

La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación*

Harmonisation of law, concept and critics with regard to its implementation

Julio Mario Bonilla Aldana**

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo el estudio de la armonización del derecho comercial internacional, analizando sus objetivos, características, tipologías y algunas de las críticas que han sido formuladas al proceso armonizador.

Palabras clave: armonización del derecho, derecho comercial internacional, unificación del derecho privado.

Abstract

This paper aims to study the harmonization of international commercial law through the analysis of its objectives, characteristics, types, and some of the critics opposed to the harmonizing process.

Key words: Harmonization of law, international commercial law, unification of private law

* Fecha de recepción: 23 de agosto de 2013. Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: Bonilla, J. "La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 12, n.º 2, julio-diciembre, 2013.

** Abogado de la Universidad Externado. juliom87@hotmail.com

Sumario

Introducción

1. Armonización

1.2. Concepto de armonización

1.2.1. Tipos de armonización

1.2.2. Unificación y armonización

1.3. Necesidad de armonizar

1.4. Objetivos del proceso armonizador

1.5. Armonización y derecho comparado

2. Críticas al proceso armonizador

2.1. Costos en el desarrollo del proceso armonizador

2.2. La ausencia de necesidad en el desarrollo del proceso armonizador

2.3. Los instrumentos de armonización como un medio para la imposición de una regulación

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Durante los últimos 60 ó 70 años el fenómeno de la globalización ha avanzado a ritmo acelerado, generando un nuevo contexto internacional en el cual comerciantes de diferentes países del mundo concurren al mercado global en aras de adquirir determinados productos o de vender los propios.

Así, hoy el mercado se desarrolla en condiciones de una casi completa apertura económica, en la que a diario se realizan transacciones internacionales con la participación de personas situadas en diferentes países, con culturas jurídicas distintas y sometidas a regulaciones que pueden llegar a ser diametralmente opuestas.

En efecto, gran parte de las transacciones comerciales que se producen en el mundo no tienen un carácter local. Por el contrario, son transacciones en las que es frecuente la participación de agentes de diferentes países que desarrollan su relación en distintos territorios y en consecuencia podrían estar sometidos a la ley de cualquiera de ellos².

En este sentido, una relación de comercio internacional puede estar sometida a diversos ordenamientos que se encarguen de regular los distintos aspectos de la relación comercial, lo que genera un alto grado de incertidumbre para las partes que desconocerán la regulación que rige el vínculo contractual.

A modo de ejemplo, un contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado entre dos agentes, cuyos establecimientos se encuentran en Estados distintos, puede establecer que las mercaderías sean entregadas en un territorio diferente a aquel en el cual fueron manufacturadas o fabricadas. Puede haberse pactado, adicionalmente, que el pago por dichas mercaderías se produjera en otro Estado distinto al de las partes y al del lugar de entrega de los productos.

Esto nos lleva a cuestionarnos acerca de cuál de estas regulaciones sería la que regiría el vínculo contractual, pues tal y como se encuentra planteado el ejemplo al menos cuatro ordenamientos podrían regir la relación de comercio internacional. Adicionalmente, en caso de conflicto cada uno de los ordenamientos puede proporcionar diversas soluciones a la problemática planteada, sometiendo la relación a un alto grado de incertidumbre como consecuencia del desconocimiento del régimen aplicable.

Así, la gran problemática que se nos presenta en este caso es el de la ley aplicable a la relación contractual, no solamente en caso de conflicto, sino en general en cada una de las etapas de la relación comercial. Problemática que es de una gran importancia si tenemos en cuenta que dicha incertidumbre constituye un factor que no solo genera un aumento en los costos de transacción, sino que también produce una fuerte barrera para el establecimiento de relaciones comerciales y para el ingreso de nuevos agentes y productos al mercado.

Es tal la importancia que ha tenido este fenómeno que durante el siglo XX se crearon distintas agencias con el objeto de impulsar el movimiento de integración económica mediante la elaboración de instrumentos de armonización que dieran respuesta a dicha problemática. Así, fueron creadas la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL por sus siglas en inglés) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), entre otras instituciones con objetivos similares.

² “In the modern world, communication is easy, population and money are mobile, and it is increasingly likely that more than one legal system will be involved in any given transaction”. John Goldring, «Unification and Harmonisation of the Rules of Law», *Federal Law Review* 9 (1978): 284.

La solución a este cuestionamiento nos puede ser proporcionada por las leyes de conflicto. Sin embargo, estas leyes, como bien lo señala Goldring³, aunque “fascinan a los abogados, irritan a los comerciantes por el costo, retraso e incertidumbre que traen consigo”. Adicionalmente, ellas no proporcionan una solución acorde con la rapidez de las transacciones ni otorgan certeza en cuanto al régimen legal aplicable a la relación contractual, ya que, como ninguna otra normatividad, estas difieren de un ordenamiento a otro.

A su vez, la dificultad en cuanto a la determinación del régimen aplicable a la relación comercial y la falta de una solución a dicha problemática, que sea acorde con los requerimientos del comercio internacional y las necesidades de los agentes del mercado, constituyen una situación que resulta poco beneficiosa para los comerciantes⁴. Ellos se tendrán que ver sometidos a la incertidumbre del desconocimiento del régimen aplicable a la relación⁵ y al aumento de los costos de transacción como consecuencia de la necesidad de evitar posibles efectos negativos en el futuro.

Por otro lado, los comerciantes tienen la facultad, en virtud de su autonomía de la voluntad, de elegir la ley aplicable a su relación contractual. Sin embargo, tal y como lo señala Eiselen⁶, “las partes suelen fallar en la determinación de asuntos claves como el de la ley aplicable [...] lo que someterá al contrato, a los derechos y obligaciones de las partes, a una gran incertidumbre producto de las divergencias entre los distintos ordenamientos”.

Es como respuesta a lo anterior que surgió en la comunidad internacional la necesidad de crear disposiciones armónicas que disminuyeran las divergencias entre los distintos ordenamientos, eliminaran la incertidumbre en cuanto a la ley aplicable y redujeran los costos de transacción.

Así, la necesidad de la existencia de una norma común armónica, que se aplique de forma indiferente a la jurisdicción y sea ajena a los ordenamientos domésticos, se encuentra basada en que las disposiciones locales, las normas de conflicto y la falta de certeza en cuanto a la ley aplicable constituyen obstáculos y costos adicionales que de ser eliminados se podría obtener un mayor grado de certeza legal y una mayor rentabilidad en la operación mercantil⁷.

Acorde con la anterior problemática, el objeto del presente escrito es analizar el desarrollo de los procesos de armonización, sus vicisitudes y su importancia en el desenvolvimiento del comercio internacional. Con tal propósito sostendremos que los procesos de armonización constituyen un importante instrumento en el desarrollo del comercio internacional, pues permiten la reducción de los costos de transacción, el aumento del grado de certeza en cuanto al régimen aplicable y hacen más eficiente la operación mercantil.

En las siguientes páginas desarrollaremos nuestro análisis empezando con un estudio sobre el concepto de la armonización, los objetivos de este proceso y las razones por las cuales este debe ser adelantado. Posteriormente, estudiaremos las distintas críticas que han sido formuladas en la doctrina en cuanto a la armonización del derecho y presentaremos distintos argumentos que pretenden desvirtuar los reparos formulados.

³ *Ibíd.*, 285.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Sandeep Gopalan, «Transitional Commercial Law: The Way Forward», *American University International Law Review* 18, no. 4 (2003): 804.

⁶ Sieg Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», en *Globalization and Private Law: The Way Forward*, ed. Michael Faure y Andre Van Der Walt (Edward Elgar Pub, 2010), 98.

⁷ *Ibíd.*, 99.

1. Armonización

Stephan⁸ señala cómo el impulso de reducir la diversidad legal existió desde el mismo momento en que las distintas culturas empezaron a desarrollar actividades comerciales entre sí atravesando los tradicionales límites políticos⁹.

No obstante, no sería sino hasta mediados del siglo XX que este impulso empezaría a generar resultados importantes con la creación y el surgimiento de distintas organizaciones internacionales, tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT por sus siglas en francés), entre otros, que albergan dentro de sus objetivos la búsqueda de la unificación y armonización de las distintas materias del Derecho Comercial Internacional.

Estas organizaciones han hecho parte del esfuerzo sistemático de incluir a los distintos Estados soberanos en los procesos de unificación del Derecho Comercial Internacional, labor que se ha concretado en la expedición de exitosos¹⁰ instrumentos de armonización¹¹ como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, los INCOTERMS o Términos Comerciales Internacionales y los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, entre otros.

Dichas organizaciones y los instrumentos expedidos por ellas han constituido el primer esfuerzo hacia la consecución de una disposición armónica que se encargue de regular algunas temáticas del Derecho Comercial Internacional. Esto es consecuencia de la conciencia que ha surgido en el mundo y en parte de la doctrina en cuanto a la necesidad de disminuir las diferencias entre los ordenamientos y suministrar un conjunto de disposiciones acorde con el nuevo contexto mundial.

1.2. Concepto de armonización

La noción de la armonización del derecho es un concepto que podríamos considerar pacífico en la doctrina, en la que, si bien no existe una completa uniformidad en la definición, tampoco existe una airada discusión en cuanto a su contenido.

⁸ Paul B. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», *SSRN eLibrary* (junio 1999): 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=169209.

⁹ Uno de los grandes logros del Imperio Romano y del Bizantino fue la coherencia de la ley romana, que unificaba las reglas del comercio en una gran porción del mundo comercial. *Ibíd.*

¹⁰ «During the past two generations there has been a remarkable degree of harmonization among nations in the law applicable in international commercial transactions. Indeed, today it is difficult to identify any examples of persistent, significant, and substantial divergence that produce important and predictable differences in the outcome of commercial disputes. It seems likely that a few such instances must exist, although none come to mind». Arthur Rosett, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law», *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, febrero 6, 2006, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rosett2.html>.

¹¹ Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 2.

Distintos autores han creado definiciones de la armonización del derecho, que si bien pueden variar de un autor a otro, nunca llegan a tener diferencias significativas. Así, Lerner¹² la define como “un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares”. Bogdan¹³ la define como “hacer compatibles las disposiciones de dos o más sistemas”. Goldring¹⁴, como “un proceso por medio del cual los efectos de una transacción, bajo un determinado ordenamiento, son llevados lo más cerca posible a los que se generarían por la misma transacción, bajo otro conjunto de disposiciones”. Keily¹⁵ hace referencia a “acercar las disposiciones y hacerlas similares”. Gopalan¹⁶ la establece como “la producción de resultados armónicos mediante la extracción de las mejores soluciones, en un área determinada, de los distintos ordenamientos”; y, por último, Rodríguez¹⁷ afirma que “por la armonización normativa nos referimos a los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear un afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal”.

En consecuencia, podemos afirmar que la armonización normativa es un proceso mediante el cual se busca reducir las divergencias existentes entre los distintos sistemas jurídicos, con el propósito de lograr la consecución de las mejores soluciones que se puedan extraer de los ordenamientos y establecer aspectos afines entre las diversas regulaciones que las hagan compatibles entre sí.

En conclusión, los procesos de armonización constituyen un intento por buscar disminuir al máximo la diversidad legal e instaurar puntos de contacto entre los diversos ordenamientos que permitan establecer una mayor compatibilidad entre ellos, independientemente de las tradiciones jurídicas, antecedentes culturales y pensamientos políticos y económicos¹⁸.

¹² Pablo Lerner, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 111 (2004): 921.

¹³ “Making the legal rules of two or more legal systems more alike” (traducción libre). Michael Bogdan, *Comparative Law*, 1ª ed. (Springer, 1994), 30, citado por Philip James Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980», *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (agosto 2006), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/osborne.html>.

¹⁴ “[...] ‘harmonization’ under which the effects of a type of transaction in one legal system are brought as close as possible to the effects of similar transactions under the laws of other countries” (traducción libre). Goldring, «Unification and Harmonisation of the Rules of Law», 289.

¹⁵ “To harmonise is to bring together and make similar” (traducción libre). Troy Keily, «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *Nordic Journal of Commercial Law* 1 (2003): 14, http://www.njcl.fi/1_2003/article3.pdf.

¹⁶ “[...] produce a harmony of result by deriving the best possible solution in any given area of law, quarrying from the mines of diverse legal systems” (traducción libre). Gopalan, «Transitional Commercial Law: The Way Forward», 809.

¹⁷ Maximiliano Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional* (Universidad Externado de Colombia, 2009), 229.

¹⁸ En la búsqueda de la disminución de las divergencias entre los ordenamientos de los distintos países y en aras de buscar obtener una participación más significativa en el mercado mundial, Colombia ha participado en algunos de dichos procesos de armonización. Así, por ejemplo, mediante la Ley 518 de 1999 fue aprobada en nuestro país la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; igualmente, la Ley 1116 de 2006, que regula todo el régimen de insolvencia del comerciante, basó su regulación en materia de insolvencia transfronteriza en la ley modelo de UNCITRAL del año 2006 sobre dicha temática. En materia de arbitraje internacional, Colombia se adhirió a la Convención de Nueva York sobre la ejecución de sentencias extranjeras en el año de 1979. Por último, y a pesar de que Colombia no ha ratificado nunca un Convenio sobre transporte marítimo, existe acuerdo en la doctrina en cuanto a que las reglas del código de comercio en la

En consonancia con lo anterior, estos procesos reconocen la imposibilidad de lograr una convergencia en aquellas diferencias irreconciliables entre los disímiles sistemas jurídicos¹⁹, lo que no obsta para que se busque la obtención del resultado querido en los restantes aspectos.

Es por lo dicho que, cuando hablamos de armonización, la podemos encontrar en diversos grados²⁰, los que variarán dependiendo de la circunscripción que hubiera sido elegida para el desarrollo del proceso armonizador²¹, de la posibilidad de realizar reservas al instrumento y de la adopción de este por los Estados o de su incorporación por las partes en el texto del contrato. Son estas tres variantes las que determinan el mayor o menor grado de armonización que tendrá un tema específico a nivel internacional.

Es importante señalar que la armonización del derecho no tiene como objetivo la eliminación de todas las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos, sino que, por el contrario, busca eliminar aquellas diferencias sustanciales o procesales que impiden el desarrollo del comercio internacional²².

Cabe sin embargo tener en cuenta que, aunque la eliminación de las divergencias es uno de los pasos del proceso armonizador, esto no es suficiente para lograr sistemas armónicos entre sí. Se requiere de la adopción de instrumentos internacionales, como convenciones internacionales, normas estándar, trasplantes de normas y principios, para lograr un marco común entre los sistemas que facilite el desarrollo del comercio internacional²³; estos son el medio para el desarrollo del proceso armonizador y la consecuencia directa de las modificaciones introducidas a la regulación interna de los países.

Así, por ejemplo, la no adopción de un instrumento por un número significativo de Estados, o su adopción por Estados que no son relevantes dentro del tema de que trata, implica un bajo grado de armonización, si tenemos en cuenta que este será utilizado en pocas ocasiones y que la diversidad legal existente al momento de su expedición se mantendrá casi incólume.

materia se encuentran basadas en parte en las Reglas de La Haya, pero más que todo en su protocolo modificatoria Haya-Visby. En este sentido, Colombia es un país que ha buscado por medio de dichos instrumentos eliminar las diferencias legislativas y promover la participación de los comerciantes colombianos en el mercado global. Sin embargo, la experiencia en este punto no ha sido del todo exitosa, habida cuenta de que a pesar de la ratificación o incorporación de estos instrumentos en nuestra regulación, su aplicación en algunos casos es casi inexistente. Por ejemplo, son apenas cuatro los casos en los que se ha aplicado, y no de forma directa, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; carece ella, en nuestro país, de la importancia que tiene en otros ordenamientos.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ En el caso de la compraventa internacional de mercaderías, por ejemplo, desde el inicio de las negociaciones que llevaron a la adopción de la Convención de Viena de 1980 en esa materia, los representantes de los países involucrados decidieron excluir aquellos temas que consideraron imposible conciliar. De allí que dicho instrumento no regule el tema de la validez del acuerdo o la transmisión de la propiedad de las mercaderías, por ejemplo. *Ibíd.*

²² Cfr. Mónica Sofía Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?» (Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, 2007), 113.

²³ Christian v. Bar, «From Principles to Codification: Prospects for European Private Law», *The Columbia Journal of European Law* 379 (2002): 379; Daniela Caruso, «Private Law and State-Making in the Age of Globalization», *SSRN eLibrary* (s. f.): 39, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900106.

Como ejemplo, podemos acudir a la Convención Internacional de Ottawa sobre Leasing Financiero de 1988, expedida por UNIDROIT²⁴, la que a pesar de haber contado con el número de ratificaciones suficientes para entrar en vigor, nunca contó con el suficiente apoyo a nivel internacional como para lograr un alto grado de armonización.

Por el contrario, los instrumentos internacionales que son objeto de una amplia acogida por los Estados traen consigo un alto grado de armonización, ya que la mayoría de las transacciones estarán bajo su regulación, dejando así poco espacio para la diversidad legal.

En este caso podemos citar como ejemplo la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, expedida por UNCITRAL²⁵, la que hoy en día se encuentra ratificada por 77 Estados y regula un alto porcentaje de las transacciones comerciales en el mundo.

Los procesos de armonización tienen como consecuencia inevitable la modificación²⁶ de la legislación de algunos de los países que participan en el proceso armonizador, en aras de lograr, con dichas modificaciones, una mayor afinidad entre los distintos ordenamientos. Esto se hace evidente especialmente en el caso de las convenciones internacionales, las que tienen que ingresar dentro del ordenamiento por medio de una ley aprobatoria²⁷.

Es necesario tener en cuenta que la armonización debe realizarse de acuerdo con las exigencias de los Estados y de modo tal que abarquen las diferencias que tienen o pueden tener influencia en el funcionamiento del mercado común²⁸. Pues, tal y como lo señala Catalano²⁹, “no es necesario para el buen funcionamiento del mercado que todas las diferencias legislativas desaparezcan; es útil, por el contrario, que las diferencias que tienen o que puedan tener una incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del mercado común desaparezcan o al menos sean gradualmente alteradas”.

Por último, debemos tener en cuenta que existen dos formas de armonización las cuales se desarrollan de manera distinta y tienen características propias que las identifican. Ellas serán examinadas en el siguiente aparte.

1.2.1. Tipos de armonización

Los procesos de armonización pueden desarrollarse de dos formas, una denominada “armonización positiva” y otra, “armonización negativa”.

La armonización positiva se caracteriza porque implica la utilización de un instrumento armonizador a través del cual se busca el cumplimiento de los objetivos de este proceso. Así, tal y como se desprende

²⁴ International Institute for the Unification of Private Law, «UNIDROIT Convention on International Financial Leasing», s. f., <http://www.unidroit.org/english/implement/i-88-1.pdf>.

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, «Situación actual - Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*, s. f., http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

²⁶ Cfr. Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 229; Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 117.

²⁷ A modo de ejemplo, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 ingresó al ordenamiento colombiano mediante la Ley 518 de 2000 aprobatoria del texto de la convención.

²⁸ Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 113.

²⁹ Nicola Catalano, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas* (INTAL-BID, 1966).

de su propia denominación, este tipo de procesos implica el desarrollo de una acción tendiente al desenvolvimiento de la armonización, que no será otra que la utilización o expedición de un instrumento armonizador³⁰, como una convención, ley modelo, reglas estándar, entre otros.

De otro lado, y como lo señala Alfaro³¹, la armonización negativa o de mercado es aquella en la que los distintos Estados y los particulares experimentan con las distintas soluciones; en este proceso se impone la más eficaz. Este tipo de armonización se caracteriza porque, en oposición a la armonización positiva, se desarrolla sin la necesidad de la existencia de un instrumento internacional que funja de medio para el desarrollo del proceso armonizador.

En esta se parte de una especie de analogía, por medio de la cual se busca aplicar los principios básicos del derecho de la competencia al desarrollo del comercio internacional, partiendo así de establecer que la única forma para lograr la armonización de la regulación internacional es a través de la competencia entre los distintos sistemas jurídicos.

Esta competencia tiene como requisitos *sine qua non*, primero, la existencia de la facultad en cabeza de los distintos agentes del comercio, de escoger, entre los posibles foros, aquel en el que se resolverá el conflicto suscitado en virtud de una transacción internacional³²; y segundo, la posesión por parte de ellos de la información necesaria para elegir entre los diversos sistemas jurídicos³³.

Así, tal y como sucede en el derecho de la competencia, en el que la variedad de productos dentro del mercado y la facultad de elegir entre estos por parte del consumidor garantiza el mejoramiento continuo de los productos, en el marco de la competencia entre los distintos ordenamientos sucede exactamente lo mismo.

Acorde con lo anterior, Parisi afirma:

En un mundo ideal de competencia legal, los individuos podrían escoger entre las distintas alternativas legales, tal y como los consumidores escogen entre los productos y servicios presentes en el mercado. La oferta de disposiciones legales unida a la libertad de elegir la ley aplicable daría lugar a una competencia equilibrada entre los ordenamientos, que podría maximizar el bienestar de los sujetos que están sometidos a la disposición³⁴.

³⁰ Es precisamente la armonización positiva la que va a ser desarrollada en el presente escrito, por dicha razón en este aparte ella no será objeto de mayor análisis; nos centramos en la armonización negativa.

³¹ Jesús Alfaro, «Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2009): 7, http://www.indret.com/pdf/667_es.pdf.

³² En Europa, a modo de ejemplo, el reglamento 44 de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su artículo 5.3 permite a los demandantes elegir entre el foro del domicilio del demandado o en el del lugar donde se ha producido el daño, y el 6.1 permite demandar a todos los codemandados en el foro de uno de ellos, siempre que las acciones ejercidas estén estrechamente conectadas.

³³ Francesco Parisi, «Harmonization of European Private Law: An Economic Analysis», *SSRN eLibrary* (septiembre 11, 2007): 5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014385.

³⁴ «In an ideal world of frictionless legal competition, individuals could choose among alternative legal regimes, just like consumers choose among competing products and services in the marketplace. The competitive supply of legal rules coupled with institutional meta-rules of mutual recognition and freedom of choice would thus lead to a competitive legal equilibrium which could ideally maximize the combined wellbeing of the subjects of the law» (traducción libre). *Ibid.*

Siendo esto así, podemos afirmar que es por medio de la diversidad legal y la competencia entre los distintos ordenamientos que se produce un mejoramiento continuo y permanente de las distintas disposiciones que regulan una materia, en aras de lograr atraer la mayor cantidad de inversiones, resolver la mayor cantidad de disputas conforme a dicha regulación y buscar maximizar el bienestar de los sujetos de la ley³⁵.

Dicho mejoramiento, consecuencia de la competencia en el “mercado”, genera una armonización de la regulación internacional, ya que los mecanismos utilizados por los ordenamientos que tienen la mayor parte del “mercado” serán copiados por otros. Esto se produce como consecuencia de buscar maximizar los beneficios que perciben los “consumidores”, ya que si la preferencia de estos es típica, no demasiado heterogénea, la respuesta para satisfacerlos será en esencia la misma en todos los ordenamientos³⁶. Estos mecanismos son producto de la misma competencia y, de acuerdo con la definición dada, representan la solución más eficaz.

La no adopción de estos mecanismos o de otros que le permitan al ordenamiento competir en el mercado trae como consecuencia la “desaparición” de este a nivel internacional, producto de la abstención en su uso por parte de los agentes del comercio mundial, así como la preferencia por otros ordenamientos más eficientes³⁷.

A pesar de que algunos afirman que se debe optar por este tipo de armonización³⁸, dejando de lado la armonización legislativa o positiva, esta es una posición que consideramos errónea por los siguientes motivos:

- 1) Si bien la copia de los mecanismos utilizados por quien tiene la mayor parte del “mercado” puede generar la armonización de la regulación, esta es una armonización en la que se impone dicho mecanismo sin consideración alguna a las consecuencias que puede traer su adopción, ya fueren las inherentes o propias del instrumento o las que genera su ingreso a un sistema para el que no fueron creados.
- 2) La diversidad legal, base para la competencia entre ordenamientos, estimula la imposición, por la parte dominante en el contrato, del foro del conflicto y de la ley aplicable para la resolución de la disputa. Así, lo que genera la “desaparición” de un ordenamiento no es la eficiencia de su regulación, sino la adecuación del ordenamiento a la posición de la parte dominante ante un eventual conflicto. De esta forma serían excluidos todos aquellos ordenamientos cuya regulación, aunque eficiente, no fuere acorde con las posibles pretensiones de la parte dominante en el contrato.
- 3) En correspondencia con lo anterior, el ordenamiento más eficiente no es aquel que en desarrollo de la competencia entre mercados presente las mejores soluciones frente a una determinada problemática, sino aquel cuyas soluciones se adecuen a los intereses de las partes usualmente fuertes en el contrato. De esta forma, soluciones más eficientes serían dejadas de lado por el hecho de no favorecer a la parte dominante en la relación contractual.

³⁵ Charles M. Tiebout, «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy* 64, no. 5 (octubre 1, 1956): 420.

³⁶ Fernando Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», *SSRN eLibrary* (enero 15, 2010), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537168.

³⁷ Alfaro, «Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», 6.

³⁸ “Es preferible recurrir al ‘mercado’ antes que a la armonización positiva de las legislaciones nacionales. Esta última está pasada de moda en todos los ámbitos normativos que han permitido crear el mercado único”. *Ibíd.*

- 4) Esta teoría parte de dos presupuestos falsos: que las empresas y consumidores gozan de una plena movilidad entre los distintos ordenamientos y tienen a su disposición toda la información de estos sin ningún tipo de costo³⁹.

Las anteriores son a mi entender razones suficientes para que, de acudir a la armonización, no se opte por la armonización negativa, sino por la positiva o legislativa, ya que en la segunda el instrumento armonizador es objeto de discusión en el seno de una organización gubernamental, como UNCITRAL, o de una no gubernamental, como UNIDROIT o la Cámara de Comercio Internacional (CCI), las que por regla general tienen una estructura que permite la participación de representantes de los diferentes sistemas económicos y jurídicos⁴⁰.

Si bien lo anterior no garantiza el éxito del instrumento armonizador, ni elimina la posibilidad de la existencia de conflictos de coordinación consecuencia del ingreso del instrumento a legislación interna, sí facilita la posible adopción⁴¹ y adaptación del instrumento al ordenamiento nacional, pues al ser este producto de una discusión con participación de representantes de su sistema jurídico y en la mayoría de las veces con intervención de un representante propio, los términos y conceptos de la regulación no serán completamente ajenos a los del ordenamiento interno.

Por último, es en la discusión en el seno de estas organizaciones que se logra obtener las soluciones más adecuadas a las problemáticas planteadas y aquellas más acordes con las características de los diferentes sistemas, ya que los arduos debates que se producen en el interior de estas permiten la obtención de instrumentos que reflejen los diferentes puntos de vista en un documento que concilie las mejores posiciones de los sistemas.

1.2.2 Unificación y armonización⁴²

³⁹ Rodrigo Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», *Revista de Derecho* XXII, no. 1 (julio 2009): 18.

⁴⁰ «Membership of UNCITRAL is structured to ensure that the various geographic regions and the principal economic and legal systems of the world are represented». José Ángel Estrella Faria, «Legal Harmonization Through model Laws: The Experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)», mayo 2011, 5, http://www.justice.gov.za/alraesa/conferences/papers/s5_faria2.pdf.

⁴¹ «The Governing Council of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) developed the first draft of a uniform law on the sales of goods in 1935. [...] These conventions were the Uniform Law on the International Sale of Goods (“ULIS”) and the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (“ULF”). [...] The failure of these treaties to win wider acceptance is in part attributed to the dominant influence of the civil law traditions of Western Europe and to the neglect of both Socialist and Third World countries”. Keily, «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 3.

⁴² Como consecuencia de la incertidumbre que traía consigo el desconocimiento de la ley aplicable a la relación de comercio internacional, durante el siglo XIX se propuso desarrollar un proyecto de armonización o unificación de los diferentes ordenamientos, haciendo uso del *ius commune* romano o de la *lex mercatoria* de la Edad Media. Los primeros intentos de unificación del Derecho Comercial Internacional, a finales del siglo XIX, se caracterizaron por ser proyectos ambiciosos que buscan el establecimiento de una única disposición que regulara una determinada temática en un mismo sentido, en todos los ordenamientos. Sin embargo, estos intentos no llegaron a tener ningún éxito o impacto en el comercio internacional, habida cuenta de que lo ambicioso de sus objetivos constituyó su más grande enemigo e impidió su consolidación como un instrumento unificador. A pesar de su fracaso, estos lograron poner en el ojo del huracán las problemáticas que tenía el comercio internacional como consecuencia del surgimiento de los Estados y de su regulación local, haciendo que la idea

A pesar de que en ocasiones es común encontrar dentro de la doctrina el uso indiferente de estos términos, dándoles la calidad de sinónimos⁴³, lo cierto es que son términos que estando relacionados son distintos⁴⁴.

La unificación se produce en los casos en los que se insertan en dos o más sistemas jurídicos normas de igual contenido, tomadas de un modelo establecido en una convención internacional, en un tratado o en una ley tipo⁴⁵. Por el contrario, en lo que hace a los procesos de armonización, el concepto es aún más restringido, si tenemos en cuenta que con esta no se alcanza una total y completa unificación de las normas de los Estados que participan en el proceso.

De esta forma, la primera diferencia que encontramos entre ambos conceptos se encuentra en la finalidad que tiene cada uno; la armonización del derecho busca la eliminación de las diferencias que existen entre los distintos ordenamientos que afectan el desarrollo del comercio internacional, sin que ello implique su completa eliminación⁴⁶. Por el contrario, la unificación tiene como designio la sustitución de las normas de los Estados que participan en el proceso, eliminando las diferencias existentes y estableciendo un único cuerpo común entre estos.

de la necesidad de una regulación uniforme o armónica estuviera cada vez más presente en la mente de los agentes del mercado. El primer intento serio de establecer una disposición uniforme fue el emprendido por Cecil Hurst y Ernst Rabel, y consistió en un código de Compraventa Internacional de Mercaderías que nunca llegaría a ser discutido, como consecuencia del inicio de la Segunda Guerra Mundial. El borrador del texto fue revivido en el año de 1951 en una conferencia internacional en La Haya, en la que se creó una comisión que se encargaría de reelaborar el texto presentado por Rabel y que a la postre se convertiría en dos nuevos instrumentos conocidos como la Ley Uniforme de Compraventa Internacional (ULIS por sus siglas en inglés) y la Ley Uniforme para la Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ULF por sus siglas en inglés), los que bajo el auspicio de UNIDROIT habrían sido aprobados en la Conferencia de La Haya de 1964. Sin embargo, ambos textos solo serían adoptados por 11 Estados, por lo que fueron considerados un fracaso. Así, ante la dificultad de lograr la aceptación de un instrumento unificador, que rigiera las transacciones de compraventa internacional como una única disposición, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL (por sus siglas en inglés), con el objetivo de promover la armonización y unificación del Derecho Comercial Internacional. Ella, con posterioridad presentaría para su aprobación, con base en los textos de las conferencias de La Haya (ULF y ULIS), la que sería conocida como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Viena en abril de 1980. Texto que goza de una gran aceptación a nivel internacional y que hoy regula cerca de 80% de las transacciones de compraventa internacional de mercaderías en el mundo. Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», 100.

⁴³ Cfr. Rodríguez, "Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?", 168; Osborne, "Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 1980.

⁴⁴ Cfr. Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 168; Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 229; Keily, «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 14; Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980»; Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 11; Loukas Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», en *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, eds. Ian Fletcher, Marise Cremona y Loukas Mistelis (London: Sweet & Maxwell, 2001), 2, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistelis2.html>.

⁴⁵ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 229.

⁴⁶ «[...] Es útil, por el contrario, que las diferencias que tienen o que puedan tener una incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del mercado común desaparezcan o al menos sean gradualmente alteradas». Catalano, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*.

La consecuencia de esta primera diferencia y de la misma definición es que cuando se habla de armonización es posible hablar de diversos grados en su implementación⁴⁷. Esta posibilidad es producto de los grados de compatibilidad que pueden existir entre los sistemas, del éxito del instrumento armonizador y de las diferencias que fueron eliminadas en el proceso. La unificación, por el contrario, es desde su propia definición de carácter absoluto e implica la completa y total sustitución de las normas de los Estados que participan en el proceso. Así, si no hay dicha sustitución, y no hay un solo ordenamiento que rija para quienes hicieron parte en el proceso, simplemente no habrá unificación.

El segundo criterio diferenciador se encuentra en la aplicación de la disposición que rige la relación internacional. La armonización del derecho no solo tolera la existencia de diferencias entre los ordenamientos, sino también permite las divergencias en la aplicación del instrumento⁴⁸. No es uno de sus objetivos, ni podría llamarse siquiera una de sus características, el que dicho instrumento se aplique en igual sentido en los casos en que este sea utilizado. Por el contrario, la unificación implica que las disputas que vayan a ser resueltas a partir de la disposición uniforme, lo sean de acuerdo con las previas decisiones que hubieran sido tomadas frente a ese caso en concreto⁴⁹, exigiéndose así la aplicación uniforme de la disposición⁵⁰.

No obstante, y aunque no sea una exigencia propia de la armonización, considero que todo proceso armonizador debe buscar que la interpretación y aplicación del instrumento se produzca casi sin variaciones. Afirmar que es totalmente irrelevante la forma como sea interpretado y aplicado el instrumento es desconocer una de las justificaciones y objetivos del proceso armonizador, como es la obtención de certeza y la búsqueda de la unificación.

La agreste variación en la interpretación y aplicación del instrumento armonizador genera incertidumbre en cuanto a la forma como este debe ser interpretado, y disminuye la probabilidad de predecir una posible decisión judicial, lo que implica desconocer la búsqueda de certeza como justificación para el desarrollo de dicho proceso. De esta forma, impulsar la variación de la interpretación del instrumento, mediante la poca importancia que se le dé a esta, es incurrir en una grave contradicción, pues implica buscar la armonización desconociendo uno de los aspectos que sirven de base para su implementación⁵¹.

⁴⁷ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 229.

⁴⁸ Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980».

⁴⁹ Una de las soluciones planteadas para lograr la unificación de la aplicación del instrumento es la creación de un organismo supranacional que se encargue de esta función y cuyas decisiones tengan carácter vinculante para quienes resuelven un conflicto suscitado a raíz de una transacción internacional. Cfr. Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 168; Caruso, «Private Law and State-Making in the Age of Globalization», 25; Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980».

⁵⁰ Dos son las principales barreras para lograr la aplicación uniforme: (i) la imposibilidad de darle un contenido cierto a determinadas palabras; y (ii) la falta de voluntad de los entes judiciales de examinar decisiones extranjeras y así impulsar el carácter internacional del instrumento y su aplicación uniforme. Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980».

⁵¹ «The area where the battle for international unification will be fought and won, or lost, is the interpretation of the CISG's provisions. Only if the CISG is interpreted in a consistent manner in all legal systems that have adopted it, will the effort put into its drafting be worth anything». John Felemegas, «The United Nations Convention on

Ahora, si consideramos que uno de los objetivos que tiene todo proceso armonizador es la unificación de la regulación internacional y una de las características de toda disposición uniforme es que su aplicación se debe producir conforme a las previas decisiones que se hubieran producido en la materia, el primer paso para la consecución de este objetivo es buscar que la interpretación del instrumento armonizador sea más o menos uniforme⁵².

Con esto no quiero decir que todo proceso armonizador tenga que generar decisiones uniformes, ya que no es uno de sus objetivos y, como lo dije anteriormente, la armonización incluso lo permite. No obstante, considero que tampoco debe ser irrelevante la forma como sea interpretado y aplicado el texto, ya que la observación de estos aspectos es fundamental si se quiere cumplir con los objetivos planteados para el proceso.

La tercera y última diferencia la encontramos en el método utilizado para la consecución de cada uno de sus objetivos. Si bien hay métodos que son comunes a ambos, como las convenciones y los tratados internacionales, existen otros que son exclusivos de uno o de otro. De esta forma, las leyes tipo, o las denominadas “regulaciones”⁵³ utilizadas en la Comunidad Europea, son métodos propios de la unificación, mientras que el uso de los principios es exclusivo de la armonización⁵⁴.

Por último, existen autores que afirman que la consecución de la uniformidad entre Estados es imposible, motivo por el cual se debe buscar una uniformidad funcional, caracterizada por otorgarle preponderancia a la existencia de decisiones uniformes, sobre la obtención de una uniformidad textual. Esta uniformidad es considerada por algunos autores como la parte práctica de la unificación, pero para otros es el punto máximo de la armonización sustancial⁵⁵.

Por todo lo anterior, podemos concluir que si bien la armonización y la unificación son conceptos que tienen un estrecho contacto, llegando incluso a ser uno de estos objetivo del otro, son conceptos que son diferenciables y que tienen implicaciones y consecuencias muy distintas. En últimas, podemos afirmar que el ideal es la unificación y el vehículo para su consecución es la armonización.

1.3 Necesidad de armonizar

Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation», *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2002, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html>.

⁵² Para lograr una interpretación más o menos uniforme, el instrumento debe ser interpretado teniendo en cuenta su carácter internacional, lo que hace necesario que el instrumento tenga sus propias reglas de interpretación al no ser viable el uso de las reglas locales. Se requiere también un conjunto de material de fácil acceso que contenga las decisiones y comentarios de académicos en la materia que permita establecer la adecuada interpretación y aplicación del instrumento. Cfr. Keily, «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 14; Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», 105.

⁵³ En el caso de las “regulaciones” los países miembros de la Comunidad Europea acuerdan remplazar su ley nacional con una disposición común, que tiene aplicación directa en los sistemas nacionales de todos los miembros. Emanuela Carbonara y Francesco Parisi, «The Paradox of Legal Harmonization», *Minnesota Legal Studies Research Paper* no. 07-14 (2007): 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870519.

⁵⁴ En este último caso, si bien estos, como método para la consecución de los objetivos, son propios de la armonización, ello no obsta para que puedan ser utilizados como complementos de una disposición uniforme.

⁵⁵ Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980».

La existencia de un sinnúmero de instrumentos internacionales expedidos durante la última mitad del siglo XX y el poco éxito de algunos de estos han llevado a que la doctrina cuestione la existencia de una verdadera necesidad de armonizar las leyes que regulan el comercio internacional.

Sin embargo, existen múltiples razones que fundamentan el desarrollo de un proceso de este tipo y que constituyen un sostén suficiente para llegar a considerar necesaria la armonización de la regulación internacional. En este sentido, son varios los argumentos que esgrimen distintos autores para afirmar la necesidad de la armonización de las normas que regulan el comercio transfronterizo, de los cuales he escogido los que a mi entender son los de mayor importancia y que serán tratados a continuación.

a) La obtención de certeza

Uno de los argumentos a favor de la armonización de la regulación del Derecho Comercial Internacional es la obtención de certeza en cuanto al régimen legal aplicable⁵⁶. La certeza es definida por la Real Academia de la Lengua como el “conocimiento seguro y claro de algo”⁵⁷, por lo que la obtención de certeza no significa cosa distinta que la existencia de un conocimiento seguro sobre cuál es el régimen aplicable, el entendimiento de este y su adecuada aplicación.

La falta de certeza en cuanto a la ley aplicable a una relación comercial es consecuencia de la participación de agentes de diferentes países, que desarrollan su actividad en diferentes Estados y celebran contratos en un Estado distinto para ser ejecutados en otro⁵⁸; lo que hace que dicha relación pueda estar sometida a la ley de cualquiera de estos países⁵⁹.

La necesidad de la obtención de certeza se sustenta en que el desconocimiento de las reglas que regulan las transacciones y el carácter impredecible de sus efectos al momento de su aplicación traen consigo los denominados riesgos legales o *legal risk*⁶⁰, cuya disminución genera el aumento de los costos de transacción⁶¹. Así, siempre que exista un alto riesgo legal, las partes ven necesario tomar medidas para mitigar o eliminar dichos riesgos, lo que aumenta los costos finales de transacción.

⁵⁶ María Luisa Murillo, «The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification», *J. Transnational Law & Policy* 11, no. 1 (2001): 8, <http://epp.di.unito.it/index.php/epp/article/viewFile/95/75>.

⁵⁷ «Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición», *Real Academia Española*, 2010, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=certeza.

⁵⁸ “Different legal systems answered this question in different ways, leading to legal uncertainty where these rules were not similar or where the applicable substantive legal rules were not similar”. Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», 100.

⁵⁹ “Por ejemplo, un contrato de compraventa de mercaderías entre dos agentes del comercio cuyos establecimientos o lugares de negocios se encuentran en Estados diferentes, puede señalar que las mercaderías serán entregadas en el territorio de un Estado diferente a aquel en el cual las mismas fueron fabricadas o manufacturadas por el vendedor. Adicionalmente, puede señalarse que el pago de las mercaderías será efectuado en un estado diferente al del lugar en donde se hará la entrega”. Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 246; Parisi, «Harmonization of European Private Law», 2.

⁶⁰ “[...] el riesgo legal puede ser definido como la incertidumbre acerca del sistema legal que regirá las relaciones nacidas durante el contexto del comercio internacional o la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable a los diferentes contratos que se generan durante el mismo”. Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 245.

⁶¹ Stephan, “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”, 4.

Wagner⁶² nos pone de presente cómo la incertidumbre legal genera dos formas de costos de transacción; uno estático y otro dinámico. El primero lo podemos explicar por medio de la siguiente cadena argumentativa: la diversidad legal genera un aumento en los costos de transacción que se ven reflejados en un incremento en el precio de los productos y una disminución de los beneficios que percibe el comerciante. Esto a su vez trae consigo una disminución en la inversión, un menor consumo de productos y una reducción de los ingresos nacionales. En el segundo tipo de costo (dinámico) hay una afectación del crecimiento económico como consecuencia de los siguientes factores : (i) el uso eficiente del capital se ve obstaculizado como consecuencia de una disminución de los rendimientos marginales, lo que genera una reducción de la inversión y un cese en el desarrollo de la investigación; y (ii) la obstaculización de las transacciones internacionales cesa la socialización del conocimiento incorporado en los bienes y servicios, lo que al impedir la realización de exámenes comparativos afecta el potencial innovador.

En aras de comprender un poco mejor lo anterior, Stephan⁶³ asimila la búsqueda de certeza a una información por la que una persona estaría dispuesta a pagar. Este considera que las personas están dispuestas a pagar un alto valor por la disminución de la incertidumbre que existe en cuanto a la determinación del régimen aplicable.

Así, las partes que intervienen en la celebración de un contrato utilizan diversos mecanismos para mitigar las contingencias que puede generar el desconocimiento de la ley aplicable. Estos mecanismos no son gratuitos y al final incrementan el valor de las erogaciones que en condiciones normales realizan las partes para celebrar un contrato.

Lo anterior se ve reflejado, a modo de ejemplo, en la inclusión de cláusulas del foro en el que se va a resolver el conflicto y de la ley aplicable a la relación comercial. La determinación del contenido de estas cláusulas genera la asunción de altos costos en asesoría legal y abre el camino para la imposición, por la parte dominante del contrato, de la ley aplicable a la transacción internacional⁶⁴.

En igual sentido, una de las principales formas como las grandes empresas afrontan la diversidad legal y las consecuencias que genera esta en el mercado, es a través de la creación de una sucursal extranjera que se encargue de los negocios que se tienen en dicho lugar, lo que a su vez implica un aumento de

⁶² “Static or level costs of legal uncertainty occur above all in the form of trade and income effects. The derivation of trade and income effects is based on the following presumed causal chain: legal uncertainty implies higher transaction costs. These are reflected in higher prices or in reduced revenues or benefits for the entrepreneur or consumer. Both lead to lower investment, lower consumption and lower national income. More important, however also more difficult to prove, are dynamic or growth effects of legal uncertainty. (...) Several effective channels can be derived through which legal uncertainty can have a negative impact on economic growth: Firstly, efficient use of existing capital is impeded because of reduced marginal yields, so that there is less knowledge-creating investment, innovative research is inhibited and state infrastructure is only insufficiently available. And secondly, international trade exchanges are obstructed, so that the knowledge incorporated in traded goods does not spread as rapidly and the deficient use of comparative advantages leads to the waste of innovative potential”. Helmut Wagner, «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?», en *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL* (presented at the Modern Law for Global Commerce, Viena, 2007), 3, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/WagnerH.pdf>.

⁶³ “To understand this point, think of increased certainty as a form of information, for which businesses willingly would pay something”. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 4.

⁶⁴ Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 112.

los costos de transacción⁶⁵, producto de la asesoría legal en su constitución, los trámites necesarios para su creación y la destinación de recursos para su subsistencia.

Ahora bien, imaginemos un escenario en el que las partes tuvieran acceso a dicha información. En este caso no tendrían que pagar por ella y en consecuencia se reducirían los costos de transacción. Exactamente lo mismo sucede con la certeza legal; si hay certeza sobre la ley que regula la transacción, no habrá que realizar ningún tipo de erogación para determinar cuál es la ley aplicable, lo que en efecto también aminora los costos de transacción.

Pero, ¿por qué es la armonización el medio idóneo para lograr la certeza legal? La armonización es el medio idóneo, pues a través de los instrumentos armonizadores se adquiere claridad sobre cuál es la ley aplicable a la transacción internacional.

Así, cuando un Estado ratifica una convención, todas las transacciones que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación se regularán por sus normas, no habiendo discusión en cuanto a la regulación que rige la transacción⁶⁶. Lo mismo sucede cuando son las partes las que, por inclusión dentro del contrato del instrumento armonizador, determinan las reglas que regirán su relación.

De esta forma, al momento de celebrar el contrato las partes conocen las reglas que los van a regir y las que se aplicarían en caso de suscitarse un conflicto, dejando así de estar sometidos a la incertidumbre del desconocimiento de la ley aplicable. Adicional a lo ya dicho, al adaptar los negocios al instrumento internacional se evitarán resultados inesperados y se ganará certeza en la aplicación de la ley y predictibilidad en las decisiones judiciales⁶⁷.

Conforme a lo anterior, se sigue manteniendo un elemento común entre la certeza que es adquirida haciendo uso del instrumento armonizador, cuando este es elegido e incluido en el contrato por las partes, y cuando en ausencia de dicho instrumento las partes eligen en el contrato la ley aplicable a su relación. Dicho elemento común es la posibilidad de que la parte dominante en el contrato imponga la regulación que va a regir la operación internacional.

Al respecto cabe decir que, si bien esta similitud persiste, la diferencia la encontramos en que, en el segundo caso, la parte dominante podrá escoger entre los múltiples ordenamientos aquel que, conforme al contrato y su posible posición en un litigio, favoreciera sus intereses, lo que abre la puerta a la existencia de ordenamientos jurídicos adaptados, modificados e incluso creados, para beneficiar los posibles intereses de las grandes economías o de las grandes empresas.

En el primer caso, si bien se mantiene la posibilidad de que la parte dominante elija la regulación a la que se someterá la operación internacional, el efecto no será el mismo. En primer lugar, son pocas las temáticas que tienen varios instrumentos internacionales que la regulan⁶⁸, lo que elimina toda

⁶⁵ Gerhard Wagner, «Transaction Cost, Choice of Law and Uniform Contract Law», en *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL* (presented at the Modern Law For Global Commerce, Viena, 2007), 1, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/WagnerG.pdf>.

⁶⁶ «Where the CISG has been adopted by a country, it becomes applicable to all international sales and displaces the domestic sales law (...)». Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», 106.

⁶⁷ Peter K. Yu, «The Harmonization Game: What Basketball Can Teach about Intellectual Property and International Trade», *Fordham International Law Journal* 26 (2002), 18, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=341242.

⁶⁸ Uno de estos casos lo vemos en la regulación de transporte marítimo que en la actualidad se encuentra sometida a tres, tal vez cuatro, regímenes distintos. Hoy se mantienen vigentes las reglas de La Haya, Haya Visby, Hamburgo y, sin que entren aún en vigor, pero con altas probabilidades de hacerlo, están también las

posibilidad de elección de la parte dominante en el contrato, y en segundo lugar, una de las principales ventajas de los instrumentos armonizadores es la neutralidad de sus reglas, que las hace acordes a los principios y preceptos de cualquier ordenamiento, no habiendo así ventaja para ninguna de las partes del contrato⁶⁹.

Por último, podemos afirmar que la existencia de un sistema legal armónico que les permita a las partes obligarse incondicionalmente y que dé certeza sobre la interpretación de la voluntad de ellas, no solo reduce los costos de transacción, sino que también abre la puerta a la existencia de relaciones estables y productivas basadas en la confianza mutua de las partes⁷⁰.

b) La existencia de un ordenamiento acorde con el proceso de globalización económica

El surgimiento y perfeccionamiento de nuevos medios de transporte, como el transporte aéreo de carga, la implementación de los *containers* en el transporte marítimo y el mejoramiento de los trenes en Europa y el mundo, aunado al desarrollo de nuevas tecnologías de la información, como la internet, hicieron que fuera más sencillo el establecimiento de relaciones comerciales entre personas situadas en diferentes Estados.

Sin embargo, y a pesar de dichos avances, la existencia de leyes divergentes entre los distintos Estados y la dificultad en la determinación de la ley aplicable a la relación en caso de conflicto constituyen obstáculos para el desarrollo del comercio internacional. En este sentido, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), mediante la Resolución 2205 del 17 diciembre de 1966⁷¹, puso de presente cómo las diferencias entre los ordenamientos que regulan el comercio constituían uno de los mayores obstáculos para el desarrollo del comercio internacional⁷². De igual forma, el preámbulo de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías señala:

Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional [...]⁷³.

Reglas de Rotterdam. Estas últimas expedidas en el año 2009 por UNCITRAL y a la espera de lograr el número de ratificaciones necesarias para entrar en vigor.

⁶⁹ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 263.

⁷⁰ “The primary function of commercial law is to provide tools for economic and social enterprise. Viewed functionally in an international context, harmonization of results, that is, general consistency in substantive outcomes, will allow those who, engage in transactions a higher level of confidence in a worldwide market”. Rosett, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law».

⁷¹ Fue a través de esta resolución que la ONU creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), con el mandato de promover la armonización y unificación del comercio internacional.

⁷² “*Reaffirming its conviction* that divergences arising from the laws of different States in matters relating to international trade constitute one of the obstacles to the development of world trade”. United Nations (UN), «General Assembly resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966 Establishing - United Nations Commission on International Trade Law», *Lex Mercatoria*, s. f., <http://www.jus.uio.no/lm/uncitral.2205-xxi/doc.html>.

⁷³ Naciones Unidas (UN), «Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», s. f., Preámbulo, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>.

Estos obstáculos que dificultan el desarrollo del comercio internacional son explicados por los diversos problemas a los que se tiene que enfrentar una persona que quiere realizar una transacción internacional. Así, por ejemplo, toda persona que quiera participar en el mercado mundial tiene que enfrentarse, en primer lugar, al desconocimiento del ordenamiento jurídico que regula su transacción; en segundo lugar, a la negativa de su contraparte a regir la relación comercial por una regulación distinta a la propia o a una tercera que favorezca sus intereses; en tercer lugar, tendrá la dificultad de la falta de conocimiento del idioma en que está escrita dicha regulación, y en cuarto y último lugar, se verá ante la dificultad de litigar en un foro distinto al propio y con una regulación desconocida.

Dicha situación llevó a que se planteara la necesidad de una ley que rigiera el mercado globalizado⁷⁴, ya fuere a través de una utópica ley única o a través de instrumentos armonizadores, que eliminaran algunas de las divergencias existentes entre los distintos ordenamientos⁷⁵.

Es así como la armonización del derecho se ha convertido en la principal herramienta para la creación de un ambiente propicio que promueva el desarrollo del comercio internacional, mediante la eliminación de aquellas barreras que son consecuencia de la diversidad legal⁷⁶.

En un proceso armonizador exitoso, las diferencias entre los distintos sistemas y ordenamientos disminuyen, lo que hace que las partes que intervienen en el mercado se encuentren ante regulaciones que, a pesar de ser desconocidas en su contenido, no les son del todo ajenas al tener disposiciones y principios comunes a todos los ordenamientos. Adicional a lo anterior, con el paso del tiempo esas disposiciones serán comunes a todas las personas que participan en el mercado internacional, facilitando el comercio y el intercambio de bienes entre sujetos con domicilio en distintos lugares⁷⁷.

De esta forma, a medida que se desarrolla el proceso armonizador se irán rompiendo las distintas barreras existentes en el comercio internacional, ya que las partes no solo tendrán clara cuál es la regulación que los rige, sino que también estarán frente a una regulación que no es del todo desconocida y que, al ser obligatoria para ellas, no existirá la posibilidad de imponer un ordenamiento que favorezca una determinada posición.

⁷⁴ “Technological advances made it easier and more efficient for the businessperson to buy and sell across state borders, thereby reducing barriers to trade. In this new context, the desire to create a uniform law for international sales reflects the inadequacy of many national legal systems to respond to the changing circumstances of modern international trade”. Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980», 5.

⁷⁵ “EU legislators base the harmonization of private law on the necessity of allowing smoother inter-state transactions and leveling the playing field for business entities throughout the internal market”. van Gerven W, «Harmonization of private law: Do we need it?», *Common market law review* 41, no. 2 (2004): 505-532; Caruso, «Private Law and State-Making in the Age of Globalization», 49; Zhang Yuejiao, «Harmonization of contract law and its impacts on China’s contract law», en *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL* (presentado en *Modern Law For Global Commerce*, Viena, 2007), 13, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Zhang.pdf>.

⁷⁶ Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», 13.

⁷⁷ “The CISG is applicable to a great number of international sales transactions and is becoming even more entrenched as the newer generation of lawyers use it as a useful instrument in international trade, rather than fearing it as an unknown body of law that needs to be excluded”. Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», 106.

Por último, es necesario poner de presente que este enfoque no es del todo pacífico en la doctrina y existen autores que consideran que la globalización no lleva consigo la eliminación de las diferencias y preferencias de los ordenamientos nacionales, por lo que debe haber cabida para la divergencia legal⁷⁸.

c) La disminución de los costos de transacción

Ya en el acápite a) del presente capítulo examinábamos cómo la falta de certeza generaba un aumento en los costos de transacción, los que a su vez causaban una disminución de los beneficios que percibían los consumidores, afectaban el potencial innovador y el crecimiento económico. Dicho aumento en los costos de transacción, producto de la falta de certeza, no será tocado en este acápite por haber sido anteriormente expuesto en este texto.

La disminución en los costos de transacción es en definitiva una de las principales razones por las que distintos autores sustentan la necesidad de armonizar las leyes que regulan el comercio internacional.

Al respecto, se dice que la demanda por una completa armonización está basada en la creencia de que la diversidad legal causa mayores costos de transacción, disminuye los beneficios económicos y desalienta la participación de los consumidores en las transacciones internacionales⁷⁹.

Dichos aumentos en los costos de transacción, producto de la diversidad legal, son explicados en la doctrina por distintas razones: Wagner⁸⁰ señala que hay dos motivos por los cuales las diferencias entre los sistemas legales aumentan los costos de transacción: i) por la adquisición de información sobre la regulación que regirá la relación y la adaptación a esta y ii) por la gran cantidad de disposiciones y procesos que aumentan la incertidumbre legal en las transacciones comerciales⁸¹. Reshef⁸² señala que cuando se producen transacciones entre dos partes que tienen normas y cortes distintas, estas incurrirán en costos para conocer las instituciones de cada uno y para redactar un contrato que sea compatible con estas regulaciones. Momberg⁸³ afirma que un derecho contractual armonizado supondría una mejora en el funcionamiento del mercado interior, al reducir los costos que

⁷⁸ “Some argue that increasing harmonization of legal systems is the appropriate answer to globalization in financial markets, whereas others argue that globalization does not do away with local differences and differing preferences, so that room should still be left for divergence”. Michael Faure y Andre Van Der Walt, eds., *Globalization and Private Law: The Way Forward* (Edward Elgar Pub, 2010), 3.

⁷⁹ Cfr. Wagner, «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?», 1; Roumeen Islam y Ariell Reshef, «Trade and Harmonization: If Your Institutions Are Good, Does It Matter If They Are Different?», *World Bank Policy Research Working Paper Series* (mayo 1, 2006): 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917478; Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», 19; Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», 13; Wagner, «Transaction Cost, Choice of Law and Uniform Contract Law», 1; Jan M. Smits, «The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law», en *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL* (presentado en Modern Law for Global Commerce, Viena, 2007), 1, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Smits.pdf>.

⁸⁰ Wagner, «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?», 1.

⁸¹ Para examinar las razones por las cuales dicha incertidumbre trae consigo un aumento en los costos de transacción, véase el acápite a del numeral 1.3 del presente capítulo.

⁸² “But how important is it for trade that institutions are similar? If country A’s laws and courts are different from country B’s, A and B will incur some cost in getting to know each other’s institutions and in writing contracts compatible with each other’s systems”. Islam y Reshef, «Trade and Harmonization», 4.

⁸³ Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», 19.

tiene para las empresas realizar transacciones internacionales. Para Mistelis⁸⁴, una de las ventajas de los procesos de armonización es la reducción de los costos de transacción producto de una notable disminución de los conflictos entre leyes. Yuejiao⁸⁵ señala que una de las ventajas que tiene un proceso armonizador es la reducción o eliminación de los costos de transacción, producto de la disminución de las erogaciones realizadas para la obtención de información sobre un sistema legal.

En ese sentido y sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que dentro de la doctrina existe casi unanimidad en afirmar que la armonización trae consigo una disminución de los costos de transacción; incluso los defensores de la diversidad legal y críticos de la armonización no desconocen este efecto positivo.

Ahora bien, estos costos de transacción que tienen que ser soportados por las partes que intervienen en la operación de comercio internacional afectan especialmente a pequeños y medianos empresarios. Estos, al no tener la posibilidad de participar en la redacción del contrato, se ven ante la necesidad de asumir diversos costos⁸⁶ para poder participar en el mercado internacional. La mayoría de las veces estas erogaciones son superiores a su capacidad económica y son desproporcionadas si son comparadas con el beneficio que se obtendría por la transacción internacional, lo que hace que se abstengan de participar en el mercado.

No sucede lo mismo con las grandes empresas que pueden utilizar su posición dominante en la negociación para imponer como ley aplicable al contrato una que sea de su conocimiento y que no les implique mayores gastos en asesoría legal⁸⁷. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que en algunas transacciones internacionales se encuentren en condiciones de paridad o de inferioridad que los obliguen a asumir diversos costos de transacción, los que en todo caso no serán de tal entidad como para superar los beneficios que obtendrían por su participación en la operación mercantil.

A mi forma de ver, y a pesar de lo dicho, lo anterior no significa que los procesos de armonización carezcan de importancia para las grandes corporaciones. Por el contrario, creo que los beneficios que obtendrían con la disminución de las barreras, la consecución de certeza legal y una regulación acorde a sus necesidades, son motivos suficientes para que estos estén interesados en el desarrollo y el uso de los instrumentos de armonización.

En cuanto a los costos de transacción, si bien podemos afirmar que en el caso de las grandes corporaciones estos no tienen la connotación e importancia que obtienen en el caso de las pequeñas y medianas empresas, que ven en estos una gran barrera para su participación en el mercado mundial, lo cierto es que su disminución sí es de importancia. El pago de los mismos hace que las transacciones sean ineficientes, evita que estos recursos sean destinados a otras operaciones mercantiles y en todo caso disminuye la rentabilidad de las partes en el contrato.

⁸⁴ “(...) Harmonisation of law with the collateral reduced conflict of laws results in significant reduction of transactional costs”. Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», 21.

⁸⁵ Zhang Yuejiao, "Harmonization of contract law and its impacts on China's contract law" (presented at the Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, Viena, 2007), 3, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Zhang.pdf>.

⁸⁶ Estos pueden ser generados como consecuencia de la imposición de la ley aplicable al contrato, la incertidumbre generada por el desconocimiento de las leyes imperativas y los costos que genera un litigio en un foro distinto al propio.

⁸⁷ Smits, «The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law», 3.

A modo de ejemplo, una de las principales formas como las grandes empresas afrontan la diversidad legal y las consecuencias que genera esta en el mercado, es a través de la creación de una sucursal extranjera que se encargue de los negocios que se tienen en dicho lugar. Obviamente la creación de este vehículo legal, como es denominado por Wagner, implica un aumento de los costos que, si bien no impide la participación en el mercado, sí se ve reflejado en el costo final de los productos⁸⁸.

Adicional a lo anterior, la eliminación de los costos de transacción les abrirá a dichas empresas un abanico de opciones inexistentes en el mercado, compuesta por todas las medianas y pequeñas empresas que, debido a las barreras para el ingreso al mercado internacional, se abstendrían de participar en este.

De otro lado, si bien hay un claro reconocimiento en la doctrina de este efecto armonizador hasta el punto de existir casi unanimidad en afirmar que la armonización trae consigo la disminución de algunos de los costos de transacción, no existe dicho acuerdo en cuanto a que esta sea una razón suficiente para impulsar el desarrollo de un proceso armonizador.

En este sentido, Wagner pone de presente cómo el gran cuestionamiento no está en la existencia o no de dichos costos de transacción, sino en si ellos superan el beneficio que genera la diversidad legal. Para este autor, la armonización trae el desaparecimiento de la riqueza que significa la existencia de un sinnúmero de soluciones proporcionadas por los distintos ordenamientos frente a un mismo problema. Afirma que la imposibilidad de aprovechar las distintas soluciones incrementa la probabilidad de incurrir en errores fatales⁸⁹.

Sin embargo, Wagner también pone de presente cómo algunas naciones han llegado a la conclusión de que los beneficios obtenidos en un proceso armonizador son superiores a los que se obtienen de la diversidad legal⁹⁰, lo que lo hace concluir que es dicha relación costo-beneficio lo que debe determinar la decisión de desarrollar, o no, un proceso armonizador.

Esta teoría de Wagner parecería tener una lógica indiscutible, en todos aquellos casos en los que la disminución de los costos de transacción es superior a los posibles beneficios que genera la diversidad legal, debe armonizarse. Sin embargo, tiene una gran dificultad, que es reconocida por el autor, y es que no existen pruebas de los costos y beneficios que produce la diversidad legal o la armonización. Incluso, el autor señala que no existe un medio idóneo que permita establecer de forma precisa los beneficios que produce cada uno, para así poder compararlos y determinar si debe o no armonizarse⁹¹.

Creo sin embargo que, aun cuando no existan medios que nos permitan cuantificar con algún grado de precisión los beneficios que genera la armonización o la diversidad legal, nada obsta para que al momento de tomar la decisión de emprender un proceso armonizador, estos sean objeto de un análisis aun cuando fuere incipiente.

⁸⁸ Wagner, «Transaction Cost, Choice of Law and Uniform Contract Law», 1.

⁸⁹ *Ibíd.*, 2.

⁹⁰ «But still, there clearly are examples in legal history where a single nation or a commonwealth of nations came to the conclusion that the benefits of harmonization are greater than the benefits of diversity. (...)The most prominent example here is of course the CISG. The success of both the CISG and the Model Law on International Commercial Arbitration are evidence of the fact that both, lawmakers and the business community think that there are gains from adopting the Model Law and signing the CISG. These gains are in the form of transaction costs saved». *Ibíd.*

⁹¹ Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», 28; Wagner, «Transaction Cost, Choice of Law and Uniform Contract Law», 2.

Tomar esta decisión sin realizar un análisis previo no solo es irresponsable sino que implica desconocer una realidad, y es que no en todos los casos es viable un proceso armonizador. Debemos tener en cuenta que existen casos en los que es factible que, por la misma temática, no exista la posibilidad de llegar a un acuerdo internacional, así como habrá otros casos en los que no sea viable el proceso por razones estrictamente económicas.

Cabe aclarar que esto no significa que considere que existan temas relacionados con el Derecho Comercial Internacional que no deban ser objeto de armonización; por el contrario, considero que si estamos en un mundo globalizado debe existir una regulación global. Lo que quiero decir es que hay casos en los que no es viable el desarrollo de un proceso armonizador, ya sea por la imposibilidad de llegar a un acuerdo en un determinado tema o por la existencia de distintos factores que lo hacen inviable económicamente.

Por último, en ningún caso los costos de transacción pueden ser considerados como el único criterio que debe ser objeto de análisis para decidir si adelantar o no un proyecto armonizador. Esto implicaría el desconocimiento de otros beneficios no económicos, como la eliminación de barreras para el ingreso al mercado mundial, el aumento de los participantes en el mercado o la obtención de certeza legal.

1.4 Objetivos del proceso armonizador

La globalización y el desarrollo del comercio internacional han llevado al surgimiento de distintos problemas jurídicos que afectan constantemente las relaciones comerciales, lo que ha conducido a la búsqueda de soluciones que permitan y faciliten las transacciones en el marco del nuevo contexto internacional.

La búsqueda de estas soluciones ha llevado al desarrollo de distintos y variados procesos de armonización en aras de facilitar el comercio internacional y proporcionar una regulación acorde con el nuevo contexto global.

Dichos procesos de armonización tienen como propósitos: la unificación del derecho, la reducción del riesgo legal, el mejoramiento de las normas que rigen el comercio internacional y por último el mejoramiento de los conocimientos y cualidades de los distintos agentes que participan en una transacción internacional.

a) La unificación de algunas normas que regulan el comercio internacional

La unificación de las normas que regulan el comercio internacional es a mi modo de ver el más grande e importante objetivo de todo proceso armonizador. Concebida como un proceso, la armonización no debe perder de vista su mayor objetivo como es el de acondicionar el camino a recorrer para lograr el

gran objetivo de la unificación del Derecho Comercial Internacional⁹²; la armonización es el primer escalón para lograr la anhelada unificación de las normas y acorde con esto uno de sus objetivos debe ser propender al desarrollo de la unificación⁹³.

Como se señaló, la armonización y la unificación son conceptos que a pesar de ser distintos se encuentran en una estrecha relación. Muestra de lo anterior es que se ha considerado que, en determinadas circunstancias y cumpliéndose determinados factores, por medio de un instrumento armonizador puede lograrse la unificación de una regulación⁹⁴.

A modo de ejemplo, la aceptación universal del instrumento, una mayor producción normativa que sustituya las leyes preexistentes⁹⁵, la presencia de una fuente de interpretación auténtica y la existencia de un análisis continuo y permanente por la doctrina del instrumento internacional, son algunos de los factores que de cumplirse a cabalidad podrían llevar a la unificación de las normas que rigen las transacciones internacionales.

La unificación del Derecho Comercial Internacional no es un objetivo de fácil consecución; es más, podríamos afirmar que es un objetivo de carácter utópico, si tenemos en cuenta la dificultad⁹⁶ que existe de lograr la consecución de los factores anteriormente nombrados⁹⁷ y las implicaciones que tiene su implementación.

La difícil consecución de la unificación de las normas del Derecho Comercial Internacional hace imposible que esta pueda llegar a conseguirse de forma espontánea; debe existir, en consecuencia, un proceso que se adelante de forma paulatina y que permita transitar el camino necesario para lograr su obtención.

Dicho proceso no puede ser otro que el de la armonización; lo contrario sería intentar pasar de la diversidad legal a una única disposición que regulara el comercio internacional, lo que, si bien no deja de ser atractivo, no es viable en la práctica. Intentar esa transición en un solo momento, no solamente sería arriesgado sino que sería una pérdida de tiempo. La posibilidad de lograr un acuerdo internacional que implique la sustitución de todas las disposiciones que regulan la materia no se encuentra al alcance de nuestras manos, no solamente por la falta de compromiso de los distintos

⁹² “Conceived as a process, harmonisation of laws is sensible first towards the grander goal of unification. However, it is only a first step and to achieve unification the harmonisation of substantive laws must be reinforced by procedural harmonisation and therefore consistency of results”. Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980», 5.

⁹³ Cfr. Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», 21; Rosett, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law», 6.

⁹⁴ Cfr. Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 230; Mistelis, "Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law", 5.

⁹⁵ *Ibid.*, 5.

⁹⁶ A modo de ejemplo, Mistelis califica como “utópicos” los factores nombrados como necesarios para la consecución de la unificación a través de un instrumento armonizador. “[...] harmonisation is a process which may result in unification of law subject to a number of (*often utopian*) conditions being fulfilled, such as, for example, wide or universal geographical acceptance of harmonising instruments, and with wide scope of harmonising instruments which effectively substitute all pre-existing law” (cursivas fuera del texto). *Ibid.*

⁹⁷ Dos son las razones que nombra el autor para que no se logre la consecución de estos factores: (i) el ámbito de aplicación limitado que tienen los instrumentos armonizadores y (ii) la no adopción del instrumento armonizador por todos los Estados que participan en el comercio global. *Ibid.*, 14.

Estados, sino también por la existencia de diversos aspectos, difícilmente conciliables, que hacen inviable cualquier proyecto de unificación, sin un previo intento de armonización.

De esta forma, al ser la armonización un paso necesario para lograr la unificación del Derecho Comercial Internacional, uno de sus objetivos tiene que ser la búsqueda de la unificación de las normas que regulan el comercio mundial; ya sea por medio de un instrumento que cumpla los requisitos nombrados y consiga el anhelado objetivo, o utilizándolo como instrumento destinado a facilitar y abonar el terreno para su eventual obtención.

b) La reducción del riesgo legal

En un contexto globalizado en el que existen múltiples ordenamientos que pueden llegar a regir una transacción internacional, los agentes que hacen parte de dicha relación deberán estar pendientes de las diferentes reglas que pueden aplicarse a su operación. En este contexto el riesgo legal puede ser definido como la incertidumbre acerca del sistema normativo que regirá las relaciones nacidas como producto de una transacción de comercio internacional, o como la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable a los diferentes contratos que se generen durante la misma⁹⁸.

La incertidumbre que genera para estos agentes la inexistencia de un conocimiento fehaciente sobre el régimen legal aplicable a una transacción internacional, es una de las principales razones que desestiman la inversión extranjera y el comercio mundial, lo que ha llevado a que la doctrina sostenga que uno de los principales objetivos del legislador debe ser la obtención de predictibilidad y estabilidad en las relaciones comerciales⁹⁹.

Como consecuencia de esta incertidumbre, las partes aprovechan esta oportunidad para iniciar procesos judiciales en las jurisdicciones que favorecen su posición dentro del litigio, generando la necesidad de incurrir en diversos costos para evitar los efectos negativos de dicho oportunismo. Estas erogaciones, que se ven obligados a realizar los agentes que quieren entablar una relación internacional, hacen ineficientes las transacciones y originan el rechazo de negocios rentables bajo otras circunstancias¹⁰⁰.

La reducción de los riesgos legales no solo hará las transacciones comerciales más eficientes, sino que también causará la eliminación de todas las precauciones que tenían las partes frente a su participación en el mercado, lo que abrirá la puerta al desarrollo de un sinnúmero de nuevas transacciones.

La existencia de un régimen que les permita a las partes asumir obligaciones y predecir las consecuencias derivadas de la aplicación de este, creará un ambiente de confianza en la contraparte que llevará consigo la consecución de relaciones estables y productivas¹⁰¹.

Sin embargo, no toda disminución del riesgo legal es beneficiosa. Existe un nivel de riesgo que es óptimo y que debe permanecer en la legislación.

⁹⁸ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 245.

⁹⁹ “Knowing that this divergence exists, parties may act opportunistically, such as by claiming a default and filing suit in a jurisdiction known for its eccentric rules and practices. Expecting this, parties in turn will invest in ways to protect themselves from this opportunism, including at the margin turning away from otherwise profitable transactions”. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 4.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 245.

La eliminación del riesgo legal traería consigo un sistema jurídico en el que no habría lugar a dudas a la hora de interpretar el texto, lo que permitiría que las partes pudieran conocer con certeza el resultado de una futura disputa¹⁰². No obstante, y aunque pareciera que esto es lo deseado, una mayor claridad implica la elaboración de reglas precisas que cubran las distintas eventualidades que pueden surgir durante la ejecución del contrato. Estas reglas, que conllevan un alto grado de certeza legal, aumentan la probabilidad de obtener soluciones adversas a los intereses de las partes, produciendo, como consecuencia de lo poco atractivo e improbable que sería su adopción, el fracaso del proceso armonizador.

Piénsese en un sistema legal que estableciera que, independiente de la causa, todo retraso en la entrega de las mercaderías da por terminado inmediatamente el contrato de compraventa. Esta es una disposición frente a la cual no existen mayores posibilidades de interpretación y que aumenta de forma exponencial la certeza en cuanto a la aplicación de la ley, al supeditar el cumplimiento del contrato a la verificación de un hecho objetivo como es la entrega en tiempo de las mercaderías¹⁰³. Sin embargo, y a pesar del alto grado de certeza que existiría con una disposición de este tipo, los agentes del comercio internacional prefieren someterse a una disposición con algún grado de incertidumbre, que a una como esta que les garantiza un resultado desfavorable para sus intereses¹⁰⁴.

Un sistema que les imponga a las partes la carga de negociar diversos aspectos en aras de evitar las distintas contingencias, producto de la falta de certeza del régimen legal aplicable, puede traer consigo un aumento en los costos de transacción e incluso una necesaria asesoría legal. Sin embargo, un sistema que contenga un grado de certeza tal como el ejemplificado, aun cuando elimine dicha carga, no llevará a las partes más allá de la etapa de negociaciones¹⁰⁵.

Lo anterior no quiere significar que únicamente los ordenamientos con un alto grado de incertidumbre, que les proporcionen a las partes múltiples interpretaciones y soluciones ante un incumplimiento, conduzcan al perfeccionamiento del contrato. Sino que, tal como lo señala Stephan¹⁰⁶, en la regulación mercantil debemos realizar elecciones entre flexibilidad (que implica un mayor grado de incertidumbre) y certeza, donde los agentes del comercio internacional suelen preferir, dentro de límites razonables, la primera sobre la segunda.

Para que un ordenamiento jurídico sea acorde con el contexto de la globalización y en todo caso facilite el desarrollo del comercio internacional, debe haber un equilibrio entre flexibilidad y certeza que les permita a las partes gozar de cierta libertad en sus negociaciones, asumir ciertos riesgos en la ejecución del contrato, y que a la vez exista una senda clara en la que pueda producirse una decisión en caso de conflicto.

¹⁰² Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 4.

¹⁰³ “Imagine, for example, a legal regime that held that late deliveries voided a contract of sale, no matter what delayed the goods. This rule optimizes certainty by making the legal relations of the parties turn on an objectively knowable event, namely the moment of delivery. But many parties would prefer a more lenient if ambiguous rule that distinguished between serious delays and de minimis tardiness, with further refinements perhaps depending on the nature of the goods, the market in which the goods might be resold, and the preferred method of shipment”. *Ibíd.*, 5.

¹⁰⁴ “Some traders will prefer undertaking a deal not knowing for sure what the legal consequences of a lapse might be to having to confront inevitable legal consequences of failure”. *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ “In commercial law we continually must make tradeoffs between flexibility and certainty, and business people within reasonable limits seem to want the former”. *Ibíd.*, 4.

A modo de ejemplo, un ordenamiento que supedita el incumplimiento por retraso en la entrega de las mercaderías, al transporte utilizado y al tipo de mercancía, es una regulación en la que existirá un equilibrio entre flexibilidad y certeza. Las partes negociarán cada uno de estos aspectos y, en caso de producirse un conflicto, estas asumirán una posición acorde con los hechos, el contrato y la ley.

Por el contrario, un ordenamiento que no tenga reglas claras o condicione el incumplimiento por retraso en la entrega de las mercaderías a una gran cantidad de factores¹⁰⁷, no solo dificultará las negociaciones entre las partes, sino que también creará un grado tal de incertidumbre que llevará a decisiones contradictorias y al rechazo del ordenamiento por los agentes que intervienen en el mercado internacional.

De esta forma, si bien todo proceso armonizador tiene como objetivo la reducción de los riesgos legales, reflejados en la incertidumbre en torno al régimen aplicable a una relación comercial y al contenido del mismo, debe buscarse, como ya fue dicho, un equilibrio entre certeza y flexibilidad. Este equilibrio debe permitir la negociación de algunos elementos del contrato, sin que esto implique que toda relación internacional tenga que ser objeto de negociación individual¹⁰⁸, evitar que el instrumento genere un grado de incertidumbre que supere lo razonable e impedir que los costos de transacción sean de tal envergadura que desestimulen su empleo.

c) **Mejoramiento de las normas que rigen el comercio internacional**

Un tercer objetivo es el mejoramiento de las reglas que rigen el comercio internacional, por medio de la creación de normas que sustituyan aquellas que no son acordes con las prácticas comerciales ni adecuadas para el desarrollo de las relaciones internacionales¹⁰⁹.

Dicho mejoramiento implica la creación de normas que cumplan de una mejor manera con el propósito para el cual han sido creadas y modifiquen el *statu quo* de algunos de los objetivos de carácter social de la ley, como la consecución de una justicia redistributiva o el mejoramiento del bienestar económico de las personas a las que va dirigida la disposición¹¹⁰.

La doctrina ha señalado cómo las reglas locales no son aptas para regular el comercio internacional, al no haber sido este el propósito para el cual han sido creadas¹¹¹. De esta forma, uno de los objetivos de

¹⁰⁷ A modo de ejemplo, un ordenamiento que supedita el incumplimiento por retraso en la entrega de las mercaderías al tipo de transporte, de mercaderías, a una distinción entre un retraso esencial y uno simple, al lugar de entrega o de despacho, y a otros factores; es un ordenamiento que no solo les impone una gran carga a las partes a la hora de las negociaciones, sino que adicionalmente rodea de incertidumbre cualquier situación relacionada con este tipo de evento.

¹⁰⁸ “We thus must consider unification and harmonization as desirable to the extent it achieves a desirable reduction of legal risk, but not if it imposes such a highly developed and specific set of rules that a considerable number of transactions require substantial individualized negotiations”. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 5.

¹⁰⁹ Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», 13.

¹¹⁰ Cfr. Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 247; Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 5.

¹¹¹ La ignorancia de la ley extranjera y la desconfianza en sus instituciones son dos razones adicionales que se utilizan para fundamentar la necesidad de una disposición internacional. Cfr. William S. Fiske, «Should Small

todo proceso armonizador es proveer a la comunidad de comerciantes un conjunto de disposiciones acorde a sus necesidades y a los problemas que se enfrentan al querer entablar una relación internacional de tipo comercial.

Este objetivo tal y como está planteado nos lleva a cuestionarnos acerca del motivo por el cual se debe optar por una regulación internacional, y no acudir a las reglas locales.

En primer lugar, en la expedición de un instrumento internacional hay, por regla general, una concurrencia de personas de diferentes partes del mundo. Representantes de distintos sistemas legales con culturas distintas que enriquecen notablemente el producto final¹¹², al permitir que la solución a un problema común se permeabilice de otras tradiciones jurídicas, en definitiva pueden llevar a la expedición de normas que respondan de una mejor manera al problema planteado.

El desarrollo de las actividades a través de grupos de trabajo, como sucede en UNCITRAL o UNIDROIT, les permite a los participantes determinar problemáticas comunes a todos los sistemas y examinar posibles soluciones desde distintas perspectivas. La consecuencia es la posible obtención de soluciones que han sido eficientes en un determinado sistema jurídico y que pueden utilizarse a nivel internacional, o el surgimiento de nuevas e innovadoras soluciones producto de las experiencias expuestas por los representantes de los distintos ordenamientos y tradiciones jurídicas.

En segundo lugar, quienes intervienen en la elaboración de los instrumentos armonizadores destinados a que rijan un determinado aspecto del Derecho Comercial Internacional son la mayoría de las veces reconocidos expertos con un gran conocimiento sobre el tema, lo que les otorga un valor superlativo a estos instrumentos¹¹³. Este mayor valor es consecuencia de tres factores: (i) del reconocimiento que tienen quienes participan en la elaboración de las disposiciones, (ii) el hecho de que estos suelen representar la posición de los más importantes juristas en una temática particular, y (iii) por la calidad que tiene el instrumento al ser consecuencia del análisis y del arduo debate que se ha producido a lo largo de su expedición.

En tercer lugar, los ordenamientos locales que regulan el comercio interno no tienen en consideración los distintos y variados factores que pueden afectar una transacción internacional y que se encuentran ausentes en las transacciones locales. Por esta razón, y como consecuencia de no existir una regulación que los contemple, se ven en la imposibilidad de dar respuesta a muchos de los eventos que surgen en desarrollo de una relación de comercio transfronterizo.

Por último, y en cuarto lugar, el desarrollo del comercio internacional y la participación de diferentes Estados en el mercado mundial es un problema de política económica y en ocasiones de arraigadas percepciones nacionalistas. Durante los últimos 20 años, países que por su política económica no participaban en el mercado mundial, han abierto sus fronteras y han empezado a participar en este de distintas formas y con diverso ímpetu¹¹⁴. Muchos de estos procesos de apertura o de aproximación al comercio internacional se produjeron con un ordenamiento que mantenía las concepciones arraigadas

and Medium-Size American Businesses “Going Global” Use International Commercial Arbitration?”, *Transnat'l Law* 18 (2005), 455.

¹¹² “[...] systematic study of the experience of different legal systems might provide law reformers with more and better data for drawing conclusions about which rules work best”. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 5.

¹¹³ *Ibíd.*, 6.

¹¹⁴ *Ibíd.*

que justificaban su no intervención en el comercio global y que en consecuencia no eran adecuados para la participación de estos países en transacciones transfronterizas. De esta forma, lo más adecuado para afrontar este nuevo escenario era la adopción de ordenamientos jurídicos de otros Estados que fueran acordes con este contexto.

Sin embargo, esta adopción era mirada con ojos críticos y la mayoría de las veces rechazada al considerar que el ingreso de una legislación aprobada en un Estado distinto, de acuerdo con sus necesidades y por un órgano democrático diferente al suyo, implicaba ceder parte de su soberanía nacional. Ante dicha situación, los instrumentos internacionales son el medio idóneo para impulsar la participación en el mercado mundial, al permitirles la adopción de una disposición normativa creada y destinada para dichos efectos y que les permite mantener su dignidad y soberanía¹¹⁵.

Así las cosas, todo proceso armonizador debe buscar la sustitución de las normas que no sean adecuadas para regular relaciones de carácter global por otras que se adecuen a las necesidades que tienen los comerciantes que intervienen en operaciones de comercio internacional. Esto facilitará el establecimiento de operaciones mercantiles y otorgará certeza y predictibilidad en las decisiones judiciales.

d) Mejoramiento de los conocimientos y cualidades de los distintos agentes que participan en una transacción internacional

El cuarto objetivo de todo proceso armonizador es el mejoramiento del conocimiento y de las cualidades de los distintos agentes que intervienen en el comercio internacional. La existencia de un ordenamiento internacional les permitirá adquirir un conocimiento común y especializado, y abrirá la puerta para una continua comunicación entre ellos. Dicha retroalimentación mejora el entendimiento del texto y optimiza la prestación del servicio, a pesar, incluso, de las falencias que posea el instrumento armonizador¹¹⁶.

Las diferencias lingüísticas, culturales y profesionales a las que se enfrentan los abogados que participan en transacciones transfronterizas crean vacíos de conocimiento que afectan su función asesora y dificultan la consecución de cualquier acuerdo entre las partes. Un ordenamiento común que rija estas relaciones permitirá de manera adecuada colmar los vacíos de conocimiento que generan estas diferencias, facilitando la labor del asesor al eliminar barreras de tipo cultural, jurídico e idiomático. De esta forma, el agente que participa en la transacción internacional prestará un servicio más eficiente y podrá proporcionar soluciones adecuadas a las necesidades que posee su cliente¹¹⁷.

Mejorar el conocimiento y las cualidades de los abogados y agentes que participan en el comercio internacional, si bien beneficia individual y colectivamente a esta profesión, también produce réditos para la comunidad¹¹⁸.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*, 7.

¹¹⁷ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 248.

¹¹⁸ Cfr. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 7; Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 249; Robert Cooter y Janet T. Landa, «Personal versus Impersonal Trade: The Size of Trading Groups and Contract Law», *International Review of Law and Economics* 4, no. 1 (1984), 15; Yu, «The Harmonization Game», 7.

Los abogados especializados o que hacen parte de grandes firmas suelen participar continuamente en transacciones internacionales, lo que hace que tengan un incentivo común: lograr una reputación, fiabilidad y predictibilidad. En aras de mantener esta inversión, estos estarán interesados en la disminución de los riesgos legales, aun cuando el instrumento en sí mismo parezca incrementarlos¹¹⁹.

Dicho interés se explica al ser este el único medio que está en sus manos para lograr predecir la probabilidad de éxito que tienen en la disputa¹²⁰ y evaluar la conveniencia de iniciar un futuro litigio.

De otro lado, y producto del mejoramiento de las cualidades y características de quienes intervienen en una transacción de comercio internacional, la comunidad en general percibirá importantes beneficios, que se reflejan en una disminución de los riesgos legales, y un alto grado de predictibilidad de las decisiones judiciales.

Por último, los procesos de armonización también permiten la creación de un lenguaje común entre los estudiantes de derechos de todo el mundo, creando un ambiente propicio para el desarrollo de procesos comparativos¹²¹.

1.5 Armonización y derecho comparado

La relación que existe entre el derecho comparado y la armonización no es sencilla; por el contrario, podríamos afirmar que es una relación compleja que admite diversos puntos de vista¹²².

La discusión al respecto se encuentra en si existe la necesidad de utilizar el derecho comparado para lograr el desarrollo de un proceso armonizador, tema que no es del todo pacífico en la doctrina, en que se esbozan dos posiciones sobre el punto: Sacco¹²³ afirma, desde un punto de vista histórico, que la unificación no requiere del derecho comparado para lograr su desarrollo. Zweigert y Kotz¹²⁴ opinan que la armonización sí necesita del derecho comparado.

Podríamos afirmar que ambas posiciones son acertadas. La recepción del derecho romano, durante los siglos XI al XIX, y del derecho francés en los países latinoamericanos se produjo sin que se adelantara un trabajo comparativo¹²⁵. Sin embargo, otros procesos exitosos de armonización, como el desarrollado a través de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)¹²⁶, han partido de procesos comparativos.

¹¹⁹ Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 7.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Jan M. Smits, «The Principles of European Contract Law and the Harmonization of Private Law in Europe», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, ed. Antoni Vacquer (Valencia: Tirant, 2005), 6, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=792545.

¹²² Pablo, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», 921.

¹²³ Rodolfo Sacco, *Introduzione al Diritto Comparato*, 3.^a ed. (Turín, 1989); Pablo, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», 920.

¹²⁴ K. Zweigert y H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, 3.^a ed. (Oxford, 1998); Pablo, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», 920.

¹²⁵ Pablo, *ibíd.*, 921.

¹²⁶ La CISG como proyecto armonizador ha tenido un gran éxito y es uno de los paradigmas en el Derecho Comercial Internacional; la convención hoy se encuentra ratificada por 77 Estados y cerca de un 80% de las transacciones internacionales se rigen por ella.

A pesar de la anterior experiencia empírica, creo que hoy no es posible adelantar un proceso de armonización *exitoso* sin previamente haber llevado a cabo un estudio serio de derecho comparado. Este le proporciona un sinnúmero de disposiciones que no solo facilitan el desarrollo del proceso, sino que también son indispensables para lograr la consecución de su objetivo.

El derecho comparado¹²⁷ es una pieza fundamental para la comprensión de las reglas e instituciones que hacen parte de los distintos sistemas jurídicos¹²⁸. Nos revela el desarrollo histórico¹²⁹ y la realidad última de las instituciones y disposiciones que existen en un ordenamiento, lo que proporciona una perspectiva que de otra forma no podría ser tenida en cuenta.

La armonización tiene la característica de ser un proceso que prescinde de las causas y circunstancias que llevaron en cada sociedad a la adopción o expedición de un texto legal¹³⁰. Esta perspectiva histórica, lejos de ser irrelevante, es de gran importancia en el desarrollo del proceso, si tenemos en cuenta que muchas de las instituciones o disposiciones, cuya implementación se discute, pueden tener una fuerte carga histórica que justifique su existencia y efectividad en dicho ordenamiento. Así, la implementación de una norma en un sistema que carece del contexto socio-cultural en que fue expedida la disposición, puede no ser del todo exitosa. Dicho fracaso se puede explicar en razón de la dependencia que existe entre el contexto, las características del sistema y la efectividad de la disposición, de modo tal que cuanto mayor sea el vínculo entre la efectividad de la disposición y el contexto en que fue expedida, tanto menor será la posibilidad de que la inserción de la norma en otro ordenamiento sea satisfactoria.

Este efecto negativo se hace visible especialmente en casos de trasplantes legales¹³¹ en los que una disposición o institución es extraída de un ordenamiento para ser insertada y aplicada en otro. En estos casos suele ser común que, por la codicia de obtener resultados rápidos en un determinado problema, se omita realizar un análisis histórico del contexto político y cultural que existía al momento de la expedición de la normatividad, lo cual genera resultados desastrosos¹³².

A modo de ejemplo, encontramos en nuestro país, en materia de pensiones, el caso del régimen de ahorro individual. Este régimen pensional fue trasplantado a Colombia en la década de los noventa, dividiendo el subsistema de pensiones en dos: el régimen de prima media con prestación definida y el

¹²⁷ “El impulso con miras al derecho comparado suele provenir del deseo de comprender a los otros, para afirmarnos en nuestra propia particularidad o para recibir su modelo, pero en definitiva ha de surgir de la necesidad de convivir con los demás en una “complejidad pura”, en la que nos diferenciamos y nos integramos”. Miguel Ángel Ciuro Caldani, «El Derecho comparado y su relación con el derecho internacional privado», s. f., 1, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/345/255>.

¹²⁸ “Comparative law not only enables one to know domestic law better but to check hypotheses formulated in the sociological analysis of law”. Rodolfo Sacco, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of III)», *The American Journal of Comparative Law* (1991), 388.

¹²⁹ Rodolfo Sacco, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)», *The American Journal of Comparative Law* (1991), 26; Esin Örüçü, «Critical comparative law: Considering paradoxes for legal systems in transition», *Netherlands Comparative Law Association* 4.1 (junio 2000), <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html>.

¹³⁰ Pablo, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», 938.

¹³¹ Este tema será desarrollado más afondo en capítulo II sección 1.

¹³² “Comparative law studies point, on the one hand, to the failures and weaknesses of transplants as a means of law reform and modernization while disregarding socio-cultural diversities, by stressing unsuccessful examples, especially those related to colonial experiences”. Örüçü, «Critical comparative law: Considering paradoxes for legal systems in transition».

régimen de ahorro individual. Dicho trasplante se produjo desconociendo los antecedentes, el contexto y las características del sistema chileno para la época de su expedición¹³³, lo que con el paso del tiempo trajo importantes consecuencias negativas: (i) una desfinanciación del régimen de prima media con prestación definida, (ii) la pérdida del régimen de transición para muchas personas que desconocían las consecuencias del traslado de un régimen a otro y (iii) la no consecución siquiera de una pensión mínima para quienes se trasladaran o ingresaran en este último.

Por otro lado, si bien es frecuente la eliminación de dicho análisis histórico en los trasplantes legales, nada obstaría para que en otro tipo de métodos (convenciones internacionales, principios, entre otros)¹³⁴ se produzca el mismo suceso. La diferencia se encuentra en que en estos casos, al haber un desarrollo en extenso y contar con la participación de importantes juristas de diversos países, su acaecimiento sería menos probable.

La armonización del derecho conlleva la determinación del denominador común entre los diferentes ordenamientos jurídicos y de aquellas diferencias que afectan las relaciones comerciales entre quienes están sujetos a ellos. Esta es una tarea que no es del todo sencilla y que requiere el desarrollo de un proceso comparativo, en el que se haga un paralelo entre los distintos sistemas que permita visualizar los puntos comunes y diferencias más problemáticas. De esta forma, la utilización del derecho comparado es vital para la consecución de estos resultados¹³⁵, al ser el medio idóneo que permite realizar dicho paralelo y establecer que debe, o no, ser objeto de armonización¹³⁶.

El derecho comparado se guía por el interés de formular una teoría general de los ordenamientos que estudia, utilizando los conceptos e instituciones obtenidos del estudio comparativo, para establecer un modelo general de una determinada regulación o institución. La armonización, por el contrario, tiene como punto de partida la labor del comparatista¹³⁷; parte del modelo general y del estudio elaborado para su creación, como base para determinar las similitudes y diferencias entre los sistemas, adquiriendo una perspectiva analítica de las reglas e instituciones que facilitan la toma de decisiones de cara al proceso armonizador. De esta forma, el derecho comparado se pone al servicio de la armonización y crea un marco metodológico para afrontar el trabajo comparativo y encontrar el más amplio común denominador entre las distintas tradiciones jurídicas¹³⁸.

¹³³ En Chile, con la creación de este régimen fue eliminado el régimen de prima media con prestación definida, adicionalmente para la época cerca del 80% de las personas laboralmente activas tenían contrato de trabajo, lo que generó la existencia de grandes capitales que eran administrados por fondos de pensiones que se encargaban de realizar diversas inversiones en aras de producir una rentabilidad mínima establecida por ley, lo que a su vez influyó positivamente en la economía del país. Estas características y otras propias del contexto no fueron examinadas al momento de realizar el trasplante legal.

¹³⁴ Estos serán examinados a fondo en capítulo II.

¹³⁵ Michael Stürner, «Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?», s. f., 184, http://digitool-uam.greendata.es/view/action/singleViewer.do?dvs=1315438699644~716&locale=es_ES&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=4&search_terms=SYS%20=%20000003984&adjacency=N&application=DIGITOO-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true©RIGHTS_DISPLAY_FILE=DerechosUSO.

¹³⁶ En este caso, no me refiero a si es beneficioso o no frente a una determinada temática adelantar un proceso armonizador, sino a qué se debe mantener o eliminar dentro de los sistemas para lograr una mayor afinidad entre sí.

¹³⁷ Pablo, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», 926.

¹³⁸ *Ibid.*, 938.

El desarrollo de un trabajo comparativo es fundamental para todo proceso armonizador, al ser por medio de este que se obtienen, de los diversos sistemas jurídicos, soluciones a los problemas propios del comercio internacional. Es este proceso el que permite obtener no solo la mayor gama de soluciones, sino también nuevos e innovadores remedios a los problemas planteados¹³⁹, lo que a su vez garantiza una mayor probabilidad de éxito en el desarrollo del proceso armonizador.

Por otro lado, es común que en el desarrollo del proceso armonizador se encuentren múltiples soluciones ante un mismo problema, teniendo que escoger entre estas la que mejor se adecue al contexto global y a las necesidades del comercio internacional¹⁴⁰. Esta es una decisión cuyo éxito dependerá en una gran medida del previo estudio comparativo que se hubiera realizado, al ser este el que le proporcione las herramientas necesarias para evaluar cada una de estas soluciones desde el punto de vista de sus efectos y del contexto histórico y cultural en que fueron expedidas¹⁴¹.

Es como consecuencia de todo lo anterior que considero que hoy es imposible desarrollar un proceso armonizador en el que no se utilice el derecho comparado. La armonización lo necesita para lograr su desarrollo y la consecución de sus objetivos, a tal punto que existen autores quienes afirman que la armonización es el producto propio de la comparación¹⁴², mientras que otros, por el contrario, ven el futuro del derecho comparado en la búsqueda de la armonización¹⁴³. Más allá de estas dos posturas, lo que es importante recalcar es que hoy la armonización requiere del derecho comparado y de los procesos comparativos para lograr la consecución de sus objetivos.

A pesar de lo anterior, creo que es factible que se adelante un proceso de armonización en el que no se utilice en mayor medida el derecho comparado¹⁴⁴. Sin embargo, igualmente creo que en ningún caso un proceso con esta característica puede llegar al cumplimiento de sus objetivos. En otras palabras, el proceso se puede adelantar en su totalidad y culminar con la expedición de una convención internacional, unos principios generales, una ley uniforme o un contrato estándar, pero estos no llegarán a cumplir con el objetivo de disminuir las diferencias entre los sistemas, aumentar su compatibilidad y facilitar el comercio internacional.

Esta imposibilidad de lograr la consecución de los objetivos del proceso armonizador, como consecuencia de la ausencia de un trabajo serio de derecho comparado, se puede explicar por las siguientes razones:

1. La inexistencia de un estudio serio de derecho comparado puede hacer imposible la determinación de aquellos problemas comunes a los distintos ordenamientos que afectan el

¹³⁹ Örüçü, «Critical comparative law: Considering paradoxes for legal systems in transition».

¹⁴⁰ Pablo, «Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos», 18.

¹⁴¹ «Una forma particular de encuentro metodológico entre armonización y comparación la hallamos en el grupo de trabajo de Trento [...]. Como es sabido, la idea es reunir a juristas de distintas tradiciones jurídicas, quienes frente a cuestiones similares, expuestas bajo la forma de casos, exponen la solución que el sistema jurídico de sus respectivas raíces consagra. Este tipo de trabajo pretende poner el derecho comparado ‘al servicio de la armonización’, con el fin de esclarecer el marco doctrinal que puede servir al proceso armonizador del derecho europeo». *Ibíd.*, 937.

¹⁴² *Ibíd.*, 956.

¹⁴³ Örüçü, «Critical comparative law: Considering paradoxes for legal systems in transition».

¹⁴⁴ Piénsese como ejemplo en una convención emitida por un organismo internacional en la que se optó por la creación de una regulación a partir únicamente de dos ordenamientos, caso en el que, si bien habría un trabajo comparativo, sería poco lo que este llevaría a una baja aceptación del instrumento al desconocer otras tradiciones, ordenamientos y sistemas.

comercio internacional, lo que a su vez impediría el cumplimiento de uno de los objetivos de todo proceso armonizador, como es la disminución de las barreras que impiden el desarrollo del comercio.

2. A pesar de que el texto emitido como consecuencia del proceso armonizador sea acorde con las problemáticas del comercio internacional, la ausencia de un trabajo comparativo hará que se omitan soluciones más eficientes que habrían podido ser proporcionadas por otros sistemas. De este modo, las soluciones incorporadas en el texto no serán satisfactorias para los comerciantes, lo que llevará a la no adopción del texto o a su eventual abandono.
3. El desarrollo de un proceso armonizador en el que los miembros del organismo que va a emitir el instrumento se limiten a trasladar instituciones, sin realizar, por medio de un estudio comparativo, un análisis histórico de las distintas figuras, puede generar que las instituciones y disposiciones incorporadas en el texto no tengan los efectos esperados al momento de su aplicación.
4. La ausencia de un estudio comparativo elimina la posibilidad de adquirir soluciones nuevas e innovadoras que den respuesta a las problemáticas planteadas. Dicha falta de innovación en las disposiciones del instrumento puede ser causa para la no adopción del mismo, sobre todo en aquellos casos en los que han existido previos instrumentos que hayan regulado la materia y cuyas disposiciones no hayan sido satisfactorias.
5. La poca utilización del derecho comparado impedirá el enriquecimiento del proceso con las experiencias positivas que han tenido diversos ordenamientos frente a una disposición determinada, lo que afectará los posibles resultados que pueda tener el instrumento internacional. Lo anterior se explica si tenemos en cuenta que se están dejando de lado valiosas experiencias que podrían dar lugar a mejores soluciones que las que fueron planteadas dentro del texto. De esta forma, las soluciones finalmente plasmadas se quedarán cortas en su tarea de proporcionar remedios a las problemáticas del comercio internacional, al desconocer los avances de la ciencia jurídica que se hubieran producido en otros sistemas y que no hubieran sido examinados.

Es innegable el importante efecto que tienen los procesos comparativos en el desarrollo y el éxito de un proceso armonizador; le proporcionan todas las herramientas necesarias para su desarrollo y aumentan la probabilidad de la conquista de los objetivos planteados en el proceso. Por esta razón, es de suma importancia que en estos procesos haya un vasto trabajo comparativo, ya que esto garantiza la abstracción del denominador común que existe entre los sistemas y la obtención de las soluciones que mejor responden al contexto global y al comercio internacional.

2. Críticas al proceso armonizador

En el marco de un mercado globalizado, y ante el surgimiento de diversos y variados procesos de armonización, han existido autores que por distintas razones se han opuesto al desarrollo de estos procesos esbozando cuestionamientos en cuanto a la eficacia, necesidad y eficiencia de los mismos.

En adelante, presentaré algunas de las críticas que se han hecho a estos procesos y que, en mi entender, son las de mayor importancia.

2.1 Costos en el desarrollo del proceso armonizador

Una de las mayores críticas que se han formulado a los procesos de armonización es la relacionada con los costos que trae consigo el desarrollo de un proceso de esta envergadura. En este sentido, diferentes autores han cuestionado el desarrollo de este tipo de procesos, al considerar que la supuesta disminución en los costos de transacción, como producto del proceso armonizador, es ampliamente superada por los costos que genera su desarrollo. En otras palabras, esta crítica se fundamenta en un análisis de carácter eminentemente económico, pues examina desde el punto de vista de una balanza comercial la conveniencia del proceso.

En este sentido, se parte del supuesto de que la armonización implica la generación de grandes costos para quienes hicieron parte de la negociación del instrumento y para los comerciantes que ahora tuvieran que regir su relación por dicha disposición. Dos son los costos más importantes que pueden existir:

1. **Costos en la adaptación al instrumento armonizador:** tal vez el principal costo que se genera como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador es el que implica la adaptación del ordenamiento jurídico y de los comerciantes a las nuevas disposiciones contenidas en el instrumento¹⁴⁵.

Ahora, con base en lo anterior, podemos afirmar que estos costos pueden tener una connotación distinta según se trate de uno de los dos siguientes supuestos: i) adaptación del ordenamiento de un Estado como consecuencia de la adopción de un instrumento armonizador; ii) adaptación de los comerciantes a las nuevas disposiciones que rigen su relación de comercio internacional.

En el primer caso nos encontramos con los costos que tiene que asumir un Estado para que un determinado instrumento internacional pase a formar parte de su regulación. Hacemos referencia a costos como el que implica pagar asesores expertos que participen durante la etapa de negociaciones del instrumento¹⁴⁶, si es que el Estado participó, los que se generan como consecuencia del procedimiento legislativo, aquellos producidos por los procedimientos de divulgación de la disposición, los que generan las capacitaciones para los entes de la administración de justicia, e incluso aquellos que se producen como consecuencia de la necesidad de modificar otras disposiciones del ordenamiento¹⁴⁷.

De otro lado, es importante tener en cuenta que dichos costos en los que puede incurrir el Estado no garantizan el éxito internacional del instrumento, pudiendo existir la posibilidad de que las erogaciones realizadas no se vean recompensadas como se habría esperado

¹⁴⁵ Islam y Reshef, «Trade and Harmonization», 6.

¹⁴⁶ Estos son costos que no son nada despreciables, si tenemos en cuenta que la etapa de negociaciones de un instrumento internacional, como una convención ya sea bilateral o multilateral, puede durar hasta 10 años, tiempo durante el cual el Estado tendrá que pagar los viajes, viáticos y el sueldo de la comisión de negociación.

¹⁴⁷ “Among the direct costs of legal change, there are the costs of drafting the new law and the cost of adapting preexisting legal rules and institutions. Furthermore, a change in a primary source of law will often necessitate a change in secondary sources. A legislative change, for example, will often occasion the obsolescence of preexisting case law, necessitating the creation of new case law and revision of legal treaties and commentaries. Unavoidably, the enactment of a new law brings about information and learning costs for judges, lawyers and legal academics. In the short term, until the apparatus of secondary sources is comprehensively updated, legal change can bring about uncertainty, with a resulting surge of litigation due to lack of legal precedents and doubts on the interpretation of the new law by courts”. Carbonara y Parisi, «The Paradox of Legal Harmonization», 5.

inicialmente¹⁴⁸. En igual sentido, puede ser posible que, aun teniendo éxito internacional, las disposiciones del instrumento sean contrarias a las tradiciones, principios y bases fundantes del ordenamiento, pudiéndose presentar dificultades al momento de aplicar el instrumento¹⁴⁹.

Dichas dificultades generarían un aumento en los costos reflejado en la pérdida de certeza legal en la aplicación de dichas disposiciones y en la imposibilidad de predecir las decisiones judiciales en las cuales haya lugar a su aplicación.

En cuanto a este último punto, autores como Wagner¹⁵⁰ consideran que los procesos de armonización son únicamente posibles entre países cuyas características no sean demasiado heterogéneas, pues el desarrollo de un proceso como este en países cuyas particularidades económicas, culturales y tradiciones jurídicas fueran demasiado disímiles estaría destinado al fracaso¹⁵¹.

En el segundo caso, nos encontramos con los costos que tienen que ser asumidos por los comerciantes como consecuencia del ingreso de una nueva regulación. Hacemos referencia a costos como el de contratar un abogado o asesor experto que facilite el uso del instrumento, la modificación de los modelos de contrato y la asesoría en la negociación de los nuevos contratos. Existe, asimismo, la posibilidad de verse afectados por la inadecuada aplicación e interpretación del instrumento por árbitros y jueces durante el tiempo en que no se encuentra consolidada una jurisprudencia o al menos decantado el tema por la doctrina.

En ese sentido, se ha llegado a pensar que los costos en los que incurrirían los comerciantes durante este periodo de aceptación superan cuantiosamente los beneficios que obtendrían como consecuencia del uso o la entrada en vigor del instrumento¹⁵²; sería por lo tanto más rentable mantener la regulación anterior o acudir a una cláusula de ley aplicable.

¹⁴⁸ Piénsese por ejemplo en un instrumento internacional que, a pesar de haber sido ratificado por un país, incurriendo en los costos arriba nombrados, no logra el número de ratificaciones necesarias para que este entre en vigor. En este caso, a pesar de haber sido ratificado dicho instrumento internacional, no tendrá aplicación.

¹⁴⁹ “Economic structures in different countries are not identical. However, legal systems must in a sense “harmonize” with the respective economic and social conditions in a country. This means that not every legal system “fits” into a country”. Wagner, «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?», 4.

¹⁵⁰ “For this reason alone, harmonization of the legal system in an integration area with heterogeneous countries would not be appropriate”. *Ibíd.*

¹⁵¹ Sobre este punto en particular, el autor incurre en un error al considerar que el desarrollo de la armonización de la legislación comercial puede producirse únicamente entre países con características análogas. Es precisamente en un contexto de legislaciones totalmente divergentes y de diferentes tradiciones jurídicas que mayor importancia alcanzan los procesos de armonización, pues, en definitiva, es aquí donde la diversidad legal genera mayores barreras para el desarrollo del comercio internacional. Ahora, la forma de garantizar que el instrumento internacional no atropelle los principios y bases fundantes del ordenamiento receptor es garantizando la participación de la mayor cantidad de Estados, regímenes jurídicos y económicos durante el proceso de negociación. Con esto, de alguna forma se logra impregnar el instrumento de las características de los diferentes regímenes, logrando con ello disposiciones compatibles con los diversos ordenamientos jurídicos.

¹⁵² “A related but somewhat different point would be that even if the effects of the rules are assessed with the same intensity, to change the harmonized set of rules will be more costly, and thus the learning process will provide less tangible results after legal harmonization”. Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 17.

2. **Costos por pérdida de la oportunidad:** como consecuencia de la armonización de la legislación comercial se producirá una disminución de las divergencias entre los distintos ordenamientos. Esta disminución en la variedad de regulaciones reducirá la posibilidad de extraer novedosas soluciones a los problemas que se puedan presentar durante una transacción de comercio internacional; de este modo se generará un costo no menor, como es el de la pérdida de la oportunidad de extraer o usar algunas de estas soluciones¹⁵³.

Esta pérdida, que es producto de la reducción de la competencia entre los distintos ordenamientos, se produce como consecuencia de la falta de necesidad de estar mejorando las disposiciones locales para que sean atractivas a los inversionistas, contengan las mejores soluciones a las problemáticas propias de una relación de comercio internacional y les proporcionen a los nacionales una ventaja sobre sus contrapartes contractuales.

En este sentido, la falta de competencia es la causa de que no haya una necesidad de mejorar la regulación, pues al existir una disposición uniforme los Estados no sentirán la exigencia de buscar impulsar el continuo mejoramiento de las normas del comercio internacional¹⁵⁴.

De otro lado, la existencia de una continua competencia entre los distintos ordenamientos puede representar un proceso de descubrimiento de las regulaciones y de aprendizaje de nuevas soluciones o instituciones novedosas. Posibilidad que dejaría de existir como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador¹⁵⁵.

Ahora bien, a pesar de la existencia de los anteriores costos de transacción, que no dejan de ser representativos, considero que ellos no son una verdadera razón para dejar de lado el desarrollo de un proceso armonizador, pues, en mi sentir, no es cierto que dichos costos superen los beneficios que puede traer consigo el completo desenvolvimiento de un proceso de este tipo.

En primer lugar, si bien es innegable que el desarrollo de todo proceso armonizador implica la realización de erogaciones por parte de los Estados y de los comerciantes, que tienen que realizar un proceso de adaptación a las nuevas regulaciones a las que se ven sometidos, es igualmente cierto que en la práctica no existe prueba alguna que demuestre que dichos costos sean superiores a los beneficios que se pueden obtener como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador¹⁵⁶.

En este sentido, no es posible afirmar con algún grado de certeza que los costos que genera el desarrollo de un proceso armonizador sean superiores a los beneficios que se obtienen como consecuencia del éxito del proceso. Si bien el proceso de adaptación implica una erogación, esta se vería recompensada con un mayor grado de certeza en cuanto a la ley aplicable, con el aumento del número de participantes en el mercado, con una mayor facilidad para entablar y llevar a su fin, satisfactoriamente, relaciones internacionales, y con una disminución de los costos que en condiciones normales tendrían que asumir las partes durante el desarrollo de una transacción internacional.

Por otro lado, no existe razón alguna que permita pensar que el desarrollo de un proceso armonizador y su implementación generarían mayores costos que los que usualmente se generan como consecuencia del cambio de una disposición en un ordenamiento. Dichos costos en todo caso no han evitado que el legislador se abstenga de realizar cambios. Entonces ¿por qué sería esta una razón para

¹⁵³ Gopalan, «Transitional Commercial Law: The Way Forward», 808.

¹⁵⁴ Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 17.

¹⁵⁵ Wagner, «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?», 4.

¹⁵⁶ Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 18.

no adelantar un proceso armonizador?¹⁵⁷ Repito, los costos que genera la adaptación a una nueva regulación no pueden ser considerados como un argumento para no llevar a cabo este proceso, pues estos se verán ampliamente compensados con los beneficios que se obtendrán producto de la disminución de las divergencias entre los distintos ordenamientos.

Ahora, así como no existe discusión en cuanto a que el desarrollo de un proceso armonizador trae consigo la realización de ciertas erogaciones o la privación de ciertos beneficios, no cabe duda que ante una legislación divergente los costos de transacción son mayores de los que se generan bajo un solo derecho o una legislación armónica¹⁵⁸. No obstante, es desconocido en la práctica cuál es el valor de la disminución de los costos de transacción como consecuencia de la implementación de un proceso armonizador.

Lo anterior nos lleva a un gran cuestionamiento, pues nos encontramos frente a dos premisas ciertas, que son contrarias una de la otra, de las cuales no existe prueba empírica que nos permita determinar su valor. Ello a su vez dificulta, notoriamente, la posibilidad de tomar una decisión en cuanto a la conveniencia o no de este tipo de procesos.

A pesar de lo anterior y ante la imposibilidad de establecer empíricamente si es conveniente¹⁵⁹, desde un análisis costo-beneficio, el desarrollo de un proceso armonizador, creo que desde el punto de vista teórico sí existen suficientes razones para considerar favorable su adelantamiento.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el mejoramiento de la regulación que rige las relaciones de comercio internacional no se encuentra determinado única y exclusivamente por la existencia de una competencia entre los distintos ordenamientos. Por el contrario, el fundamento para que haya una necesidad de estar buscando el perfeccionamiento de las normas se encuentra en la urgencia de proporcionar regulaciones acordes con las necesidades de los comerciantes y en general del comercio mundial.

La reducción de las divergencias no afecta el normal y continuo proceso evolutivo de la regulación, pues mientras no exista un conjunto de normas que satisfaga las necesidades de los comerciantes y responda de forma adecuada a las distintas vicisitudes del comercio internacional, seguirá existiendo el deseo de contar con una mejor regulación y en consecuencia de impulsar nuevas instituciones, disposiciones y soluciones.

Por otro lado, como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador son excluidas muchas soluciones dentro del estudio de los distintos ordenamientos, e incluso en ocasiones son muchas las que no llegan a ser analizadas. Creo que si durante la etapa de elaboración del instrumento hay un serio y verdadero estudio de derecho comparado, las soluciones adoptadas no solo van a ser las más acordes con las necesidades prácticas, sino que también se convertirán en verdaderos puentes que faciliten el desarrollo del comercio y permitan obviar las dificultades que se presentan cuando se lleva a cabo una transacción de este tipo.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», 28; Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 16.

¹⁵⁹ No es el objeto de este trabajo establecer cuál es el valor de dichos costos o de los beneficios que se obtienen como consecuencia de un proceso armonizador. Este sería un estudio que excedería el marco en el que se desarrolla el presente escrito y que requeriría recursos para el desarrollo de un estudio de campo.

Así, en mi concepto, no es cierto que el desarrollo de un proceso armonizador implique la pérdida de la oportunidad de usar nuevas soluciones, e instituciones que pudieran ser extraídas de otros ordenamientos, o que se impida la propagación de un proceso de retroalimentación entre ellos. Por el contrario, creo que no existe un mejor contexto que aquel que se presenta durante la etapa de negociaciones de un instrumento internacional para que se produzca un análisis comparativo y se extraigan nuevas soluciones e instituciones, que de no ser por esto no habrían sido descubiertas.

De igual forma, durante el proceso de negociación de un instrumento internacional siempre va a existir la posibilidad de crear nuevas soluciones e instituciones que respondan a las necesidades de los comerciantes, a las características de las transacciones internacionales y a las nuevas exigencias que trae consigo una economía y un mundo globalizado. Por lo tanto, no es cierto que un proceso armonizador les ponga fin a los impulsos creativos y evite la creación de regulaciones novedosas. Por el contrario, es aquí donde puede existir una mayor libertad dentro de este proceso creativo al no estar presentes las presiones que podrían existir en la expedición de una norma de carácter local¹⁶⁰.

Los anteriores argumentos, si bien tienen validez durante la etapa de negociación del instrumento internacional, no tienen aplicación una vez este ha sido expedido. Específicamente en este caso, no debemos olvidar la posibilidad que establecen algunas convenciones internacionales de enmendar o modificar el instrumento¹⁶¹, lo que permitiría la realización de ajustes con base en las dificultades que se han presentado durante su tiempo de vigencia.

Por otro lado, dicha posibilidad también permitiría acondicionar el instrumento a las nuevas necesidades del comercio mundial e incluir nuevas y diversas soluciones inexistentes para el momento de su expedición.

Como ejemplo, podemos acudir al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, mejor conocido como las reglas de La Haya de 1924 y su protocolo modificatorio conocido como las Reglas de la Haya-Visby de 1964, el que fue expedido con la única finalidad de adecuar el texto a las nuevas características del transporte marítimo¹⁶².

En consecuencia, los procesos de armonización no pueden ser entendidos como una barrera para el desarrollo creativo del legislador en los distintos ordenamientos locales o en las distintas

¹⁶⁰ En sentido contrario, Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 12; Keily, «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 2.

¹⁶¹ A modo de ejemplo, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo establece en su artículo 95: *Revisión y enmienda*: 1. De solicitarlo por lo menos un tercio de los Estados Contratantes, el Secretario General de las Naciones Unidas deberá convocar una conferencia de los Estados Contratantes en el presente Convenio para proceder a su revisión o enmienda.

2. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que sea depositado después de la entrada en vigor de una enmienda al presente Convenio se aplica al texto enmendado del Convenio. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo - las «Reglas de Rotterdam»*, 58.

¹⁶² En este punto, tal y como fue analizado páginas atrás, debemos tener presente que, mientras no se emplee un mecanismo que evite en casos como estos la supervivencia de los dos regímenes, es decir, la coexistencia de la regulación y de su protocolo modificatorio de forma independiente, más que beneficiarse el desarrollo del proceso armonizador, constituirá una fuerte barrera para la consolidación de sus objetivos.

organizaciones internacionales. Por el contrario, estos son el ambiente más propicio para implementar nuevas políticas, crear nuevas soluciones y establecer nuevas instituciones, ya sea durante la etapa de negociación y redacción del instrumento o haciendo uso de enmiendas al texto expedido.

En segundo lugar, creo firmemente que los beneficios que genera un proceso armonizador en algún momento superan los costos originados en su implementación y desarrollo, claro está, siempre que el instrumento sea exitoso y cuente con una buena acogida y aceptación en el ámbito internacional.

Lo anterior será consecuencia del paso del tiempo y de la constante percepción de beneficios que tienen los comerciantes que utilizan el instrumento y que verán desde los primeros días de su entrada en vigor cómo hay una reducción de los costos de transacción y cómo a futuro, con un mayor conocimiento del instrumento, una jurisprudencia y doctrina decantadas, el desarrollo del comercio internacional se verá notablemente facilitado.

De otro lado, en aquellos casos en los que el instrumento goza de una buena aceptación desde su inicio, los costos en que se incurrió se verán rápidamente superados por los beneficios que se obtienen como consecuencia del proceso, si es que de entrada estos no son superiores.

Ahora, en casos como el anterior no existe duda alguna en cuanto a lo conveniente que es el desarrollo del proceso; sin embargo, cabe preguntarnos qué sucede cuando el tiempo que se requiere para que los beneficios superen los costos asumidos es bastante extenso.

En este caso, creo que de cualquier forma será conveniente el desarrollo del proceso armonizador, si tenemos en cuenta que con dicho instrumento se facilita constantemente el comercio internacional, se disminuyen los costos de transacción, se aumenta la participación de nuevos empresarios en el mercado, pero aún más importante, se proporciona un contexto adecuado para el desarrollo del comercio global.

Estos son beneficios que no pueden ser dejados de lado ni mucho menos despreciados, pues constituyen elementos que son trascendentales para la continua participación de los empresarios en el mercado mundial, para su sostenimiento económico y en general para el ingreso de nuevos productos e insumos al mercado nacional de los diversos Estados.

Cabe tener en cuenta que lo anterior se cumplirá en aquellos casos en los que el instrumento tenga una verdadera y efectiva aceptación en el comercio internacional, pues, de no ser así, los costos no podrán ser superados por los beneficios del proceso, no porque los costos del proceso sean demasiado altos, sino porque no habrá beneficios que percibir o estos serán demasiado esporádicos.

En tercer lugar, los instrumentos que son expedidos como consecuencia del desarrollo de un proceso de armonización son disposiciones pensadas y creadas para satisfacer las necesidades de los comerciantes y las dificultades que se suelen presentar en el desarrollo de una transacción transfronteriza. Por esta razón, estas disposiciones son producto de estudios, análisis y discusiones llevadas a cabo en el seno de organizaciones internacionales, lo que las hace acordes para regir las diversas transacciones comerciales de un contexto globalizado.

Dicha característica, en mi forma de ver, hace que los costos que produce el desarrollo de un proceso armonizador dejen de tener la misma importancia y sean relegados a un segundo plano, pues los Estados y, en general, los comerciantes tendrán a su disposición un conjunto de normas creadas y pensadas expresamente para regular sus relaciones mercantiles.

La existencia de un conjunto de disposiciones con estas características, en definitiva, facilitará el desarrollo del comercio internacional, ya que evitará los continuos problemas que se suscitan como consecuencia de someter una transacción transfronteriza a un conjunto de disposiciones creado para regir relaciones de carácter eminentemente local, que no responde a sus necesidades ni da respuesta a las vicisitudes de una relación de este tipo.

En mi sentir, la posibilidad de contar con un conjunto de normas que responde a las necesidades de los comerciantes y que da respuesta a las problemáticas de este tipo de transacciones, es un beneficio por el cual se tiene que asumir un costo, pues constituye un aspecto determinante para la participación, desarrollo y finalización de cualquier actividad de comercio internacional.

En este sentido, considero que lo que debe examinarse es si la problemática que se presenta está revestida de tal importancia como para que sea desarrollado un proceso armonizador, pues su implementación y los costos que genera solo se verán justificados si existe un problema de tal jerarquía que amerite llevarlo a cabo. De no ser así, lo más seguro es que los costos en los que se incurrió no se vean recompensados de ninguna forma¹⁶³.

Si la problemática existente amerita el desarrollo del proceso, los costos en los que se pueda incurrir pasan a ser casi irrelevantes, pues el simple hecho de proporcionar una solución constituirá un beneficio que por sí solo sustentará, sea cual fuere el costo, que se lleve a cabo un proceso de esta estirpe.

Creo, por todo lo anterior, que los costos que se producen como consecuencia del desarrollo de un proceso armonizador no son ni pueden ser una verdadera razón para no adelantar un proceso de este tipo. A mi modo de ver, los beneficios que se obtienen con una disposición armónica y la posibilidad de dar respuesta a una problemática propia del comercio transfronterizo constituyen un fundamento suficiente para que sea válido adelantar este tipo de procesos, sin ni siquiera contar, claro está, con la posibilidad de que dichos beneficios lleguen a ser superiores a los costos en los que se incurrió para su desarrollo e implementación.

2.2 La ausencia de necesidad en el desarrollo del proceso armonizador

Una de las críticas a los procesos de armonización es la de la ausencia de su necesidad. Ella apunta a demostrar que no existe razón alguna que fundamente o justifique la armonización del derecho; en otras palabras, simplemente que el proceso es totalmente innecesario¹⁶⁴.

Dicha crítica se basa en dos pilares fundamentales: i) se afirma que las reglas de derecho internacional privado son suficientes para remover aquellos aspectos que pueden perturbar el comercio transfronterizo y ii) que los costos de transacción y su incremento como consecuencia de la diversidad legal no son lo suficientemente grandes como para que ameriten el desarrollo de un proceso de esta envergadura¹⁶⁵.

¹⁶³ Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», 28.

¹⁶⁴ Ewan McKendrick, «Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In», en *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, eds. Stefan Vogenauer y Stephen Weatherill (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006), 26.

¹⁶⁵ Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 14.

En cuanto al primer aspecto, debemos tener en cuenta que, si bien las reglas de Derecho Internacional Privado y la posibilidad de acudir a una cláusula de ley aplicable pueden constituir una herramienta que dé solución a algunas de las problemáticas que se presentan en una transacción internacional, ellas no son suficientes ni son adecuadas para proporcionar soluciones idóneas a los requerimientos del mundo globalizado y a las necesidades de los comerciantes que participan en él.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que, aun cuando una cláusula de ley aplicable puede llegar a constituirse en una herramienta que permita eliminar algunas de las dificultades que existen en el curso de una transacción de comercio internacional, no logrará eliminar la totalidad de las barreras que se pueden erigir como consecuencia de la diversidad legal¹⁶⁶.

Adicionalmente, la determinación del contenido de este tipo de cláusulas suele estar acompañada de altos costos en asesorías legales, en aras de establecer la ley que mejor se acople a las necesidades de las partes contractuales. De esta forma, más allá de ser un instrumento que permita y facilite la reducción de los costos de transacción, aquellas pueden constituir un costo adicional a los ya existentes.

De otro lado, no puede obviarse la posibilidad de que la ley aplicable a la relación contractual sea impuesta por una de las partes, caso en el cual, si bien los costos asumidos por la parte dominante del contrato serán casi inexistentes, los asumidos por su contraparte serán bastante altos¹⁶⁷, si tenemos en cuenta el valor que se tendría que asumir en asesorías legales y en la obtención de información¹⁶⁸. La muestra de que una cláusula de ley aplicable no soluciona la totalidad de las dificultades, ni elimina completamente las barreras que genera la diversidad legal, es que una de las formas como las grandes empresas suelen afrontar dicha situación es mediante la creación de una sucursal extranjera que se encargue de los negocios que se tienen o se van a desarrollar en dicho lugar. Ello genera un aumento en los costos de transacción¹⁶⁹ producto de la asesoría legal en la constitución, los trámites necesarios para su creación y la destinación de los recursos necesarios para su funcionamiento y subsistencia.

Si la posibilidad de elegir el ordenamiento al cual se encontraría sometida la relación de comercio internacional fuera la solución para eliminar las dificultades y barreras que existen como consecuencia de la diversidad legal, no habría razón para que algunas grandes empresas vean en la constitución de una sucursal extranjera un medio que les permita evitar los costos que se generan como consecuencia de la ausencia de certeza en cuanto a la ley aplicable, la necesidad de obtener información y la de contratar asesoría legal.

Bastaría con que las partes, mediante una cláusula de ley aplicable y haciendo uso de su autonomía de la voluntad, establecieran la ley de la relación contractual para que dichos problemas dejaran de existir. Sin embargo, ello no es suficiente, entre otras razones, porque el simple establecimiento de una cláusula con estas características implica un aumento en los costos de transacción.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 112.

¹⁶⁸ “Another source of such costs hindering effective Choice of Law is the lack of information by buyers, (...) who will be at best ill-informed about the content, let alone the likely advantages for them, of alternative legal or regulatory standards in other foreign legal orders”. Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 15.

¹⁶⁹ Wagner, «Transaction Cost, Choice of Law and Uniform Contract Law», 1.

Por otro lado, el aumento de los costos de transacción, que puede traer este tipo de cláusulas, y la posibilidad de que la ley aplicable sea impuesta por una de las partes constituyen suficientes factores para desincentivar la participación de nuevos competidores en el mercado, lo que a su vez genera un costo que se refleja en la pérdida de la oportunidad de adquirir nuevos productos y de establecer nuevas relaciones comerciales.

Por lo anterior, considero que ni la más inteligente elección de la ley aplicable puede constituir una solución que de forma eficiente y completa responda a las dificultades del comercio internacional y elimine las distintas barreras que se instituyen como consecuencia de la diversidad legal¹⁷⁰.

Por otro lado, dejar la relación sometida a los vaivenes de las normas de Derecho Internacional Privado genera un alto grado de incertidumbre en cuanto a la ley aplicable a la relación contractual, pues las partes contratantes desconocerán cuál será la ley bajo la cual se rija su relación y a la que tengan que adecuar su comportamiento. Ello, a su vez, produce un aumento en los costos de transacción producto de la asesoría legal que tendrán que contratar para determinar con anterioridad a cualquier conflicto, según las normas de Derecho Internacional Privado, cuál es la disposición que rige su relación, sin contar con los costos que tendrán que asumir *a posteriori* como consecuencia de encontrarse regidos por una regulación que les es desconocida, total o parcialmente¹⁷¹.

Dichos costos constituyen una barrera para la participación de medianos y pequeños empresarios que, ante la incertidumbre del desconocimiento de la ley que rige la relación, los costos de dicha falta de certeza y los que se generan en caso de acudir a una cláusula de ley aplicable, se ven en la imposibilidad de participar en el mercado.

Por consiguiente, considero que ni las cláusulas de ley aplicable ni las normas de Derecho Internacional privado constituyen verdaderas herramientas que permitan dar solución a las diversas dificultades que se presentan durante el desarrollo de una transacción de comercio internacional.

Así las cosas, no es cierto que no exista una necesidad de armonizar las normas que rigen el comercio transfronterizo como consecuencia de la presencia y suficiencia de las normas de Derecho Internacional Privado y de la posibilidad de acudir a una cláusula de ley aplicable, pues ellas, como se vio anteriormente, no satisfacen las necesidades y requerimientos de quienes participan en un mercado global.

En cuanto al segundo punto, si bien no hay evidencia clara y convincente que permita establecer a ciencia cierta cuál es el valor de los costos que genera la diversidad legal, sí existen pruebas sobre el incremento en los costos de transacción que genera la diversidad legal.

Dicho aumento en los costos de transacción, producto de la diversidad legal, es explicado en la doctrina por distintas razones: Wagner¹⁷² señala que hay dos motivos por los cuales las diferencias entre los sistemas legales aumentan los costos de transacción: i) por la adquisición de información sobre la regulación que regirá la relación y la adaptación a esta y ii) por la gran cantidad de

¹⁷⁰ Gómez-Pomar, «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law», 15.

¹⁷¹ En este caso hacemos referencia a costos como el de la información legal de la regulación del país bajo la cual se encuentra sometida la relación, el costo en asesores expertos en la regulación local, los costos de desplazamiento hasta dicho país en caso de conflicto y, claro está, el costo mismo que implica no poder predecir los resultados de un proceso en caso de conflicto.

¹⁷² Wagner, «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?», 1.

disposiciones y procesos que aumentan la incertidumbre legal en las transacciones comerciales¹⁷³. Reshef¹⁷⁴ señala que, cuando se producen transacciones entre dos partes que tienen normas y cortes distintas, incurrirán en costos para conocer las instituciones de cada uno y para redactar un contrato que sea compatible con estas regulaciones. Momberg¹⁷⁵ afirma que un derecho contractual armonizado supondría una mejora en el funcionamiento del mercado interior, al reducir los costos que tiene para las empresas realizar transacciones internacionales. Para Mistelis¹⁷⁶, una de las ventajas de los procesos de armonización es la reducción de los costos de transacción producto de una notable disminución de los conflictos entre leyes. Yuejiao¹⁷⁷ señala que una de las ventajas que tiene un proceso armonizador es la reducción o eliminación de los costos de transacción, producto de la disminución de las erogaciones realizadas para la obtención de información sobre un sistema legal.

De esta forma, los costos que se generan como consecuencia de la diversidad legal, si bien no se encuentran plenamente determinados, tampoco se puede afirmar que sean irrelevantes y en consecuencia no lleguen a tener la importancia como para que se busque su reducción a través de la armonización del derecho.

Estos son costos que afectan constantemente las transacciones internacionales pues disminuyen la eficiencia de la transacción, reducen los beneficios que perciben las partes, eliminan posibles participantes dentro del mercado y privan a los comerciantes de la posibilidad de adquirir nuevos productos, de una mejor calidad o a un mejor precio.

En este sentido, estos costos son más que relevantes dentro del desarrollo de cualquier transacción de comercio internacional, pues su reducción o supresión conlleva una mayor ganancia para las partes, aumenta la rentabilidad de la transacción, pero aún más importante, permite que dichos recursos sean destinados a desarrollar nuevos productos, nuevas tecnologías o a entablar nuevas relaciones comerciales.

De otro lado, no solo los costos de transacción son importantes para el desarrollo del comercio internacional. La existencia de un marco común entre los distintos ordenamientos es fundamental, pues promoverá el desarrollo del comercio, disminuirá los costos de transacción, impulsará la participación de nuevos agentes en el mercado y en general facilitará cualquier operación de comercio transfronterizo.

Distintos autores afirman, a partir de algunos estudios empíricos, que el comercio internacional se potencia entre países que gozan de una regulación similar o que está basada en unos principios

¹⁷³ Para examinar las razones por las cuales dicha incertidumbre trae consigo un aumento en los costos de transacción, examínese el acápite a del numeral 1.3 del presente capítulo.

¹⁷⁴ "But how important is it for trade that institutions are similar? If country A's laws and courts are different from country B's, A and B will incur some cost in getting to know each other's institutions and in writing contracts compatible with each other's systems". Islam y Reshef, «Trade and Harmonization», 4.

¹⁷⁵ Momberg Uribe, «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea», 19.

¹⁷⁶ "[...] Harmonisation of law with the collateral reduced conflict of laws results in significant reduction of transactional costs". Mistelis, «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law», 21.

¹⁷⁷ Zhang Yuejiao, "Harmonization of contract law and its impacts on China's contract law" (presented at the Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, Viena, 2007), 3, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Zhang.pdf>.

comunes. De esta forma, Den Butter y Mosch¹⁷⁸ ponen de presente cómo la existencia de regímenes legales similares que tienen un origen común y principios fundamentales análogos implica un aumento de la confianza entre las partes contractuales y en consecuencia una disminución de los diversos costos de transacción. McKendrick¹⁷⁹ señala que una disposición armónica elimina el conflicto entre las partes en cuanto a la elección de la ley que rija la relación contractual, destruyendo cualquier barrera que evite el perfeccionamiento del contrato, facilitando el establecimiento de las relaciones de comercio internacional, y Turrini y Van Ypersele¹⁸⁰ indican que la existencia de regulaciones similares o con un origen común incrementa el comercio entre estos países en un 65%.

Con base en lo anterior, nos es posible afirmar no solo que los costos de transacción generados como consecuencia de la diversidad legal tienen la suficiente importancia como para justificar y fundamentar el desarrollo de un proceso armonizador, sino también que la armonización del Derecho Comercial Internacional es de vital importancia para el desarrollo del comercio mundial, pues únicamente por medio de aquel se logra de forma efectiva disminuir los costos de transacción, eliminar las barreras que existen para el ingreso al mercado, fomentar la competencia entre los distintos comerciantes, abrir la puerta del mercado a pequeños y medianos empresarios y aumentar la rentabilidad de cualquier transacción de comercio transfronterizo¹⁸¹.

Por lo anterior, considero que no puede afirmarse que el desarrollo de un proceso armonizador sea innecesario, pues, como se vio, las dos bases en las cuales se fundamenta dicha afirmación no solo tienen la suficiente fuerza como para desvirtuar los motivos que fundamentan el desarrollo de un proceso de este tipo, sino que adicionalmente pueden ser desvirtuadas con facilidad.

2.3 Los instrumentos de armonización como un medio para la imposición de una regulación

La tercera crítica planteada dentro de la doctrina es la que se encuentra relacionada con la utilización de los métodos de armonización y en general con el marco de negociación del instrumento, para imponer las políticas y disposiciones que generan la mayor cantidad de beneficios para los países que tienen una fuerte posición de negociación como consecuencia de su importancia dentro del mercado mundial.

¹⁷⁸ “A similar origin of the legal system makes it easier to contract and enforce the contract than when the legal system of two countries differ, because major choices that can be made in the set-up of a legal system are corresponding. Sharing the origin of the legal system thus means a higher formal trust”. Frank A. G. den Butter y Robert H. J. Mosch, «Trade, Trust and Transaction Costs», *SSRN eLibrary* (octubre 7, 2003), 10, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=459501.

¹⁷⁹ “The existence of such a harmonised law would therefore reduce, if not eliminate, the battle over the law that is to govern the contract and thus remove one potential stumbling block to the formation of that contracts”. McKendrick, «Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In», 15.

¹⁸⁰ Alessandro Turrini y Tanguy Van Ypersele, «Legal Costs as Barriers to Trade», *SSRN eLibrary* (julio 2006), 20, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924895.

¹⁸¹ “In a world where trade is increasingly international, none of the above criticisms of the harmonization process can outweigh the benefits of having a truly international regime based on traditions and principles that are commercial, rather than nationalistic. Commercial people demand certainty and predictability more than nationally determined notions of justice or fairness, and a legally average sameness is often preferable to disparately brilliant national formulations”. Gopalan, «Transitional Commercial Law: The Way Forward», 809.

En otras palabras, esta crítica parte del hecho de considerar los instrumentos de armonización, especialmente los que tienen un carácter vinculante, como un medio que utilizan los países del primer mundo para imponer sus políticas económicas, sociales y culturales a los demás países.

Esta crítica se basa en una razón fundamental y es que el establecimiento de una regulación internacional, similar a la propia o por lo menos con principios o bases similares a los de su propio ordenamiento, constituye una ventaja sobre los comerciantes cuyas bases jurídicas son distintas; ventaja que, si bien se presenta únicamente al inicio de la vigencia del instrumento, puede ser suficiente para obtener cuantiosas ganancias e imponerse en las relaciones comerciales que se establezcan.

De esta forma, resulta más que rentable que los Estados busquen imponer sus principios, disposiciones e instituciones, pues dichas similitudes constituirán una ventaja sobre sus competidores¹⁸². Ello, a su vez, acarreará que los representantes de los Estados que participen en la etapa de negociaciones concurren a estas con un fuerte interés económico a partir del cual buscarán que el instrumento armonizador sea un reflejo, lo más cercano posible, de su regulación local¹⁸³.

De otro lado, el desconocimiento o poco entendimiento de la regulación internacional puede llevar a confusiones, a la asunción de nuevos costos y en todo caso a una posición desventajosa frente a su contraparte, lo que a su vez constituiría fundamento suficiente para que dichos países busquen imponer su cultura y tradición jurídica.

Ahora bien, teniendo en cuenta que una vez expedido el instrumento existirá un proceso de adaptación, al que se verán sometidos todos los comerciantes y que los expone a dicha situación, la imposición de la regulación o de las bases del instrumento constituyen un importante aspecto para sus intereses, pues les permitirá evitar, aunque sea parcialmente, los posibles efectos negativos iniciales de un proceso armonizador¹⁸⁴.

Algunos autores consideran que los procesos de negociación de este tipo de instrumentos, lejos de desarrollarse desde una perspectiva eminentemente académica, buscando el favorecimiento del comercio internacional y el establecimiento de cláusulas que lo promuevan, constituyen un verdadero medio para continuar con la dominación de las potencias económicas en el mercado mundial.

De otro lado, el desarrollo de todo proceso armonizador requiere un compromiso de los países que se encuentran negociando el instrumento, en el sentido de estar ellos dispuestos a dejar de lado parte de sus tradiciones jurídicas, en aras de lograr la expedición de un conjunto de disposiciones neutras que respondan a las necesidades de los comerciantes y a los desafíos que plantea el comercio transfronterizo¹⁸⁵.

¹⁸² “The businessperson who is familiar with the law governing international sales contracts has a clear commercial advantage over the businessperson who is not so familiar. Accordingly, each State representative at the conferences that developed the CISG had an economic interest in promoting a harmonised law that most reflected their domestic legal system. Underlying this selfish motivation is a natural tendency "to assume that what is familiar is probably better than what is new and strange". Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980».

¹⁸³ Keily, «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 5.

¹⁸⁴ Yu, «The Harmonization Game», 7.

¹⁸⁵ Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980».

Sin embargo, algunos países carecen de dicho compromiso como consecuencia de la fuerte posición de negociación de la que gozan, producto de su participación en el mercado y su importancia en el desarrollo de la economía de otros países.

Así, ellos carecerán de algún incentivo que los haga ceder en sus intereses y estar dispuestos a permitir el ingreso de nuevas instituciones, principios y disposiciones que los coloquen en una situación de desventaja o igualdad frente a sus competidores, pues para ellos no es desconocido que, como consecuencia de su fuerte posición en la negociación, se encuentran en capacidad no solo de influir, sino de imponer, las disposiciones que deben hacer parte del instrumento¹⁸⁶.

De otro lado, y como parte de la misma crítica, han existido autores que han puesto de presente cómo dentro de los procesos de negociación de un instrumento hay grupos de presión o de interés que confluyen a este tipo de negociaciones buscando que las disposiciones aprobadas sean beneficiosas para ellos¹⁸⁷.

En este último caso no hacemos referencia a la utilización de la etapa de negociaciones como medio para la imposición de los principios e instituciones de los países del primer mundo, sino como un medio para que los diferentes grupos, que posean algún tipo de interés en el instrumento, ejerzan presión para que las disposiciones, finalmente aprobadas, satisfagan y resulten beneficiosas para sus miembros.

Tal y como está planteada esta crítica, apunta a desconocer el supuesto carácter neutro de los instrumentos de armonización, afirmando que sus disposiciones se encuentran influenciadas por los intereses económicos con los cuales concurren los representantes de los Estados a negociar el instrumento o por las presiones que ejercen los grupos económicos. Las disposiciones contenidas en estos instrumentos, contrarias a su supuesta neutralidad, responderían a los requerimientos e intereses de dichos Estados o grupos económicos, mas no a la necesidad de proporcionar reglas acordes con las necesidades del comercio y de quienes participan en el mercado.

Esto significa que las disposiciones que contiene el instrumento no responderán del todo a las problemáticas presentes en el tráfico mercantil, pues el criterio para su expedición no será el de dar respuesta de la mejor forma posible a dichas necesidades o problemas, sino el de imponer disposiciones que les permitan a los miembros de los Estados o de los grupos de interés gozar de una ventaja sobre sus competidores.

Al respecto, considero que si bien puede llegar a suceder que los representantes de los Estados concurren con un claro interés económico o que durante la etapa de negociaciones haya una fuerte presión por parte de algunos grupos de interés, ello no evitará que se expida un instrumento que goce de neutralidad y que responda a las necesidades de las transacciones internacionales.

En consonancia con lo anterior, no son pocos los autores que ponen de presente, como una de las principales cualidades de los instrumentos que buscan la armonización del Derecho Comercial Internacional, la neutralidad de sus normas. Así, McKendrick¹⁸⁸ señala que una ley armónica tiene la

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ “[...] these groups (interest groups), no less than more conventional legislatures, confront the influence of interest groups and face systematic pressure to draft laws that fail to improve on the status quo and may produce overall welfare losses”. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 11.

¹⁸⁸ “A harmonized law of contract has the appearance of neutrality that the law of a Nation State lacks”. McKendrick, «Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In», 14.

aparición de neutralidad de que carecen las regulaciones locales. Rodríguez¹⁸⁹ pone de presente cómo la armonización pretende o produce normas neutras, es decir, normas que respetan los principios y fundamentos de cualquier ordenamiento. Por último, Gopalan¹⁹⁰ hace referencia a que los instrumentos de armonización le proporcionan a las partes, que buscan celebrar un contrato, una opción neutra que les permita dejar de lado sus propias disposiciones.

Como se observa, no es ajena a la doctrina la consideración de que, en general, los instrumentos de armonización están compuestos por un conjunto de disposiciones que tienen como una de sus principales características la neutralidad de sus normas.

Sin embargo, se hace necesario examinar las razones por las cuales se puede afirmar que los instrumentos de armonización producen o pueden potencialmente producir disposiciones que no favorezcan a ningún país o grupo de interés.

A mi forma de ver, son tres las principales razones por las cuales los instrumentos de armonización pueden estar ajenos a ese tipo de presiones y en consecuencia pueden producir disposiciones acordes con los principios de cualquier ordenamiento.

1. Estoy convencido que el desarrollo de leyes armónicas en organismos internacionales puede gozar, y goza, la mayor parte de las veces, de una completa abstracción de las diferentes influencias que buscan imponer sus intereses y establecer disposiciones que sean acordes con ellos.

Dicha abstracción es producto de quienes hacen parte de estas organizaciones y se encargan de la elaboración del texto que será sometido a aprobación, pues son personas que gozan de una plena credibilidad no solo en sus países de origen, sino también a nivel internacional. Actúan como verdaderos académicos y no tienen objetivo distinto que el de buscar la elaboración de un conjunto de disposiciones que satisfaga las necesidades del comercio internacional¹⁹¹.

De otro lado, los representantes de los Estados que hacen parte de una determinada organización¹⁹² suelen ser elegidos por su conocimiento en la temática que va ser objeto de negociación; estos son ajenos, en la mayoría de los casos, a criterios o aspectos de carácter político que puedan determinar su posición dentro del proceso.

¹⁸⁹ Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, 263.

¹⁹⁰ “The fact that the harmonizing instrument provides another choice that is neutral, for both parties, when neither entity is willing to surrender reliance on their own law”. Gopalan, «Transitional Commercial Law: The Way Forward», 804.

¹⁹¹ A modo de ejemplo, los miembros que conforman los grupos de trabajo en el interior de UNIDROIT son conformados por la secretaría, de acuerdo con las capacidades personales de los distintos posibles miembros del grupo de estudio, buscando con ello una representación balanceada de las distintas culturas y tradiciones jurídicas. «Unidroit: An Overview», *International Institute for the Unification of Private Law*, 2009, <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>.

¹⁹² Por ejemplo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil está integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas por un término de seis años. Su composición se estructura de forma tal que sea representativa de las diversas regiones geográficas y regímenes jurídicos. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, «El abecedario de la CNUDMI», noviembre 2004, 1, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/uncitral-leaflet-s.pdf>.

Así mismo, a los grupos de trabajo¹⁹³, que se encargan de la elaboración de los textos en los distintos organismos internacionales, suelen ser invitados delegados de Estados que no son miembros de la organización, así como representantes de otras organizaciones, con la finalidad de que participen de las discusiones, aporten sus conocimientos, vivencias y tradiciones jurídicas al documento.

A modo de ejemplo, en UNCITRAL son invitados a las deliberaciones de los distintos grupos de trabajo representantes de otros Estados y delegados de organizaciones regionales e internacionales interesadas en el objeto de la discusión¹⁹⁴. De igual forma, a los grupos de trabajo establecidos para la elaboración de textos preliminares en UNIDROIT son invitados, como observadores, representantes de otros Estados y de organizaciones internacionales interesados en participar en el estudio o elaboración de un determinado proyecto regulador.

La composición de los grupos de trabajo, en las distintas organizaciones internacionales, garantiza la existencia de profundas discusiones y análisis durante el proceso de elaboración del texto. Con ello se logra evitar la imposición de las tradiciones jurídicas o políticas de los distintos países; es precisamente la diversidad en la composición del grupo la que permite lograr un equilibrio entre las distintas culturas y tradiciones jurídicas.

Entonces, la primera razón en virtud de la cual se puede afirmar que los instrumentos que son expedidos por las organizaciones internacionales son ajenos a los intereses de los distintos países y gozan de neutralidad en sus disposiciones, se encuentra basada en la forma como están compuestas estas organizaciones y por quienes participan en la elaboración de los instrumentos.

2. Estimo que la forma como se desarrolla el proceso para la elaboración de un texto en las distintas organizaciones internacionales garantiza que su contenido sea neutro y acorde con los principios de los distintos regímenes jurídicos.

La elaboración de los instrumentos por grupos de trabajo y su posterior presentación para discusión en el órgano supremo de la organización garantizan que el contenido del texto que va a ser emitido goce de neutralidad. Adicionalmente, permiten que la problemática abordada

¹⁹³ A modo de ejemplo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se encuentra integrada por 60 Estados miembros, elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas por un periodo de seis años. A su vez, la Comisión ha establecido diversos grupos de trabajo integrados por todos sus Estados miembros, que se reúnen una o dos veces por año para elaborar textos encaminados a simplificar las operaciones comerciales y disminuir los gastos que ocasionan. También se invita a participar en las deliberaciones a Estados que no son miembros y a organizaciones regionales e internacionales interesadas, y estos tienen ocasión de contribuir intensamente a la labor de los grupos de trabajo, ya que las decisiones se adoptan por consenso, no por votación. Los proyectos de texto que se preparan se someten a consideración de la Comisión para que les dé forma definitiva y los apruebe en su periodo de sesiones anual. En igual sentido, en UNIDROIT se establecen grupos de trabajo o de estudio, cuya conformación es determinada por la secretaría, que se encargan de realizar y presentar el documento preliminar del texto al consejo de gobierno. Dicho consejo de gobierno se encuentra integrado por un presidente y 25 miembros, que gozan de un gran reconocimiento, como jueces, abogados litigantes o académicos y que se encargarán de la aprobación del texto definitivo, que en caso de ser una convención, se ordenará a la secretaría la conformación de un comité de expertos que elabore el texto definitivo que será sometido a aprobación. «Unidroit»; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, «El abecé de la CNUDMI», 2.

¹⁹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, «El abecé de la CNUDMI», 2.

sea de la importancia suficiente como para la elaboración del texto y que sea acorde con las necesidades y problemáticas presentes en el contexto del comercio internacional.

El procedimiento para la expedición de un instrumento y las diferentes etapas que tiene que atravesar para que sea finalmente emitido hacen que el texto sea sometido a varios filtros en los cuales se discute su contenido en cada uno de los aspectos de importancia por los distintos delegados o representantes de los Estados que concurran a la sesión del grupo de trabajo.

Mediante lo anterior se logra que el instrumento sea discutido por los representantes de los distintos Estados, quienes buscarán que su contenido sea lo menos perjudicial para sus intereses y para las futuras relaciones comerciales que puedan entablar. Ello, a su vez, garantiza que cada uno de los representantes de los Estados o de las organizaciones invitadas participe activamente en las discusiones del texto, para obtener, finalmente, un documento equilibrado como producto del debate interno del grupo de trabajo o de la máxima instancia del organismo.

A modo de ejemplo, el procedimiento para la expedición de una convención internacional en UNIDROIT se encuentra compuesto de tres etapas distintas en las que participan diferentes expertos en el tema¹⁹⁵, en las que el contenido del instrumento se ve sometido a discusiones, correcciones y modificaciones con la única finalidad de lograr expedir un texto que se adecue a los objetivos del proceso armonizador.

En este sentido, la segunda razón por la cual es posible la expedición de instrumentos neutros y ajenos a las influencias de Estados y grupos de interés es la estructura del procedimiento a partir del cual se expide un instrumento armonizador. Este permite que el texto sea sometido a varios filtros, con lo cual se evita la expedición de regulaciones innecesarias, parcializadas hacia un sistema jurídico, no acordes con la realidad del comercio internacional y ajenas a los objetivos de un proceso de estas características.

3. La tercera razón por la cual considero que los instrumentos de armonización tienen como una de sus principales características su neutralidad es una razón de carácter eminentemente práctico.

¹⁹⁵ Una vez una determinada temática haga parte del programa de trabajo, la secretaría, ayudada por un grupo de expertos, realizará un estudio en el cual se examine la necesidad y factibilidad de la expedición de una reforma o de un texto en una materia determinada. Este será un estudio especialmente elaborado a partir de un análisis de derecho comparado, con base en el cual se elabora un primer borrador que deberá contener un conjunto de principios uniformes a los distintos ordenamientos estudiados. Dicho borrador deberá ser sometido a consideración del consejo de gobierno, para que, de acuerdo con el estudio, determine si la temática amerita que se lleve a cabo un plan de acción, caso en el cual le ordenará a la secretaría la conformación de un grupo de trabajo, precedido por un miembro del consejo, que se encargue de la elaboración del primer borrador del texto de la convención. Los miembros de este grupo de trabajo estarán compuestos por personas reconocidas por sus calidades como académico, abogado, juez o árbitro, buscando adicionalmente una representación balanceada de los distintos sistemas legales y económicos. Una vez elaborado el texto, es presentado al consejo de gobierno quien lo aprobará y decidirá cuál es el mejor paso a tomar. En caso de que se decida elaborar una convención internacional, el consejo le ordenará a la secretaría la conformación de un comité de expertos que se encargarán de la elaboración del texto final. Este comité de expertos estará abierto a los países miembros, a los representantes de otros Estados y a los delegados de otros organismos internacionales interesados en el tema desarrollado en el texto. Por último, el texto final será presentado una vez más al consejo de gobierno para su aprobación final y para que determine los pasos a seguir. «Unidroit».

Un instrumento armonizador cuyas disposiciones fueran abiertamente parcializadas hacia un determinado sistema jurídico no sería aprobado en el seno de una organización internacional, pues tal y como lo he puesto de presente en los últimos párrafos, creo que la estructura del procedimiento para la expedición de un instrumento de este tipo y la forma como se encuentran conformadas las organizaciones internacionales evitarían que eso se produjera.

Ahora, suponiendo que esto no fuera así y que el texto hubiera sido expedido a pesar del contenido parcializado de sus disposiciones, estoy convencido de que dicho instrumento no sería mayormente utilizado y en consecuencia no llegaría a tener la suficiente aplicación en el comercio internacional. En otras palabras, aquel supuesto objetivo que tiene la armonización del derecho, como es el de permitir la imposición de las tradiciones de los países industrializados, nunca podría llegar a cumplirse, toda vez que el contenido de sus propias disposiciones haría que no fuera utilizado en el mercado global.

Lo anterior se explica en la negativa que expresarían muchos países a utilizar un texto en el cual se encontrara plasmada únicamente una de las tradiciones jurídicas que existe en el mundo, pues no solo verían desconocida su tradición y cultura, sino que adicionalmente el costo de la utilización de un instrumento de estas condiciones podría incluso superar el que puede generar la incertidumbre de la diversidad legal.

En un caso como este, el comerciante miembro del Estado cuya cultura y sistema jurídico ha sido obviado se vería ante una regulación que le sería ajena en su contenido y que sería contraria a sus principios y bases fundamentales. Ello significaría un considerable aumento de los costos de transacción, toda vez que el comerciante se vería sometido a la necesidad de contratar una asesoría legal que lo instruyera en las disposiciones del instrumento y que además estuviera durante todo el proceso de celebración del negocio y ejecución del contrato.

Igualmente, el desconocimiento de algunas instituciones propias de dicho sistema y su diferencia con las suyas aumentarían el grado de incertidumbre que existiría en torno a la relación y traería consigo la necesidad de asumir costos en la obtención de información que le permitiera conocer y comprender la disposición. Por último, regir su relación por un instrumento cuyas disposiciones le son desconocidas y contrarias a sus concepciones jurídicas dificulta el cumplimiento de sus obligaciones y aumenta el riesgo de una infracción producto del desconocimiento de las instituciones.

Adicional a lo anterior, si la relación de las partes estuviera sometida a los vaivenes de las normas de derecho internacional privado, esta podría someterse a cualquiera de las disposiciones del régimen legal de los contratantes o del lugar donde se ejecutara el contrato, pudiendo ello ser mucho más beneficioso que someter su relación a las disposiciones de un instrumento que desconoce completamente su tradición jurídica.

Por estas razones, los Estados seguramente se abstendrían de ratificar el instrumento y los comerciantes de usarlo como ley del contrato, pues para ellos resultaría costoso y poco beneficioso el uso de esas disposiciones.

Así mismo, un texto con estas características desconocería completamente los objetivos del proceso armonizador, pues, más allá de promover la reducción de los costos de transacción y de las barreras que existen para participar en el mercado, los incrementaría.

A modo de ejemplo, la Ley Uniforme de Compraventa Internacional, mejor conocida como ULIS (por sus siglas en inglés) y la Ley Uniforme para la Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como ULF (por sus siglas en inglés), presentadas durante la conferencia de La Haya en 1958 y auspiciadas por UNIDROIT, no contaron con la aprobación suficiente y en consecuencia son vistas como un fracaso por su falta de aceptación internacional¹⁹⁶.

Dicha falta de aceptación fue consecuencia de la percepción de la comunidad internacional que las veía como disposiciones demasiado “europeas” debido a la falta de participación de los países no industrializados y los del bloque comunista. Adicionalmente, estos últimos consideraban que dichas convenciones habían fallado en representar sus intereses y tendían a favorecer al vendedor y no al comprador¹⁹⁷, lo que a la postre derivó en el fracaso de las mismas.

Históricamente no es la primera vez que un instrumento armonizador no es aceptado por la comunidad internacional como consecuencia de considerarlo una disposición que no respondía a los intereses de los comerciantes que hacían parte de otras tradiciones jurídicas omitidas en el proceso de elaboración del texto.

Lo anterior nos permite concluir, que aun cuando es difícil que un organismo internacional emita un instrumento armonizador cuyas disposiciones respondan exclusivamente a una cultura o sistema jurídico, si este llegara a ser emitido, sus posibilidades de éxito serían casi ninguna.

Parece entonces improbable que un texto armonizador sea utilizado como un medio para la imposición de los intereses y tradiciones de los Estados y grupos de interés, pues como lo he venido estableciendo no solo es poco probable la expedición de un instrumento que tenga dichas características, sino que su aprobación en la comunidad internacional parece imposible.

Por consiguiente, creo que con lo descrito en los últimos tres apartes me he encargado de esbozar las distintas críticas planteadas dentro de la doctrina frente al desarrollo de un proceso armonizador. Ello no quiere significar que no existan ni puedan existir críticas distintas a las planteadas en este texto¹⁹⁸, pues la idea en el desarrollo de este capítulo era presentar aquellas críticas que considero de mayor importancia y que tenían mayor fuerza desde el punto de vista argumentativo.

Considero, adicionalmente, que con lo escrito en estos apartes desvirtúo total, o al menos parcialmente, las críticas que fueron planteadas y desarrolladas en el texto. Puedo también afirmar no solo que el desarrollo de los procesos de armonización es necesario y beneficioso para la comunidad internacional, sino que las críticas que usualmente se plantean de cara a su implementación, si bien en

¹⁹⁶ Eiselen, «Globalization and Harmonization of International Trade Law», 102.

¹⁹⁷ Estas convenciones fueron adoptadas por 11 Estados, de los cuales 9 eran europeos. *Ibíd.*

¹⁹⁸ En la doctrina se hace referencia también a otras críticas relacionadas con el poco carácter democrático de estos instrumentos, con la imposibilidad de lograr una traducción fidedigna del texto y los problemas que puede generar la terminología propia de cada sistema jurídico. Osborne, «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980»; Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», 8.

algunos casos pueden ser parcialmente ciertas¹⁹⁹, no constituyen una razón que justifique su eliminación.

De otro lado, estoy convencido de que no en todos los casos se encuentra justificado el desarrollo de un proceso armonizador. Es decir, si bien creo que el desarrollo de los procesos de armonización es necesario e implica una plusvalía para quienes hacen parte del comercio mundial, igualmente considero que existen casos en los cuales su desarrollo no es necesario y, lejos de facilitar el comercio internacional, lo dificulta.

A mi parecer, la armonización del Derecho Comercial Internacional debe ser adelantada en función de las exigencias y necesidades de los comerciantes y de los requerimientos que surgen como consecuencia de los avances y progresos en las distintas áreas. Así, se debe buscar armonizar únicamente aquellas disposiciones que tienen incidencia en el desarrollo de las transacciones internacionales y en general sobre el mercado global²⁰⁰. Pues, tal y como lo señala Catalano²⁰¹, “no es necesario para el buen funcionamiento del mercado que todas las diferencias legislativas desaparezcan; es útil, por el contrario, que las diferencias que tienen o que puedan tener una incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del mercado común dejen de existir o al menos sean gradualmente alteradas”.

En consecuencia, todo proceso armonizador debe responder a los anteriores parámetros, habida cuenta que adelantar un proceso de estas características en otras condiciones llevaría a la realización de gastos innecesarios, pues las posibilidades de beneficiarse de la expedición de un instrumento de este tipo son casi nulas. Dicha baja tasa de retorno se explica en la casi segura no utilización del texto por los comerciantes y su no ratificación por los Estados, quienes al no percibir la existencia de una problemática que amerite el uso de esas disposiciones se abstendrán de utilizarlas por el simple hecho de no verlas necesarias.

De otro lado, la expedición de un instrumento que busque por medio de la armonización la eliminación de aquellas diferencias que afectan el desarrollo del comercio internacional y se establecen como barreras para el desenvolvimiento de transacciones transfronterizas, constituirá una herramienta que permitirá suprimir la falta de certeza en cuanto a la ley aplicable, disminuirá los costos de transacción, eliminará las barreras que impiden la participación de nuevos agentes en el mercado e impulsará un comercio global.

Por lo expuesto, el desarrollo de los procesos de armonización no es solo beneficioso y recomendable, sino que es totalmente necesario, toda vez que solo por este medio se logra disminuir eficientemente los distintos costos de transacción, aumentar exponencialmente la certeza legal y promover el comercio internacional.

Conclusiones

¹⁹⁹ A modo de ejemplo, no podemos desconocer los costos que genera el desarrollo del proceso armonizador.

²⁰⁰ Rodríguez, «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?», 113.

²⁰¹ Catalano, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*.

1. Una de las grandes problemáticas del comercio internacional es la de la ley aplicable a la relación contractual, habida cuenta de que la disminución de la falta de certeza en cuanto a la disposición que regula la relación trae consigo un aumento en los costos de transacción;
2. Los costos de transacción constituyen una fuerte barrera para la participación de nuevos agentes en el mercado, quienes, ante la imposibilidad de asumir los costos que implica estar sometido a dicha incertidumbre legal, se abstendrán de participar en el comercio mundial. A su vez, dichos costos harán ineficiente la transacción internacional al aumentar los gastos en que tienen que incurrir las partes y disminuir el margen de ganancia;
3. La incertidumbre que genera para los agentes del comercio la inexistencia de un conocimiento fehaciente sobre el régimen legal aplicable a una transacción internacional, es una de las principales razones que desestiman la inversión extranjera y el comercio mundial, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que uno de los principales objetivos del legislador debe ser la obtención de predictibilidad y estabilidad en las relaciones comerciales;
4. La armonización es el medio idóneo para conseguir la certeza en cuanto al régimen aplicable a la relación contractual, pues a través de los instrumentos armonizadores se obtiene claridad sobre cuál es la ley aplicable a la relación de comercio internacional;
5. La obtención de certeza en cuanto al régimen aplicable a la relación contractual constituye un importante beneficio para los comerciantes que participan de una relación de comercio internacional, habida cuenta de que ello les permite conocer, al momento de la celebración del contrato, las reglas que rigen su relación y aquellas que se aplicarían en caso de suscitarse un conflicto. Ello provoca, a su vez, una disminución de los costos de transacción y un aumento del margen de ganancia, producto de la menor cantidad de recursos que tendrán que destinar las partes en asesorías legales que les permitan conocer el régimen aplicable;
6. En un proceso armonizador exitoso, las diferencias entre los distintos sistemas y ordenamientos disminuyen, lo que hace que las partes que intervienen en el mercado internacional se encuentren ante regulaciones que, a pesar de ser desconocidas en su contenido, no les son del todo ajenas por tener disposiciones y principios comunes a todos los ordenamientos. Unido a lo anterior, con el paso del tiempo esas disposiciones serán comunes a todas las personas que participan en el mercado internacional, lo que facilitará el comercio y el intercambio de bienes entre personas con domicilio en distintos Estados.
7. Los instrumentos de armonización son disposiciones pensadas y creadas para satisfacer las necesidades de los comerciantes y solucionar las dificultades que se suelen presentar en el desarrollo de una transacción transfronteriza. En consecuencia, estas son normas casi hechas a la medida de los agentes de comercio quienes verán en estas disposiciones una solución para los distintos problemas que los afectan en el curso de una relación de comercio internacional, constituyendo así un cuerpo de normas ideal para regular este tipo de transacciones;
8. Los beneficios que se obtienen con una disposición armónica y la posibilidad de dar respuesta a una problemática del comercio internacional constituyen un fundamento suficiente para que sea válido adelantar un proceso armonizador, sin ni siquiera contar, claro está, con la posibilidad de que los beneficios que genera el proceso lleguen a ser superiores a los costos en los que se incurrió en la implementación y desarrollo del instrumento.

9. Si bien puede llegar a suceder que los representantes de los Estados concurren con un claro interés económico a la etapa de negociaciones del futuro instrumento armonizador, o que haya una fuerte presión por parte de algún grupo de interés, la conformación de los organismos internacionales, el procedimiento para la expedición del instrumento y el mismo interés de la comunidad en la obtención de un texto neutral garantizan que el texto busque satisfacer las necesidades de los comerciantes y del tráfico comercial, mas no favorecer a un determinado sector económico o grupo de países;
10. Siempre debe ser examinada la problemática que busca ser resuelta a través del proceso armonizador, en aras de establecer si ella verdaderamente amerita el desarrollo de un proceso de esta envergadura. Solamente en aquellos casos en que la problemática sea de tal importancia como para adelantar el proceso se verán justificados los costos en los que se incurrió. En los demás casos, la poca importancia de la problemática hará que el instrumento no sea utilizado y en consecuencia que el grado de armonización que produzca sea mínimo.
11. Siendo la armonización del Derecho Comercial Internacional necesaria y beneficiosa para el comercio global y para los agentes que participan en él, debe ser adelantada en función de las exigencias y necesidades de los comerciantes y de los requerimientos que surgen como consecuencia de los avances y progresos en las distintas áreas. Así, se debe buscar armonizar únicamente aquellas disposiciones que tienen una incidencia en el desarrollo de las transacciones internacionales y en general sobre el mercado global.

Bibliografía

- Alfaro, Jesús. «Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia». *Indret Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2009). http://www.indret.com/pdf/667_es.pdf.
- Bar, Christian v. «From Principles to Codification: Prospects for European Private Law». *The Columbia Journal of European Law* 379 (2002).
- Butter, Frank A. G. Den y Robert H. J. Mosch. «Trade, Trust and Transaction Costs». *SSRN eLibrary* (octubre 7, 2003). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=459501.
- Carbonara, Emanuela y Francesco Parisi. «The Paradox of Legal Harmonization». *Minnesota Legal Studies Research Paper* 07-14 (2007). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870519.
- Caruso, Daniela. «Private Law and State-Making in the Age of Globalization». *SSRN eLibrary* (s. f.). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900106.
- Catalano, Nicola. *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*. INTAL-BID, 1966.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. «El Derecho Comparado y su relación con el Derecho Internacional Privado», s. f. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/345/255>.
- Cooter, Robert y Janet T. Landa. «Personal Versus Impersonal Trade: The Size of Trading Groups and Contract Law». *International Review of Law and Economics* 4, no. 1 (1984): 15-22.
- «Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición». *Real Academia Española*, 2010. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=certeza.
- Eiselen, Sieg. «Globalization and Harmonization of International Trade Law». En *Globalization and Private Law: The Way Forward*, editado por Michael Faure y Andre van der Walt. Edward Elgar Pub, 2010.
- Espitia, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Estrella Faria, José Ángel. «Legal Harmonization Throughmodel Laws : The Experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)», mayo 2011. http://www.justice.gov.za/alraesa/conferences/papers/s5_faria2.pdf.
- Faure, Michael y Andre van der Walt, eds. *Globalization and Private Law: The Way Forward*. Edward Elgar Pub, 2010.

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 12, Número 2 (julio-diciembre 2013)
(pp. 80-139)

- Felemegas, John. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation». *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2002. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html>.
- Fiske, William S. «Should Small and Medium-Size American Businesses “Going Global” Use International Commercial Arbitration?» *Transnat'l Law* 18 (2005).
- Goldring, John. «Unification and Harmonisation of the Rules of Law». *Federal Law Review* 9 (1978): 284.
- Gómez-Pomar, Fernando. «Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law». *SSRN eLibrary* (enero 15, 2010). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537168.
- Gopalan, Sandeep. «Transitional Commercial Law: The Way Forward». *American University International Law Review* 18, no. 4 (2003): 803-849.
- Islam, Roumeen y Ariell Reshef. «Trade and Harmonization: If Your Institutions Are Good, Does It Matter If They Are Different?» *World Bank Policy Research Working Paper Series* (mayo 1, 2006). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917478.
- Keily, Troy. «Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods». *Nordic Journal of Commercial Law* 1 (2003). http://www.njcl.fi/1_2003/article3.pdf.
- Lerner, Pablo. «Sobre armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 111 (2004): 919-966.
- McKendrick, Ewan. «Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In». En *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, editado por Stefan Vogenauer y Stephen Weatherill, 259. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.
- Mistelis, Loukas. «Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law». En *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, editado por Ian Fletcher, Marise Cremona y Loukas Mistelis, 3-27. London: Sweet & Maxwell, 2001. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistelis2.html>.
- Momberg Uribe, Rodrigo. «Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea». *Revista de Derecho XXII*, no. 1 (julio 2009): 9-33.
- Murillo, María Luisa. «The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification». *J. Transnational Law & Policy* 11, n.º 1 (2001). <http://epp.di.unito.it/index.php/epp/article/viewFile/95/75>.
- Örücü, Esin. «Critical comparative law: Considering paradoxes for legal systems in transition». *Netherlands Comparative Law Association* 4.1 (junio 2000). <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html>.
- Osborne, Philip James. «Unification or Harmonisation: A Critical Analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980». *Pace Law School Institute e-mercatoria* 136

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 12, Número 2 (julio-diciembre 2013)
(pp. 80-139)

of International Commercial Law, agosto 2006.
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/osborne.html>.

Parisi, Francesco. «Harmonization of European Private Law: An Economic Analysis». *SSRN eLibrary* (septiembre 11, 2007). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014385.

Rodríguez Fernández, Maximiliano. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Rodríguez, Mónica Sofía. «Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur. ¿Una quimera o una necesidad?». Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, 2007.

Rosett, Arthur. «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law». *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, febrero 6, 2006. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rosett2.html>.

Sacco, Rodolfo. *Introduzione al Diritto Comparato*. 3.^a ed. Turín, 1989.

———. «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)». *The American Journal of Comparative Law* (1991).

———. «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of III)». *The American Journal of Comparative Law* (1991).

Smits, Jan M. «The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law». En *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL*. Viena, 2007. <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Smits.pdf>.

———. «The Principles of European Contract Law and the Harmonization of Private Law in Europe». En *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, editado por Antoni Vacquer, 567-590. Valencia: Tirant, 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=792545.

Stephan, Paul B. «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law». *SSRN eLibrary* (junio 1999). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=169209.

Stürner, Michael. «Tendiendo un puente entre el *common law* y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?», s. f. http://digitool-uam.greendata.es/view/action/singleViewer.do?dvs=1315438699644~716&locale=es_ES&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=4&search_terms=SYS%20=%20000003984&adjacency=N&application=DIGITOOL-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true©RIGHTS_DISPLAY_FILE=DERECHOSUSO.

Tiebout, Charles M. «A Pure Theory of Local Expenditures». *Journal of Political Economy* 64, no. 5 (octubre 1, 1956).

- Turrini, Alessandro y Tanguy van Ypersele. «Legal Costs as Barriers to Trade». *SSRN eLibrary* (julio 2006). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924895.
- «Unidroit: An Overview». *International Institute for the Unification of Private Law*, 2009. <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsid=103284>.
- Van Gerven, W. «Harmonization of private law: Do we need it?» *Common Market Law Review* 41, no. 2 (2004): 505-532.
- Wagner, Gerhard. «Transaction Cost, Choice of Law and Uniform Contract Law». En *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL*. Viena, 2007. <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/WagnerG.pdf>.
- Wagner, Helmut. «Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?» En *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL*. Viena, 2007. <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/WagnerH.pdf>.
- Yu, Peter K. «The Harmonization Game: What Basketball Can Teach About Intellectual Property and International Trade». *Fordham International Law Journal* 26 (2002). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=341242.
- Yuejiao, Zhang. «Harmonization of contract law and its impacts on China's contract law». En *Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL*. Viena, 2007. <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Zhang.pdf>.
- Zweigert, K., y H. Kötz. *Introduction to Comparative Law*. Traducido por T. Weir. 3.^a ed. Oxford, 1998.

Normas internacionales

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo - las «Reglas de Rotterdam»*. Viena: Naciones Unidas, 2009. http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/transport/Rotterdam_Rules/09-85611_Ebook.pdf.
- . «El abecé de la CNUDMI», noviembre 2004. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/uncitral-leaflet-s.pdf>.
- . «Situación actual Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías». *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*, s. f. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.
- . «UNIDROIT Convention on International Financial Leasing», s. f. <http://www.unidroit.org/english/implement/i-88-l.pdf>.

Naciones Unidas (UN). «Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», s. f. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>.

———. «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados». *Equipo Nizkor*, 1997. <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>.

United Nations (UN). «UN - General Assembly resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966 Establishing - United Nations Commission on International Trade Law - United Nations Commission on International Trade Law United Nations (UN)». *Lex Mercatoria*, 1997. <http://www.jus.uio.no/lm/uncitral.2205-xxi/doc.html>.