

BEATRIZ RAMACCIOTTI
FABIAN NOVAK
DANTE NEGRO

(EDITORES)

Capítulo 2

DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1993

Edición a cargo de: Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro
1ra. Edición: octubre de 1993

Diseño de Cubierta: TANTUM diseños

Derecho Internacional Económico

Copyright © 1993 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel, Lima, Perú. Telfs. 623990 y 622540 Anexo 220

© Instituto de Estudios Internacionales
IDEI

Serie: Congresos, Simposios y Seminarios Internacionales
Nº 1

Derechos Reservados

ISBN - 84-89309-83-3

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

Impreso en el Perú - Printed in Peru

NUEVO ORDEN ECONOMICO Y EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

*César Guzmán-Barrón**

Ante todo, debo agradecer a los organizadores de este importante Congreso por la deferencia de su invitación.

Como es de su conocimiento, en Junio de este año, a través de la Asociación Peruana de Derecho del Comercio Internacional, organizamos el Primer Congreso sobre Derecho del Comercio Internacional que reunió, como en esta ocasión, a estudiosos del Derecho en el comercio internacional, por lo que consideramos el actual Congreso como un excelente paso adelante en estos esfuerzos.

Agradezco asimismo, al equipo de la Asociación Peruana de Derecho del Comercio Internacional que ha colaborado en la formulación de esta ponencia, que en el fondo es una expresión colegiada de esta institución.

1. Introducción

El objetivo de esta ponencia es analizar el desarrollo de la Lex Mercatoria en el siglo XX y señalar las perspectivas del Derecho del Comercio Internacional en el siglo XXI.

* Abogado. Profesor del Magister en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor de UNCITRAL, ONUNDI, UNCTAD, Centro de Comercio Internacional y JUNAC. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho del Comercio Internacional.

2. Lex Mercatoria: Origen y Evolución

2.1 Introducción

Uno de los más importantes problemas de nuestro tiempo es el derivado del progreso científico y tecnológico que ha reducido el mundo, generando una expansión constante del comercio internacional, donde las formas de intercambio se perfeccionan con el uso del fax, incluso de documentos legalizados por vía telefónica; los medios de comunicación y de transporte se agilizan al extremo y todo ello determina la necesidad de reconciliar la soberanía de los Estados y el creciente internacionalismo con formas nuevas de organización global y regional.

Este despertar de la conciencia internacional ha llevado a una nueva fase de las relaciones jurídicas derivadas del comercio internacional, donde cada día se superan más las leyes nacionales dando paso a la doctrina de los contratos internacionales. Para llegar a esta nueva tendencia en el Derecho del Comercio Internacional, se ha pasado básicamente por cuatro etapas:

- 1) Ius Gentium
- 2) Lex Mercatoria
- 3) Derechos Nacionales
- 4) Nueva Lex Mercatoria - de los contratos internacionales

2.2 Roma: Ius Gentium

El comercio no ha actuado siempre tal como lo conocemos hoy. Sus orígenes se hallan en operaciones simples o rudimentarias como el trueque, el cambio y la permuta. La evolución de este ciclo llegó a su fin al aparecer la MONEDA, que actúa como valor único de compensación en las transacciones de cualquier clase de mercaderías o bienes. El cambio y la permuta estimatoria se transforman en compra-venta; es en este contexto que aparece la ACTIVIDAD COMERCIAL, es decir el mecanismo mediante el cual las personas se preocupan de invertir su dinero en la adquisición de mercaderías con el fin de venderlas a quienes las necesitan en procura del lucro o ganancia.

Estos actos de mediación comercial crean relaciones jurídicas que reclaman normas para su regulación y fijación de derechos y obligacio-

nes. En la Edad Antigua esta actividad es practicada esencialmente por chinos, árabes, griegos, cartagineses, pero las mayores naciones que destacan respecto a su regulación jurídica son Roma y Grecia. En Roma el patriciado despreció el comercio por ser una actividad de clases inferiores, de plebeyos-esclavos; por ello, el jus civile le dedicaba contadas disposiciones. Sin embargo no podían ignorarse las variadas relaciones jurídicas de índole comercial que se crearon por la afluencia de los extranjeros; en éste sentido, para hacer frente a los problemas de comercio exterior, se recurrió a la creación dentro del derecho romano del **JUS GENTIUM**.

2.3 Origen de la Lex Mercatoria: Edad Media

Según Clive Schmitthoff el Derecho del Comercio Internacional aparece propiamente en la Edad Media a manera de derecho mercantil (*lex mercatoria*) debido a que, cuando el Mediterráneo cayó en poder del Islam, se interrumpió el comercio internacional como se conocía en esta época y desaparecieron las formas que habían sido reguladas por los romanos. Pero los comerciantes italianos de la costa abrieron comunicación entre Europa y Oriente y dieron un nuevo auge insospechado al comercio exterior que comenzó a ser regulado más que nada por la costumbre internacional, la llamada “*Lex Mercatoria*”. Este derecho sustentaba su carácter internacional básicamente en:

- a) el efecto unificador de las ferias;
- b) universalidad de las costumbres del mar;
- c) cortes especiales que resolvían disputas comerciales;

En el primer período de desarrollo del Derecho del Comercio Internacional, las costumbres de la comunidad comercial internacional, crearon instituciones comerciales que se siguen usando, como la letra de cambio, el conocimiento de embarque, la póliza de fletamento, los Bancos, etc., sin los cuales el comercio moderno sería inconcebible.

Según Joaquín Garrigues, en la Edad Media existía un Derecho Mercantil Internacional, porque era un derecho consuetudinario fundado en los usos, es decir, un derecho transnacional no establecido por la soberanía de ningún príncipe. A estos usos se les llamó *Lex Mercatoria*, título de una obra de Gerardo de Malynes, publicada en 1636.

Los usos (*lex mercatoria*) eran internacionales, porque internacionales eran los negocios que esos usos regían.

Los negocios concertados en las ferias eran también internacionales y constituían en realidad un oasis de paz en una época de constantes guerras. Eran usos a los que se sometían los mercaderes, cualquiera que fuese su procedencia, por el hecho de su visita a la feria, y esto implicaba la sumisión a un mismo derecho y a una misma jurisdicción.

Nacieron las Corporaciones, formadas por los integrantes de cada oficio que tomaban la representación de los gremios, nombrando oficiales que los representaban en las Ferias, y Cónsules para la protección de los asociados en el exterior. El comercio es visto como una función social realizada por comerciantes y entidades comerciales —y a veces por el Estado—. Destacan las ferias que se realizaban periódicamente en diferentes ciudades, donde recurrían comerciantes de diferentes regiones para ofrecer y exhibir sus mercaderías y comprar o vender.

Los estatutos y normas —usos que se concretan y registran en las ferias—, fueron formando un cuerpo de doctrina y jurisprudencia, para adquirir con el tiempo la eficacia de verdaderas leyes destinadas originariamente a regular las relaciones entre comerciantes. Esta *Lex Mercatoria* —diferenciada de la ley civil— es obra, no de juriconsultos, sino de los propios comerciantes que se inspiraron para su creación y modificación en las exigencias de su actividad, dado que las operaciones que realizan reclaman resoluciones expeditivas en los diferendos que se originaban y de rapidez y seguridad en las transacciones. Se trataba de “leyes mercantiles hechas por comerciantes para los comerciantes”. En este contexto, los cónsules ejercen las funciones de jueces entre los comerciantes aplicando para resolver sus controversias los Estatutos o, en su defecto, los usos mercantiles. Esta jurisdicción fue extendiéndose fuera de los límites de las ciudades en que tenían sus sedes las corporaciones para aplicarse a las factorías y colonias en el extranjero, pues los comerciantes que actuaban en éstas, en caso de pleitos o divergencias, pedían ser juzgados por sus cónsules y con aplicación de sus leyes propias. Así nació la “extraterritorialidad” de dicha justicia y leyes foráneas en países semisoberanos, el “Derecho del Comercio Internacional”.

2.4 Los Derechos Nacionales o Codificación: Edad Moderna

Con la afirmación de los Estados durante el Renacimiento, la *lex mercatoria* fue reemplazada por una teoría que estudiaba los efectos extraterritoriales de las leyes nacionales, con un método según el cual, frente a un problema con elementos extranjeros, se pregunta qué tribunal de qué país era competente y qué ley era la aplicable. El tribunal y la ley serían siempre los de un país determinado.

Es decir, se trataba de incorporar la *lex mercatoria* dentro de la legislación nacional al fin de hacerla aplicable.

Durante los siglos XIII y XIV los Estatutos vienen a constituir los verdaderos Códigos de la materia; destacaron los de Pisa, Bérgamo, Milán, Bolonia, Placencia, Verona, Venecia, Génova, entre otros. En España, destaca el Estatuto “Consulado de Mar”, las Ordenanzas de Bilbao —que reguló también a la metrópoli— y la Novísima Recopilación. En Alemania destacaron los Estatutos y Reglamentación de la Liga Hanseática y Zollverein, y en Inglaterra, los Estatutos o “Consuetudine Of Wisby” (s. XIV, XV).

Posteriormente a los siglos XVI al XIX, vemos cómo se presenta en Francia, la codificación realizada por Colbert, Ministro de Luis XIV. Sus dos ordenanzas, la ordenanza sobre el comercio de 1673 y la ordenanza sobre la marina de 1681, fueron las precursoras del Código de Comercio de Napoleón de 1807.

En Inglaterra, la incorporación de las costumbres de los mercaderes dentro de la ley común, fue realizada por el Juez Supremo Lord Mansfield.

En Alemania, la codificación nacional fue un poco tardía, ocurrió en el siglo XIX, como expresión del movimiento hacia la unificación política alemana. En 1834 se dicta el Acta Alemana Uniforme sobre letras de cambio; luego, en 1861, el Código Uniforme de Comercio.

Luego de la *lex mercatoria*, se pasa a una nacionalización del Derecho Mercantil, es decir, a su regulación interna, básicamente por las siguientes razones:

- a) Fortalecimiento del poder de los Estados, con la consecuencia de la progresiva sumisión de comerciantes y navegantes a sus reglas y mandatos.
- b) Tendencia mercantilista en las relaciones económicas internacionales, que explica la creciente intervención del Estado en la vida comercial.
- c) Codificación del Derecho Mercantil y, por ende, de la *lex mercatoria*, en cuanto parte integrante del ordenamiento jurídico de cada Estado, llegando a ser una rama del derecho interno de cada país.

El Derecho Mercantil que era internacional se hace nacional. La ley adquiere un rango preferente sobre el uso mercantil.

Los actos de comercio se regirán primero por las disposiciones contenidas en un código y, en su defecto, por los usos de comercio observados en la plaza.

La nacionalización del Derecho Mercantil tiene dos consecuencias muy importantes:

1.- Como el comercio sigue siendo un comercio internacional, es necesario recurrir al Derecho Internacional Privado, en relación a las normas de conflicto entre las diversas leyes nacionales para definir qué ley es aplicable. Así, de lo que se trata, es de unificar las normas de conflicto, cuya máxima expresión es el denominado Código Bustamante de 1928.

2.- Aparece la preponderancia de la ley de los países industrializados sobre los países en vías de desarrollo.

Son los países industrializados los que imponen los contratos dictados, los contratos tipo y las condiciones generales. Es el imperio del contratante que sea económicamente más fuerte, frente al débil que se ve en la alternativa de aceptar o renunciar al contrato.

Los juristas no demuestran mucha inquietud por estas dos consecuencias y más bien tienden a perfeccionar las normas de solución de conflictos.

Sin embargo, la Lex Mercatoria no olvidó su razón universal, manteniéndose la idea de que si bien cada nación tiene su Derecho Comercial, éste es el mismo en todo el mundo.

En este período, la costumbre de la colectividad comercial internacional crea los contratos de ventas conocidos como FOB y CIF; el primer contrato CIF fue celebrado en 1862. Luego, se desarrolló la carta de crédito comercial, siendo el medio de pago más utilizado que se generalizó después de la Primera Guerra Mundial.

En América Latina, hasta la independencia de España, el comercio exterior se efectuaba a través y bajo el monopolio absoluto de la Casa de Contratación de Sevilla. Por lo tanto, el desarrollo del Derecho del Comercio Internacional es paralelo al europeo.

2.5 Lex Mercatoria y Doctrina de los Contratos Internacionales: Edad Contemporánea

Frente a los problemas específicos del comercio internacional, tales como la transferencia del riesgo, el tiempo y lugar de la formación de los contratos, la transferencia de capitales por vía de inversiones, los problemas cambiarios, etc., con el derecho nacional debe buscarse el país de la ley aplicable que no siempre resulta ser el más adecuado o especializado.

Por eso surge nuevamente la lex mercatoria como aquella que persigue el establecimiento de *leyes uniformes internacionales* que regulan la conducta internacional, así como de *contratos tipo internacionales*, que no se limiten a señalar el tribunal competente y la ley aplicable.

Siendo la vía contractual la más idónea para el proceso de internacionalización o si se quiere, de “desnacionalización” de las instituciones mercantiles, la voluntad de los particulares viene a ser la que contribuye a la creación de usos mercantiles y a la elaboración de condiciones generales en los contratos internacionales.

Esta es la “*Nueva Lex Mercatoria*”, naturalmente de diferente contenido que la medieval, pero gestada por medios distintos al clásico de tratados internacionales, cuyas reglas han nacido sin la intervención estatal, como fruto de las propias circunstancias económicas.

El Derecho del Comercio Internacional se manifiesta en la consagración moderna de la *lex mercatoria*, es decir, la transformación de un derecho legal divorciado de la realidad, como un derecho vivo, nacido de los usos del comercio.

En la formulación de esta nueva rama del derecho intervienen diversos organismos internacionales, en particular la Cámara de Comercio Internacional de París y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre cuyas funciones y actividades nos referimos posteriormente.

Desde una perspectiva política, tres han sido los elementos condicionantes para la evolución del Derecho del Comercio Internacional imperante en el siglo XX, a saber:

- a) *El papel de los países en vías de desarrollo.* Ante el acceso a la vida independiente de gran cantidad de naciones, después de las guerras mundiales, aumentó el número de integrantes en los organismos internacionales.

Esta circunstancia generó que las negociaciones internacionales presentaran tendencia del bilateralismo al multilateralismo; ello propició el reconocimiento de la desigualdad entre los países. Dicha heterogeneidad puso en tela de juicio ciertos principios de organización de la postguerra, además de propiciar fuertes presiones para establecer un nuevo marco en las negociaciones.

- b) *Consideráanse los movimientos integracionistas* como un factor de desarrollo internacional. Dicha postura afectó el derecho comercial; empero, ello no supuso que éste perdiese su carácter internacional. Los países en desarrollo, insatisfechos con las organizaciones existentes, buscaban otras fórmulas de promover su desarrollo.
- c) *La existencia de la coerción económica* como un elemento del Comercio Internacional, plantea la necesidad de viabilizar formas uniformes para la solución de conflictos, en los que el Derecho Internacional Privado era casi inaplicable.

En este contexto resurge la *Lex Mercatoria*, que informa y caracteriza al Derecho del Comercio Internacional de la época, ya no como una

manifestación consuetudinaria cosmopolita y universal que se incorpora dentro de la legislación de los diversos Estados, sino como un nuevo derecho que persigue el establecimiento de convenciones internacionales que regulen la conducta internacional y cuyos antecedentes más importantes en el siglo XX se dan en la década de los treinta.

Es en este período que la *lex mercatoria* adquiere ciertas características de las que carecía el antiguo Derecho Mercantil, cuales son:

- El Moderno Derecho del Comercio Internacional no es una rama del Derecho Internacional privado; no forma parte del *jus gentium*, sino que es aplicado en todas las jurisdicciones.
- El Moderno Derecho del Comercio Internacional no ha surgido desordenada y casualmente, sino que consta de normas, prácticas y usos expresados en una serie de textos que han sido recopilados por organizaciones internacionales.
- La formulación de dichos textos resultan de la mediación de estas organizaciones internacionales. Este derecho es prácticamente el mismo en todos los países de economía de mercado y países de economía regulada o de “common law” y de Derecho Romano.

La constatación de esta semejanza, en cuanto a los principios fundamentales de este derecho, se fundamenta en la coexistencia de dos principios esenciales reconocidos universalmente: el de la autonomía de la voluntad de las partes y el *pacta sunt servanda*.

Basados en las consideraciones precisadas es menester señalar cómo se ha desarrollado la *Lex Mercatoria* en el siglo XX.

3. Desarrollo de la *Lex Mercatoria* en el siglo XX

3.1 *Lex Mercatoria* y Contratos Internacionales, hasta la creación de UNCITRAL (1966)

a) Características:

- Expresión de la costumbre, que se basa en la práctica, se sustenta en la autonomía de la voluntad y supera los códigos nacionales.
- El Derecho Internacional Privado, como solución “clínica” a los

conflictos internacionales, es superado por la solución "preventiva" de la costumbre internacional declarada, que prevalece sobre las normas internas en la formación y ejecución de los contratos comerciales internacionales.

- El organismo internacional fundamental en el desarrollo de esta primera etapa del siglo XX es la Cámara de Comercio Internacional de París, por lo que haremos una breve referencia a esta institución.

Cámara de Comercio Internacional de París

La Cámara de Comercio Internacional de París, que es una institución privada creada en 1919, no está supervisada ni subvencionada por ningún Estado. Su finalidad es el desarrollo del Derecho Mercantil fijando los usos de comercio, a través de folletos que edita.

Dichos folletos no son sino declaraciones de la costumbre de uso internacional, que son obligatorias a las partes si así lo acuerdan.

La Cámara cuenta con comités nacionales en más de 70 países en el mundo. En América Latina están en países como Brasil, Argentina, Colombia, México, Uruguay, Venezuela y Perú.

Entre los folletos, los más conocidos son los "Incoterms 1953", luego 1980 y hoy 1990 y, en materia de pagos, las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios (Folleto 400) muy pronto a ser sustituido por el Folleto 500, que regulan el noventa por ciento de las transacciones y las reglas sobre documentos en cobranza. Además ofrece servicios de consulta y en particular, el servicio de arbitraje comercial internacional.

La CCI, a fin de desarrollar sus actividades, está organizada en Comisiones que atienden tanto el tema de regulaciones como el de contratos internacionales.

En cuanto al tema de regulaciones, cuenta con la Comisión de Política de Tráfico Internacional y la Comisión de Procedimientos en el Tráfico Internacional.

En relación al área de contratos internacionales, cabe mencionar la Comisión de Tráfico Comercial, la Comisión de Transporte Marítimo, la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias y la Comisión de Seguros.

También posee una Corte de Arbitraje Comercial Internacional fundada en 1923 para solucionar disputas internacionales de carácter comercial, de reconocida imparcialidad. Recibe cerca de 250 nuevos casos cada año, que envuelven a partes de unos 80 países, siendo llevados a cabo dichos arbitrajes en todo el mundo.

b) Los contratos comerciales internacionales antes de la creación de UNCITRAL, se sustentan en la costumbre internacional. Así tenemos:

- La compraventa internacional se basa, en cuanto a las condiciones de entrega, en los INCOTERMS, que son reglas internacionales que determinan no sólo el lugar de entrega, sino también las obligaciones de las partes en relación a la transferencia del riesgo, definición de los gastos y documentos, así como a qué parte le corresponde contratar el seguro y el transporte. Con sólo incorporarse el INCOTERM correspondiente (FOB, FAS, CIF, etc.), se han incluido en el contrato todas estas obligaciones. Asimismo, en relación a las condiciones de pago se utilizan las regulaciones del Folleto 400 en materia de crédito documentario y del Folleto 322 si se opera con documentos en cobranza. Las demás condiciones del contrato dependen de la voluntad de las partes, no siendo de aplicación los códigos de comercio de los países a los que pertenecen las partes.

- En cuanto al contrato de transporte internacional de mercancías, se aplican las reglas uniformes sobre los conocimientos de embarque para el transporte marítimo adoptadas en la Conferencia de La Haya en 1924, unificándose así la costumbre internacional del transporte por mar. Estas reglas se aplican en los contratos de transporte marítimo sin que necesariamente los Estados de donde proceden las partes en el contrato (el cargador y el transportista) hubieren suscrito tales reglas. Perú la suscribió 40 años después.

Similar situación se da en el caso del transporte internacional de carga por vía aérea, en cuyo caso las reglas se encuentran establecidas en la Convención de Varsovia de 1929, complementada en La Haya, Guadalajara, Guatemala y Montreal. En la práctica esta convención tiene

vigencia en cuanto a la responsabilidad por pérdida, daño o retraso que asume el transportista frente al cargador. En los demás aspectos del contrato se aplica la costumbre declarada en las guías aéreas adoptadas por la IATA, que es una institución privada que agrupa a las compañías de aviación. Es decir, la costumbre es la expresión de este contrato.

En cuanto al transporte por carretera, en Europa rigen el Convenio Internacional de Ginebra de 1956 (CMR) y el Convenio Internacional para el Transporte de Mercaderías por Ferrocarril de Berna de 1961. En el caso de América Latina, hasta antes de la creación de UNCITRAL (1966), no se habían dictado reglas internacionales, siendo de aplicación las condiciones fijadas por las partes y, en su caso, las reglas de cada país.

- El contrato de seguro de transporte internacional de carga se regula conforme a las cláusulas sobre riesgos establecidas por el Instituto de Aseguradores de Londres, que es un gremio privado que agrupa a las empresas aseguradoras inglesas. En este sentido, nuevamente se trata de un contrato fiel expresión de la Lex Mercatoria producto de la costumbre internacional. No existe contrato de seguros que no se base en estas reglas. Similar situación se da en el caso de las reglas aplicables a la denominada “avería gruesa”, toda vez que las vigentes reglas York-Amberes no son sino otra expresión de la Lex Mercatoria.

- La solución de los conflictos que se derivan de estos contratos comerciales internacionales se ventilan en la mayoría de los casos por la vía privada del arbitraje comercial internacional. Antes de la creación de UNCITRAL, en las Naciones Unidas, para dar facilidad a la ejecución de los laudos, se aprobó la Convención de Nueva York, en 1958, sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; posteriormente, se aprobó similar convención para los países de América Latina en Panamá en 1975. Esta fórmula de solución privada es otra expresión de la Lex Mercatoria, como costumbre internacional.

3.2 Nueva Lex Mercatoria, Convenciones Internacionales a Partir de la Creación de UNCITRAL.

a) Origen de UNCITRAL dentro del contexto de un nuevo orden económico internacional y como un esfuerzo por formalizar la costumbre convirtiéndola en convención.

- Con la creación de UNCITRAL se pretende otorgar seguridad jurídica en las negociaciones comerciales entre las partes de países en desarrollo y países desarrollados.
- Asimismo, se inicia el proceso de unificación de los sistemas anglosajón y romano del Derecho, estableciéndose reglas comunes a todos los países a través de las convenciones internacionales.
- El Estado vuelve a jugar un papel importante en la medida que le corresponde ratificar las convenciones internacionales, más no así incluir reglas sobre contratos internacionales en sus códigos, salvo el caso de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje.
- Con las convenciones internacionales, el Derecho del Comercio Internacional no sólo se sustentará en la costumbre sino en leyes materiales, lo que supone un gran adelanto en el cumplimiento de su función preventiva.
- Dado que UNCITRAL es el organismo fundamental en el desarrollo de esta segunda etapa del siglo XX de la Lex Mercatoria, resulta necesario hacer una referencia a sus características:

UNCITRAL

La representación de Hungría propuso que la Asamblea General de las NNUU emprendiese un esfuerzo concertado para superar la diversidad de los derechos nacionales y los obstáculos que supone para el desarrollo del comercio internacional.

El tema fue incluido en el programa del XX período de sesiones de la ONU el 20 de diciembre 1965 y sobre él se distribuyó una nota de la Secretaría con el título "Unificación del Derecho Mercantil Internacional".

Este documento define la unificación como el proceso de sustitución por una norma única, de las normas contradictorias pertenecientes a dos o más sistemas jurídicos nacionales y aplicables a un mismo negocio y describe los posibles métodos de unificación.

La Asamblea adoptó la Resolución 2102 en la que solicitó al Secretario General que presentase, al siguiente período, un informe sobre la

base de dicha nota, diciendo incluir en el programa el tema: "Desarrollo Progresivo del Derecho del Comercio Internacional".

El Secretario General encargó el estudio al profesor Clive Schmittoff. En el estudio se profundiza sobre el inconveniente que, para el desarrollo del comercio internacional, representan los conflictos y divergencias de las leyes nacionales ante las dos técnicas posibles:

- a) Clínica o de opción entre las leyes aplicables, propia del Derecho Internacional Privado.
- b) Preventiva, tendiente a evitar los conflictos de leyes, mediante la armonización o unificación de las leyes sustantivas, propia del Derecho del Comercio Internacional.

Sugiere el informe la creación de una comisión específica, señalando sus posibles funciones y composición.

Finalmente en el seno de la Asamblea de la NNUU, el 17 de diciembre de 1966, se adoptó la Resolución 2205 por la que se creó la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), con los siguientes fines:

Fomentar la armonización y unificación progresiva del Derecho del Comercio Internacional, mediante:

- a) Coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo.
- b) Fomento de una participación más amplia en las Convenciones existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo.
- c) Preparación y fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales y leyes modelo, así como fomento de las costumbres y prácticas comerciales internacionales.
- d) Fomento y método para asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las convenciones internacionales y leyes uniformes.
- e) Difusión de información sobre legislaciones nacionales y evolución jurídica moderna incluida en la jurisprudencia.

(I) Composición de UNCITRAL

Originalmente fueron 29 países: en 1973 se amplió a 36 países.

Su composición se estructuró con miras a que sea representativa de las diversas regiones y de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo, de la siguiente manera:

- a) 9 países de Africa
- b) 6 países de América Latina
- c) 7 países de Asia.
- d) 5 países de Europa Oriental
- e) 9 países de Europa Occidental y otros Estados

Se eligen por períodos de 6 años.

(II) Métodos de Trabajo

La comisión se reúne una vez al año informando a la Asamblea General de la ONU los resultados de sus trabajos a fin de que, en su caso, se adopten los proyectos de convenciones.

Los grupos de trabajo preparan los proyectos, funcionando en forma permanente el Grupo de Trabajo Sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y el Grupo de Trabajo Sobre Prácticas Contractuales Internacionales. Su sede está en Viena.

(III) Técnicas para Promover la Armonización y Unificación

- a) Convenios internacionales
- b) Leyes modelo, para servir de modelo para los países
- c) Guías jurídicas sobre temas específicos

(IV) Labor Realizada Concluida

1. Convenciones:
 - Compraventa internacional: Convención de Viena 1980
 - Transporte internacional de mercancías: Convención de Hamburgo 1978.
 - Convenio sobre Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte, Viena 1991.
 - Convenio sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, Nueva York 1988.

- 2.- Leyes modelo:
 - Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional del 11 de diciembre de 1985.
- 3.- Guías jurídicas:
 - Guía Jurídica Para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales
 - Guía Jurídica Sobre Contratos de Intercambio Compensado.
- 4.- Arbitraje:

Sugiere como modelo para su uso en los procedimientos de conciliación y arbitraje:

 - Reglamento de Arbitraje
 - Reglamento de Conciliación

Es interesante anotar que las reglas de arbitraje de UNCITRAL han sido adoptadas por el Tribunal que está solucionando los reclamos entre los Estados Unidos e Irán, derivados de la reciente guerra. Se están llevando a cabo 864 procedimientos de arbitraje sometidos bajo el reglamento de UNCITRAL y con éxito, de acuerdo a quienes participan en este Tribunal.

UNCITRAL se encuentra además trabajando leyes modelo sobre Transferencia Internacional de Crédito, Contratación Pública Internacional, Cartas de Garantía Internacionales y Transferencia Electrónica de Datos.

La labor de unificación de UNCITRAL carece de sentido si nuestro país, o los países en general, no ratifican las convenciones; de allí que resulta fundamental su evaluación y análisis.

(V) Vinculación de UNCITRAL con Otros Organismos

UNCITRAL es un organismo internacional paralelo a la CCI, la Cámara declara costumbre y UNCITRAL la convierte en convención. Naturalmente, la Cámara se adelanta a UNCITRAL; así por ejemplo, ya tiene reglas sobre el Intercambio Electrónico de Datos. Lo que hace UNCITRAL con relación a la Cámara, es promover que se utilicen sus reglas como el caso de los INCOTERMS y el Folleto 400 sobre Crédito Documentario.

Otro organismo vinculado con UNCITRAL es el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT), creado en 1926, entidad intergubernamental que cuenta con 48 países miembros. UNIDROIT ha formulado proyectos de convenciones sobre Compraventa Internacional, Leasing y Factoring y, recientemente, ha recogido en un proyecto de convención los principios en materia de contratos mercantiles internacionales. Estos proyectos sirven de base para la tarea de UNCITRAL. Cabe agregar que UNIDROIT trabaja otros temas no vinculados necesariamente a la labor de UNCITRAL.

En relación a los procesos de integración, los trabajos de UNCITRAL son la dimensión externa de la armonización entre los países miembros de un bloque económico, así lo ha entendido la Comunidad Europea, aunque aún no el Grupo Andino ni ALADI.

b) Situación de los Contratos Comerciales Internacionales y su Incorporación a Convenciones Internacionales

- Compraventa internacional. Las reglas sobre la formación del contrato así como las obligaciones del vendedor y del comprador, y la transmisión del riesgo, entre otros aspectos, se encuentran incorporados en la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobado en Viena en 1980. Esta Convención está vigente en 34 países. Entre ellos, EE.UU., Alemania, Francia, Argentina, Chile, Ecuador, México y Venezuela. Perú no la ha ratificado.

La convención no regula las condiciones de entrega contenidas en los INCOTERMS, ni las condiciones de pago del Folleto 400 y del Folleto 322 de la CCI. Es decir, se mantiene la costumbre internacional en estos aspectos básicos del contrato de compraventa internacional.

- Contrato de Transporte Internacional de Mercancías. En cuanto al transporte marítimo de carga, UNCITRAL trabajó las llamadas Reglas de Hamburgo aprobadas en 1968, que establecen la responsabilidad del transportista por toda pérdida, daño o retraso, salvo que pruebe haber adoptado medidas razonables, incluyéndose su responsabilidad para el caso de la mercadería transportada sobre cu-

bierta. Estas reglas criticadas por los armadores o transportistas, han entrado en vigor el 1 de noviembre de 1992 en 20 países, ninguno con antecedentes como transportistas (Guinea, Kenya, Lesotho, Malawai, Nigeria, Zambia). De América Latina sólo las ha ratificado Chile. Mantienen su vigencia las Reglas de La Haya de 1924 y las Reglas Haya-Visby, las mismas que exoneran de responsabilidad al transportista por la pérdida por daño generada por innavegabilidad y culpa náutica, no siendo además responsables por retraso, ni por mercadería transportada sobre cubierta. Es decir, nos encontramos con 3 convenciones sobre el mismo tema, vigentes en el mundo.

- En cuanto al transporte aéreo continúa vigente Varsovia, convención que establece la responsabilidad del transportista por pérdida, daño o retraso de la mercadería, dominando las reglas de la IATA.

UNCITRAL no ha desarrollado tarea sobre este tema.

- En relación al transporte internacional por carretera, a nivel de América Latina se ha aprobado la Convención Interamericana sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercadería, que recoge el mismo concepto de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo y de Varsovia. Esta convención, aprobada en 1989, aún no ha entrado en vigencia. A nivel de Grupo Andino, se encuentra vigente la Decisión 257 de noviembre de 1989, donde se define la responsabilidad por pérdida, daño y retraso con las mismas características que las Reglas de Hamburgo. UNCITRAL no ha hecho ningún intento de unificación en este aspecto.

Habiéndose desarrollado el transporte multimodal gracias al uso de los contenedores, propiciado por la UNCTAD, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre este tipo de transporte en 1980. Esta Convención sólo ha sido ratificado por 5 países, siendo necesaria su ratificación por 30. El Perú ha incorporado sus reglas mediante el Decreto Legislativo No. 714, lo que carece de importancia porque mal podría aceptar el transportista aplicar una ley interna del cargador. Sobre este mismo tema han aprobado la UNCTAD y la Cámara de Comercio Internacional, reglas que tienen valor cuando se incorporan a los contratos de transporte multimodal o unimodal, sea por escrito o verbalmente. Esta reglas

tienen la virtud de constituir una posición intermedia entre las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo. Es así como, en materia de transporte marítimo se reconoce la responsabilidad del transportista para el caso de las mercaderías sobre cubierta y el retraso; sólo se exonera, por culpa náutica o innavegabilidad, al transportista que pruebe haber actuado con diligencia para poner el buque en estado de navegar al comienzo del viaje. Estas reglas se aplican en el transporte multimodal como una expresión de la costumbre, no siendo una convención internacional.

- En lo que se refiere a los seguros de transporte internacional, están vigentes en el mundo las cláusulas A, B y C del Instituto de Londres; las mismas, en todo caso, deberán concordarse en las Reglas CCI/UNCTAD sobre transporte multimodal, dados los nuevos riesgos asumidos por el transportista.
- En estos últimos años se ha desarrollado el arbitraje comercial internacional, existiendo más de 75 centros de arbitraje especializados y generales, incluso los árbitros están aplicando la Lex Mercatoria en lugar de una ley material.

Podemos advertir que el esfuerzo de UNCITRAL aún es muy lento. Como consecuencia de la situación actual, las fuentes de la contratación internacional son las siguientes:

c) Fuentes de la Contratación Internacional

1. Convenciones sobre contratos internacionales
2. Usos y costumbres internacionales

Su importancia radica en el hecho de recordar que el proceso de creación y maduración del Derecho del Comercio Internacional se ha hecho con base en la constatación de las prácticas de los comerciantes, de las modalidades y peculiaridades de los negocios jurídicos por ellos celebrados y de las innovaciones permanentes que en su actividad vienen introduciendo.

3. Contratos-tipo

Para la celebración de contratos de compraventa internacional, de transportes de mercancías y de seguros se utilizan contratos-tipo en formularios impresos que, por tanto, constituyen fuente de la contratación internacional.

4. Principios generales comunes

Mantienen plena vigencia en la contratación internacional, los siguientes principios:

- a) Autonomía de la voluntad de las partes
- b) "Pacta sunt servanda"

5. Leyes nacionales

Las leyes nacionales que regulan los actos de comercio y en particular los Códigos de Comercio son fuente de la contratación internacional, cuando en aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado o por voluntad de las partes, pueden constituirse en ley aplicable.

4. Evaluación y Perspectivas

4.1 Características

- a) UNCITRAL aún no cumple con sus objetivos, dada la lentitud para la aprobación de las convenciones internacionales. El comercio internacional desarrolla nuevas tecnologías y servicios, siendo muy lento el proceso de su incorporación a convenciones, por lo que la Cámara de Comercio Internacional sigue siendo la fuente principal de los contratos internacionales a través de las declaraciones de costumbre.
- b) Hay temas que UNCITRAL no ha desarrollado, las reglas continúan siendo establecidas por la parte más fuerte. Particularmente, éste es el caso de las condiciones de los contratos de seguros en el transporte internacional.

- c) Los códigos y legislación nacional ya no regulan los contratos internacionales. En todo caso, cuando así lo hacen (Colombia Folleto 400, Perú; Reglas sobre Transporte Multimodal) no tienen ninguna aplicación práctica.

4.2 Perspectivas

a) Futuro de las convenciones internacionales

- La Convención de Viena sobre compraventa internacional seguirá ampliando su cobertura. Sin embargo, es necesario analizar la conveniencia de que se incorporen los Folletos sobre medios de pago y los INCOTERMS y se reforme el artículo 6to. de la Convención que autoriza a las partes excluir la totalidad de la aplicación de la Convención, lo que contradice el objetivo de seguridad jurídica.
- En materia de transporte internacional de carga, deberán unificarse las reglas en el transporte aéreo, marítimo y terrestre, sobre la base de las Reglas CCI/UNCTAD antes comentadas.
- UNCITRAL debiera dedicarse al estudio del contrato de seguros en el transporte internacional.
- En la solución de conflictos el arbitraje continuará vigente, aplicandose la Lex Mercatoria cada vez más.

Sin duda, continuará la costumbre internacional declarada, más allá de las convenciones internacionales. En consecuencia, el papel de UNCITRAL de dar igualdad de trato a los países en desarrollo y países desarrollados vía una solución de seguridad jurídica como sustento de un nuevo orden económico internacional, se encuentra bastante limitado.

b) Comercio internacional sin papeles, transferencia electrónica de datos, manifestaciones vigentes:

- Los INCOTERMS 90 incluyen como válida la transferencia electrónica de los documentos de embarque, factura comercial y demás documentos de una operación internacional.
- El Folleto 500 sobre crédito documentario, que reemplazará al Folleto 400 a partir, probablemente, del 1 de enero de 1993, establece en su artículo 20 que los bancos aceptarán como originales los documentos producidos y transmitidos vía sistemas computarizados,

aceptando la firma por facsímil o cualquier método electrónico de autenticación. Es decir, acepta además como originales, los documentos confeccionados por procedimientos electrónicos.

- Las Reglas CCI/UNCTAD sobre transporte multimodal admiten el documento de transporte confeccionado y transmitido mediante el intercambio electrónico de datos.

Nos encontramos frente a una nueva realidad: la formación y ejecución de los contratos internacionales sin el uso de papeles. Esta situación supone el establecimiento de normas jurídicas que atiendan cuestiones relativas a los problemas de la prueba, a la expresión de voluntad en un contexto electrónico, a la exigencia de un original, a la firma y autenticación y a la negociabilidad de los derechos. No se puede negar la realidad del comercio formalizado por medios electrónicos, por lo que los trabajos de UNCITRAL y de los juristas en este campo del Derecho deberán dirigirse a esta revolución de los sistemas legales que se derivan del uso de la electrónica.

c) Vigencia del Derecho del Comercio Internacional en el siglo XXI

Por lo expuesto a lo largo de esta ponencia, se puede advertir que la solución preventiva recogida por el Derecho del Comercio Internacional será la que sustente las reglas jurídicas en el siglo XXI, no obstante que existe una corriente de la doctrina que pretende incorporar como parte del Derecho Internacional Privado las normas materiales de las convenciones sobre contratos comerciales internacionales, convirtiéndose en una suerte de Derecho Internacional Privado Comercial.

Por otro lado, la unificación de las reglas sobre la base de la costumbre comercial internacional permitirá el nacimiento de un Derecho uniforme que supere en las relaciones comerciales internacionales el Derecho Anglosajón y el Derecho Romano.

Será pues la Lex Mercatoria sustentada en los sistemas electrónicos que, una vez recogida en convenciones internacionales, regulará el comercio en el siglo XXI.