CAPÍTULO 1

EL ENTORNO COMERCIAL TRANSNACIONAL:

TEMAS SELECCIONADOS

Índice

1.1 Introducción y nota sobre el alcance 1

1.2 Interdependencia de los mercados nacionales y surgimiento del mercado global 2

1.2.1 Globalización e interdependencia de los mercados 2

1.2.2 Comercio mundial: enfoques mundiales y regionales 3

1.3 Marco jurídico transnacional 6

1.3.1 Ámbito normativo 6

1.3.2 Trampas para los inexpertos 8

1.4 Impacto de los tratados y otras influencias supranacionales 9

1.5 Otros factores de complicación 11

1.6 Elementos interculturales y lingüísticos 13

1.7 Prácticas legales transnacionales. Delimitaciones del derecho internacional 14

1.8 Modelo de arbitraje internacional 17

1.8.1 Selección de un foro de conveniencia y nociones conexas 17

1.8.2 Resumen de las características del litigio 19

1.9 Medidas y técnicas atenuantes

1.9.1 Autonomía de las partes

1.9.2 Autorrestricción judicial y cooperación interestatal

1.10 Prospecto

1.1 Introducción y nota sobre el alcance

Las controversias económicas internacionales no se producen ni se resuelven de la nada. Surgen y finalizan su curso movilizadas por fuerzas que las hacen distintivas y, a menudo, sumamente complejas. Este capítulo, a modo de introducción, proporciona un estudio dedicado a identificar las características propias del entorno económico internacional. Proporciona un telón de fondo para los capítulos que siguen y, quizás, algunas advertencias para los novatos. Es simplemente un esquema representativo, impresionista y está lejos de ser exhaustivo. Sin embargo, el material bibliográfico que se ofrece en todo el trabajo dirige al lector a varias referencias más abarcativas.

1.2 Interdependencia de los mercados nacionales y surgimiento del mercado global

1.2.1 Globalización e interdependencia de los mercados

Las perspectivas y las estrategias comerciales se han globalizado[1] a un nivel sin precedentes en respuesta a la evolución de los mercados internacionales y a las infraestructuras que los sustentan. En la actualidad, se les aconseja con frecuencia, incluso a los pequeños inversores, considerar sus opciones en términos globales,[2] como lo han hecho, por mucho tiempo, sus instituciones homólogas.[3] En la actualidad, las bolsas de valores están sumamente diversificadas[4] y normalmente ofrecen valores extranjeros y nacionales;[5] las empresas, grandes y pequeñas, planifican la recaudación de fondos[6] basándose en esa realidad. La informatización y los avances en las telecomunicaciones,[7] a la vez, le permiten al inversor ávido comercializar las 24 horas[8] y realizar, cada vez más, operaciones a una velocidad sin precedentes.[9] Al mismo tiempo, los mercados mundiales financieros y de títulos de renta variable muestran tanto una interdependencia notable[10] como una innovación constante.[11]

Actualmente, prevalecen los enfoques transnacionales orientados a distintas formas de inversión directa. Las empresas, grandes y pequeñas, impulsadas por diversos factores, miran más allá del terreno familiar para considerar las ventajas relativas de la cooperación internacional y de escenarios extranjeros. Los fabricantes de automóviles japoneses, por ejemplo, cortejan a sus homólogos estadounidenses o europeos y viceversa.[12] Si todo sale bien, prevalece la sinergia. De este modo, como es lógico, la nomenclatura del comercio internacional incluye ahora el término "alianza estratégica",[13] un tema que genera al menos un boletín.[14]

---

[1] A veces la literatura distingue entre "global", "internacional", y "transnacional". Sin embargo, a menos que se indique lo contrario, estos términos se utilizarán indistintamente en este trabajo.

[2] Véase M. Sesit, *Why it´s time for investors to think globally*, Wall Street Journal, 23 de abril de 1993, en Col. 1 y Col. 14.

[3] Véanse en general M. Gerstenzang, *Insider trading and the internalization of the securities markets,* Colum. J. Transnational Law vol. 27 (1989) pág. 409; B. Langstreth, *A look at the SEC's adaptation to global market pressures*, Colum. J. Transnational Law vol. 33 (1995) pág. 319.

[4] Véase H. Scott y P. Wellons, *International finance,* págs. 32 a 52 (1995) (en lo sucesivo Scott y Wellons) (extracto *Report of the staff of the SEC on the internationalization of securities markets* (1987)).

[5] *Id*.

[6] Sobre las ofertas "globales" de acciones, véase D. Braverman, *U.S. legal considerations affecting global offerings of shares in foreign companies, en Global trends*, nota 7 *infra*, pág. 174.

[7] Véanse, por ejemplo, J. Keller y M. Carnevale, *Clear message*: MCI-BT *Tie is seen setting off a battle in communications,* Wall Street Journal, 3 de junio de 1993, pág. A1 (las alianzas internacionales entre operadores de larga distancia destinadas a "globalizar" las comunicaciones empresariales); véase también W. Sechrest. *Six global business and financial trends: a lesson about interconnectedness, en International finance in the 1990's,* págs. 13 y 20 (J. Norton and R. Auerback edit., 1993) (en lo sucesivo, Global trends) (trata sobre el impacto de una "red global de transmisión instantánea de la información").

[8] Véase en general S. Hunter, *The status and evolution of twenty-four hour trading: a trader's view of international transactions, clearance, and settlement*, Boston University International Law Journal vol. 15 núm. 4 (1986).

[9] *Cf*. J. Norton y C. Olive, *Globalization of financial risks and international supervision of banks and securities firms: lessons from the Barings debacle*, International Law, vol. 30 (1996), pág. 301.

[10] Véanse en general J. Markham y R. Stephanz, *The stock market crash of 1987. The United States looks at new recommendations*, Georgetown Law Journal vol. 76 (1988), pág. 1993. Se proporcionó un ejemplo de la interdependencia de los mercados de valores mundiales en octubre de 1987, cuando las pérdidas significativas en las bolsas de valores de Londres, Tokio, Sídney, Frankfurt, París y Hong Kong repercutieron en la caída de 508 puntos del Índice Industrial Dow Jones. *Íd*.

[11] Véase Scott y Wellons, nota 4 *supra*, págs. 32 a 41.

[12] Véase, por ejemplo, K. Done*, Mazda and Ford drop European production move*, Financial Times, 4 de marzo de 1993, pág. 15 (Ford y Mazda se encuentran en un callejón sin salida, "Mazda queda como único de los cinco fabricantes de automóviles de vanguardia sin una base de producción en Europa").

[13] Véase *Is your strategic alliance really a sale*? Revista Harvard Business Review, período enero-febrero de 1995, pág. 97.

[14] Véase 1 *Strategic alliance alert* núm. 1 (mayo de 1994).

La empresa multinacional (EMN) sigue siendo la principal dirigente de riqueza y un motor muy potente de los mercados de divisas.[15] Así mismo, es importante que la EMN aún siga siendo un motor muy potente del desarrollo mundial; en respuesta a esa realidad, la mayoría de los países en desarrollo, dan la bienvenida a ese tipo de empresas.[16] Para algunos estados anfitriones esto ha requerido el repudio a la retórica anti-EMN de no hace mucho tiempo.

Las EMN también se han convertido en objeto de mayores demandas relacionadas con el medioambiente global. En efecto, frases como "la contabilidad verde"[17] y el "desarrollo sostenible" se introducen paulatinamente al vocabulario corporativo.[18] A la vez, a medida que aumenta la regulación medioambiental transnacional y nacional, también se deseará solucionar las controversias medioambientales mediante métodos análogos a los presentados en este trabajo.[19]

1.2.2 Comercio mundial: enfoques mundiales y regionales

Se ha tratado de eliminar las barreras al libre comercio por décadas. El Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) ha sido el motor supranacional principal de estas iniciativas.[20] A través de una serie de “rondas” de negociación,[21] el GATT ha logrado reducciones sustanciales en las barreras arancelarias entre sus miembros.[22] La evolución de las agendas[23] y de las instituciones refleja el acervo del GATT, ya que los aranceles son simplemente una forma de obstáculo para el comercio internacional. En un trabajo más reciente del GATT, que culminó en la Ronda Uruguay, las barreras no arancelarias,[24] el comercio de servicios[25] y los aspectos relacionados con el comercio de propiedad

---

[15] Véase K. Campbell, *In search of full protection: new products to help manage risks (Corporate Treasury Management Survey),* Financial Times, 11 de noviembre de 1992, vol. II: *Multinationals as mini-banks*: *major players in their own right* (Encuesta), Financial Times, 27 de mayo de 1986, vol. VII.

[16] Cabe mencionar la iniciativa conjunta de los órganos del Banco Mundial y del Fondo Monetario International que han formulado principios rectores para los gobiernos sobre las relaciones con los inversores extranjeros. Véase *Guidelines on the treatment of foreign direct investment*, ICSID Foreign Investment Law Journal vol. 7 (1992), págs. 295 y 297; *Report to the development committee on the legal framework for the treatment of foreign investment*, *íd*. págs. 1315 y 1316.

[17] Véase *How green was my accountant*, The Economist, 18 de mayo de 1991, pág. 87

[18] El desarrollo "sostenible" es el que evoluciona entre parámetros establecidos por la previsión de necesidades de futuras generaciones. Como tal, su significado varía de acuerdo con el contexto. Véase en general Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD). *Nuestro futuro común* (1987).

[19] Véase, en general J. Trolldalen, *International environmental conflict resolution* (1992).

[20] El GATT entró en vigor el 1 de enero de 1948. Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio, 30 de octubre de 1947, Statistics vol. 61 A 2051, *Treaties and other International Acts Series* (T.I.A.S.) núm. 1700, *United Nations Treaty Series* (U.N.T.S.) vol. 55, pág. 187. Véanse en general *GATT information service, GATT 30 years*, 1947-1977: *What it is, what it does* (1979); J. Jackson, *Restructuring the GATT system* (1990) (en lo sucesivo *Restructuring*). J. Jackson *et al*, *Legal problems of international economic relations* (tercera edición 1994) (en lo sucesivo *Legal problems*); P. Stephen *et al., International business and economics* (1993), págs. 642 a 791 (1993).

[21] Las ocho rondas de negociaciones comerciales multilaterales en el marco del GATT fueron: (Ginebra, 1947); (Annecy, 1949); (Torquay, 1950-1951); (Ginebra, 1955-1956); (“Ronda Dillon”, Ginebra, 1961-1962); (“Ronda Kennedy", Ginebra,1963-1967); ("Ronda de Tokio" Ginebra, 1973-1979); ("Ronda Uruguay" Punta del Este, 1986-1994). Véase *International trade negotiations ICC Business guide to the new GATT round*, International Chamber of Commerce, publicación núm. 446 (1987).

[22] Jackson, *Restructuring*, nota 20 *supra*, pág. 36.

[23] El tan nombrado "Proyecto Dunkel" fue un documento de trabajo principal, aunque todavía provisional, que nació de las iniciativas de la Ronda Uruguay "El Proyecto Dunkel" de la Secretaría del GATT (1992) (reimpresión: Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, documento serie MTN. NC/W/FA 20 de diciembre de 1991) (en lo sucesivo Proyecto Dunkel). El Acta Final de la Ronda Uruguay se firmó en 1994 (en Marruecos) y Estados Unidos la adoptó en diciembre de ese año. Jackson *et al*, *Legal problems*, nota 20 *supra*, p. 149.

[24] Véase Jackson *et al*., *Legal problems*, nota 20 *supra*, págs. 376 y 377. La Ronda de Tokio de 1979 amplió la cobertura de las barreras no arancelarias del GATT de manera significativa. Estos cambios no se hicieron plenamente efectivos debido a deficiencias que quedaban en el sistema. Véase Jackson, *Restructuring*, nota 20 *supra*, págs. 36 y 37.

[25] El controvertido tema de los servicios se abordó con seriedad, por primera vez, en la Ronda Uruguay de 1986. Véase Jackson, *Restructuring*, nota 20 *supra*, págs. 38 y 39.

intelectual[26] se han posicionado en primera plana. Al mismo tiempo, como si el acuerdo GATT no fuera lo suficientemente difícil, las preocupaciones ecológicas emergentes han aumentado la tensión entre el libre comercio y los objetivos medioambientales.[27]

La ambición y la importancia de la Ronda Uruguay quizás se puedan transmitir mejor al señalar que, según se informa, "el 'paquete' total del texto de los… resultados de la Ronda pesa 174 kg y se compone de más de 22.000 páginas, con anexos y programas, etc."[28] Los más de 50 textos separados que contienen los resultados están vinculados por un único documento integrador: La Carta de la Organización Mundial del Comercio (OMC),[29] lo que resulta en un "producto extraordinariamente amplio y detallado." Por medio de los anexos mencionados arriba, la Carta engloba la amplia gama de normas sustantivas acordadas.[30]

Si bien es cierto que el enfoque global del GATT para facilitar el comercio ha avanzado con dificultad pero ha logrado mucho, también lo han hecho algunos acuerdos regionales. Estos han disfrutado de un éxito notable, sobre todo en Europa Occidental. En particular, la Unión Europea (UE)[31] ha eclipsado el modelo tradicional bajo el cual los mercados están delimitados por las fronteras nacionales. Históricamente hablando, los Estados han regulado el flujo transfronterizo de capital (por ejemplo, a través de controles de divisas),[32] de mercancías (a través de medidas arancelarias y no arancelarias),[33] y de personas (a través de la

---

[26] Véase J. Dettmann, *GATT: An opportunity for an intellectual property rights solution*, Transnational Law vol. 4 (1991) pág. 347; D. Mall, *The inclusion of a trade related intellectual property code under the General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), Santa Clara Law Review 265, vol. 30 (1990); Proyecto Dunkel, nota 23 *supra*, el Anexo III (trata los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual); *Transnational technology protection*, American Journal Comparative Law vol. 40 (1992), págs. 879 y 898.

[27] J. Jackson, *Las normas del comercio mundial y las políticas ambientales ¿Congruencia o conflicto?* Law Quadrangle Notes vol. 36 (1993), pág. 35. Aunque las excepciones de Conservación y Solidez del GATT le permiten a un estado anular sus obligaciones generales, estas disposiciones no son ni incondicionales ni acabadamente precisas. *Id*. págs. 39 y 40. Véanse en general R. Housman y D. Zaelke, *Trade environment, and sustainable development: A Primer*, Hastings International & Comparative Law Review, vol.15, (1992), pág. 535.

[28] Jackson *et al*., Legal problems, nota 20 *supra*, pág. 302.

[29] *Íd*. págs. 316 y 317.

[30] *Íd*. págs. 302 y 303.

[31] A veces se le sigue llamando a la Comunidad Europea (CE), Unión Europea (UE), un nombre que a su vez sustituyó a la referencia más histórica de Comunidad Económica Europea (CEE). Se dice que la evolución del nombre se debe a la mayor profundidad y alcance de la integración jurídica, política y social. Las referencias estándares son las siguientes: T. Hartley, *The foundations of European Community Law* (tercera ed. 1994.); D. Lasok, *Law and institutions of the European Communities* (sexta ed. 1994.); D. Wyan y A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC* (tercera ed. 1993). Véase también, G. Bermann *et al*., *Cases and materials on European Community Law* (1993).

[32] Véase D. Reid, *Foreign exchange controls and repatriation, en Negotiating and structuring international commercial transactions: legal analysis with sample agreements* (S. Battram & D. Goldsweig eds., 1991) pág. 66; International Monetary Fund, Exchange arrangements and exchange restrictions: Informe Anual del FMI (1991) (enumera más de 120 países que utilizan algún tipo de control de divisas). En los países en desarrollo, los controles de divisas se mantienen como un componente de la vida empresarial internacional, mientras que en los países más desarrollados se usan menos. Reid, págs. 66 a 71 *supra* (enumera formas comunes de restricción de divisas). Para disminuir la aprensión de los inversores, los códigos modernos de inversión extranjera y los tratados bilaterales de inversión, a menudo, contienen disposiciones que garantizan la libre convertibilidad y la repatriación de la inversión inicial y de las utilidades. Véase, por ejemplo, Argentina-United States: Treaty concerning the reciprocal encouragement and protection investment, international legal materials (I L M) vol. 31 (1992) págs. 124 y 132 (se reproduce el Tratado entre el Gobierno de Argentina y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 14 de noviembre de 1991, artículo V).

[33] Las medidas no arancelarias que afectan a las importaciones incluyen cuotas y sistemas de licencia restrictiva. Las exportaciones se moderan por los regímenes de licencias de exportación, tales como la Ley Administrativa de Exportaciones de los Estados Unidos de América de 1979. Véase Schmitthoff, *Schmitthoff´s export trade* págs. 757 a 763 (novena ed. 1990). Las restricciones a la exportación están determinadas por varias políticas que incluyen la seguridad nacional, las relaciones exteriores, y la preservación de los recursos naturales. Véase H. Moyer y L. Mabry, *Export controls as instruments of foreign policy: the history, legal issues and policy lessons of three recent cases,* 15 Law & Pol'y Int'l Bus 1 (1983).

política de inmigración). Sin embargo, el objetivo de la UE[34] ha sido llevar a cabo una reducción general de las barreras a estos factores productivos.[35] En busca de una integración jurídica y económica que sea relativamente "amplia" a nivel geográfico y "profunda" a nivel sistémico, la UE es la más ambiciosa de las tantas colaboraciones regionales que funcionan en la actualidad. Por otra parte, la adhesión de nuevos miembros, que es cada vez mayor, y la afiliación fortalecida con los países restantes de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)[36] auguran un proceso que se extenderá hacia el siglo próximo. De hecho, no es del todo extravagante suponer que incluso los mercados emergentes de Europa Oriental disfrutarán, eventualmente, de pertenecer a la UE.[37]

Fuera de Europa Occidental también prevalecen los acuerdos regionales. Existen varias agrupaciones, algunas relativamente incipientes y otras propuestas. Un claro ejemplo es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).[38] Otros textos fundacionales de tipo similar son los siguientes: el Tratado de Asunción, (creación del MERCOSUR),[39] el Acuerdo de Managua sobre la Unidad Económica[40] y el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (CEAP), que forma un bloque comercial entre los 28 Estados de la región Asia-Pacífico.[41] Cada Estado propone alguna forma de unidad regional y órganos subsidiarios

---

[34] El 1 de enero de 1995, la UE estaba integrada por los siguientes quince Estados miembros: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Grecia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal, España y Suecia.

[35] La evolución más reciente de la Unión se caracteriza por dos fases. La primera fase, conocida como el "Programa de 1992", trató exhaustivamente de eliminar las barreras internas en la circulación de mercancías, personas, capitales y servicios. El Acta Única Europea (AUE) del I7 y 28 de febrero de 1986 (art. 13), 1987 DO (núm. L 169/1) Boletín de la CE. Suplemento 2/86; G. Hefferan y J. Katsantonis*, Movement towards an internal market in 1993: An overview of current legal developments in the European community*, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 3 (1992); S. Riesenfeld*, Acta Única Europea,* Hastings International & Comparative Law Review, vol.13, pág. 371 (1990).

La segunda fase, marcada por el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), prevé, entre otras cosas, una moneda única y una política de defensa común 31 I.L.M. 247 (1992). Véase, en general U. Everling, *Reflections of the structure of the European Union*, Common Market Law Review, vol. 29 (1992), pág. 1053; T. Hartley, *Constitutional and institutional aspects of the Maastricht Agreement*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 42 (1993) pág. 213

[36] Instituida en 1959, la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC*)* liberalizó el comercio de mercancías industriales entre sus miembros originales. Una serie de acuerdos bilaterales entre los respectivos países de la AELC y la UE redujeron los aranceles y las restricciones cuantitativas entre los dos grupos. El 2 de mayo de 1992, los miembros de la UE y de la AELC firmaron el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), para replicar entre los diecinueve Estados muchas de las características del mercado interior de la UE. Véase, en general T. Blanchet *et al.*, *El acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE)* (1994); S. Norberg, *El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, Common Market Law Review, vol. 29 (1992), pág. I I71. Austria, Finlandia y Suecia pasaron a ser miembros de pleno derecho de la UE en enero de 1995. Los países restantes de la AELC son: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

[37] Por ejemplo Hungría, Polonia, Rumania, Eslovaquia y Letonia han solicitado adherirse a la UE. Véase *The EU goes cold on enlargement*, The Economist, 28 de octubre de 1995, pág.57.

[38] El *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (*TLCAN),* reimpreso en International Legal Materials 32:605 (1993), se celebró entre Canadá, México y los Estados Unidos de América. Prevé la eliminación de aranceles en etapas (TLCAN, arts. 201 (I), 401 (a)) y confiere derechos de trato nacional y de nación más favorecida (NMF) a los inversores y proveedores de servicios (TLCAN, arts.1102, 1202, 1203). Véase también F. Abbott, *Integration without institutions*: *the NAFTA mutation of the EC model and the future of the GATT regime*, 40 American Journal of Comparative Law 917 (1993) (en lo sucesivo Abbott). Paul *et al.*, *North American Free Trade Agreement: summary and analysis* (1993).

[39] El Tratado de Asunción, reimpreso en International Legal Materials 30: 1041 (1991) (se constituye un mercado común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay); Abbott, Nota 38 *supra* núm. 118, pág. 945

[40] Se celebró el 22 de abril de 1993 entre El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. (1993, núm. 9) Boletín L. Dev. 105 (14 mayo 1993).

[41] Véase G. de Jonquieres. *Different aims, common cause*, Financial Times, 18 de noviembre de 1994; véase también Acuerdo Centroeuropeo de Libre Comercio (ACELC), International Legal Materials 34: 3 (1995); Tratado de Constitución del Mercado Común de África Oriental y Meridional (COMESA), celebrado en Kampala, 5 de noviembre de 1993, International Legal Materials 33: 1067 (1994).

que la sustente; cada uno se esfuerza por aumentar el volumen del comercio mediante la reducción de las barreras, que de otra manera, segmentaría los mercados nacionales.[42]

Los aranceles aduaneros y las repercusiones relativas a los acuerdos comerciales regionales son fáciles de apreciar. Las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras establecen condiciones comerciales preferenciales entre sus miembros.[43] Como resultado, las empresas deben planificar a nivel *regional* para seguir siendo competitivas,[44] por lo que seleccionan lugares de constitución y de producción con dicha finalidad.

Los observadores del sistema del comercio internacional predicen que los acuerdos regionales crecerán en número y sofisticación, lo que llevará a que el sistema del comercio mundial se base, al menos en parte, en el multiregionalismo.[45] El cambio resultante en el carácter del sistema del GATT debería ser uno de los temas comerciales más espectaculares de esta década.[46] La UE, por ejemplo, actúa como una entidad única en la interacción con otros miembros del GATT. Se puede imaginar, por lo tanto, un sistema del GATT en el cual varios bloques de Estados acuerden entre sí como una unidad y no como estados individuales.

Las políticas comerciales repercuten inevitablemente a nivel privado. A pesar de la planificación empresarial sofisticada y de las técnicas de contención de riesgos, muchas variables se mantienen ajenas a la influencia de los actores privados. Las medidas gubernamentales para proteger a la empresa local, ya sean legítimas o ilícitas,[47] pueden transformar un mercado, otrora atractivo, en un entorno decepcionante para los de afuera. La implementación de impuestos inesperados, cuotas u otras medidas destinadas a ajustar las condiciones del comercio pueden a la vez crear medidas recíprocas. Desafortunadamente, para preocupación de los planificadores de negocios, el espectro del conflicto comercial en los últimos años ha creado, a menudo, un telón de fondo azaroso para el desarrollo de las estrategias del mercado privado.[48] No hay duda de que seguirá sucediendo.

1.3 Marco jurídico transnacional

1.3.1 Ámbito normativo

No existe una única fuente que regule el derecho mercantil "global", ya sea con carácter normativo o judicial. Los sistemas jurídicos nacionales, al contrario, adoptan de manera individual normas sustantivas destinadas a tal conducta como cada uno considere acorde con su competencia normativa.[49] Esta falta de

---

[42] No es un hecho que los acuerdos comerciales preferenciales logren sus objetivos. Véanse Abbott, nota 38 *supra,* págs. 920 a 921 y 926 a 929; P. Wonnacott y M. Lutz, *Is there a case for free trade areas?* en *Free trade and U.S. trade policy* 59 (J. Schott edit., 1989).

[43] El GATT exime a la unión aduanera y a las zonas de libre comercio del principio de nación más favorecida (NMF), pero impone ciertas restricciones. GATT arts. I and XXIV. Véase en general F. Abbott, *GATT and the European community: a formula for peaceful coexistence*, Michigan Journal of International Law, vol. 12 (1990), págs. 13 a 15; J. Jackson, *Reflections on the implications of NAFTA for the world trading system*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 30 (1992), pág. 501 (en lo sucesivo *Reflections*).

[44] Las mercancías deben cumplir con algunas normas de origen; los proveedores de servicios pueden necesitar tener vínculos especiales con el territorio en cuestión. Véase Abbott, nota 38 *supra*, pág. 921 nota 13, págs. 923 a 930.

[45] *Cf. íd.* págs. 946 a 948 (el mundo llegará a regionalizarse estructuralmente); Jackson, *Reflections*, nota 43 *supra*, págs. 506 a 511 (continuarán las razones a favor de los bloques).

[46] Abbott, nota 38 *supra*, pág. 947.

[47] Gran parte del contenido sustantivo del GATT está dirigido a delimitar cuándo y qué grado de protección se permite. Véase, por ejemplo, Jackson *et al*., *Legal problems*, nota 20 *supra*, págs. 425 a 429 (extracto del informe del Grupo Especial del GATT adoptado el 4 de mayo de 1988, sobre el comercio de semiconductores, suplemento 35, BISD párrafo 116 (1989)).

[48] Véase en general J. Conybeare, *Trade wars: the theory and practice of international commercial rivalry* (1987).

[49] La competencia normativa hace referencia a la autoridad del Estado para aplicar sus leyes sobre "conductas, relaciones o situaciones." Cuando esos elementos se centran en gran medida fuera del territorio, el ejercicio de tal jurisdicción puede ser controvertido. G. Born & O. Westin, *International civil litigation in United States Courts* 572 (segunda edición 1992); véase también la declaración (tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores, párrafos 402 y 403 (1987); véase notas 149 a 165 *infra* y el texto que las acompaña.

centralización significa que, a pesar de ciertas influencias que tienden a unificar el derecho transnacional, los derechos y obligaciones pueden cambiar cuando las actividades trascienden las fronteras nacionales. Además, ciertas jurisdicciones como los Estados Unidos de América pueden pretender dar efecto extraterritorial a ciertas leyes que afectan a las empresas, el resultado es la superposición y el potencial de conflicto.[50] En particular, en virtud de la doctrina de los "efectos", las actividades que ocurren fuera del territorio de los EE.UU. pueden estar sujetas a la reglamentación estadounidense si afectan el comercio interestatal o exterior de ese país. EE.UU. no está solo en la aplicación de esta doctrina controversial. Las autoridades de la UE también la han adoptado en la administración del derecho de la competencia de la Unión Europea, al igual que algunas autoridades nacionales.[51]

La extraterritorialidad de las diversas medidas de los EE.UU., en particular las que abordan el antimonopolio y los valores, no es más que una faceta de un mosaico normativo distintivo. También es evidente la atención especial que se le da a la moral del mercado internacional en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA,[52] por sus siglas en inglés) y en las leyes antiboicot.[53] La FCPA prohíbe sobornos y otros pagos corruptos a funcionarios extranjeros. Las leyes antiboicot de los EE.UU. también tratan de regular la actividad de las entidades estadounidenses que operan con Estados que mantienen boicots contra Israel. Estas y otras reglamentaciones conllevan sanciones significativas,[54] por lo tanto, no las pueden ignorar las empresas de los EE.UU., independientemente de los métodos empleados por sus competidores.

En Europa Occidental, el patrón normativo básico construido dentro de las fronteras nacionales se amplía por la superimposición del derecho de la Unión Europea.[55] La estructura de dos niveles resultante, en líneas generales, no es muy diferente de la que caracteriza a los Estados Unidos.[56] Las empresas que operan

---

[50] Véase United States v. Aluminum Co. of Am. (Alcoa), 148 F. 2d págs. 416 y 443 (Segundo Circuito 1945) (asunto que es un referente; la ley Sherman aplicada a la conducta intencional que afecta al comercio de EE.UU.); Bersch v. Drexel Firestone, Inc., 519 F.2d págs. 974 y 985 (segudo Circuito 1975), recurso denegado 423 U.S. 1018 (1975) (aplica el criterio de los "efectos" a las leyes de valores); Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 798 (1993) (considera la aplicación extraterritorial de regulación lícita; el principio de cortesía no impone restricción). Sin embargo, véase Equal employment opportunity Comm'n v. Arabian Am. Oil Co., 499 U.S. 244, 247 (1991) (considera que los estatutos federales conllevan una presunción de aplicación no extraterritorial a menos que aparezca una intención contraria). Véase en general B. Hawk, *United States, common market and international antitrust: a comparative guide*, págs. 118 a 135 (edición estudiantil, vol. 1, segunda edición 1993).

[51] Véase R. Weitraub, *International litigation and arbitration practice and planning* (1994) pág. 338 (cita entre otros a D. Gerber, *Beyond balancing: international law restraints on the reach of national laws*, Yale Journal of International Law, vol. 10, págs. 185 y 201 (1984)).

[52] 15 United States Code Annotated (U.S.C.A.) párrafos 78dd-1, 78dd-2, 78m y 78ff (1977) (enmendado en 1988). Véase en general J. Bliss y G. Spak, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1988: clarification or evisceration*?, Law & Pol'y International Business Law, vol. 20 (1989) pág. 441; J. Impert, *A program for compliance with the Foreign Corrupt Practices Act and foreign law restrictions on the use of sales agents*. International Law, vol. 24, (1990), pág. 1009.

[53] El Código de Impuestos Internos (párrafo 999) y la Ley de Administración de las Exportaciones sancionan a aquellos que cooperen en boicots contra Israel. Véase, por ejemplo, 50 U.S.C.A. app. Párrafos 2407 y 2410 (1991) y 15 Council on Foreign Relations (C.F.R.) párrafo 769.2(a) (1993) (prohíbe la denegación a hacer negocios y la facilitación de varios tipos de información).

[54] Una violación reciente a las leyes antiboicot resultó en la imposición de multas civiles y penales que ascendieron a 6.6 millones de dólares contra una empresa estadounidense. Véase T. Burton, *Caught in the act*, Wall St. Journal, 26 de marzo de 1993, en A 1; véase en general H. Moyer y W. McGlone*, International contracts: avoiding problems under the U.S. antiboycott, export controls, and the Foreign Corrupt Practices Act*, en *Negotiating and structuring international commercial transactions: legal analysis with sample agreements* 53 (S. Battram & D. Goldsweig eds., 1990) (en lo sucesivo *structuring transactions*).

[55] Véase en general Jackson *et al*., Legal problems, nota 20 *supra*, págs. 185 a 214.

[56] Se pueden hacer muchas comparaciones entre la UE y los Estados Unidos de América. Véase Hawk, nota 50 *supra;* R. Calamaro*, Personal view: an American parallel,* Financial Times, 13 de noviembre de 1992, pág. 14.

en Europa deben cumplir con los requisitos nacionales y de la UE de la misma manera en que las empresas que operan en los Estados Unidos deben cumplir con las normas estatales y federales. En la UE, como en los Estados Unidos, el seguimiento de la evolución de cada régimen y la relación entre los dos es una tarea de dedicación exclusiva; no es sorprendente, que se facilite ayuda especializada. [57]

La legislación de la UE afecta a la mayoría de los aspectos de la actividad comercial de los Estados miembros. El derecho de la competencia, que solía ser de importancia esencial, ahora no es más que motivo de preocupación. A menudo, de igual importancia son las medidas de protección del medio ambiente[58] y de los consumidores de la UE.[59] Estas y otras áreas se tratan en detalle en el marco normativo, lo que resulta en un laberinto cada vez más intrincado. En el proceso se utilizan varias formas de la legislación de la UE.[60]

1.3.2 Trampas para los inexpertos

En Estados de todo el mundo, las normativas aplicables al mercado pertinente pueden cambiar las condiciones de la negociación prevista, proporcionando una protección especial solamente a uno de los negociadores de una dada transacción. Un ejemplo típico se refiere a Europa Occidental en relación con la contratación y el despido de diversos tipos de distribuidores. Tras la terminación de la relación contractual, un agente o distribuidor local puede tener derecho a una compensación extraordinaria con arreglo a la legislación diseñada para atenuar los efectos de la rescisión.[61] Naturalmente, el hecho de no planificar este tipo de regímenes de protección, que varían entre los Estados que los adoptan, puede conducir a consecuencias desagradables.

Frecuentemente, a los Estados se les confiere un tipo de protección totalmente diferente a forma de inmunidad soberana. Si no se prevé en el contrato de partes,[62] la inmunidad puede impedir la ejecución de un contrato o de una sentencia contra un Estado o sus órganos.[63] Esta forma de riesgo soberano ha disminuido en muchos Estados con la adopción de la teoría «restrictiva» de la doctrina subyacente.[64] La teoría restrictiva de la inmunidad soberana sostiene que la inmunidad se aplica a actos de autoridad

---

[57] Por ejemplo, de acuerdo con un folleto publicado por la Sociedad de Derecho de Inglaterra y Gales, "para aconsejar a los clientes sobre los temas de la Unión Europea, alrededor de 40 estudios de abogados ingleses se han establecido en Bruselas mientras otros han formado asociaciones con abogados en Bélgica y otros Estados miembros." *A guide: solicitors of England and Wales*, pág. 9 (1994).

[58] Véase, por ejemplo, Resolución del Consejo 1734/88, 1988, DO (L 155) (sobre exportación e importación de determinados sustancias químicas peligrosas); Resolución del Consejo 3322/88, 1988, DO (L 297) (sobre algunos clorofluorocarbonos y halógenos que afectan la capa de ozono).

[59] Por ejemplo, en la actualidad, las disposiciones legales de los Estados miembros establecen un principio de responsabilidad sin falta aplicable a los productores cuando un producto defectuoso causa lesiones corporales. Véase Directiva del Consejo 85/374, 1985 DO (L 374).

[60] Las modalidades principales son las Directivas y Resoluciones del Consejo. Véase Hartley, nota 31 *supra*, págs. 107 a 110.

[61] Véase en general *Contratos de agencia comercial y de distribución* (G-M Weijer ed., 1989). Por ejemplo, en Europa Occidental, las relaciones interinstitucionales han tenido un control normativo especial; por el contrario, los acuerdos de distribución han tenido una cobertura legislativa relativamente reducida. Véase Saltoun y B. Spudis, *International distribution and sales agency agreements: practical guidelines for U.S. exporters*, Business Law, vol. 38 (1983), págs. 883 y 914 a 916 (Tabla de Legislación de Protección). Sin embargo, podrían estar disponibles las teorías de recuperación no estatutarias. Véase M. Deutch, *Between contract and restitution, the proper protection of distributors in light of recent developments in Israeli Law*, vol. 27 International Law (1993), pág. 979.

[62] Se dará efecto a las suspensiones expresas de la inmunidad en muchos ordenamientos jurídicos.

[63] Algunos ejemplos de codificación de inmunidad soberana son: Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (U.S.) (Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros de 1976 (EE.UU.)) y State Immunity Act of 1978 (U.K) (Ley de Inmunidad del Estado de 1978 (Reino Unido)). Véase también Born &Westin, nota 49 *supra*, en el capítulo 6; J. Dellapenna, *Suing foreign governments and their corporations* (1988); M. Feldman, *Foreign sovereign immunity in the United States Courts* 1976-1986, 19 Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 19 (1986).

[64] Las autoridades difieren en cuanto a cuán abarcativa es esta tendencia. Comparar C. Schreuer, *State immunity: some recent developments* (1988), pág. 168 (prácticamente todos los países [encuestados] la han adoptado) con I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (cuarta edición 1990), pág. 330 (se observa una "divergencia constante entre los adeptos al principio de inmunidad absoluta y los que adhieren al de inmunidad relativa"). Véase M. Sornarajah, *Problems in applying the restrictive theory of sovereign immunity*, International & Comparative Law L.Q., vol. 31 (1982) pág.661; J. Crawford, *Execution of judgments and foreign sovereign immunity,* American International Law, vol. 75 (1981), pág.820 *(*indica que "se permite la ejecución contra un soberano extranjero, pero en un tipo de casos más restrictivos que en el que es pasible de demandar").

soberana (*jure imperii*), de manera distinta que a actos de carácter privado (*jure gestionis*). La excepción de la actividad comercial tan discutida refleja esta distinción. Sin embargo, los regímenes que implementan la teoría restrictiva, con frecuencia, distinguen entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sentencia, la última otorga una mayor protección soberana.[65] A pesar de que existe una importante jurisprudencia que perfecciona la doctrina en muchos ordenamientos jurídicos, prevalece la imprevisibilidad. En consecuencia, la doctrina sigue siendo tanto un motivo de preocupación como un rasgo distintivo del entorno empresarial transnacional.

Otro conjunto de advertencias surge en relación con la protección de propiedad intelectual. En los Estados donde existe protección, algunos tratados, como el Convenio de París, han facilitado acceder a ella.[66] Sin embargo, la protección de algunas formas de propiedad intelectual puede estar fragmentada o no estar disponible en algunos sistemas jurídicos.[67] Por ejemplo, a pesar de la importancia económica, los programas de ordenador no gozan universalmente de protección. Aunque se ha avanzado mucho para mejorar la protección, se da en gran parte en los países industrializados.[68] De manera similar, el secreto comercial y la protección de patentes pueden ser muy deficientes en ciertos sistemas jurídicos,[69] y solo disponen de técnicas contractuales con las que se protegen los derechos de propiedad.[70]

1.4 Impacto de los tratados y otras influencias supranacionales

Más arriba, en este capítulo se sugería que el marco jurídico transnacional carece de integración, lo que da lugar a un mosaico asistemático de regímenes jurídicos nacionales con superposición y conflicto ocasionales entre sí. Sin embargo, varias fuerzas mejoran lo que de otro modo podría ser un marco jurídico internacional regido de manera predominante por idiosincrasias nacionales. Primero, entre los ordenamientos que comparten la misma tradición existe un tronco común de enfoques sustantivos y

---

[65] Véase G. Delaume, *The Foreign Sovereign Immunities Act and public debt litigations: some fifteen years later.* American Journal of International Law, vol. 88 (1994) págs.257 y 266 (American Law).

[66] "La Unión del Convenio de París, *Convenio de Paris para la Protección de Propiedad Industrial*, 20 de marzo 1883, revisado en Estocolmo, 14 de julio de 1967,21 U.S.T. págs. 1583, 1629 y 1631, T.I.A.S. núm. 6923, 828 U.N.T.S. 305, es un arquetipo. Requiere que las partes otorguen un trato no discriminatorio) (o "nacional") a los nacionales de otras partes. *Íd*. art. 2. También se estableció un derecho de prioridad, en virtud del cual quien hubiere depositado una solicitud (por ejemplo de patente) en alguno de los países de la Unión Europea gozará, para efectuar el depósito en los otros países, de un derecho de prioridad. *Íd*., art. 4. En otros tratados de propiedad intelectual se pueden encontrar principios de variaciones de trato nacional y de prioridad.

[67] Véase J. Woe, *New Trademark Laws in Asia are less effective than firms hoped,* Wall St. Journal, 16 de febrero de 1994, en B 8.

[68] Véase R. Deveza, *Legal protection of computer software in major industrial countries: a survey of copyright and patent protection for computer software*, UCLA Pacific Basin Law Journal, vol. 9 (1991) pág. 166. Los países menos adelantados otorgan algún tipo de protección. Véase, por ejemplo, *Brazil: law and implementing decree on software protection of 18 December 1987 and 12 May 1988*, Information Lifecycle Management vol. 27 (1988), pág. 989.

[69] D. Wilson, *A trade policy goal for the 1990s: Improving the adequacy and effectiveness of intellectual property protection in foreign countries*, Journal of Transnational Law (1988) pág. 421.

[70] Las disposiciones en el contrato entre un proveedor y el consumidor de tecnología puede limitar el uso de la información al consumidor. *Cf*. Zaphiriou, nota 26 *supra*, pág. 899 (La aplicación de la legislación local puede cambiar los resultados previstos). El derecho aplicable y las disposiciones de la selección del foro pueden mejorar los efectos de los contratos; sin embargo, no ejercen influencia sobre terceros. *Íd.*

procedimentales que tienen influencia sobre las fuentes del derecho como la ley y la jurisprudencia.[71] Además de estos puntos en común, una medida de polinización cruzada ha producido cierta similitud,[72] incluso entre ordenamientos con diferentes tradiciones.

Los tratados multilaterales también han logrado cierta uniformidad en las normas sustantivas o en su selección.[73] Muchos lineamientos de uniformidad basados en los tratados ahora vinculan ordenamientos jurídicos que de otra manera serían dispares. Se utilizan dos enfoques básicos para unificar los resultados sustantivos. Un método elabora principios acordados sobre el derecho aplicable que deberán observarse en situaciones prescritas. Con la aplicación de los mismos principios del derecho aplicable a un determinado conjunto de hechos en todos los foros posibles, es más probable que ocurra un resultado sustantivo idéntico en cada foro. En consecuencia, no se recomienda la "selección" de una norma sustantiva preferida aprovechando las diferencias del derecho aplicable. La Convención de Roma[74] llevada a cabo entre los miembros de La Unión Europea es un ejemplo típico de este enfoque.[75]

El segundo enfoque es más ambicioso. Intenta unificar las normas sustantivas mismas para que cuando se aplique el tratado, una formulación sustantiva común determine los derechos y obligaciones de las partes en todos los tribunales sujetos al régimen. Una vez más, en la medida en que se logra una amplia participación entre los Estados, la selección del foro más favorable pierde gran parte de su utilidad como medio para afectar el resultado de una controversia concreta. Es importante que durante el periodo de aplicación del acuerdo comercial, las partes puedan evaluar sus derechos y obligaciones teniendo como referencia un conjunto común de principios. La Convención de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[76] es un ejemplo de esta técnica.

Una última influencia unificadora merece ser mencionada, la adopción de usos comunes. Según algunos observadores, la comunidad empresarial internacional ha elevado muchas prácticas y acuerdos

---

[71] Sin embargo, una "tradición" común no implica necesariamente una uniformidad predecible de las normas y los procedimientos; más bien, la similitud es más evidente en el estudio de actitudes y métodos. Véase J. Merryman, *The civil law tradition,* págs. 1 a 5 (segunda ed. 1985).

[72] Véase R. Schlesinger, *Comparative Law: cases-text-materials*, págs. 9 a 25 (cuarta ed. 1979).

[73] Los ordenamientos jurídicos varían con respecto a la aplicación de las obligaciones del tratado. En virtud de la ley estadounidense, algunos tratados son aplicables directamente, mientras que otros requieren medidas legislativas. Reafirmación (tercera) de la ley de Relaciones Exteriores párrafo III (1987). En virtud del derecho inglés, la legislación es esencial para que las obligaciones de los tratados formen parte del ordenamiento jurídico interno. *Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex Parte Brind*, 2 Wisconsin Law Review (1991), pág. 588 (discursos de los Lores Bridge y Ackner). Para tener una idea del alcance de la uniformidad del derecho internacional privado, véase *Forty years on: the evolution of postwar Private International Law in Europe (1990)* (especialmente los ensayos escritos por P. North y J. Van Loon*).*

[74] Véase CEE: Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) DO (L266), 9 de octubre de 1980 (en lo sucesivo Convención de Roma). Para una colección de ensayos útiles véase *Contract conflicts*, *CEE: Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: estudio comparativo* (P. North ed., 1982). Véase también D. Lasok y P. Stone, *Conflict of laws in the European community* (1987), págs. 340 a 387; P. North & J. Fawcett, *Cheshire and North´s Private International Law* (12° ed. 1992), págs. 459 a 521.

[75] Véase el capítulo 3 *infra*, párrafo 3.9.3 (se debate, entre otras cosas, la Convención de Roma). Otro ejemplo reciente de un tratado con la intención de unificar las normas del derecho aplicable en el sector comercial es la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales sobre la compraventa internacional de mercaderías, *reimpreso* en International Legal Materials, vol. 24 (1985) pág. 575. Véase en general A. von Mehren, *Explanatory report, Hague Conference on Private International Law, proceedings of the extraordinary session*, octubre de 1985 (1987); P. Stone, *International sales: concepts and Applicable Law,* en *Current issues in International Business Law* (D. Perrott & J. Pogany eds., 1988), pág. 113.

[76] Hecho en Viena, 11 de abril de 1980, *reimpreso como* Apéndice 45 del presente documento. Véase J. Honnold, *Uniform Law for international sales under the 1980 United Nations Convention* (1982). La Convención, que ha entrado en vigor en los Estados Unidos de América, ha proporcionado mucha bibliografía útil. Véase P. Windship, *The UN sales convention: a bibliography of English-language publications*, International Law, vol. 585 (1987).

habituales a una especie de nueva *lex mercatoria*. Como lo explica el profesor Goode, el derecho mercantil original

> subsistió como una fuente legislativa diferente, administrado por sus propios tribunales mercantiles, antes de ser absorbido finalmente por el derecho consuetudinario propiamente dicho. Los tribunales del derecho marítimo, los tribunales de Ferias y Municipios y los tribunales de primera instancia, junto con otros tribunales mercantiles de la Edad Media, dirimían las controversias no por medio del derecho interno inglés sino según 'el derecho uniforme de las naciones' basado en los códigos comerciales y las costumbres… Para estos tribunales, como para los homólogos en otros lugares del mundo civilizado, venían no solo comerciantes [ingleses], sino comerciantes extranjeros de todas partes de Europa, conformes con obtener la solución de controversias por medio de tribunales que, aunque estaban radicados en Inglaterra, estaban al corriente de los usos mercantiles extranjeros y de los conceptos del derecho civil…[77]

Los usos modernos que asumen este carácter operan en determinados acuerdos de financiación internacionales, como las cartas de crédito, y se ven en los acuerdos consuetudinarios transmitidos por condiciones comerciales particulares como "*FOB*" (franco a bordo) y "*CIF*" (costo, seguro y flete).[78] Las publicaciones patrocinadas privadas han capturado y reforzado algunas de las expectativas mejor establecidas. Las cláusulas conocidas como INCOTERMS, por ejemplo, catalogan y fijan significados aceptados de condiciones comerciales de uso frecuente.[79] Las partes que deseen adoptar una norma internacional, clarificar ciertos detalles y evitar una verbosidad innecesaria pueden simplemente emplear un INCOTERM adecuado. Al hacerlo, acuerdan de manera abreviada una serie de derechos y obligaciones.[80]

Otra formulación puede llegar a tener un efecto sustantivo significativo en el arbitraje comercial internacional: "*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales"* es un texto patrocinado por UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) para aplicarlos, entre otras cosas, cuando las partes contratantes específicamente lo designen, o, como otra opción, cuando estipulen que la *lex mercatoria* u otro sistema no nacional rija sus derechos y obligaciones.[81]

1.5 Otros factores de complicación

Diversas fuerzas comerciales y no comerciales afectan el valor y la viabilidad de una determinada operación. Muchos riesgos, por supuesto, son comunes a ambos ámbitos: el interno y el internacional. Sin embargo, en el ámbito internacional, las eventualidades de la lista estándar interna pueden tomar dimensiones inesperadas. Los actos no reglamentarios como las huelgas, los disturbios civiles violentos y las

---

[77] R. Goode, Commercial Law (1986), págs. 31 y 32 (se omite la nota de pie de página). Entre las tantas publicaciones reflexivas que abordan el "nuevo" derecho mercantil hay una colección de ensayos titulada: *Lex mercatoria* y arbitraje (T. Carbonneau ed., 1990). La doctrina se discute en más detalle en el capítulo 3, párr. 3.10 *infra*, cita otras varias fuentes.

[78] Véase en general H. Bermann, *The Law of International Commercial Transactions*, 2 Emory J. International Disposition Resolution vol. 235, (1988), págs. 246 a 265.

[79] Los INCOTERMS son publicados por la Cámara Internacional de Comercio (CIC). Publicación CIC núm. 460 (1990). Son, principalmente, una reafirmación de práctica aceptada.

[80] Véase C, Schmitthoff, nota 33 *supra,* en el capítulo 2. Una publicación análoga establece normas estándares rectoras de las operaciones con carta de crédito. Publicación CIC núm. 400 (1983).

[81] El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado publicó el texto final en 1994. Se reproduce con comentarios obtenidos en J. Penillo, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the blackletter text and a review*, Fordham Law Review, vol. 63 (1994), pág. 281 Entre otros artículos útiles sobre los *Principios* se encuentran: M. Bonell, *Unification of law by non-legislative means: The UNIDROIT Draft Project Principles for International Commercial Contracts*, American Comparative Law vol. 40, (1992), pág. 617; A. Garro, *The contribution of the UNIDROIT principles to the advancement of international commercial arbitration*, Tulane Journal of International & Comparative Law, vol. 3 (1994), pág. 93; O. Lando, *Assessing the role of UNIDROIT principles in the harmonization of Arbitration Law*, Tulane Journal of International & Comparative Law, vol. 3 (1994), pág. 129.

guerras son comunes en algunos lugares del mundo. Los actos y omisiones gubernamentales precipitadas pueden también frustrar los objetivos del contrato. Independientemente de su origen, estos hechos pueden aumentar sustancialmente la carga de una de las partes, lo que puede ocasionar controversias. Los comerciantes experimentados se anticipan a estos acontecimientos mediante la inclusión de cláusulas como 'fuerza mayor' y otras similares en sus contratos.[82] En ciertas situaciones, el seguro también puede ser una vía adecuada para hacer frente a la posibilidad de sorpresas desagradables.[83]

Algunos riesgos comerciales han demostrado ser trampas típicas para los inexpertos. Un ejemplo es el efecto de la fluctuación de divisas. En general, una divisa dada se comporta como cualquier otra mercancía; cambia de valor frente a otras monedas en respuesta a las fuerzas del mercado y a la intervención del gobierno.[84] Los efectos macro de los valores de la moneda en el comercio son bastante seguros: una moneda fuerte estimula las importaciones; una débil estimula las exportaciones. En consecuencia, los Estados están muy preocupados con el valor de sus monedas y tratan de lograr tasas óptimas moderando la oferta y la demanda a través de técnicas relacionadas.[85] La intervención del gobierno, por supuesto, es solo una influencia en el valor de una moneda. Las percepciones de los inversores y los tipos de interés relativos también son factores importantes.[86] Las muchas variables que afectan a las tipos de cambio son difíciles de predecir, incluso para los expertos. Por consiguiente, a los desprotegidos, un compromiso de pago por bienes o servicios en el futuro, en una moneda distinta de la que se había adquirido, puede resultar en una pérdida inesperada. Si la moneda de compra aumenta el valor drásticamente antes de que se adquiera, una ganga que antes era propicia puede tornarse costosa. En tales circunstancias, la tentación de incumplir puede llegar a ser irresistible.

---

[82] *Véase W. Hannay, Drafting arbitration, choice of law, force majeure and termination clauses in international transactions*, en *Structuring transactions* (Battram & Goldsweig eds.), nota 54 *supra*, pág. 131; D. Perrott, *International sales agreements*, en *International trade: law and practice*, vol. 3, págs. 15 y 16 (J. Lew & Stanbrook eds., 1983); Schmitthoff, nota 33 *supra,* págs. 199 a 203.

[83] El seguro está disponible a través de varias fuentes. Existen programas para actividades de exportación y de inversión extranjera. Para un estudio de los programas de seguros disponibles para empresas estadounidenses que invierten en el extranjero, véase R. Allison y J. Coe, *Protecting against the expropriation risk in investing abroad*, en el capítulo 3 (1993); Schmitthoff, nota 33 *supra*, en el capítulo 25.

[84] Véase en general R. Weisweiller, *Introduction to foreign exchange,* en el capítulo 12 (1983). Para estabilizar el entorno monetario, el Sistema Monetario Europeo (SME) ha realizado un esfuerzo constante para unir algunas monedas. *EC Commission, The EMS: ten years of progress in European monetary cooperation* 3 (1989). Parte del acuerdo, el *Mecanismo de Tipo de Cambio (MTC),* fijó tipos de cambio centrales para las monedas de los Estados miembros y restringe los tipos de cambio a fluctuaciones limitadas. Sin embargo, no todas las monedas de los Estados miembros de la CE, integran el MTC. El sistema y los planes para su evolución sufrieron un revés en 1992, cuando Italia y el Reino Unido de Gran Bretaña se retiraron del mecanismo. Bermann *et al*, nota 31 *supra*, pág. 1197; véase también P. Marsh, *Britain heads for divorce from ERM*, Financial Times, 4 de enero de 1993, pág. 16. El Reino Unido de Gran Bretaña no tiene planes inmediatos de participar.

El Acta Única Europea (AUE) ha buscado perfeccionar el SME a través de enmiendas al Tratado de Roma. Véase *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, 25 de marzo de 1957. UNTS, vol. 298, pág. 11, art.102 (a) (Tratado de Roma). Además, el Tratado de Maastricht posterior contempla el establecimiento de una moneda común bajo la supervisión de un sistema bancario central de la UE. Tratado de la Unión Europea, 7 de febrero de 1992, reimpreso en ILM, vol. 31 (1992), pág. 247 (Tratado de Maastricht). Véase Bermann *et al*., nota 31 *supra*, págs. 1198 a 1205. Las propuestas actuales prevén características esenciales de la Unión Monetaria que regirán antes del 1 de enero de 1999, al menos entre los miembros de la UE.

[85] Berman *et al*. nota 31 *supra*, págs. 1198 a 1205.

[86] J. Peterson, *Strengthening dollar has rewards, risks*, Los Angeles Times, 29 de mayo de 1991, en C1.

Los planificadores empresariales dedican una atención considerable a la contención de riesgos de fluctuaciones monetarias. Las situaciones en curso que involucran a múltiples divisas pueden requerir técnicas de cobertura de gran sofisticación. La fijación del riesgo en relación con el contrato básico de importación, por el contrario, puede implicar simplemente la compra "futura" de la divisa necesaria.[87] Algunas veces, las partes de un acuerdo de venta internacional optan por "privatizar" el riesgo, estipulándolo en su contrato. El acuerdo, por ejemplo, puede anticipar las fluctuaciones del tipo de cambio estipulando ajustes de precios para que surta efecto cuando se superen los márgenes predeterminados de fluctuación; a su vez, las oscilaciones que superen el límite designado podrán permitir que una parte cancele el contrato o que invoque una protección menos drástica.[88]

1.6 Elementos interculturales y lingüísticos

En el mundo del comercio internacional se conocen anécdotas espeluznantes que acreditan el impacto de dinámicas culturales sobre las relaciones comerciales internacionales. La dificultad lingüística es un aspecto evidente de este tema. En entornos en los que las partes no comparten la misma lengua materna, surgen una complejidad aún mayor y un potencial de controversias.[89] Cuando surgen controversias, las diferencias lingüísticas hacen que dichas controversias sean más difíciles de resolver. Después de todo, en el nivel verbal, los procesos de colaboración que forman, administran y ajustan un acuerdo son altamente dependientes de la paridad relativa. Por otra parte, pueden surgir problemas matizados pero significativos con la documentación. Los falsos cognados,[90] las reproducciones inexactas, las traducciones, y las controversias por la prioridad de los textos pueden entorpecer la relación desde el comienzo.

Sin contar las consideraciones lingüísticas y los problemas frecuentemente citados que causa el lenguaje corporal,[91] los elementos interculturales son múltiples. Para comenzar, abundan las diferencias que se encuentran en la ética empresarial.[92] Son igualmente sutiles pero importantes los enfoques variables de estilos de negociación,[93] el papel que juegan los sexos,[94] el contacto visual,[95] el espacio personal, el respeto

---

[87] Véase, en general B. Kettell, *The finance of international business,* en los caps. 3, 7 y 8 (1979); A. Watson, *Finance of international trade*, en el cap. 8 (segunda ed. 1981.); Weisweiller, nota 84 *supra*, en los caps. 2 y 3.

[88] Sobre las disposiciones de adaptación, véase en general, W. Peter, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements* (1986), págs. 148 a 150. Para un breve debate sobre las cláusulas de adaptación, véase el cap. 2, párr. 2.2 núm. 5 *infra*.

[89] Véase en general J. Salacuse, *Making global deals* (1991), págs. 28 a 33. Como mínimo, las diferencias en las habilidades lingüísticas retrasarán las negociaciones. Una enunciación pobre y un vocabulario limitado impiden el debate y pueden resultar en malentendidos graves. *Íd*. pág. 29. El uso de intérpretes puede hacer que el proceso sea aún más lento, a la vez, que cambie la dinámica de la negociación de manera significativa. *Íd*. págs. 28 a 30.

[90] Considere los malentendidos que podrían surgir cuando se atribuye el mismo significado a los pares siguientes: *execution* (firma) y *execution* (palabra francesa para "ejecución"), *demand* y *demande* ("solicitud" y "demanda"); *compromise* (concesión, acuerdo) y *compromis* (palabra francesa para "aceptar un arbitraje"). Véase W. Fox, *International commercial agreements* (segunda ed. 1992), págs. 129 y 130.

[91] Por ejemplo, en Albania, mover la cabeza, como diciendo que no, indica "sí", mientras que moverla como asintiendo significa "no". En otros lugares, los gestos de las manos pueden indicar una ofensa no intencionada. D. Foster, *Bargaining across borders* (1992), pág. 45.

[92] Véase *Commission on ethical practices recommendations to combat extortion and bribery in business transactions*, Cámara de Comercio Internacional, publicación núm. 315 (1977), The Economist, *Business bribes*, en *Essentials of business ethics* (P. Madsen & J. Shafritz eds., 1990.), pág. 390; T. Griffin & W. Daggatt, *The global negotiator* (1990), pág. 171 (trata sobre las prácticas ilegales e inmorales en el comercio internacional); J. Salacuse, nota 89 *supra*, pág. 101. Por ejemplo, el autor ha encontrado diferencias notables en las actitudes hacia las prácticas consideradas "información privilegiada" por los estadounidenses.

[93] Véase Foster, nota 91 *supra*, cap. 8.

[94] En muchos países, el género y la edad son factores fundamentales en la selección de un equipo de negociación y de los jefes de equipo y en la determinación de quién hablará con quién en los entornos empresariales. Véase *íd.* págs. 19, 228 y 229, 275 y 277, 279.

[95] En algunas culturas, evitar el contacto visual es una muestra de respeto hacia el interlocutor, mientras que el contacto visual directo puede considerarse una conducta agresiva. *Íd*. Pág. 45.

por la edad,[96] los abogados,[97] el alcohol, la religión,[98] la higiene personal, la veracidad, la privacidad, el dar regalos, la puntualidad, y la ganancia. Estos aspectos a menudo se traducen en la búsqueda sin tregua de hábitos específicos y sensibilidades incongruentes. Algunos de ellos se pueden hacer cumplir a través de la intervención del gobierno.[99] Evidentemente, las diversas perspectivas pueden conducir a fricción cuando los socios potenciales tratan de forjar y mantener una relación de negocios.

A menudo, es la mundanidad de una determinada práctica que marca el comienzo de la controversia. La existencia de calendarios diferentes o la forma en que se comunican las fechas, por ejemplo, pueden ocasionar graves malentendidos. Consideremos, por ejemplo, un fax internacional que establece que las mercancías solicitadas deberán entregarse a más tardar el 1-2-96. ¿Se refiere al 2 de enero o al 1 de febrero? En general, los europeos tienden a indicar primero el día y segundo el mes; por lo tanto, la respuesta de los estadounidenses será diferente.

Cuando interactúan abogados de distintos bagajes, las diferencias en la cultura jurídica también pueden entrar en juego. Un ejemplo típico es los estilos de la redacción de los contratos. Los redactores estadounidenses se esfuerzan por la exhaustividad, la que se observa en la longitud de los contratos que redactan, mientras que los redactores de otros países están acostumbrados a escritos relativamente sinópticos.[100] Las similitudes engañosas también pueden obstaculizar el proceso. La noción de "*a sale*" (venta, oferta, etc.), por ejemplo, puede tener significados muy diferentes para los abogados formados en distintos sistemas jurídicos. Del mismo modo, un abogado estadounidense puede suponer (equivocadamente) que el abogado civil es esencialmente un escribano o notario público.[101] En la sección siguiente se presentan otras dimensiones de las prácticas legales transnacionales.

1.7 Prácticas legales transnacionales. Delimitaciones del derecho internacional 102

Los planes de negocio multijurisdiccionales, a veces, se formulan y aplican sin la asistencia de abogados. En tales circunstancias, la función del abogado puede verse limitada para atenuar las

---

[96] A menudo, la edad se asocia a la antigüedad, lo que puede implicar un protocolo estricto. *Íd.* págs. 228 y 229, 275.

[97] En algunas culturas, la presencia de abogados durante la negociación puede transmitir desconfianza. *Íd*. pág. 292, véase también Salacuse, nota 89 *supra*, pág. 34.

[98] En algunas culturas, la presencia de abogados durante la negociación puede transmitir desconfianza. *Íd*. pág. 292, véase también Salacuse, nota 89 *supra*, pág. 34.

[99] Véase *Please don´t show your lingerie in Iran, even if it´s for sale,* Wall Street, 21 de junio de 1995, pág. 1.

[100] Foster, nota 91 *supra*, pág. 292 (se contrastan los "tomos", escritos por abogados estadounidenses con el informe "memorandos de entendimiento", emitido por redactores chinos).

[101] Véase S. Baker y T. Barassi, *The international notarial practitioner*, 24 (4) ABA International Law News (1995). Un notario es un funcionario, generalmente con una formación jurídica, independiente de las partes, que supervisa la formalización de una transacción, asegurándose de que la voluntad de las partes se formalice con claridad en la forma apropiada. Los detalles de la profesión notarial varían, pero el concepto es conocido en la mayoría de los sistemas de derecho civil. Véase K. Zweigert y H. Kötz, *Introducción al derecho comparado* (segunda ed., T. Weir, *transnational*, 1992).

[102] Véase, en general N. Flanagin, *Opinions on foreign law* en *Structuring transactions*, nota 54 *supra, pág.* 95 (S. Battram & D. Goldsweig eds., 1991.); M. Groson *et al.*, *Legal opinions in international transactions: foreign lawyes´response to U.S. opinion requests* (segunda ed. 1989); J. Nilsson, *Dealing effectively with local counsel abroad* (1988); J.Salacuse, nota 89 *supra*, págs. 118 a 120; J. Silkenat, *The need for foreign legal counsel: location, selection and evaluation*, en *Structuring transactions* (Baltram & Goldsweig, eds.) *supra*, pág. 81; *Transnational legal practice* (D.Campbell ed., 1982) (encuesta de profesiones legales en 31 países) (en lo sucesivo Campbell); D Wilson, *International business transactions: a primer for the selection of assisting foreign counsel*, International Law, vol. 10 (1976), pág. 325.

consecuencias de una situación jurídica difícil. Tal vez, no se necesiten en absoluto los servicios de un abogado. Después de todo, puede ser que no se origine la controversia, o que pueda ser resuelta como un problema de negocios. En efecto, como se discute con más detalle en los capítulos que siguen, la asistencia de un abogado no es una característica indispensable de la mayoría de los procesos de solución de controversias. Sin embargo, normalmente las entidades comerciales recaban la ayuda de asesores legales en la planificación de sus actividades transnacionales debido al exceso de normativas que suelen existir. Con frecuencia, las etapas de formación implican una colaboración entre un asesor general de la empresa y uno o más especialistas familiarizados con las consideraciones legales que incumben a determinados aspectos del plan empresarial.

Muchos estudios jurídicos occidentales han respondido a la movilidad de sus clientes mediante el desarrollo de operaciones en el extranjero.[103] A menudo, se encuentra disponible en el mercado extranjero una sucursal o una filial de una empresa familiar para el cliente, la que ofrece una medida de control y comodidad durante todo el tiempo que dure la transacción. Normalmente, estas oficinas locales cuentan tanto con abogados habilitados para ejercer en esa jurisdicción como con otras personas "en préstamo" de la casa central. Sin embargo, los criterios que adoptan los estudios jurídicos al servicio de los mercados extranjeros varían mucho.[104]

Cuando las empresas establecen los parámetros de sus operaciones, se ven influenciadas por las necesidades particulares de su clientela, la economía del estudio jurídico, las restricciones impuestas al ejercicio de la abogacía en algunos países y la filosofía que cada empresa implementa con respecto a la expansión de la clientela y el control de calidad.[105] Como era de esperar, los honorarios por los servicios legales varían significativamente de un país a otro,[106] al igual que los criterios que estructuran los acuerdos de honorarios.[107]

La organización del colegio de abogados[108] y la gama de servicios que se le permite realizar a un abogado extranjero difieren entre las jurisdicciones.[109] El abogado capacitado fuera de los Estados Unidos de América, por ejemplo, puede encontrar el sistema de licencias estadounidense formidable, por lo menos inicialmente. Las políticas y los detalles normativos específicos que afectan al abogado extranjero tienen que ver con la ley estatal. Más de una docena de Estados permiten que los consultores jurídicos extranjeros

---

[103] Por ejemplo, las empresas pueden abrir varias sucursales, afiliarse o fusionarse con estudios jurídicos locales. Véase en general J. Evans, *The world according to Graham and James*, California Law, vol. 12 (1992) pág. 42; S. Goldberg, *The British go global*, ABA J., abril de 1993, pág. 50; R. Rice, *Going global*, Financial Times, 18 de mayo de 1993, pág. 14.

[104] Evans, nota 103 *supra*.

[105] Véase Evans, nota 103 *supra*; Rice, nota 103 *supra.*

[106] Véase R. Rice*, City solicitors ride the recession*, Financial Times, 10 de noviembre de 1992, pág. 14 (comparación de honorarios legales en 10 países).

[107] Véase J. Cogan, *The International lawyer as conductor of the glabal symphony*, en ABA*, International law and business in a changing world*. Tabla 1, pág. 16 (Materiales del programa, Ann´l. Reunión de primavera del 28 de abril al 1 de mayo de 1993).

[108] Véase en general Campbell, nota 102 *supra*.

[109] Por ejemplo, en Singapur, en virtud de una decisión de 1988, únicamente las personas admitidas en el colegio de abogados de Singapur podían representar a los clientes en arbitrajes internacionales realizados allí. *Turner (Asia Oriental) Pte Ltd. Builders Federal (Hong Kong) Ltd.; Josef Gartner & Co. High Court of Singapore* (30 de marzo de 1988), reimpreso en Journal of International Arbitration, vol. 5 (3) (1988) pág. 139; véase A. Lowenfeld, *Singapore and the local bar: aberration or ill omen*? Journal of International Arbitration, vol. 5 (3) (1988) pág. 71; D. Rifkin, *Keeping lawyers out of international arbitrations*, International Financial Law Review, vol. 9, pág. 11 (febrero de 1990). El fallo fue revocado efectivamente por ley. Véase International arbitration report, vol. 5 (6) (1990), pág. 15 E. La situación en Japón también se aclaró y liberalizó por ley. Véase C. Stevens*, New law permitting foreign lawyer advocacy in international arbitrations in Japan*, Boletín LCIA, octubre de 1996, pág. 8.

presten asesoramiento sobre la legislación del país en el que están autorizados.[110] Sin embargo, si no estuviera registrado en un programa de consultores jurídicos, el asesoramiento sobre el derecho extranjero sería ilegal en la mayoría de los Estados. En general, si alguien desea ejercer en un Estado en particular debe pasar un examen de reválida del Colegio de Abogados de ese Estado. Existen acuerdos recíprocos solo entre algunos Estados. El reconocimiento interestatal del título en Derecho, sin embargo, no ha sido un problema debido a la uniformidad de los planes de estudio de *Juris Doctor* y de la supervisión de las Facultades de Derecho por parte del Colegio de Abogados de Estados Unidos y de agencias de acreditación estatales.

En Europa, la liberalización de la práctica jurídica transfronteriza ha avanzado metódicamente, en especial en la UE. Las medidas de la UE y la jurisprudencia han reducido en gran medida los obstáculos a la práctica dentro de la UE. Las medidas más importantes son la Directiva de 1977 relativa a la libre prestación de servicios jurídicos y la Directiva de 1989 relativa al reconocimiento recíproco de los títulos.[111] Las directivas sobre servicios permiten que los abogados autorizados en un Estado miembro presten temporalmente servicios en otro Estado de la UE; algunas actividades, sin embargo, pueden ser restringidas.[112]

Que un abogado esté facultado para prestar servicios legales en múltiples jurisdicciones no tiene mucho valor cuando se trata de resolver el problema de determinar qué código de ética va a respetar, los cánones y delitos punibles pueden variar considerablemente.[113] Las normas "locales" serán más familiares, pero también pueden estar en grave conflicto con las de la jurisdicción "de acogida". Por otra parte, a menudo es irrelevante que las actividades involucradas sean solo parte de una visita temporal. No hace falta mucha imaginación para apreciar los tipos de conflictos que pueden surgir de diferentes normas en cuanto a la publicidad, los acuerdos de honorarios, y las actividades que constituyen el ejercicio del derecho no autorizado.[114]

Para los planificadores de negocios, un ritual diferente asociado con un proyecto transnacional puede ser de mucha preocupación: la búsqueda de un abogado local. El cliente debe embarcarse en una búsqueda que puede estar cargada de imponderables si no puede o no quiere contratar los servicios de una empresa familiar. Con frecuencia, la transmisión del boca a boca y la intuición influyen en la decisión. Sin embargo, existe bibliografía útil sobre el tema de la selección y el trabajo con abogados extranjeros.[115] Con

---

[110] Véase R. Lutz, *Ethics and international practice: a guide to professional responsibilities of practitioners*, Fordham International Law Journal, vol. 16: 53 y 55, núm. 6, (1992-93), págs. 73 a 78. Véase también W. Slomanson, *California becomes latest state to consider "foreign legal consultant"*, American Journal of International Law, vol. 80 (1986), pág. 97; W. Slomanson, *California's nonlawyer lawyer*, American Journal of International Law, vol. 81 (1987), pág. 956.

[111] Directiva del Consejo 77/249, 1977 DO (L78) 17; Directiva del Consejo 89/48, 1989 DO (L19) 16; Véase también P. Wilson, EEC: freedom to provide services for EEC lawyers, Harvard Journal, vol. 19 (1978), pág. 379 (Se debate la Directiva del Consejo 77/249); véase R. Goebel, *Professional qualifications and educational requirements for law practice in a foreign country*: *bridging the cultural gap*, 63 Tulane Law Review, vol. 443, (1989), págs. 497 a 499; G. Siskind, *Freedom of movement for lawyers in the new Europe*, International Law, vol. 26 (1992), pág. 899.

[112] Directiva de servicios, Art. 1 (1). La Directiva relativa a los títulos prevé el reconocimiento recíproco de los títulos. Véase en general B. Harris, *Freedom to provide professional services, New Law Journal, vol. 139 (1989), pág.164;* Siskind, nota 111 *supra,* págs. *921 a 928.*

[113] Lutz, nota 110 *supra*; Véase R. Hillman, *Providing effective legal representation in international business transactions*, International Law, vol. 19 (1985), pág. 3; M. Janis, *The lawyer's responsibility for foreign law and foreign lawyers*, International Law, vol. 16 (1982), pág. 693; R. Mears, *Ethics and due diligence: a lawyer's perspective of doing business with Mexico*, St. Mary's Law Journal, vol. 22, (1991), pág. 605.

[114] Véase Lutz, nota 110 *supra*.

[115] Los ensayos de Silkenat, nota 102 *supra* y Wilson, nota 102 *supra* sirven de ejemplos.

frecuencia, como punto de partida lo más útil es un directorio.[116] Después de la preselección de algunos candidatos, se pueden aplicar otras técnicas.[117]

Cuando prestan cualquier colaboración, los abogados que representan diferentes tradiciones jurídicas tienen cierto conocimiento del ordenamiento jurídico del otro, ya sea adquirido a través de la educación formal o de la experiencia. Los novatos aprenden fácilmente a cuestionar los supuestos consagrados; una lista de control estándar, forjada en la práctica nacional, puede ser irrelevante cuando se exporta.[118] Cuando tratan de familiarizarse con el Derecho de otros países, los profesionales modernos cuentan con una sobreabundancia de riqueza, la bibliografía es abundante y varía desde la sinóptica a la muy concreta y actual.[119]

1.8 Modelo de arbitraje internacional

1.8.1 Selección de un foro de conveniencia y nociones conexas

Cuando surgen las controversias de una iniciativa multijurisdiccional, las partes en el conflicto pueden recurrir a los tribunales nacionales, tal como se hace en el ámbito interno. A reserva de excepciones notables,[120] las normas de competencia que prevalecen entre los Estados no están ordenadas de acuerdo a un esquema supranacional u otro plan común. En general, una controversia no trascenderá la jurisdicción de un tribunal nacional en particular simplemente porque intervienen elementos extranjeros importantes; como resultado, un demandante comúnmente puede elegir la jurisdicción. Por otra parte, a pesar de los esfuerzos de unificación de algunas regiones, los resultados del derecho aplicable pueden variar entre los tribunales de diferentes Estados. En consecuencia, la selección del foro de conveniencia orientada a los resultados sigue siendo un ejercicio rendidor en las percepciones de la mayoría de los posibles litigantes.

La concurrencia de competencia también indica que un demandante puede presentar demandas en varios lugares; de manera similar, el demandado en un procedimiento puede dar respuesta a la demanda en cualquier lugar. Por tanto, una misma controversia puede caracterizarse por procedimientos paralelos. Es

---

[116] Para una lista de estos directorios, véase Silkenat, nota 102 *supra*, págs. 81 y 82. El directorio jurídico internacional Martindale-Hubbell contiene perfiles de estudios jurídicos y de abogados extranjeros por país. Contribuye a determinar las áreas de especialidad y puede dar una idea de las capacidades lingüísticas del estudio. Por ejemplo, un abogado con una L.L.M. (Maestría en Ciencias del Derecho) o una M.C.L. (Maestría en Derecho Comparado) de una Facultad de Derecho estadounidense o inglesa supone la capacidad del abogado para cumplir con sus obligaciones razonablemente bien en inglés.

[117] Véase R. Rendell, *Need to choose foreign counsel? Here are some tips*, Business Law Today, noviembre y diciembre 1994, pág. 38; Wilson, nota 102 *supra*, págs. 326 a 330.

[118] *Cf.* Flanagin, nota 102 *supra*, pág. 99. (Por ejemplo, el abogado estadounidense quizás no puede comprender el impacto del régimen del impuesto de timbre que se aplica en el Reino Unido de Gran Bretaña, o la necesidad del cumplimiento de algunas formalidades necesarias para la validez del contrato en algunos ordenamientos jurídicos); Hillman, nota 113 *supra* (desafío de las cuestiones del derecho extranjero en las transacciones internacionales).

[119] Solo las Universidades de Derecho estadounidenses cuentan con decenas de publicaciones dedicadas a temas de derecho internacional y comparado. Otras publicaciones que se ocupan de estos temas son las siguientes: *The American Journal of Comparative Law, The Journal of the American Society of international Law, The International and Comparative Law Quarterly, The American Bar Association's International Lawyer, and the International Bar Association's International Business Lawyer*. También están disponibles otros tantos servicios, boletines y hojas sueltas. Véase, por ejemplo, *Legal aspects of doing business in Europe* (D. Campbell ed., vol. 1, 1989). Una primera referencia útil es *Martindale-Hubbell´s International Law Digest* (1993), que proporciona una sinopsis de más de setenta ordenamientos jurídicos y del derecho interno de cada uno de los estados de los Estados Unidos.

[120] El Convenio de Lugano de 1988 establece normas de competencia aplicables en la CE y los Estados de la AELC que ratificaron dicho Convenio, relativo a la competencia judicial en materia mercantil y civil. 1988 DO (L319) 9 (25 de noviembre, 1988), *reimpreso* en ILM vol. 28 (1989), pág. 620. Se extiende a los Estados de la AELC que ratificaron el Convenio los principios del Convenio de Bruselas de 1968 (tal como ha sido modificado por los Convenios de Adhesión), que establece normas específicas de competencia entre los entonces 12 Estados miembros de la CE. Los dos instrumentos estipulan, entre otras cosas, las bases de la competencia exclusiva y concurrente aplicable cuando el demandado está domiciliado en un Estado vinculado por los presentes convenios. Véase, en general North & Fawcett, nota 74 *supra*, en los cap. 10 y 14.

más, los foros en competición quizás no estén entablados en el marco de un tratado u otro régimen que asigne la labor de los tribunales de una forma racional y sin duplicaciones.[121] Si bien los tribunales disponen de algunas doctrinas que reducen las posibles sentencias contradictorias y la duplicación,[122] estas no operan de forma automática o previsible. Además, algunas de las herramientas unilaterales disponibles para centralizar el litigio se emplean a expensas de la cortesía.[123]

Para los eventuales demandantes, las ventajas comparativas de algunos foros son demasiado evidentes.[124] Las opciones extendidas de competencia personal combinada con las normas de batalla a favor del demandante contribuyen a la congestión de algunos ordenamientos. Sin embargo, el atractivo general de una jurisdicción cualquiera es solo uno de los elementos que influyen en la elección, la selección del foro también está determinada por la ubicación de los bienes del demandado.[125] Sin haber considerado este factor, el demandante victorioso ante un deudor reacio de una sentencia podría enfrentar una demora prolongada. En ausencia de una obligación contenida en un tratado que requiere un resultado diferente,[126] las sentencias, quizás, no se benefician de un efecto preclusivo cuando se transportan al lugar donde se encuentran los bienes del demandado; los tribunales que adoptan un enfoque restrictivo de las sentencias extranjeras pueden adoptar una revisión sustancial del resultado de la labor del tribunal "extranjero", comenzando con sus informes jurisdiccionales, antes de conceder compensación.[127] Si el demandado es un Estado soberano, el acreedor puede enfrentar un desafío adicional.[128]

---

[121] Véase, por ejemplo, China Trade & Dev. Corp. v. M. V. Choong Yong, 837 F. 2d 33 (segundo circuito 1987) (procedimientos paralelos en los tribunales de los Estados Unidos y La República de Corea); Laker Airways LTD. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F. 2d 909 (circuito D.C. 1984) (una orden conminatoria de un procedimiento en otra jurisdicción intentó evitar que los demandados solicitaran la misma en un tribunal británico); Cargill, Inc. v. Hartford Accident & Indem. Co., 531 F. Supp. 710 (D. Minn. 1982) (una acción paralela en el tribunal de los Estados Unidos le prohibió a una de las partes enjuiciar una medida británica).

[122] La litispendencia, por ejemplo, es una doctrina discrecional reconocida en las jurisdicciones del *common law* en virtud de la cual un tribunal con un caso pendiente de juicio en otra jurisdicción suspenderá su competencia hasta que se conozca el resultado del otro procedimiento. Véanse notas 146 y 148 *infra* y el texto adjunto.

[123] Véase T. Hartley, *Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation*, American Journal of Comparative Law, vol. 35 L. 487, (1987), págs. 506 a 511.

[124] Por lo tanto,"*as a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States* (así escribió el juez inglés, Lord Denning, para indicar que como la luz atrae a las polillas así también los tribunales de Estados Unidos atraen a los litigantes extranjeros) Si solo puede llevar su caso a sus tribunales, saldrá ganando una fortuna. Sin costo para sí, y sin riesgo de tener que pagar a la otra parte. Los abogados de allá llevarán el caso 'por si acaso', como decimos nosotros, o con ' honorarios de contingencia', como dicen ellos." Smith Kline & French Lab. Ltd. V. Block, [1983] 2 All ER 72, 74 (Denning, J.).

[125] *Cf.* Born & Westin, nota 4 *supra* 9, págs. 129 y 231 núm. 47 (la disponibilidad de embargo preventivo de los bienes fuera del lugar original depende de la ley del Estado donde se encuentren los bienes). Véase en general O. Sandrock, Prejudgment attachments; Securing international loans or other claims for money, International Law, vol. 21 núm. 1 (1987).

[126] Por ejemplo, el Convenio de Lugano, nota 120 *supra*.

[127] Las leyes en algunos países disponen que las sentencias dictadas en otro país no tienen efecto preclusivo si no existe un tratado que exige el reconocimiento de la resolución. F. Juenger, *The recognition of judgment in civil and commercial matters*, American Journal of Comparative Law, vol. 36, núm.1, (1988) págs.26 a 28. Según la encuesta del profesor Juenger de 1988, la jurisprudencia había suavizado algunas de estas disposiciones; en Finlandia, sin embargo, continuaba siendo probable un nuevo juicio completo de la controversia subyacente a menos que la acción original se basara en una cláusula de elección del foro. *Id*. pág. 28. Incluso en las jurisdicciones menos restrictivas, pueden existir varios motivos de no reconocimiento. La falta de reciprocidad, la ineficiencia de la elección del derecho aplicable y la inconsistencia en la legislación de protección local son algunos de los impedimentos para el reconocimiento característicos entre los Estados. *Id*. pág. 31 a 36. Véase en general *Enforcement of foreign judgments worldwide* (C. Platto ed., 1989) (un estudio de 32 jurisdicciones).

[128] Véanse notas 62 a 64 *supra* y el texto adjunto. En muchos ordenamientos jurídicos, los bienes del Estado gozan, en principio, de la inmunidad de ejecución. Para prevalecer, el ejecutante extranjero o nacional debe mostrar una renuncia de la inmunidad soberana o el cumplimiento de alguna otra excepción. Las normas para suspender la inmunidad de ejecución pueden ser más favorables al soberano que aquellas que suspenden la inmunidad de jurisdicción. *Cf.* H. Smil, *Foreign sovereign immunity, American style international contracts, págs.* 245, 260 a 265, 268 a 269 (H. Smil *et al*., eds., 1981) (se señalan las diferentes normas sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución); véase North & Fawcett, nota 74 *supra*, págs. 265 a 270, 406 a 407 (Derecho inglés), véase también Brownlie, nota 64 *supra*, pág. 330.

Sin embargo, la preferencia instintiva por un entorno conocido, a menudo, resulta irresistible cuando no existe algún atractivo especial. Después de todo, el litigio en el extranjero puede ser costoso y muy impredecible.[129] Además de los gastos de mantener las personas clave en el lugar, se incurrirá en gastos de honorarios de uno o más abogados locales. El abogado interno, a menos que posea antecedentes de derecho comparado, a su vez, estará en desventaja para asesorar a un abogado local. En un foro extranjero, la percepción de los acontecimientos, el progreso y el resultado de un juicio puede ser inexacta; las etapas probatorias previas al juicio pueden ser mucho más amplias o más limitadas de lo imaginado, el jurado civil puede brillar por su ausencia o estar presente, el juez puede ser decididamente más activo o pasivo de lo previsto, y las costas pueden superar las expectativas. Del mismo modo, la incertidumbre en cuanto a las tareas disponibles para un abogado autorizado solo en el extranjero puede inhibir las divisiones efectivas del trabajo entre los abogados locales y extranjeros. Por último, varios asuntos de otro modo colaterales podrían tener mucha influencia. Lejos del propio entorno familiar, por ejemplo, puede ser difícil encontrar traducciones de buena calidad, intérpretes hábiles y peritos adecuados.

1.8.2 Resumen de las características del litigio

Además de las posibilidades de la selección del foro, el paralelismo y la duplicación mencionados anteriormente, se le pueden atribuir otras características al litigio. Algunas son generalmente negativas, mientras que otras, sin embargo, pueden ser percibidas como fortalezas en ciertos entornos. Lo que sigue es una lista abreviada de varias de esas consideraciones. Después del estudio de alternativas no arbitrales en el litigio presentadas en el capítulo 2, se revisarán algunas de estas ideas.[130]

(1) *Costos elevados y duración*. A pesar de las características fiscales subsidiadas como los jueces de tiempo completo y los tribunales públicos, el litigio es un gasto enorme. Los honorarios de los abogados son, quizás, el gasto principal. La participación de múltiples jurisdicciones, por lo general, implica la necesidad de varios abogados. Incluso los litigantes con departamentos jurídicos internos sustanciales, en general, tendrán que buscar asesoramiento externo. Por supuesto, el costo está estrechamente relacionado con la rapidez. El prolongamiento que a menudo caracteriza a los litigios internacionales "al estilo estadounidense" se traduce en un continuo compromiso financiero y en una carga.

(2) *Privacidad y confidencialidad*. Los lugares públicos utilizados en los litigios, con frecuencia, están abiertos a las partes no litigantes, incluidos los competidores y la prensa comercial. Mientras que algunos procedimientos pueden ocurrir a puerta cerrada, en general, exponer los problemas en los tribunales es hacerlo en público. Una estrategia útil para una reputación puede ser luchar contra las reclamaciones abiertamente y con firmeza y hacer valer los derechos. Sin embargo, con frecuencia, las consideraciones compensatorias serán mayores que la disuasión adquirida a través de la publicidad.

(3) *Formalidad del procedimiento y medidas de reparación*. Los litigios se desarrollan de acuerdo a las normas del tribunal diseñadas para desalentar las desviaciones de un procedimiento estándar. El proceso de hallazgo de prueba está sujeto a las normas técnicas de prueba que afectan la admisibilidad, y la disponibilidad de las medidas de reparación aún de las más flexibles puede estar sujeta a innumerables condiciones. Estas influencias se derivan de objetivos loables relacionados con la integridad del proceso. Sin embargo, en un caso concreto pueden ser un obstáculo para un final apropiado de la controversia en cuestión.

---

[129] Véase Born & Westin, nota 49 *supra,* págs. 221 a 222 y 346 a 351; W. Fox, International commercial agreements, págs. 24 a 33 y 225 a 231 (segunda ed. 1992).

[130] Véase capítulo 2, párr. 2.7.

(4) *Especialización de la persona encargada de la toma de decisiones*. En general, uno no puede seleccionar al juez que va a fallar en la causa. Esta limitación puede ser el costo de gozar de una asignación subsidiada por recursos públicos. En los casos de alta complejidad, el hecho de que el juez no reciba una remuneración directamente de las partes es un poco incómodo si este se encuentra evidentemente poco preparado para dominar los detalles importantes de la controversia. Los peritos y expertos designados por el tribunal, por supuesto, mitigan de alguna manera el riesgo. A pesar de estas bisagras que sostienen la imperfección del sistema judicial, la mayoría de los litigantes, probablemente, preferiría la opción de nombrar en forma conjunta al mejor encargado de tomar decisiones; una característica del arbitraje que muchas veces no se repite en los sistemas de litigios mundiales.

(5) *Cumplimiento global*. Como se señaló anteriormente, los Estados Unidos no es parte de ningún tratado multilateral que requiere que los tribunales de otros países den efecto preclusivo a las sentencias estadounidenses. La sentencia y la ejecución del resultado, con frecuencia, se producen en sistemas jurídicos diferentes. En consecuencia, la etapa posterior a la sentencia de los litigios de los Estados Unidos puede prolongarse mientras que la sentencia se somete a escrutinio en el extranjero. Como se señaló anteriormente, el tribunal extranjero consultado puede considerar, entre otros factores, la competencia del tribunal de primera instancia, el derecho aplicable y el exceso de las cantidades concedidas. Mientras tanto, los costos se elevan. Una vez más, al menos potencialmente, el arbitraje es una alternativa llamativa. La Convención de Nueva York a la que se refirió a lo largo de este trabajo afecta la previsibilidad relativa a la ejecución de laudos en los países miembros.

(6) *Corrupción*. Lamentablemente, no todos los ordenamientos jurídicos ofrecen jueces imparciales. Las lealtades nacionales existentes pueden ser exacerbadas por las diversas influencias que inciden sobre la independencia. El resultado es un tribunal altamente predispuesto a favorecer a una de las partes. Tal parcialidad combinada con procedimientos y entornos poco familiares hace que la tarea que enfrenta el litigante visitante sea casi imposible. Se pierde tiempo y dinero en cosas sin importancia y el resultado formal, o sea, la sentencia del tribunal, con frecuencia, será difícil de combatir colateralmente en el lugar donde se busca la ejecución en última instancia. Para las partes que han soportado litigios comerciales de esa naturaleza, se necesita solamente una simple reflexión para apreciar tal mecanismo de arbitraje. Le permite a las partes elegir sus propios jueces para un procedimiento en un lugar neutral tanto a nivel geográfico, político como jurídico.

(7) *Carácter definitivo a través de proceso contradictorio*. Los sistemas jurídicos ofrecen una instancia de apelación diseñada para garantizar que, en un sentido general, el tribunal de primera instancia haya llegado a un fallo correcto. Un subproducto de la segunda etapa es el retraso y la incertidumbre transitoria sobre los derechos y obligaciones. Por otra parte, cuanto más tiempo continúa el proceso contradictorio, es menos probable que las partes rescaten una relación laboral. Cualquier buena voluntad remanente luego de la presentación y de la respuesta a la demanda, con frecuencia, no sobrevive a los procedimientos futuros. Para empezar, el carácter público de los litigios alienta posturas recíprocas. Además, como cada parte invierte más tiempo, dinero y energía en la búsqueda del fallo "correcto", está menos propensa a ver la iniciativa como un mero ejercicio de negocios. Tras la apelación, siempre habrá un ganador y un perdedor, y es probable que el último no quede satisfecho con el proceso. El ganador, a su vez, puede tener que pagar sus propios gastos, por lo menos conforme a las normas estadounidenses vigentes.

Teniendo en cuenta la lista anterior, un único procedimiento privado que conduce a un resultado comparativamente inmutable ofrece una opción atractiva si el potencial de rapidez y el de carácter definitivo son tan importantes para los litigantes como el control de calidad. En efecto, debido a que las

partes en el arbitraje pueden elegir a sus árbitros, el derecho rector, así como las normas aplicables a los hechos, la determinación de un solo paso no tiene por qué sacrificar la calidad.

A pesar del catálogo de desventajas anterior, hay razones para preferir el litigio en algunas circunstancias, como se sugiere en la siguiente lista. Nótese que algunos de los elementos indicados a continuación presumen el acceso a un tribunal estadounidense, a diferencia de un tribunal extranjero en el que estas ventajas, quizás, no estén disponibles.

(1) *Publicidad subsidiada*. Una respuesta pública agresiva a una conducta con tendencia a repetirse puede llegar a ser un medio eficaz de disuasión. Los tribunales son un vehículo para generar esta acción. Un competidor que pretende apropiarse de una marca comercial o de servicio o de una actividad similar aunque sea relativamente pequeña puede pensarlo dos veces si el propietario de la marca ha hecho valer sus derechos sin excepción, incluso cuando, en casos particulares, no le haya sido rentable. Un esfuerzo para alertar sobre posibles malhechores focalizado en el arbitraje es mucho menos eficaz que en el litigio. Por supuesto, el beneficio de la disuasión tiene que ser sopesado contra la posible percepción de que el demandante tienda a intimidar a sus rivales más pequeños.

(2) *Derechos de apelación revisados*. En ciertas circunstancias, quizás, valga la pena el tiempo y el dinero de proseguir con un litigio con la esperanza de establecer un precedente útil para la planificación de actividades futuras. El derecho se aclara en forma definitiva en una apelación. El objetivo del litigante puede ser lograr que surja una norma favorable. Sin embargo, incluso si no sucediera, puede haber menos confusión en el derecho como resultado del litigio. Esto también beneficiaría a los planificadores de negocios.

(3) *Acceso a las pruebas sin limitaciones*. El enfoque estadounidense sobre el acceso a las pruebas está diseñado para promover que las partes lleguen a un acuerdo, para reducir las sorpresas en el litigio, y para proporcionar una base fáctica lo más amplia posible sobre la cual se lleve adelante el juicio si fuera necesario. Los abogados litigantes estadounidenses ocasionalmente quedan conmocionados y consternados por el acceso parcial a las pruebas que permite el arbitraje. Como una cuestión estratégica, puede ser que el acceso sin limitaciones a las pruebas sea la única manera de que una de las partes goce de un proceso equitativo y de que tenga la posibilidad de ganar. En circunstancias en las que todos los documentos importantes se encuentran en poder de una de las partes o de un tercero no litigante, y en que estos no se pueden identificar en forma específica, los pedidos de acceso a la prueba por parte de un árbitro tienden a no estar disponibles o a ser poco efectivos. Por otra parte, son totalmente discrecionales. Por lo tanto, en circunstancias en las que hubiera sido posible acceder a un tribunal federal de los Estados Unidos, el litigante desfavorecido puede lamentar la elección del arbitraje, a pesar de que en ciertas ocasiones los tribunales brinden asistencia a la parte arbitral pidiendo el acceso a las pruebas para usarlas en el arbitraje.