglamento de la citada corte de arbitraje con el Reglamento Uniforme de los países del Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECOM), que agrupaba a todos los países de sistema jurídico y económico socialista.

Chile es signatario de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como de la Convención de Nueva York según decreto 664 (1975). Por otro lado, el Decreto Ley 2.349 establece normas sobre contratos internacionales para el sector público, y en su art. 1 declara como válidos «[...] los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales cuyo objetivo principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero [...]», e igualmente declara como válidos el sometimiento a «[...] tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato [...]». La Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional está vigente desde el año 2004.

Ecuador promulgó en noviembre del 2006 la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación que aglutina en un solo texto las diferentes normas que sobre el particular se dictaron desde 1997 y el año 2005 en un esfuerzo por compilar estos mecanismos de solución de controversias.

En Guatemala, su primera Constitución (1825) preceptúa: «[...] la facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito es inherente a toda persona. La sentencia de los árbitros es inapelable, si las partes comprometidas no se reservaren este derecho» (art. 179). Posteriormente, el Código Civil y Mercantil mantiene dicha posibilidad aunque no se refiere al carácter internacional del arbitraje. Con fecha 17 de noviembre de 1995 se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto del Congreso 67/95, Ley de Arbitraje, actualmente vigente.

En Honduras, en febrero del 2001 se promulgó el Decreto N.º 161-2000, Ley de Conciliación y Arbitraje, que es una innovación ya que solo existían breves reglas en su Código Civil, Procesal Civil y en el Código del Trabajo. Esta norma se elaboró para satisfacer el cumplimiento de Tratados comerciales internacionales.

En México, el arbitraje moderno se conoce a partir de 1932 con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y el arbitraje comercial internacional se empieza a tratar aisladamente. Con fecha 22 de julio de 1993 se publicó el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, y se denomina al Título IV del Libro V «Del Arbitraje Comercial». Además, casos específicos de arbitraje están contenidos en diferentes normas como la Ley sobre Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (1972), la Ley de Promoción de la Inversión Extranjera (1973), la Ley Federal de Derechos del Autor (1956), la Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria (1941), la Ley para la Protección del Comercio Exterior (1956), la Ley General de Instituciones de Seguros (1953), la Ley de Propiedad Industrial (1942) y la Ley Federal de Protección al Consumidor (1975).

En Nicaragua, aprueba en mayo del 2005, mediante Ley N.º 540, la Ley de Mediación y Arbitraje, reconociendo que «Toda persona natural o jurídica incluyendo el Estado, en sus relaciones contractuales, tiene el derecho a recurrir a la mediación y el arbitraje así como otros procesos alternos similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales y no patrimoniales [...]».

En Panamá se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación, mediante Decreto Ley N.º 5, del 8 de julio de 1999 regulando estos tres mecanismos de solución de controversias.

En Paraguay, el arbitraje ingresa a través del Código de Procedimientos Civiles de 1883, más tarde desarrollado en el Código Procesal Civil de 1988 hasta que finalmente en el 2002 promulgó su Ley de Arbitraje y Mediación siguiendo la estructura de la Ley Modelo de la CNUDMI, con ligeras variaciones, como lo han hecho casi todos los países latinoamericanos. Finalmente, mediante Ley N.º 1.879/02, admite el arbitraje internacional, concibiéndolo como aquel en el cual «las partes en un acuerdo

de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes; o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos».

En el Perú, el Decreto Legislativo N.º 1071, Ley General de Arbitraje, inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI, regula tanto el arbitraje nacional como el internacional, circunscribiendo sus reglas si es que el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de la República o fuera de él. El ámbito de aplicación es el mismo que el determinado por las normas de la CNUDMI. Admite, igualmente, que serán de aplicación, respecto de la ejecución y reconocimiento, los laudos arbitrales dictados fuera de su territorio, cualquiera haya sido la fecha de su emisión pero teniendo presentes los plazos prescriptorios previstos en la ley peruana. Y siempre que se reúnan los requisitos para su aplicación, los determinados por la Convención Internacional del 30 de enero de 1975; la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, del 10 de junio de 1958; o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual el Perú sea parte.

En Uruguay, el arbitraje está consagrado mediante Ley N.º 15.982, de octubre de 1988, a través de su Código General del Proceso cuyo art. 472 posibilita que «toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario».

En Venezuela, el arbitraje tiene una larga tradición desde que su Constitución de 1830 admitió este medio. Luego fue regulado en el Código de Procedimiento Judicial de 1936. Ha ratificado la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional y las dos principales Convenciones sobre ejecución de laudos extranjeros: La Interamericana y la de Nueva York. Finalmente en 1998 se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de la UNCITRAL o CNUDMI, cuyo propósito es dar seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros. Es una norma orientada hacia el arbitraje comercial como lo señala su art. 1. «Esta ley se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente».

ANEXOS

PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 (UNIDROIT)

Preámbulo. Propósito de los principios

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos*.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la «lex mercatoria» o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

* Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

«El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...].».

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

«El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado "X"]».

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1.1. Libertad de contratación

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Artículo 1.2. Libertad de forma

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

Artículo 1.3. Carácter vinculante de los contratos

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

Artículo 1.4. Normas de carácter imperativo

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Artículo 1.5. Exclusión o modificación de los Principios por las partes

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

Artículo 1.6. Interpretación e integración de los Principios

- (1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
- (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Artículo 1.7. Buena fe y lealtad negocial

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 1.8. Comportamiento contradictorio. *Venire contra factum proprium*

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Artículo 1.9. Usos y prácticas

- (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Artículo 1.10. Notificación

- (1) Cuando sea necesaria una notificación, esta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.
- (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.
- (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación «llega» al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.
- (4) A los fines de este artículo, la palabra «notificación» incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Artículo 1.11. Definiciones

A los fines de estos Principios:

- «Tribunal» incluye un tribunal arbitral;
- Si una de las partes tiene más de un «establecimiento», su «establecimiento» será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
- «Deudor» o «deudora» es la parte a quien compete cumplir una obligación, y «acreedor» o «acreedora» es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;
- «Escrito» incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Artículo 1.12. Modo de contar los plazos fijados por las partes

- (1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.
- (2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe

cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

- (3) El huso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

Capítulo II. Formación y apoderamiento de representantes

Sección I. Formación

Artículo 2.1.1. Modo de perfección

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

Artículo 2.1.2. Definición de la oferta

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Artículo 2.1.3. Retiro de la oferta

- (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.
- (2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 2.1.4. Revocación de la oferta

- (1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación.
- (2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
 - (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o
 - (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

Artículo 2.1.5. Rechazo de la oferta

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

Artículo 2.1.6. Modo de aceptación

- (1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.
- (2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

- (3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

Artículo 2.1.7. Plazo para la aceptación

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Artículo 2.1.8. Aceptación dentro de un plazo fijo

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

Artículo 2.1.9. Aceptación tardía. Demora en la transmisión

- (1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.
- (2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

Artículo 2.1.10. Retiro de la aceptación

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

Artículo 2.1.11. Aceptación modificada

- (1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.
- (2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Artículo 2.1.12. Confirmación por escrito

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

Artículo 2.1.13. Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

Artículo 2.1.14. Contrato con términos «abiertos»

- (1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.
- (2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:
 - (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o
 - (b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Artículo 2.1.15. Negociaciones de mala fe

- (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
- (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2.1.16. Deber de confidencialidad

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2.1.17. Cláusulas de integración

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

Artículo 2.1.18. Modificación en una forma en particular

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

Artículo 2.1.19. Contratación con cláusulas estándar

- (1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.20 al 2.22.
- (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

Artículo 2.1.20. Cláusulas sorprendentes

- (1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.
- (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Artículo 2.1.21. Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

Artículo 2.1.22. Conflicto entre formularios

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

Sección II. Apoderamiento de representantes

Artículo 2.2.1. Ámbito de aplicación de esta sección

- (1) Esta sección regula la facultad de una persona («el representante») para afectar las relaciones jurídicas de otra persona («el representado») por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado.
- (2) Esta sección solo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por el otro.
- (3) Esta sección no regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

Artículo 2.2.2. Constitución y alcance de la facultad del representante

- (1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.
- (2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.

Artículo 2.2.3. Representación aparente

- (1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.
- (2) Sin embargo, los actos del representante solo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.

Artículo 2.2.4. Representación oculta

- (1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.
- (2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último las acciones que tenga en contra del representante.

Artículo 2.2.5. Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo

- (1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.
- (2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.

Artículo 2.2.6. Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo

- (1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.
- (2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

Artículo 2.2.7. Conflicto de intereses

- (1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los Artículos 3.2.9 y 3.2.11 a 3.2.15.
- (2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato
 - (a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o
 - (b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y este nada ha objetado en un plazo razonable.

Artículo 2.2.8. Sub-representación

Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente. Las disposiciones de esta sección se aplican a la sub-representación.

Artículo 2.2.9. Ratificación

- (1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.
- (2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después.

- (3) Si, al momento de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, este puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

Artículo 2.2.10. Extinción del poder

- (1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que este la conozca o debiera haberla conocido.
- (2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.

Capítulo III. Validez

Sección I. Disposiciones generales

Artículo 3.1.1. Cuestiones excluidas

El presente capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes.

Artículo 3.1.2. Validez del mero acuerdo

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Artículo 3.1.3. Imposibilidad inicial

- (1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.
- (2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

Artículo 3.1.4. Carácter imperativo de las disposiciones

Las disposiciones relativas al dolo, la intimidación, la excesiva desproporción y la ilicitud del contrato que se incluyen en este capítulo son imperativas.

Sección II. Causales de anulación

Artículo 3.2.1. Definición del error

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

Artículo 3.2.2. Error determinante

- (1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:
 - (a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o
 - (b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aun razonablemente de conformidad con el contrato.
- (2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:
 - (a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o
 - (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

Artículo 3.2.3. Error en la expresión o en la transmisión

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

Artículo 3.2.4. Remedios por incumplimiento

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

Artículo 3.2.5. Dolo

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

Artículo 3.2.6. Intimidación

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

Artículo 3.2.7. Excesiva desproporción

- (1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:
 - (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y
 - (b) la naturaleza y finalidad del contrato.
- (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.
- (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que esta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del párrafo (2) del Artículo 3.10.

Artículo 3.2.8. Terceros

- (1) Cuando el dolo, la intimidación, la excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.
- (2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

Artículo 3.2.9. Confirmación

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

Artículo 3.2.10. Pérdida del derecho a anular el contrato

- (1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada

en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

- (2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

Artículo 3.2.11. Notificación de anulación

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

Artículo 3.2.12. Plazos

- (1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.
- (2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo 3.2.7, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

Artículo 3.2.13. Anulación parcial

Si la causa de anulación afecta solo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

Artículo 3.2.14. Efectos retroactivos

La anulación tiene efectos retroactivos.

Artículo 3.2.15. Restitución

- (1) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió en base al contrato o a la parte del contrato que fue anulada.
- (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.
- (3) Quien recibió el beneficio del cumplimiento no está obligado a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.
- (4) Puede exigirse una compensación por los gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.

Artículo 3.2.16. Daños y perjuicios

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Artículo 3.2.17. Declaraciones unilaterales

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

Sección III. Ilicitud

Artículo 3.3.1. Contratos que violan normas de carácter imperativo

- (1) La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establezca expresamente.
- (2) Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios por incumplimiento que sean razonables atendiendo a las circunstancias.
- (3) Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:
 - (a) la finalidad de la norma violada;
 - (b) la categoría de personas que la norma busca proteger;
 - (c) cualquier sanción que imponga la norma violada;
 - (d) la gravedad de la violación;
 - (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes;
 - (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y
 - (g) las expectativas razonables de las partes.

Artículo 3.3.2. Restitución

- (1) Podrá proceder la restitución en el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias.
- (2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1(3), con las adaptaciones necesarias.
- (3) Si se reconoce la restitución, se aplicarán las reglas del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

Capítulo IV. Interpretación

Artículo 4.1. Intención de las partes

- (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.
- (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Artículo 4.2. Interpretación de declaraciones y otros actos

- (1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.
- (2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Artículo 4.3. Circunstancias relevantes

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
- (f) los usos.

Artículo 4.4. Interpretación sistemática del contrato

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Artículo 4.5. Interpretación dando efecto a todas las disposiciones

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Artículo 4.6. Interpretación contra *proferentem*

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

Artículo 4.7. Discrepancias lingüísticas

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

Artículo 4.8. Integración del contrato

- (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.
- (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:
 - (a) la intención de las partes;
 - (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
 - (c) la buena fe y la lealtad negocial;
 - (d) el sentido común.

Capítulo V. Contenido y estipulación a favor de terceros

Sección I. Contenido

Artículo 5.1.1. Obligaciones expresas e implícitas

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

Artículo 5.1.2. Obligaciones implícitas

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial.
- (d) el sentido común.

Artículo 5.1.3. Cooperación entre las partes

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Artículo 5.1.4. Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos

- (1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.
- (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está

obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Artículo 5.1.5. Determinación del tipo de obligación

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
- (b) el precio y otros términos del contrato;
- (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
- (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Artículo 5.1.6. Determinación de la calidad de la prestación

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a este, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

Artículo 5.1.7. Determinación del precio

- (1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.
- (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.
- (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y este no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.
- (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Artículo 5.1.8. Contrato de tiempo indefinido

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

Artículo 5.1.9. Renuncia por acuerdo de partes

- (1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor.
- (2) La oferta de renunciar a título gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente después de conocerla.

Sección II. Estipulación a favor de terceros

Artículo 5.2.1. Estipulación a favor de terceros

- (1) Las partes (el «promitente» y el «estipulante») pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el «beneficiario»).
- (2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo.

Artículo 5.2.2. Identificación del beneficiario

El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato.

Artículo 5.2.3. Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una cláusula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario.

Artículo 5.2.4. Excepciones

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente pueda oponer al estipulante.

Artículo 5.2.5. Revocación

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras este no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.

Artículo 5.2.6. Renuncia

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue.

Sección III. Obligaciones condicionales

Artículo 5.3.1. Tipos de condiciones

Un contrato o una obligación contractual pueden ser condicionales si dependen de un evento futuro e incierto, de modo que el contrato o la obligación contractual solo surte efectos (condición suspensiva) o deja de tenerlos (condición resolutoria) si acaece el evento.

Artículo 5.3.2. Efectos de las condiciones

A menos que las partes convengan otra cosa:

- (a) el contrato o la obligación contractual surtirá efectos al cumplirse la condición suspensiva;
- (b) el contrato o la obligación contractual cesará de tener efectos al cumplirse la condición resolutoria.

Artículo 5.3.3. Intromisión en el cumplimiento de la condición

- (1) Si el cumplimiento de una condición es impedido por una parte, en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición.
- (2) Si el cumplimiento de una condición es provocado por una parte, en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición.

Artículo 5.3.4. Obligación de preservar los derechos

Antes del cumplimiento de la condición, una parte no puede, en violación del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que la condición se cumpliera.

Artículo 5.3.5. Restitución en caso de cumplimiento de una condición resolutoria

- (1) En el caso de cumplirse una condición resolutoria, se aplicarán las reglas sobre la restitución de los Artículos 7.3.6 y 7.3.7, con las adaptaciones necesarias.
- (2) Si las partes han convenido que una condición resolutoria tendrá un efecto retroactivo, se aplicarán las reglas sobre la restitución del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

Capítulo VI. Cumplimiento

Sección I. Cumplimiento en general

Artículo 6.1.1. Momento del cumplimiento

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

- (a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;
- (b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;
- (c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

Artículo 6.1.2. Cumplimiento en un solo momento o en etapas

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento

Artículo 6.1.3. Cumplimiento parcial

- (1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.
- (2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.4. Secuencia en el cumplimiento

- (1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.
- (2) En la medida en que la prestación de solo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Artículo 6.1.5. Cumplimiento anticipado

- (1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.
- (2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.
- (3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.6. Lugar del cumplimiento

- (1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:
 - (a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;
 - (b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.
- (2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Artículo 6.1.7. Pago con cheque u otro instrumento

- (1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

- (2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

Artículo 6.1.8. Pago por transferencia de fondos

- (1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.
- (2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

Artículo 6.1.9. Moneda de pago

- (1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, este puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:
 - (a) dicha moneda no sea convertible libremente; o
 - (b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse solo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.
- (2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el párrafo (1)(b) de este Artículo.
- (3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.
- (4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

Artículo 6.1.10. Moneda no expresada

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

Artículo 6.1.11. Gastos del cumplimiento

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 6.1.12. Imputación de pagos

- (1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.
- (2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.

- (3) A falta de imputación conforme a los párrafos (1) o (2) de este Artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:
- (a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
 - (b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;
 - (c) la obligación que es más onerosa para el deudor;
 - (d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 6.1.13. Imputación del pago de obligaciones no dinerarias

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

Artículo 6.1.14. Solicitud de autorización pública

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

- (a) si solo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y
- (b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

Artículo 6.1.15. Gestión de la autorización

- (1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.
- (2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

Artículo 6.1.16. Autorización ni otorgada ni denegada

- (1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, esta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.
- (2) No se aplicará lo previsto en el párrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

Artículo 6.1.17. Autorización denegada

- (1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, solo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.
- (2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

Sección II. Excesiva onerosidad (*hardship*)

Artículo 6.2.1. Obligatoriedad del contrato

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre «excesiva onerosidad» (*hardship*).

Artículo 6.2.2. Definición de la «excesiva onerosidad» (*hardship*)

Hay «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3. Efectos de la «excesiva onerosidad» (*hardship*)

- (1) En caso de «excesiva onerosidad» (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de «excesiva onerosidad» (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:
 - (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
 - (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Capítulo VII. Incumplimiento

Sección I. Incumplimiento en general

Artículo 7.1.1. Definición del incumplimiento

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Artículo 7.1.2. Interferencia de la otra parte

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que esta haya asumido el riesgo.

Artículo 7.1.3. Suspensión del cumplimiento

- (1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.
- (2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

Artículo 7.1.4. Subsanación del incumplimiento

- (1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:
 - (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
 - (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
 - (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
 - (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.
- (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
- (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.
- (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.
- (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

Artículo 7.1.5. Período suplementario para el cumplimiento

- (1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.
- (2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si este finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.
- (3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.
- (4) El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan solo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

Artículo 7.1.6. Cláusulas de exoneración

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

Artículo 7.1.7. Fuerza mayor

- (1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.
- (2) Cuando el impedimento es solo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.
- (3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.
- (4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

Sección II. Derecho a reclamar el cumplimiento

Artículo 7.2.1. Cumplimiento de obligaciones dinerarias

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

Artículo 7.2.2. Cumplimiento de obligaciones no dinerarias

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

Artículo 7.2.3. Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

Artículo 7.2.4. Pena judicial

- (1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.
- (2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de esta al resarcimiento.

Artículo 7.2.5. Cambio de remedio

- (1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.
- (2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

Sección III. Resolución

Artículo 7.3.1. Derecho a resolver el contrato

- (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.
- (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:
 - (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
 - (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
 - (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
 - (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
 - (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.
- (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

Artículo 7.3.2. Notificación de la resolución

- (1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.
- (2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

Artículo 7.3.3. Incumplimiento anticipado

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.4. Garantía adecuada de cumplimiento

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.5. Efectos generales de la resolución

- (1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.
- (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.
- (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

Artículo 7.3.6. Restitución en el caso de contratos de ejecución instantánea

- (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido.
- (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.
- (3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.
- (4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos que son razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.

Artículo 7.3.7. Restitución en el caso de contratos de ejecución sucesiva

- (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible.
- (2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.3.6.

Sección IV. Resarcimiento

Artículo 7.4.1. Derecho al resarcimiento

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

Artículo 7.4.2. Reparación integral

- (1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

- (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

Artículo 7.4.3. Certeza del daño

- (1) La compensación solo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.
- (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
- (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Artículo 7.4.4. Previsibilidad del daño

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

Artículo 7.4.5. Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

Artículo 7.4.6. Prueba del daño por el precio corriente

- (1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.
- (2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

Artículo 7.4.7. Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

Artículo 7.4.8. Atenuación del daño

- (1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.
- (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

Artículo 7.4.9. Intereses por falta de pago de dinero

- (1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.
- (2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde este ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.
- (3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Artículo 7.4.10. Intereses sobre el resarcimiento

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

Artículo 7.4.11. Modalidad de la compensación monetaria

- (1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.
- (2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

Artículo 7.4.12. Moneda en la que se fija el resarcimiento

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

Artículo 7.4.13. Pago estipulado para el incumplimiento

- (1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

- (2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

Capítulo VIII. Compensación

Artículo 8.1. Condiciones de la compensación

- (1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas («la primera parte») puede compensar su obligación con la de su acreedor («la otra parte») si en el momento de la compensación:
 - (a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;
 - (b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.
- (2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado.

Artículo 8.2. Compensación de deudas en moneda extranjera

Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte solo podrá pagar en una moneda determinada.

Artículo 8.3. Notificación de la compensación

El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

Artículo 8.4. Contenido de la notificación

- (1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere.
- (2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 8.5. Efectos de la compensación

- (1) La compensación extingue las obligaciones.
- (2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa.
- (3) La compensación surte efectos desde la notificación.

Capítulo IX. Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos

Sección I. Cesión de créditos

Artículo 9.1.1. Definiciones

«Cesión de créditos» es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el «cedente») a otra (el «cesionario») de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el «deudor»), incluyendo una transferencia a modo de garantía.

Artículo 9.1.2. Exclusiones

Esta sección no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias:

- (a) de instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de dominio, instrumentos financieros, o
- (b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa.

Artículo 9.1.3. Posibilidad de ceder créditos no dinerarios

Un crédito relativo a una prestación no dineraria solo puede ser cedido si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

Artículo 9.1.4. Cesión parcial

- (1) Un crédito relativo al pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente.
- (2) Un crédito relativo a una prestación no dineraria puede ser cedido parcialmente solo si es divisible y si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

Artículo 9.1.5. Cesión de créditos futuros

Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere.

Artículo 9.1.6. Créditos cedidos sin especificación individual

Pueden cederse varios créditos sin que sean identificados individualmente, siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere.

Artículo 9.1.7. Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario

- (1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor.

- (2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación, según las circunstancias, sea de carácter esencialmente personal.

Artículo 9.1.8. Costes adicionales del deudor

El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesión.

Artículo 9.1.9. Cláusulas prohibiendo la cesión

- (1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.
- (2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

Artículo 9.1.10. Notificación al deudor

- (1) El deudor se libera pagando al cedente mientras no haya recibido del cedente o del cesionario una notificación de la cesión.
- (2) Después que el deudor recibe tal notificación, solo se libera pagando al cesionario.

Artículo 9.1.11. Cesiones sucesivas

Si un mismo crédito ha sido cedido por el cedente a dos o más cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas.

Artículo 9.1.12. Prueba adecuada de la cesión

- (1) Si la notificación de la cesión es dada por el cesionario, el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesión ha tenido lugar.
- (2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada.
- (3) La notificación no surte efectos a menos que se suministre prueba adecuada de la cesión.
- (4) Prueba adecuada de la cesión incluye, pero no está limitada a, cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesión ha tenido lugar.

Artículo 9.1.13. Excepciones y derechos de compensación

- (1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente.

- (2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensación de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificación de la cesión.

Artículo 9.1.14. Derechos relativos al crédito cedido

La cesión de un crédito transfiere al cesionario:

- (a) todos los derechos del cedente a un pago o a otra prestación previstos por el contrato en relación con el crédito cedido, y
- (b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del crédito cedido.

Artículo 9.1.15. Obligaciones del cedente

El cedente garantiza al cesionario, excepto que algo distinto se manifieste al cesionario, que:

- (a) el crédito cedido existe al momento de la cesión, salvo que el crédito sea un derecho futuro;
- (b) el cedente está facultado para ceder el crédito;
- (c) el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero;
- (d) el deudor no tiene excepción alguna;
- (e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensación alguna respecto del crédito cedido y no darán tal notificación;
- (f) el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión.

Sección II. Transferencia de obligaciones

Artículo 9.2.1. Modalidades de la transferencia

Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida de una persona (el «deudor originario») a otra (el «nuevo deudor») sea:

- (a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor, conforme al Artículo 9.2.3, o
- (b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, por el cual el nuevo deudor asume la obligación.

Artículo 9.2.2. Exclusión

Esta sección no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

Artículo 9.2.3. Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia

La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor

Artículo 9.2.4. Consentimiento anticipado del acreedor

- (1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente.
- (2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente, la transferencia de la obligación surte efectos cuando una notificación de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce.

Artículo 9.2.5. Liberación del deudor originario

- (1) El acreedor puede liberar al deudor originario.
- (2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.
- (3) En cualquier otro caso, el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente.

Artículo 9.2.6. Cumplimiento a cargo de un tercero

- (1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que esta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal.
- (2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor.

Artículo 9.2.7. Excepciones y derechos de compensación

- (1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podía oponer contra el acreedor.
- (2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningún derecho de compensación disponible al deudor originario contra el acreedor.

Artículo 9.2.8. Derechos relativos a la obligación transferida

- (1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor, respecto de la obligación transferida, todos sus derechos al pago o a otra prestación bajo el contrato.
- (2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Artículo 9.2.5(1), queda también liberada cualquier garantía otorgada para el cumplimiento de la obligación por cualquier otra persona que no sea el nuevo deudor, a menos que esa otra persona acuerde que la garantía continuará disponible al acreedor.
- (3) La liberación del deudor originario también se extiende a cualquier garantía del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento

de la obligación, a menos que la garantía sea sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor originario y el nuevo deudor.

Sección III. Cesión de contratos

Artículo 9.3.1. Definiciones

«Cesión de contrato» es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el «cedente») a otra (el «cesionario») de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la «otra parte»).

Artículo 9.3.2. Exclusión

Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa.

Artículo 9.3.3. Exigencia del consentimiento de la otra parte

La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte.

Artículo 9.3.4. Consentimiento anticipado de la otra parte

- (1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.
- (2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

Artículo 9.3.5. Liberación del cedente

- (1) La otra parte puede liberar al cedente.
- (2) La otra parte puede también retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente.
- (3) En cualquier otro caso, el cedente y el cesionario responden solidariamente.

Artículo 9.3.6. Excepciones y derechos de compensación

- (1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.13.
- (2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.7.

Artículo 9.3.7. Derechos cedidos con el contrato

- (1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.14.
- (2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.8.

Capítulo X. Prescripción

Artículo 10.1. Ámbito de aplicación de este capítulo

- (1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado «período de prescripción», según las reglas de este capítulo.
- (2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte, como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico.

Artículo 10.2. Períodos de prescripción

- (1) El período ordinario de prescripción es tres años, que comienza al día siguiente del día en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido.
- (2) En todo caso, el período máximo de prescripción es diez años, que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido.

Artículo 10.3. Modificación de los períodos de prescripción por las partes

- (1) Las partes pueden modificar los períodos de prescripción.
- (2) Sin embargo, ellas no podrán:
 - (a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año;
 - (b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años;
 - (c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años.

Artículo 10.4. Nuevo período de prescripción por reconocimiento

- (1) Cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del período ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo período ordinario de prescripción al día siguiente del reconocimiento.
- (2) El período máximo de prescripción no comienza a correr nuevamente, pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo período ordinario de prescripción conforme al Artículo 10.2(1).

Artículo 10.5. Suspensión por procedimiento judicial

- (1) El decurso del período de prescripción se suspende:
 - (a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;
 - (b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o

- (c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.
- (2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

Artículo 10.6. Suspensión por procedimiento arbitral

- (1) El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.
- (2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

Artículo 10.7. Medios alternativos para la resolución de controversias

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.

Artículo 10.8. Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad

- (1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del período de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el período ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir.
- (2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el período suplementario de un año, conforme al párrafo (1).

Artículo 10.9. Efectos del vencimiento del período de prescripción

- (1) El vencimiento del período de prescripción no extingue el derecho.
- (2) Para que el vencimiento del período de prescripción tenga efecto, el deudor debe invocarlo por vía de excepción.
- (3) La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del período de prescripción para el ejercicio de dicho derecho.

Artículo 10.10. Derecho de compensación

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del período de prescripción.

Artículo 10.11. Restitución

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación, no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber vencido el período de prescripción.

Capítulo XI. Pluralidad de deudores y de acreedores

Sección I. Pluralidad de deudores

Artículo 11.1.1. Definiciones

Cuando varios deudores están obligados frente a un acreedor por la misma obligación:

- (a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde por la totalidad;
- (b) Las obligaciones son separadas si cada deudor solo responde por su parte.

Artículo 11.1.2. Presunción de solidaridad

Cuando varios deudores estén obligados frente a un acreedor por la misma obligación, se presume la solidaridad, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

Artículo 11.1.3. Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios

Cuando los deudores estén obligados solidariamente, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos, hasta obtener el cumplimiento total.

Artículo 11.1.4. Excepciones y compensación

El deudor solidario contra quien el acreedor ejercite una acción, puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales o que sean comunes a todos los codeudores, pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores.

Artículo 11.1.5. Efectos del cumplimiento o de la compensación

Si un deudor solidario cumple o compensa la obligación, o si el acreedor ejercita la compensación frente a un deudor solidario, los demás codeudores quedan liberados frente al acreedor en la medida del cumplimiento o de la compensación.

Artículo 11.1.6. Efectos de la remisión o de la transacción

- (1) La remisión de la deuda respecto de un deudor solidario, o la transacción con un deudor solidario, libera a los demás deudores de la parte de dicho deudor, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

- (2) Una vez que los demás deudores sean liberados de la parte de dicho deudor, no podrán ejercitar frente a este último la acción de regreso prevista en el Artículo 11.1.10.

Artículo 11.1.7. Efectos del vencimiento o de la suspensión de la prescripción

- (1) La expiración del período de prescripción de los derechos del acreedor frente a un deudor solidario no afecta:
 - (a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor; ni
 - (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10.
- (2) Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los Artículos 10.5, 10.6 o 10.7, el decurso de la prescripción también se suspende frente a los demás deudores solidarios.

Artículo 11.1.8. Efectos de las sentencias

- (1) Una decisión de un tribunal acerca de la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor, no afecta:
 - (a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor; ni
 - (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10.
- (2) Sin embargo, los demás deudores solidarios también pueden invocar dicha decisión, a menos que esta se base en motivos personales de dicho deudor. En tal caso, las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10 se verán afectadas en lo pertinente.

Artículo 11.1.9. Reparto entre los deudores solidarios

Los deudores solidarios se obligan entre ellos por partes iguales, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

Artículo 11.1.10. Alcance de la acción de regreso

El deudor solidario que pagó más que su parte, puede reclamar la diferencia de cualquier otro deudor solidario hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos.

Artículo 7.4.3. Derechos del acreedor

- (1) El deudor solidario a quien se aplique el Artículo 11.1.10 puede ejercitar igualmente los derechos del acreedor, incluidos aquellos que garantizan el cumplimiento, para recuperar la diferencia de los demás deudores solidarios hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos.

- (2) El acreedor que no ha recibido el cumplimiento total, conserva sus derechos frente a los codeudores en la medida de lo no cumplido, con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso.

Artículo 11.1.2. Excepciones en las acciones de regreso

El deudor solidario contra quien un codeudor que ha cumplido la obligación ejercita una acción de regreso:

- (a) puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que podrían haber sido invocados o ejercitados por el codeudor frente al acreedor;
- (b) puede oponer todas las excepciones que le sean personales;
- (c) no puede oponer las excepciones o los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores.

Artículo 11.1.3. Imposibilidad de recuperar

Cuando un deudor solidario que pagó más que su parte, a pesar de haber realizado todos los esfuerzos razonables, no puede recuperar la contribución de otro deudor solidario, la parte de los demás deudores, incluyendo la del que ha pagado, aumentará proporcionalmente.

Sección II. Pluralidad de acreedores

Artículo 11.2.1. Definiciones

Cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de la misma obligación:

- (a) los créditos son separados si cada acreedor solo puede exigir su parte;
- (b) los créditos son solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación;
- (c) los créditos son mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestación de forma conjunta.

Artículo 11.2.2. Efectos de los créditos solidarios

El cumplimiento total a favor de uno de los acreedores solidarios libera al deudor frente a los demás acreedores.

Artículo 11.2.3. Excepciones frente a los acreedores solidarios

- (1) El deudor puede oponer a cualquier acreedor solidario todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales en su relación con dicho acreedor o que pueda oponer a todos los acreedores, pero no puede oponer

las excepciones ni los derechos de compensación que le sean personales en su relación con uno o varios de los demás acreedores.

- (2) Las disposiciones de los Artículos 11.1.5, 11.1.6, 11.1.7 y 11.1.8 se aplican a los acreedores solidarios, con las adaptaciones necesarias.

Artículo 11.2.4. Reparto entre los acreedores solidarios

- (1) Los acreedores solidarios tienen entre ellos derecho a partes iguales, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.
- (2) El acreedor que recibe más que su parte debe transferir el excedente a los demás acreedores, en la medida de sus respectivas partes.

**CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS
DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS
(CONVENCIÓN DE VIENA DEL 11 DE ABRIL DE 1980)**

Parte I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:
 - a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
 - b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.
2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

- a) 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;
- b) en subastas;
- c) judiciales;
- d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;
- e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;
- f) de electricidad.

Artículo 3

1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.
2. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Artículo 4

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, esta no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Artículo 5

La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Artículo 6

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.

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 7

1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 8

1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Artículo 9

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 10

A los efectos de la presente Convención:

- a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
- b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

Artículo 11

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.

Artículo 12

No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación

o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

Artículo 13

A los efectos de la presente Convención, la expresión «por escrito» comprende el telegrama y el télex.

Parte II. Formación del contrato

Artículo 14

1. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.
2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 15

1. La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.
2. La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 16

1. La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que este haya enviado la aceptación.
2. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
 - 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.

Artículo 17

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

Artículo 18

1. Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.
2. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que este haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.
3. No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

Artículo 19

1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.
2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.
3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Artículo 20

1. El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2. Las días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

Artículo 21

1. La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.
2. Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

Artículo 22

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 24

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención «llega» al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

Parte III. Compraventa de mercaderías

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 25

El incumplimiento del contrato por una de las partes 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.

Artículo 26

La declaración de resolución del contrato surtirá efecto solo si se comunica a la otra parte.

Artículo 27

Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.

Artículo 28

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 hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención.

Artículo 29

1. El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.
2. Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

Capítulo II. Obligaciones del vendedor

Artículo 30

El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

Sección I. Entrega de las mercaderías y de los documentos

Artículo 31

Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá:

- a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;
- b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;
- c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 32

1. Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y ésta no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.
2. El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que este se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.
3. El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de este, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro.

Artículo 33

El vendedor deberá entregar las mercaderías:

- a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o
- b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o
- c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Artículo 34

El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato.

En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Sección II. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros

Artículo 35

1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.
2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:
 - a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;
 - b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;
 - c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;
 - d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.
3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 36

1. El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta solo sea manifiesta después de ese momento.
2. El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.

Artículo 37

En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, 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. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 38

1. El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.
2. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que estas hayan llegado a su destino.
3. Si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino.

Artículo 39

1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.
2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

Artículo 40

El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador.

Artículo 41

El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42.

Artículo 42

1. El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:
 - a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o
 - b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.
2. La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:
 - a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o
 - b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

Artículo 43

1. El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del artículo 41 o del artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.
2. El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza.

Artículo 44

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 39 y en el párrafo 1) del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor

Artículo 45

1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:
 - a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52;

- b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.
2. El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.
3. Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.

Artículo 46

1. El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.
2. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.
3. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

Artículo 47

1. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.
2. El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 48

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede 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. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.
2. Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá

cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3. Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.
4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

Artículo 49

1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:
 - a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
 - b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.
2. No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:
 - a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega:
 - b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:
 - i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;
 - ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o
 - iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

Artículo 50

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 mercaderías conformes 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.

Artículo 51

1. Si el vendedor solo entrega una parte de las mercaderías o si solo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.
2. El comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad solo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de este.

Artículo 52

1. Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción.
2. Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.

Capítulo III. Obligaciones del comprador

Artículo 53

El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

Sección I. Pago del precio

Artículo 54

La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

Artículo 55

Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 56

Cuando el precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

Artículo 57

1. El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor:
 - a) en el establecimiento del vendedor; o
 - b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega.
2. El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

Artículo 58

1. El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos.
2. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio.
3. El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad.

Artículo 59

El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

Sección II. Recepción

Artículo 60

La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

- a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y
- b) en hacerse cargo de las mercaderías.

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador

Artículo 61

1. Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:
 - a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65;
 - b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.
2. El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.
3. Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Artículo 62

El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

Artículo 63

1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.
2. El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 64

1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:
 - a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
 - b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.
2. No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:
 - a) en caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o

- b) en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable:
 - i) después de que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o
 - ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63, o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 65

1. Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, este podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.
2. El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que este pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

Capítulo IV. Transmisión del riesgo

Artículo 66

La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 67

1. Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2. Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 68

El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera hacer tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

Artículo 69

1. En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando este se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.
2. No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.
3. Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Artículo 70

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

Capítulo V. Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador

Sección I. Incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas

Artículo 71

1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

- a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o
 - b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.
2. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando este sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne solo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.
 3. La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

Artículo 72

1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.
2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.
3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Artículo 73

1. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.
2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.
3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

Sección II. Indemnización de daños y perjuicios

Artículo 74

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida

y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Artículo 75

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

Artículo 76

1. Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.
2. A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías.

Artículo 77

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

Sección III. Intereses

Artículo 78

Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

Sección IV. Exoneración

Artículo 79

1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.
2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:
 - a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
 - b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.
3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.
4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

Sección V. Efectos de la resolución

Artículo 81

1. La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.
2. La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

Artículo 82

1. El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir estas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido.
2. El párrafo precedente no se aplicará:
 - a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de este;
 - b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o
 - c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal.

Artículo 83

El comprador que haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, conforme al artículo 82, conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la presente Convención.

Artículo 84

1. El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.
2. El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:
 - a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o
 - b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.

Sección VI. Conservación de las mercaderías

Artículo 85

Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder

de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

Artículo 86

1. El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.
2. Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de este en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente.

Artículo 87

La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos.

Artículo 88

1. La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 u 86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender.
2. Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender.
3. La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte.

Parte IV. Disposiciones finales

Artículo 89

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 90

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Artículo 91

1. La presente Convención estará abierta a la firma en la sesión de clausura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta el 30 de septiembre de 1981.
2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.
3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.
4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 92

1. Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención.
2. Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.

Artículo 93

1. Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento

de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración.

2. Esas declaraciones serán notificadas al depositario y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.
3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado Contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se aplique la Convención.
4. Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1) de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 94

1. Dos o más Estados Contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.
2. Todo Estado Contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las que uno o varios Estados no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados.
3. Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo precedente llega a ser ulteriormente Estado Contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1) desde la fecha en que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado Contratante, siempre que el nuevo Estado Contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco.

Artículo 95

Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención.

Artículo 96

El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

Artículo 97

1. Las declaraciones hechas conforme a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación,
2. Las declaraciones y las confirmaciones de declaraciones se harán constar por escrito y se notificarán formalmente al depositario.
3. Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario. Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al artículo 94 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la última declaración.
4. Todo Estado que haga una declaración conforme a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante la notificación forma hecha por escrito al depositario. Este retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.
5. El retiro de una declaración hecha conforme al artículo 94 hará ineficaz, a partir de la fecha en que surta efecto el retiro, cualquier declaración de carácter recíproco hecha por otro Estado conforme a ese artículo.

Artículo 98

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 99

1. La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo

- de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92.
2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
 3. Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que sea parte en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1º de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la formación, de 1964) o en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1º de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la venta, de 1964), o en ambas Convenciones, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o ambas Convenciones, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.
 4. Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.
 5. Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.
 6. A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto de la presente Convención por Estados partes en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer, en su caso, respecto de estas dos últimas Convenciones hayan surtido a su vez efecto. El depositario de la presente Convención consultará con el Gobierno de los Países Bajos, como depositario de las Convenciones de 1964, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto.

Artículo 100

1. La presente Convención se aplicará a la formación del contrato solo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha.
2. La presente Convención se aplicará a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) el párrafo 1) del artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha.

Artículo 101

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención, o su Parte II o su Parte III, mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.
2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

**LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL (DOCUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS
A/40/17, ANEXO I Y A/61/17, ANEXO I; APROBADA EL 21
DE JUNIO DE 1985 Y ENMENDADA EL 7 JULIO DE 2006 POR
LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO
MERCANTIL INTERNACIONAL)**

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación¹

1. La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial² internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
2. Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado. *(El párrafo 2 del artículo 1 fue enmendado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006).*
3. Un arbitraje es internacional si:
 - a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
 - b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

¹ Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación.

² Debe darse una interpretación amplia a la expresión «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

- ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
4. A los efectos del párrafo 3) de este artículo:
- a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
 - b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
5. La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley.

Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Ley:

- a) «arbitraje» significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;
- b) «tribunal arbitral» significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
- c) «tribunal» significa un órgano del sistema judicial de un país;
- d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;
- e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;
- f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el apartado a) del artículo 25 y el apartado a) del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

Artículo 2A. Origen internacional y principios generales *(aprobado por la Comisión en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006)*

- 1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.

Artículo 3. Recepción de comunicaciones escritas

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes:
 - a) se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega;
 - b) la comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.
2. Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

Artículo 6. Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por ... [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la Ley Modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones].

Capítulo II. Acuerdo de arbitraje

Opción I: Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje (*aprobado por la Comisión en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006*)

1. El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Opción II: Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (*aprobado por la Comisión en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006*)

El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

1. El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.

Capítulo III. Composición del Tribunal Arbitral

Artículo 10. Número de árbitros

1. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
2. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Artículo 11. Nombramiento de los árbitros

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
3. A falta de tal acuerdo,
 - a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6;
 - b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, este será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.
4. Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,
 - a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o
 - b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o
 - c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte

la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5. Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 12. Motivos de recusación

1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
2. Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Artículo 13. Procedimiento de recusación

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
2. A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre esta.
3. Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1. Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.
2. Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12.

Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 o 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

Capítulo IV. Competencia del Tribunal Arbitral

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.
2. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.
3. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.

Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Capítulo IV A. Medidas cautelares y órdenes preliminares (*aprobado por la Comisión en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006*)

Sección I. Medidas cautelares

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:
 - a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia;
 - b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
 - c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
 - d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1. El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:
 - a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada; y
 - b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2. En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección II. Órdenes preliminares

Artículo 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.
2. El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.
3. Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares

1. Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.
2. Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.
3. El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.
4. Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.
5. Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección III. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 D. Modificación, suspensión, revocación

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 17 E. Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.
2. El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 F. Comunicación de información

1. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.
2. El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, será aplicable el párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 G. Costas y daños y perjuicios

El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Sección IV. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 H. Reconocimiento y ejecución

1. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.

2. La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.
3. El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución³

1. Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:
 - a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:
 - i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o
 - ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o
 - iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o
 - b) si el tribunal resuelve que:
 - i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que
 - ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.
2. Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

³ Las condiciones enunciadas en el artículo 17 I tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un tribunal podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en su legislación menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

Sección V. Medidas cautelares dictadas por el Tribunal

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Capítulo V. Sustanciación de las actuaciones arbitrales

Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19. Determinación del procedimiento

1. Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.
2. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Artículo 20. Lugar del arbitraje

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

Artículo 22. Idioma

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral

determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Artículo 23. Demanda y contestación

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.
2. Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.
3. De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Artículo 25. Rebeldía de una de las partes

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

- a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;

- b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;
- c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral
 - a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;
 - b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

Capítulo VI. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

1. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
2. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
3. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Artículo 30. Transacción

1. Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.
2. El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 31. Forma y contenido del laudo

1. El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.
2. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
3. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
4. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Artículo 32. Terminación de las actuaciones

1. Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.
2. El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:
 - a) el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;
 - b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;

- c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.
3. El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34.

Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:
 - a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;
 - b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2. El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el apartado a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.
4. El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) o 3) del presente artículo.
5. Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

Capítulo VII. Impugnación del laudo

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

1. Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
2. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
 - a) la parte que interpone la petición pruebe:

- i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
 - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o
 - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
- b) el tribunal compruebe:
- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.
3. La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.
4. El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

Capítulo VIII. Reconocimiento y ejecución de los laudos

Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.
2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción

del laudo a ese idioma⁴. (*El párrafo 2 del artículo 35 fue enmendado por la Comisión en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006*).

Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:
 - a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o
 - ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
 - v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o
 - b) cuando el tribunal compruebe:
 - i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.
2. Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

⁴ El procedimiento enunciado en este párrafo tiene por fin establecer un máximo de requisitos. Así pues, no se opondría a la armonización pretendida por la Ley Modelo que un Estado mantuviese en vigencia un procedimiento aun menos oneroso.

Segunda parte. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006⁵

1. El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18.º período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (llamada en adelante «la Ley Modelo»). La Asamblea General, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó «que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional». El 7 julio de 2006, en su 39.º período de sesiones, la CNUDMI enmendó la Ley Modelo (véanse los párrafos 4, 19, 20, 27, 29 y 53 infra). La Asamblea General, en su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, recomendó «que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes [...]».
2. La Ley Modelo constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Desde su aprobación por la CNUDMI, la Ley Modelo ha pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base.
3. Se adoptó la forma de Ley Modelo como instrumento de armonización y modernización dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Pese a esa flexibilidad, y con miras a aumentar las posibilidades de lograr un grado satisfactorio de armonización, se alienta a los Estados a que, al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno, reduzcan las modificaciones al mínimo. Cuanto menos se aparten del texto aprobado por la CNUDMI, más perceptible será la armonización que se consiga en materia arbitral, lo cual acrecentará la confianza de las partes extranjeras,

⁵ La presente nota ha sido preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con fines exclusivamente informativos, y no es un comentario oficial sobre la Ley Modelo. En el documento A/CN.9/264 (reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.87.V.4) figura un comentario preparado por la Secretaría sobre un proyecto anterior de la Ley Modelo.

que son las que recurren principalmente al arbitraje internacional, en la fiabilidad de la legislación de arbitraje del Estado promulgante.

4. La revisión de la Ley Modelo aprobada en 2006 incluye la adición del artículo 2A, el cual tiene por finalidad facilitar la interpretación del instrumento por referencia a principios internacionalmente aceptados y está encaminado a promover una comprensión uniforme de sus disposiciones. Otras enmiendas sustantivas de la Ley Modelo se refieren a la forma del acuerdo de arbitraje y a las medidas cautelares. La versión de la disposición del texto original de 1985 sobre la forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7) se inspiraba en el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (llamada en adelante «la Convención de Nueva York»). Se revisó el artículo 7 con objeto de adecuarlo a la realidad configurada por la evolución de la práctica en el comercio internacional y los avances tecnológicos. Se consideró necesario revisar ampliamente el artículo 17, debido a que el uso de las medidas cautelares es cada vez mayor en la práctica del arbitraje comercial internacional. La revisión incluye también un régimen de aplicación de las medidas cautelares, debido a que la eficacia de un arbitraje suele depender de la posibilidad de que ellas prosperen. Las nuevas disposiciones figuran en un nuevo capítulo de la Ley Modelo relativa a las medidas cautelares y las órdenes preliminares (capítulo IV A).

A. Antecedentes de la Ley Modelo

5. La Ley Modelo se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basó en la comprobación de que las leyes nacionales solían ser particularmente inadecuadas para regular los casos internacionales.

1. Insuficiencia de las leyes nacionales

6. Las formas de insuficiencia que se observan en leyes nacionales anticuadas comprenden disposiciones que equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales estatales y normas de carácter fragmentario que no regulan todas las cuestiones de derecho sustantivo. Incluso la mayoría de las leyes que, al parecer, son modernas y completas se elaboraron teniendo presente ante todo, si no exclusivamente, el arbitraje nacional. Aunque este criterio es comprensible por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regulados por el derecho arbitral tendrán un carácter exclusivamente interno, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, con frecuencia, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.
7. Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje «específico», se vean defraudadas, sobre todo en virtud de disposiciones

imperativas de la ley aplicable. Las restricciones no previstas ni deseadas impuestas por las leyes nacionales pueden impedir, por ejemplo, que las partes sometan sus controversias futuras a arbitraje o nombren libremente los árbitros y que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustración son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido al redactar el acuerdo de arbitraje. Incluso la falta de disposiciones legislativas puede provocar dificultades por el mero hecho de no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales propias del arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje. La finalidad de la Ley Modelo es disminuir el riesgo de esas posibles frustraciones, dificultades o sorpresas.

2. Disparidad entre las diversas leyes nacionales

8. Los problemas derivados de unas leyes inadecuadas de arbitraje o de la falta de legislación específica que regule el arbitraje se ven agravados por el hecho de que las leyes nacionales difieren ampliamente. Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una parte (y a menudo las dos) tiene que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros con los que no está familiarizada. En esas circunstancias suele ser costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje.
9. La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no solo al desarrollo del proceso arbitral sino también a la elección del lugar del arbitraje. Es posible que ese clima induzca a una de las partes a decidir no aceptar un determinado lugar o a negarse a aceptarlo en circunstancias en que, por razones prácticas, convendría escogerlo. Las posibilidades de elección de lugares se verán ampliadas y la sustanciación de las actuaciones arbitrales facilitada si los Estados adoptan la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades propias del arbitraje comercial internacional y proporciona un régimen internacional basado en soluciones aceptables para partes de Estados con ordenamientos jurídicos diferentes.

B. Características más destacadas de la Ley Modelo

1. Régimen procesal especial para el arbitraje comercial internacional

10. Los principios y soluciones adoptados en la Ley Modelo tienen por objeto reducir o eliminar los problemas y dificultades indicados. Como respuesta a las deficiencias y disparidades de las leyes nacionales, la Ley Modelo establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no afecta a ningún tratado pertinente en vigor en el Estado que la adopta. Si bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene

un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes.

a) Ámbito sustantivo y territorial de aplicación

11. En el artículo 1 se define el ámbito de aplicación de la Ley Modelo en función del concepto de «arbitraje comercial internacional». La Ley Modelo define como internacional un arbitraje si «las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes» (párrafo 3) del artículo 1). La inmensa mayoría de las situaciones que suelen considerarse internacionales responden a ese criterio. Además, en el mismo artículo se amplía el concepto de internacionalidad a fin de que la Ley Modelo regule también los supuestos en que el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar del objeto del litigio estén situados fuera del Estado en el que las partes tengan sus establecimientos, o los casos en que las partes hayan convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje se refiere a más de un Estado. En el artículo 1 se reconoce pues a las partes amplia libertad para someter un litigio al régimen jurídico establecido conforme a la Ley Modelo.
12. La Ley Modelo no contiene ninguna definición estricta de lo que se entiende por el término «comercial». En la nota al párrafo 1) del artículo 1 se señala que debe dársele «una interpretación amplia» y se enumeran varios ejemplos de relaciones, que podrían describirse como de índole comercial «contractuales o no». La finalidad de esa nota es soslayar toda dificultad técnica que pudiese surgir, por ejemplo, al determinar las operaciones que deberían regirse por un determinado texto de derecho mercantil que exista en algún ordenamiento jurídico.
13. Otro aspecto de la aplicabilidad es el relativo al ámbito territorial de aplicación. El principio enunciado en el párrafo 2) del artículo 1 es que una vez que la Ley Modelo entre en vigor en un Estado determinado, se aplicará únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado. Sin embargo, en ese mismo párrafo se prevén excepciones importantes a ese principio al establecerse que se aplicarán ciertos artículos independientemente de que el lugar del arbitraje esté en el Estado promulgante o en otro Estado (o, según el caso, aun antes de que se determine el lugar del arbitraje). Esos artículos son: el 8 (párrafo 1) y el 9, que tratan del reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares; el 17 J, relativo a las medidas cautelares dictadas por el tribunal estatal; los 17 H y 17 I, relativos al reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, y los artículos 35 y 36, sobre el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.
14. El criterio territorial, que rige la mayoría de las disposiciones de la Ley Modelo, se adoptó en aras de la certidumbre y habida cuenta de las siguientes circunstancias.

En la mayoría de los ordenamientos se utiliza el criterio exclusivo del lugar del arbitraje para determinar la aplicabilidad de la legislación interna y se ha observado que, cuando las partes tienen derecho a elegir el derecho procesal de un Estado que no sea el del lugar del arbitraje, rara vez lo ejercitan. Cabe subrayar al respecto que, por la amplia libertad de que gozan las partes en virtud de la Ley Modelo para formular las normas de las actuaciones arbitrales, la aplicación de la Ley Modelo hace aún menos necesario que elijan una ley «extranjera». Además de servir para determinar el derecho que regirá las actuaciones arbitrales, el criterio territorial reviste considerable importancia práctica en lo que respecta a los artículos 11, 13, 14, 16, 27 y 34, por los que se encomienda a los tribunales estatales del Estado respectivas funciones de asistencia y supervisión del arbitraje. Cabe observar que el criterio territorial que las partes puedan invocar legítimamente para determinar el lugar del arbitraje no restringe la capacidad del tribunal arbitral para reunirse en cualquier lugar que estime adecuado a fin de sustanciar las actuaciones arbitrales, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 20.

b) Delimitación de la asistencia y supervisión judiciales

15. Como lo demuestran recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Esa tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral.
16. Con este espíritu, la Ley Modelo prevé la intervención de los tribunales en los casos que se indican a continuación. Un primer grupo comprende las cuestiones relacionadas con el nombramiento, la recusación y la terminación del mandato de un árbitro (artículos 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34). Estos casos se enumeran en el artículo 6 como funciones que deben encomendarse, en aras de la centralización, especialización y eficacia de las actuaciones, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo, una institución arbitral o una cámara de comercio). Un segundo grupo comprende cuestiones como la asistencia de los tribunales estatales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares ordenadas por un tribunal estatal (artículos 8 y 9), las medidas cautelares dictadas por el tribunal estatal (artículo 17 J) y el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (artículos 17 H y 17 I) y de laudos (artículos 35 y 36).
17. Fuera de los casos previstos en esos dos grupos, «en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal». En el artículo 5 se garantiza pues que en el texto legislativo por el que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno se enumerarán todos los casos en que un tribunal podrá intervenir,

excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, la acumulación de actuaciones arbitrales, la relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o la fijación de costas y honorarios, incluidos los depósitos). La protección del proceso arbitral contra toda injerencia imprevisible o perjudicial de un tribunal judicial es un elemento fundamental para las partes que elijan la vía arbitral (en particular, las partes extranjeras).

2. Acuerdo de arbitraje

18. El capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo de arbitraje, incluido su reconocimiento por los tribunales judiciales.

a) Definición y forma del acuerdo de arbitraje

19. La versión original de 1985 de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7) sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que exige que el acuerdo conste por escrito. Si las partes han convenido en someter su litigio a arbitraje habiendo concertado el acuerdo correspondiente sin observancia del requisito de forma, cualquier parte podrá invocar esa deficiencia para oponer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7. En ese momento, la Comisión aprobó dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo. La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente («*compromis*») o futura («*clause compromissoire*»). Conforme a la Convención de Nueva York se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, pero se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio «que deje constancia de su contenido en cualquier forma». El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. La importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas. Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005. La disposición abarca la situación en que hay «un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia

de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra». En ella se prevé también que «la referencia hecha en un contrato a un documento» (por ejemplo, uno en el que consten las condiciones generales) «que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato». De ese modo se aclara que es posible remitirse al derecho de los contratos aplicable para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que supuestamente consta en un documento al que se «hace referencia». En la segunda opción del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma. La Comisión no expresó preferencia por ninguna de las opciones. Los Estados promulgantes podrán examinarlas y escoger una u otra según convenga a sus necesidades concretas, y por referencia al contexto jurídico en que se promulgue la Ley Modelo, inclusive los principios generales del derecho de los contratos de cada Estado promulgante. La finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

20. A ese respecto, la Comisión también aprobó en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, (A/61/17, anexo II)⁶. En su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General señaló que «con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, es especialmente oportuna». La recomendación se formuló en vista del uso cada vez más extendido del comercio electrónico, y de la promulgación de leyes nacionales, así como de la jurisprudencia en la materia, que son más favorables que la Convención de Nueva York en lo tocante al requisito de forma al que han de ajustarse el acuerdo de arbitraje, las actuaciones arbitrales y la ejecución de laudos. En la recomendación se insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York «reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas» y se los alienta a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo. En las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de Nueva York. En virtud de la «la disposición relativa a la ley más favorable» enunciada en el párrafo 1) del artículo VII de dicho instrumento, en la recomendación se aclara que debería permitirse «a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje».

⁶ El texto se reproduce en la tercera parte infra.

b) El acuerdo de arbitraje y los tribunales

21. Los artículos 8 y 9 se refieren a dos aspectos importantes de la compleja cuestión de la relación entre el acuerdo de arbitraje y el recurso a los tribunales. Con arreglo al párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que se inspira en el texto del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que tal acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede formular a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Por su naturaleza, esta disposición, en caso de ser adoptada por un Estado que incorpore la Ley Modelo a su derecho interno, solo obliga a los tribunales de ese Estado. Sin embargo, como el artículo 8 no se limita en su ámbito de aplicación a los acuerdos que prevén el arbitraje en dicho Estado facilita el reconocimiento y la eficacia universales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional.
22. En el artículo 9 se enuncia el principio de que ninguna medida cautelar que dicten los tribunales judiciales en virtud de su derecho procesal (por ejemplo, embargos previos al laudo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Esta disposición se destina en última instancia, a los tribunales de cualquier Estado, en cuanto establece la compatibilidad del acuerdo de arbitraje con toda medida cautelar que se conceda, independientemente del lugar del arbitraje. Dondequiera que se pueda hacer una solicitud de medidas cautelares a un tribunal, no podrá invocarse, en virtud de la Ley Modelo, como una excepción con respecto a la existencia o eficacia del acuerdo de arbitraje.

3. Composición del tribunal arbitral

23. El capítulo III contiene varias disposiciones detalladas sobre el nombramiento, la recusación, la terminación del mandato y la sustitución de un árbitro. El capítulo refleja el criterio adoptado en la Ley Modelo para eliminar las dificultades que resultan de leyes o normas inadecuadas o fragmentarias. En primer lugar, el criterio reconoce la libertad de las partes para determinar, haciendo referencia a un conjunto de normas de arbitraje o mediante un acuerdo especial, el procedimiento que se seguirá, respetando los requisitos fundamentales de equidad y justicia. En segundo lugar, si las partes no han hecho uso de esa libertad para establecer normas de procedimiento o no han resuelto una cuestión determinada, la Ley Modelo asegura, mediante una serie de normas supletorias, que el arbitraje pueda comenzar y proceder con eficacia hasta que se dirima la controversia.
24. Si en virtud de algún procedimiento convenido por las partes o fundado en las normas supletorias de la Ley Modelo se plantean dificultades en el proceso de nombramiento, recusación o terminación del mandato de un árbitro, los artículos 11, 13 y 14 prevén la asistencia de los tribunales estatales o de otras autoridades

competentes que designe el Estado promulgante. Habida cuenta de la urgencia de los asuntos relacionados con la composición del tribunal arbitral o con su capacidad de funcionamiento, y a fin de reducir el riesgo y las consecuencias de cualquier táctica dilatoria, se fijan plazos breves para recurrir a los tribunales estatales o a otras autoridades competentes y se dispone la inapelabilidad de las decisiones que se dicten.

4. Competencia del tribunal arbitral

a) Facultad para decidir acerca de su competencia

25. El párrafo 1) del artículo 16 adopta los dos importantes principios (aún no reconocidos generalmente) de «*Kompetenz-Kompetenz*» y de la separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria. El primero implica que el tribunal arbitral podrá decidir independientemente acerca de su propia competencia, incluso sobre toda excepción que se haya opuesto contra la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, sin tener que recurrir a un tribunal estatal. La separabilidad de la cláusula compromisoria supone que esta debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. Por ende, toda decisión del tribunal arbitral por la que se disponga que el contrato es nulo no comportará de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Las disposiciones detalladas contenidas en el párrafo 2) requieren que las excepciones relacionadas con la competencia de los árbitros se opongan lo antes posible.
26. La competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia (esto es, sobre el fundamento, contenido y alcance de su mandato y atribuciones) está, por supuesto, sometida a supervisión judicial. Si el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declara competente, el párrafo 3) del artículo 16 prevé la supervisión judicial inmediata a fin de evitar toda pérdida innecesaria de tiempo y recursos. No obstante, se añaden tres salvaguardias procesales para reducir el riesgo y los efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal estatal (30 días), la inapelabilidad de la resolución de este tribunal, y la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal estatal. En los casos en que el tribunal arbitral se pronuncie sobre su competencia al dictar el laudo sobre el fondo del litigio, podrá solicitarse la revisión judicial de su competencia en el marco del procedimiento de nulidad, previsto en el artículo 34, o del procedimiento de ejecución, previsto en el artículo 36.

b) Facultad de otorgar medidas cautelares y órdenes preliminares

27. La Comisión aprobó en 2006 el capítulo IV A, relativo a las medidas cautelares y las órdenes preliminares, que sustituye al artículo 17 del texto original de la Ley Modelo de 1985. En la sección 1 se define de forma genérica el concepto de medida cautelar y se establecen las condiciones en que podrán otorgarse las medidas.

Una innovación importante es la introducción (en la sección 4) de un régimen de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, que se inspira, como cabía esperar, en el que regula el reconocimiento y la ejecución de los laudos en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo.

28. La sección 2 del capítulo IV A regula la solicitud de una orden preliminar y las condiciones para su otorgamiento. Mediante una orden preliminar puede mantenerse el statu quo en espera de que el tribunal arbitral dicte una medida cautelar, con arreglo a la cual se aprobará o modificará dicha orden. En el párrafo 1) del artículo 17 B se dispone que «toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada». En el párrafo 2) del artículo 17 B se faculta a un tribunal arbitral para emitir una orden preliminar siempre «que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada». En el artículo 17 C se enuncian disposiciones concebidas cuidadosamente para salvaguardar los derechos de la parte contra la que se dicte una orden preliminar, como la obligación del tribunal de notificar sin dilación esa solicitud de una orden preliminar y la propia orden, en caso de otorgarse, y de dar la oportunidad a esa parte de hacer valer sus derechos «a la mayor brevedad posible». En todo caso, una orden preliminar tiene una validez de veinte días como máximo y, aun cuando es vinculante para las partes, no es de por sí objeto de ejecución judicial ni constituye un laudo. La expresión «orden preliminar» se utiliza para subrayar su alcance limitado.
29. La sección 3 contiene normas aplicables tanto a las órdenes preliminares como a las medidas cautelares.
30. La sección 5 incluye el artículo 17 J, relativo a las medidas cautelares dictadas por el tribunal en apoyo del arbitraje, que dispone que «el tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales». Este artículo se agregó en 2006 para no dejar lugar a dudas en cuanto a que la existencia de un acuerdo de arbitraje no menoscaba las facultades del tribunal judicial competente para dictar medidas cautelares y a que toda parte en un determinado acuerdo de arbitraje es libre de solicitar al tribunal su otorgamiento.

5. Sustanciación de las actuaciones arbitrales

31. El capítulo V proporciona el marco jurídico para una sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales. El artículo 18, que establece los requisitos fundamentales de justicia procesal, y el artículo 19, que enuncia los derechos y atribuciones para determinar las normas de procedimiento, expresan los principios básicos que inspiran las actuaciones arbitrales que se rigen por la Ley Modelo.

a) Derechos procesales fundamentales de las partes

32. El artículo 18 consagra los principios básicos de que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos. Varias disposiciones ilustran esos principios. Por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 24 establece que, salvo que las partes hayan acordado que no se celebren audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes. Cabe señalar que el párrafo 1) del artículo 24 solo se refiere al derecho general de una parte a que se celebren audiencias (como una opción a la sustanciación de las actuaciones sobre la base de documentos y demás pruebas) y no contempla aspectos procesales tales como la duración, el número o el momento de las audiencias.
33. Otro ejemplo de dichos principios básicos guarda relación con las pruebas presentadas por un perito nombrado por el tribunal arbitral. En virtud del párrafo 2) del artículo 26, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos, si así lo solicita una de las partes o lo considera necesario el tribunal arbitral. Otra disposición destinada a garantizar la equidad, objetividad e imparcialidad es el párrafo 3) del artículo 24, que prevé que de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte, y que deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión. A fin de que las partes puedan presentarse en las audiencias o en cualquier reunión del tribunal arbitral para fines de inspección, su celebración se les notificará con suficiente antelación (párrafo 2) del artículo 24).

b) Determinación del procedimiento

34. El artículo 19 reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. La facultad conferida al tribunal arbitral incluye atribuciones para determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.
35. La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues permite a las partes seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretos, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales, y posiblemente contradictorios, del derecho interno aplicable y sin el riesgo mencionado más arriba de frustración o sorpresa (véanse los párrafos 7 y 9 supra). La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues permite que este sustancie las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin las limitaciones

impuestas por la legislación interna que suele aplicarse, incluso la que rige la práctica de la prueba. Además proporciona la base para dar muestras de iniciativa a fin de solucionar toda cuestión procesal no contemplada en el acuerdo de arbitraje ni en la Ley Modelo.

36. Además de las disposiciones generales del artículo 19, en otras disposiciones de la Ley Modelo se reconoce la autonomía de las partes y, a falta de acuerdo entre ellas, se faculta al tribunal arbitral para decidir sobre determinados asuntos. El artículo 20, relativo al lugar del arbitraje, y el artículo 22, relativo al idioma de las actuaciones, son disposiciones de esa índole que revisten una importancia práctica especial en los litigios internacionales.

c) Rebeldía de una de las partes

37. Las actuaciones arbitrales pueden continuar en ausencia de una de las partes con tal de que se hayan hecho las notificaciones debidas. Esto se aplica, sobre todo, cuando el demandado no presenta su contestación (apartado b) del artículo 25). El tribunal arbitral también puede continuar las actuaciones cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales sin invocar causa suficiente (apartado c) del artículo 25). En cambio cuando el demandante no presenta su demanda, el tribunal arbitral debe dar por terminadas las actuaciones (apartado a) del artículo 25).
38. Revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral para desempeñar sus funciones incluso si una de las partes no participa. Como lo demuestra la experiencia, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar o en agilizar las actuaciones. Así pues, esas disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal.

6. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

a) Normas aplicables al fondo del litigio

39. El artículo 28 trata de los aspectos del arbitraje relativos al derecho sustantivo. A tenor del párrafo l), el tribunal arbitral decide el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Esta disposición es importante por dos razones; en primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante si la legislación nacional no reconoce clara o plenamente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las «normas de derecho» y no a la «ley», la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio. Por ejemplo, podrán elegir de común acuerdo por normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Las partes también podrán determinar directamente que el derecho sustantivo que ha de regir el arbitraje sea un instrumento

como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, sin necesidad de remitirse a la legislación interna de ningún Estado parte en esa Convención. Las atribuciones del tribunal arbitral, por otra parte, se ajustan a pautas más tradicionales. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley (es decir la ley nacional), que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

40. Conforme al párrafo 3) del artículo 28, las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio *ex aequo et bono* o como amigable componedor. Por el momento este tipo de arbitraje (en el cual el tribunal arbitral dirime el litigio fundándose en principios que estime equitativos, sin tener que remitirse a un régimen jurídico determinado) no se conoce ni aplica en todos los ordenamientos. Tampoco se trata de regularlo en la Ley Modelo; solo se lo incluye para señalar a las partes la conveniencia de circunscribir su alcance en el acuerdo de arbitraje y de otorgar atribuciones precisas al respecto al tribunal arbitral. No obstante, en el párrafo 4) se aclara que, en todos los casos en que el litigio guarde relación con un contrato (incluido el arbitraje *ex aequo et bono*), el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones contractuales y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

b) Pronunciamiento del laudo y otras decisiones

41. En sus normas sobre el pronunciamiento del laudo (artículos 29 a 31), la Ley Modelo se centra en el supuesto de que el tribunal arbitral esté integrado por más de un árbitro. Se establece al respecto que todo laudo o decisión de otra índole se adoptará por mayoría de votos de todos los árbitros, salvo las cuestiones de procedimiento, sobre las que podrá decidir el árbitro presidente. El principio de la mayoría se aplica también a la firma del laudo, siempre que se deje constancia de los motivos de la falta de una o más firmas.
42. El párrafo 3) del artículo 31 establece que constará en el laudo el lugar del arbitraje, y que el laudo se considerará dictado en ese lugar. La finalidad de esta disposición es subrayar que el pronunciamiento definitivo del laudo constituye un acto jurídico, que en la práctica no tiene por qué consistir en un único acto. Por la misma razón que no es menester que las actuaciones arbitrales se sustancien en el lugar escogido como «lugar del arbitraje», en el pronunciamiento de un laudo pueden mediar también deliberaciones celebradas en varios lugares, conversaciones telefónicas o por correspondencia. Además, no es necesario que los árbitros concurren en persona a un mismo lugar para firmar el laudo.
43. El laudo arbitral debe dictarse por escrito con indicación de su fecha. Debe también ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los «términos convenidos» por las partes (es decir, de un laudo que haga constar la transacción a que hayan llegado estas). Cabe añadir que la Ley Modelo no exige ni prohíbe los «votos reservados».

7. Impugnación del laudo

44. Los recursos de impugnación del laudo a disposición de las partes difieren ampliamente de un ordenamiento a otro, y esta disparidad dificulta sobremanera la armonización de la legislación de arbitraje internacional. Algunos reglamentos de arbitraje obsoletos, al establecer regímenes paralelos aplicables a la impugnación tanto de un laudo como de una decisión judicial, prevén diversos recursos con plazos distintos (y, por lo general, largos) para interponerlos y con extensas listas de motivos para ejercitarlos. Esa situación (preocupante para quienes interviene en el arbitraje comercial internacional) se ha mejorado en alto grado en la Ley Modelo, ya que en ella se enuncian motivos uniformes de impugnación del laudo y plazos bien delimitados para ejercitar el recurso.

a) La petición de nulidad como único recurso

45. La primera medida para mejorar el estado de cosas descrito consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualquier otro previsto en una ley procesal del Estado de que se trate. El párrafo 1) del artículo 34 dispone que contra un laudo solo podrá recurrirse mediante una petición de nulidad, que debe formularse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción del laudo (párrafo 3) del artículo 34). Al regularse el «recurso» (es decir, el acto de una parte para «impugnar» activamente el laudo, en el artículo 34 no impide que una de las partes trate de obtener el control judicial por vía de excepción en el procedimiento de ejecución (artículos 35 y 36). El artículo 34 concierne únicamente a una acción ante un tribunal judicial (es decir, ante un órgano del poder judicial de un Estado). Con todo, nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos).

b) Motivos de nulidad

46. Otra mejora introducida por la Ley Modelo es que enumera en forma exhaustiva los motivos por los que un laudo podrá declararse nulo. La enumeración coincide esencialmente con la del párrafo 1) del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York. Los motivos enunciados en el párrafo 2) del artículo 34 se dividen en dos categorías. Los que han de ser probados por la parte que interpone la petición son los siguientes: que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o; que este acuerdo no sea válido; que una de las partes no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o que una parte no haya podido hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje; que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes, o a falta de tal acuerdo, a la Ley Modelo. Los motivos que un tribunal podrá invocar de oficio son los siguientes:

que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público (por lo que ha de entenderse desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal).

47. El paralelismo entre los motivos de nulidad de un laudo en virtud de la Ley Modelo y los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York recuerda el existente a ese respecto entre este último instrumento y la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961). A tenor del artículo IX de esta Convención, la decisión de un tribunal extranjero de anular un laudo por algún motivo distinto de los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York no constituye una causa para denegar su ejecución. La Ley Modelo lleva ese principio algo más lejos y limita directamente los motivos de nulidad.
48. Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo enunciados en el párrafo 2) del artículo 34 son casi idénticos a los que pueden invocarse para denegar su reconocimiento o ejecución con arreglo al párrafo 1) del artículo 36, cabe señalar una diferencia de orden práctico. En virtud del párrafo 2) del artículo 34 una petición de nulidad podrá interponerse únicamente ante un tribunal del Estado en que se haya dictado el laudo; la ejecución de un laudo, en cambio, podrá pedirse a un tribunal de cualquier Estado. Ello explica que los motivos relacionados con el orden público y con el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje puedan diferir en cuanto al fondo en función de la ley que el tribunal aplique (sea la del Estado en el que se declare la nulidad o la del Estado en que se ejecute el laudo).

8. Reconocimiento y ejecución de los laudos

49. El octavo y último capítulo de la Ley Modelo se refiere al reconocimiento y a la ejecución de los laudos. Sus disposiciones reflejan la importante decisión de rango normativo de que las mismas normas regirán todos los laudos arbitrales, con independencia de que se hayan dictado en el país de su ejecución o en otro Estado, y que tales normas deberán seguir de cerca las enunciadas en la Convención de Nueva York.

a) Promoción de un tratamiento uniforme de todos los laudos independientemente del país en que sean dictados

50. Al tratar los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo hace una distinción entre laudos «internacionales» y los «no internacionales», en sustitución de la tradicional diferenciación entre laudos «extranjeros» y «nacionales». Esta nueva orientación se basa en motivos de fondo, y no en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas por la poca importancia que el lugar del arbitraje reviste en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar

del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado en que se substancien las actuaciones conforme a la ley. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos «internacionales», sean «extranjeros» o «nacionales», deberían regirse por las mismas disposiciones.

51. Al estipular normas sobre el reconocimiento y la ejecución que siguen el modelo de las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York, la Ley Modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa exitosa Convención sin entrar en conflicto con él.

b) Requisitos procesales del reconocimiento y de la ejecución

52. En virtud del párrafo 1) del artículo 35, todo laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y podrá ejecutarse, en conformidad con las disposiciones del párrafo 2) del artículo 35 y del artículo 36 (que establece los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución). Habida cuenta de la escasa importancia del lugar del arbitraje en los casos internacionales y con el deseo de superar las restricciones territoriales, no se incluye la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y la ejecución.
53. En la Ley Modelo no se fijan los detalles procesales para el reconocimiento y la ejecución de un laudo, aspecto que determinen las leyes y prácticas procesales de cada país. La Ley Modelo simplemente establece ciertas condiciones que han de cumplirse para obtener la ejecución con arreglo al párrafo 2) del artículo 35. Este párrafo se revisó en 2006 para liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje. Según el texto actual del párrafo 2) del artículo 35, ya no es necesario presentar una copia certificada del acuerdo de arbitraje.

c) Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

54. Aun cuando los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los del artículo V de la Convención de Nueva York, los enunciados en la Ley Modelo son relevantes no solo para los laudos extranjeros, sino también para todos los laudos que se dicten en el ámbito de aplicación del texto legislativo por el que se haya incorporado la Ley Modelo al derecho interno. En general se estimó conveniente adoptar, en aras de la armonía, el mismo criterio y terminología de esta importante Convención. Sin embargo, se modificó el primer motivo de la lista de la Convención (conforme al cual podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución si «las partes en el acuerdo. . . [de arbitraje] estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable»), por considerarse que contenía una norma de conflicto de leyes incompleta y que podía dar lugar a equívocos.

LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ (DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071)

Título I. Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.
2. Las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8, en los artículos 13, 14, 16, 45, numeral 4 del artículo 48, 74, 75, 76, 77 y 78 de este Decreto Legislativo, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

Artículo 2. Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Artículo 3. Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Artículo 4. Arbitraje del Estado Peruano

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

Artículo 5. Arbitraje internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
 - b) Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
 - c) Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

Artículo 6. Reglas de interpretación

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

- a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.
- b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.
- c) Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.
- d) Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a del artículo 46 y en el inciso a. del numeral 2 del artículo 60.
- e) Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- f) Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

Artículo 7. Arbitraje *ad hoc* e institucional

1. El arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.
3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.
4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

Artículo 8. Competencia en la colaboración y control judicial

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez sub-especializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez sub-especializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil

del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.
5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.
6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

Artículo 9. Formalidad de documentos en la colaboración y control judicial

1. Todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español.
2. Todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.
3. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

Artículo 10. Representación de la persona jurídica

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.
2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Artículo 11. Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

Artículo 12. Notificaciones y plazos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.
- b) Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.
- c) Los plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente.

Título II. Convenio arbitral

Artículo 13. Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato

se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

Artículo 14. Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Artículo 15. Relaciones jurídicas estándares

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles solo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
 - a) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
 - b) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje

en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

- c) Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

Artículo 16. Excepción de convenio arbitral

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

Artículo 17. Derivación de controversia judicial a arbitraje

Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral.

Artículo 18. Renuncia al arbitraje

La renuncia al arbitraje será válida solo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, solo respecto de las materias demandadas judicialmente.

Título III. Árbitros

Artículo 19. Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

Artículo 20. Capacidad

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Artículo 21. Incompatibilidad

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Artículo 22. Nombramiento de los árbitros

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.
3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.
4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.
5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.

Artículo 23. Libertad de procedimiento de nombramiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral,

siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.
- b) En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- c) En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- d) Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegare a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.
- e) En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

Artículo 24. Incumplimiento del encargo

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23.

Artículo 25. Nombramiento por las Cámaras de Comercio

1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.
3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23 y en el artículo 24, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.
6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.
7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 26. Privilegio en el nombramiento

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

Artículo 27. Aceptación de los árbitros

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

Artículo 28. Motivos de abstención y de recusación

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán

- pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
 4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
 5. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Artículo 29. Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
 - a) La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
 - b) El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
 - c) Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
 - d) Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
 - i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23.
 - ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23.
 - iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a este resolver la recusación.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar

su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Artículo 30. Remoción

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.
2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

Artículo 31. Árbitro sustituto

1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.
2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

Artículo 32. Responsabilidad

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

Título IV. Actuaciones arbitrales

Artículo 33. Inicio del arbitraje

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

Artículo 34. Libertad de regulación de actuaciones

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
1. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
2. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.
3. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Artículo 35. Lugar del arbitraje

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.

Artículo 36. Idioma del arbitraje

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto algo distinto, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral.
2. El tribunal arbitral podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

Artículo 37. Representación

1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.
3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

Artículo 38. Buena fe

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Artículo 39. Demanda y contestación

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.
2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.
3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

Artículo 40. Competencia del tribunal arbitral

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Artículo 41. Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá

decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Artículo 42. Audiencias

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.
2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.
3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas.
4. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión.

Artículo 43. Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Artículo 44. Peritos

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.
2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

Artículo 45. Colaboración judicial

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.
4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

Artículo 46. Parte renuente

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

- a) El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, este manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b) El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

Artículo 47. Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a) Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
 - b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
 - c) Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
 - d) Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.
4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar

el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.
8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

Artículo 48. Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:
 - a) Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, solo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.
 - b) La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.
 - c) Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.
 - d) La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.
 - e) La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

Artículo 49. Reconsideración

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.
2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

Artículo 50. Transacción

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan

y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

2. Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

Artículo 51. Confidencialidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

Título V. Laudo

Artículo 52. Adopción de decisiones

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Artículo 53. Plazo

La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

Artículo 54. Laudos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Artículo 55. Forma del laudo

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o solo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

Artículo 56. Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.
2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73.

Artículo 57. Normas aplicables al fondo de la controversia

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.
3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, solo si las partes le han autorizado expresamente para ello.
4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

Artículo 58. Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
 - a) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.

- b) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
 - c) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
 - d) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
 - e) El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolucón o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
 - f) El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.
2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.
 3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

Artículo 59. Efectos del laudo

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.

Artículo 60. Terminación de las actuaciones

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.
2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:
 - a) Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.
 - b) Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c) Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Artículo 61. Conservación de las actuaciones

1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.
2. Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.
3. Si se interpone recurso de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a su costo. Resuelto el recurso en definitiva, serán de aplicación los numerales 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse estas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.

Título VI. Anulación y ejecución del laudo

Artículo 62. Recurso de anulación

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Artículo 63. Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
 - g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo solo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Artículo 64. Trámite del recurso

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.
2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.
3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, excepto en el caso previsto en el numeral 4 del artículo 66 en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos.
4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

5. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

Artículo 65. Consecuencias de la anulación

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
 - a) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes. b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
 - b) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.
 - c) Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
 - d) Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
 - e) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.
2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.

Artículo 66. Garantía de cumplimiento

1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.

2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.
3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.
4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.
5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.
6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

Artículo 67. Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Artículo 68. Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones,

- integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
 3. La parte ejecutada solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
 4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

Título VII. Costos arbitrales

Artículo 69. Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

Artículo 70. Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b) Los honorarios y gastos del secretario.
- c) Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Artículo 71. Honorarios del tribunal arbitral

Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

Artículo 72. Anticipos

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. En este caso, el tribunal arbitral solo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje.
3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.
4. La decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación del depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. La misma regla se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.
5. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales.

Artículo 73. Asunción o distribución de costos

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.
3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

Título VIII. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

Artículo 74. Normas aplicables

1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:
 - a) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
 - b) La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
 - c) Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.
2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Artículo 75. Causales de denegación

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista este, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.
2. Solo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:
 - a) Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
 - b) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.
 - d) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 - e) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:

- a) Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b) Que el laudo es contrario al orden público internacional.
4. La causa prevista en el inciso a. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano.
 5. La causa prevista en el inciso b. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.
 6. La causa prevista en el inciso c. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si este se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.
 7. La causa prevista en el inciso d. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e. numeral 2 de este artículo; la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

Artículo 76. Reconocimiento

1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.
2. Admitida la solicitud, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente. [4]
3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el numeral 8 del artículo 75. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

4. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

Artículo 77. Ejecución

Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 68.

Artículo 78. Aplicación de la norma más favorable

Cuando resulte de aplicación la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, se tendrá presente lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo, cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.
2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención, la parte interesada podrá acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados de los cuales el Perú sea parte, para obtener el reconocimiento de la validez de ese convenio arbitral.
3. Cuando resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención, esta disposición se aplicará reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

Disposiciones complementarias

Primera. Cámaras de Comercio

Para efectos de este Decreto Legislativo, se entiende por Cámaras de Comercio a las Cámaras de Comercio que existen en cada provincia de la República.

Cuando exista en una misma provincia más de una Cámara de Comercio, se entiende que la referencia es a la Cámara de Comercio de mayor antigüedad.

Segunda. Convenios de ejecución

Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo.

Tercera. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales o contractuales a cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo.

Cuarta. Juez y tribunal arbitral

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

Quinta. Designación de persona jurídica

Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que dicha designación está referida a su actuación para nombrar árbitros.

Sexta. Arbitraje estatutario

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

Sétima. Arbitraje sucesorio

Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.

Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

Octava. Mora y resolución de contrato

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Novena. Prescripción

Comunicada la solicitud de arbitraje, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, siempre que llegue a constituirse el tribunal arbitral.

Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando se declara nulo un laudo o cuando de cualquier manera prevista en este Decreto Legislativo se ordene la terminación de las actuaciones arbitrales.

Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción.

Décima. Prevalencia

Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

Undécima. Vía ejecutiva

Para efectos de la devolución de honorarios de los árbitros, tiene mérito ejecutivo la decisión del tribunal arbitral o de la institución arbitral que ordena la devolución de dichos honorarios, así como la resolución judicial firme que anula el laudo por vencimiento del plazo para resolver la controversia.

Duodécima. Acciones de garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Décimo tercera. Procedimiento pericial

Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario.

Décimo Cuarta. Ejecución de un laudo CIADI

Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado, al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.

Disposiciones transitorias

Primera. Clase de arbitraje

En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales, o en su caso las cláusulas y compromisos arbitrales, celebrados con anterioridad a este Decreto Legislativo, que no estipulen expresamente la clase de arbitraje, se regirán por las siguientes reglas:

1. Las cláusulas y compromisos arbitrales celebrados bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1911 y el Código Civil de 1984 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
2. Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia del Decreto Ley N.º 25935 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
3. Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia de la Ley N.º 26572 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de conciencia.

Salvo pacto en contrario, cualquier divergencia sobre la clase de arbitraje deberá ser decidida por el tribunal arbitral como cuestión previa a la presentación de la demanda.

Segunda. Actuaciones en trámite

Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje.

Tercera . Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

Los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros iniciados antes de la entrada en vigencia del presente decreto legislativo, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en la Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje.

Disposiciones modificatorias

Primera. Modificación del Código Civil

Agréguese un último párrafo al artículo 2058 del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N.º 295 con la siguiente redacción:

«Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial».

Segunda. Modificación del Código Procesal Civil

Agréguese un último párrafo al artículo 384 del Código Procesal Civil del Texto Único Ordenado aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 351-2004-JUS con la siguiente redacción:

«En los casos previstos en la Ley de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros».

Tercera. Modificación de la Ley General de Sociedades

1. Modifíquese el artículo 48 de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

«Artículo 48.- Arbitraje.

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley. El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios. El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia».

2. Modifíquese el cuarto párrafo del artículo 14 de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

«El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario».

3. Modifíquese el inciso 2 del artículo 188 de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

«2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje».

Cuarta. Modificación de la Ley de la Garantía Mobiliaria

Modifíquese el artículo 48 de la Ley N.º 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria según la siguiente redacción:

«Artículo 48.- Arbitraje.

Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la ley de la materia».

Disposición derogatoria

Única. Deróguese el segundo párrafo del artículo 1399 y el artículo 2064 del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N.º 295 y la Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje.

Disposiciones finales

Primera. Arbitraje popular

Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados.

Estos programas serán conducidos por el Ministerio de Justicia y podrán ser ejecutados también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante celebración de convenios bajo cualquier modalidad.

El Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

Segunda. Adecuación

Las instituciones arbitrales adecuarán hasta el 31 de agosto de 2008, en cuanto fuera necesario, sus respectivos reglamentos, incluso aquellos aprobados por norma legal, a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

Tercera. Vigencia

El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia el 1 de setiembre de 2008, salvo lo dispuesto en la Segunda Disposición Final, la que entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente norma.

**REGLAMENTO DE CONCILIACIÓN DE LA CNUDMI
(RESOLUCIÓN 35/52 DE LA ASAMBLEA GENERAL
DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1980)**

Artículo 1. Aplicación del reglamento

1. Este Reglamento se aplicará a la conciliación de controversias que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen con ella, cuando las partes que procuren llegar a una solución amistosa de su controversia hayan acordado aplicar el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI,
2. Las partes podrán acordar, en cualquier momento, la exclusión o modificación de cualquiera de estas reglas.
3. Cuando alguna de estas reglas esté en conflicto con una disposición del derecho que las partes no puedan derogar, prevalecerá esa disposición.

Artículo 2. Inicio del procedimiento de conciliación

1. La parte que tome la iniciativa de la conciliación enviará, por escrito, a la otra parte una invitación a la conciliación de conformidad con el presente Reglamento, mencionando brevemente el asunto objeto de controversia.
2. El procedimiento conciliatorio se iniciará cuando la otra parte acepte la invitación a la conciliación. Si la aceptación se hiciera oralmente, es aconsejable que se confirme por escrito.
3. Si la otra parte rechaza la conciliación, no habrá procedimiento conciliatorio.
4. La parte que inicie la conciliación, si no recibe respuesta dentro de los 30 días siguientes al envío de la invitación, o dentro de otro período de tiempo especificado en ella, tendrá la opción de considerar esa circunstancia como rechazo de la invitación a la conciliación. Si decide considerarla como tal, deberá comunicarlo a la otra parte.

Artículo 3. Número de conciliadores

Habrá un conciliador, a menos que las partes acuerden que sean dos o tres los conciliadores. Cuando haya más de un conciliador deberán, por regla general, actuar de consuno.

Artículo 4. Designación de los conciliadores

1.
 - a) En el procedimiento conciliatorio con un conciliador, las partes procurarán ponerse de acuerdo sobre el nombre del conciliador único;
 - b) En el procedimiento conciliatorio con dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno;
 - c) En el procedimiento conciliatorio con tres conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo sobre el nombre del tercer conciliador.
2. Las partes podrán recurrir a la asistencia de una institución o persona apropiada en relación con el nombramiento de conciliadores. En particular,
 - a) Una parte podrá solicitar a tal institución o persona que recomiende los nombres de personas idóneas que podrían actuar como conciliadores; o
 - b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.

Artículo 5. Presentación de documentos al conciliador

1. El conciliador, después de su designación, solicitará de cada una de las partes que le presente una sucinta exposición por escrito describiendo la naturaleza general de la controversia y los puntos en litigio. Cada parte enviará a la otra un ejemplar de esta exposición.
2. El conciliador podrá solicitar de cada una de las partes una exposición adicional, por escrito, sobre su respectiva exposición y sobre los hechos y motivos en que esta se funda, acompañada de los documentos y otros medios de prueba que cada parte estime adecuados.
3. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, solicitar de una de las partes la presentación de otros documentos que estimare adecuados.

Artículo 6. Representación y asesoramiento

Las partes podrán hacerse representar o asesorar por personas de su elección. Los nombres y las direcciones de esas personas deberán comunicarse por escrito a la otra parte y al conciliador; esa comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento.

Artículo 7. Función del conciliador

1. El conciliador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.
2. El conciliador se atenderá a principios de objetividad, equidad y justicia, teniendo en cuenta, entre otros factores, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes.
3. El conciliador podrá conducir el procedimiento conciliatorio en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes, incluida la solicitud de cualquiera de ellas de que el conciliador oiga declaraciones orales, y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
4. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia. No es preciso que esas propuestas sean formuladas por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas.

Artículo 8. Asistencia administrativa

Con el fin de facilitar el desarrollo del procedimiento conciliatorio, las partes, o el conciliador con la conformidad de estas, podrán disponer la prestación de asistencia administrativa por una institución o persona idónea.

Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

1. El conciliador podrá invitar a las partes a reunirse con él o comunicarse con ellas oralmente o por escrito. Podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.
2. A falta de acuerdo entre las partes respecto del lugar en que hayan de reunirse con el conciliador, este determinará el lugar, previa consulta con las partes, teniendo en consideración las circunstancias del procedimiento conciliatorio.

Artículo 10. Revelación de información

Si el conciliador recibe de una de las partes información de hechos relativos a la controversia, revelará su contenido a la otra parte a fin de que esta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. Sin embargo, si una parte proporciona información al conciliador bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial, el conciliador no revelará esa información.

Artículo 11. Colaboración de las partes con el conciliador

Las partes colaborarán de buena fe con el conciliador y, en particular, se esforzarán en cumplir las solicitudes de este de presentar documentos escritos, aportar pruebas y asistir a las reuniones.

Artículo 12. Sugerencias de las partes para la transacción de la controversia

Cada una de las partes, a iniciativa propia o a invitación del conciliador, podrá presentar a este sugerencias para la transacción de la controversia.

Artículo 13. Acuerdo de transacción

1. Cuando el conciliador estime que existen elementos para una transacción aceptable por las partes, formulará los términos de un proyecto de transacción y los presentará a las partes para que estas expresen sus observaciones. A la vista de estas observaciones, el conciliador podrá formular nuevamente otros términos de posible transacción.
2. Si las partes llegan a un acuerdo sobre la transacción de la controversia redactarán y firmarán un acuerdo escrito de transacción. Si las partes así lo solicitan, el conciliador redactará el acuerdo de transacción o ayudará a las partes a redactarlo.
3. Las partes, al firmar el acuerdo de transacción, ponen fin a la controversia y quedan obligadas al cumplimiento de tal acuerdo.

Artículo 14. Confidencialidad

El conciliador y las partes mantendrán el carácter confidencial de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio. La confidencialidad se hará también extensiva a los acuerdos de transacción, salvo en los casos en que su revelación sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento.

Artículo 15. Conclusión del procedimiento conciliatorio

El procedimiento conciliatorio concluirá:

- a) Por la firma de un acuerdo de transacción por las partes, en la fecha del acuerdo; o
- b) Por una declaración escrita del conciliador hecha después de efectuar consultas con las partes en el sentido de que ya no se justifican ulteriores esfuerzos de conciliación, en la fecha de la declaración; o
- c) Por una declaración escrita dirigida al conciliador por las partes en el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido, en la fecha de la declaración; o
- d) Por una notificación escrita dirigida por una de las partes a la otra parte y al conciliador, si este ha sido designado, en el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido, en la fecha de la declaración.

Artículo 16. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Las partes se comprometen a no iniciar, durante el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, con la salvedad de que una parte podrá iniciar

un procedimiento arbitral o judicial cuando esta estime que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos.

Artículo 17. Costas

1. Al terminar el procedimiento conciliatorio, el conciliador liquidará las costas de la conciliación y las notificará por escrito a las partes. El término «costas» comprende exclusivamente:
 - a) Los honorarios del conciliador, cuyo monto será razonable;
 - b) Los gastos de viaje y demás expensas del conciliador;
 - c) Los gastos de viaje y demás expensas de cualesquiera testigos que hubiera llamado el conciliador con el consentimiento de las partes;
 - d) El costo de todo asesoramiento pericial solicitado por el conciliador con el consentimiento de las partes;
 - e) El costo de la asistencia proporcionada de conformidad con el artículo 4, párrafo 2 *b*) y con el artículo 8 del presente Reglamento.
2. Las costas señaladas en el párrafo precedente se dividirán por igual entre las partes, salvo, que el acuerdo de transacción disponga una distribución distinta. Todos los otros gastos en que incurra una parte serán de cuenta de ella.

Artículo 18. Anticipos

1. El conciliador, una vez designado, podrá requerir de cada una de las partes que consigne una suma igual en concepto de anticipo de las costas que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, este calcule que podrán causarse.
2. En el curso del procedimiento conciliatorio, el conciliador podrá solicitar anticipos adicionales de igual valor a cada una de las partes.
3. Si las sumas cuya consignación es requerida de conformidad con los párrafos 1 y 2 de este artículo no hubieran sido abonadas en su totalidad por ambas partes dentro del plazo de 30 días, el conciliador podrá suspender el procedimiento o presentar a las partes una declaración escrita de conclusión, que entrará en vigor en la fecha en que se haya formulado.
4. Una vez concluidos los procedimientos de conciliación, el conciliador rendirá cuenta a las partes de los anticipos recibidos y les devolverá cualquier saldo que resulte a favor de estas.

Artículo 19. Función del conciliador en otros procedimientos

Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio. Las partes se comprometen, además, a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos.

Artículo 20. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

Las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, se relacionen éstos o no con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio:

- a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible solución a la controversia;
- b) Hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio;
- c) Propuestas formuladas por el conciliador;
- d) El hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador.

Modelo de cláusula de conciliación

Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, esta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor.

(Las partes podrán convenir en otras cláusulas de conciliación.)

**LEY MODELO SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL
DE LA CNUDMI (52.^a SESIÓN PLENARIA, 19 DE NOVIEMBRE
DE 2002)**

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial¹ internacional².
2. A los efectos de la presente Ley, el término «conciliador» podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.
3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por «conciliación» todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros («el conciliador»), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.
4. Una conciliación será internacional cuando:
 - a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

¹ Debe darse una interpretación amplia al término «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, ya sean contractuales o no contractuales. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdo de distribución, representación o mandato comercial; transferencia de créditos para su cobro (*factoring*); arrendamiento de bienes o de equipo con opción de compra (*leasing*); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversión; financiación; operaciones bancarias; seguros; acuerdo de explotación o concesión; empresas mixtas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

² Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente:

– Suprímase la palabra «internacional» en el párrafo 1 del artículo 1; y

– Suprímense los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1.

- b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:
 - i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni
 - ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.
- 5. A los efectos del presente artículo:
 - a) Cuando alguna de las partes tenga más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;
 - b) Cuando alguna de las partes no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.
- 6. La presente Ley también será aplicable a las conciliaciones comerciales cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o en que la presente Ley sea aplicable.
- 7. Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.
- 8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9 del presente artículo, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de un tribunal de justicia, tribunal arbitral o una entidad pública competente.
- 9. La presente Ley no será aplicable:
 - a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y
 - b) [...].

Artículo 2. Interpretación

- 1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
- 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 6, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación³

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.
2. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.

Artículo 5. Número y designación de conciliadores

1. El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber dos o más.
2. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al conciliador o los conciliadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.
3. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona para la designación de los conciliadores. En particular:
 - a) Las partes podrán solicitar a tal institución o persona que les recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliador; o
 - b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.
4. Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.
5. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento de conciliación, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

³ Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrían incorporar en su respectiva ley el siguiente artículo:

Artículo X Suspensión del plazo de prescripción

1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.
2. Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

Artículo 6. Substanciación de la conciliación

1. Las partes podrán determinar, por remisión a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.
2. De no haber acuerdo al respecto, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento de conciliación del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
3. En cualquier caso, durante el procedimiento el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento de conciliación, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

Artículo 7. Comunicación entre el conciliador y las partes

El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

Artículo 8. Revelación de información

Si el conciliador recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa parte si esta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

Artículo 9. Confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento de conciliación deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o sea necesaria a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de transacción.

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. Las partes en el procedimiento de conciliación, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:
 - a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento de conciliación;
 - b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;
 - c) Las declaraciones formuladas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento de conciliación;

- d) Las propuestas presentadas por el conciliador;
 - e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;
 - f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.
2. El párrafo 1) del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.
 3. Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del párrafo 1) del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos de cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.
 4. Las disposiciones de los párrafos 1), 2) y 3) del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.
 5. Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1) del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de y conciliación.

Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

- a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;
- b) Al efectuar el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración en la que se haga constar que ya no ha lugar a que siga intentándose llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;
- c) Al hacer las partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o
- d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.

Artículo 12. El conciliador como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.

Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de esta.

Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción⁴

Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución ... [*los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad*].

⁴ Al aplicar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de transacción, el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Albertario (1929). «II momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana». *Riv. Dir. Comm.* I, 233.
- Alegria, Héctor (1988). «La desmaterialización de los títulos valores». *II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Alfonsín, Quintín (1950). *Régimen internacional de los contratos*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Anghelescu, Virgiliu (1976). *Forme moderne de comert exterior*. Culegere documentară. Bucarest: Academiei Stefan Gheorghiu.
- Anghelescu, Virgiliu; Al Detesan & Erwin Hutira (1980). *Contracte comerciale internationale*. Bucarest: Academiei Stefan Gheorghiu.
- Aramburú Menchaca, Andrés (1978). «El arbitraje comercial». En *Perú exporta*. Lima: ADEX, julio-agosto.
- Arias Ramos, J. (1947). «La doctrina del riesgo en la compraventa romana». En Varios autores. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Barcelona: s.e.
- Arias-Schreiber Pezet, Max (1989a). «Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en general». En *Código Civil* (t. VI). Lima: s.e.
- Arias-Schreiber Pezet, Max (1989b). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo.
- Audit, Bernard (1994). *La compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Zavalia.
- Bagge, Algot (1957). «L'unification du droit privé en matière de vente et des contrats auxiliaires à la vente internationale». En *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tomaso Perassi*. (vol. I). Milán: s.e.
- Balassa, Bela; Gerardo B. Bueno; Pedro Pablo Kuczynski & Mario Enrique Simonsen (1986). *Uma nova fase de crescimento para América Latina*. Río de Janeiro: FGV.
- Banco Mundial (1987). *Relatorio sobre o desenvolvimento mundial 1987*. Washington D.C.: Banco Mundial.
- Baptista, Luiz Olavo (1980). «Contratos internacionais». *Revista Forense* 270(922-924), 87-100.
- Baptista, Luiz Olavo (1986a). «Aspectos descritivos decorrentes das operações de Countertrade». En *V Seminário sobre Aspectos Jurídicos-Legais das Operações de Countertrade*. Brasília: s.e.

- Baptista, Luiz Olavo (1986b). «Advocacia nas negociações internacionais». *Revista de Direito Público* XIX(78), 189-195.
- Barrera Graf, Jorge (1965). *Hacia un Derecho Internacional del Comercio*. México: UNAM.
- Barrera Graf, Jorge (1981). «La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Derecho Mexicano. Estudio Comparativo». *Jurídica* 13, 925-951.
- Basso, Maristela (1994). *Contratos internacionais do comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Batiffol, Henri (1938). «Contrats et conventions». En *Droit International Privé V*. Repertoire Dalloz 9. París: Dalloz.
- Batiffol, Henri (1980). «Conflictos en materia de contratos». En *II Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*. México: UNAM.
- Benoit, Emile (1966). «La interdependencia en un pequeño planeta». *The Columbia Journal of World Business*, 9-18.
- Ben Achour, Yadh (2003). *Le rôle des civilisations dans le système international (droit et relations internationales)*. Bruselas: Université de Bruxelles.
- Bento Soares, María Angela & Rui Manuel Moura Ramos (1986). *Contratos Internacionais*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Bigio Chrem, Jack (1988). *La compraventa y la transmisión de propiedad* (Biblioteca para leer el Código Civil, vol. I). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Bolaffio, León (1935). *Derecho Mercantil*. Madrid: Reus.
- Bonell, M. J. (1987). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milán: Giuffré.
- Bonell, M. J., E. A. Farnsworth & J. Rajski (1987). «General Provisions (of the Vienna Sales Convention)». En M. J. Bonell. *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milán: Giuffré.
- Borda, Guillermo A. (1987). *Manual de Contratos*. Decimotercera edición. Buenos Aires: Perrot.
- Briseño Sierra, Humberto (1988). *El arbitraje comercial. Doctrina y legislación*. México D.F.: Limusa.
- Calamari, Jhon D. & Joseph M. Perillo (1983). *Contracts*. Minnesota: Publishing Co. St. Paul.
- Cámara de Comercio Internacional (2000). *Guide to Incoterms* (publicación 560). París: s.e.
- Cantuarias Salaverry, Fernando (2005). «¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la LGA?». *Revista Peruana de Arbitraje* 1.
- Carbone S., Luzzatto R. (1984). «I Contratti del Commercio Internazionale» (pp. 113-177). En P. Rescigno (ed.). *Trattato di diritto privato* (11). Turín: UTET.
- Cárdenas Quiros, Carlos (1985). «Cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Exposición de motivos y comentarios». En Delia Revoredo de Debaquey y otros. *Código Civil* (partes III, V, VI). Lima: Ocurra.
- Castañeda, Jorge Eugenio (1970). *Contrato de compraventa*. Lima: Amauta.

- Castillo Freyre, Mario (2010). «El principio de flexibilidad en el arbitraje». En: *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Lima: Palestra.
- Castillo Freyre, Mario & Rita Sabroso Minaya (2009). *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra.
- Castro, Amílcar de (1968). *Direito Internacional Privado* (vol. 2). Río de Janeiro: Forense.
- Centro de Comercio Internacional (1984). *Aspectos legales del comercio exterior*. Ginebra: UNCTAD/GATT.
- Centro de Comercio Internacional (1986). *Directorio latinoamericano de profesores en comercio internacional y promoción de exportaciones*. Lima: UNCTAD/GATT.
- Centro de Comercio Internacional (1988). *Manual de distribución física de las mercancías para la exportación*. vol. II. Ginebra: UNCTAD/GATT.
- CIEDLA (1987). *Comercio Exterior y ajuste estructural en Brasil (1963-1980) y Chile (1972-1983)*. Buenos Aires: CIEDLA & Konrad Adenauer-Stiftung A.C.
- Chesterman, M. R. (1973). «Choice of law aspects of liens and similar claims in International Sale of Goods». *International and Comparative Law Quarterly* 22, 213-253.
- Chloros, A. G. (1978). «The doctrine of consideration and the reform of the law of contract. A comparative analysis». *The International and comparative Law Quarterly* 17, 137-166.
- Cohen, Daniel (1993). *Arbitrage et société*. París: LGDJ.
- Cooper, Byron (1982). «Anglo-American Legal Citation: Historical Development and Library Implications». *Law Library Journal*, 75(3), 3-33.
- Derains, Yves (1981). «Facilitar las exportaciones». *Forum de Comercio Internacional XVII*(3).
- Derains, Yves & Jacques Ghestin (1990). *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*. París: LGDJ.
- Detesan, Al & N. Chimpa (1979). «Contractual comercial de vinzare internacionalá». *Revista Económica*.
- Di Tella, Guido (1973). «La manipulación de la demanda: El problema de las marcas» (pp. 93-114). En M. S. Wionczek (ed.). *Comercio de tecnología y subdesarrollo económico*. México: UNAM.
- Diez-Canseco C., Javier (2001). «Arbitraje entre SUNAT y empresas eléctricas: La soberanía en cuestión». *La República*, 21 de octubre.
- Draetta, I. (1984). *Diritto dei contratti internazionali (La formazione dei contratti)*. Padua: CEDAM.
- Eisemann, Frédéric (1980). *Usages de la Vente Comérciale Internationale*. París: Júpiter.
- Espina Otero, Alberto & Alejandro Quintana Hurtado (1985). *Compraventa internacional de mercaderías*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Espinosa Calabuig, Rosario (2007). «Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 13, 1-21.
- Feltham, J. D. (1991). «CIF and FOB Contracts and the Vienna Convention on contracts for the International Sale of Goods». *Journal of Business Law*, 413-425.

- Fernández de la Gándara, Luis & Alfonso Luis Calvo Caravaca (1997). «El contrato de compraventa internacional de mercancías». En *Contratos Internacionales* (cap. II). Madrid: Tecnos.
- Ferrere-Lemaison, Daniel (1975). *Las ventas internacionales de mercaderías*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- FMI (1977). *Manual de Balanza de Pagos*. Washington D.C.: FMI.
- Fouchard, Phillippe (1965). *L'arbitrage commercial international* (tomo II). París, Dalloz.
- Franceschini Gonzaga, José Inacio (1984). «A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais» (pp. 66-121). En João Grandino Rodas (coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Frignani, Aldo (1986). *II Diritto del Comercio Internazionale*. Milán: IPSOA.
- Gaillard, Emmanuel (2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Asunción: Cedep-La Ley.
- Gandra da Silva Martins, Ives (1980). «Transferência de tecnologia». En *Estudos Jurídicos sobre investimento internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- García-Calderón Moreyra, Gonzalo (2004). *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami.
- García Belaunde, Domingo (1989). *Teoría y práctica de la Constitución peruana* (tomo I). Lima: EDDILL.
- Garrigues, Joaquín (1958). *Curso de Derecho Mercantil* (tomo II). Tercera edición. Madrid: Aguirre Torre.
- Garro, Alejandro & Alberto Zuppi (1990). *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: La Roca.
- Goicoechea, Ignacio (2015). «Los instrumentos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones». *Revista del Tribunal Permanente*, 3(5), 45-63.
- Goldman, Berthold (1964). «Frontières du Droit et Lex Mercatoria». *Archives de Philosophie du Droit* 9, 177 y ss.
- Goldschmidt, Werner (1985). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Depalma.
- Greppi, Edoardo (1994). *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*. Napoli: Casa Editrici Jovene.
- Grigera Naon, H. (1982). «Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *The Transnational law of International Commercial Transactions. Studies in Transnational Economic Law*. Amsterdam: Norbert Horn & Clive Schmittnoff.
- Guardiola Sacarrera, Enrique (1984). *La compraventa internacional y los Incoterms*. Barcelona: Cámara Oficial de Comercio.
- Hayes, Richard D.; Christopher M. Korth & Manucher Roudiani (1974). *Comercio internacional: introducción al mundo de la empresa multinacional*. Madrid: Prentice Hall Internacional.
- Hellemans, Alexander & Bryan Bunch (1988). *The Timetables of Science: A Chronology of the Most Important People and Events in the History of Science*. Nueva York: Simon and Schuster.

- Heller, Hermán (1977). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hernández-Bretón, Eugenio (2016). «¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho (...) quéééé...?». En: *Contratos Internacionales*. Washington DC: OEA.
- Hill, T. P. (1977). «On goods and services». *Review of Income and Wealth* 23(4), 315-338.
- Hirsch, Seev (1989). «Services and service Intensity in International Trade». *Weltwirtschaftliches Archiv* 125(1), 45-60.
- Honnold, J. (1990). *Uniform Law Internacional Sales under the 1980 United Nations Convention*. Deventer, Países Bajos: Kluwer and Taxation Publishers.
- Hudson, Manley O. (1935). *World Court Reports* 18.
- ICE (1987). *Situación de las trading companies en Perú*. Lima, octubre.
- Jadaud, Bernard & Robert Plaisant (1987). *Droit du commerce International*. Mémentos Dalloz. París: Dalloz.
- Kahn, Phillippe (1961). *La vente commerciale internationale*. París: Sirey.
- Kahn, Phillippe (1975). «Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: L'expérience française» (pp. 171-211). En *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*. París: Sirey.
- Kahn, Phillippe (1981). «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises». *Revue Internationale de Droit Comparé* 33, 951-986.
- Kakabadse, Mario A. (1987). *International Trade in Services: Prospects for liberalization in the 1990s*. Londres-Nueva York: Croom Helm, for the Atlantic Institute for International Affairs.
- Kelsen, Hans (1965). *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Kindleberger, Charles P. (1979). *Economía Internacional*. Madrid: Aguilar.
- Lalive, Pierre (1975). *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*. Bruselas-París: Bruyillant-Pédone.
- Lando, Olé (1984). «The conflict of laws of contract with special reference to contract of sale, in the Member State of the European Communities». En *Commercial Operations in Europe, Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*.
- Leflar, Robert A. (1977). *American Conflicts of Law*. Nueva York: The Bobbs-Merrill Co.
- Legrand, Pierre (1999). *Fragments on Law-As-Culture*. Deventer: Shoordijk Institute, W. E. J. Tjeenk Willink.
- Le Pera, Sergio (1973). *Compraventa a distancia*. Buenos Aires: Astrea.
- Lewis, Arthur W. (1964). *Teoría del desarrollo económico*. Tercera edición. México: Fondo de Cultura Económica.
- Loussouarn, Yvon & Jean-Denis Bredin (1969). *Droit du Commerce International*. París: Sirey.
- Lüddecke, C. F. & A. Johnson (1991). *A guide to the Hamburgo rules: from Hague to Hamburg via visby: an industry report*. Londres: Lloyd's of London Press.
- Llamazares, Olegario (2011). *Guía práctica de los Incoterms 2011*. Madrid: Global Marketing.

- MacLean, Roberto (1980). *Derecho de Comercio Internacional*. Lima: Centro de Investigación y Capacitación.
- Marcuse, Herbert (1971). *El hombre unidimensional*. Barcelona: Seix Barral.
- Martorell, Jorge Enrique (1989). «Un comisionista anómalo: el de transportes». *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 22(129/130), 463-480.
- Masson, Didier de (1990). «Les Incoterms». En Yves Derains & Jacques Ghestin (dirs.). *Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*. París: LGDJ.
- Metzger, Stanley D. (1969). *Derecho internacional, comercio y finanzas*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Michida, Shinichiro (1979). «Cancellation of Contract». *The American Journal of Comparative Law* 27.
- Miranda Canales, Manuel (1986). *Teoría general de los contratos*. Lima: Cultural Cuzco.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo (1988). «Comentarios al texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de UNCITRAL». En *Arbitraje. Conciliación*. Bogotá: Cámara de Comercio.
- Montoya Alberti, Ulises (1989). «El arbitraje en los contratos de préstamo internacionales». En *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*. Lima: Cuzco.
- Morales Molina, Hernando (1988). «El arbitraje nacional e internacional en Colombia». En *Arbitraje. Conciliación*, Bogotá: Cámara de Comercio.
- Morán Bovio, David (1998). *Extremos del período de aplicación mínimo en la CB-PV (Convención de Bruselas - Protocolo de Visby sobre Transporte de Mercancías bajo Conocimiento de Embarque)*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana.
- Moura Vicente, Darío (2016). «La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado». En *Contratos Internacionales*. Washington DC: OEA.
- Muñoz, Luis (1976). *La compraventa*. México: Cárdenas.
- Mustill, M. J. (1991). «Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage». *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage* 3, 383-417.
- Narváez G., José Ignacio (1990). *Obligaciones y contratos mercantiles*. Santafé de Bogotá: Temis.
- Niboyet (1927). «La théorie de l'autonomie de la volonté». *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International* 16(1), 1-116.
- Nicolaïdes, Phedon A. (1989). «The problem of Regulation in Trade Services: The Implications for Reciprocal Liberalization». *Aussenwirtschaft* 44, 29-57.
- Olivera de Luna, Omar (1987). *Contratos mercantiles*. México: Porrúa.
- Oppetit, Bruno (1974). «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship*». *Journal du Droit International* 4, 794-814.
- Parameswaran, Benjamin (2004). *The Liberalization of Maritime Transport Services*. Alemania: Springer Berlin-Heidelberg.
- Parra-Aranguren, Gonzalo (1982). *Codificación del derecho Internacional Privado en América*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

- Pereznieto Castro, Leonel (1980). «Reflexiones sobre algunas técnicas de creación normativa en el campo del Derecho Internacional Privado, con referencia a los contratos internacionales». En *II Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*. México: UNAM.
- Pérez Vargas, Víctor (1987). «El contrato de arbitraje en el comercio internacional». *Revista Judicial XI(40)*.
- Piazza Tangüis, Walter (1988). «Internacionalización de las empresas peruanas». En *CADE '88*. Lima: IPAE.
- Planiol, Marcel (1926). *Traité élémentaire de droit civil* (vol. II). París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- Pontes de Miranda, Francisco (1935). *Tratado de Direito Internacional Privado* (tomo 1). Río de Janeiro: José Olympio.
- Puente y Lavalle, Manuel de la (1983). *Estudios del Contrato Privado* (tomo I). Lima: Cultural Cuzco.
- Puente y Lavalle, Manuel de la (1984). «La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984» (pp. 175-193). En *Biblioteca para leer el Código Civil* (vol. I). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Puente y Lavalle, Manuel de la (1988). «Nuevas tendencias en la contratación moderna». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa, contratos y empresas 30*.
- Radicati di Brozolo, L. G. (2005). «Arbitrage commercial international et lois de pólíce. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international». *Recueil des cours 315*, 269-494.
- Real de Azúa, Daniel E. (1987). *Transportes e seguros marítimos para exportador*. Segunda edición. São Paulo: Aduaneiras.
- Regueiro Bello, Lourdes María (2008). *Los TLC en la perspectiva de la acumulación estadounidense*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rengifo, Ramiro (1983). *Crédito documentado*. Bogotá: Temis.
- Ripert, George (1967). *Traité élémentaire de droit commercial* (vol. 1). Sexta edición. París: Dalloz.
- Robert, Jean (1967). *Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé*. París: Dalloz.
- Robinson, Richard D. (1970). *Administración de empresas internacionales*. México: Editorial Continental.
- Rodas, João Grandino (1984). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rodríguez Echeverría, Miguel Ángel (1988). *De las ideas a la acción*. San José de Costa Rica: Gabriel Bonilla.
- Rosales Puño, Carlos J. (1985). *Código Civil*. Lima: Editora Unidos.
- Rovira, Susan Lee Zaragoza de (1984). «Estudio Comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos» (pp. 37-75). En João Grandino Rodas (coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Ruibal Handabaka, Alberto (2006). *Corredores Interoceánicos Suramericanos: Criterios logísticos de selección*. Lima: Fimart.
- Samuelson, Paul A. (1965). *Curso de economía moderna*. Decimotercera edición. Madrid: Aguilar.
- Sánchez Lorenzo, Sixto A. (2012). *Cláusulas en los Contratos Internacionales*. Barcelona: Atelier.
- Santos Belandro, Rubén B. (1966). *El derecho aplicable a los contratos internacionales*. Montevideo: Facultad de Derecho Universidad de la República.
- Santos Belandro, Rubén B. (2000). *Arbitraje Comercial Internacional*. Tercera edición. México D.F.: Oxford.
- Satanowsky, Marcos (1948). *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Balmes.
- Scognamiglio, Renato (1961). *Contratti in generale*. Milán: Francesco Vallardi.
- Schlesinger, R. (1968). *Formation of the Contract. A Study of the Common Core of Legal Systems*. Doblas Ferry. Nueva York: Oceana.
- Schmittoff (1964). *The unification of the Law of International Trade*. Göteborg: s.e.
- Schmittoff (1975). *The export trade. The Law and Practice International Trade*. Sexta edición. Londres: Steven & Sars Ltd.
- Sepúlveda, César (1978). *Derecho Internacional*. México D.F.: Porrúa.
- Seraglini, Ch. (2001). *Lois de police et justice arbitrale internationale*. París: Dalloz.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1983a). «Los aspectos básicos de la Compraventa Internacional». *Revista Gerencia XIII(105)*.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1983b). «Mercadotecnia Internacional». En *Curso Integral de Mercadotecnia* (Materiales de enseñanza). Lima: IPAE.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1984a). «Tipos de contratos internacionales». En *Curso La Banca y el Comercio Internacional*. Lima: ALIDE.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1984b). «El incumplimiento en la compraventa internacional». En *Curso La Banca y el Comercio internacional*. Lima: ALIDE.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1991). «El Perú y la Convención de Viena sobre compraventa internacional». *Revista del Foro LXXIX(2)*.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1996). «Cronación Contractual». *Ius et Veritas VII(12)*.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1998a). «Cronação Contractual». En *Mercosul no cenario internacional. Direito e Sociedade*. Curitiba: Jurvã.
- Sierralta Ríos, Aníbal (1998b). «Inversión, comercio internacional y cultura». *Política Internacional 52*, 7-19.
- Sierralta Ríos, Aníbal (2007). *Contratos de Comercio Internacional*. Quinta edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Silva Alonso, Ramón (1984). *Cuadernos de Derecho Internacional Privado*. Asunción: El Foro.
- Siqueiros, José Luis (1992). *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. Escuela Libro de Derecho. México D.F.: Porrúa.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo (2006). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México DF: Porrúa.

- Sommer, Frank Henry & Laurence P. Simpson (1947). *Commercial Law*. Nueva York: A. Hamilton Inst.
- Stoyanovitch, K. (1968). «La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis» (pp. 88-98). *Archives de Philosophie du Droit* (tomo XIII). S.e.
- Strenger, Irineu (1986). *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Tamayo Carmona, Juan Antonio (2002). *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas de la Convención de Viena sobre venta internacional e Incoterms*. Valencia: Tirant.
- Tavares, José Alexandre (1993). *Fundamentos da arbitragem do comercio internacional*. São Paulo: Saraiva.
- Terry, George R. (1980). *Principios de Administración*. México: Cía. Editorial Continental.
- Trebilcock, Michael y Robert Howse (1999). *The Regulation of International Trade*. Segunda edición. Londres-Nueva York: Routledge.
- Uria, Rodrigo (1964). *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.
- Valladao, Haroldo (1978). *Direito Internacional Privado* (vols. I y III). Río de Janeiro: Freitas Bastos.
- Vidal Ramírez, Fernando (2003). *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Wald, Arnold (1972). «Validade das convenções sobre foro do contrato». En *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Wigny, Pierre (1933). «La règle de conflit applicable aux contrats. Une solution transactionnelle». *Rev. Belge*.
- Zerbini, Eugenia Christina de Jesús (1984). «A Convenção de Viena de 1980» (pp. 76-93). En João Grandino Rodas (coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Zolezzi Ibarcena, Lorenzo (2010). «Ética de los Árbitros» (pp. 15-36). En *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Lima: Palestra.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
julio 2018 Lima - Perú