

Contratación transfronteriza: necesidad e importancia de su armonización en un mundo globalizado

International legal contracting: the need for and importance of its harmonization in a globalized world

EMMANUEL GUILLERMO CARREÑO BERNAL

*Abogado y especialista en Derecho Comercial
Pontificia Universidad Javeriana*

*Master Universitario en Derecho Empresa y Justicia
y doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología
Universidad de Valencia*

Recibido: 23.08.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9330

Resumen: En los actuales contextos jurídicos derivados de la globalización, donde las transacciones comerciales internacionales se han convertido en una tendencia predominante, los participantes en el comercio internacional enfrentan importantes desafíos, en particular en lo que respecta al marco jurídico aplicable a las relaciones contractuales internacionales. En vista de ello, el presente artículo de investigación aborda el proceso de armonización del Derecho contractual transfronterizo y la utilización de los diversos instrumentos derivados de dicho proceso como medios idóneos y eficaces para resolver, o al menos reducir significativamente, dichas problemáticas y, en general, lograr una mayor seguridad jurídica en el comercio internacional.

Palabras clave: contratación Transfronteriza, Contratación Internacional, Armonización del Derecho, Derecho comercial internacional.

Abstract: In the current legal frameworks shaped by globalization, where international commercial transactions have become a prevailing trend, participants in international trade face significant challenges, particularly concerning the legal framework governing international contractual relationships. In response, this research article examines the process of harmonizing cross-border contract law and explores the use of various instruments derived from this process as effective and suitable mechanisms to address –or at least substantially mitigate– these challenges, thereby promoting greater legal certainty in international trade.

Keywords: cross-Border Contracting, International Contracting, Harmonization of Law, International Commercial Law.

Sumario: I. Introducción y acercamiento a la problemática II. Contratos nacionales e internacionales. 1. Contrato como fuente de obligaciones –breve introducción–. 2. Generalidades del contrato internacional. III. Tendencia a la armonización del Derecho de la contratación transfronteriza. IV. Distintos métodos para lograr la armonización del Derecho de la contratación internacional. 1. Técnicas legislativas. A) Convenciones o convenios. B) Leyes modelo. C) Guías o recomendaciones legislativas. D) Disposiciones legislativas modelo. 2. Técnicas contractuales A. Técnicas explicativas. B) Guías jurídicas. C) Declaraciones interpretativas. 3. Restatements. A) Restatements of the Law. B) Los Restatements internacionales. V. Conclusiones.

I. Introducción y acercamiento a la problemática

1. En nuestros tiempos ya es absolutamente común que las personas a diario y con total normalidad se interrelacionen más allá de las fronteras estatales, más aún en una época donde las tecnologías permiten la comunicación entre sujetos que se pueden encontrar en extremos opuestos del planeta.

2. Lo anterior conlleva a que las nociones de cercanía y distancia física o geográfica pierdan importancia, permitiendo ahora que muchas actividades se puedan realizar sin tener en cuenta las mismas gracias a los medios de comunicación, especialmente el internet, traduciéndose en irrelevantes no solo las distancias sino las fronteras¹.

3. De esta manera podemos evidenciar que la división del mundo en Estados en una modernidad globalizada es realmente artificial, al menos desde el punto de vista de los negocios, donde las personas se interrelacionan por encima de las fronteras estatales y entablan relaciones económicas no solo con personas de su mismo Estado sino que trascienden fronteras, existiendo en muchos casos un olvido de la conciencia de la distinción tradicional entre lo nacional y lo internacional, no siendo relevante para muchos a la hora de efectuar un contrato el lugar geográfico donde se encuentra su contrapart².

4. En este contexto, las relaciones contractuales internacionales pueden estar sujetas a diversos ordenamientos jurídicos encargados de regular los diferentes aspectos de la relación comercial, lo que genera un alto grado de incertidumbre para las partes sobre cuál será la normativa aplicable. Esta problemática no solo se presenta en caso de conflicto, sino a lo largo de toda la relación contractual, lo que constituye un factor que incrementa los costos de transacción y representa una barrera para el establecimiento de nuevos vínculos comerciales.

5. La incertidumbre se acentúa ante la inexistencia de una única legislación que regule los contratos internacionales, es decir, ante la inexistencia de la globalización del Derecho.

6. La globalización del Derecho, alude a un proceso en el cual todo el planeta podría llegar a regularse bajo un mismo grupo de reglas, adoptadas por alguna institución de carácter internacional o por algún mecanismo que logre un consenso global³, o lo que es lo mismo, un proceso que conduzca en principio a la uniformidad y en última instancia a la unificación del Derecho alrededor del globo⁴, sin embargo este tipo de proceso no ha llegado a tener el alcance universal en cuanto a la homogenización de los ordenamientos jurídicos.

7. Lo más que se podría afirmar es que nos encontramos en una fase embrionaria de creación de un ordenamiento jurídico supraestatal. En este sentido se ha venido concibiendo la globalización del Derecho como un conjunto no definido de órdenes jurídicos con tendencia universal, dirigidos hacia sectores específicos, como la contratación internacional que, desde instancias o actores diversos al Estado, regulan relaciones sociales que desborden el ámbito propio del Estado nación⁵.

8. Es así, que han tomado protagonismo mecanismos menos extremos como la armonización del Derecho. Este proceso tiene como objetivo crear disposiciones que reduzcan las divergencias entre los

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 22, 2004, p. 37.

² P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp.9-11.

³ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2016. pp. 96-98.

⁴ W. G. JIMÉNEZ, "Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y Derechos Humanos", *Novaet vetera Temas de derechos Humanos*, vol. 20, nº 64, 2011, p. 21.

⁵ *Ibidem*.

diferentes sistemas jurídicos, eliminen la incertidumbre sobre la ley aplicable y disminuyan los costos de transacción. Para ello, se han creado diversos organismos e instrumentos de armonización del Derecho comercial internacional, buscando una normativa que se aplique de manera armonizada, independientemente de la jurisdicción, con el fin de obtener un mayor grado de seguridad jurídica y rentabilidad en las operaciones mercantiles.

II. Contratos nacionales e internacionales

9. El efecto globalizador ha traído como consecuencia el auge y desarrollo del comercio internacional donde la actividad comercial desborda las fronteras nacionales, siendo corriente el flujo de bienes, servicios y capitales entre los países alrededor del globo.

10. Los flujos comerciales deben ser materializados en lo que la ciencia jurídica denomina “contratos”, los cuales representan el principal instrumento legal para la circulación de los valores patrimoniales y la riqueza en el ámbito transnacional. Estos instrumentos constituyen el vehículo jurídico más perfeccionado para el intercambio de bienes, derechos y servicios entre los agentes económicos en el contexto de la economía de mercado abierta a nivel global⁶.

11. Los contratos se celebran a diario entre las partes intervinientes en el comercio internacional, llámese acreedor y deudor, comprador y vendedor, importador y exportador, etc. El contrato es el instrumento jurídico principal al cual los participantes del comercio internacional acuden para regularizar el intercambio de bienes, servicios y derechos en busca de seguridad jurídica en sus transacciones.

12. Dicha seguridad jurídica a la que apuntan los participantes del comercio internacional se dificulta con la inexistencia de una única legislación que regule los contratos internacionales, puesto que, como se mencionó, aún no hemos llegado a una globalización del Derecho y estamos aún lejos de concretar un proceso de tal magnitud.

13. Es así, que el estudio del contrato subyace como una cuestión principal en una investigación de la contratación internacional, cuestión que adquiere un lugar privilegiado en el escenario de un mundo globalizado como el nuestro, máxime cuando día a día los vínculos entre los operadores comerciales internacionales se vuelven cada vez más complejos y complicados, a causa de diferentes factores como, por ejemplo, la contratación por medios tecnológicos y las complejidades propias del mundo de las divisas⁷.

14. Es por ello que se hace necesario hacer una pequeña introducción al contrato y más específicamente al contrato de naturaleza internacional.

1. Contrato como fuente de obligaciones - breve introducción

15. La teoría general de las obligaciones permite definir el concepto de “obligación” desde dos perspectivas posibles. Desde una perspectiva pasiva, en la cual se definiría como aquel vínculo jurídico que existe entre una persona denominada deudor en favor de una persona denominada acreedor, consistente en el cumplimiento de una prestación en la cual el deudor da en prenda su patrimonio presente y futuro; desde una perspectiva activa, como la facultad jurídica que tiene una persona llamada acreedor para exigir de otra persona llamada deudor el cumplimiento o la realización de una prestación, donde el deudor da en prenda su patrimonio presente y futuro⁸.

⁶ A. LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “La regulación de los contratos internacionales en la Unión Europea”, *Agenda Internacional*, n° 33, 2015, pp. 168-169.

⁷ A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Contratación internacional práctica – Como evitar los “riesgos contractuales” en el comercio internacional*. ICEX España Exportación e Inversiones, Madrid, 2013, pp. 19-20.

⁸ A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil: Tomo III. De las Obligaciones*, Temis, Bogotá, 10ª ed., 2015, p. 3.

16. De la definición propuesta se pone de relieve, la diferencia lógica y práctica entre obligación o derecho personal y el derecho real, en donde el primero se ejerce sobre una persona determinada y el segundo sobre una cosa⁹. También se evidencia en esta definición los tres elementos esenciales de las obligaciones, en primer lugar, la prestación, en segundo lugar, los sujetos, es decir el acreedor y el deudor y por último la relación jurídica existente entre el deudor y el acreedor de una parte y la existente entre el acreedor y el patrimonio del deudor¹⁰.

17. Toda obligación supone una limitación a la libertad de aquellas personas entre las cuales se establece el vínculo jurídico. Esta limitación no nace por sí sola, sino que necesita un hecho o una causa idónea que tenga la capacidad para crearla, de aquí la importancia de precisar cuáles son las fuentes de las obligaciones, tópico sobre el cual ha discutido la doctrina desde tiempos inmemoriales¹¹.

18. En la doctrina moderna las fuentes de las obligaciones son el acto y el hecho jurídico. En este trabajo nos centraremos en los actos o negocios jurídicos, es decir aquellas situaciones jurídicas en las cuales el elemento principal es la voluntad. El profesor OSPINA FERNÁNDEZ, define “acto jurídico” como “la manifestación de la voluntad directa y reflexiva ente encaminada a tener efectos jurídicos”¹². En esta definición podemos evidenciar los dos elementos, de cuya integración se desprende la definición de acto o negocio jurídico, es decir la voluntad, y el objetivo de dicha voluntad, esto es, la producción de efectos jurídicos.

19. La manifestación de voluntad en los actos jurídicos puede ser unilateral o convencional, dependiendo del número de partes. Para este estudio solamente será relevante la manifestación bilateral o convencional de voluntad¹³. Para ser más precisos, se centrará específicamente en el “contrato” cuyo efecto principal es la creación de obligaciones. Existe la discusión frente a dos conceptos íntimamente relacionados, el contrato y la convención, los cuales frecuentemente son tratados como sinónimos cuando no lo son. Según la tradición francesa, la cual ha ejercido absoluta influencia sobre una buena parte de los ordenamientos jurídicos occidentales¹⁴, estos dos conceptos no son iguales, existiendo importantes diferencias entre contrato y convención, siendo la primera figura una especie y la segunda un género dentro de esta especie. En efecto, la convención es una manifestación bilateral de la voluntad cuyo objeto es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, mientras que por el contrario el contrato como especie de convención, tiene como objeto principal y exclusivo la creación de obligaciones¹⁵. Es decir que todo contrato es una convención al ser una especie de esta, pero no toda convención es un contrato¹⁶.

2. Generalidades del contrato internacional

20. La contratación, es decir, aquellos actos de naturaleza bilateral o convencional, puede producirse en el ámbito nacional o internacional. No obstante, no resulta fácil determinar y precisar el elemento internacional cuando nos referimos a un contrato, en la medida en que no existen definiciones precisas de contrato internacional¹⁷ y existen, además, posiciones encontradas sobre esta cuestión.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ídem.*, pp. 53-54.

¹² E. OSPINA ACOSTA y G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 7ª ed., 2015, p. 17.

¹³ *Ídem.*, pp. 42-43

¹⁴ R. MOMBERG URIBE, “La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. un análisis preliminar.”, *Revista Chilena de Derecho privado*, n° 24, 2015, pp. 122-123.

¹⁵ Esta doctrina ha sido acogida por diferentes altas cortes de países latinoamericanos. Un ejemplo de ello es la Sentencia de Casación dictada el 23 de octubre de 1970 por la Corte Suprema de Chile. Otro ejemplo es la Sentencia 11001-03-06-000-2015-00102-00, emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia.

¹⁶ E. OSPINA ACOSTA y G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, *op. cit.*, pp. 61-63.

¹⁷ H. NAVARRETE TAPIA, “Calificación subjetiva de un contrato como internacional, crítica a la Ley de Arbitraje Comercial

21. Los instrumentos de Derecho Internacional y la doctrina especializada han identificado los aspectos a considerar, tanto de tipo objetivo como subjetivo, para diferenciar los contratos internacionales de los nacionales; entre estos, se habla del domicilio de las partes, su nacionalidad, el lugar donde se encuentra ubicado su establecimiento comercial o el lugar de sus negocios, el lugar de ejecución del contrato, la afectación del comercio internacional entre otros elementos¹⁸, los cuales han sido señalados como posibles indicativos de la existencia de un elemento que pueda identificar a un contrato como internacional¹⁹.

22. No obstante, al no contar con una definición generalizada, además, al existir diferentes criterios que podrían indicar la existencia de un contrato de carácter internacional, es necesario buscar una definición o un criterio adecuado para distinguir este tipo de contratos.

23. La doctrina mayoritaria refiere, que podemos calificar un contrato internacional a partir de la identificación de situaciones privadas internacionales, en cuanto objeto del Derecho Internacional Privado, para lo cual se identifican tres tesis principales, a partir de las cuales se pueden establecer situaciones privadas internacionales, a saber²⁰:

24. La tesis denominada “elemento extranjero puro”. Para esta tesis, existirá un contrato internacional, en la medida que cualquiera de sus elementos tenga conexión con la internacionalidad. Es decir, la internacionalidad resulta pertinente en aquellos negocios jurídicos en los cuales hay un contacto con un Derecho extranjero o se presenta un conflicto de leyes. En este entender se reputa la existencia de un contrato internacional, en aquellos contratos donde uno cualquiera de los elementos de la situación jurídica, sin importar la naturaleza, relevancia o intensidad tienen una aproximación con más de un Estado²¹.

25. De este modo nos encontraremos ante un contrato nacional cuando todos los elementos de la relación jurídica se encuentren conectados con un solo Estado, mientras que será internacional si alguno de sus elementos encuentra conexiones (personales, materiales, territoriales etc.) con dos o más Estados²².

26. La segunda tesis es la denominada “elemento extranjero relevante”, en la cual a diferencia del criterio anterior un contrato no se reputa como internacional cuando alguno de sus elementos tenga conexión con un Estado extranjero, sino que se exige que dicho elemento debe tener una gran relevancia frente al conjunto que compone la situación en concreto, es decir, es necesario darle una calificación subjetiva a la relación y apreciar la relevancia del elemento extranjero del contrato, para considerar el contrato como internacional.

27. Este criterio, ha sido altamente criticado en razón a dos circunstancias, la primera porque se confunde la importancia de la relación jurídica del contrato con la importancia del elemento extranjero y, segundo, porque es verdaderamente difícil, al ser altamente subjetivo, determinar cuándo un contrato posea un elemento extranjero que pueda calificarse de relevante o no relevante²³.

28. La última tesis hace referencia al “efecto internacional”. A diferencia de los anteriores criterios, no se tienen en cuenta los elementos de la situación jurídica sino únicamente las consecuencias del

Internacional”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Quinta Época*, n° 2, 2005, p. 179; E. MEREMINSKAYA, “Contratos internacionales e ‘internacionalización’ de contratos nacionales”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Quinta Época*, n° 1, 2004, pp. 111-117.

¹⁸ Laudo CCI, 1992, N.º 7153.

¹⁹ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, op. cit., pp. 105-106.

²⁰ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, vol. I., 7ª ed., 2006, p. 11.

²¹ Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-347 de 1997.

²² C. ESPLUGUES MOTA, J. HERNÁNDEZ MARTÍ Y S. BARONA VILAR, *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 1999, pp. 66-67.

²³ F. A. BONILLA, J. A. FRANCO ZARATE Y M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Régimen jurídico aplicable al contrato internacional: La Internacionalidad del Contrato”, *Revist@ e – Mercatoria*, vol. 6, n° 2, 2007, pp. 6-8.

negocio jurídico. Lo relevante es que el contrato tenga una consecuencia que implique la afectación o conexión con dos o más Estados, es decir que el contrato tenga repercusiones transfronterizas.

29. Este es el criterio que tiene mayor aceptación en la doctrina, pues a diferencia de los dos anteriores, se tienen más en cuenta los efectos del negocio jurídico que la estructura de la relación; por tanto, para calificar un contrato como internacional, no se consideran los elementos de la situación jurídica, sino las consecuencias del contrato mismo, siendo lo único relevante que este tenga repercusiones transfronterizas²⁴.

30. En suma, podemos evidenciar que la dificultad a la hora de definir lo que sea un contrato internacional contrasta con la necesidad de identificarlo a los efectos de determinar el régimen jurídico que lo va a regular, ya que mientras en el ámbito de los contratos nacionales se aplicará el Derecho del Estado con el que estos se encuentren vinculados, en el de los contratos internacionales se requerirá determinar qué Derecho (de qué país) regirá el contrato en particular, al hallarse este vinculado con varios Estados y, por ende, con más de un ordenamiento jurídico, por ejemplo, las legislaciones de los países de los que son nacionales los contratantes o donde se encuentren estos domiciliados, el país donde se celebró el contrato, el país donde se ejecutó, entre otras posibilidades²⁵.

III. Tendencia a la armonización del Derecho de la contratación transfronteriza

31. Como se ha expuesto, los contextos jurídicos actuales derivados de la globalización donde constituyen una tendencia las transacciones comerciales de carácter internacional ligadas a la pérdida de importancia de las fronteras estatales en materia comercial, han traído como efecto que gobiernos, comerciantes y, en general, los participantes en el comercio internacional se enfrenten a grandes problemas relacionados con el régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales de carácter internacional, así como la pertinencia y adecuación de la normatividad aplicable para lograr soluciones adecuadas a los inconvenientes que se presentan en el día a día del comercio global.

32. Estos problemas han surgido como consecuencia natural de la falta de capacidad y voluntad política dentro de algunos Estados para regular los fenómenos comerciales modernos, entre los cuales destacan las relaciones jurídico-negóciales nacidas como consecuencia del comercio internacional²⁶.

33. En este contexto, encontramos tensión entre diversos factores devenidos del proceso globalizador, es decir, la actual economía cada vez se encuentra más internacionalizada, en oposición a la elaboración de la norma de carácter nacional, la cual fue construida principalmente para la regulación de relaciones de carácter local no globalizado; normas que resultan en muchos casos inadecuadas para las relaciones jurídicas modernas.

34. Las normas que regulaban la relación jurídica-negocial de carácter internacional, nacían a partir del modelo clásico de la producción de Derecho, es decir del Derecho proveniente del atributo central de la soberanía estatal, donde el Estado había sido entendido tradicionalmente como el único organismo facultado para la producción de Derecho tanto dentro de su territorio como al nivel de las relaciones entre Estados²⁷. Este Derecho se encontraba concebido para regular primordialmente contra-

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. L. SIQUEIROS, "La contratación internacional posible armonización de su regulación jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 39, 1980, pp. 809-810.

²⁶ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional" *Revis@ e-mercatoria*, Vol. 11, n.º 2, p. 47.

²⁷ E. MEREMINSKAYA, "La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en M. D. MARTINIC G., Y M. TAPIA RODRÍGUEZ, (dir.): *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello. Tomo I*, LexisNexis, Santiago, 1ª ed., 2005, p. 1391.

tos de carácter meramente local, el cual entró en problemas al enfrentarse a una economía en continua transformación que reclamaba la creación de normas flexibles que permitieran una interacción entre el Derecho y los cambios de la realidad económica y social del mundo globalizado. En este sentido encontramos que la normatividad estatal en esta concepción clásica descrita resultaba ser la oposición de la flexibilidad que reclaman los participantes del comercio a la regulación de sus relaciones contractuales de carácter internacional²⁸.

35. Ante estas dificultades se encontraban los comerciantes, quienes evidenciaban que la legislación estatal no se ajustaba a sus negocios de carácter internacional, presentándose como un sujeto extraño al Derecho estatal, evidenciando que sus actividades se encontraban ante una verdadera falta de seguridad jurídica. Lo anterior se traducía en aspectos como la incertidumbre respecto de la ley que gobernara su contrato, en el caso de que hubiera guardado silencio respecto de la ley aplicable en el contrato o la falta de idoneidad de la misma, si las partes la pactaron expresamente o inclusive la falta de idoneidad de la ley aplicada al caso por el juez en atención de las normas de conflicto²⁹, así como la incertidumbre del juez competente a su relación contractual ante un eventual conflicto

36. En suma, la contratación internacional presentaba una incerteza legal para los comerciantes, quienes por obvias razones necesitan conocer con exactitud cuál es el régimen jurídico aplicable a su relación contractual de naturaleza internacional, para saber con certeza cuáles son sus derechos y sus obligaciones³⁰.

37. El Derecho ha planteado una solución, ante el movimiento trasfronterizo de personas, en las que se produce una interconexión de ordenamientos jurídicos y ante la inexistencia de un régimen jurídico sustantivo autónomo de carácter internacional, que gobierne el contrato de naturaleza internacional, más precisamente por intermedio del Derecho Internacional Privado, entendido como aquella rama perteneciente al ordenamiento estatal encargada de proporcionar la seguridad jurídica internacional buscada por las partes cuyas normas precisan el régimen jurídico aplicable a la relación de carácter internacional³¹, mediante la generación de las denominadas reglas o normas de conflicto, las cuales destraban el conflicto que pueda presentarse ante una relación privada de carácter internacional que tenga contacto con diversos ordenamientos jurídicos.

38. Estas reglas permiten concretar cuál ordenamiento jurídico es el que tiene vocación para regular la relación contractual³². Las reglas de conflicto son normas de carácter indirecto en el entendido de que no establecen directamente cuál es la solución sustantiva, sino que redireccionan el conflicto a un determinado ordenamiento jurídico³³.

39. La concreción de cuál es la ley que tiene la vocación para gobernar el contrato internacional por medio de la norma de conflicto implica la localización en un determinado Estado de una relación jurídico-negocial vinculada con diversos sistemas jurídicos³⁴, con el fin de que el ordenamiento jurídico del Estado

²⁸ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n° 18, 2000, p. 8.

³¹ *Ibidem*.

³² La regla de conflicto se sirve de un elemento denominado punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. Estos puntos de contacto son divididos por la doctrina en puntos de contacto fácticos y jurídicos. Los primeros hacen referencia a menciones de hecho como por ejemplo el lugar de celebración del contrato, la ubicación de los bienes raíces objeto del contrato y el lugar de registro en caso de bienes que de acuerdo con las leyes estén sujetos a esta formalidad. Los segundos hacen referencia a aspectos que necesitan ser interpretados como, por ejemplo, el domicilio de los contratantes. R. SANTOS BELANDRO, “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”. *Revista de la facultad de Derecho*, n° 32, pp. 291-292.

³³ *Ibidem*.

³⁴ “(...) la regla de conflicto clásica es esencialmente localizadora. Fiel a las enseñanzas de su creador -Federico Carlos de

al que se refiere el criterio de conexión sea el que gobierne el negocio jurídico. Para algunos doctrinantes lo que hace esta regla de conflicto es “nacionalizar” las transacciones conectadas con varios Estados, puesto que la norma de conflicto lo que hace es buscar un determinado ordenamiento que regle el contrato³⁵.

40. No obstante, esta solución ha tenido amplias críticas, principalmente debido a que no existe una uniformidad a nivel mundial respecto de las normas de conflicto, motivo por el cual se cuestiona la utilidad de las mismas³⁶. A su vez, para algunos resulta insatisfactorio la solución que aportan las normas de conflicto, las cuales como ya se ha explicado “nacionalizan” una relación de carácter internacional y conducen a que la regulación del contrato internacional se efectúe por una normatividad nacional la cual en muchos casos esta ideada para transacciones de carácter nacional³⁷.

41. Por otra parte, hay quienes aseguran que las normas de conflicto no aportan verdadera seguridad jurídica (valor fundamental en la ordenación del comercio internacional), por diferentes motivos, entre los cuales encontramos:

42. En primer lugar, las reglas que califican a un contrato como de carácter internacional, varían enormemente de acuerdo con las diferentes reglas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, solo es posible conocer con seguridad las normas que determinaran la ley de un contrato, cuando no existen duda del Estado cuyos tribunales decidirán el litigio³⁸.

43. Segundo, tenemos los problemas del denominado *forum shopping*, figura que consiste, en la posibilidad de las partes de un contrato internacional de acudir ante el juez o tribunal de su preferencia en búsqueda de la aplicación de determinado sistema de Derecho Internacional privado, buscando la ley más favorable a sus intereses, teniendo como vinculación a este foro algún punto de conexión. En resumen, una de las partes contractuales ante ausencia de regulación en el contrato, acude al *forum shopping* al interponer determinada acción en el foro que más convenga a sus intereses, sin perder de vista los puntos de conexión que le permitan escoger determinada ley sustantiva. Lo anterior teniendo en cuenta que el juez ante quien se presenta el conflicto es el encargado de discernir qué reglas de conflicto aplica como parte de su actividad jurisdiccional, las cuales con carácter general en el Derecho Comparado serán las reglas de conflicto del lugar donde ejerce jurisdicción³⁹.

44. Esta figura tiene su origen precisamente en la inexistencia de una legislación universal de Derecho Internacional Privado, de ahí que la norma de conflicto sea por lo general diferente en cada Estado⁴⁰, lo que tiene como consecuencia diferentes resultados dependiendo del foro que se elija. Ante esta situación, es normal que la parte demandante tienda a escoger en la medida que le sea posible el foro y en consecuencia las leyes que le sean más beneficiosas a su caso⁴¹.

Savigny- siempre habrá que buscar el lugar donde se “asienta” la relación privada internacional y aplicarle el Derecho de ese lugar. Para ir hacia ese Derecho sustantivo estatal, la regla de conflicto se vale de un elemento que se llama punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. (...)”. *Ibidem*.

³⁵ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*. n° 4, vol. 12, 1998, *op. cit.*, pp. 867-868.

³⁶ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *op. cit.*, pp. 49.

³⁷ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *op. cit.*, pp. 8-9.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ J. ADAME GODDARD, “El Derecho de los contratos internacionales”, en R. MÉNDEZ SILVA, (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010, p. 5.

⁴⁰ Es preciso señalar que en la actualidad existe la armonización de las normas de conflicto en diferentes regiones, como por ejemplo la Unión Europea, en donde se ha armonizado esta cuestión desde hace muchos años, primeramente, a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que se transformó en un Reglamento de la Unión Europea, el citado reglamento Roma I.

⁴¹ A. AGUILAR DOMÍNGUEZ, “La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley”, *Revista de Derecho Privado*, n° 13, 2018, p. 77.

45. Tercero, encontramos el tema relativo a las sentencias o decisiones claudicantes, término empleado para aludir al fenómeno producido por decisiones judiciales proferidas en Estados diversos y cuyo contenido es diferente, contrario o incompatible⁴². Resulta evidente que, al existir casi tantas normatividades como países, el resultado a un mismo litigio puede tener resultados completamente diferentes y llegar a ser hasta opuestos dependiendo del foro donde se inicie el litigio.

46. Ante estos importantes problemas, los comerciantes y demás actores del comercio internacional han venido reclamando la elaboración de normas extra nacionales, con el fin de hacer frente a las carencias propias de la técnica conflictual, siendo estas nuevas normas una respuesta de calidad muy superior a los problemas transaccionales y las respuestas brindadas por la norma de conflicto, las cuales “nacionalizan” las transacciones calificadas como internacionales, de acuerdo a lo ya expuesto en este trabajo y las cuales conducen a una regulación por una normativa nacional adoptada expresamente para regular negocios jurídicos de carácter eminentemente nacional⁴³.

47. Por su parte, los Estados han planteado diversas soluciones. En primer lugar, algunos Estados se han interesado en que se elaboren textos internacionales, que incluyan normas de conflicto comunes, generando que la ley estatal aplicable a los contratos internacionales sea siempre la misma con independencia del juez que conozca el litigio, siempre que se trate de uno de los Estados que suscriba el convenio. No obstante, a dicha solución solo se ha llegado en el ámbito de la Unión Europea, que ha logrado la uniformidad de las normas de conflicto⁴⁴. En un inicio, esta armonización tuvo lugar a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que posteriormente se transformó en un Reglamento de la Unión Europea, el Reglamento (CE) n° 593/2008 de 17 de junio del 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴⁵.

48. Otra solución planteada es la creación de normas uniformes o la creación de normas sustantivas armonizadas en materia de contratación internacional. Esta solución ha sido adoptada por organizaciones internacionales y suscritas por muchos Estados, sin embargo, solo para ciertos contratos internacionales, como la compraventa internacional de mercaderías y el transporte de mercancías⁴⁶.

49. Por otra parte, los contratantes han hallado soluciones, en el desarrollo de su autonomía privada, valiéndose de que en el Derecho Internacional Privado moderno, se admite como regla general la posibilidad de elección de la ley del contrato, en el marco de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales⁴⁷, generando una seguridad jurídica preventiva, en el entendido que al determinarse en el contrato de manera expresa la ley que lo regirá, evita conflictos posteriores entre las partes, además se les permite la elección de las leyes más adecuadas para la resolución de sus intereses, así como para la satisfacción de sus necesidades, generando ahorro en costos de transacción y permitiendo escoger una ley neutral. Por otra parte, permite a las partes salir adelante de manera satisfactoria frente a la indeterminación del punto de conexión prevalente a la norma de conflicto⁴⁸.

⁴² J. OVIEDO ALBÁN, “Las reglas de conflicto y la armonización del Derecho de los contratos internacionales” *Revista Foro Derecho Mercantil*, n° 39, 2013, p. 46.

⁴³ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE* núm. 177, de 4 de julio de 2008.

⁴⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *op. cit.*, p. 8-9.

⁴⁷ El Derecho Internacional Privado moderno admite como regla general la autonomía de la voluntad privada en un doble alcance: material y conflictual. En cuanto a la autonomía material, las partes pueden determinar el clausulado contractual del contrato es decir su contenido teniendo como límite las normas imperativas, en cuanto a la autonomía conflictual las partes pueden escoger la ley que gobernara el contrato. J. OVIEDO ALBÁN, J.: “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 21, 2012. pp. 122-123.

⁴⁸ J. OVIEDO ALBÁN, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *op. cit.*, p. 123.

50. La tendencia de la elección de la ley del contrato, junto con las deficiencias de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de contratación internacional incapaces de dar respuestas óptimas a las peculiaridades modernas de las transacciones internacionales, ha alentado la elaboración de normas materiales uniformes y armonizadas para la regulación del comercio internacional al margen de la participación directa de los legisladores estatales⁴⁹.

51. Es así, que ha surgido la necesidad en la comunidad internacional de soluciones a la dispersión normativa, y se han escuchado respuestas en mecanismos jurídicos como la armonización de las normas de Derecho, que propende por la generación de unas cánones aplicables de forma indiferente a la jurisdicción y ajenas a los ordenamientos jurídicos estatales, forjando una posible solución a la contradicción normativa que origina el pluralismo de sistemas jurídicos⁵⁰.

52. Es pertinente aclarar, que la armonización jurídica a la que nos referimos es por supuesto, la concepción moderna de este fenómeno, el cual se contrapone a antiguas nociones como la unificación legislativa, derivada de antiguos procesos de colonización y conquista, como los ocurridos con el *Common Law*⁵¹ y el *Civil Law*⁵², y llevados por las potencias europeas coloniales a sus antiguos dominios⁵³.

53. Hoy en día el fenómeno de la armonización normativa alude a procesos cuya legitimidad tiene como base la voluntad de los Estados, los cuales en ejercicio de su poder soberano aceptan diversos instrumentos de Derecho, los cuales han sido generados y propiciados a partir movimientos para la armonización de las normas jurídicas, principalmente desde el seno de organismos internacionales especializados que se han dedicado al estudio y promoción de este fenómeno⁵⁴.

54. Y es que desde hace ya más de un siglo, especialistas de diferentes nacionalidades se han reunido en diversos foros de discusión con el objeto de promover la convergencia y armonización de los ordenamientos jurídicos internos, principalmente aquella parte de estos ordenamientos relacionada con las transacciones comerciales de carácter internacional⁵⁵.

55. Para este fin, se han formado instituciones especializadas, las cuales han sido creadas con el objeto de estudiar las necesidades y los métodos para modernizar y armonizar principalmente el Derecho Comercial Internacional, teniendo como resultado que hoy en día la mayoría de los instrumentos de armonización existentes hayan sido producidos desde tales instituciones.

56. Vale especialmente hacer mención a tres organizaciones principales, las cuales destacan por sus aportes a la materia, pues desde ellas se han enfocado la creación y negociación de los instrumentos de Derecho del Comercio Internacional que se encuentran en vigencia en nuestros días, nos referimos a: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI⁵⁶), el Instituto

⁴⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *op. cit.*, p. 4.

⁵⁰ J. GOLDRING, "Unification and harmonization of the Rules of Law", *Federal Law Review*, vol. 9, n° 3, 1978, pp. 291-300.

⁵¹ El *Common Law*, fue llevado por la colonización británica a sus antiguos dominios, es decir a Estados como: Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, India, Singapur, Sudáfrica Corea del Sur, Malasia y Hong Kong. *Ibidem*.

⁵² Por su parte el *Civil Law* o tradición de Derecho Continental Europeo fue llevado consigo por imperios coloniales como España, Francia y Portugal hacia los territorios que colonizaron a lo largo de los siglos XVI al XVIII. Ejemplo de ello son la mayoría de los Estados de Centro y Sur América, incluso algunos estados del sur de Estados Unidos (como Florida, Texas, Arizona, California y Nuevo México los cuales muestran aún hoy las huellas de su herencia francesa y española) hasta algunas excolonias africanas de países europeos, y aquellas repúblicas asiáticas, en su mayoría islámicas, dominadas por Rusia durante casi todo el siglo XX. G. FUENTES Y L. PERRET, "El sistema jurídico del derecho civil en el siglo XX" en M. BONO LÓPEZ, (ed.): *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1998, pp. 651-653.

⁵³ J. GOLDRING, "Unification and harmonization of the Rules of Law" *op. cit.*, pp. 291-300.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁵⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), es una organización establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, organización

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT⁵⁷) y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH⁵⁸).

57. Es importante aclarar que la necesidad de la comunidad internacional de buscar soluciones a la dispersión normativa por medio de la propuesta de creación de ordenamientos jurídicos armonizados no ha sido un tema para nada novedoso, ya que desde tiempos del antiguo Imperio romano hubo esfuerzos en esta dirección, debido a que precisamente uno de los principales objetivos de este antiguo gobierno fue la introducción de normas de Derecho idénticas en todo su imperio. Aunado a lo expuesto, no es un secreto la inmensa propagación e influencia que ha tenido el Derecho Romano en las diferentes familias jurídicas modernas, lo que ha implicado la extensión de esta tradición jurídica a diversos ordenamientos jurídicos occidentales. De esta manera el Derecho Romano ha servido principalmente de colosal fuente de inspiración para muchas naciones que hoy en día conservan esta tradición jurídica⁵⁹.

58. Sin embargo, la armonización y la unificación del Derecho en su sentido moderno no nace sino hasta el siglo XVI, como consecuencia del incipiente incremento del comercio de carácter internacional, derivado de los avances tecnológicos de la época, principalmente en materia de transporte y las comunicaciones, los cuales repercutieron en el advenimiento de la era industrial, caldo de cultivo de un mayor comercio internacional, lo cual junto al surgimiento del Estado nación moderno y su creciente importancia en el planeta, condujo a que en el continente europeo resurgieran ideas de procesos de integración jurídica, esta vez, no como un proceso de imposición, sino como una necesidad para dar solución a un gran problema: el Derecho para este tiempo, de naturaleza nacional y con arraigo en la soberanía de los Estados, no resolvía las necesidades del comercio que se desarrollaba en ámbitos internacionales y ante la inexistencia de sistemas legales de aplicación universal, se generaban altos costos de transacción entre otros obstáculos al comercio, que de ser eliminados, contribuirían a una mayor seguridad jurídica y a una mayor rentabilidad en el transacciones comerciales.

59. El problema expuesto, generó una gran pregunta que sigue vigente aún en nuestros tiempos: ¿qué sistema legal debe aplicarse a una transacción que contiene situaciones privadas de carácter internacional? Los distintos ordenamientos jurídicos intentaron dar respuesta a esta pregunta, que se dio de diferentes maneras, lo que conducía a una inevitable inseguridad jurídica. Sin embargo, no hubo durante esta época solución eficiente a los inconvenientes causados por la dispersión normativa⁶⁰.

que identificó que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante este organismo las Naciones Unidas podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos, es así que esta institución tiene como principales objetivos promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil, CNUDMI, *About CNUDMI*, <https://CNUDMI.un.org/en/about>,

⁵⁷ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), es una organización intergubernamental independiente creada en el año 1926 como órgano auxiliar de la Liga de Naciones. Tras la desaparición de la Liga de naciones, fue restablecido en el año 1940 mediante el denominado estatuto UNIDROIT.

⁵⁸ En la actualidad cuenta con 63 Estados miembros, provenientes de los cinco continentes y de una gran variedad de familias jurídicas. El propósito principal de esta organización es el estudio de las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado en general y en particular, el derecho comercial entre Estados y grupos de Estados, así como la creación y formulación de instrumentos jurídicos, principios y normas uniformes para lograr esos objetivos. UNIDROIT, *History and Overview*, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

⁵⁹ La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), es una organización intergubernamental de carácter mundial y centenaria, al haber celebrado su primera reunión en el año 1893. Sin embargo, no fue hasta el año 1955 que pasó a ser una organización intergubernamental permanente con la entrada en vigor de su Estatuto. El objetivo central de esta organización es lograr la unificación del derecho internacional privado. Su mandato se extiende a cualquier aspecto del derecho internacional privado, incluida la cooperación transfronteriza en una amplia gama de asuntos civiles y mercantiles, a la fecha cuenta con 86 Miembros (85 Estados y la Unión Europea) provenientes de los cinco continentes. HCCH, *Sobre la HCCH*, <https://www.hcch.net/es/about>,

⁶⁰ H. EDLUND, "The Concept of Unification and Harmonization", en M. M. FOGT, (Edt.): *Unification and Harmonization of International Commercial Law: Interaction or Deharmonization?*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 8-10.

⁶⁰ S. EISELEN, "Globalization and harmonization of international trade law", en M. FAURE Y A. VAN DER WALT, (ed.): *Globalization and Private Law: The Way Forward*, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 97-100.

60. Empero, no fue hasta el siglo XIX que surgió un veredero impulso armonizador en el sentido moderno de la expresión, con el surgimiento de un fuerte anhelo de reanudar los buenos tiempos de la *Lex Mercatoria*, la cual según algunos autores se aplicó en todo los mercados de la Europa medieval, aunado a la idea de que la formación de un ordenamiento jurídico común, aplicable independientemente de la jurisdicción y las legislaciones estatales, ayudaría al desarrollo del comercio global, basados en la premisa de que la naturaleza territorial del Derecho presentaba obstáculos al comercio y generaba costos de transacción, que de ser eliminados, contribuirían a una mayor seguridad jurídica y a una mayor rentabilidad en el comercio⁶¹.

61. Sin embargo, estos primeros intentos de armonización fueron demasiado ambiciosos, lo que desembocó en que no tuvieran el impacto y el éxito esperado. No obstante, no fue una labor perdida, debido a que formaron una conciencia general acerca de la existencia de los problemas causados al comercio internacional por el surgimiento del Estado moderno y su clásica forma de expedición de leyes, mediante normas locales, incluso en Estados muy próximos entre sí y con una tradición jurídica común, caso particular de los Estados europeos, los cuales, sin importar su tradición jurídica romana, desarrollaron una gran diversidad legislativa⁶².

62. No obstante lo expuesto, pese al gran anhelo armonizador surgido, en ese siglo no se logró concretar instrumentos de armonización efectivos, entre otras razones debido a que la tarea de preparación de instrumentos de armonización del Derecho no constituye una labor sencilla que se pueda efectuar por comerciantes, académicos o por cualquier institución privada o pública; este trabajo requiere tiempo, dinero, una extensa investigación, coordinación, habilidad de redacción y sobre todo mucha arte en la diplomacia. Estos recursos pueden ser canalizados y proporcionados de manera más sencilla y apropiada por instituciones creadas para tal fin y por tanto equipadas para el propósito⁶³.

63. Los obstáculos al comercio, producto del conflicto de leyes no se dieron de forma exclusiva en el continente europeo, ni tampoco de forma exclusiva en materia de comercio internacional. Surgieron también dentro de los mismos Estados, particularmente dentro de los Estados plurilegislativos. Ejemplo de los problemas internos los constituyen países como los Estados Unidos o Australia (por citar algunos países no europeos) donde los códigos de contratos y las leyes comerciales existentes en los distintos estados eran diversos.

64. En Estados Unidos de manera temprana se dio solución al problema, mediante la redacción del Código Comercial Uniforme, que ahora se ha adoptado en la mayoría estados, como instrumento armonizador del Derecho Mercantil⁶⁴.

65. Con el pasar del tiempo siguió incrementando el comercio internacional, incluso de manera exponencial, debido a que se sumaron factores importantes a los avances tecnológicos en el transporte y las comunicaciones, es decir se sumó el surgimiento de pactos y alianzas comerciales entre naciones lo que junto a la intensificación del fenómeno globalizador, desembocó en que el número de actividades y relaciones comerciales de carácter internacional se incrementaran y a su vez se complicaran, debido a la falta de unidad en las disposiciones de cada Estado en cuanto a la actividad comercial.

66. Es así, que solo hasta el siglo XX y en especial las últimas tres décadas de este siglo, el proceso armonizador empieza a producir resultados importantes. Lo anterior como consecuencia de la creación de un nuevo marco geopolítico que desembocó en una revolución legal en el seno de las legislaciones nacionales, derivadas de las dos grandes guerras y teniendo como consecuencia un movimiento

⁶¹ Ídem, pp. 97-100.

⁶² Ibidem.

⁶³ J. GOLDRING, "Unification and harmonization of the Rules of Law" *op. cit.*, pp. 291-195.

⁶⁴ Ibidem.

armonizador de las normas del Derecho Comercial internacional, impulsado desde diversas organizaciones internacionales creadas con este fin, en especial dos de las anteriormente nombradas: CNUDMI y UNIDROIT.

67. De esta manera, hoy en día observamos cómo la armonización del Derecho, constituye aún en nuestros tiempos una solución práctica al problema de conflicto de leyes surgido a partir de una determinada transacción de carácter internacional, haciendo énfasis por supuesto, en que los instrumentos de armonización del Derecho que plantearemos en este trabajo, se alejan de posturas extremas como la unificación general de los sistemas jurídicos, lo cual haría más referencia a la globalización del Derecho.

68. En opinión de algunos, un comercio mundial dinámico y cambiante, debe contar con un sistema de Derecho de la misma cualidad, es decir, un Derecho verdaderamente internacional que cuente con normas comunes propias de un comercio internacionalizado, que no sea “insosteniblemente diferente” y pueda ser usado por todos y cada uno de los agentes participantes del comercio en diversos estados y no nacionalizando los contratos y hallando respuestas diversas en diferentes ordenamientos jurídicos. Es de esta manera evidente que un Derecho armonizado presenta ventajas, ya que en definitiva facilita el comercio internacional y evita los inconvenientes surgidos de la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado y consecuentemente del Derecho nacional que señalen sus reglas de conflicto⁶⁵.

69. Y es que resulta para muchos claro, que la armonización de la regulación de la contratación transfronteriza reemplazaría los numerosos sistemas jurídicos de las diferentes naciones por un sistema jurídico armonizado. Obviamente, una medida de este tipo simplificaría muchas cosas: Los tribunales de los Estados participantes de este proceso tendrían que aplicar las mismas disposiciones o al menos muy similares, los doctrinantes tendrían que referirse en los mismos términos y sobre el mismo conjunto de reglas y los agentes participantes del comercio internacional contratarían en torno al mismo equilibrio de costos y beneficios que les brindaría una legislación armonizada⁶⁶, entre los cuales destacan: La certidumbre jurídica y la reducción del riesgo legal, la reducción de costos de transacción en el tráfico comercial, la mejora y la modernización de las normas relativas al comercio internacional, la proporción de una ley neutral y la eliminación del conflicto de leyes

IV. Distintos métodos para lograr la armonización del Derecho de la contratación internacional

70. Lo primero sea aclarar, que por métodos o técnicas armonizadoras nos referiremos a todos aquellos mecanismos o vehículos usados por agencias, Estados y en general por los participantes del comercio transfronterizo, con el fin de llevar a cabo los objetivos del proceso armonizado .

71. Y es que, para efectuar la armonización del Derecho es necesario que aquellos que deseen disfrutar de los beneficios de este proceso, encuentren entre los métodos que expondremos, cuál se ajusta a sus necesidades, presupuestos, entre otros factores de relevancia.

72. La tarea de búsqueda y elección del instrumento adecuado no es tarea sencilla, en razón a que, como se verá, cada una de las técnicas armonizadoras goza de características propias que al final tendrán gran influencia en el desarrollo del proceso armonizado .

73. Como veremos a continuación, la mayoría de las técnicas usadas hacen parte del denominado *Soft Law*, el cual empezó a ser más comúnmente usado desde los años ochenta del siglo XX, década en que empezaron a perder relevancia mecanismos tradicionales de *Hard Law* como las convenciones o

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

tratados internacionales, los cuales cuentan con diversas dificultades⁶⁷, como el largo y costoso camino por el que deben transitar este tipo de instrumentos internacionales⁶⁸.

74. Los métodos o técnicas de armonización jurídica no cuentan en la actualidad con un consenso en su clasificación entre los estudiosos de la materia, por ende, la doctrina especializada ha optado por diversas agrupaciones de las técnicas armonizadoras.

75. Una primera forma de clasificación⁶⁹, divide en tres grandes categorías los instrumentos armonizadores que suponen diversos tipos de compromiso y aceptación:

- Técnicas contractuales: Aquí se destacan principalmente los contratos estandarizados.
- Técnicas explicativas: Esta categoría abarca instrumentos como guías jurídicas y declaraciones interpretativas.

76. Otra forma de clasificación de los métodos armonizadores se desarrolla a partir del órgano generador del instrumento⁷⁰, dividiendo los métodos en dos categorías:

77. Instrumentos centralizados: Estos corresponden a aquellos que se desarrollan dentro de un ámbito político que determina o impone el texto armonizador. En estos casos, el Estado participa de manera activa, proponiendo, participando y adoptando el instrumento. Dentro de esta categoría se encuentran las convenciones o convenios.

78. Instrumentos descentralizados: Estas técnicas armonizadoras no nacen o se crean dentro de un ámbito político determinado que impone el instrumento armonizador. Dentro de este método encontramos principalmente todos los métodos pertenecientes al *Soft Law*, como los principios, en donde como se estudiará, no participan activamente los Estados, y cuya influencia creadora no deviene del ámbito político, sino de las prácticas mercantiles y las necesidades particulares de los participantes en el comercio internacional.

79. Por último y quizá la clasificación de los métodos armonizadores más común y difundida, es aquella que clasifica los instrumentos entre aquellos pertenecientes al *Hard Law* y *Soft Law*.

80. De esta manera, a continuación procederemos a desarrollar los principales métodos armonizadores: técnicas legislativas, técnicas contractuales, técnicas explicativas y los *Restatements*.

1. Técnicas legislativas

81. Este tipo de técnicas pertenecen o al menos tienen vocación de pertenecer al denominado *Hard Law*, es decir, su objetivo es constituirse como normatividad imperativa que ostente carácter obligatorio⁷¹. Dentro de este tipo de técnicas encontramos instrumentos como las convenciones o convenios, leyes modelo, guías legislativas y disposiciones modelo. Empezaremos su desarrollo con el más polémico en la doctrina especializada, las convenciones o convenios⁷².

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ J. OVIEDO ALBÁN, “Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato.” *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n° 4, 2004, pp. 86-88.

⁶⁹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Naciones Unidas, Viena, 2013, pp. 15-20.

⁷⁰ P. LERNER, “Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 111, 2004, pp.950-953.

⁷¹ G. A. WILLIAMS OBREQUE, “Conceptos de soft law, hard law, better regulation, smart regulation y políticas públicas”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Asesoría Técnica Parlamentaria*, enero, 2021, pp. 2-5.

⁷² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, J. “*El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*”, *Escritura*. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n° 5, 2000. pp. 226-229.

A) Convenciones o convenios

82. Por convención o convenio se entienden aquellos acuerdos de carácter internacional concertados entre Estados, entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional (por ejemplo, organizaciones internacionales) y regidos por el Derecho Internacional, que conste en cualquier instrumento, cualquiera que sea su denominación particular, destinados a producir efectos jurídicos y con el fin de crear derechos y obligaciones entre las partes. Estos instrumentos son vinculantes y se aplicarán directamente, pero no son efectivos a menos que sean ratificados por las diferentes naciones⁷³.

83. Las convenciones son polémicas en la doctrina de la armonización del Derecho, debido a que para algunos⁷⁴, estos instrumentos son concebidos únicamente como mecanismos usados para la unificación del Derecho⁷⁵. En este trabajo, adoptaremos la tesis de que efectivamente por regla general, los instrumentos del denominado *Hard Law*, como lo son las convenciones internacionales se constituyen como un mecanismo (además de ser el mecanismo por excelencia) para unificar el Derecho, es decir, como un mecanismo que busca fijar un Derecho único e idéntico para los países que forman parte de una convención, debido a que generalmente no permiten flexibilidad respecto a las normas de Derecho a adoptar por los participantes⁷⁶.

84. Sin embargo, como excepción, las convenciones pueden ser usadas como mecanismos de armonización del Derecho, debido a que existen casos, donde los participantes de la convención no buscan una unificación absoluta de sus normas jurídicas, sino tan solo un alto grado de armonización, en estos casos la propia convención autoriza a los países participantes de realizar ciertas reservas o declaraciones al adoptarlas⁷⁷.

85. Entre este tipo de instrumentos que permiten la realización de reservas o declaraciones podemos encontrar la famosa Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena el 11 de abril de 1980⁷⁸ (CNUCCIM), además de otras muy relevantes en este campo como la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales adoptada en México D.F. el 17 de marzo de 1994⁷⁹ o la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional adoptada en New York el 12 de diciembre de 2021⁸⁰, por enlistar algunos ejemplos.

86. Sin embargo, salvo ciertas excepciones, las convenciones no dotan de flexibilidad a los Estados adoptantes, por lo cual no son un mecanismo adecuado para Estados que buscan un mayor grado de flexibilidad en la adopción de normativas, resultando poco aconsejadas para aquellos países que buscan participar en un proceso más flexible como la armonización jurídica, en donde se recomienda el uso de técnicas de armonización diferentes⁸¹, como las que se desarrollarán más adelante.

⁷³ D. R. BERNAL GÓMEZ, *Tendencias académicas sobre derecho internacional público*, Ediciones USTA, Tunja, 2018, pp. 287-292.

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20.

⁷⁶ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional" *Revista perspectiva jurídica UP*, n° 10, 2018, pp. 150-154.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf> ;), *op. cit.*

⁷⁹ OEA, *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

⁸⁰ CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ctc-assignment-convention-s.pdf>

⁸¹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20.

87. Aunado a lo expuesto, el uso de las convenciones por parte de los Estados como técnica de armonización ha sido ampliamente criticado en materias relacionadas con el comercio internacional debido a los obstáculos a los que se enfrentan.

88. En primer lugar; nos referimos específicamente a las largas y laboriosas etapas de negociación y ratificación de estos instrumentos, las cuales se caracterizan por extenderse en el tiempo, dando lugar a un proceso costoso y lento. Toda convención empieza por un proceso de negociación, el cual es muy demorado debido a las dificultades jurídicas a las que se ven sometidos los negociadores del instrumento. Estos negociadores, con frecuencia, provienen de diversas familias jurídicas, lo que complica aún más la negociación.

89. Después de negociada la convención, empieza la etapa de ratificación del instrumento por parte de los diferentes Estados, esta etapa puede durar inclusive años, espaciando en el tiempo la entrada en vigor de la convención⁸².

90. Segundo, las convenciones son difíciles de enmendar, por lo cual no se recomiendan para regular tópicos que pueden requerir en el futuro cercano un cambio, como pueden ser los temas relacionados con las tecnologías, las cuales pueden cambiar en cortos periodos de tiempo, o el Derecho Comercial, el cual es un Derecho que se caracteriza precisamente por sus rápidos cambios, debido a su constante evolución al paso de las condiciones sociales y económicas del mercado y sus participantes.

91. Es así, que la rigidez de las convenciones durante el proceso de elaboración del tratado y su falta de flexibilidad puede desalentar a algunas naciones a implementar las convenciones internacionales.

92. Por último, es de exponer que es usual el condicionamiento de la entrada en vigor de estos instrumentos a la obtención de un número de ratificaciones por parte de los Estados, lo que traduce en que si el instrumento no logra el número mínimo de ratificaciones pactadas, todo el esfuerzo económico y el desgaste causado se verá perdido, por lo cual resultan ser ineficientes para este propósito⁸³.

B) Leyes modelo

93. El término, “ley modelo” proviene del método usado por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), el cual tiene como finalidad crear un Derecho estatal armonizado, usando la inserción de normas sustantivas al ordenamiento jurídico interno de los diversos Estados, estableciendo la posibilidad de efectuar las modificaciones necesarias para atender las particularidades de cada nación⁸⁴.

94. Las leyes modelo están conformadas por un conglomerado de reglas que integran una ley denominada: ley marco o proyecto de ley, recomendada generalmente por alguna de las instituciones internacionales especializadas en la modernización, unificación y/o armonización del Derecho y que se desarrollan como un texto legislativo que se recomienda a los Estados para ser adoptadas e incorporadas como Derecho interno de los distintos países⁸⁵.

95. Estas leyes, al igual que la mayoría de los instrumentos apropiados para lograr la armonización y modernización del Derecho, carecen de coercibilidad, ya que pertenecen al denominado *Soft Law*, constituyendo un conjunto de normas no vinculantes, provenientes de los diferentes sistemas eco-

⁸² M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, op. cit., pp. 234-240.

⁸³ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 15-16.

⁸⁴ I. ESIS VILLAROEEL Y Y. BERMÚDEZ ABREU, “La ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI y su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano”, *Revista de Derecho*, n° 29, 2008, pp. 241-244.

⁸⁵ CNUDMI.: *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 16-18

nómicos, políticos, sociales y culturales más representativos del planeta. Son creadas por organismos internacionales estatales o de carácter privado, componiendo por tanto un instrumento meramente opcional al que pueden acudir los Estados y los diferentes operadores del comercio internacional, quienes las aceptan y aplican, introduciendo estas normas en sus diversos ordenamientos jurídicos internos o en los contratos mercantiles internacionales⁸⁶.

96. La característica principal de las leyes modelo es su flexibilidad, en razón a que permiten a quienes las adoptan un alto grado de maniobrabilidad a diferencia de otros instrumentos como los convenios.

97. Es precisamente esta flexibilidad, la que hace llamativas las leyes modelo, debido a que permiten ser adaptadas, aceptadas y promulgadas por los distintos Estados evitando el dispendioso y demorado trámite de la negociación y adopción, propio de las convenciones y tratados internacionales⁸⁷.

98. Las leyes modelo son un medio perfecto para la modernización y armonización de las leyes nacionales, precisamente por la citada flexibilidad de la cual gozan, la cual contribuye a que la ley modelo sea más fácil de adoptar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificar⁸⁸.

99. Las leyes modelo son creadas con el fin de inspirar a los diversos legisladores a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha ley modelo⁸⁹. El texto definitivo, que resulte de la adopción del instrumento en los ordenamientos internos de cada Estado, puede variar al texto original, debido a que precisamente se busca que cada Estado lo adapte a sus necesidades internas a conveniencia, ya que cada Estado adoptante es libre de introducir los cambios acordes con sus necesidades e intereses particulares⁹⁰. Sin embargo, es conveniente que los países que acojan la ley modelo, no realicen cambios sustanciales al texto original, ya que una variación significativa, devendría en una normatividad totalmente diferente a la desarrollada en la ley modelo, por lo que se estará incorporando a la normatividad un texto diverso al instrumento, con lo que se apartaría de la armonización deseada⁹¹.

100. En ocasiones, el texto modelo ofrece un catálogo de opciones y versiones para algunas disposiciones de su contenido, de esta manera los legisladores pueden elegir entre las opciones brindadas, sin tener que efectuar grandes cambios. Esta característica de este instrumento, fomenta la armonía en las soluciones jurídicas existentes para cada materia, lo que al final facilita el desarrollo del comercio internacional al actuar sobre la base de la seguridad jurídica⁹².

101. Como ejemplos de leyes modelos expedidas en el seno de organizaciones especializadas encontramos: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006⁹³, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica de 2001⁹⁴ y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018⁹⁵ por citar algunos ejemplos representativos.

⁸⁶ I ESIS VILLAROEL Y Y. BERMÚDEZ ABREU, “La ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI y su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano”, *op. cit.*, pp. 241-244.

⁸⁷ D. ROBLES FARIAS, “Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional”, *op. cit.*, p. 205.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20.

⁹⁰ I ESIS VILLAROEL Y Y. BERMÚDEZ ABREU, “La ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI y su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano”, *op. cit.*, pp. 241-244.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration,

⁹⁴ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>

⁹⁵ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Interna-*

102. A nivel regional también existen procesos de armonización normativa efectuados mediante las leyes modelo. Quizá el mejor ejemplo de éxito ha sido el de los Estados Unidos de América, país que cuenta con cincuenta estados independientes y un Distrito Federal, cada uno con sus propias leyes, incluso en materias relacionadas con la contratación, que han logrado la armonización de sus normas en materia comercial por medio del Código Comercial Uniforme promulgado en 1960. Este cuerpo normativo no tiene vigencia ni obligatoriedad oficial, tan solo se conforma de recomendaciones que pueden ser adoptadas o no por los diversos estados.

103. Hoy en día, el Código Comercial Uniforme ha logrado una considerable armonización entre las soluciones adoptadas por los diferentes estados que conforman la confederación, al ser adoptado por los cincuenta estados, aunque con variaciones⁹⁶.

104. Por último, es preciso manifestar que en muchos casos, las leyes modelo no constituyen simples articulados sino que pueden venir acompañadas de instructivos o guías para su incorporación al Derecho interno, incluyendo también explicaciones acerca de los antecedentes del instrumento, su objetivo, utilización, así como información relevante para asistir a los legisladores en el proceso de promulgación y a los futuros operadores de la legislación a adoptar⁹⁷.

C) Guías o recomendaciones legislativas

105. Las guías o recomendaciones legislativas están conformadas por un conjunto de posibles soluciones legales a determinado problema o situación, es decir, proponen textos de referencia o estándar legislativo mínimo o puramente indicativo. A diferencia de las leyes modelo o las convenciones internacionales no ofrecen un texto con una solución única, sino que brindan recomendaciones legislativas sobre una materia específica

106. Adicional a lo expuesto, estos instrumentos como su nombre lo indica, guían a los legisladores sobre la conveniencia de adoptar alguna de las sugerencias expuestas dentro de su texto, con el fin de que se compare y se tenga en cuenta las particularidades de cada uno de los Estados interesados.

107. Por otra parte, estas guías constituyen estándares de referencia para que los Estados interesados puedan evaluar diferentes criterios y se contrasten las propuestas modernas ofrecidas con las legislaciones internas, con el fin de que entre diferentes opciones ofrecidas, se discuta cuál puede ser la mejor para un determinado contexto nacional⁹⁸.

108. También pueden utilizarse estos instrumentos como referente normativo, que permita a los legisladores examinar la idoneidad de normatividades vigentes en un determinado ámbito y actualizar o renovar dicha legislación⁹⁹.

109. Este instrumento está especialmente diseñado para ser usado en casos en los cuales no se pudo llegar a consensos en la adopción de instrumentos más rígidos como los tratados o convenciones, los cuales por su naturaleza cuentan con un articulado completo para ser incorporados al Derecho interno de los países, para estos casos, resulta adecuado este instrumento al permitir la adaptación de sus contenidos¹⁰⁰.

cionales Resultantes de la Mediación de 2018, https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional", *op. cit.* p. 205.

110. Como ejemplos de este instrumento encontramos: La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas de 2007¹⁰¹, Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 y revisadas en 2010¹⁰² entre otras.

D) Disposiciones legislativas modelo

111. Las disposiciones legislativas modelo son propuestas de leyes o reglamentos que sirven como referencia o guía para los legisladores al momento de redactar o modificar su legislación. Se constituyen al igual que las guías legislativas como disposiciones de carácter general que proporcionan orientaciones generales¹⁰³. Estas disposiciones están destinadas a ser aplicadas, adaptadas y complementadas mediante el establecimiento de otras reglas más detalladas.

112. Estos textos cuentan con diferentes propósitos, ya que pueden tanto complementar, como sustituir disposiciones que se encuentren vigentes en los diferentes Estados, por lo que sirven de refuerzo a las normas vigentes o sirven de ayuda para subsanar lagunas¹⁰⁴.

113. Las disposiciones legislativas son altamente útiles ante la existencia de multiplicidad de instrumentos internacionales que regulan de forma desigual una materia determinada, por lo cual, se puede acudir a estas disposiciones, que resultan adecuadas para la creación de futuras convenciones e incluso para la revisión de las ya existentes¹⁰⁵. Por otra parte, este tipo de instrumentos sirven para complementar una determinada disposición de una convención, no necesariamente toda la materia.

114. Como ejemplo de este tipo de instrumentos encontramos: las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas de 2019¹⁰⁶ y las Disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos de la UNIDROIT¹⁰⁷.

2. Técnicas contractuales

115. Sea lo primero precisar que, los participantes del comercio internacional materializan su relación económica particular mediante el proceso de redacción de un contrato. En ese momento surgen cuestiones importantes, tales como ¿Qué contenido debe tener el contrato?, ¿qué cláusulas se deben usar? ¿se debe empezar la redacción del contrato desde cero?, ¿partimos de un contrato proveniente del sistema jurídico de una de las partes contractuales? Responder estas preguntas siempre resulta complejo, por lo que en este contexto, se crearon instrumentos como las técnicas contractuales, las cuales tienen por objeto resolver interrogantes como los expuestos, mediante la remisión del negocio jurídico internacional a un modelo contractual estandarizado.

¹⁰¹ CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lgst-s.pdf>

¹⁰² CNUDMI, *Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/13-80330-recommendations-arbitral-institutions-s.pdf>

¹⁰³ UNODOC, *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada*, Naciones Unidas, Viena, 2ª ed., 2021, p. 9.

¹⁰⁴ UNIDROIT, *Disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos*, [unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Model-provisions_spanish.pdf](https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Model-provisions_spanish.pdf)

¹⁰⁵ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 15-20.

¹⁰⁶ CNUDMI, *Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-1014_s_ebook.pdf

¹⁰⁷ UNIDROIT, *Disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos*, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Model-provisions_spanish.pdf

116. El proceso de estandarización contractual supone varias ventajas. Entre ellas, permite a los comerciantes remitir todas las cuestiones que deberían abordar a modelos contractuales, garantizando de esta manera, regular de manera adecuada el negocio jurídico efectuado entre las partes, e incluso garantizando la eficacia y validez de las cláusulas, además permite obtener soluciones actualizadas y aceptadas internacionalmente para cuestiones específica ¹⁰⁸.

117. También es preciso exponer, que en aquellos casos donde las partes tienen configurado la mayor parte de su relación contractual con base en un determinado contrato, en el supuesto en que tengan dudas respecto de algún tema o cláusula específica, pueden acudir no a minutas contractuales completas, sino a las denominadas cláusulas modelo o estandarizadas.

118. La existencia de este tipo de cláusulas y contratos modelo, son comunes en determinados sectores y mercados. Un ejemplo representativo lo constituyen el mercado del transporte y los *commodities* en los cuales se han venido desarrollando formularios estandarizados y contratos tipo. Estos pueden formar parte del contrato o, alternativamente, constituir su totalidad. Por lo general, son elaborados por las instituciones que representan y agremian a dichos sectores. Principio del formulario

119. Debido a su origen, estos instrumentos pueden plantear desafíos dentro del marco general del Derecho Contractual. Al ser desarrollados por gremios específicos, tienden a ser elaborados por entidades empresariales de importantes centros comerciales globales. Esto resulta en una utilidad limitada para un mercado específico o una asociación particular. Además, en muchos casos, su contenido está formulado y diseñado para beneficiar unilateralmente a una de las partes. Además, su terminología y redacción suelen estar influenciadas por los conceptos jurídicos de las familias jurídicas de los países de origen de los gremios¹⁰⁹.

120. Este tipo de instrumentos recopilan usos y prácticas reconocidas plenamente y las materializan por medio de modelos, los cuales se han convertido en un determinante de los modos de comportamiento de comerciantes que no pertenecen al sector o al mercado, por lo cual acuden a estos modelos contractuales que reflejan estándares y buenas costumbres en las materias sujetas a su regulación ¹¹⁰.

121. Las principales expresiones de las técnicas contractuales las encontramos en los citados contratos estandarizados o comúnmente denominados contratos modelo, sin embargo, también existen otras expresiones, como los formularios normalizados, los términos estandarizados y los códigos de conducta, los cuales en general se caracterizan por la regulación exhaustiva o al detalle de todos los aspectos de una transacción comercial.

122. Los contratos estandarizados, así como las demás técnicas contractuales son elaborados además de las agremiaciones expuestas, por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales¹¹¹, así como por algunas organizaciones internacionales: entre estas instituciones encontramos: la CNUDMI, UNIDROID, el Banco Mundial, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la *International Bar Association*. A estas organizaciones se le suman importantes oficinas internacionales de abogados o *law firms*.

123. Algunos autores exponen, que las técnicas contractuales no se conciben como un mecanismo de armonización del Derecho sino como un mecanismo complementario a otros instrumentos

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019, pp. 68-70.

¹¹⁰ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", *op. cit.*, pp. 56-58.

¹¹¹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, *op. cit.*, pp. 68-70.

internacionales, debido a que como se ha expuesto, estas herramientas son redactadas en la mayoría de casos en intereses de agremiaciones y para mercados determinados, a diferencia de otros instrumentos que no se crean con ocasión de un gremio en particular, sino que se busca la generación de instrumentos de armonización cuyo fin es la generación de un orden jurídico ideal para el comerci ¹¹².

124. El ejemplo más concreto y popular de las técnicas contractuales lo constituyen los INCOTERMS, que establecen derechos y obligaciones usados comúnmente en las compraventas internacionales de mercaderías y su responsabilidad¹¹³. Hoy en día constituyen el instrumento básico para la unificación de facto de la *Lex Mercatoria*¹¹⁴.

125. Dentro de los contratos estandarizados resaltan los *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1987)* elaborados bajo el auspicio de la FIDIC, conocidos genéricamente¹¹⁵ como “Contrato FIDIC”¹¹⁶.

126. Para finalizar, encontramos los códigos de conducta, cuyo fin es la publicación de postulados, estándares y buenas prácticas dirigidas a la autorregulación de sectores específicos, creados al margen de las normativas estatales, y donde se encuentran instrumentos como el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo, elaborado por la CCI¹¹⁷.

A) Técnicas explicativas

127. Las técnicas explicativas, a diferencia de otras técnicas armonizadoras, no se redactan en forma de articulados o normas, sino que están compuestas o constituidas por instrucciones y explicaciones, dirigidas principalmente a los legisladores nacionales y en donde se enumeran cuestiones y temas a considerar para la redacción de legislaciones futuras¹¹⁸. Dentro de este tipo de instrumentos encontramos las guías jurídicas y las declaraciones interpretativas.

B) Guías jurídicas

128. Como se anticipó este tipo de instrumentos no están compuestos por artículos completos o normas en particular, su constitución comprende instrucciones y explicaciones referentes a diversos temas. Estos instrumentos son desarrollados en conjunto con otro tipo de instrumentos armonizadores, en especial con las técnicas contractuales, por lo cual, normalmente se encuentran dirigidas para casos en que el uso de contratos o cláusulas estandarizadas no son viables, en estos casos puede recurrirse a este instrumento que ofrece instrucciones dirigidas a la correcta redacción de contratos internacionales.

129. Las guías jurídicas, tienen alcances generales en razón a que analizan cuestiones que podrían suscitar no solo el interés de los legisladores sino también de otras autoridades normativas, motivo por el cual son útiles al momento de negociar contratos internacionales especialmente complejos, como por ejemplo, los contratos de construcción, en donde es usual que las partes encuentren dificultades en la negociación y configuración del contrato, por diversas razones como la falta de conocimientos técnicos

¹¹² M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, op. cit., pp. 234-243.

¹¹³ R. M. CASTRO GIOVANNI, “Lex Mercatoria”, *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, Compilación Especial, 2008, pp. 1-4.

¹¹⁴ Ídem., p. 82.

¹¹⁵ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, op. cit., pp. 68-70.

¹¹⁶ FIDIC, *Los contratos internacionales de construcción FIDIC*, <https://fidic.org/books/los-contratos-internacionales-de-construccion%C3%B3n-fidi>

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ L. TURNER, *UPDATE: Researching the Harmonization of International Commercial Law*, https://www.nyulawglobal.org/globalex/Unification_Harmonization1.htm,

específicos. En atención a que cada contrato debe adecuarse a las circunstancias de cada caso concreto, generalmente no resulta posible elaborar un contrato modelo que pueda ser útil a múltiples casos específicos

130. En casos como el expuesto, las partes pueden remitirse a una guía jurídica en la cual se exponen y analizan varios de los problemas que plantea la redacción de un determinado tipo de contrato; se exhiben diversas soluciones para dichos problemas y se recomienda la aplicación de determinadas soluciones en determinadas circunstancias. En esas guías jurídicas también pueden figurar cláusulas contractuales modelo para ilustrar distintas soluciones¹¹⁹. Como ejemplos representativos de este instrumento encontramos la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos de 1987¹²⁰ y la Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales de 1987¹²¹.

C) Declaraciones interpretativas

131. Las declaraciones interpretativas son todas aquellas declaraciones sin importar su enunciado o denominación, efectuadas por Estados o por organizaciones internacionales de manera unilateral, cuya finalidad es precisar el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones¹²².

132. Las declaraciones interpretativas están conformadas como textos explicativos que incluyen diversas recomendaciones prácticas con el objeto de que se efectúe una interpretación uniforme de uno o varios textos¹²³.

133. Este tipo de instrumentos resulta especialmente útil en áreas sujetas a cambios constantes, como los sectores de la tecnología y el comercio, los cuales experimentan una evolución continua. En este contexto las declaraciones ayudan a los operadores jurídicos a lograr una interpretación uniforme de distintos instrumentos internacionales¹²⁴, particularmente resalta su eficiencia en el caso de las convenciones, las cuales tienen procedimientos altamente complejos para su modificación, por lo cual por medio de las declaraciones interpretativas se logra una interpretación actualizada del instrumento si necesidad de acudir a un ajuste del texto.

3. Restatements

134. Como se ha desarrollado, existen diversas técnicas de armonización, principalmente legislativas, contractuales y explicativas. Sin embargo, existe otra categoría que merece una mención especial debido a su creciente uso: los llamados *Restatements*, los cuales desarrollaremos a continuación.

A) Restatements of the Law

135. Los *Restatements of the Law* surgieron en los Estados Unidos de América, con el fin de ordenar los principios y reglas del *Common Law* provenientes de la práctica y de las decisiones

¹¹⁹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 21-22.

¹²⁰ CNUDMI, *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lge-fundstransfe-s.pdf>

¹²¹ CNUDMI, *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lgconst-s.pdf>

¹²² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, p. 64.

¹²³ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 15-20

¹²⁴ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional", op. cit.

reiteradas de los jueces, consolidadas por medio de los años como precedentes de observancia obligatoria¹²⁵.

136. La sociedad norteamericana, como la mayoría de las sociedades modernas, es una sociedad dinámica y cambiante, razón por la cual las actuaciones de los jueces deben corresponder a estas cualidades, especialmente cuando se abordan temas constitucionales o políticos¹²⁶. Ante este dinamismo surgió la necesidad de identificar los principios y reglas comunes, con el fin de aplicarlos a casos similares y hacer posible la previsibilidad de las decisiones judiciales¹²⁷.

137. Bajo ese contexto, se crearon los *Restatements of the Law* como respuesta a las preocupaciones de los juristas americanos al “desorden” existente en el *Common Law*, el cual se iba dispersando entre los diferentes estados que componen el país y que se venía aplicando de manera diversa entre los tribunales de cada estado¹²⁸.

138. Los textos en que se consolidan estos instrumentos agrupan los principios y reglas del *Common Law* en contenidos que presentan la estructura de normas, aunque carecen de vinculatoriedad, en razón a que no son promulgados por alguna autoridad estatal¹²⁹.

139. Es así, que bajo el auspicio del *American Law Institute* (ALI) y aprovechando el prestigio y la autoridad académica de la cual gozaban los grupos de trabajo redactores, surgen los *Restatements of the Law* como respuesta al caos normativo existente en el país norteamericano.

140. En un primer tiempo, estos instrumentos se redactaron en forma de normas que contenían los principios del Derecho norteamericano principalmente en el campo civil y mercantil. Con el tiempo incluso se buscó la conformación de un *Common Law* global caracterizado por la homogeneidad y armonización de este sistema de Derecho sin importar la jurisdicción¹³⁰.

141. El ALI define los *Restatements of the Law* del siguiente modo: “*Restatements are primarily addressed to courts. They aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might appropriately be stated by a court*”¹³¹.

142. La estructura de los *Restatements of the Law* está compuesta por un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas que condensan el análisis de las decisiones de los jueces que aborda los distintos aspectos de una determinada materia. Sin embargo, es muy importante aclarar que estos textos a diferencia de otros instrumentos no solo recogen normas jurídicas, sino que incluyen además comentarios

¹²⁵ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo”, *Advocatus*, n°38, 2020, pp. 76-81.

¹²⁶ N. GONZALEZ MARTIN, “COMMON LAW: ESPECIAL REFERENCIA A LOS *RESTATEMENT OF THE LAW* EN ESTADOS UNIDOS”, en N. GONZALEZ MARTIN, coord.): *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II: Sistemas jurídicos contemporáneos Derecho comparado temas diversos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1ª ed., 2006, pp. 391-403.

¹²⁷ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo, *op. cit.*, pp. 76-81.

¹²⁸ N. GONZALEZ MARTIN, “Common Law: Especial referencia a los *Restatement of the Law* en Estados Unidos”, *op. cit.*, pp. 391-403.

¹²⁹ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo, *op. cit.*, pp. 76-81.

¹³⁰ N. GONZALEZ MARTIN, “Common Law: Especial referencia a los *Restatement of the Law* en Estados Unidos”, *op. cit.*, pp. 391-403.

¹³¹ Los *restatements* se dirigen principalmente a los tribunales. Su objetivo es lograr formulaciones claras del Derecho consuetudinario y sus elementos o variaciones estatutaria y reflejar el estado actual de la ley o cómo podría ser expresada adecuadamente por un tribunal. (Traducción del autor). THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *CAPTURING THE VOICE OF THE AMERICAN LAW INSTITUTE: A HANDBOOK FOR ALI REPORTERS and Those Who Review Their Work*, The American Law Institute, Philadelphia, 2005, pp. 4-7.

y explicaciones que las aclaran y desarrollan, por lo cual además de principios y reglas, contiene notas explicativas para el lector, constituyendo prácticamente manuales para la práctica diaria¹³²

143. También es de precisar que estos instrumentos al no ser expedidos por el Estado, entendido como la manifestación de cualquier rama del poder público, no son de obligatorio cumplimiento, por lo cual hacen parte del denominado *Soft Law*.

144. En la actualidad algunos *Restatements of the Law* cuentan ya con diversas versiones, pues como se ha expresado la sociedad americana al igual que cualquier sociedad moderna es cambiante, por la cual estos instrumentos han necesitado adaptaciones y revisiones periódicas¹³³.

145. Hoy en día encontramos diversidad de materias del Derecho que cuentan con *Restatements of the Law*, entre ellas destacan: los *Restatements of the law of contract*, *Restatements of the Law of Property* y *Restatements of the Law of Trust*, por citar algunos ejemplos.

B) Los Restatements internacionales

146. La doctrina ha usado el término “*Restatements* internacionales” para referirse a los principios internacionales, que en esencia buscan los mismos fines de los *Restatements of the Law* norteamericanos: la construcción de un cuerpo normativo contentivo de un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas relacionados con el Derecho del Comercio Internacional¹³⁴.

147. Para la consecución de estos objetivos, en las últimas décadas renombrados juristas procedentes de países de diversas familias jurídicas, han identificado principios comunes a diferentes ordenamientos jurídicos y que son aplicables a contratos de naturaleza transnacional y han promovido la idea de la necesidad de compilación de estos. Esta tarea, también ha sido asumida y con gran éxito por organismos internacionales como UNIDROIT y CNUDMI¹³⁵.

148. Los principios, son fruto de lo que los recopiladores consideran la selección de las más notables normas y prácticas comerciales en materia de Derecho Comercial Internacional, las cuales son consolidadas de manera coherente y exhaustiva. Así mismo, por medio de estos instrumentos, se busca inferir principios jurídicos generales basados en todas las fuentes jurídicas, por lo que el efecto de sus esfuerzos es en resultado similar al de sus colegas estadounidenses expresado en *Restatements*.

149. Es así, que la compilación de estos principios debe resultar en un instrumento práctico y que sirva de utilidad a los participantes del comercio internacional en la configuración de sus contratos y también a los operadores jurídicos que los usan y tienen en cuenta al momento de proferir sus sentencias y fallos. En este escenario, los operadores apelan a los principios como argumento de autoridad para la interpretación y/o complementación de otros instrumentos de fuente internacional y para la justificación y fortalecimiento de sus decisiones¹³⁶.

¹³² K. OSAJDA, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, <https://ssrn.com/abstract=897403> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.897403>, p. 1. (Todas las fuentes extraídas de Internet fueron consultadas por última vez el 22-08-2024.)

¹³³ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo, *op. cit.*, pp. 76-81.

¹³⁴ J. A. ESTRELLA FARIA, “¿Del sueño de los académicos a la herramienta de los prácticos?, Derecho comercial uniforme y práctica legal internacional - breves observaciones sobre la obra de UNIDROIT” en J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, (comp.): *Principios UNIDROIT. Estudios entornos a una nueva lingua franca*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 54-55 y J. C. PULIDO RIVEROS, “El ‘soft law’ en el derecho privado: Sostén a la teoría de la ‘nueva lex mercatoria’”, *Revista Misión Jurídica*, n° 14, Vol. 11, 2018, p. 234.

¹³⁵ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁶ J. C. PULIDO RIVEROS, “El ‘soft law’ en el derecho privado: sostén a la teoría de la ‘nueva lex mercatoria’”, *op. cit.*, p. 237.

151. Por otra parte, es de precisar que los principios internacionales al igual que los *Restatements* norteamericanos, al no ser expedidos por la manifestación de alguna autoridad estatal, hacen parte del denominado *Soft Law*,¹³⁷ por lo cual, su naturaleza es no vinculante.

152. Sin embargo, a pesar de esta naturaleza, existen diversas formas en que estos instrumentos pueden volverse vinculantes. Normalmente para este fin, son incluidos por los comerciantes internacionales en sus contratos, en ejercicio de la autonomía contractual¹³⁸ o simplemente son incluidos por los Estados en su Derecho positivo.

153. Para ejemplificar esta última situación, es preciso traer a colación, los principios producidos por la *Uniform Law Conference of Canada*, instrumentos que después de una evaluación independiente por parte de las provincias que componen este país, han sido legislados por las provincias conforme al texto original o con ajustes¹³⁹.

154. En todo caso, lo cierto es que el objetivo de la compilación de principios internacionales en *Restatements* internacionales es la formulación de un texto que tenga la vocación de llegar a ser Derecho positivo, bien porque es aceptado por los Estados como el citado ejemplo de los principios producidos por la *Uniform Law Conference of Canada* o bien porque las partes de un contrato voluntariamente se refieren a él, o al menos el operador jurídico en temas relativos a la contratación internacional los acoja en sus sentencias¹⁴⁰.

155. Es importante señalar que los principios internacionales, a diferencia de otro tipo de instrumentos no pretenden crear nuevas reglas jurídicas, por el contrario, se constituyen como textos que se limitan a compilar y describir las prácticas comerciales internacionales existentes. Comparte esta característica con los *Restatements* norteamericanos, ya que en ambos casos la creación de estos textos no es inédita, sino que depende de factores ajenos: en el caso de los *Restatements of the Law* a la jurisprudencia americana; en el caso de los *Restatements* internacionales a las prácticas de los participantes del comercio transfronterizo¹⁴¹.

156. Los principios internacionales han sido desarrollados para ser útiles en diferentes ámbitos de aplicación: en primer lugar, al ser instrumentos del denominado *Soft Law* pueden incorporarse por referencia a los contratos transfronterizos, como conjunto de normas que las partes voluntariamente pueden aceptar, como expresión de principios jurídicos comunes, como un criterio para la interpretación de tratados y convenciones y como modelo de inspiración legislativa para los Estados¹⁴².

157. Por último y previo a finali ar este apartado es necesario hacer obligatoria referencia al más representativo ejemplo de principios internacionales, constituido sin lugar a dudas por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, mejor conocidos simplemente como Principios UNIDROIT, elaborados con la participación de representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, así como con la participación de agencias gubernamentales y de negocios y

¹³⁷ E. A. FARNSWORTH, "An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 26, Iss. 3, art. 2, 1996, pp. 1-3.

¹³⁸ E. I. LEÓN ROBAYO, *Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 210-125.

¹³⁹ K. OSAJDA, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁰ P. LERNER, "Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos", *op. cit.*, pp. 923-924.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 267.

expertos académicos y abogados en el año de 1994, año en que se publicó la primera versión de estos principios¹⁴³ y que cuentan con una versión actualizada al año 2016¹⁴⁴.

158. Los Principios UNIDROIT están constituidos por un conjunto de principios y reglas fundamentales de la contratación internacional, y tienen como objeto, poder ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo. De esta forma, se intenta solucionar el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales¹⁴⁵.

159. Así lo plasman desde su preámbulo el cual dispone que:

“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”¹⁴⁶.

V. Conclusiones

160. La globalización propició el auge y desarrollo del comercio internacional, donde la actividad comercial trasciende las fronteras nacionales, volviéndose habitual el flujo de bienes, servicios y capitales entre los países a nivel mundial. Estos flujos comerciales deben ser materializados mediante lo que la disciplina jurídica denomina “contratos”.

161. El contrato es el instrumento jurídico principal al cual los participantes del comercio internacional acuden para regularizar el intercambio de bienes, servicios y derechos en busca de seguridad jurídica en sus transacciones.

162. La contratación se puede producir tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La doctrina jurídica especializada y los instrumentos de Derecho Internacional han identificado diversos aspectos tanto de tipo objetivo como subjetivo para distinguir los contratos internacionales de los nacionales. No obstante, el criterio más generalizado hace referencia al “efecto internacional” donde se tipifica como internacional, a aquel contrato que tenga una consecuencia que implique la afectación o conexión con dos o más Estados, es decir que el contrato tenga repercusiones transfronterizas.

163. La contratación internacional presentaba una incerteza legal para los comerciantes, quienes necesitan conocer con exactitud cuál es el régimen jurídico aplicable a su relación contractual de naturaleza internacional, para saber con certeza cuáles son sus derechos y sus obligaciones.

164. Ante esta dispersión normativa, ha surgido la necesidad de soluciones jurídicas, como la armonización del Derecho, que propone la generación de unos cánones aplicables de forma indiferente a la jurisdicción y ajenas a los ordenamientos jurídicos estatales, forjando una posible solución a la con-

¹⁴³ J. OVIEDO ALBAN, “Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales”, *Revista Criterio jurídico*, n° 3, 2003, pp. 39-40.

¹⁴⁴ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>

¹⁴⁵ A. ROSETT, “UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven”, *Uniform Law Review*, Vol 2, n° 3, 1997, pp. 441-449.

¹⁴⁶ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, op. cit.

tradicción normativa que origina el pluralismo de sistemas jurídicos.

165. Para este fin, se han formado instituciones especializadas, las cuales han sido creadas con el objeto de estudiar las necesidades y los métodos para modernizar y armonizar principalmente el Derecho Comercial Internacional, teniendo como resultado que hoy en día la mayoría de los instrumentos de armonización existentes hayan sido producidos desde tales instituciones.

166. Los Estados y en general por los participantes del comercio transfronterizo, con el fin de llevar a cabo los objetivos del proceso armonizador han usado diversos instrumentos, mecanismos o vehículos que pugnan por la creación de normas que buscan la modernización y armonización de esta materia. Los principales métodos armonizadores son los siguientes:

- i. Técnicas legislativas: Dentro de este tipo de técnicas encontramos instrumentos como; las convenciones o convenios, leyes modelo, guías legislativas y disposiciones modelo.
- ii. Técnicas contractuales: En esta categoría encontramos instrumentos como, contratos modelo; los formularios normalizados, los términos estandarizados y los códigos de conducta.
- iii. Técnicas explicativas: Dentro de este tipo de instrumentos encontramos vehículos como; las guías jurídicas y las declaraciones interpretativas.
- iv. *Restatements*: Dentro de esta categoría encontramos los principios internacionales.

167. Es de esta manera que tanto en la labor legislativa como en la práctica contractual y la resolución de controversias mercantiles, se hace necesaria la utilización de los múltiples instrumentos derivados del proceso armonizador, ya que como se ha planteado, ofrecen un medio idóneo y eficaz para resolver, o al menos reducir significativamente, problemas actuales a los que se enfrentan los sujetos participantes de la contratación transfronteriza como las divergencias entre diferentes ordenamientos jurídicos, la reducción de los costos de transacción, el aumento de la certeza en cuanto al régimen aplicable a la relación contractual y, en general, para lograr una mayor seguridad jurídica en el comercio internacional.