

Guía Jurídica
de la
CNUDMI

sobre operaciones de comercio compensatorio
internacional

Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas
para el Derecho Mercantil Internacional
(CNUDMI)



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1993

NOTA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

El material que aparece en esta publicación podrá citarse o reproducirse con entera libertad, siempre que se mencione su origen y se remita una copia de la publicación en que figura la cita o la reproducción.

En la presente *Guía Jurídica* se menciona un cierto número de textos jurídicos. Por razones de conveniencia, estos textos se enumeran y describen en el anexo.

A/CN.9/SER.B/3

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.93.V.7

ISBN 92-1-333238-6

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Introducción	1
A. Origen y finalidad de la <i>Guía Jurídica</i>	1
B. Estructura de la <i>Guía</i>	3
C. Recomendaciones formuladas en la <i>Guía</i>	3
D. Cláusulas ilustrativas	4
E. Invitación a los lectores	4
 <i>Capítulo</i>	
I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y TERMINOLOGÍA DE LA <i>GUÍA JURÍDICA</i>	5
Resumen	5
A. Operaciones consideradas	6
B. Interés por las cuestiones propias del comercio compensatorio .	7
C. Reglamentos nacionales	8
D. Alcance universal de la <i>Guía Jurídica</i>	8
E. Terminología	8
1. Tipos de comercio compensatorio	9
2. Las partes en la operación de comercio compensatorio	10
3. La operación de comercio compensatorio y sus elementos .	11
 II. ENFOQUE DE LA CONTRATACIÓN	13
Resumen	13
A. Estructura de la operación de comercio compensatorio	14
1. Contrato único	14
a) Contrato de trueque	14
b) Contrato fusionado	16
2. Contratos de suministro separados	17
a) Celebración simultánea del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio	17
b) Celebración del acuerdo de comercio compensatorio antes de celebrar contratos de suministro en firme	19
c) Celebración simultánea del contrato de exportación, del contrato de exportación compensatoria y del acuerdo de comercio compensatorio	20

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
B. Contenido del acuerdo de comercio compensatorio	20
1. Acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación	21
2. Acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación	23
C. Consideraciones sobre seguros y financiamiento	24
III. COMPROMISO DE COMPENSACIÓN	28
Resumen	28
A. Observaciones generales	29
B. Cuantía del compromiso de compensación	30
C. Fase en la que se cumple el compromiso	31
D. Plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación .	32
1. Duración del plazo de cumplimiento	32
2. Prórroga del plazo de cumplimiento	33
3. Subperíodos del plazo de cumplimiento	34
E. Definición de los contratos de suministro computables	35
1. Según el tipo de mercancías	35
2. Según el origen geográfico	36
3. Según la identidad del proveedor	36
4. Según la identidad del comprador	37
5. Compras no conformes	37
F. Cálculo del crédito de cumplimiento	37
G. Determinación de las cláusulas de los futuros contratos de suministro	38
1. Cláusulas de los futuros contratos de suministro	38
a) Normas o directrices	40
b) Determinación de una cláusula del contrato por terceros	41
c) Determinación de la cláusula contractual por una parte contratante	42
2. Procedimientos de negociación	43
H. Supervisión del cumplimiento del compromiso de compensación y expediente que se ha de llevar del mismo	44
1. Intercambio de información	44
2. Confirmación del cumplimiento del compromiso de compensación	45
3. La cuenta probatoria	45
IV. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA REDACCIÓN	48
Resumen	48
A. Observaciones generales	48
B. Idioma	51

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
C. Partes en la operación	52
D. Notificaciones	53
E. Definiciones	54
V. TIPO, CALIDAD Y CUANTÍA DE LAS MERCANCÍAS	56
Resumen	56
A. Observaciones generales	57
B. Tipo de mercancías	57
1. Observaciones generales	57
2. Lista de mercancías intercambiables	58
3. Servicios	60
4. Tecnología	60
5. Inversiones	63
C. Calidad de las mercancías	63
1. Especificación de la calidad	64
2. Control precontractual de la calidad	65
a) Designación del inspector	65
b) Procedimientos de inspección	66
c) Efectos del dictamen del inspector	66
D. Cuantía de las mercancías	66
E. Modificación de las cláusulas referentes al tipo, la calidad y la cuantía de las mercancías	68
VI. DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LAS MERCANCÍAS	69
Resumen	69
A. Observaciones generales	70
B. Moneda del precio	71
C. Determinación del precio después de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio	72
1. Norma comercial de referencia aplicable	72
a) Precio del mercado para mercancías o servicios de calidad normalizada	72
b) Costo de producción	73
c) Precios del competidor	73
d) Cláusula del cliente más favorecido	74
e) Aplicación de más de una norma comercial de referencia	74
2. Negociación	75
3. Precio fijado por un tercero	75
4. Precio fijado por una de las partes	76
D. Determinación del precio de los servicios	76

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
E. Determinación del precio para la transferencia de tecnología . . .	77
F. Revisión del precio	79
1. Nueva aplicación de la cláusula relativa al precio	80
2. Cláusulas de indización	80
3. Fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda de pago . . .	81
a) Cláusula monetaria	81
b) Cláusula definidora de una unidad de cuenta	82
VII. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS	83
Resumen	83
A. Observaciones generales	84
B. Compra de mercancías compensatorias	84
1. Acuerdo de comercio compensatorio	85
a) Selección de un tercero	86
b) Responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación	87
2. Relación contractual entre la parte inicialmente comprometida y el tercero	89
a) Obligación del tercero de efectuar la compra de mercancías	89
b) Retribución del tercero	91
c) Cláusula de exoneración de la responsabilidad	93
d) Exclusividad del mandato del tercero	93
C. Suministro de las mercancías compensatorias	94
1. Selección del tercero por la parte comprometida a efectuar las compras	95
2. Selección del tercero por la parte comprometida a suministrar mercancías	95
D. Comercio compensatorio entre más de dos partes	96
VIII. PAGO	99
Resumen	99
A. Observaciones generales	100
B. Retención de fondos por el importador	101
C. Bloqueo de fondos	103
1. Observaciones generales	103
2. Cuentas bloqueadas	104
a) Acuerdo de comercio compensatorio	104
i) Ubicación de la cuenta	104
ii) Funcionamiento de la cuenta bloqueada	104
iii) Otras cuestiones	105

b)	Acuerdo de cuenta bloqueada	105
i)	Partes	105
ii)	Transferencia de fondos a una cuenta y a partir de esa cuenta	105
iii)	Duración y cierre de la cuenta	106
3.	Cartas de crédito cruzadas	106
a)	Secuencia de la emisión de las cartas	106
b)	Instrucciones para la utilización del importe de la carta de crédito	107
c)	Fechas de expiración	108
D.	Compensación de las reclamaciones de pago recíprocas	108
1.	Observaciones generales	108
2.	Acuerdo de comercio compensatorio	110
a)	Anotaciones en el haber y debe de una cuenta	110
b)	Cálculo de los asientos	111
c)	Estados de cuenta	111
d)	Verificación periódica	111
e)	Saldo pendiente máximo	112
f)	Liquidación del saldo pendiente	112
g)	Garantía del pago del saldo pendiente	112
E.	Cuestiones comunes a los métodos de pago vinculado	113
1.	Moneda o unidad de cuenta	113
2.	Designación de bancos	113
3.	Acuerdo interbancario	113
4.	Transferencia de fondos no utilizados o excedentarios	114
5.	Nuevos pagos o entregas	114
6.	Comisiones y gastos bancarios	114
F.	El pago en las operaciones de comercio compensatorio entre más de dos partes	115
1.	Observaciones generales	115
2.	Bloqueo de fondos en el comercio compensatorio entre más de dos partes	117
IX.	RESTRICCIONES A LA REVENTA DE MERCANCÍAS EN EL COMERCIO COMPENSATORIO	119
	Resumen	119
A.	Observaciones generales	120
B.	Deber de informar o de celebrar consultas	122
C.	Restricciones territoriales y otras restricciones conexas	123
D.	Precio de reventa	125
E.	Envasado y marcado	126
F.	Aplicación a terceros compradores	126
G.	Revisión de las restricciones	127

X. CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN PACTADA Y PENALES ..	128
Resumen	128
A. Observaciones generales	129
B. Relación entre el cobro de una suma convenida y el cobro de una indemnización por daños y perjuicios	133
C. Efecto del pago	134
D. Cuantía de la suma convenida	135
E. Cobro de la suma convenida	137
F. Rescisión del compromiso de compensación y cláusulas de pago de una suma convenida	138
XI. GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO	139
Resumen	139
A. Observaciones generales	140
B. Cláusulas de garantía en los acuerdos de comercio compensatorio	141
1. Elección del garante	142
2. Condiciones de pago de la garantía	143
3. Monto de la garantía y reducción de ese monto	144
4. Fecha de constitución de la garantía	145
a) Al entrar en vigor el acuerdo de comercio compensatorio o poco después	145
b) En fecha posterior, durante el plazo de cumplimiento .	145
5. Duración de la garantía	146
a) Fecha de expiración	146
b) Devolución del título de la garantía	147
c) Prórroga	147
6. Modificación o resolución del acuerdo de comercio compensatorio	147
C. Garantía de liquidación de los desequilibrios comerciales pendientes	148
1. Garantía del envío de retorno	148
2. Garantías recíprocas	149
XII. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COMPLETAR LA OPERACIÓN DE COMERCIO COMPENSATORIO	150
Resumen	150
A. Observaciones generales	151
B. Derechos y acciones	152
1. Liberación parcial o total del compromiso de compensación	152
2. Indemnización monetaria	154
C. Impedimentos exonerantes	154
1. Consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes .	155

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
2. Definición de los impedimentos exonerantes	156
a) Definición general	156
b) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes	157
i) Definición general seguida de una lista de carácter ilustrativo	157
ii) Definición general seguida de una lista taxativa ..	157
iii) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes, estén o no comprendidos en la definición	158
c) Lista taxativa de impedimentos exonerantes sin una definición general	158
d) Posibles impedimentos exonerantes	158
e) Exclusión de algunos impedimentos	159
3. Notificación de los impedimentos	160
D. Efectos para la operación de comercio compensatorio de la falta de celebración o del incumplimiento de un contrato de suministro	160
1. Incumplimiento de la obligación de celebrar un contrato de suministro	162
2. Resolución del contrato de suministro	164
3. Incumplimiento de la obligación de pago	167
4. Incumplimiento de la obligación de entregar mercancías ..	168
 XIII. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE	 169
Resumen	169
A. Observaciones generales	170
B. Elección de la ley aplicable	171
C. Elección de la ley de un único Estado o de distintos Estados para regir el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro	176
D. Normas jurídicas imperativas de derecho público	177
 XIV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	 179
Resumen	179
A. Observaciones generales	180
B. Negociación	181
C. Conciliación	182
D. Arbitraje	183
1. Alcance de la cláusula compromisoria y mandato del tribunal arbitral	184
2. Tipo de arbitraje y normas procesales apropiadas	185
3. Número de árbitros	188
4. Designación de los árbitros	188

<i>Capítulo</i>		<i>Página</i>
	5. Lugar del arbitraje	188
	6. Idioma de las actuaciones	189
E.	Vía judicial	190
F.	Solución de controversias en las operaciones con múltiples contratos y múltiples partes	191
<i>Anexo.</i>	Textos jurídicos a los que se hace referencia en la <i>Guía Jurídica</i>	195
<i>Índice</i>	197

INTRODUCCION

A. Origen y finalidad de la Guía Jurídica

1. La presente Guía Jurídica fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y por su Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales. En la labor preparatoria participaron activamente, además de representantes de los Estados miembros de la Comisión, representantes de muchos otros Estados y de varias organizaciones internacionales.

2. En 1986, en el contexto del examen de la labor de la Comisión en relación con el nuevo orden económico internacional, la Comisión consideró la labor que podría hacerse en materia de comercio compensatorio 1/. En 1989, la Comisión decidió preparar una Guía Jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional y pidió a la Secretaría que preparara los proyectos de capítulo para dicha Guía 2/. Esos proyectos de capítulo fueron examinados por la Comisión en su 23° período de sesiones, en 1990 3/, y asimismo en su 23° período de sesiones por el Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales, en 1991 4/. El Sr. Michael Joachim Bonell de Italia ocupó la presidencia durante las sesiones de la Comisión y del Grupo de Trabajo que se dedicaron a la redacción de la Guía Jurídica. La Comisión examinó los proyectos de capítulo revisados y aprobó la Guía Jurídica en su 25° período de sesiones (Nueva York, 4 a 22 de mayo de 1992), con las modificaciones editoriales que encomendó a la Secretaría 5/. Al dar su aprobación a la Guía Jurídica, la Comisión aprobó la siguiente decisión:

"La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Recordando el mandato que le encomendó la Asamblea General en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presentes a ese respecto los intereses de todos los pueblos, y particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que una parte importante del comercio internacional se realiza por medio de transacciones compensatorias,

Opinando que una Guía Jurídica sobre cuestiones contractuales de las operaciones de comercio compensatorio internacional sería útil a las partes en las transacciones, y en particular, a las partes de los países en desarrollo,

1. Aprueba la Guía Jurídica de la CNUDMI para las operaciones de comercio compensatorio internacional;

2. Invita a la Asamblea General a que recomiende el empleo de la Guía Jurídica en las operaciones de comercio compensatorio internacional;

3. Pide al Secretario General que adopte medidas eficaces para difundir y promover ampliamente el empleo de la Guía Jurídica." 6/

3. Al preparar los borradores para la Comisión y el Grupo de Trabajo, la Secretaría consultó con profesionales del derecho y otros especialistas en materia de comercio compensatorio internacional. Además, la Secretaría examinó modelos de formularios de contratos, condiciones contractuales generales y contratos efectivamente concertados en diversas partes del mundo. No es posible mencionar todas y cada una de esas fuentes, pues son excesivamente numerosas; baste con reconocer aquí el servicio que han prestado en orden a la preparación de la Guía Jurídica.

4. La preparación de la Guía Jurídica fue motivada por el convencimiento de que los comerciantes que han de intervenir en operaciones de comercio compensatorio no poseen necesariamente los conocimientos y la experiencia jurídica pertinentes, lo que no dejaría de dificultar su búsqueda de soluciones contractuales óptimas para las cuestiones jurídicas peculiares que pueden plantearse en una operación de comercio compensatorio. Estas cuestiones se plantean, en particular, por ser la operación de comercio compensatorio una operación compleja para un suministro de mercancías en doble sentido, que establece un vínculo contractual entre las dos vertientes de dicho suministro y en la que las partes contraen a menudo el compromiso de celebrar contratos en el futuro. Las soluciones contractuales revisten particular importancia en estos intercambios, ya que a menudo no se ha previsto en el derecho interno un régimen propio para el comercio compensatorio. Las dificultades jurídicas en esta esfera podrían perjudicar a muchas empresas tanto de países en desarrollo como de países industrializados, especialmente cuando no tengan costumbre de realizar operaciones de comercio compensatorio.

5. La Guía Jurídica se propone servir de ayuda a las partes en la negociación de sus operaciones de comercio compensatorio internacional señalando los problemas jurídicos propios de estas operaciones, examinando la manera de abordarlos y sugiriendo, cuando se juzga oportuno, soluciones que las partes podrían concertar entre ellas. Al analizar los problemas se han tenido en cuenta las diferencias entre las leyes nacionales. Cabe esperar además que la Guía promueva una visión internacional uniforme de las cuestiones jurídicas suscitadas por las operaciones de comercio compensatorio y de su posible solución.

6. La presente Guía Jurídica ha sido pensada para que sirva de ayuda a las personas que participan, a diversos niveles, en la negociación y redacción de contratos para las operaciones de comercio compensatorio internacional. Va dirigida tanto a los abogados como a los comerciantes carentes de formación jurídica que participan en el comercio compensatorio. También quisiera ser de utilidad para las personas que hayan de asumir alguna tarea general de gestión para la que necesiten una visión de conjunto de la estructura de estas operaciones, así como de las principales cuestiones jurídicas que suscita. Sin embargo, debe tenerse bien presente que las partes en estas operaciones no han de considerar a la Guía Jurídica como un sucedáneo del asesoramiento jurídico del personal letrado competente.

7. Conviene recordar que las diversas soluciones examinadas en la Guía Jurídica no regirán la relación concertada entre las partes, de no haber éstas convenido expresamente en adoptarlas, al menos que esas soluciones estén ya previstas por alguna disposición del derecho interno aplicable. Conviene recordar también que no se prevé que la presente Guía Jurídica vaya a ser empleada para la interpretación de los acuerdos o contratos por los que se concierten las operaciones de comercio compensatorio.

B. Estructura de la Guía

8. El capítulo I define el alcance de la Guía Jurídica describiendo las operaciones que abarca y explicando lo esencial de su contenido y los tipos de cuestiones tratadas. Dado que en la práctica del comercio compensatorio no se ha acuñado una terminología de aceptación general, convendría leer con detenimiento la sección E del capítulo I, en la que se definen ciertos términos propios del comercio compensatorio utilizados a lo largo de la presente Guía.

9. En el capítulo II se describen los posibles enfoques contractuales que pueden adoptarse al estructurar una operación de comercio compensatorio. En el capítulo II también se enuncian los posibles tipos de cláusulas contractuales que pueden concertar las partes en función del enfoque contractual que hayan elegido. Esos tipos de cláusulas se examinan en los capítulos III a XIV. En la presente Guía Jurídica se ha limitado este examen a aquellas cláusulas que se han considerado como cláusulas propias de las operaciones de comercio compensatorio o de particular importancia para dichas operaciones.

10. Algunas de las cláusulas examinadas en la Guía Jurídica son de importancia fundamental para la concertación de operaciones de comercio compensatorio. Otras cláusulas examinadas en la Guía no son necesariamente esenciales, pero pueden resultar útiles en el contexto de determinadas circunstancias comerciales. Dada la gran variedad de circunstancias en que se concertan las operaciones de comercio compensatorio, las partes no deben buscar en la Guía Jurídica ninguna sugerencia genérica sobre el tipo de cláusulas que deberían convenir. Las partes deberán juzgar en cada operación si es pertinente o no remitirse a las soluciones examinadas en la Guía.

C. Recomendaciones formuladas en la Guía

11. Cuando así procede, se hace en la Guía Jurídica alguna sugerencia acerca de la manera de resolver ciertas cuestiones relacionadas con las operaciones de comercio compensatorio. Se han utilizado para ello tres tonos de sugerencia. Conforme al tono más imperativo se sugiere que las partes "deben" actuar de determinada manera. En la presente Guía estas sugerencias se han empleado con parsimonia y sólo cuando alguna necesidad lógica o jurídica abogaba en favor de determinada manera de actuar. Se recurre a un tono intermedio cuando se sugiere que sería "aconsejable" o "conveniente", pero no lógica o jurídicamente preciso, que las partes observen determinada conducta. El tono más suave de sugerencia se expresa cuando se sugiere que las partes "podrían considerar la posibilidad" o "tal vez deseen estipular", o que el acuerdo entre las partes "podría" incorporar una solución determinada. Es posible que, por razones de estilo, las fórmulas utilizadas en alguna que otra sugerencia difieran en algo de las indicadas; no obstante, cabe esperar que esas fórmulas expresen con claridad el tono de sugerencia deseado.

D. Cláusulas ilustrativas

12. En algunos capítulos de la Guía Jurídica se encontrarán una o más "cláusulas ilustrativas" colocadas en notas al pie de la página. Esas cláusulas tienen por objeto facilitar la comprensión de las cuestiones que se examinan en el capítulo. También sirven para indicar alguna formulación posible de determinadas soluciones que se analizan en el texto. No se han incluido cláusulas cuando el propio texto del capítulo basta para aclarar la cuestión y orientar la eventual labor de redacción o cuando no sería posible redactar esa cláusula sin conocer ciertos detalles de la operación de comercio compensatorio a que se destine.

13. Debe recordarse que estas cláusulas ilustrativas no deben tomarse necesariamente como modelo para su eventual inclusión en los acuerdos concertados por las partes. El contenido exacto y la formulación precisa de una cláusula pueden variar según las operaciones de comercio compensatorio. Además, suele haber más de una solución para cada cuestión, aun cuando la cláusula ilustrativa sólo presente una solución. Por consiguiente, es importante que las partes que redacten una cláusula basándose en uno de estos ejemplos ponderen cuidadosamente si la redacción está en consonancia con el resto de su operación de comercio compensatorio.

E. Invitación a los lectores

14. Los lectores tal vez deseen hacer llegar a la Secretaría de la Comisión sus observaciones sobre la Guía Jurídica, para lo que deberán enviarlas a la siguiente dirección.

Secretaría de la CNUDMI
Centro Internacional de Viena
P.O. Box 500
A-1400 Viena, Austria

Notas

1/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 19° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/41/17), párrs. 235 a 243.

2/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 22° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/44/17), párr. 249.

3/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 23° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/45/17), párrs. 11 a 18 y anexo I.

4/ Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 23° período de sesiones (A/CN.9/357).

5/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones. Suplemento N° 17 (A/47/17, párrs. 137 y 138.

6/ Ibid., párr. 137.

I. AMBITO DE APLICACION Y TERMINOLOGIA DE LA GUIA JURIDICA

Resumen

Las operaciones de comercio compensatorio son aquellas en las que una parte suministra mercancías, servicios, tecnología o algún otro valor económico a la otra parte, y, en contrapartida, la primera parte compra de la segunda una cantidad convenida de mercancías, servicios, tecnología o algún otro valor económico. La nota distintiva de estas operaciones es la vinculación que existe entre los contratos de suministro en una y otra dirección y la dependencia de la concertación del contrato o los contratos de suministro en una dirección de la concertación del contrato o los contratos de suministro en la otra dirección (párrafo 1). Las consideraciones que se hacen en la Guía acerca de las operaciones con mercancías serán, por lo general, también aplicables a las operaciones con servicios y servirán como criterio de orientación general para las operaciones relativas a la transferencia de tecnología o de inversión (párrafo 2). El interés primordial de la Guía está en las operaciones de comercio compensatorio en las que la entrega de las mercancías se hace de un país a otro (párrafo 3).

Las operaciones de comercio compensatorio asumen formas diversas y presentan características diferentes. Las consideraciones que se hacen en la Guía Jurídica serán por lo general aplicables a todo tipo de operaciones de comercio compensatorio, de no hacerse expresamente alguna salvedad (párrafos 4 a 6).

La Guía se ocupa primordialmente de la redacción de las cláusulas contractuales propias del comercio compensatorio internacional o que sean de particular importancia para este comercio (párrafo 7). Por regla general, la Guía Jurídica no se ocupa del contenido de cada contrato que se concierte para un suministro particular de mercancías en el marco de la operación compensatoria, ya que esos contratos son semejantes a otros contratos que se conciertan a título individual o independiente (párrafo 8).

En algunos países, el comercio compensatorio ha sido objeto de reglamentación administrativa con miras a promover o restringir de diversas maneras el comercio compensatorio. Es probable, además, que diversos aspectos de las operaciones de comercio compensatorio sean objeto de reglamentos que no hayan sido expresamente dictados para el comercio compensatorio. Dado que estos reglamentos pueden ser muy dispares y se modifican a menudo, suele darse, cuando así procede, una advertencia genérica de que el asunto examinado tal vez sea objeto de algún reglamento imperativo (párrafos 9 y 10). Las cuestiones de derecho privado que se plantean en el comercio compensatorio no acostumbran a variar de una región a otra (párrafo 11).

Varía mucho la terminología utilizada en el comercio compensatorio y no ha prevalecido de momento ninguna. En el presente capítulo se señala la terminología utilizada en la Guía Jurídica para designar diversos tipos de operaciones compensatorias, así como a las partes, los contratos y las cuestiones propias de este tipo de operaciones (párrafos 12 a 28).

Los términos utilizados para designar diversos tipos de operaciones compensatorias son: "trueque" o permuta (párrafo 14); "compra recíproca" (párrafo 15); "venta con pacto de compra de productos" (párrafo 16); "compensación industrial directa" y "compensación industrial indirecta" (párrafo 17).

Los términos utilizados para designar a las partes en una operación de comercio compensatorio son: "comprador"; "proveedor" o "parte" (párrafo 18); "exportador" o "contraimportador" (párrafo 19); e "importador" o "contraexportador" (párrafo 20).

El término "operación de comercio compensatorio" se utiliza para designar a la operación global de comercio compensatorio (párrafo 23). Los términos utilizados para designar los diversos contratos que forman parte de una operación de comercio compensatorio son: "acuerdo de comercio compensatorio" (un acuerdo por el que se enuncian diversas estipulaciones relativas a la manera en que habrá de ponerse en práctica la operación de comercio compensatorio (párrafo 24)); "compromiso de compensación" (un compromiso por el que cualquiera de las partes se obliga a concertar algún contrato futuro (párrafo 25)); "contrato de suministro" (párrafo 26); "contrato de exportación", "contrato de importación", "contrato de exportación compensatoria", y "contrato de importación compensatoria" (párrafo 27).

En el párrafo 28 se explica el significado con el que se emplea el término "mercancías" en la Guía Jurídica.

A. Operaciones consideradas

1. Las operaciones de comercio compensatorio consideradas por la Guía Jurídica son las operaciones en las que una de las partes suministra mercancías, servicios, tecnología u otro valor económico a una segunda parte y, en contrapartida, la primera parte adquiere de la segunda parte una cantidad convenida de mercancías, servicios, tecnología u otro valor económico. Nota característica de estas operaciones es la existencia de una vinculación entre los suministros en ambas direcciones, en cuanto la celebración del contrato o los contratos de suministro en una dirección está condicionada a la celebración del contrato o los contratos de suministro en dirección contraria. Cuando las partes celebran contratos en direcciones opuestas sin hacer constar esa vinculación entre ellos, los contratos, por lo que se refiere a los derechos y obligaciones contractuales de las partes, no pueden distinguirse de una simple operación independiente. En consecuencia, la Guía Jurídica se refiere sólo a las operaciones que expresan en forma contractual esa vinculación entre los contratos que constituyen la operación de comercio compensatorio.

2. Para simplificar, la Guía Jurídica habla únicamente de "mercancías" cuando se refiere al objeto de las operaciones de comercio compensatorio. Sin embargo, las consideraciones que se hacen en la Guía acerca de las operaciones con mercancías suelen ser también aplicables a las operaciones con servicios. Asimismo, la Guía puede servir de modelo genérico para las operaciones que tengan por objeto la obtención de tecnología o inversiones. En algunos casos la Guía se refiere en particular a los servicios, a la tecnología o a las inversiones.

3. La Guía Jurídica se ocupa primordialmente de operaciones de comercio compensatorio en las que las mercancías se entregan a través de fronteras nacionales. Las operaciones de comercio compensatorio nacional pueden presentar características que no se tienen en cuenta en la presente Guía. Sin embargo, en la medida en que las operaciones nacionales corresponden a las variedades de operaciones de comercio compensatorio descritas en la Guía Jurídica, ésta puede ser utilizada por las partes en esas operaciones.

4. Las operaciones de comercio compensatorio asumen formas diversas y presentan características diferentes según las circunstancias particulares de la operación. Las diferencias se refieren a asuntos tales como la estructura contractual de la operación (es decir, el número y la secuencia de los contratos componentes), el hecho de si las mercancías suministradas en una dirección han de utilizarse en la producción de mercancías que van a suministrarse en la otra dirección, la modalidad de pago y el número de partes que intervienen en la operación.

5. Otro aspecto en el que pueden diferir las operaciones de comercio compensatorio es el grado de interés que las partes puedan tener en los distintos segmentos de una operación de comercio compensatorio. En muchas operaciones, una de las partes se interesa primordialmente en la exportación de sus propias mercancías más que en la adquisición de mercancías de la otra parte. En otras operaciones, las partes consideran de mutuo interés el suministro de mercancías en ambas direcciones. Puede suceder que una de las partes que, en un principio, estimó que el compromiso de celebrar futuros contratos constituía una concesión a la otra parte, pase luego a considerar ese compromiso como una ventaja.

6. En la mayoría de los casos, las consideraciones que figuran en la Guía Jurídica se aplican por lo general a diversos tipos de comercio compensatorio. Sin embargo, en algunos contextos se indica que esas consideraciones se aplican tan sólo a algún determinado tipo de comercio compensatorio.

B. Interés por las cuestiones propias del comercio compensatorio

7. La Guía Jurídica se ocupa de la redacción apropiada de las cláusulas contractuales que son propias del comercio compensatorio internacional o que tienen particular importancia para dicho comercio. Tales cláusulas figuran en un acuerdo entre las partes que establece una vinculación entre el suministro de mercancías en una dirección y el suministro de mercancías en la otra dirección. Como se explica más abajo en el párrafo 24, en la Guía Jurídica ese acuerdo se denomina "acuerdo de comercio compensatorio".

8. Por regla general, la Guía Jurídica no se ocupa del contenido de cada contrato que se concierta para el suministro de mercancías en el marco de una operación de comercio compensatorio, ya que esos contratos suelen ser semejantes a los contratos celebrados como operaciones individuales e independientes. En algunos casos, sin embargo, el contenido de un contrato se ve afectado por el hecho de que forma parte de una operación de comercio compensatorio. Por ejemplo, cuando el producto de una venta en una dirección vaya a ser utilizado para pagar la compra que se ha de hacer en la otra, ambos contratos de suministro pueden contener disposiciones sobre el pago peculiares al comercio compensatorio. En la medida en que cabe insertar en esos contratos cláusulas propias del comercio compensatorio, la Guía Jurídica se ocupa también de esas cláusulas.

C. Reglamentos nacionales

9. En algunos países el comercio compensatorio está sometido a reglamentos. Esos reglamentos, que pueden dimanar de acuerdos internacionales, están estrechamente vinculados a la política económica nacional y, por consiguiente, varían de un país a otro y tienen más probabilidades de ser modificados que la normativa del derecho contractual. Esos reglamentos pueden promover o restringir el comercio compensatorio de varias maneras. Por ejemplo, tal vez se disponga que cierto tipo de importaciones sólo podrán pagarse mediante una operación de comercio compensatorio, que los organismos comerciales del Estado deberán explorar las posibilidades del comercio compensatorio cuando negocien ciertos tipos de contrato, que no se podrán ofrecer en comercio compensatorio ciertas categorías de productos locales o que un exportador de mercancías y su comprador extranjero no podrán convenir otra modalidad de pago que la transferencia de divisas a la cuenta del exportador. Otros reglamentos tal vez impongan medidas de control de cambios o faculten a algún órgano administrativo para autorizar o no ciertas operaciones de comercio compensatorio. Algunos reglamentos son concretamente aplicables al comercio compensatorio; mientras que otros son más generales, pero con repercusiones para él (por ejemplo, la normativa aplicable en materia de libre competencia, los reglamentos de exportación e importación, o de control de cambios). Algunos reglamentos son aplicables únicamente a una de las partes contratantes y no afectan directamente al contenido o al efecto jurídico del contrato celebrado por esa parte. En otros casos el reglamento aplicable tal vez limite la libertad contractual de las partes.

10. La Guía Jurídica aconseja a las partes que tengan en cuenta esos reglamentos, pero dada su diversidad y variabilidad, ese consejo se da, cuando procede, en forma de advertencia genérica, en vez de analizar detalladamente el contenido de los reglamentos aplicables. Para un ulterior examen de los reglamentos obligatorios, véase el capítulo XIII "Elección de la ley aplicable", párrafos 30 a 33.

D. Alcance universal de la Guía Jurídica

11. Las cuestiones de derecho privado que se plantean en las operaciones de comercio compensatorio internacional y los motivos para practicar ese tipo de comercio no presentan particularidades regionales. Si cabe señalar alguna particularidad regional en las prácticas contractuales, sería en la frecuencia con que se utilizan ciertos tipos de comercio compensatorio y en la complejidad y precisión de las soluciones contractuales adoptadas. Por consiguiente, la Guía Jurídica se ocupa de las cuestiones jurídicas que suscita el comercio compensatorio desde una perspectiva universal.

E. Terminología

12. Varía mucho la terminología utilizada en la práctica y en la doctrina jurídica para describir las operaciones de comercio compensatorio y las partes que en ellas intervienen. No existe aún una terminología generalmente aceptada. En los siguientes párrafos se define la terminología utilizada en la Guía Jurídica para designar los diversos tipos de operaciones de comercio compensatorio, las partes que intervienen en este comercio y los contratos que en él se utilizan.

1. Tipos de comercio compensatorio

13. A continuación se explican los términos empleados en la Guía Jurídica para indicar los distintos tipos de comercio compensatorio. En la Guía Jurídica las operaciones de comercio compensatorio se distinguen con arreglo a sus características comerciales o técnicas y a su estructura contractual. Cabe señalar que existen otras clasificaciones distintas de la que se explica en los párrafos que siguen.

14. Trueque. En la práctica el término "trueque" se utiliza con diferentes significados. Puede referirse, por ejemplo, a las operaciones de comercio compensatorio en general, a un acuerdo intergubernamental sobre el comercio recíproco de ciertos tipos de mercancías entre comerciantes identificados o a operaciones de comercio compensatorio en las que se trata de eliminar o reducir la circulación internacional de divisas, o a casos en que un único contrato rige las remesas recíprocas de mercancías. La Guía Jurídica utiliza el término "trueque" (o permuta) en un sentido jurídico estricto para referirse a un contrato que entraña un intercambio, en una y otra dirección, de mercancías especificadas al efecto, en el que el suministro de éstas en una dirección sustituye, en todo o en parte, al pago en dinero del suministro de mercancías en la otra dirección. Cuando las mercancías suministradas en una y otra dirección no sean de igual valor, la diferencia podrá saldarse en dinero o en otro valor económico.

15. Compra compensatoria ("counter purchase"). Este término se utiliza para referirse a una operación en la que las partes, al celebrar un contrato de compra en una dirección, llegan a un acuerdo en el que se comprometen a celebrar un contrato de compra en la otra dirección, es decir, un contrato de compra compensatoria. La compra compensatoria se distingue de la venta con pacto de compra ("buy back") en que, en la compra compensatoria, las mercancías suministradas en la primera compra no se utilizan para la producción de las mercancías compradas en contrapartida.

16. Venta de instalaciones con pacto de compra de productos ("buy back"). Este término se refiere a una operación en la que una de las partes suministra alguna instalación de producción y las partes convienen en que el proveedor de la misma, o la persona que él designe, comprará productos obtenidos con esa instalación. A menudo, el proveedor de la instalación de producción también proporciona tecnología y capacitación y, algunas veces, componentes o materiales que han de utilizarse en la producción. El suministro de instalaciones suele requerir cierto recurso al financiamiento bancario.

17. Compensación industrial ("offset"). Las operaciones a que se hace referencia con este término en la Guía Jurídica consisten normalmente en el suministro de mercancías de alto valor o de tecnología avanzada, que pueden incluir la transferencia de tecnología y conocimientos técnicos, el fomento de inversiones y medidas que faciliten el acceso a un determinado mercado. Cabe distinguir dos tipos de operaciones de compensación industrial. En la "compensación industrial directa", las partes acuerdan suministrarse recíprocamente mercancías que están relacionadas desde el punto de vista tecnológico o comercial (por ejemplo, componentes o productos que se comercializan juntos). La compensación industrial directa puede presentar características propias de una venta con pacto de compra (es decir, de venta de equipo y tecnología de producción y la compra por el vendedor de productos

fabricados con ese equipo y tecnología). La diferencia entre una compensación industrial directa de este tipo y una operación de venta con pacto de compra de productos radica en que en la compensación industrial directa ambas partes se comprometen a comprarse recíprocamente mercancías durante determinado período de tiempo, mientras que en una operación de venta con pacto de compra de productos la parte que ha suministrado la instalación de producción se compromete a comprar ciertos de sus productos. La expresión "compensación industrial indirecta" se suele referir a una operación en la que un organismo público que compra mercancías de alto valor, o aprueba esa compra, exige al proveedor que efectúe compras compensatorias en el país comprador o que se aporte a éste un valor económico en forma de inversiones, de tecnología o de asistencia en terceros mercados. De lo que se deduce que las mercancías que son contraexportadas no están tecnológicamente relacionadas con las mercancías exportadas (es decir, no son componentes de las mercancías exportadas, como ocurre en la compensación industrial directa, ni tampoco son productos fabricados con la instalación de producción proporcionada con arreglo al contrato de exportación, como ocurre en la venta con pacto de compra de productos). El organismo público fijará con frecuencia directrices para la compensación industrial indirecta, por ejemplo, con respecto a los sectores industriales o a las regiones que han de recibir asistencia de esa manera. Pero, en el marco de esas directrices, la parte que se compromete a efectuar la compra recíproca o a proporcionar esa asistencia podrá, en general, elegir libremente con quién celebrará el contrato. En una operación de comercio compensatorio puede haber elementos de compensación industrial tanto directa como indirecta. Esas compensaciones se denominan a veces operaciones de participación industrial o de cooperación industrial.

2. Las partes en la operación de comercio compensatorio

18. Comprador, proveedor o parte. La Guía Jurídica utiliza con frecuencia los términos "comprador", "proveedor" o "parte" para referirse a las partes que compran y suministran mercancías en una operación de comercio compensatoria. Esos términos se emplean cuando las consideraciones que se hacen en la Guía Jurídica son pertinentes tanto a una situación en que los contratos deben celebrarse en un determinado orden (capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 13 a 19) como a la situación en que las partes acuerdan celebrar contratos en ambas direcciones sin estipular el orden en que han de celebrarse (capítulo II, párrafos 20 y 21). Esta terminología se utiliza también cuando los contratos de suministro de mercancías en ambas direcciones se celebran simultáneamente. Cuando se hace mención de una parte que se ha comprometido a comprar o suministrar mercancías pero que todavía no lo ha hecho, la Guía Jurídica puede utilizar las expresiones "parte comprometida a comprar mercancías" y "parte comprometida a suministrar mercancías" para que quede claro que todavía no se ha celebrado ningún contrato.

19. Exportador: contraimportador. El término "exportador" se utiliza para designar a la parte que -conforme al primer contrato que ha de celebrarse- es el proveedor, es decir, el exportador, de las mercancías. El exportador tal vez sea llamado también "contraimportador" cuando haya asumido frente a la otra parte un compromiso de comprar, es decir, "contraimportar", por su parte, otras mercancías. Se utiliza uno u otro término según el contexto en que se mencione a dicha parte. Cabe observar que en algunas operaciones de comercio compensatorio el exportador y el contraimportador son una misma entidad, mientras que en otras son entidades distintas.

20. Importador: contraexportador. El término "importador" se utiliza para designar a la parte que -conforme al primer contrato que ha de celebrarse- es el comprador, es decir, el importador de las mercancías. El importador tal vez sea llamado también "contraexportador" cuando haya asumido frente a la otra parte un compromiso de suministrar, es decir, "contraexportar", por su parte, otras mercancías. Se utiliza uno u otro término según el contexto en que se mencione a dicha parte. Como ocurre con el exportador y el contraimportador, en algunas operaciones de comercio compensatorio importador y contraexportador son una misma entidad, pero en ocasiones son entidades distintas.

21. En algunos trabajos sobre comercio compensatorio el término "exportador" se utiliza para designar a la parte de un país económicamente desarrollado, que acostumbra a suministrar mercancías con un contenido tecnológico que normalmente no es posible obtener en el país de la otra parte. El término se utiliza en esos trabajos prescindiendo de si el "exportador" suministra primero y acuerda comprar después o de si el "exportador" efectúa una "compra por adelantado" de la otra parte para permitir a ésta conseguir los fondos necesarios para la posterior adquisición de mercancías del "exportador". El término "importador" se utiliza en esos trabajos para designar a la parte de un país en desarrollo. Para subrayar ese significado, esos textos tal vez utilicen términos como "exportador primordial" o "exportador occidental" o como "importador de un país en desarrollo".

22. En la presente Guía Jurídica no se hacen distinciones de ese tipo, basadas en consideraciones económicas o regionales. Una razón para proceder así es que la Guía abarca tanto el comercio compensatorio intrarregional como el interregional. En consecuencia, las distinciones efectuadas al examinar el comercio compensatorio interregional, donde en general las cuestiones se consideran principalmente desde la perspectiva de una de las partes, no serían apropiadas, pues la Guía Jurídica trata de asesorar a ambas partes sin entrar en consideración sobre su potencia o sus antecedentes económicos. Además, los términos basados en la secuencia cronológica de la celebración de los contratos resultan más adecuados ya que, a los efectos de examinar el papel que desempeñan las partes en el contrato y sus intereses, la cuestión de importancia primordial es saber si la parte ya ha vendido sus mercancías y ha prometido comprar mercancías de la otra parte o si la parte que ha comprado mercancías todavía no ha vendido las suyas.

3. La operación de comercio compensatorio y sus elementos

23. Operación de comercio compensatorio. Este término se utiliza para referirse al conjunto de la operación de comercio compensatorio que comprende los contratos conexos de suministro de mercancías en una y otra dirección y cualquier acuerdo de comercio compensatorio. Los términos "acuerdo de comercio compensatorio" y "contrato de suministro" se explican más adelante.

24. Acuerdo de comercio compensatorio. El acuerdo de comercio compensatorio es el término utilizado en la Guía Jurídica para designar el acuerdo básico que contiene estipulaciones referentes al modo en que ha de realizarse la operación de comercio compensatorio. En la práctica, los acuerdos que contienen tales estipulaciones se designan con diversos nombres: "acuerdo marco", "protocolo de comercio compensatorio", "acuerdo global", "memorando de entendimiento", "carta de compromiso" o "acuerdo de compra compensatoria". En muchas operaciones de comercio compensatorio el principal objetivo del acuerdo

de comercio compensatorio es establecer el compromiso de las partes de celebrar los futuros contratos requeridos para que se cumpla el objetivo de la operación ("compromiso de compensación", véase el párrafo siguiente). Además del compromiso de compensación, es probable que el acuerdo de comercio compensatorio contenga cláusulas que definan las condiciones del contrato que vaya a celebrarse y cláusulas que faciliten el buen cumplimiento del compromiso de compensación; tales cláusulas pueden referirse a cuestiones tales como el tipo, calidad y cantidad de las mercancías, su precio, el plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación, el pago, las limitaciones a la reventa de las mercancías, la participación de terceros en la operación, la indemnización pactada y cláusulas penales, la garantía de buena ejecución, el incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio, la elección de la ley aplicable y la solución de controversias. El acuerdo de comercio compensatorio puede que esté consignado en un instrumento aparte o incorporado a algún contrato para la remesa de mercancías. Cuando las partes convienen simultáneamente en las condiciones que han de regir el suministro de todas las mercancías en ambas direcciones, el acuerdo de comercio compensatorio contendrá una estipulación en la que se exprese el vínculo entre los contratos celebrados y otras posibles estipulaciones, pero no un compromiso de compensación.

25. Compromiso de compensación. Este término se utiliza para designar el compromiso de las partes de celebrar en el futuro uno o varios contratos. Según las circunstancias, esos futuros contratos pueden referirse únicamente al envío en una dirección o a los envíos en ambas direcciones. El grado de definición del compromiso de compensación dependerá del mayor o menor detalle con que el acuerdo de comercio compensatorio especifique las condiciones de los futuros contratos.

26. Contratos de suministro. Este término se utiliza para designar genéricamente contratos para el suministro de mercancías en una o en ambas direcciones. Puede utilizarse en los casos en que no hay un criterio claro para distinguir entre el "exportador" y el "importador", cuando no es necesario tener en cuenta una determinada secuencia de celebración de los contratos entre las partes o cuando el contexto requiere una referencia general a un contrato de suministro de mercancías en una u otra dirección.

27. Contratos de exportación, de importación, de exportación compensatoria y de importación compensatoria. Cuando la Guía Jurídica se ocupe de operaciones en las que las partes puedan denominarse "exportador", "importador", "contraexportador" o "contraimportador" (véase más arriba, los párrafos 19 y 20), los contratos de suministro que formen parte de la operación se designarán por nombres que correspondan a los de las partes, es decir, contrato de "exportación" o "importación" para el primer contrato que se celebre, y contrato de "exportación compensatoria" o "importación compensatoria" para el que se celebre posteriormente. Tal vez se hable en singular de los contratos de suministro en cada dirección aun cuando haya más de uno por ambos lados de la operación de comercio compensatorio.

28. Mercancías. Pueden ser objeto de una operación diversos tipos de mercaderías (como manufacturas o materias primas), servicios (como mantenimiento, reparación, transporte, construcción, servicios turísticos, asesoramiento, capacitación), transferencias de tecnología, inversiones o, en algunos casos, una combinación de esos elementos. Como se dijo más arriba en el párrafo 2, para mayor brevedad, la Guía Jurídica suele utilizar únicamente el término "mercancías" al referirse al objeto de las operaciones de comercio compensatorio.

II. ENFOQUE DE LA CONTRATACION

Resumen

Las partes pueden integrar las obligaciones relativas a los envíos de mercancías en ambas direcciones en un solo contrato o en diversos contratos. De optarse por el contrato único, ese contrato podrá adoptar la forma de un contrato de trueque o permuta, que viene a ser un contrato de intercambio de mercancías por mercancías, o la forma de un "contrato fusionado", consistente en una fórmula por la que se integran en un solo contrato global dos contratos diferentes, uno para la entrega de mercancías en una dirección y el otro para la entrega de mercancías en la otra dirección. La diferencia entre un contrato de trueque y un contrato fusionado es que, con arreglo al contrato de trueque, la entrega de mercancías en una dirección constituye el pago por la entrega de mercancías en la otra dirección, mientras que, con arreglo a un contrato fusionado, cada entrega de mercancías dará lugar a una obligación de pago en dinero (párrafos 1 a 10).

Cuando los envíos en una y otra dirección vayan a ser convenidos en contratos separados, cabe adoptar diversos enfoques contractuales. Conforme a uno de esos enfoques, el contrato de exportación sería concertado simultáneamente con el acuerdo de comercio compensatorio, dejándose para más adelante el contrato de exportación compensatoria (párrafos 11 a 19). Se recurre a este enfoque cuando las partes desean ultimar un contrato para el envío en una dirección (contrato de exportación) antes de que puedan convenir en un contrato para el envío en dirección contraria (contrato de exportación compensatoria). El acuerdo de comercio compensatorio tendrá en ese caso la finalidad de consignar claramente el compromiso de concertar uno o varios contratos de exportación compensatoria y describir, en lo posible, las cláusulas de ese o esos contratos futuros y señalar los procedimientos que se habrán de seguir para la concertación y la ejecución de los contratos de suministro pendientes. En los párrafos 29 a 39 se enumeran las posibles cuestiones que habrán de resolverse en un acuerdo de comercio compensatorio así concebido.

Con arreglo a otro enfoque, el acuerdo de comercio compensatorio se celebraría con anterioridad a los contratos de suministro particulares. Se acostumbra a recurrir a este enfoque cuando las partes desean establecer un marco contractual con arreglo al cual deberá generarse una cuantía determinada de comercio recíproco a lo largo de cierto período de tiempo. La finalidad del acuerdo de comercio compensatorio en estos casos será la de consignar claramente el compromiso de concertar contratos de suministro en una y otra dirección y describir, en lo posible, las cláusulas de esos futuros contratos y señalar los procedimientos que habrán de seguirse para concertar y dar cumplimiento a esos contratos (párrafos 11, 12, 20 y 21). En los párrafos 29 a 39 se enumeran las posibles cuestiones que habrán de resolverse en ese acuerdo de comercio compensatorio.

Con arreglo a un tercer enfoque, las partes concertarían simultáneamente los contratos de suministro separados para el envío de mercancías en cada una de las dos direcciones así como el acuerdo de comercio compensatorio por el que se establezca una relación entre esos contratos (párrafos 11, 12, 40 y 41). Al no requerir este enfoque contractual compromiso alguno de concertar futuros contratos, no es de extrañar que suscite muy pocas cuestiones. La principal cuestión que había de resolverse en el acuerdo de comercio compensatorio sería la de definir cuál habrá de ser la relación entre las obligaciones de las partes respecto de los envíos en una y otra dirección. En los párrafos 41 y 42 se mencionan algunas otras posibles cuestiones.

En muchos países la parte que vaya a exportar mercancías, servicios o tecnología podrá asegurar su riesgo de que no sea atendida la reclamación del pago debido por concepto de la exportación. Se podrán asegurar riesgos no sólo comerciales sino también no comerciales (párrafos 43 a 52). Entre los principios sobre los que se basan el seguro del crédito a la exportación cabe señalar algunos que son de particular interés para las operaciones de comercio compensatorio (párrafos 49 a 52).

Las partes requieren a menudo financiación para poder realizar la operación. Un factor importante que tendrá en cuenta la institución financiera cuando vaya a decidir su posible contribución será la capacidad del solicitante de recursos para asegurar su riesgo de no recibir el pago que le sea debido por haber entregado las mercancías. La financiación podrá adoptar la forma de un crédito al proveedor o de un crédito al comprador (párrafos 53 a 55).

A. Estructura de la operación de comercio compensatorio

1. Una cuestión preliminar que han de abordar las partes es la estructura contractual de la operación de comercio compensatorio. Las partes pueden enunciar las obligaciones relativas a los envíos de mercancías en ambas direcciones en un solo contrato o en contratos separados. Las consideraciones sobre seguros y financiación que pueden ser de interés para la estructura de la operación de comercio compensatorio son tratadas más adelante en los párrafos 8 y 9 y en la sección C.)

1. Contrato único

2. Conforme al régimen del contrato único las partes celebran un contrato para el suministro de mercancías en ambas direcciones. Un contrato único de esa índole puede adoptar la forma de contrato de trueque o permuta (véanse más abajo los párrafos 3 a 8) o de contrato fusionado (véanse más abajo los párrafos 9 y 10).

a) Contrato de trueque

3. Como se indica en el párrafo 14 del capítulo I, "Ambito de aplicación y terminología de la Guía Jurídica", en ésta se utiliza el término "trueque" (o permuta) en su sentido jurídico estricto para referirse a una operación que entraña el intercambio de unas mercancías por otras, de manera que el suministro de éstas en una dirección sustituye, en todo o en parte, el pago en dinero por el suministro de mercancías en la otra dirección. En una permuta o trueque no hará falta un compromiso de compensación porque, al principio de la operación, las partes acuerdan todas las condiciones contractuales sobre los envíos en ambas direcciones. Si se ha convenido en que las mercancías que han de suministrarse en una dirección tengan el mismo valor que los que han de suministrarse en la otra, no se efectuará un pago en dinero. Si se ha convenido en que el valor respectivo es diferente, la diferencia puede saldarse mediante un pago en dinero o mediante la entrega de más mercancías. Las partes pueden expresar o no el valor de las mercancías en dinero. Si así lo deciden, el atribuir un precio a las mercancías sirve para comparar el valor de las entregas. Puede que las partes tengan que expresar el valor de los envíos en dinero por imperativos aduaneros o administrativos de otra índole.

4. En un contrato de trueque, la cantidad y calidad de las mercancías que han de enviarse en una dirección suele calcularse en función de la cantidad y calidad de las que han de enviarse en la otra dirección, y no en función del precio comercial de cada envío. La ausencia de precios en un contrato de trueque o el empleo de precios que no reflejan los precios comerciales podría ocasionar dificultades si se entregan mercancías no conformes a tenor del contrato de trueque. Si en ese caso se considera la indemnización pecuniaria como el remedio adecuado, el no haber hecho remisión en el contrato al precio del mercado, o a un precio cualquiera, puede dar lugar a desacuerdos sobre la cuantía de la indemnización pagadera. Estipular un precio distinto del precio del mercado puede suscitar también dificultades al calcular los derechos de aduana cuando éstos se basan en el valor comercial de las mercancías.

5. Un factor que suele constituir el principal motivo para emplear el trueque es que suprime o reduce la necesidad de transferencias monetarias. Cabe observar, no obstante, que también pueden evitarse tales transferencias empleando otras formas contractuales, a saber, las partes pueden celebrar contratos de compraventa distintos en cada dirección y convenir en compensar los pagos que les corresponden en virtud del contrato (la compensación de pagos mutuos se aborda en el capítulo VIII, "Pago", párrafos 38 a 57).

6. Una posible dificultad en un contrato de trueque es el riesgo de que la parte que ha enviado las mercancías no reciba las mercancías convenidas de la otra parte. En el trueque no cabe recurrir al pago contra la presentación de documentos de expedición o a la apertura de una carta de crédito documentario, métodos utilizados en otros tipos de contrato para cubrir un riesgo análogo, pues ninguna de las dos entregas se paga en dinero. Una manera de eliminar este riesgo sería acordar que las entregas se hagan simultáneamente, en la medida en que resulte práctico para las partes coordinar sus entregas de este modo. Si se acuerdan entregas simultáneas, el contrato puede especificar que, si una de las partes no está preparada para efectuar la entrega en el plazo previsto, la otra parte tendrá derecho a retener su entrega o rescindir el contrato si el retraso supera un determinado período de tiempo. El contrato también puede prever que la parte que ha incumplido su obligación de efectuar la entrega en el momento convenido debe indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes de la demora o de la resolución del contrato. Las partes pueden abordar en el contrato la cuestión de cuáles son los gastos o las pérdidas que han de indemnizarse (por ejemplo, gastos de almacenamiento, gastos de transporte o una determinada cantidad por concepto de gastos generales).

7. El riesgo de que la otra parte no envíe las mercancías convenidas puede también superarse estipulando una garantía independiente que asegure la indemnización a la parte que ha realizado el envío en caso de que la otra parte no envíe sus mercancías (la utilización de garantías con ese fin se examina en el capítulo XI, "Garantía de cumplimiento", párrafos 40 a 44 y 48). Si una de las partes considera costosa dicha garantía o no puede aportarla, puede acordarse que esa parte debe entregar las mercancías en primer lugar. Otra forma de limitar el riesgo que corre la parte que efectúa su envío en primer lugar y, de este modo, "paga por adelantado" las mercancías que ha de entregar posteriormente la otra parte sería asegurar ese riesgo (véase más abajo el párrafo 52).

8. Si el derecho de una de las partes a recibir mercancías en contrapartida por la entrega efectuada no queda suficientemente garantizado, en particular por una garantía bancaria independiente, esa parte puede tener dificultades para conseguir que un banco o una institución estatal de crédito financie la operación. La entidad financiera puede ser reacia a facilitar el financiamiento en la medida en que la rentabilidad de la operación y la capacidad de la parte de reembolsar el crédito solicitado dependan de una obligación no garantizada de entregar mercancías de la calidad convenida.

b) Contrato fusionado

9. Se utiliza la expresión "contrato fusionado" para describir el caso en el cual se incorporan en un solo contrato global los dos contratos, uno para la entrega de mercancías en una dirección y el otro para la entrega de mercancías en la otra dirección. De este modo, el contrato fusionado integra todas las condiciones que rigen las obligaciones de las partes de enviarse mercancías mutuamente y de pagar las mercancías que han recibido. La diferencia entre un contrato de trueque y un contrato fusionado radica en que en un contrato de trueque la entrega de mercancías en una dirección constituye el pago de la entrega de mercancías en la otra dirección, mientras que en un contrato fusionado cada entrega de mercancías da origen a una obligación de pago monetario. Si las partes convienen en compensar los pagos que les corresponden en virtud de un contrato fusionado, la diferencia entre un contrato fusionado y uno de trueque sería menor por cuanto en ningún caso tiene lugar una transferencia de dinero o tan sólo se transfiere el saldo eventual del valor de las entregas en ambas direcciones. Como ocurre en el trueque, en un contrato fusionado tampoco es preciso un compromiso de compensación, pues las entregas que han de realizarse en ambas direcciones están ya definidas por cláusulas contractuales en firme.

10. Al parecer, es probable que muchos ordenamientos jurídicos tengan en cuenta la existencia de una fusión de las obligaciones mutuas para determinar el grado de interdependencia de obligaciones contractuales para la entrega de mercancías en ambas direcciones. Salvo que las partes prevean en el contrato que determinadas obligaciones relativas a la entrega en una dirección deben cumplirse independientemente de que se incumpla alguna obligación relativa a la entrega en la otra dirección, es probable que las obligaciones mutuas se consideren interdependientes. La consecuencia de esa interdependencia sería que el incumplimiento de una obligación, como la falta de entrega, la no aceptación de la entrega o la falta de pago, en relación con el envío en una sola dirección podría invocarse como motivo para suspender o denegar el cumplimiento en la otra dirección. Además, cabe considerar que la extinción de una obligación en una dirección, tanto si una de las partes es responsable de esa extinción como si no lo es, facultaría a las partes para rescindir la obligación en la otra dirección. (Esa interdependencia de obligaciones podría afectar a la capacidad de una de las partes de asegurar su derecho al pago resultante de la entrega de las mercancías y de obtener financiación para la entrega, véase más abajo el párrafo 51.) Si las partes que recurren al método del contrato fusionado desean que la obligación de enviar mercancías en una dirección y la correspondiente obligación de pago sean independientes de las obligaciones relacionadas con el envío en la otra dirección, deben emplear un lenguaje inequívoco a ese respecto. En los párrafos 17 a 19, más abajo, se

examina la posible interdependencia del contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio. Para un ulterior análisis de la interdependencia de obligaciones, véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 37 a 61.

2. Contratos de suministro separados

11. Cuando las partes concierten contratos separados para los envíos en ambas direcciones, adoptarán una de las siguientes soluciones:

a) El contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio se celebran simultáneamente y el contrato de exportación compensatoria se celebra posteriormente;

b) El acuerdo de comercio compensatorio se celebra con anterioridad a la celebración de los contratos de suministro en firme en una u otra dirección; y

c) Los distintos contratos de suministro para el envío en cada dirección y el acuerdo de comercio compensatorio, por el que se establece una relación entre ellos, se celebran simultáneamente.

12. La obligación de enviar mercancías en una de las dos direcciones en el marco de una operación de comercio compensatorio puede ser cumplida concertando más de un contrato, en el que pueden intervenir distintos compradores y vendedores. Esta situación afectaría a la estructura contractual de una determinada operación, pero no a la naturaleza de lo examinado en el presente capítulo. Por lo tanto, las referencias en singular a un contrato de suministro, así como a un contrato de exportación o de exportación compensatoria, aluden también a la situación en la que se celebra más de un contrato para el envío de mercancías en una de las direcciones.

a) Celebración simultánea del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio

13. Las partes suelen ultimar un contrato para el envío en una dirección (contrato de exportación) antes de poder llegar a un acuerdo sobre el contrato para el envío en la otra dirección (contrato de exportación compensatoria). Las partes que adopten este sistema de contratación pueden enfrentarse con una amplia variedad de cuestiones específicas del comercio compensatorio. Para poder garantizar la celebración del contrato de exportación compensatoria, las partes celebran simultáneamente el contrato de exportación y un acuerdo de comercio compensatorio en el que figura el compromiso de celebrar el contrato de exportación compensatoria. En esos casos, además de expresar el compromiso de compensación, la principal finalidad del acuerdo de comercio compensatorio es la de esbozar las cláusulas del contrato futuro y determinar procedimientos para celebrar y ejecutar contratos de suministro. En los párrafos 29 a 39 del presente capítulo se enumeran las posibles cuestiones que han de abordarse en un acuerdo de comercio compensatorio de esa índole.

14. El contenido del acuerdo de comercio compensatorio dependerá de la medida en que las partes estén en condiciones de definir las cláusulas del contrato futuro. Es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio sea lo más preciso posible al definir las cláusulas del futuro contrato, sobre todo el

tipo, la calidad, la cantidad y el precio de las mercancías compensatorias, para afianzar las probabilidades de cumplimiento del compromiso de compensación. Si las partes no están en condiciones de determinar las cláusulas del contrato de exportación compensatoria en el acuerdo de comercio compensatorio, se les aconseja que establezcan las directrices con arreglo a las cuales se convendrían las condiciones y dispongan el procedimiento que habría de seguirse para su negociación (la precisión deseable del compromiso de compensación se examina en el capítulo III, párrafos 38 a 60). En cualquier caso, es aconsejable estipular en el acuerdo de comercio compensatorio el plazo en el que deberá cumplirse el compromiso de compensación (véase el capítulo III, párrafos 10 a 23).

15. El contenido del acuerdo de comercio compensatorio dependerá también del grado de interés que las partes tengan en los envíos en ambas direcciones. En muchos casos, el interés principal del exportador reside en la celebración del contrato de exportación, y el compromiso de compensación se deriva principalmente del deseo de obtener el citado contrato. En otros casos, el importador adquiere mercancías del exportador para que este último pueda financiar la importación compensatoria. Otras veces, cada parte está interesada particularmente en obtener las mercancías que ofrece la otra parte. Dada la diversidad de intereses de las partes, el contenido del acuerdo de comercio compensatorio puede variar según los casos por lo que se refiere a cuestiones como las sanciones por incumplimiento del compromiso de compensación, los mecanismos de pago, los procedimientos de celebración del contrato futuro y de supervisión del cumplimiento del compromiso de compensación y la interdependencia de las obligaciones.

16. En las operaciones de compra compensatoria, de venta de instalaciones con pacto de compra de productos (buy-back) y de compensación industrial se adopta frecuentemente la práctica de celebrar simultáneamente un contrato de exportación y un acuerdo de comercio compensatorio. Tratándose de la operación de compra compensatoria, puede que las partes no sepan aún qué tipo de mercancías se contraexportarán. En el caso de la venta con pacto de compra de productos, tal vez las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre algunas condiciones como el precio o la cantidad, debido al prolongado plazo que media entre la celebración del contrato para exportar la instalación de producción y el inicio de la obtención de los productos resultantes. En una operación de compensación industrial, puede suceder que las partes desconozcan el tipo de mercancías que se contraexportarán o la identidad de los contraexportadores.

17. Esta práctica de contratación suscita la cuestión de si sería preferible incorporar las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio en el contrato de exportación o consignarlas en un instrumento aparte. La decisión de las partes a este respecto influirá tal vez en el grado de interdependencia entre las obligaciones estipuladas en el contrato de exportación y las pactadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Cuando existe esa interdependencia, la demora en el cumplimiento o incumplimiento del compromiso de compensación puede brindar al importador una justificación para suspender el pago de las cantidades exigibles en virtud del contrato de exportación o para descontar el correspondiente daño del pago adeudado según el contrato de exportación. Igualmente, el exportador puede estimar que un retraso en el pago correspondiente a un contrato de exportación es motivo para demorar el cumplimiento del compromiso de compensación. Además, la mora en el pago con

arreglo al contrato de exportación compensatoria podría inducir al importador a retardar el pago previsto en el contrato de exportación. (Esa interdependencia de las obligaciones puede afectar a la capacidad del exportador para asegurar su derecho al pago previsto en el contrato de exportación y para obtener financiación; véanse más adelante los párrafos 51 y 53.)

18. Cuando el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio hayan sido consignados en instrumentos contractuales distintos, parece ser que en muchos ordenamientos jurídicos se estimaría que ambas series de obligaciones son independientes, salvo en la medida en que esté prevista la interdependencia en alguna cláusula contractual. En otros ordenamientos jurídicos puede estimarse que, no obstante la existencia de instrumentos separados, el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio son interdependientes porque las obligaciones de las partes contenidas en los dos instrumentos integran una sola operación. Si las partes desean evitar la interdependencia de obligaciones entre el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio, o si pretenden limitar la interdependencia a ciertas obligaciones concretas, es aconsejable que celebren el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio en instrumentos separados. Cuando pese a recurrirse a instrumentos separados, sea incierto si se considerarán como independientes las obligaciones emanadas del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio, convendría que se exprese claramente en el acuerdo de comercio compensatorio la independencia de las dos series de obligaciones.

19. Las partes tal vez deseen establecer, mediante cláusulas contractuales expresas, una relación entre obligaciones concretas derivadas del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio y mantener la independencia de otras obligaciones. Por ejemplo, las partes pueden convenir en que la resolución del contrato de exportación permite al exportador poner fin al acuerdo de comercio compensatorio y que, si el contraimportador incumple el compromiso de compensación, el contraexportador tiene derecho a descontar de los pagos exigibles en virtud del contrato de exportación una suma convenida a título de indemnización pactada o de pena contractual. En el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 37 a 61, se examina también la cuestión de la interdependencia.

b) Celebración del acuerdo de comercio compensatorio antes de celebrar contratos de suministro en firme

20. La celebración de un acuerdo de comercio compensatorio puede ser el primer paso de la operación antes de celebrar contratos de suministro en firme en cualquiera de las dos direcciones. En ese caso, el acuerdo de comercio compensatorio tiende a expresar el compromiso de las partes de celebrar contratos de suministro en ambas direcciones y de establecer procedimientos para celebrar y ejecutar esos contratos.

21. Para que pueda alcanzarse la cuantía prevista de envíos en ambas direcciones, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio defina en lo posible las condiciones de los contratos que habrán de celebrarse en ambas direcciones (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 38 a 60). Las partes quizá deseen también instituir mecanismos para supervisar y

dejar constancia de los progresos realizados en el logro del volumen de comercio acordado (capítulo III, párrafos 61 a 74) y prever sanciones por el incumplimiento del compromiso de compensación (capítulo X, "Indemnización pactada y cláusulas penales" y capítulo XI, "Garantía de cumplimiento"). La necesidad de tales sanciones puede ser menor si las partes acuerdan que los pagos recíprocos de los envíos en cada dirección se compensen en vez de abonarse caso por caso (véase el capítulo VIII, "Pago", párrafos 38 a 57). Este mecanismo de pago sería un incentivo para que ambas partes se encargasen mercancías recíprocamente y alcanzasen con ello el volumen de comercio previsto en el acuerdo de comercio compensatorio. El incentivo consiste en que la parte que ha enviado mercancías se verá estimulada a encargar mercancías de la otra parte para que se le compensen por sus propias entregas. Además, las partes quizá deseen abordar en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión de la independencia de los contratos en ambas direcciones (véase el capítulo XII, párrafos 37 a 61). En los párrafos 29 a 39 se examinan éstas y otras cuestiones que las partes tal vez deseen abordar en un acuerdo de comercio compensatorio que se vaya a celebrar con anterioridad a los contratos de suministro.

c) Celebración simultánea del contrato de exportación, del contrato de exportación compensatoria y del acuerdo de comercio compensatorio

22. Si las partes celebran simultáneamente un contrato de suministro de mercancías en una dirección y otro contrato de suministro de mercancías en la otra dirección, y no se indica en los contratos que existe relación entre ellos, a primera vista los contratos parecerían independientes entre sí aun cuando una o ambas partes consideraran la celebración de uno de los contratos como condición para la celebración del otro contrato. Ahora bien, si las partes desean dar valor contractual a la intención de que la celebración de un contrato esté supeditada a la celebración del otro, es decir, cuando deseen estructurar los contratos en ambas direcciones como operación de comercio compensatorio, deberán celebrar un acuerdo de comercio compensatorio en el que se exprese esa relación.

23. Este enfoque de la contratación plantea un número limitado de cuestiones pues no entraña un compromiso de compensación. La cuestión principal en este enfoque de la contratación es la forma en que se han de vincular, mediante disposiciones del acuerdo de comercio compensatorio, las obligaciones de las partes con respecto a los envíos en ambas direcciones. No se requiere que el acuerdo de comercio compensatorio ocupe de diversas cuestiones relativas al cumplimiento del compromiso de compensación (en particular, el tipo, la calidad, la cantidad o el precio de las mercancías objeto de comercio compensatorio, los plazos de cumplimiento del compromiso compensatorio, la garantía de cumplimiento o la indemnización pactada o cláusula penal en apoyo del compromiso compensatorio). En los párrafos 40 a 42 más abajo se indican las cuestiones que las partes tal vez deseen abordar en un acuerdo de comercio compensatorio celebrado simultáneamente con los contratos de suministro en firme en ambas direcciones.

B. Contenido del acuerdo de comercio compensatorio

24. En el acuerdo de comercio compensatorio se tratan asuntos de especial importancia para la estructuración y puesta en práctica de las operaciones de comercio compensatorio. Si bien la Guía Jurídica centra la atención en las cuestiones que deben abordarse en un acuerdo de comercio compensatorio, cuando es preciso se hace referencia en ella a la redacción de alguna cláusula de un contrato de suministro que esté influenciada por el hecho de que el contrato forma parte de una operación de comercio compensatorio. En las subsecciones siguientes 1 y 2 se presenta un esbozo del posible contenido de un acuerdo de comercio compensatorio, según dicho acuerdo incluya o no un compromiso de compensación.

25. Se recurre a un acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación cuando las partes tienen previsto celebrar en el futuro uno o varios contratos de exportación compensatoria, o cuando las partes tienen previsto celebrar en el futuro contratos de suministro en ambas direcciones (casos a) y b) indicados más arriba en el párrafo 11). Se recurre a un acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación cuando las partes han celebrado, al inicio de la operación, los contratos de suministro de mercancías en ambas direcciones y, por lo tanto, no hay necesidad de un compromiso de compensación (caso c) indicado más arriba en el párrafo 11).

26. El contenido de un acuerdo de comercio compensatorio que entraña un compromiso de compensación suele ser más complejo y plantea mayores dificultades de negociación y redacción que un acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación. La razón de esa complejidad y dificultad es que, por lo general, las partes, en el momento de acordar que van a celebrar más adelante un contrato de suministro, no están en condiciones de especificar con suficiente precisión todas las cláusulas del futuro contrato. Esa imprecisión puede dificultar a las partes la redacción de un acuerdo de comercio compensatorio que asegure como es debido el éxito de la futura negociación de un contrato de suministro con cláusulas aceptables para ambas partes. La cuestión de la precisión del compromiso de compensación se examina en el capítulo III, párrafos 38 a 60.

27. Algunas de las cuestiones indicadas más abajo y examinadas en los capítulos siguientes de la Guía Jurídica son esenciales para establecer una operación de comercio compensatorio con compromiso de compensación. Por ejemplo, las partes tendrían que elegir un enfoque contractual, expresar su compromiso de practicar un comercio recíproco, precisar el alcance de su compromiso y el plazo en que dicho compromiso deberá cumplirse.

28. La solución de algunas otras cuestiones que se indican a continuación y se tratan en la Guía Jurídica, aunque no sea estrictamente indispensable, contribuiría a garantizar la ejecución apropiada de la operación. Las partes deberán juzgar si alguna de las cuestiones contractuales examinadas en la Guía Jurídica son pertinentes a las circunstancias de un determinado caso, y en qué medida lo son. Por lo general, es aconsejable resolver en el acuerdo de comercio compensatorio las cuestiones que las partes consideren pertinentes ya que es poco probable que en las legislaciones nacionales se hayan dictado normas para las cuestiones propias del comercio compensatorio.

1. Acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación

29. Compromiso de compensación. La característica esencial de un compromiso de compensación es la estipulación por la que las partes se comprometen a celebrar uno o varios contratos de suministro en una o en ambas direcciones. Para dar mayor precisión al compromiso y acrecentar la probabilidad de su cumplimiento, las partes suelen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones relativas a las cláusulas del contrato de suministro previsto, sanciones para el caso de que no se celebre y otras disposiciones para asegurar la correcta realización de la operación de comercio compensatorio. En el capítulo III se examinan diversos aspectos del compromiso de compensación.

30. Tipo, calidad y cantidad de las mercancías. Para dar sentido al compromiso de compensación, es particularmente importante que el acuerdo de comercio compensatorio defina con la mayor precisión posible el tipo, la calidad y la cantidad de las mercancías compensatorias. En el capítulo V se examinan las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio que abordan estas cuestiones.

31. Fijación del precio de las mercancías. Como las partes no suelen estar en condiciones de determinar el precio de las mercancías compensatorias en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, podrán establecer directrices y procedimientos para fijar el precio en fecha posterior. Esas disposiciones ayudan a impedir retrasos en la celebración de contratos de suministro y aportan flexibilidad para regular los precios en operaciones de comercio compensatorio a largo plazo. En el capítulo VI se examinan las cuestiones relativas a las cláusulas de fijación del precio.

32. Participación de terceros. Puede que las partes deseen que intervengan terceros como compradores o como proveedores de mercancías o por uno y otro concepto. En tales casos, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio contenga disposiciones relativas a la participación de terceros. Esas disposiciones podrían determinar la forma en que se elegiría a un tercero, si el tercero estaría obligado a cumplir el compromiso de compensación y el efecto jurídico que la intervención de un tercero tendría en las obligaciones contraídas por las partes en el acuerdo de comercio compensatorio. Las cuestiones que deben tratarse en el acuerdo de comercio compensatorio con respecto a la participación de terceros se examinan en el capítulo VII.

33. Pago. Si se mantiene la independencia de los pagos de los envíos en cada dirección, no se plantearán cuestiones de pago específicas del comercio compensatorio. Ahora bien, cuando las partes deseen vincular los pagos de los envíos en ambas direcciones de manera que la suma abonada por el suministro en una dirección sirva para pagar el suministro en la otra dirección, tendrán que incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones sobre la forma en que deberán vincularse los pagos. En el capítulo VIII puede verse un examen de los aspectos contractuales de diversos tipos de mecanismos de pago vinculado.

34. Limitaciones a la reventa de las mercancías. La libertad del comprador para revender las mercancías adquiridas en una operación de comercio compensatorio puede verse en ocasiones limitada por un acuerdo contractual entre el proveedor y el comprador de las mercancías. El comprador, por ejemplo, pudiera ver su libertad restringida en lo relativo al territorio o al precio de reventa o al envasado. En el capítulo IX se examinan las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a esas limitaciones de la reventa, así como la cuestión de la legalidad de dichas cláusulas.

35. Cláusulas de indemnización pactada y penales. Para limitar las desavenencias sobre la cuantía de los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento del compromiso de compensación, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular la suma de dinero que deberá abonar, a título de indemnización pactada o de pena contractual, la parte que incumpla su compromiso de comprar o de entregar mercancías compensatorias. El empleo de esas cláusulas en un acuerdo de comercio compensatorio se aborda en el capítulo X. En el párrafo 7 de dicho capítulo se señala que en algunos ordenamientos jurídicos no se permite la estipulación de penas, pero sí de la indemnización pactada.

36. Garantía de cumplimiento. Las partes pueden recurrir a garantías para respaldar el cumplimiento del compromiso de compensación, así como la buena ejecución de los contratos de suministro celebrados de conformidad con el compromiso de compensación. El empleo de garantías para caucionar el cumplimiento del compromiso de compensación, o la obligación de pagar contraída a tenor de una cláusula de indemnización pactada o de una cláusula penal, plantea cuestiones que han de abordarse en el acuerdo de comercio compensatorio. En las operaciones en que las partes limitan los pagos en efectivo al intercambiar unas mercancías por otras o compensar pagos recíprocamente exigibles, el acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que se constituyan garantías que cubran la liquidación de todo desequilibrio eventual en los intercambios comerciales. En el capítulo XI se examinan las cuestiones a las que debe prestarse atención en el acuerdo de comercio compensatorio si las partes desean emplear garantías para caucionar el cumplimiento del compromiso de compensación y la liquidación de cualquier desequilibrio comercial eventual.

37. Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio. Las partes podrán, si así lo desean, resolver en el acuerdo de comercio compensatorio diversas cuestiones relativas a la posibilidad de que no se complete la operación. Entre estas cuestiones figuran la posibilidad de liberar a una de las partes de las obligaciones contraídas en el compromiso de compensación, la idoneidad de una indemnización pecuniaria, los impedimentos exonerantes y la interdependencia de las obligaciones. Las disposiciones de este tipo se examinan en el capítulo XII.

38. Elección de la ley aplicable. Es aconsejable que las partes convengan en la ley que ha de aplicarse al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro. En el capítulo XIII se examinan las disposiciones de esta índole.

39. Solución de controversias. Es aconsejable que las partes prevean en el acuerdo de comercio compensatorio el modo en que han de resolverse las controversias. El capítulo XIV examina las cuestiones que han de tenerse en cuenta al preparar las cláusulas de solución de controversias.

2. Acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación

40. Cuando las partes celebren simultáneamente contratos separados para la totalidad del suministro de mercancías en ambas direcciones, no será necesario que el acuerdo de comercio compensatorio contenga un compromiso de compensación para celebrar contratos futuros, o cláusulas sobre el tipo, la calidad, la cantidad o el precio de las mercancías, la indemnización pactada o la pena que habrán de pagarse de no celebrarse algún contrato de suministro, o la garantía requerida para respaldar el compromiso de compensación.

41. En un caso así, la finalidad principal del acuerdo de comercio compensatorio sería establecer un vínculo entre los contratos en ambas direcciones, a saber, que la celebración de un contrato de suministro en una dirección esté supeditada a la celebración de un contrato de suministro en la otra dirección. El acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que de darse algún problema en el cumplimiento de un contrato, ello repercutiría en la obligación de cumplir las prestaciones contractuales en la otra dirección (en el capítulo XII se examinan cláusulas que establecen un vínculo de este tipo). Las partes pueden establecer también un vínculo entre los contratos estructurando a esos efectos el pago de los dos contratos de manera que el producto de la venta en una dirección se utilice para pagar la venta en la otra dirección. En el capítulo VIII se examina este tipo de mecanismos de pago vinculado.

42. Además, en el acuerdo de comercio compensatorio se podrán regular cuestiones como las limitaciones a la reventa de mercancías compensatorias (capítulo IX), la participación de terceros en una operación de comercio compensatorio (capítulo VII), la elección de la ley aplicable (capítulo XIII) y la solución de controversias (capítulo XIV).

C. Consideraciones sobre seguros y financiamiento

43. Los criterios y procedimientos a seguir para la obtención de financiamiento o de seguros de crédito a la exportación son básicamente los mismos para un contrato que forma parte de una operación de comercio compensatorio que para una simple operación de exportación. Por consiguiente, la Guía Jurídica no se ocupa en detalle del financiamiento ni de los seguros de crédito a la exportación. Sin embargo, en la presente subsección se examinan dichas cuestiones en la medida en que son pertinentes a la estructura de las operaciones de comercio compensatorio.

44. En muchos países una parte exportadora de mercancías, servicios o tecnología podrá asegurarse contra el riesgo de que no se efectúe el pago correspondiente a la exportación. En algunos países esos planes de seguros corren a cargo o reciben el apoyo de entidades públicas. Además, estos riesgos son también asegurados por muchas compañías de seguros privadas. La cobertura del seguro suele comenzar al expedir el exportador las mercancías.

Si el exportador ha de fabricar mercancías diseñadas expresamente para el comprador, tal vez algunos aseguradores estén también dispuestos a asegurar el riesgo de que el comprador se niegue a tomar posesión de las mercancías cuando estén ya fabricadas y listas para la entrega.

45. Entre los riesgos comerciales asegurables cabría citar la insolvencia del importador, la rescisión del contrato por parte del importador con anterioridad al envío de las mercancías, y la negativa del importador a hacerse cargo de las mercancías. Entre los riesgos no comerciales asegurables cabría citar las restricciones eventuales a la importación en el Estado del importador; los reglamentos de control de cambios en el país del importador que impidan que se efectúe el pago o que se utilice la moneda convenida; la anulación de una licencia de importación debidamente expedida; el riesgo de guerra, disturbios civiles o condiciones similares en el país del comprador que impidan el cumplimiento del contrato; otras causas ajenas a la voluntad del exportador y del importador que sean resultado de acontecimientos ocurridos fuera del país del exportador.

46. Cabe negociar la cobertura del seguro para determinada operación o, con carácter más amplio, para todos los contratos sobre determinado tipo de mercancías celebrados durante un determinado período de tiempo por el exportador o por un grupo de exportadores. Este último sistema, basado en el volumen de mercancías, tiene la ventaja de repartir el riesgo entre varios contratos y reducir de este modo la prima.

47. Con respecto a los seguros de crédito a la exportación cabe señalar varios principios básicos, no muy distintos de los que se aplican a los seguros en general. Un primer principio sería que el seguro de crédito a la exportación ha de verse como un sistema de compartir riesgos, por lo que el asegurador normalmente asumirá tan sólo una fracción del riesgo de impago, correspondiéndole el resto al exportador asegurado. La fracción asegurable del riesgo dependerá del tipo de riesgo de que se trate y, si el asegurador es una entidad estatal, del interés del Estado por fomentar las exportaciones. Otro principio es que el exportador está obligado a informar al asegurador de todo hecho por él conocido que pueda influir en el grado de riesgo. Un tercer principio sería que el exportador asegurado habrá de tomar todas las medidas a su alcance para conseguir que el contrato de exportación de mercancías se celebre de forma válida y que conserve su validez y su condición de exigible ante los tribunales.

48. Otro principio sería que, si el importador no efectúa el pago asegurado o si peligrara la exigibilidad del pago, el exportador deberá tomar todas las medidas posibles para reducir la pérdida al mínimo y para obtener el pago o reclamarlo ante los tribunales. El asegurador normalmente solicitará ser informado de cualquier dificultad que se haya planteado o sea inminente en lo que respecta al pago que deba efectuarse de conformidad con el contrato asegurado. Además, el asegurador normalmente pedirá ser consultado acerca de las medidas que vayan a adoptarse para obtener o exigir el pago, reservándose el derecho de aprobar o no determinadas medidas. La disponibilidad del asegurador a cubrir el riesgo y la cuantía de la prima dependerán de la caución que el importador esté dispuesto a dar como respaldo de su obligación de pago. Esa caución puede consistir, por ejemplo, en una carta de crédito documentario irrevocable, en una letra de cambio o un pagaré con el aval de un tercero, o en una garantía bancaria independiente.

49. En una operación de comercio compensatorio el objetivo de afianzar el pago asegurado puede lograrse vinculando dicho pago asegurado al pago debido por el contrato de suministro en la otra dirección. Como se indica en el párrafo 60 del capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", en algunas operaciones de comercio compensatorio se acuerda que, si el importador no efectúa el pago previsto en el contrato de exportación, el exportador tendrá derecho a tomar posesión, y disponer la venta, de las mercancías que el importador (contraexportador) haya de entregar al exportador (contraimportador). El producto de la venta se utilizaría para sufragar el pago pendiente al exportador. Dado que con este sistema puede reducirse el riesgo de impago del contrato de exportación, le será más fácil al exportador asegurar y financiar el contrato de exportación. Cuando un banco haya de financiar al exportador, cabría acordar, a fin de dar garantías al banco por la financiación proporcionada al exportador, que el propio banco tenga un derecho real de garantía sobre las mercancías que sean objeto de exportación compensatoria.

50. Otro principio aplicable al seguro de crédito a la exportación sería que el asegurador debe cerciorarse de que, en el giro normal de los negocios, es decir, si el exportador cumple con las obligaciones previstas en el contrato de exportación, el importador no tendrá ningún motivo para negarse a pagar la suma convenida en el contrato de exportación. Los aseguradores desean evitar situaciones en las que el pago correspondiente al contrato asegurado pueda depender de un acontecimiento ajeno a dicho contrato y difícil de evaluar para el asegurador.

51. El principio mencionado en el párrafo anterior sería aplicable en todo caso de que el contrato de exportación asegurado forme parte de una operación de comercio compensatorio, ya que en ese caso se plantearía la cuestión de si la obligación de pago correspondiente al contrato de exportación depende únicamente del cumplimiento de dicho contrato o de si el importador puede suspender o retener el pago porque el exportador no ha celebrado o cumplido un contrato de suministro en la otra dirección. Motivo de especial preocupación es la posibilidad de que se suspenda o retenga el pago aun cuando el exportador (contraimportador) alegue que el contrato de contraimportación no se ha celebrado o cumplido por causas ajenas a su voluntad. Por ejemplo, el exportador podrá negarse a celebrar un contrato de contraimportación cuando la calidad o el precio de las mercancías compensatorias ofrecidas no resulten aceptables a la luz de lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio. La posibilidad de un desacuerdo acerca de la responsabilidad por el incumplimiento de un compromiso de compensación será mayor de no haber sabido las partes precisar en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del contrato que haya de celebrarse (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafo 39). Tomando otro ejemplo, el exportador podrá negarse a hacerse cargo de las mercancías compensatorias si las mercancías ofrecidas no se ajustan a los niveles de calidad convenidos. A fin de evitar la posibilidad de que en situaciones así se ponga en tela de juicio el derecho al pago asegurado, el asegurador normalmente exigirá que se tomen medidas para que el pago no dependa de ningún posible desacuerdo acerca de la celebración o el cumplimiento del contrato en la otra dirección. Esa independencia puede establecerse utilizando el sistema de los contratos separados e incluyendo en

el acuerdo de comercio compensatorio alguna mención expresa de la independencia de ciertas obligaciones (para un examen de cómo pueden abordar las partes la cuestión de la relación entre sus obligaciones en el acuerdo de comercio compensatorio, véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 37 a 61).

52. En el caso de un contrato de trueque, la parte que haya de entregar mercancías en primer lugar corre el riesgo de que la otra parte no entregue, a su vez, mercancías (véanse los párrafos 6 y 7 más arriba). Algunos aseguradores privados y, en algunos casos, compañías estatales de seguros pueden estar dispuestos a asegurar contra ese riesgo. La eventualidad cubierta por ese seguro se limitará normalmente a la bancarrota de la parte que no ha efectuado la entrega y a determinados riesgos políticos como las restricciones o prohibiciones administrativas que puedan impedir el cumplimiento del contrato. El aseguramiento de ese riesgo sería más fácil de obtener si la otra parte da una garantía suficiente de su obligación de entregar las mercancías. Esa garantía podría darse en forma de una garantía bancaria independiente. Otra forma de garantía podría ser un acuerdo por el que se diera a la parte que haya entregado las mercancías el derecho a tomar posesión de las mercancías que hayan de entregarse en la otra dirección (véase el anterior párrafo 49).

53. Las partes requieren a menudo financiación para poder realizar la operación. La capacidad de una parte para asegurar el riesgo inherente a su crédito constituye un importante factor que la institución financiera debe tener en cuenta al decidir si concede o no la financiación solicitada. La financiación podrá hacerse en forma del crédito al proveedor o en forma de crédito al comprador.

54. De optarse por la modalidad del crédito al proveedor, el exportador entregará las mercancías al importador contra un acuerdo de pago diferido y un banco de su propio país financiará al exportador para que pudiera aceptar dicho acuerdo. Dicha financiación puede consistir, por ejemplo, en un préstamo al exportador o en una promesa del banco de que adquirirá las letras de cambio o los pagarés firmados por el comprador a favor del exportador. Al descontar las letras de cambio o los pagarés, el banco, en calidad de endosatorio, se convierte en acreedor del comprador extranjero. De no efectuarse ningún descuento de letras de cambio o de pagarés, el banco podrá pedir al exportador que le ceda el derecho al pago estipulado en el contrato de exportación. Además, el banco podrá pedir al exportador que le ceda el beneficio de la póliza del seguro de crédito. Esa cesión a menudo se combina con una promesa por parte del asegurador de que, si el comprador no paga según lo previsto en el contrato de exportación, y esa falta de pago corresponde a alguno de los riesgos cubiertos por la póliza de seguros, el asegurador reembolsará al banco. Al convertirse en el beneficiario de la póliza de seguros, el banco seguirá expuesto al riesgo de que el exportador incumpla el contrato de exportación y de que, por consiguiente, el comprador pueda justificadamente denegar el pago previsto en el contrato de exportación. En tal caso, el banco tan sólo podría entablar una acción contra el exportador. El banco también estará expuesto a que el motivo por el que el comprador no pague sea un riesgo que no esté cubierto por la póliza de seguros. A fin de

mejorar la posición del banco, y de facilitar a los exportadores la obtención de financiamiento, algunos aseguradores de créditos a la exportación tal vez estuvieran dispuestos, a cambio de una retribución pagadera por el exportador, a emitir al banco que financia al exportador una garantía incondicional que respalde el derecho que tenga el banco a ser reembolsado por el exportador.

55. De optarse por la modalidad del crédito al comprador, el exportador se ocupará de que un banco de su país financie al importador la compra de sus mercancías. Normalmente el banco del país del exportador financiará a un banco del país del importador, para que éste a su vez financie al importador. El banco del país del exportador recibirá del asegurador del crédito a la exportación la promesa de que el asegurador reembolsará al banco si el comprador o su banco no reembolsan el crédito, esa promesa la da el asegurador a solicitud del exportador y a cambio de una prima pagadera por el exportador. De no reembolsar el comprador o su banco el crédito, el asegurador que haya reembolsado al banco que concedió el crédito podrá entablar una acción contra el exportador tan sólo si éste no ha cumplido con alguna de sus obligaciones fundadas en el contrato de exportación de mercancías.

III. COMPROMISO DE COMPENSACION

Resumen

Por compromiso de compensación se entiende la obligación de concertar un contrato o una serie de contratos futuros en una dirección o en las dos (párrafo 1). El compromiso pudiera ser un compromiso "firme" de concertar el contrato o un tipo de compromiso más limitado de "intención seria" de concertarlo ("best-efforts"). La Guía Jurídica se ocupa únicamente del compromiso de compensación en firme (párrafo 2).

El alcance del compromiso de compensación, es decir, la cuantía de las mercancías que habrá de comprar una de las partes, podrá expresarse ya sea en términos de un valor monetario definido, ya sea como porcentaje del valor de las mercancías suministradas por esa parte, o ya sea como número de unidades de determinado tipo de mercancías (párrafos 3 y 4). El acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que sólo serán computables para el cumplimiento del compromiso de compensación aquellas compras que excedan de las cantidades normalmente compradas ("adicionalidad") (párrafos 5 y 6).

Sería aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio señale el acto concreto que se considerará como determinante del cumplimiento del compromiso de compensación. Las partes tal vez convengan en que el cumplimiento ocurrirá al concertarse un contrato de suministro o al cumplirse ese contrato de suministro (párrafos 7 a 9).

Las partes podrán fijar en el acuerdo de comercio compensatorio la fecha en que dará comienzo el plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación y la fecha en que expirará ese plazo (párrafo 10), o que el plazo de cumplimiento, cuya duración esté ya convenida, dará comienzo al producirse un determinado evento debidamente señalado en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafo 11). Para la determinación de la duración del plazo de cumplimiento convendrá tener en cuenta cierto número de factores (párrafos 12 a 15). Se podrá prorrogar el plazo de cumplimiento de darse determinada circunstancia (párrafos 16 a 19). Cuando el cumplimiento del compromiso de compensación consiste en un gran número de envíos escalonados a lo largo de un prolongado período, las partes tal vez deseen dividir el plazo de cumplimiento en subperíodos (párrafos 20 a 23).

Las partes deberían definir cuáles son los contratos de suministro que serán computables para el cumplimiento del compromiso de compensación ("contratos de suministro computables"). Cabría definir el contrato de suministro computable precisando el tipo de mercancías que habrán de comprarse (párrafos 24 a 27), el origen geográfico de las mercancías (párrafos 28 y 29), el proveedor o la categoría de proveedores (párrafos 30 y 31) o el comprador o la categoría de compradores (párrafo 32). Podrá convenirse que, en determinadas circunstancias, una compra no conforme será, no obstante, computable para el cumplimiento del compromiso de compensación (párrafo 33).

En muchas operaciones de comercio compensatorio, el precio de compra de un contrato de suministro será deducible en su totalidad del compromiso pendiente de compensación (la suma deducida se designa "crédito de cumplimiento"). En ocasiones se conviene en que el crédito de cumplimiento será computado con arreglo a una tasa reductora o elevadora del precio de compra completo, según cuál sea el tipo de mercancías compradas, la identidad del proveedor, o el momento en el que se efectúe la compra (párrafos 34 a 37).

Sería aconsejable que las partes definan en el acuerdo de comercio compensatorio, con toda la precisión posible, las cláusulas del futuro contrato (párrafos 38 a 43) o estipulen los medios para la determinación ulterior del contenido de esas cláusulas. Esos medios podrían consistir en señalar normas de referencia o directrices para la determinación de cierta cláusula contractual (párrafos 44 a 46), en encomendar la determinación de la cláusula a un tercero (párrafos 47 a 54), y en encomendar la determinación de la cláusula a una parte contratante (párrafos 55 y 56). El acuerdo de comercio compensatorio podrá señalar, además, el procedimiento de negociación que haya de aplicarse para la concertación de un contrato de suministro (párrafos 57 a 60).

Las partes tal vez deseen establecer algún procedimiento que permita conocer los progresos efectuados en orden al cumplimiento del compromiso de compensación y deje constancia de esos progresos (párrafo 61). Entre esos procedimientos figuraría el intercambio de información (párrafos 62 a 64), la confirmación del cumplimiento parcial o total del compromiso de compensación (párrafos 65 a 67) y la "cuenta probatoria" (párrafos 68 a 74).

A. Observaciones generales

1. El compromiso de compensación, que cabe definir como un compromiso de celebrar algún futuro contrato, es un rasgo esencial de dos tipos de operaciones de comercio compensatorio. Conforme al primero de ellos, las partes, al comienzo de la operación, ultiman un contrato en una dirección (contrato de exportación) y a raíz de él se comprometen a celebrar un contrato de exportación compensatoria (véase el capítulo II, párrafos 13 a 19); conforme al segundo, las partes se comprometen, al comienzo de la operación, a celebrar una serie de contratos de suministro en ambas direcciones (véase el capítulo II, párrafos 20 y 21). El término "compromiso de compensación" ha sido explicado en el párrafo 25 del capítulo I.

2. La medida en que las partes pueden comprometerse a concertar un futuro contrato puede oscilar entre un compromiso "firme" de concertar un contrato de suministro y un tipo de compromiso más limitado en el que se expresa la "intención seria" de concertarlo (denominado también en inglés compromiso del "máximo empeño" o de la "buena fe" - "best efforts" o "good faith"). Por el compromiso de compensación en firme, las partes se comprometen a celebrar un contrato con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, sin reservarse el derecho discrecional a negarse a cerrar el trato. En cambio, en el compromiso fundado en la intención seria de negociar, el compromiso de compensación se limita a la obligación de negociar de buena fe, reservándose la parte comprometida el derecho a negarse a concertar el contrato si no considera aceptable ninguna de las ofertas. En este último

tipo de compromisos, cualquier sanción prevista por el incumplimiento del compromiso sólo sería aplicable en los limitados casos en los que alguna de las partes no haya entablado negociaciones o no haya negociado de buena fe. La Guía Jurídica se centra en los compromisos firmes de compensación. No toma en consideración los compromisos fundados en la expresión de una intención seria de negociar, ya que no ofrecen a las partes una garantía suficiente de que se cumplirán los objetivos de la operación de comercio compensatorio.

B. Cuantía del compromiso de compensación

3. La cuantía de un compromiso de compensación se expresa a menudo en términos monetarios. En las operaciones de compra compensatoria, de venta de instalaciones con pacto de compra de productos o de compensación industrial indirecta, en las que las partes celebran en primer lugar un contrato de suministro en una dirección (contrato de exportación) (véase el capítulo II, párrafos 13 a 19), la cuantía del compromiso de compensación se expresa a menudo como porcentaje del valor de las mercancías entregadas en virtud del contrato de exportación. En las operaciones de comercio compensatorio en que las partes conciertan un acuerdo de comercio compensatorio antes de celebrar un número no especificado de contratos en ambas direcciones (capítulo II, párrafos 20 y 21), la cuantía de las compras que deberán hacerse en ambas direcciones se define a menudo como una suma monetaria en cifras absolutas. No obstante, a veces el compromiso de compensación se cuantifica en términos de una cantidad definida de determinado tipo de mercancías. Cabe señalar que la cuantía del compromiso de compensación requerido pudiera estar sujeta a alguna reglamentación pública.

4. En operaciones de comercio compensatorio de tracto sucesivo (por ejemplo, la venta de instalaciones con pacto de compra de productos (buy-back)), en operaciones a largo plazo o en operaciones en que los costos de financiación del contraexportador sean inciertos en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, cuando dependan de un crédito con interés variable), los acuerdos contienen a veces cláusulas que prevén un aumento o disminución del compromiso de compensación en función de las variaciones de los precios de las mercancías o de los costos de financiación. En el caso de los bienes de capital, puede acordarse que la cuantía del compromiso se incrementará proporcionalmente al gasto adicional en piezas de repuesto o en asistencia técnica.

5. Si el comprador ha comprado ya anteriormente determinado tipo de mercancías al proveedor, las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a la cantidad tal vez impongan un requisito llamado a menudo de "adicionalidad". Según este requisito, sólo aquellas compras que rebasen la cuantía de las compras usuales podrán ser computadas para el cumplimiento del compromiso de compensación. Normalmente, las partes podrán determinar el umbral de la adicionalidad conviniendo en la cantidad que habrá de considerarse como compra habitual o tradicional. Si las partes no señalan el tipo de mercancías en el acuerdo de comercio compensatorio, pueden incluir en él una estipulación general de que si las mercancías finalmente seleccionadas son de un tipo que el comprador ya está comprando, sólo aquellas compras que rebasen de los niveles anteriores serán contabilizadas para el cumplimiento del compromiso de compensación.

6. Si el arreglo permite al comprador elegir entre diversos proveedores idóneos distintos de la parte con la que ha contraído el compromiso de compensación (por ejemplo, en una operación de compensación industrial indirecta), el umbral de la adicionalidad no se basaría en el anterior volumen de comercio entre las partes en el acuerdo de comercio compensatorio, sino en el volumen de comercio con los proveedores seleccionados o en el volumen anterior de las compras efectuadas en el país de los proveedores por la parte que haya contraído el compromiso. Al definir el umbral de la adicionalidad, las partes pueden, por ejemplo, fijar de común acuerdo una cuantía que se consideraría como la cuantía de las compras habituales o tradicionales, que no se contabilizaría para el cumplimiento del compromiso de compensación. Las partes podrán estipular también que las compras efectuadas a un tipo designado de proveedores o a determinados proveedores, o las compras a esos mismos proveedores que no rebasen de una cantidad convenida, se considerarán compras habituales o tradicionales. Puede haber casos en los que las partes sólo deseen aplicar un umbral de la adicionalidad a determinados tipos de mercancías. Las partes podrán estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que la parte obligada a comprar podrá contabilizar sus compras para el cumplimiento del compromiso de compensación tan pronto como se haya comprobado, en la forma convenida, que se han efectuado las compras tenidas de común acuerdo por habituales o tradicionales.

C. Fase en la que se cumple el compromiso

7. Es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio indique las medidas concretas que deberán adoptarse para que se cumpla el compromiso de compensación. Las partes pueden elegir entre dos criterios básicos. Conforme a uno de ellos, el compromiso de compensación se consideraría cumplido una vez que se celebre el contrato de suministro, por lo que el incumplimiento de una de las obligaciones estipuladas en el contrato de suministro daría lugar únicamente al ejercicio de las acciones fundadas en dicho contrato. Las partes podrán convenir en que, si el contrato de suministro no se cumple por motivos imputables a una de ellas, la cuantía correspondiente al contrato incumplido pueda ser, a opción de la otra parte, reintroducida en el compromiso de compensación.

8. Conforme al segundo criterio, el compromiso se consideraría cumplido en alguna fase convenida del cumplimiento del contrato de suministro. Por ejemplo, puede convenirse en que el compromiso del comprador se considerará cumplido cuando se abra la carta de crédito o cuando se transfieran los fondos al proveedor, y que el correspondiente compromiso del proveedor se considerará cumplido cuando las mercancías sean entregadas o puestas a disposición del comprador en la forma convenida. En esos casos, si una de las partes incumple el contrato de suministro, la parte agraviada podría fundar su acción no solamente en el incumplimiento de ese contrato sino también en el incumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio si no ha llegado a cumplirse el compromiso de compensación. Este segundo criterio tiene el inconveniente de que es más complicado e incierto que el primero, en el que el compromiso se considera cumplido por la mera conclusión de un contrato de suministro. El segundo criterio podría crear incertidumbre cuando algún

impedimento exonerante impidiera que una de las partes adoptara las medidas de ejecución del contrato de suministro necesarias para el cumplimiento del compromiso de compensación. Para evitar tal incertidumbre, convendría introducir en el acuerdo de comercio compensatorio alguna cláusula adicional sobre los efectos de dichos impedimentos.

9. Tal vez las partes deseen estipular el efecto que tendrá en el compromiso de compensación el hecho de que no se celebre o no se cumpla un contrato de suministro. Podrían convenir, por ejemplo, que cuando la razón de ese incumplimiento sea imputable a una de ellas, el compromiso de compensación pendiente de la otra parte podrá, a opción de ésta, considerarse cumplido por el importe de la oferta de contrato rechazada o por la cuantía del crédito de cumplimiento atribuible al contrato no cumplido (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 7).

D. Plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación

1. Duración del plazo de cumplimiento

10. Las partes deberán indicar en el acuerdo de comercio compensatorio el tiempo del que se dispondrá para cumplir el compromiso de compensación (denominado en adelante "plazo de cumplimiento"). El acuerdo de comercio compensatorio podrá fijar la duración del plazo de cumplimiento estipulando que dará comienzo en determinada fecha y expirará en otra.

11. Otro método consistiría en supeditar el inicio del plazo de cumplimiento a un hecho especificado en el acuerdo de comercio compensatorio y fijar la duración del plazo. Este método sería aconsejable en diversas circunstancias. Por ejemplo, cuando la celebración del acuerdo de comercio compensatorio preceda la entrada en vigor del contrato de exportación, las partes podrán convenir en que el plazo de cumplimiento no comience hasta que no entre en vigor el contrato de exportación. Si en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio no se sabe con seguridad si podrán conseguirse las mercancías intercambiables a efectos de comercio compensatorio, o si el comprador podrá utilizar o comercializar esas mercancías, las partes podrán convenir en que el plazo de cumplimiento dará comienzo cuando se completen determinadas actividades preparatorias (por ejemplo, la determinación de las mercancías, la inspección por el comprador, la certificación de la aptitud técnica de la fábrica que los produce, el acuerdo con un tercero comprador o algún estudio conjunto del mercado). Si el exportador desea cerciorarse, antes de que se inicie el cumplimiento del compromiso de compensación, de que el cumplimiento del contrato de exportación está ya muy adelantado o incluso ultimado, las partes podrán estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el plazo de cumplimiento comenzará a correr cuando se produzca determinado hecho en el cumplimiento del contrato de exportación, por ejemplo, la apertura de una carta de crédito, la entrega de determinada parte de las mercancías o el pago. En una venta de instalaciones con pacto de compra de productos, el momento adecuado podría ser el comienzo de la fabricación, por la instalación vendida, de los productos. A fin de evitar incertidumbres sobre si se dan ya las condiciones para el comienzo del plazo de cumplimiento, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio defina esas condiciones, así como las respectivas obligaciones de las partes, con la mayor precisión posible.

12. Al fijar la duración del plazo de cumplimiento las partes deben tener en cuenta varios factores. Uno de ellos es el alcance y tipo de la operación que piensan concretar. Por ejemplo, si el compromiso de compensación es importante y comprende varios envíos, normalmente se necesitará más tiempo para cumplir dicho compromiso que si se tratase de una operación relativamente pequeña. Si el acuerdo de comercio compensatorio define las mercancías intercambiables al objeto de dicho comercio con cierta vaguedad, puede darse el caso de que se necesite un plazo de cumplimiento más largo a fin de que se puedan encontrar mercancías adecuadas. También la calidad de las mercancías puede afectar la duración del plazo de cumplimiento. Cuanto mejor sea la calidad de las mercancías, más probable será que el comprador les encuentre una salida o una aplicación, por lo que se podrá fijar un plazo de cumplimiento más breve.

13. En algunos casos, la duración del plazo de cumplimiento se fija con miras a que se prolongue más allá de la fecha en que deba efectuarse el pago debido en virtud del contrato de exportación. Con ello se daría al exportador cierto tiempo para cumplir el compromiso de compensación con posterioridad al vencimiento del pago del contrato de exportación. En ese caso el importador tendrá interés en que el acuerdo de comercio compensatorio penalice con sanciones eficaces el incumplimiento del compromiso de compensación.

14. Las partes podrán convenir en que el plazo de cumplimiento para el envío en una dirección sea igual de largo que el plazo de cumplimiento fijado para el envío en la otra dirección. Un criterio de ese tipo puede resultar conveniente cuando no se asigna especial importancia al orden de los envíos en ambas direcciones (por ejemplo, comercio compensatorio efectuado en el marco de una cuenta de compensación (capítulo VIII, "Pago", párrafos 38 a 57) o una cuenta probatoria (párrafos 68 a 74 del presente capítulo)). Un enfoque de ese tipo también puede ser apropiado en una operación de compra compensatoria en la que el contraimportador esté dispuesto a comenzar el cumplimiento del compromiso de compensación sin aguardar a que se le pague por el contrato de exportación.

15. El plazo de cumplimiento debe ser lo bastante largo para dar margen para resolver las dificultades que pueda tener el proveedor en poner a disposición de su destinatario las mercancías requeridas. Si las mercancías no están disponibles a tiempo, la parte comprometida a comprar podrá oponerse a la acción entablada por el proveedor por razón del incumplimiento del compromiso de compensación, alegando que el incumplimiento se debe a la no disponibilidad de las mercancías. Si el comprador está facultado a seleccionar las mercancías de una lista de mercancías idóneas, al calcular la duración del plazo de cumplimiento deberá tenerse en cuenta el tiempo necesario para obtener la disponibilidad de cada uno de las distintas mercancías indicadas en la lista.

2. Prórroga del plazo de cumplimiento

16. Puede que las partes necesiten más tiempo para cumplir el compromiso de compensación que el previsto en el acuerdo respectivo. Por ejemplo, el comprador puede tropezar con dificultades imprevistas para encontrar una aplicación o dar salida a las mercancías que han de comprarse. El proveedor, por su parte, puede tener dificultades para conseguir que las mercancías convenidas estén disponibles en la fecha prevista.

17. La ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio puede prever una prórroga del plazo previsto para el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes en caso de que la posibilidad del cumplimiento se vea afectada por circunstancias que escapen al control de esa parte. Puede que las partes deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio cláusulas que contemplen esas situaciones (véase el capítulo XII, párrafos 13 a 36, para un examen de las cláusulas de exoneración).

18. El acuerdo de comercio compensatorio puede disponer que las partes negociarán una prórroga si la parte que la solicita ha hecho esfuerzos razonables por cumplir el compromiso. Otra posibilidad consistiría en que las partes acordaran que la parte que haya hecho un esfuerzo razonable por cumplir el compromiso tendrá derecho a que se le conceda una prórroga adecuada del plazo de cumplimiento. La determinación del nuevo plazo de cumplimiento puede dejarse en manos de las partes. El acuerdo de comercio compensatorio podrá indicar de qué manera el comprador podrá demostrar que sus esfuerzos han sido razonables. Por ejemplo, en una compensación industrial indirecta, cabría estipular que el comprador deberá demostrar que ha hecho ofertas razonables a posibles proveedores para la compra de mercancías, o que se ha puesto en contacto con un número razonable de posibles proveedores en busca de unas mercancías compensatorias adecuadas, o que los posibles proveedores han indicado que estarían dispuestos a celebrar contratos de suministro, pero después de expirado el plazo de cumplimiento. Las pruebas de estos razonables pero infructuosos esfuerzos se denominan a veces en la práctica "expedientes negativos". El acuerdo de comercio compensatorio también podrá estipular que el proveedor, que pueda alegar que las mercancías no estaban disponibles por alguna circunstancia prevista al efecto en el acuerdo de comercio compensatorio, tendrá derecho a obtener una prórroga. Esas circunstancias podrían ser, por ejemplo, el retraso del pedido del comprador o la introducción de algún cambio en las especificaciones del comprador. Las partes también podrían convenir en que cualquiera de ellas podrá solicitar la prórroga del plazo de cumplimiento sólo si ha cumplido ya alguna parte del compromiso de compensación.

19. Si el cumplimiento del compromiso de compensación está respaldado por una garantía, es aconsejable que las partes prevean la prórroga del período de validez de la garantía a fin de que coincida con la prórroga del plazo de cumplimiento (véase el capítulo XI, "Garantía de cumplimiento", párrafos 35 y 36).

3. Subperíodos del plazo de cumplimiento

20. Cuando el cumplimiento del compromiso de compensación comprende muchos envíos jalonados a lo largo de un período prolongado, es posible que las partes deseen dividir en subperíodos el plazo de cumplimiento. Por ejemplo, un plazo de cinco años puede dividirse en cinco subperíodos anuales, y estipularse que determinada parte del compromiso total habrá de cumplirse durante cada uno de los subperíodos. Un criterio de ese tipo serviría a las partes para planificar la entrega y comercialización de las mercancías objeto de comercio compensatorio, y las ayudaría a evitar que el cumplimiento se retrase tanto como para que puedan verse imposibilitadas en las últimas etapas del plazo de cumplir las obligaciones pendientes del compromiso de compensación.

21. El acuerdo de comercio compensatorio puede consentir cierta flexibilidad para las insuficiencias en el cumplimiento del compromiso asignado a cada uno de los subperíodos permitiendo que se arrastre la totalidad o sólo una parte de la obligación incumplida al subperíodo siguiente. En ese caso, el comprador tendrá que cumplir, en el subperíodo siguiente, la parte del compromiso asignada a ese subperíodo además de la parte del compromiso arrastrado del subperíodo anterior. La parte del compromiso no arrastrada daría lugar a las sanciones estipuladas por el incumplimiento del compromiso de compensación (véanse los capítulos X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", y XI, "Garantía de cumplimiento"). Esa flexibilidad permitiría al comprador adaptar a las circunstancias, por ejemplo, las fluctuaciones del mercado a corto plazo, la cantidad que ha de comprar en determinado subperíodo. No obstante, demasiada flexibilidad podría perjudicar los intereses del proveedor que hubiera previsto utilizar el producto reportado por las ventas de cada subperíodo para efectuar los pagos que le fueran exigibles por concepto del contrato de suministro en la otra dirección.

22. Para el supuesto de que el cumplimiento durante uno de los subperíodos supere el nivel requerido, las partes podrán convenir en que las compras excedentarias, o sólo una parte de esas compras, sean acreditadas al cumplimiento del compromiso exigible en el subperíodo siguiente. O al contrario pueden convenir en que el cumplimiento excedentario en uno de los subperíodos no afectará el nivel del compromiso pendiente en el subperíodo siguiente.

23. Puede que las partes deseen fijar fechas límite dentro del plazo de cumplimiento para la terminación de las distintas actividades que preceden al cumplimiento del compromiso de compensación. Por ejemplo, las partes pueden estipular fechas límite para entregar muestras de las mercancías, seleccionar mercancías de una lista de mercancías intercambiables, hacer los pedidos, dirigir pedidos, expedir las mercancías o abrir cartas de crédito.

E. Definición de los contratos de suministro computables

24. Las partes normalmente definen los contratos de suministro que se podrán contabilizar para el cumplimiento del compromiso de compensación ("contratos de suministro computables") indicando en el acuerdo de comercio compensatorio el tipo de mercancías que habrán de comprarse en el marco de esos futuros contratos. En algunos casos, las partes incorporan al acuerdo otros criterios relativos al origen geográfico de las mercancías, la identidad del proveedor o la identidad del comprador. Cuando no se encuentren en condiciones de indicar el tipo de mercancías en el acuerdo de comercio compensatorio, podrán incluir algunos de estos criterios para definir cuáles son los contratos de suministro aceptados.

1. Según el tipo de mercancías

25. Cuando las partes definan los contratos computables para el cumplimiento indicando el tipo de mercancías que habrán de comprarse, conviene que lo hagan con la mayor precisión posible, siendo esa precisión particularmente aconsejable cuando existan diversas variedades del tipo de mercancías indicado. (Para un examen de las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio concernientes al tipo de mercancías, véase el capítulo IV, "Tipo, calidad y cuantía de las mercancías", párrafos 3 a 23.)

26. Algunas veces las partes estipulan en el acuerdo de comercio compensatorio que, además de la compra de las mercancías señaladas, serán computables para el cumplimiento del compromiso otros elementos conexos. Esos elementos complementarios podrían ser, por ejemplo, la compra de muestras y prototipos con objeto de seleccionar las mercancías, la contratación local de mano de obra, la compra local de mercancías y servicios esenciales para cumplir el contrato de suministro, las actividades no facturadas efectuadas por el comprador en el país del proveedor (por ejemplo, la contratación de personal, los programas de capacitación, la adscripción de personal suyo y otras formas de asistencia técnica), la contratación de servicios de transporte con el proveedor, o el cumplimiento por parte del comprador de servicios posteriores a la venta con respecto a las mercancías objeto de comercio compensatorio. El acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que podrá cumplirse a través de esos elementos solamente una parte limitada del compromiso de compensación.

27. Cuando el comprador haya efectuado previamente compras al proveedor, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que los contratos de suministro deberán satisfacer un requisito de "adicionalidad" a fin de ser computables para el cumplimiento (véanse los párrafos 5 y 6 del presente capítulo).

2. Según el origen geográfico

28. La computabilidad para el cumplimiento de los contratos de suministro puede definirse estipulando que las mercancías intercambiadas deberán producirse en determinada zona geográfica. Algunas veces se encuentran estipulaciones de este tipo en las operaciones de compensación industrial indirecta, cuando el importador desea canalizar las compras compensatorias hacia determinada región. Además, el acuerdo de comercio compensatorio puede estipular un nivel mínimo necesario de contenido local. En esas estipulaciones se puede disponer que determinados componentes de las mercancías deben producirse en el país, o que el valor de los componentes locales debe representar determinado porcentaje del valor total. Algunas veces los reglamentos nacionales fijan requisitos con respecto al contenido local.

29. Conviene recordar que ciertas estipulaciones sobre la computabilidad de un contrato de suministro basadas en el origen geográfico de las mercancías podrían entrar en conflicto con alguna disposición legal o reglamentaria imperativa sobre libertad comercial promulgada en aplicación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

3. Según la identidad del proveedor

30. Es posible que las partes acuerden que el exportador ha de cumplir el compromiso de compensación comprando mercancías a otras personas que no sean el importador. Esto suele ser el caso en la compensación industrial indirecta (véase el capítulo I, párrafo 17). En esos casos, es aconsejable que los contratos de suministro computables para el cumplimiento se definan identificando a los proveedores a quienes han de comprarse las mercancías. El acuerdo de comercio compensatorio puede contener una lista de proveedores idóneos, o bien estipular los criterios que ha de seguir el comprador al

seleccionar al proveedor. Puede disponer, por ejemplo, que el proveedor debe corresponder a determinado sector económico, ser de cierta magnitud, contar con algún programa de producción especial, encontrarse en determinada región o estar en manos de capital financiero local. Cuando se haya señalado varios proveedores idóneos, podrá dejarse en libertad al comprador para que distribuya las compras entre los distintos proveedores o podrá fijarse determinada estructura para la distribución de compras entre los proveedores indicados. La mera indicación de los proveedores idóneos no significa necesariamente que esos proveedores hayan asumido el compromiso de ofrecer al comprador mercancías intercambiables. En algunos casos, el importador tal vez pueda garantizar que los proveedores idóneos estarán dispuestos a negociar la celebración de un contrato de suministro, o tal vez pueda prometer que ayudará al comprador a encontrar un proveedor que esté dispuesto a celebrar un contrato de suministro. (Para un examen de la participación de terceros como proveedores, véase el capítulo VII, párrafos 41 a 52.) El acuerdo de comercio compensatorio puede indicar cómo repercutirá en el compromiso de compensación el hecho de que ninguno de los proveedores idóneos esté dispuesto a celebrar un contrato de suministro.

31. Al igual que en el caso mencionado en el párrafo 29 del presente capítulo, las disposiciones que obligan a una parte a comprar mercancías a proveedores especificados podrían entrar en conflicto con alguna disposición legal o reglamentaria imperativa sobre libertad comercial promulgada en aplicación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

4. Según la identidad del comprador

32. En ocasiones se encuentra en la definición de los contratos de suministro computables alguna restricción relativa a la identidad del comprador. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio puede disponer que solamente se contabilizarán para el cumplimiento las compras efectuadas por la parte que se ha comprometido a adquirir las mercancías o por determinados terceros (por ejemplo, terceros de determinado país o región geográfica). Para un examen de las restricciones impuestas a la participación de terceros como compradores, véase el capítulo VII, párrafos 12 a 16.

5. Compras no conformes

33. Las partes podrán convenir en que bajo determinadas circunstancias ciertas compras no conformes a tenor de los requisitos fijados en el acuerdo de comercio compensatorio sean contabilizadas, pese a ello, para el cumplimiento del compromiso de compensación. Por ejemplo, cabría contabilizar ciertas compras no conformes si el comprador ha procurado de buena fe encontrar mercancías adecuadas entre los proveedores idóneos o en las regiones geográficas o sectores económicos indicados en el acuerdo de comercio compensatorio, pero no ha tenido éxito. Una disposición de ese tipo podría requerir que el comprador proporcionara pruebas de los esfuerzos que ha hecho por efectuar compras del tipo requerido en el acuerdo de comercio compensatorio (para un examen del caso análogo en que una parte solicita una prórroga del plazo de cumplimiento, véanse los párrafos 13 a 16 del presente capítulo). Podría convenirse en que las compras no conformes sean computables para el cumplimiento si la parte ante la que se asumió el compromiso da su

consentimiento. A fin de fomentar la conformidad de las compras con los requisitos de computabilidad establecidos, el acuerdo de comercio compensatorio podría disponer que sólo se harán excepciones en las últimas fases del plazo de cumplimiento. Además, las partes pueden convenir en que las compras que no sean conformes con los requisitos convenidos sean contabilizadas por menos de su valor total (véanse los párrafos 34 y 35 del presente capítulo).

F. Cálculo del crédito de cumplimiento

34. En muchas operaciones de comercio compensatorio, el precio de compra de cada contrato de suministro será deducido en su totalidad del compromiso de compensación pendiente (la cuantía deducida del compromiso pendiente se denominará en adelante "crédito de cumplimiento"). Puede suceder que las partes convengan en que la cuantía del crédito de cumplimiento correspondiente a un contrato de suministro sea distinta del precio de compra. La razón de esa discrepancia pudiera no ser otra que el deseo de las partes de otorgar crédito de cumplimiento por algunos gastos (por ejemplo, de transporte y de seguro) no incluidos en el costo de las mercancías, o su deseo de excluir del crédito de cumplimiento algunos costos que estén incluidos en el precio de compra. El proveedor tal vez acepte que se acrediten esos componentes del costo si, por ejemplo, corresponden a servicios contratados en su país en relación con el cumplimiento del contrato de suministro. Puede también suceder que el método de cálculo del crédito de cumplimiento sea objeto de alguna disposición de derecho imperativo (capítulo XIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 32).

35. El acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que las compras han de acreditarse al cumplimiento del compromiso con arreglo a tasas distintas según el tipo de mercancías que se haya comprado. Por ejemplo, cabría acreditar al cumplimiento el 50% del valor de compra de cierto tipo de mercancías y el 150% de otro, o que el capital invertido o la tecnología transferida serán acreditados a un valor superior a la cuantía de la inversión o al valor monetario de la transferencia de tecnología (por ejemplo, al 150%). Esa tasa variable de atribución del crédito de cumplimiento sería particularmente indicada para las operaciones de compensación industrial indirecta en las que el exportador celebre contratos con terceros y el importador desee fomentar la compra de ciertos tipos de mercancías. En la compensación industrial directa, así como en la venta de instalaciones con pacto de compra de productos, el acuerdo de comercio compensatorio podría estipular que se otorgará cierto crédito de cumplimiento por las ventas de exportación, que no sean las que se efectúen al contraimportador, generadas por una instalación de producción suministrada por el exportador. Cabría convenir en acreditar un porcentaje del valor de las ventas a compradores del país del contraexportador. Cabría asimismo utilizar una tasa variable para el cálculo del crédito de cumplimiento en operaciones en las que los contratos de suministro deban celebrarse entre las partes en el acuerdo de comercio compensatorio, en particular cuando el comprador pueda elegir entre varios tipos de mercancías; en tales casos, una tasa variable puede servir de incentivo para la compra de un determinado tipo de mercancías.

36. El acuerdo de comercio compensatorio también puede establecer distintas tasas de cálculo del crédito de cumplimiento según cuál sea la identidad del proveedor, el origen geográfico de las mercancías, la identidad del comprador o la tasa de fabricación local de los componentes de las mercancías compradas ("contenido local" o "valor añadido local"). Con ello, se orientarían las actividades del comprador hacia determinados proveedores o regiones, o se buscaría introducir las mercancías en determinados mercados.

37. Es posible también estipular que la tasa de cálculo del crédito de cumplimiento dependerá del momento en que se efectúe la compra. Con ello, el comprador podría cumplir el compromiso de compensación aunque compre una cantidad inferior de mercancías, siempre que el contrato de suministro se celebre durante la etapa inicial del plazo para el cumplimiento del compromiso. Se daría así al comprador un incentivo para que cumpla el compromiso al principio y no al final del plazo de cumplimiento. En ese caso, reviste particular importancia que el acuerdo de comercio compensatorio especifique el momento en que habrá de acreditarse el cumplimiento (por ejemplo, cuando se hace el pedido o al efectuarse el pago).

G. Determinación de las cláusulas de los futuros contratos de suministro

1. Cláusulas de los futuros contratos de suministro

38. Los compromisos de celebrar contratos de suministro no suelen estipular con exactitud todas las cláusulas de los contratos que han de celebrarse. A veces, las partes aún no han decidido el tipo de mercancías que serán objeto de los futuros contratos de suministro o las condiciones de entrega. Incluso si las partes pueden consignar en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato de suministro, a veces omiten hacerlo porque confían en que cada parte cumpla el compromiso de celebrar un contrato futuro, aunque las cláusulas de ese contrato no se definan con minuciosidad en el acuerdo de comercio compensatorio.

39. La falta de precisión en la definición del compromiso de compensación puede ocasionar demoras o incertidumbres en la negociación de un contrato de suministro, dada la amplitud potencial del alcance de las negociaciones. Por consiguiente, es aconsejable que, en la medida de lo posible, las partes incluyan en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato o prevean medios para determinarlas ulteriormente (véanse los párrafos 44 a 56 del presente capítulo). Además, las partes tal vez deseen prever, en el acuerdo de comercio compensatorio, los procedimientos que habrán de seguir en sus negociaciones (véanse los párrafos 57 a 60 del presente capítulo). De este modo se facilitarán las negociaciones, se hará más probable la celebración de un contrato de suministro y aumentarán las posibilidades de que la parte que tenga mayor interés en la celebración de ese contrato pueda obligar a la otra parte a tener que responder de su negativa a celebrarlo. Si, por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio especifica las mercancías que una parte está obligada a comprar, o si al menos contiene una lista de mercancías para servir de base en las negociaciones, el contraexportador puede estar en condiciones de demostrar que el

contraimportador, al negarse a comprar esas mercancías, incumple el compromiso de compensación. Si se especifican las mercancías, es aconsejable también prever un mecanismo para determinar el precio; este mecanismo reviste particular importancia cuando las mercancías interesadas no sean de una categoría catalogable y puedan surgir discrepancias en cuanto a lo que debe entenderse por precio justo del mercado.

40. A medida que el acuerdo de comercio compensatorio se torna más preciso al especificar las cláusulas esenciales para la existencia de un contrato válido, el acuerdo se acerca al punto en que las partes han convenido todas las cláusulas del contrato de suministro y han aplazado únicamente el acto de celebrarlo. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio contiene las cláusulas esenciales del futuro contrato para la compra de mercancías, en algunos ordenamientos jurídicos este tipo de acuerdo de comercio compensatorio podría hacer las veces de un contrato de compraventa válido. A fin de evitar divergencias, es aconsejable que las partes, al celebrar un acuerdo de comercio compensatorio que contenga las cláusulas esenciales del contrato que deba celebrarse, estipulen claramente si, conforme a lo dispuesto en el acuerdo de comercio compensatorio, deberá firmarse o no un contrato aparte.

41. Muchos ordenamientos jurídicos contienen reglas a las que pueden remitirse las partes para precisar una cláusula contractual. Por ejemplo, en numerosos ordenamientos se ha previsto una solución para cuando las partes no hayan fijado el precio de las mercancías; esta solución puede consistir, por ejemplo, en que el precio sea el "generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate" (artículo 55 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) 1/. Otro ejemplo puede constituirlo la regla sobre la calidad en las mercancías que han de entregarse en virtud del contrato cuando en éste no se haya resuelto esa cuestión; el inciso a) del párrafo 2) del artículo 35 de la Convención citada supra dispone que las mercancías sean "aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo". En algunos ordenamientos jurídicos las partes podrán, dentro de ciertos límites, recurrir a un tribunal para que determine ese elemento contractual. En otros, no obstante, los tribunales no son competentes para intervenir de esta manera en una relación contractual.

42. Aunque en muchos ordenamientos jurídicos existen medios de suplementar un contrato, no suelen resolver todos los casos de imprecisión. Puede que las cláusulas contractuales sin definir en el acuerdo de comercio compensatorio no se presten a ser definidas por remisión a la ley aplicable. Por ejemplo, si las partes no han convenido en el tipo de mercancías que se han de contraexportar, sería probablemente imposible colmar esa laguna acudiendo a la ley aplicable. Aun cuando se haya determinado el tipo de las mercancías, los criterios previstos en la ley aplicable relativos al precio de las mercancías tal vez no conduzcan a una solución clara. Además, esa forma de completar los contratos está sujeta a la incertidumbre que dimana de las divergencias entre los ordenamientos jurídicos sobre las técnicas para suplir omisiones, sobre la función atribuible a los tribunales judiciales o arbitrales en la determinación de una cláusula omitida o sobre la función de las propias partes al respecto, así como sobre el control judicial del resultado de la suplementación. En consecuencia, las partes tal vez deseen examinar las técnicas contractuales que se estudian seguidamente para dar contenido preciso a una cláusula contractual que se haya dejado sin determinar en el acuerdo de comercio compensatorio.

43. Las cláusulas que suelen dejarse sin determinar en el acuerdo de comercio compensatorio, y respecto de las cuales resultaría particularmente útil haber previsto algún mecanismo supletorio en el contrato, son el tipo, la calidad, el precio y la cantidad de las mercancías. Los mecanismos supletorios del contrato a que pueden recurrir las partes para completar el contenido de esas cláusulas se examinan globalmente en las subsecciones a) a c) del presente capítulo. En otras partes de la Guía Jurídica se aludirá a la aplicación de estos mecanismos supletorios del contrato en contextos concretos.

a) Normas o directrices

44. Puede que las partes deseen señalar las normas o directrices comerciales que han de servir para determinar el contenido de cláusulas contractuales concretas. Si se remiten a una norma las partes podrían determinar el contenido de una cláusula contractual mediante algún cálculo o con arreglo a otro método objetivo que no dependa de la voluntad de las partes. Por ejemplo, se puede determinar el precio de las mercancías intercambiadas remitiéndose al precio al que se vende una mercancía del mismo tipo en algún mercado o bolsa de contratación, o se puede definir la calidad de las mercancías intercambiadas remitiéndose a una norma de calidad nacional o internacional concreta. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen la validez de una estipulación por la que el precio u otra cláusula del contrato se determinará por remisión a una norma.

45. Las directrices, en cambio, se limitan a enunciar parámetros en cuyo marco ha de determinarse una cláusula contractual, por lo que dejan cierto margen de autonomía para la determinación de su contenido. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio puede establecer unos límites dentro de los cuales las partes han de negociar el precio o puede convenirse en que el precio debe ser "razonable" (esas cláusulas de precios se examinan con mayor detalle en el capítulo VI, "Fijación del precio de las mercancías", párrafos 22 a 24). Las partes no están a veces en situación de ser más exactas sobre las cláusulas del contrato de suministro previsto y se limitan a estipular que las cláusulas del contrato deben ser equitativas o conformes a las condiciones imperantes en el mercado. Esas estipulaciones pueden resultar útiles cuando se acepten mercancías de calidad uniforme, con lo que se puede determinar un precio justo. Ahora bien, si no se conviene el tipo de las mercancías intercambiables o si éstas son productos que no tienen un precio uniforme, puede que esa promesa de "condiciones equitativas" no mejore considerablemente la posición de la parte interesada en la celebración del contrato. En tales casos pueden diferir las opiniones sobre qué cláusulas contractuales son equitativas, lo que prolongaría las negociaciones y haría incierto el éxito de una acción entablada contra la parte que rehúse celebrar el contrato. Si no se ha determinado el tipo de mercancías, las partes pueden aprobar una lista de mercancías en torno a las cuales deben girar las negociaciones o a las que deben limitarse. (Esas listas se abordan en el capítulo V, "Tipo, calidad y cuantía de las mercancías".) Por lo que se refiere a otras cláusulas del contrato futuro, como la entrega, las partes pueden decidir que el contrato de suministro se negocie con arreglo a las condiciones imperantes en el mercado. Si se mencionan las condiciones del mercado, es aconsejable que las partes se remitan a un mercado concreto.

46. Al dejar cierta discrecionalidad a las partes, la inclusión en un acuerdo de comercio compensatorio de alguna directriz relativa a determinada cláusula del futuro contrato no garantiza que se vaya a ultimar esa cláusula. No obstante, si se fijan límites estrictos con arreglo a los cuales deba llegarse a un acuerdo, o si se enuncian directrices claras que limiten el margen de que disponen los negociadores, no sólo será más probable la celebración de un contrato sino que también resultará más fácil demostrar que una parte que rechaza una determinada oferta de contrato, que es conforme a las directrices, está incumpliendo el compromiso de compensación.

b) Determinación de una cláusula del contrato por terceros

47. En ocasiones, las partes convienen en que un tercero determinará una cláusula contractual concreta. Aunque un enfoque de esa índole da bastante certidumbre de que la cláusula será definida, su empleo poco frecuente tal vez sea debido a que las partes se resisten a renunciar a su control sobre una cláusula contractual. Cuando se recurre a este método, suele ser para determinar el precio de las mercancías (véase el capítulo VI, párrafos 25 y 26). Las partes tal vez se muestren mejor dispuestas a aceptar un método así para determinar una cláusula contractual si se establecen directrices claras, y de preferencia rígidas, con arreglo a las cuales el tercero habría de decidir, o si la intervención del tercero está prevista como último recurso para cuando hayan fracasado otros mecanismos convenidos (v.g.: negociación, aplicación de una norma convenida). Si las partes no desean confiar a un tercero la decisión sobre una cláusula contractual, pero desean no obstante conocer su parecer, puede acordarse que la determinación del tercero tendría únicamente valor de recomendación.

48. Algunos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho de las partes a confiar a un tercero la determinación de una cláusula contractual. En particular, los ordenamientos jurídicos suelen admitir que las partes se remiten a un tercero para determinar el precio, pero existen ciertas divergencias. Por ejemplo, si bien algunos reconocen que cabe encomendar a un tribunal arbitral o incluso judicial la determinación de una cláusula contractual, otros sólo lo permiten si no se efectúa como parte de actuaciones arbitrales o judiciales. Los ordenamientos jurídicos difieren también en cuanto a las consecuencias del desacuerdo de las partes sobre el tercero o de la no actuación del tercero. Conforme a algunos ordenamientos jurídicos, las partes no podrán recurrir a un procedimiento para designar o sustituir a una persona y tendrán que aceptar las consecuencias de que la cláusula contractual quede sin determinar. En otros sistemas, si el tercero ha de determinar el precio, el caso puede considerarse como si las partes hubieran convenido en que el precio sea razonable. Existen también divergencias en cuanto a la disponibilidad y el alcance de un control judicial de la decisión adoptada por un tercero.

49. Las cuestiones que las partes tal vez deseen ventilar en una estipulación que faculte a un tercero para determinar una cláusula contractual se enumeran en los siguientes párrafos.

50. Persona que ha de solicitar la determinación de la cláusula. Puede que las partes deseen decidir la cuestión de si, cuando haya discrepancia entre las partes sobre alguna cláusula, cualquiera de ellas tendrá derecho a pedir al tercero que determine esa cláusula o si el tercero podrá actuar únicamente a petición de ambas partes.

51. Identidad del tercero y procedimiento para su designación. Puede que las partes deseen nombrar en el acuerdo de comercio compensatorio a la persona que habría de determinar la cláusula contractual. De ser así, las partes tal vez deseen también señalar un procedimiento para la designación de su sustituto, de no actuar o no poder actuar la persona designada. Si las partes no designan en el acuerdo de comercio compensatorio a la persona que habría de determinar el contenido de la cláusula contractual quizá sea aconsejable que al menos convengan en que nombrarán a un tercero en el momento en que no puedan ponerse de acuerdo sobre la cláusula contractual. En ese caso, las partes tal vez deseen convenir en el procedimiento de designación que habría de seguirse de no ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero.

52. Directrices o normas que habría de observar el tercero. Se aconseja a las partes que delimiten el mandato del tercero estipulando las directrices o normas que habrán de observarse al determinar el contenido de la cláusula contractual. Esas directrices y normas se examinan con carácter general en los párrafos 44 a 46 del presente capítulo, y por lo que se refiere al precio, en el capítulo VI, "Determinación del precio de las mercancías", párrafos 22 a 24.

53. Naturaleza de la decisión del tercero. Las partes podrán convenir en que la decisión del tercero sea vinculante a título de estipulación contractual de las partes. Otro enfoque podría consistir en disponer que la determinación del tercero se consideraría como una recomendación que las partes han de intentar seguir de buena fe.

54. Procedimiento para impugnar la determinación efectuada por el tercero. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando la determinación vinculante de un tercero concierna a una cuestión de particular importancia económica, las partes tal vez deseen tener la oportunidad de impugnar esa determinación recurriendo a otra persona, a un grupo de personas o a una institución. Por lo que se refiere a la naturaleza de la decisión sobre la determinación impugnada, cabría disponer que esa decisión sea vinculante para las partes o que tenga únicamente valor de recomendación. Puede que las partes deseen estipular el mandato de que gozaría la persona que haya de decidir sobre la impugnación (es decir, de confirmar o rechazar la impugnación, o de modificar la determinación impugnada). En el caso de que se anule la determinación impugnada, las partes tal vez deseen indicar cómo se habrá de determinar el contenido de la cláusula contractual (por ejemplo, por las propias partes o por el mismo tercero u otro tercero).

c) Determinación de la cláusula contractual por una parte contratante

55. En ocasiones, el acuerdo de comercio compensatorio permite que una de las partes en ese acuerdo determine una cláusula contractual. Debe obrarse con suma cautela al estipular esa solución, ya que deja la determinación de la cláusula contractual en manos de una persona que tiene un interés propio en el resultado de esa determinación.

56. Conviene que las partes sepan que en muchos ordenamientos jurídicos las cláusulas por las que se faculta a una parte contratante para determinar una cláusula contractual no serían válidas y que, de serlo, el reconocimiento de su validez estaría sujeto a estrictas condiciones. Si el objeto de la determinación es el precio, diversos ordenamientos reconocerían esa facultad a

una parte si se han enunciado normas que limitan su ejercicio como sería la exigencia de que el precio sea razonable, conforme a la buena fe o a la equidad. Algunos de estos ordenamientos interpretarían la falta de referencia expresa a esa norma en un acuerdo como una referencia implícita a ella. Otros ordenamientos jurídicos exigen que la libertad de determinar el precio esté limitada por una norma más precisa, como sería un precio del mercado objetivamente verificable, el precio medio o algún límite absoluto estipulado por las partes. Análogas restricciones afectan a la determinación de cláusulas como las relativas a la cantidad de mercancías que deberá entregarse en virtud de un contrato al plazo de cumplimiento del mismo.

2. Procedimientos de negociación

57. En los acuerdos de comercio compensatorio podrá consignarse, con más o menos detalle, la forma en que han de efectuarse las negociaciones. Si se concretan los procedimientos de negociación aumenta la probabilidad de que las negociaciones resulten fructuosas. Este será el caso especialmente cuando exista la probabilidad de que las negociaciones vayan a ser complicadas, bien por el objeto de los posibles contratos o por el número de personas que puedan participar en ellas.

58. Conviene recordar que un mero acuerdo sobre el procedimiento de negociación no sería considerado como un compromiso en firme de compensación. Debe procurarse que el procedimiento de negociación forme debidamente parte de un compromiso en firme de celebrar un contrato de suministro. Si el compromiso se limita a enunciar una mera obligación de negociar, las partes, tal como se ha indicado en el párrafo 2 del presente capítulo, tendrán pocas garantías de que se lograrán los objetivos de la operación. Aun cuando el procedimiento de negociación forme parte de un compromiso en firme de compensación, este procedimiento no garantizará de por sí el éxito de las negociaciones. Lo más eficaz para incrementar las probabilidades de éxito en las negociaciones sería estipular en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato o, de no ser eso posible, concertar medios para definir con precisión el compromiso de compensación. Estos medios se examinan más arriba, en particular en los párrafos 44 a 56.

59. Como mínimo, el acuerdo de comercio compensatorio podría estipular que una parte estará obligada a responder a las ofertas contractuales de la otra parte. De detallarse más el procedimiento se definirían cuestiones como las siguientes: la parte que ha de hacer una oferta de contrato; las cuestiones sobre las que ha de versar la oferta de contrato; los plazos de presentación; la forma, los medios o la frecuencia de las comunicaciones; el plazo de respuesta; el plazo en el que ha de llegarse a un acuerdo y transcurrido el cual se darían por fracasadas las negociaciones. Además, las partes podrían estipular que en determinadas circunstancias una de las partes quedaría exonerada de su obligación de negociar (por ejemplo, cuando esa parte haya hecho una oferta que cumpla las condiciones pactadas, pero que no haya sido aceptada o, si la otra parte había de hacer la oferta, cuando no se haya presentado tal oferta).

60. La estipulación de procedimientos de negociación como los citados en el párrafo anterior acrecentaría la posibilidad de poner en evidencia la responsabilidad por la no celebración de un contrato de aquella parte que no haya negociado de buena fe. Gracias a esos procedimientos, la parte agraviada podría demostrar, por ejemplo, que la otra parte se negó a negociar, impuso condiciones para negociar que esa parte no podía en verdad imponer, empleó tácticas dilatorias desleales, volvió a plantear cuestiones que ya se habían convenido, negoció con otras partes cuando era incorrecto hacerlo o cortó prematuramente las negociaciones.

H. Supervisión del cumplimiento del compromiso de compensación y expediente que se ha de llevar del mismo

61. Es posible que las partes deseen considerar la posibilidad de establecer procedimientos para supervisar y dejar constancia de la marcha del cumplimiento del compromiso de compensación. Esos procedimientos pueden resultar particularmente útiles en las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, con múltiples envíos en una o ambas direcciones.

1. Intercambio de información

62. Puede que las partes deseen establecer procedimientos para intercambiar información sobre la marcha del cumplimiento del compromiso de compensación. Esos procedimientos pueden ser útiles, en particular, en las operaciones de "compensación industrial indirecta" (capítulo I, párrafo 17), dado que en ellos el compromiso de compensación se tiene frente a una persona que no actúa como proveedor de las mercancías y, en consecuencia, los posibles proveedores no son partes en el acuerdo de comercio compensatorio. También sería útil un sistema de intercambio de información cuando la actividad comercial entre las partes sea considerable, especialmente si sólo una parte de esa actividad se basa en el acuerdo de comercio compensatorio.

63. Las partes pueden incluir en el acuerdo de comercio compensatorio directrices relativas al contenido, frecuencia y oportunidad de los intercambios de información. La información requerida puede cubrir, por ejemplo, los contratos que hayan sido celebrados y que sean computables para el cumplimiento (especialmente cuando se han celebrado con un tercero), los envíos que se hayan efectuado, los pagos de conformidad con los procedimientos convenidos y las compras previstas para el próximo subperíodo del plazo de cumplimiento. Además, algunas veces, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio consideran útil reunirse periódicamente para evaluar los progresos que se están haciendo con respecto al cumplimiento. En esas reuniones se podría examinar la situación de los contratos celebrados o en curso de negociación y considerar posibles modificaciones del acuerdo de comercio compensatorio. Este último puede contemplar cuestiones tales como la frecuencia y el lugar de las reuniones y la representación de ambas partes.

64. En operaciones particularmente complejas, que requieran una constante supervisión y coordinación, es posible que las partes deseen establecer en el acuerdo de comercio compensatorio un comité de coordinación conjunto. Convendría que se ocuparan de cuestiones tales como la frecuencia y el lugar de las reuniones, la representación de ambas partes, la forma en que se dejará

constancia de las conclusiones adoptadas en las reuniones y el mandato del comité. Las funciones de ese comité generalmente consistirán en evaluar la marcha de la ejecución de la operación, analizar las dificultades y considerar posibles soluciones, establecer grupos de trabajo para problemas concretos y examinar propuestas de modificación del acuerdo de comercio compensatorio.

2. Confirmación del cumplimiento del compromiso de compensación

65. Las partes pueden convenir en que el comprador tendrá derecho a recabar de la parte frente a quien deba cumplir el compromiso de compensación una confirmación escrita del cumplimiento de dicho compromiso. Esa confirmación puede asumir la forma de una declaración del proveedor (algunas veces denominada "carta liberatoria"). Las partes podrán también estipular que la carta liberatoria sea una condición para el pago del contrato de suministro celebrado en cumplimiento del compromiso de compensación (por ejemplo, la carta de crédito puede incluir a la carta liberatoria entre los documentos que se habrán de presentar al banco para obtener el pago). El cumplimiento del compromiso de compensación también puede evidenciarse mediante una cláusula del contrato de suministro que indique que el contrato se celebra en cumplimiento del compromiso de compensación.

66. La confirmación escrita del cumplimiento tiene por objeto evitar las discrepancias que pueden plantearse, una vez cumplido determinado contrato de suministro, en cuanto a si ese contrato puede contabilizarse para el cumplimiento del compromiso de compensación. La confirmación escrita también puede resultar útil a la parte que desee exhibir (por ejemplo al negociar otros acuerdos de comercio compensatorio) una carpeta de confirmaciones del cumplimiento de compromisos de compensación.

67. Cuando en una operación multilateral se prevén confirmaciones escritas (véase el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafos 53 a 58), es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio indique si el cumplimiento del compromiso ha de ser confirmado por el proveedor de las mercancías o por la parte frente a quien se asume dicho compromiso. Si ello no se indica, puede surgir una discrepancia entre el comprador y la parte ante quien se asume el compromiso con respecto al valor de la declaración de un tercero proveedor de que el contrato de suministro cumple el compromiso de compensación, o de una cláusula del contrato de suministro celebrado con un tercero proveedor en ese mismo sentido.

3. La cuenta probatoria

68. Las partes pueden convenir en que los contratos de suministro en ambas direcciones han de anotarse en un libro que llevarán ellas mismas, o que llevará un banco o un organismo de control. Ese libro se denominará de ahora en adelante "cuenta probatoria", término que se utiliza con frecuencia en la práctica. Otros términos utilizados en la práctica son "libro de operaciones" y "cuenta comercial". La cuenta probatoria no constituye un mecanismo de pago. Se utiliza solamente para dejar constancia de la celebración, del cumplimiento y del valor de los contratos de suministro, mientras que la financiación y el pago se organizan por separado. Con una cuenta probatoria, las partes asumen un compromiso de compensación por determinado valor y luego

celebran contratos de suministro en ambas direcciones sin tener que negociar un compromiso de compensación para cada contrato. En una cuenta probatoria podrán figurar dos o más partes en uno o en ambos lados de la operación de comercio compensatorio. La cuenta probatoria puede resultar especialmente útil en una operación a largo plazo para controlar el valor acumulativo de las compras en ambas direcciones y de esa manera ayudar a las partes a adoptar medidas con respecto a los desequilibrios que puedan surgir.

69. Es posible que el régimen de la cuenta probatoria esté ya definido por algún reglamento nacional. Ese reglamento tal vez determine la forma en que ha de funcionar la cuenta y exigir que la administre un organismo regulador, como el banco central o un banco de comercio exterior. La administración de la cuenta probatoria por un organismo regulador puede ayudar al comprador a obtener acceso a una mayor variedad de mercancías compensatorias y de vendedores que de no estar la cuenta sometida a dicho organismo. En ese reglamento tal vez se exija también que la cuenta probatoria esté debidamente autorizada. Tal vez se disponga que esa autorización solamente se otorgará para las operaciones de comercio compensatorio que superen cierto volumen comercial mínimo y cuando las partes tengan residencia permanente en determinado país. En algunos casos, la cuenta probatoria se autoriza con la salvedad de que las compras efectuadas por terceros no han de contabilizarse para el cumplimiento del compromiso de compensación; esa restricción suele imponerse cuando la cuenta probatoria se autoriza con el propósito de establecer una relación comercial a largo plazo con determinada parte. Las mercancías intercambiables o compensatorias pueden verse limitadas a aquellas que hayan sido convenidas por las partes o a aquellas cuyo comercio el organismo de control tenga interés en promover.

70. Si las partes están facultadas para establecer una cuenta probatoria, tal vez decidan administrarla ellas mismas o encargar a uno o más bancos de su administración. Es posible establecer distintas estructuras según que la cuenta sea administrada por una de las partes o ambas, o por uno o los dos bancos contratados por las partes. Por ejemplo, una de las partes o un banco a cada lado de la operación puede establecer cuentas paralelas donde se acrediten los suministros y se debiten las compras. Cada cuenta paralela, a su vez, puede consistir en dos libros, en uno se anotan los contratos celebrados en cada dirección y en el otro se anotan los pagos. Si la cuenta probatoria ha de ser administrada por bancos, es posible que las partes deseen recurrir a los mismos bancos que tramitan el pago de los contratos de suministro.

71. El acuerdo de comercio compensatorio debe indicar la documentación necesaria para efectuar los asientos en la cuenta probatoria (por ejemplo, copias de los contratos, pruebas de la apertura de las cartas de crédito, o los documentos de envío o expedición). Esos requisitos documentarios deben conformarse a las disposiciones del acuerdo de comercio compensatorio concernientes a la fase en la que el compromiso de compensación se considerará cumplido (véanse los párrafos 7 a 9 del presente capítulo). A fin de minimizar la carga administrativa, tal vez las partes deseen, en la medida de lo posible, fijar los requisitos documentarios para la cuenta probatoria, siguiendo el modelo de los exigidos por el organismo público que supervisa la operación de comercio compensatorio.

72. Convendría que las partes previeran en el acuerdo de comercio compensatorio cuándo y cuánto podrán apartarse de la relación convenida entre el valor de los envíos que han de efectuarse en ambas direcciones. Podrá acordarse que, aunque la relación convenida deba alcanzarse al término del plazo de cumplimiento o en determinados momentos de ese plazo, el valor relativo de los envíos recíprocos podrá apartarse de la relación convenida durante el plazo de cumplimiento o durante los intervalos entre los momentos especificados de ese plazo. Las partes podrán también convenir en que el desequilibrio durante el plazo de cumplimiento no sobrepase del margen de tolerancia convenido. Por ejemplo, durante el plazo de cumplimiento el valor de los envíos hacia una dirección no deberá ser inferior al 60% ni superior al 120% del valor de los envíos hacia la otra dirección. Podrá acordarse que, si una parte incumple la obligación de celebrar los contratos de suministro necesarios para alcanzar la relación convenida, la otra parte tendrá derecho a suspender la celebración de contratos, o a suspender el envío de mercancías, en la otra dirección hasta que se restablezca dicha relación (véase también el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 47). También cabe prever sanciones para el incumplimiento de la obligación de alcanzar la relación convenida (véanse los capítulos X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", y XI, "Garantías de cumplimiento"). Es aconsejable que en el acuerdo de comercio compensatorio se indique el reducido margen de tolerancia definitivo que se permitirá.

73. A fin de minimizar los errores o las discrepancias en la cuenta probatoria, es aconsejable que las partes convengan en que en determinados momentos verificarán la información consignada en la cuenta.

74. Si en la administración de la cuenta probatoria intervienen dos bancos, podrán estipularse los detalles técnicos de la cuenta en un acuerdo interbancario. Las partes en el comercio compensatorio están interesadas en el contenido del acuerdo interbancario, aunque generalmente no son partes en él. Por consiguiente es aconsejable que consulten con los bancos para cerciorarse de que la cuenta probatoria que los bancos establezcan les resulte aceptable.

Nota

1/ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/19), primera parte.

IV. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA REDACCION

Resumen

Las partes tal vez consideren conveniente preparar una lista guía de las medidas que habrán de adoptarse al negociar y redactar los contratos que integran la operación de comercio compensatorio (el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro) (párrafos 1 y 2). Pudiera suceder que el régimen jurídico aplicable exija que esos contratos se hagan por escrito; aun cuando no se haya fijado ese requisito, sería aconsejable que esos contratos se hagan por escrito (párrafo 3).

Al redactar los contratos que configurarán la operación de comercio compensatorio, deberán tenerse en cuenta las siguientes cuestiones: la relación entre los documentos contractuales, por una parte, y las comunicaciones verbales, la correspondencia y los proyectos de documento por otra (párrafo 4); la designación de una persona para que se encargue directamente de supervisar la preparación de los documentos contractuales (párrafo 5); las reglas de interpretación de los contratos y las presunciones sobre el significado de determinadas expresiones existentes en el derecho interno aplicable (párrafo 6); las disposiciones de derecho imperativo (párrafo 7); las declaraciones preliminares (párrafo 8); el empleo de modelos de contrato, condiciones generales, cláusulas uniformes y contratos previamente concertados (párrafo 9); la consignación de los documentos contractuales en uno o en más de un idioma (párrafos 10 a 12); la identificación y descripción de las partes en un documento principal que esté destinado a ser el primero de la secuencia lógica de los diversos documentos (párrafo 13); el fundamento de la condición jurídica de aquellas partes que sean personas jurídicas y las consideraciones especiales aplicables de ser una de las partes un organismo público (por ejemplo, la autorización requerida para concertar ciertos contratos o un acuerdo de arbitraje) (párrafo 14); el nombre, la dirección, la condición jurídica y la autoridad de cualquier mandatario (párrafo 15).

Sería aconsejable que las partes consideren la forma en que habrán de hacerse las notificaciones en el marco de la operación de comercio compensatorio y los medios de transmisión (párrafos 16 y 17), el momento en que surtirán efecto esas notificaciones (párrafo 18), las direcciones a las que deberán expedirse (párrafo 19), y las consecuencias del incumplimiento de una obligación de notificar o de responder a una notificación (párrafo 20).

Sería aconsejable definir determinadas expresiones o conceptos clave que se empleen con frecuencia en el acuerdo de comercio compensatorio o en los contratos de suministro (párrafos 21 a 24).

A. Observaciones generales

1. Generalmente una operación de comercio compensatorio es el resultado de extensas comunicaciones escritas y verbales entre las partes. Puede que cada una de las partes considere conveniente preparar una lista guía de las medidas que han de adoptarse al negociar y redactar los contratos que integran la

operación (el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro). Con esa lista guía se reduciría la posibilidad que ocurran omisiones o errores en las medidas que se adopten antes de la celebración de los contratos. Es posible que las partes estimen conveniente solicitar asesoramiento jurídico o técnico para redactar los contratos. Si bien cabe suponer que las operaciones de comercio compensatorio lleguen a ser rutinarias para las partes experimentadas en este tipo de comercio, para los que se inician en este comercio, incluso las operaciones sencillas pueden plantear dificultades por lo que requerirán asesoramiento jurídico o técnico. Pero cuando se trata de operaciones complejas, hasta las partes más experimentadas pueden necesitar asesoramiento.

2. Se facilitaría el proceso de establecimiento de una operación de comercio compensatorio si las partes convienen en que, antes de que se prepare un anteproyecto del acuerdo de comercio compensatorio y de cualquiera de los contratos de suministro, se celebren negociaciones sobre los principales aspectos técnicos y comerciales. A continuación, se podría solicitar a una de las partes que presente un anteproyecto en el que se refleje lo acordado durante las negociaciones. Luego se examinaría y perfeccionaría el anteproyecto con miras a obtener un juego preliminar de los documentos contractuales, que tras ser revisados y ultimados, habrían de regir la relación entre las partes.

3. Las normas jurídicas aplicables al acuerdo de comercio compensatorio tal vez requieran que éste se concierte por escrito. Incluso en aquellos casos en que no se requiera la forma escrita, se recomienda que las partes consignen su acuerdo por escrito para evitar controversias ulteriores con respecto a las cláusulas que fueron realmente convenidas. Si las partes deciden que las modificaciones del acuerdo de comercio compensatorio se han de hacer por escrito, es aconsejable que este requisito sea enunciado en dicho acuerdo. Sin embargo, aun cuando se haya enunciado este requisito en el acuerdo de comercio compensatorio, puede haber situaciones en que sea válida alguna modificación que no se haya hecho por escrito. En varios ordenamientos jurídicos se encuentran reglas, comparables a la del artículo 29 (2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, según las cuales cualquiera de las partes se vería impedida por su propia conducta de poder invocar ante los tribunales ("preclusion" o "stoppel": regla del common law de la "no invocabilidad" judicial de algo) la estipulación contractual de que toda modificación o resolución del contrato ha de hacerse por escrito en la medida en que la otra parte se haya fiado del mensaje contrario implícito en esa conducta.

4. Es deseable que las partes establezcan claramente la relación entre los documentos contractuales, por una parte, y las comunicaciones verbales, la correspondencia y los proyectos de documentos que se produzcan durante las negociaciones, por otra. Las partes tal vez deseen estipular que esas comunicaciones y proyectos de documento no forman parte del contrato. Podrán asimismo estipular que esas comunicaciones y proyectos de documento no pueden utilizarse para interpretar el contrato, o que sí podrán utilizarse a ese efecto, en la medida en que lo autorice la ley aplicable. Debe recordarse que conforme a la ley aplicable, las comunicaciones verbales, las declaraciones y los actos de alguna de las partes, así como la correspondencia, pueden tener importancia para la interpretación del contrato, aun cuando sean posteriores a su celebración.

5. Las partes deberían cerciorarse de que las cláusulas contractuales enunciadas por escrito no son ambiguas ni darán lugar a controversias, y de que se ha establecido con claridad la relación entre los distintos documentos que comprende la operación. Ese afán de precisión puede revestir particular importancia cuando la operación de comercio compensatorio se haya de llevar a cabo durante un largo período y deba ser administrada por personas que no hayan participado en las negociaciones iniciales de la operación (por ejemplo, en una venta de instalaciones con pacto de compra de productos o en una operación de compensación industrial). Es posible que cada una de las partes considere útil designar a una persona para que se encargue principalmente de supervisar la preparación de los documentos contractuales. Es aconsejable que esa persona sea un redactor competente, familiarizado con las operaciones de comercio compensatorio internacional. En la medida de lo posible, convendría que estuviera presente durante las negociaciones más importantes. Tal vez las partes consideren útil que un equipo especializado en la materia que se contempla en los documentos examine detalladamente los documentos definitivos del contrato, a fin de garantizar su precisión y coherencia en cuanto a la forma y al fondo.

6. Es posible que entre las normas jurídicas aplicables haya también reglas para la interpretación de contratos y presunciones relativas al significado de determinadas expresiones tales como "precio razonable" (capítulo VI, "Determinación del precio de las mercancías", párrafo 24), "trust account" y "cuenta fiduciaria" (capítulo VIII, "Pago", párrafo 16), y "pena" (capítulo X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", párrafo 7). Es aconsejable que las partes escojan la terminología contractual a la luz de la ley aplicable, cerciorándose de que las expresiones utilizadas tienen el significado que se les desea atribuir. Una solución sería que se determinase la ley aplicable en alguna etapa inicial de la relación entre las partes (por ejemplo, al comienzo de las negociaciones). De esa manera, la operación de comercio compensatorio se negociaría y redactaría teniendo presente esa ley. Otra solución sería que las partes determinaran la ley aplicable sólo después de haber negociado los principales aspectos técnicos y comerciales y de haber llegado a cierto acuerdo entre ellas. De ese modo podrían revisar los anteproyectos relativos a la operación que reflejaran ese acuerdo a la luz de la ley aplicable para cerciorarse de que las cláusulas del proyecto la tienen en cuenta. En el capítulo XIII se examina la conveniencia de estipular la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y los correspondientes contratos de suministro.

7. Las partes deben tener presente las normas imperativas de carácter administrativo o fiscal u otras reglamentaciones vigentes en sus respectivos países que sean pertinentes a la operación de comercio compensatorio. También deben tener presentes las normas imperativas de esa índole vigentes en otros países cuando esas reglamentaciones sean pertinentes a la operación. Algunas normas tal vez se refieran a los aspectos técnicos del acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, requisitos de seguridad de las mercancías compensatorias o normas de protección del medio ambiente), y las cláusulas del acuerdo no deben entrar en conflicto con ellas. Otras normas pueden relacionarse con restricciones en materia de exportación, importación y cambio (por ejemplo, podrían disponer que determinados derechos y obligaciones no nacerán mientras no se concedan las licencias de exportación o importación, no se hayan aprobado los pagos o la aplicación de determinados mecanismos de pago). Las normas jurídicas relativas a la tributación pueden constituir un

factor que ha de considerarse, y es posible que las partes deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones relativas a la carga fiscal. Las disposiciones imperativas se examinan también en el capítulo XIII, "Elección de la ley aplicable", párrafos 30 a 33.

8. Puede que las partes deseen considerar la posibilidad de que el acuerdo de comercio compensatorio contenga una exposición preliminar de motivos. Esa exposición o preámbulo enunciaría las consideraciones de una o de ambas partes que las indujeron a celebrar el acuerdo. Podría asimismo enunciar los objetivos comerciales que han de lograrse mediante la operación o describir el contexto en el que se celebró el acuerdo. Hasta qué punto servirían esas exposiciones para interpretar las cláusulas del acuerdo al que anteceden dependerá del ordenamiento jurídico de que se trate, y su valor para la interpretación puede ser incierto. En consecuencia, si se pretende que el contenido de la exposición de motivos sea tenido en cuenta para la interpretación o la ejecución del acuerdo de comercio compensatorio, sería preferible incluir ese mismo contenido en las cláusulas dispositivas del acuerdo.

9. Puede que las partes consideren útil examinar modelos normalizados de acuerdos de comercio compensatorio, de condiciones generales y de cláusulas uniformes, así como otros acuerdos previamente celebrados al ir a preparar los documentos contractuales. Ese examen podría ayudarles a aclarar cuáles son las cuestiones que deben tratar en sus negociaciones. Pero es aconsejable que no adopte ninguna cláusula sin un examen crítico, pues es posible que esas cláusulas reflejen, en conjunto, un equilibrio de intereses no deseado, o bien, que no reflejen con precisión las condiciones convenidas por las partes. Estas podrían considerar conveniente comparar los criterios adoptados en los modelos, condiciones o acuerdos de comercio compensatorio que examinaron con los criterios que se recomiendan en esta Guía Jurídica.

B. Idioma

10. Los contratos que constituyen la operación de comercio compensatorio (es decir, el acuerdo de comercio compensatorio y cada uno de los contratos de suministro) pueden redactarse en un solo idioma (que puede ser, aunque no necesariamente, el idioma de una de las partes), o, cuando los idiomas de las dos partes sean distintos, podrá redactarse una versión en cada uno de esos idiomas, o incluso podrá redactarse el acuerdo de comercio compensatorio en un idioma y los contratos de suministro en otro. Si la celebración del acuerdo de comercio compensatorio precede a la celebración de los contratos de suministro en ambas direcciones (capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafo 20), o si precede a la celebración del contrato de exportación compensatoria (capítulo II, párrafo 13), es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio especifique el idioma de los contratos. Si se indica el idioma antes de iniciar las negociaciones relativas a un contrato de suministro, se pueden facilitar los preparativos de las partes a ese efecto y evitar desacuerdos.

11. La redacción de un contrato en un solo idioma reduciría el riesgo de conflictos de interpretación con respecto a sus cláusulas y la redacción en un mismo idioma de todos los contratos que constituyen la operación de comercio compensatorio reduciría el riesgo de conflictos entre dos contratos de

contenido conexo. En cambio, las partes podrán comprender sus derechos y obligaciones con más facilidad si cuentan con una versión del contrato en su propio idioma. Además, cuando se hayan de dar instrucciones de trabajo detalladas o complicadas al personal de una o ambas partes, tomadas directamente del contrato, puede revestir especial importancia que éste esté en el idioma en que han de darse esas instrucciones. Las partes pueden decidir que algunos anexos del acuerdo de comercio compensatorio o un contrato de suministro (por ejemplo, los que contienen especificaciones técnicas) se redacten en un determinado idioma o se traduzcan a dicho idioma. Si van a realizarse traducciones, es aconsejable resolver la cuestión de quién ha de sufragar su costo. Si se decide utilizar un solo idioma, tal vez las partes deseen tener en cuenta al elegirlo los siguientes factores: es aconsejable que el idioma elegido sea comprendido por el personal ejecutivo de ambas partes, encargado de ejecutar el contrato; que se trate de un idioma de uso corriente en el comercio internacional; es probable que se facilite la solución de controversias si el idioma elegido es aquel en el que, llegado el caso, se sustanciarían las actuaciones o si es el idioma o uno de los idiomas del país de la ley aplicable.

12. Cuando las partes no redacten los contratos en un solo idioma, es aconsejable que indiquen en ellos cuál de las versiones ha de prevalecer en caso de discrepancia. Por ejemplo, si las negociaciones se llevaron a cabo en uno de esos idiomas, tal vez deseen estipular que prevalecerá la versión en el idioma de las negociaciones. La estipulación en el contrato de que prevalecerá una versión induciría a ambas partes a perfeccionar en lo posible esa versión. Puede que las partes decidan que prevalecerá una versión con respecto a determinados segmentos de la operación o con respecto a determinados documentos contractuales (por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio o los documentos técnicos relacionados con ese acuerdo, o bien, uno de los contratos de suministro) y otra versión con respecto a los contratos o documentos restantes. Si las partes estipulan que ambas versiones tendrán igual valor, deben intentar establecer las pautas para solucionar las discrepancias que pueda haber entre ellas. Por ejemplo, podrían estipular que el acuerdo debe interpretarse con arreglo a las prácticas que las partes hayan establecido entre ambas y a los usos que suelen seguirse en el comercio internacional con respecto al acuerdo de que se trate. Puede que las partes deseen convenir también en que, cuando una cláusula del contrato resulta ambigua en una de las versiones, podrá utilizarse para aclararla la cláusula correspondiente de la otra versión.

C. Partes en la operación

13. Si uno de los contratos que integran la operación (el acuerdo de comercio compensatorio o uno de los contratos de suministro) consta de varios documentos, puede que las partes deseen identificarse y describirse en un documento principal que esté destinado a ser el primero en la secuencia lógica entre los documentos constitutivos de ese contrato. Ese documento deberá enunciar, en forma jurídicamente precisa, los nombres de las partes y sus domicilios, dejar constancia del hecho de que han celebrado un contrato, describir brevemente el objeto del contrato y estar firmado por las partes. Debería también indicar la fecha y el lugar en que se firmó el contrato y el

momento en que entrará en vigor. Las referencias ulteriores a las partes en el contrato se verían, sin duda, simplificadas si en el documento principal se indica que en el texto subsiguiente y en los documentos subordinados se hará referencia a las partes mediante abreviaturas o expresiones convenidas, tales como el exportador, el importador, el contraexportador, el contraimportador, la casa comercial. Es posible que una de las partes tenga varios domicilios (por ejemplo, el de su oficina central, el de la sucursal a través de la que se negoció el contrato) y tal vez sea preferible indicar en el documento el domicilio a que deban enviarse las notificaciones para esa parte.

14. En las operaciones de comercio compensatorio las partes son generalmente personas jurídicas. En cuyo caso, cabría consignar en el contrato el fundamento de su condición jurídica (por ejemplo, su constitución conforme a las leyes de determinado país). Es posible que haya limitaciones a la capacidad de las personas jurídicas para celebrar contratos. En consecuencia, cada una de las partes, salvo que tenga constancia de la capacidad jurídica de la otra para celebrar contratos, podrá pedirle alguna prueba de esa capacidad. Si una de las partes en el contrato es una persona jurídica, es posible que la otra desee cerciorarse de que el empleado designado por la persona jurídica para firmar el contrato tiene poder suficiente para obligarla. Cuando un organismo estatal es parte en una operación de comercio compensatorio, puede ser necesaria una autorización especial para la concertación de un acuerdo de comercio compensatorio o un contrato de suministro. También puede hacer falta una autorización especial para que un organismo estatal pueda concertar un acuerdo de arbitraje e incluir en dicho acuerdo una cláusula por la que el organismo conviene en aplicar el laudo del tribunal arbitral.

15. Si el contrato lo celebra un mandatario en nombre de su mandante, podría hacerse constar el nombre, el domicilio y la condición jurídica del mandatario y del mandante, e incorporarse como anexo la comprobación del poder por el que el mandante faculta al mandatario a celebrar contratos en su nombre.

D. Notificaciones

16. En una operación de comercio compensatorio, las partes se ven a menudo obligadas a notificar ciertos hechos o situaciones. Esas notificaciones pueden ser necesarias, por ejemplo, para iniciar negociaciones previas a la celebración de un contrato de suministro, facilitar la cooperación en el cumplimiento del contrato, para que la parte destinataria de la notificación pueda tomar medidas, como requisito previo para el ejercicio de un derecho, o como medio de ejercer un derecho. Puede que las partes deseen examinar y resolver en el contrato algunas cuestiones que se plantean en relación con esas notificaciones o avisos.

17. En aras de la certeza, sería conveniente exigir que todas las notificaciones previstas en la operación de comercio compensatorio se efectúen por escrito, aunque para algunos casos en los que se requiera una actuación inmediata puede que las partes deseen estipular que la notificación podrá hacerse verbalmente, en persona o por teléfono, seguida de la confirmación por escrito. Puede que las partes quieran también definir la expresión "por escrito" (véase el párrafo 23 del presente capítulo) y especificar cuáles son

los medios de comunicación aceptables para enviar las notificaciones escritas (por ejemplo, correo de superficie, correo aéreo, télex, telégrafo, facsímil, intercambio electrónico de datos (EDI)). No obstante, conviene no limitar demasiado las vías de notificación no vaya a suceder que, de no estar disponible la vía especificada, no haya forma de cursar una notificación válida. Tal vez las partes también deseen indicar el idioma en el que hayan de hacerse las notificaciones (por ejemplo, el idioma del contrato).

18. Por lo que respecta al momento en que una notificación será válida, las partes pueden considerar dos criterios. Estipular que una notificación será válida en el momento en que la expida la parte notificante, o que lo será una vez transcurrido un plazo determinado después de su expedición. O bien, pueden estipular que será válida sólo al ser entregada a la parte notificada (véase el párrafo 23 del presente capítulo). De acuerdo con el primer criterio, el riesgo de la falta de transmisión o de un error de la oficina transmisora al transmitir la notificación recae en la parte a quien se envía, mientras que conforme al segundo criterio recae en la parte que la envía. Las partes pueden considerar ventajoso elegir medios de transmitir las notificaciones que dejen constancia de la expedición o de la entrega, y del momento de su expedición o de su entrega. Otro criterio sería exigir a la parte a la que se da aviso que acuse recibo del mismo. Podría ser conveniente que el contrato enunciara una regla general por la que, salvo disposición en contrario, se aplique a las notificaciones mencionadas en el contrato uno de los dos criterios con respecto al momento en que ha de surtir efecto la notificación (cuando se expide o cuando se entrega). Para determinadas notificaciones quizá convenga hacer alguna excepción a la regla general.

19. Puede que las partes deseen indicar las direcciones de los órganos de las empresas o de los representantes de las partes a las que deban enviarse las notificaciones. Cabría señalar una dirección distinta para cada tipo de notificación.

20. Puede que las partes deseen indicar las consecuencias jurídicas de la falta de notificación. También podrían especificar las consecuencias de la falta de respuesta a una notificación que la exija. Por ejemplo, cuando las partes prevén una serie de envíos en una o en ambas direcciones, podrían estipular que, si el proveedor notifica al comprador que se propone enviar determinada cantidad de mercancías en determinada fecha, se considerará que el comprador ha dado su consentimiento de no hacer alguna una objeción.

E. Definiciones

21. Es aconsejable definir algunas expresiones o conceptos claves empleados con frecuencia en el acuerdo de comercio compensatorio o en el contrato de suministro. Las definiciones son especialmente útiles en los contratos cuando las partes proceden de distintos países, incluso con el mismo idioma, por ser más probable que determinadas expresiones o conceptos se utilicen de diferente manera en distintos países. Las definiciones también son útiles cuando los contratos han de consignarse en dos idiomas, pues reducen las probabilidades de que haya errores en la traducción. Una definición es una garantía de que la expresión o el concepto definido será entendido de igual modo siempre que

se utilice en el acuerdo o contrato, y evita la necesidad de aclarar el significado que se desea dar a esa expresión o concepto en cada oportunidad en que se utilice. La definición será aconsejable siempre que resulte ambigua una expresión que deba utilizarse. A veces esas definiciones van acompañadas de alguna salvedad, en el sentido de que las expresiones definidas tendrán el significado que se les haya atribuido "salvo que se deduzca otra cosa del contexto". Ese tipo de salvedad tiene en cuenta la posibilidad de que una expresión que ha sido definida se utilice por descuido en un contexto donde no pueda tener el significado que se le ha asignado en la definición. El procedimiento preferible es que las partes estudien cuidadosamente el contrato para asegurarse de que las expresiones definidas tienen los significados asignados a ellas siempre que aparecen.

22. Como suele pretenderse que una definición sea aplicable a todo el acuerdo o contrato, puede incluirse en el documento principal una lista de las definiciones. Pero cuando una expresión que requiere una definición, se utiliza sólo en una determinada cláusula o sección del acuerdo o contrato, tal vez sea más conveniente colocar esa definición en la cláusula o sección de que se trate.

23. Algunas expresiones que las partes tal vez deseen definir son, por ejemplo, "acuerdo de comercio compensatorio", "escrito", "envío de la notificación" y "entrega de la notificación". Puede que las partes deseen tener presente los ejemplos siguientes:

Acuerdo de comercio compensatorio. "El acuerdo de comercio compensatorio" consiste en los siguientes documentos y tiene ese significado en todos ellos: a) el presente documento; b) la lista de posibles mercancías compensatorias; c)

Escrito. El término "escrito" incluye declaraciones contenidas en un télex, telefax, telegrama u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del contenido de dichas declaraciones.

Expedición de la notificación. Se produce la "expedición de la notificación" por una de las partes cuando se dirige y hace llegar como es debido a la entidad que proceda para que la transmita por algún medio autorizado por el contrato.

Entrega de la notificación. Se produce la "entrega de la notificación" a una de las partes cuando se le da en propia mano a esa parte o cuando se deposita en un domicilio de esa parte donde, según el contrato, pueda dejarse la notificación, prescindiendo de que la notificación se señale a la atención de la persona que deba obrar en consecuencia.

24. Puede que las partes consideren útil, cuando formulen sus propias definiciones, examinar las descripciones que contiene la presente Guía de los distintos conceptos que suelen utilizarse en las operaciones de comercio compensatorio. Esas descripciones pueden encontrarse en el índice de la presente Guía.

V. TIPO, CALIDAD Y CUANTIA DE LAS MERCANCIAS

Resumen

Las consideraciones que se hacen en la Guía Jurídica respecto de las operaciones con "mercancías" son en general aplicables a las operaciones con servicios, tecnología e inversiones (párrafo 1).

Las partes podrán determinar, si así lo desean, en el acuerdo de comercio compensatorio el tipo de mercancías que vayan a ser objeto del futuro contrato de suministro, con referencia tal vez a una amplia categoría de mercancías, o podrán abstenerse de señalar cuáles serán las mercancías intercambiables. La precisión en cuanto al tipo, la calidad y la cuantía de esas mercancías aumentaría la probabilidad de que se concierte el futuro contrato de suministro. Aun cuando en el acuerdo de comercio compensatorio se señale el tipo de mercancías intercambiables, se aplaza a veces la determinación de su calidad y cantidad por no conocerse aún plenamente las condiciones en las que las partes deseen basar su decisión respecto de esa cuantía y calidad (párrafo 2).

En la selección del tipo de mercancías que habrán de suministrarse en el marco de la operación de comercio compensatorio podrán intervenir diversas consideraciones comerciales. La autonomía de las partes para decidir el tipo de mercancías podría estar condicionada por algún reglamento nacional (párrafos 3 a 6).

Cuando las partes vayan a concertar un acuerdo de comercio compensatorio sin haber determinado el tipo de las mercancías intercambiables tal vez desearán incorporar a ese acuerdo una lista de las mercancías cuya compra sería computable para el cumplimiento del compromiso de compensación. De confeccionarse esa lista, las partes podrían resolver, entre otras cuestiones, lo referente a la disponibilidad de las mercancías incluidas en la lista, al deber del comprador de señalar las especificaciones y otros requisitos, a la noción de la "adicionalidad" y al procedimiento que haya de seguirse para decidir el tipo de mercancías (párrafos 7 a 14). En los párrafos 15 a 26 se examinan los servicios, la tecnología y las inversiones como posible objeto de la operación de comercio compensatorio.

La determinación de la calidad de las mercancías intercambiables plantea dos cuestiones principales que las partes tal vez deseen resolver en el acuerdo de comercio compensatorio: la indicación del nivel de calidad que habrán de satisfacer las mercancías ofrecidas (párrafos 27 a 31), y la estipulación del procedimiento que habrá de aplicarse para determinar con anterioridad a la conclusión del contrato de suministro, si las mercancías ofrecidas satisfacen el nivel de calidad especificado (párrafos 32 a 35).

La determinación de la cuantía de las mercancías que habrá de ser comprada podrá hacerse en el acuerdo de comercio compensatorio o dejarse para el momento de concertarse los respectivos contratos de suministro. Esa cuantía podrá ser indicada en términos de una suma monetaria o como el número de unidades que habrán de ser compradas, o podrá estipularse que esa cantidad será determinada más adelante en función de las necesidades del comprador o de la producción del proveedor (párrafos 36 a 42).

Especialmente cuando se trate de operaciones a largo plazo, tal vez convenga estipular que a intervalos periódicos, o al sobrevenir algún cambio imprevisto en las circunstancias, las partes revisarán las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas al tipo, la calidad o la cuantía de las mercancías. Las partes tal vez deseen también estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que, de darse ciertas condiciones, se podrá obtener crédito de cumplimiento por la compra de mercancías que no sean las que se estipularon en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 43 y 44).

A. Observaciones generales

1. Como se indica en el párrafo 2 del capítulo I, las consideraciones que se hacen en la Guía Jurídica respecto de las operaciones con "mercancías" son en general aplicables a las operaciones con servicios, y la Guía puede también servir de modelo para las operaciones con tecnología o con inversiones. Cuando así procede, el presente capítulo se refiere en particular a determinadas cuestiones relacionadas con los servicios, la tecnología y las inversiones.

2. En el acuerdo de comercio compensatorio las partes podrán especificar o no el tipo de mercancías objeto del futuro contrato de suministro, y de hacerlo, tal vez se limiten a señalar ciertas categorías generales de mercancías. Cuanto más preciso sea el acuerdo de comercio compensatorio con respecto al tipo de mercancías, mayor será la posibilidad de estipular en él la cantidad y la calidad de las mercancías. La precisión en cuanto al tipo, la calidad y la cantidad de las mercancías hará más probable la celebración del contrato de suministro planeado. Aun cuando en el acuerdo de comercio compensatorio se especifique el tipo de mercancías intercambiables, se aplaza a veces la determinación exacta de su cantidad y calidad, por no conocerse aún plenamente las condiciones en que las partes desean basar su decisión respecto de esa cantidad y calidad.

B. Tipo de mercancías

1. Observaciones generales

3. Diversas consideraciones pueden influir en la selección del tipo de mercancías. El proveedor preferirá suministrar mercancías que sean fáciles de suministrar o que desee introducir en un nuevo mercado, mientras que el comprador deseará adquirir mercancías que sean necesarias o que puedan revenderse fácilmente. La libertad de las partes para acordar el tipo de mercancías que se suministrarán en una dirección u otra puede verse afectada por los reglamentos nacionales que rijan concretamente los tipos de mercancías que puedan ser objeto de operaciones de comercio compensatorio. Por ejemplo, en algunos países estos reglamentos prohíben que ciertos tipos de mercancías sean objeto de compra en una operación de comercio compensatorio, si su precio no se ingresa en moneda extranjera en la cuenta del exportador. En esos reglamentos tal vez se autorice la importación de ciertos tipos de mercancías sólo si el exportador acepta comprar otras mercancías a cambio.

4. La elección por las partes del tipo de mercancías pudiera estar también restringida por algún reglamento nacional que exija que las mercancías intercambiadas provengan del país o de una determinada región de éste o que se compren a cierto sector económico o grupo de proveedores. Esas restricciones de origen y procedencia serán más probables cuando la parte que solicite un compromiso de compensación sea una entidad oficial. Las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a las restricciones de origen y procedencia se examinan en los párrafos 28 a 31 del capítulo III ("Compromiso de compensación"). Además de los reglamentos expresamente referidos al comercio compensatorio que se mencionan en este párrafo y el anterior, pudiera haber restricciones genéricas de las exportaciones o importaciones de mercancías que limiten la libertad de las partes para seleccionar los tipos de mercancías que hayan de ser objeto de la operación de comercio compensatorio.

5. Antes de concertar una operación de comercio compensatorio, las partes tal vez deseen asegurarse de que, si se cumplen las condiciones prescritas, no habrá en principio ningún obstáculo para la obtención de las licencias de exportación e importación necesarias. Esta seguridad, que podrá ser dada por una de las partes en la operación o por un tercero, pudiera, por ejemplo, ser conveniente, en operaciones de comercio compensatorio cuya realización exija que se movilice gran parte de la capacidad productiva o revelar información tecnológica. La denegación de una licencia de este tipo de operaciones podría plantear mayores dificultades que una denegación similar en una simple operación de compraventa.

6. Si estando ya acordado el tipo de mercancías entre las partes se impone una restricción reglamentaria sobre la exportación o importación de ese tipo de mercancías, las partes se verían en la imposibilidad de cumplir el compromiso de compensación o algún contrato de suministro. Este tipo de impedimentos puede verse estudiado en los párrafos 13 a 36, en particular en el párrafo 34, del capítulo XII ("Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio").

2. Lista de mercancías intercambiables

7. Si las partes celebran un acuerdo de comercio compensatorio sin determinar el tipo de mercancías, tal vez deseen incluir en el acuerdo una lista de mercancías intercambiables, cuya compra contaría para el cumplimiento del compromiso de compensación. Si el acuerdo de comercio compensatorio se pacta antes de los contratos de suministro que rijan las entregas en ambas direcciones (capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 20 y 21), tal vez se hagan dos listas, una para cada dirección. La lista de productos podrá adjuntarse al acuerdo de comercio compensatorio en el momento de la firma o estipularse posteriormente.

8. El acuerdo de comercio compensatorio debería precisar la naturaleza y el alcance del compromiso contraído por las partes con respecto a la lista de mercancías intercambiables. De haberse comprometido el proveedor a suministrar todos los tipos de mercancías que figuren en esa lista, el comprador podrá elegir cualquiera de los distintos tipos de mercancías enunciadas en la lista, salvo que el acuerdo de comercio compensatorio haya impuesto alguna restricción a la elección del comprador. Por ejemplo, puede haberse fijado un límite al número de tipos de mercancías adquiribles o un tope máximo o mínimo para la compra de ciertos tipos de mercancías.

9. De haber limitado el proveedor su compromiso en cuanto a la disponibilidad de mercancías a ciertos tipos de mercancías especificadas en la lista, el comprador habría de optar entre las mercancías que se hayan declarado disponibles en el acuerdo de comercio compensatorio. La posibilidad de comprar algún otro tipo de mercancías, cuya disponibilidad no esté asegurada, podría ser objeto de ulterior negociación.

10. Puede convenirse en que el compromiso del comprador se reducirá en la medida en que el proveedor no suministre los tipos de mercancías declaradas disponibles en el acuerdo de comercio compensatorio (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 7). Además, el compromiso del proveedor de suministrar las mercancías que figuran en una lista podrá respaldarse con una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal (véase el capítulo X) o con una garantía (capítulo XI).

11. Si el proveedor no asume compromiso alguno en cuanto a la disponibilidad de un tipo determinado de mercancías que figure en la lista, los tipos de mercancías efectivamente disponibles serían determinados en subsiguientes negociaciones. De no suministrar el proveedor ninguno de las mercancías que figuren en la lista, el comprador no sería tenido por responsable del incumplimiento del compromiso de compensación (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 7).

12. Las partes tal vez deseen estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el comprador deberá presentar, dentro de un plazo señalado, las especificaciones necesarias para determinar con exactitud las mercancías que necesite, a fin de que el proveedor pueda hacer una oferta que corresponda a las necesidades del comprador. En el acuerdo de comercio compensatorio podrá indicarse que esas especificaciones serán presentadas por un tercero (por ejemplo, una sociedad de comercio exterior encargada de la compra de las mercancías o el propio usuario final).

13. Como los acuerdos de comercio compensatorio suelen celebrarse para promover nuevas exportaciones o nuevos mercados para las exportaciones existentes, la selección de las mercancías intercambiables tal vez se condicione a que esas mercancías no sean una exportación tradicional del proveedor o, de serlo, a que vayan a ser revendidas en un nuevo mercado. Cuando el comprador haya comprado ya mercancías al proveedor o tenga algún compromiso previo de comprárselos, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que se ha de comprar algún nuevo tipo de mercancías y un volumen superior a lo establecido para que la operación pueda ser computada como de cumplimiento (véanse también los párrafos 5 y 6 del capítulo III relativos a la "adicionalidad" como factor determinante del alcance del compromiso de compensación). Es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio defina los requisitos que han de cumplir los productos o mercados para ser tenidos por nuevos, especificando qué productos y mercados serán considerados como nuevos o cuáles no.

14. Tal vez convenga establecer en el acuerdo de comercio compensatorio un procedimiento para adoptar decisiones sobre el tipo de mercancías intercambiables, sobre todo si la operación ha de ser a largo plazo o si han de intervenir muchas partes. Por ejemplo, las partes tal vez deseen formar un comité mixto que se reúna periódicamente para determinar las mercancías intercambiables y supervisar el cumplimiento del compromiso de compensación. Deberán coordinarse los procedimientos que se establezcan para determinar las mercancías intercambiables con los plazos del calendario de cumplimiento (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 20 a 23; para un examen general de la negociación, véase el capítulo III, párrafos 57 a 60). Ese comité mixto podría servir también para fijar los precios de las mercancías (véase el capítulo VI, "Fijación del precio de las mercancías", párrafos 21 a 24).

3. Servicios

15. Cuando el objeto de un contrato de suministro sean servicios, es aconsejable que en el acuerdo de comercio compensatorio se describan estos servicios con la mayor precisión posible. Aunque al celebrarse el acuerdo de comercio compensatorio no puedan acordarse determinados aspectos del servicio previsto, las partes facilitarían las subsiguientes negociaciones y harían más probable la celebración del contrato previsto si en el acuerdo de comercio compensatorio señalan los aspectos del servicio que ya puedan convenir. Esas precisiones dependerán del tipo de servicio previsto. Por ejemplo, si el futuro contrato es de transporte, las partes tal vez puedan precisar en el acuerdo de comercio compensatorio algunos de los siguientes aspectos: las rutas, el tipo de vehículos o de embarcaciones que deban utilizarse, cualquier equipo especial del que deba disponer el porteador, los tipos de mercaderías que deban transportarse, consideraciones especiales sobre cargas peligrosas, los permisos requeridos para efectuar el transporte y la parte que se encargará de obtenerlos. Si el servicio es de mantenimiento de equipo industrial, el acuerdo de comercio compensatorio podría especificar, por ejemplo, algunos elementos de ese programa de mantenimiento, así como el grado de eficiencia que deberá conservar el equipo. Cabría señalar, por ejemplo, una obligación de inspección periódica del equipo; el manual y el procedimiento que haya de seguirse; tareas de limpieza, ajuste y lubricación; la obligación de recambio de piezas defectuosas o gastadas; la duración convenida del servicio de mantenimiento; el calendario de mantenimiento; el expediente que haya de llevarse del servicio de mantenimiento; las obligaciones de las partes por concepto de averías y de reparaciones imprevistas; el modo de cálculo del precio del servicio.

4. Tecnología

16. Las operaciones de comercio compensatorio pueden consistir en la transferencia de procedimientos tecnológicos necesarios para la fabricación de productos o en la transferencia de conocimientos y técnicas necesarios para utilizar un determinado equipo industrial. La comunicación de estos procedimientos, conocimientos y técnicas suele denominarse transferencia de tecnología. Cuando se ha previsto la transferencia de tecnología en una operación de comercio compensatorio, esta operación suele formar parte del contrato de exportación, es decir, del contrato concertado al comienzo de la operación de comercio compensatorio junto con el acuerdo de comercio compensatorio en el que se estipula la ulterior concertación de un contrato de

exportación compensatoria. Por ejemplo, los contratos de exportación en operaciones de venta con pacto de compra o de compensación industrial indirecta comportan cierta transferencia de tecnología. No obstante, en algunas operaciones de comercio compensatorio el acuerdo de comercio compensatorio prevé la transferencia de tecnología en relación con un contrato de suministro aún por celebrar.

17. La transferencia de tecnología puede efectuarse por diversos medios. Uno de ellos es la concesión de licencias para la utilización de productos o procedimientos industriales protegidos por diversas formas de propiedad industrial. La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén una inscripción en el registro, sujeta a determinadas condiciones, de los inventos de productos o procedimientos industriales, que quedan así reconocidos y protegidos por la ley de propiedad industrial vigente en el territorio del país en que se efectúa la inscripción. El titular de la propiedad industrial obtiene el derecho exclusivo a explotar los productos y procedimientos objeto de propiedad industrial. Una forma común de protección de la propiedad industrial es la patente. Una vez concedida una patente, por el plazo prescrito en la ley, el invento patentado sólo podrá ser explotado, en el país que ha concedido la patente, con el consentimiento de su titular. El interesado podrá presentar una solicitud de patente en más de un país y se han concertado tratados internacionales por los que todo invento inscrito en una oficina de registro internacional designada a tal efecto se tendrá por patentado en cada uno de los Estados partes en el tratado; como tratados de esta índole cabe citar la Convención para el Establecimiento de un Sistema Europeo de Patentes, de 1973, y el tratado por el que se estableció la Organización Africana de la Propiedad Intelectual en 1962 y 1977. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconocen también otras formas de propiedad industrial. Por ejemplo, cabe proteger, mediante su inscripción en un registro las marcas comerciales que se utilizan como señales distintivas de la autenticidad de las mercancías e indicar su origen (o procedencia de determinado fabricante). Ninguna marca comercial protegida puede ser utilizada sin el consentimiento de su titular inscrito en el registro. La transferencia de tecnología puede ir asociada a la concesión de una licencia para la utilización de una marca comercial. El titular de una patente o de una marca comercial puede conceder una licencia para la utilización de la patente o de la marca comercial (es decir, permitir, bajo las condiciones estipuladas por la licencia, que se utilice el objeto patentado, o la marca comercial reconocida, a cambio de remuneración). Algunos ordenamientos jurídicos reconocen también otras formas de propiedad industrial, como las conocidas con el nombre de modelos de utilidad y diseños industriales.

18. Cuando el comprador requiera una determinada tecnología, es aconsejable que en el acuerdo de comercio compensatorio se haga una descripción lo más precisa posible de dicha tecnología. Sin embargo, en algunos casos el comprador puede preferir que las obligaciones del proveedor de la tecnología se definan principalmente en función de determinados parámetros de rendimiento que deban alcanzarse en la utilización de la tecnología (por ejemplo, la producción de mercancías en la cantidad y de la calidad estipuladas en el contrato). En tales casos, una descripción genérica de la tecnología pudiera bastar para el acuerdo de comercio compensatorio, pero exigiéndose al proveedor que presente una descripción detallada, al celebrarse el contrato de suministro.

19. Es posible que determinados procedimientos industriales sean conocidos únicamente por una empresa o por un número limitado de empresas. Tal vez estas empresas no deseen proteger los procedimientos industriales patentándolos con arreglo a lo previsto en la ley de propiedad industrial, o tal vez no hayan podido hacerlo. En cambio, sí pueden mantener confidenciales esos conocimientos. En tales casos, la transferencia de tecnología puede consistir en el suministro de dichos conocimientos (generalmente denominados know-how o "conocimientos de fabricación"). La transferencia de estos conocimientos de fabricación puede estar sujeta a condiciones que obliguen a la parte receptora a respetar su carácter confidencial. La información y las técnicas necesarias para el funcionamiento y mantenimiento de una planta pueden comunicarse a través de la capacitación de personal o mediante documentación. En una determinada operación la transferencia de tecnología puede efectuarse por uno o varios de los métodos descritos en este párrafo y en el anterior.

20. El proveedor de conocimientos de fabricación exigirá por lo general que se mantengan confidenciales. Esta obligación podrá imponerse en dos momentos. En primer lugar, el proveedor tal vez facilite información relativa a la fabricación durante las negociaciones para la concertación del acuerdo de comercio compensatorio, a fin de que el comprador pueda decidir si le interesa o no concertar un acuerdo de comercio compensatorio y hacer propuestas respecto de las cláusulas eventuales de ese acuerdo. El proveedor deseará que el comprador respete el carácter confidencial de esa información de fabricación comunicada. En segundo lugar, cuando se celebre algún contrato de suministro de conformidad con ese acuerdo de comercio compensatorio, el proveedor pedirá al comprador que también considere confidenciales los conocimientos de fabricación que le sean proporcionados a raíz de ese contrato. Para lograr esos resultados, en algunos ordenamientos jurídicos puede ser necesario que las partes, antes de iniciar las negociaciones, concierten un acuerdo por el que el comprador se comprometa a mantener el carácter confidencial de los conocimientos de fabricación comunicados durante las negociaciones, y que posteriormente se incorporen disposiciones sobre confidencialidad al acuerdo de comercio compensatorio y al contrato de suministro. En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, la obligación del comprador de mantener la confidencialidad de los conocimientos de fabricación comunicados emana de la obligación de las partes de actuar con buena fe en las negociaciones. El proveedor tal vez desee plantearse si es necesario complementar con una disposición expresa la obligación de confidencialidad impuesta por la ley.

21. El grado en que podrá imponerse al comprador la obligación de confidencialidad mediante cláusulas contractuales pudiera estar regulado por normas de derecho imperativo. Tales cláusulas contractuales deberán contener, entre otras cosas, una especificación clara de los conocimientos o datos de fabricación que deban mantenerse confidenciales, la duración de la confidencialidad y los casos en que sea posible revelarlo (por ejemplo, tal vez se permita revelar estos conocimientos en determinadas circunstancias o a determinadas personas). Las partes tal vez deseen estipular en el contrato que, de pasar a ser del dominio los conocimientos confidenciales, cesaría la obligación de confidencialidad y el pago de derechos de licencia. Asimismo, las partes tal vez deseen estipular que, por ejemplo, la persona contratada por el comprador para asesorarle en relación con el contrato de suministro tenga acceso a los conocimientos de fabricación en la medida en que sea

necesario para el ejercicio de sus funciones de asesoramiento. Tal vez deseen también estipular que si se pone fin al acuerdo de comercio compensatorio o al contrato de suministro a causa de un incumplimiento por parte del proveedor, y si el comprador desea lograr el objetivo fijado en el contrato de suministro contratando a otro proveedor, el comprador podrá revelar al otro proveedor aquella parte de los conocimientos confidenciales que sea necesaria para lograr ese objetivo. No obstante, podrá obligarse al comprador a que no comunique a su asesor, o al otro proveedor, ningún conocimiento de fabricación, sin haber antes obtenido de ellos el compromiso de no revelarlo a terceros.

22. Tal vez haya de imponerse una obligación de confidencialidad al proveedor de la tecnología, por ejemplo, cuando el contrato disponga que el comprador gozará de la exclusividad de esa tecnología, o cuando el proveedor se haya reservado el derecho a que se le comuniquen las mejoras hechas por el comprador en la tecnología. Al formular una cláusula contractual a este respecto, puede ser útil remitirse al análisis hecho en los dos párrafos anteriores.

23. La presente Guía Jurídica no regula exhaustivamente la negociación de contratos en lo relativo a la concesión de licencias de propiedad industrial o al suministro de conocimientos de fabricación, dado que este tema no es un problema específico del comercio compensatorio y ya se ha tratado con detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas 1/.

5. Inversiones

24. En algunas operaciones de comercio compensatorio, en particular en algunas operaciones de compensación industrial indirecta, se acuerda que el exportador, es decir, la parte que se ha comprometido a comprar mercancías, puede obtener crédito de cumplimiento mediante la inversión de capital. En ocasiones se acuerda que el exportador deberá cumplir una determinada parte del compromiso de compensación efectuando alguna inversión.

25. Es conveniente que se defina en el acuerdo de comercio compensatorio el tipo de inversiones que se considerarán para el cumplimiento del compromiso de compensación. Se pueden, por ejemplo, definir las inversiones computables para el cumplimiento del compromiso de compensación por el volumen de capital y la forma en que se ha de invertir; el territorio en que el beneficiario de la inversión tenga su sede social o su establecimiento; el tipo de actividades comerciales que vayan a resultar de la inversión; los mercados en que se dará salida a los productos o servicios del beneficiario de la inversión; el tipo de tecnología que vaya a utilizar el beneficiario de la inversión, o la propiedad de la tecnología.

26. Las partes pueden considerar si el crédito de cumplimiento otorgado por una inversión computable ha de ser igual al monto de la inversión o diferir de él (véase el capítulo III "Compromiso de compensación", párrafos 34 a 37). Además, puede considerarse si, al contabilizar el monto de la inversión para el cumplimiento del compromiso de compensación, han de deducirse los intereses o dividendos pagados al acreedor o inversionista.

C. Calidad de las mercancías

27. La cuestión de la calidad de las mercancías intercambiables suscita dos grandes cuestiones que las partes tal vez deseen tener en cuenta en el acuerdo de comercio compensatorio. En primer lugar, la especificación del nivel de calidad que esas mercancías deberán satisfacer; en segundo, el establecimiento de procedimientos para comprobar, antes de celebrar un contrato de suministro, que las mercancías ofrecidas cumplan los requisitos de calidad estipulados (inspección precontractual). Un acuerdo sobre estos dos aspectos de la determinación de la calidad puede ayudar a las partes a evitar discrepancias sobre sí, por ejemplo, la parte que tiene el compromiso de comprar mercancías a título compensatorio está o no obligada a comprar determinadas mercancías ofrecidas por el proveedor o si el precio al que se ofrecen estas mercancías corresponde verdaderamente a su valor.

1. Especificación de la calidad

28. Si en el acuerdo de comercio compensatorio no se ha especificado el tipo de mercancías, o si ese tipo sólo ha sido definido por referencia a ciertas categorías generales de mercancías, no podrá tampoco hacerse una descripción detallada de su calidad. En tales casos, las partes tan sólo podrán enunciar los requisitos de calidad en términos generales como "de primera calidad", "de calidad exportable" o "de calidad comercial". Cuando se especifique el tipo de mercancías, será conveniente también que se especifique la calidad con la mayor precisión posible. Si las mercancías son productos básicos o semimanufacturados con niveles normalizados de calidad (por ejemplo, alambre, láminas de acero o productos petroquímicos), puede bastar con enunciar algún criterio general de calidad o algún descriptor de un determinado grado de calidad. En el caso de los productos manufacturados, convendrá definir la calidad de forma más específica, por ejemplo, haciendo referencia a una norma de calidad, a los fines para los que las mercancías habrán de resultar aptas, al envasado, o a requisitos de seguridad y ambientales 2/.

29. Conviene señalar que la calidad de las mercancías puede estar sujeta a normas de diversos tipos. Pueden existir reglamentos imperativos que prescriban que las mercancías han de satisfacer determinadas normas mensurables de calidad. Además, el nivel de calidad que habrán de alcanzar las mercancías tal vez venga fijado por los usos comerciales en un determinado mercado o sector industrial. Hasta las mismas decisiones jurisprudenciales pueden fijar también normas de calidad, por ejemplo, cuando el productor de un producto sea declarado responsable de los perjuicios causados al usuario del producto porque, en opinión del tribunal, el diseño del producto no ofrecía seguridad. Pero también pueden existir normas o recomendaciones de calidad no imperativas adoptadas por entidades como asociaciones comerciales, cámaras de comercio o asociaciones de usuarios o de consumidores. Pueden establecer normas no imperativas hasta los propios organismos gubernamentales que se encargan de formular y de actualizar las normas de calidad para los productos y servicios comerciales. Las normas de calidad dimanantes de todas estas fuentes pueden diferir según los países o mercados. Concretamente, pueden existir diferencias fundamentales con respecto a las mercancías o servicios destinados al consumidor. A fin de evitar divergencias, sería conveniente especificar en el acuerdo de comercio compensatorio las normas que deberán satisfacer las mercancías intercambiadas y si una norma de calidad puede tener diversas versiones o interpretaciones, convendría vincularla a la de determinado país o mercado.

30. Cuando el objeto de un futuro contrato de suministro sea un determinado tipo de servicio, sería conveniente que en el acuerdo de comercio compensatorio se especifiquen las normas de calidad que deberán observarse en la prestación del servicio. Si existen normas establecidas por órganos profesionales, cabría describir la calidad del servicio con referencia a esas normas. Si no existe ninguna norma de este tipo, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que el servicio se prestará de conformidad con las normas que observaría un buen profesional al prestar este tipo de servicio. Si las normas profesionales difieren, sería conveniente que las partes especifiquen el país cuyas normas profesionales serían aplicables.

31. En el acuerdo de comercio compensatorio las partes quizá deseen prever, por ejemplo, antes de la celebración del contrato de suministro, los remedios disponibles al comprador en el evento de que las mercancías entregadas a tenor de los contratos de suministro celebrados en el marco de ese acuerdo no cumplan los requisitos de calidad estipulados en el acuerdo de comercio compensatorio o en ese contrato de suministro particular. Al incluir este tipo de cláusulas en el acuerdo de comercio compensatorio, las partes evitarían tener que negociar, cada vez que se celebre un contrato de suministro, la cuestión de las acciones eventualmente ejercitables por el comprador.

2. Control precontractual de la calidad

32. Esta sección analiza el control precontractual de la calidad, es decir, el que efectúa antes de celebrar un contrato de suministro la parte obligada a comprar para determinar si las mercancías ofrecidas se ajustan a las normas de calidad fijadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Si se prevén varios envíos de mercancías, las partes podrán acordar que el control precontractual de la calidad se efectúe sobre todas las mercancías que sean objeto de futuros contratos de suministro o sólo sobre algunas partidas de dichas mercancías. Gracias al control precontractual de la calidad es menos probable que, después de celebrado un contrato de suministro, se descubra que las mercancías no reúnen los requisitos de calidad convenidos. Cabe señalar que en el mismo contrato de suministro puede preverse una inspección de calidad antes de que el proveedor expida las mercancías ("inspección previa al envío"). Esta inspección previa al envío, que guarda relación con el cumplimiento de un contrato de suministro ya celebrado, no es un elemento que sea peculiar al comercio compensatorio y, por lo tanto, no se ha tratado en la Guía Jurídica.

a) Designación del inspector

33. El control precontractual de la calidad podrá hacerlo un inspector designado por la parte obligada a comprar o por ambas partes conjuntamente. Cuando el inspector vaya a ser designado conjuntamente, las partes tal vez deseen fijar criterios para la selección de ese inspector en el acuerdo de comercio compensatorio. Cuando se haya especificado el tipo de mercancías, las partes estarán en mejores condiciones para nombrar al inspector, pues sabrán qué tipo de conocimientos técnicos ha de poseer.

b) Procedimientos de inspección

34. Es aconsejable que las partes convengan en diversos aspectos del procedimiento de inspección en sí, a saber: el lugar y la fecha de la inspección; el marco temporal de la inspección; la forma en que se notificarán a las partes los resultados de la inspección; el mandato de un inspector designado conjuntamente; en el caso de un inspector designado por el comprador, la decisión de si se habrá de comunicar al proveedor el mandato del inspector; el deber de confidencialidad del inspector; los plazos para la presentación del dictamen del inspector; la estipulación de que todo dictamen de no conformidad de las mercancías esté debidamente motivado; el saber si para determinadas mercancías bastarán los procedimientos de muestreo y de prueba habituales o si se requerirán procedimientos de inspección especiales; la previsión de inspecciones o pruebas adicionales para el supuesto de que se impugne el resultado de una inspección (podrá acordarse, por ejemplo, que una parte pueda solicitar una nueva inspección por un segundo inspector, que en aras de una solución rápida la segunda inspección se lleve a cabo en un breve plazo, que a tal efecto se contrate a un árbitro experimentado e independiente, y que esta segunda inspección sea decisiva); y cómo se sufragará el costo de la inspección.

c) Efectos del dictamen del inspector

35. Podrá acordarse que el dictamen del inspector tendrá el valor de un parecer autorizado que servirá de base a las partes para decidir las medidas a adoptar. Otra posibilidad sería la de convenir en que el dictamen del inspector sobre la calidad de las mercancías afecte directamente a la relación contractual entre las partes. Por ejemplo, podría acordarse que si el inspector dictamina que las mercancías cumplen los requisitos de calidad estipulados en el acuerdo de comercio compensatorio, y si las partes han llegado a un acuerdo sobre las condiciones esenciales de un contrato de suministro, se tenga por concertado el contrato de suministro entre las partes. Si el dictamen fuera negativo, se consideraría como no aceptada la oferta del proveedor de celebrar un contrato de suministro, por lo que el rechazo de las mercancías no constituiría incumplimiento del compromiso de compensación. Las partes tal vez convengan en que un dictamen negativo y el consiguiente rechazo de las mercancías no alterarán el alcance del compromiso de compensación. Otra posibilidad consistiría en acordar que de emitirse un dictamen negativo, o en caso de rechazarse dos ofertas consecutivas de mercancías del mismo tipo a causa de un dictamen negativo, la parte obligada a comprar quedaría exenta del compromiso de compensación hasta un valor equivalente al de las mercancías rechazadas (véase también capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 7). Si el acuerdo de comercio compensatorio previera distintos niveles de calidad, podría acordarse utilizar el dictamen del inspector respecto de la calidad en una fórmula para determinar el precio de las mercancías.

D. Cuantía de las mercancías

36. Si el compromiso de compensación se refiere a mercancías de un determinado tipo, la cantidad de mercancías que habrá de comprarse podrá estipularse en el acuerdo de comercio compensatorio o determinarse cuando se celebren los contratos de suministro. Si las partes expresan el compromiso de compensación en términos monetarios más que cuantitativos, tal vez prefieran

aplazar la determinación de la cantidad de mercancías hasta que se celebre el contrato de suministro. Ese aplazamiento permitiría tener en cuenta las fluctuaciones del precio unitario de las mercancías. Un aumento del precio unitario significaría una reducción de la cantidad de mercancías que habría que comprar, y viceversa. Si el compromiso de compensación se expresa en términos del número de unidades que habrá de comprarse, las partes quizá deseen estipular una cantidad monetaria mínima que obligara a compensar cualquier disminución del precio unitario con la compra de unidades adicionales.

37. Si el acuerdo de comercio compensatorio prevé varios tipos posibles de mercancías, la determinación de la cantidad de mercancías de cada tipo que deberá comprarse podrá aplazarse hasta que se celebren los contratos de suministro. El valor total de las compras habría de ajustarse a la cifra fijada como compromiso en el acuerdo de comercio compensatorio. En el acuerdo de comercio compensatorio podrá especificarse un porcentaje mínimo, y también máximo, del compromiso de compensación que podrá cumplirse con la compra de cada tipo de mercancías.

38. Si las partes no están en situación de determinar la cantidad en el acuerdo de comercio compensatorio, tal vez convenga fijar en éste un plazo para convenir dicha cantidad. Las partes podrán remitirse a una fecha concreta (por ejemplo, 30 días antes del término de un subperíodo del plazo de cumplimiento) o a un acontecimiento en el contrato en la otra dirección (por ejemplo, en una venta con pacto de compra de productos podrá acordarse que la cantidad sea determinada al entrar en funcionamiento la planta suministrada en virtud del contrato de exportación).

39. Podrá acordarse igualmente que, en momentos especificados del plazo de cumplimiento del compromiso de compensación, la parte obligada a comprar deba comunicar una estimación de las cantidades de mercancías que espera comprar en el período subsiguiente. Análogamente, la parte obligada a suministrar mercancías podrá comprometerse a enviar periódicamente una estimación de la cantidad de mercancías que espera suministrar. Las partes tal vez deseen convenir en un margen de divergencia tolerado entre las cantidades estimadas y las cantidades efectivamente compradas o suministradas.

40. Cuando el importe abonado por el contrato de exportación vaya a ser utilizado para pagar el contrato de exportación compensatoria, es aconsejable que las partes se aseguren de que la cantidad comprada en virtud del contrato de exportación sea tal que el importe del contrato de exportación cubrirá el pago del contrato de exportación compensatoria. Los mecanismos de pago utilizados en esos casos se examinan en el capítulo VIII.

41. Si las partes prevén la posibilidad de comprar cantidades superiores a las estipuladas en el acuerdo de comercio compensatorio, quizá deseen prever si conviene dar alguna preferencia a los pedidos adicionales del comprador con respecto a los de otros compradores potenciales. Una cuestión conexas sería la de determinar si las cantidades adicionales se suministrarán en iguales condiciones que las cantidades inicialmente previstas en el acuerdo de comercio compensatorio.

42. Las partes podrán dejar que la cantidad de mercancías se determine en función de las necesidades del comprador. En tales casos, las partes tal vez deseen considerar si el proveedor ha de ser la única fuente de suministro de esas mercancías para el comprador y si la cuantía comprada ha de situarse en el interior de unos márgenes especificados en el acuerdo de comercio compensatorio. La cantidad de mercancías también podrá determinarse en función de la producción de un determinado producto por el proveedor. Este enfoque puede, por ejemplo, utilizarse en una venta de instalaciones con pacto de compra de productos. Las partes tal vez deseen estipular, también en este caso, que las compras eventuales habrán de situarse en el interior de unos márgenes fijados en el acuerdo de comercio compensatorio.

E. Modificación de las cláusulas referentes al tipo,
la calidad y la cuantía de las mercancías

43. Pudiera ser necesario revisar las cláusulas referentes al tipo, la calidad y la cuantía de las mercancías por no disponerse de las mercancías especificadas en el acuerdo de comercio compensatorio, por el deseo de agregar otros productos a la lista, por haberse producido algún cambio en las condiciones comerciales de la operación o por haber cambiado los objetivos comerciales de las partes o las reglamentaciones que rijan las mercancías seleccionables para la operación compensatoria. Podría acordarse, sobre todo en operaciones a largo plazo, que las partes revisaran las cláusulas referentes al tipo, la calidad y la cuantía de las mercancías a intervalos periódicos o a raíz de ciertos cambios de circunstancias indicados en el acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, una modificación del precio de las mercancías, que rebasara un determinado umbral). La revisión podría efectuarse en el marco de un mecanismo de supervisión y coordinación del cumplimiento del compromiso de compensación (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 61 a 74).

44. Para evitar un procedimiento de modificación, las partes tal vez deseen estipular que en ciertas condiciones cabría anotar en el "crédito de cumplimiento" la compra de mercancías distintas de las convenidas en el acuerdo de comercio compensatorio o de las que figuren en la lista de mercancías intercambiables. Por ejemplo, cabría exigir que esas compras satisfagan algún criterio de adicionalidad (capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 5 y 6), o estipularse que se contabilizaran como crédito de cumplimiento, pero con arreglo a una tasa reducida (para un examen más detallado de las cláusulas que autorizan a contabilizar las compras no conformes como partidas del crédito de cumplimiento del compromiso de compensación, véase el capítulo III, párrafo 33).

Notas

1/ La negociación y redacción de contratos para la concesión de licencias de propiedad industrial y el suministro de conocimientos de fabricación se examinan en detalle en el documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual titulado Guía de licencias para los países en desarrollo (publicación de la OMPI N° 620 e), 1977). Las principales cuestiones que deben tenerse en cuenta al negociar y redactar este tipo de

contratos figuran en las Pautas para la evaluación de acuerdos de transferencia de tecnología, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Serie "Desarrollo y transferencia de tecnología", Núm. 12 (ID/233, 1979), y en la Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta E.70.II.E.15). Otras publicaciones pertinentes que cabe citar son el Manual de adquisición de tecnología por los países en desarrollo (UNCTAD/TT/AS/5) y la Guide to Guarantee and Warranty Provisions in Transfer-of-Technology Transactions (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta E.89.III.E.4). Actualmente, la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial está preparando un manual sobre la transferencia de tecnología.

2/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 28 (véase el párrafo 13 de la "Introducción" respecto de una aplicación eventual de este tipo de cláusulas):

Suponiendo que la "compañía Y" se haya comprometido a comprar mercancías a la "compañía X", la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio podría precisar los puntos siguientes:

"Cuando la compañía X, en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio, haga una oferta para la celebración de un contrato de suministro, las mercancías ofrecidas deberán:

- a) ser aptas para las aplicaciones a que ordinariamente se destinen las mercancías del mismo tipo;
- b) ser aptas para cualquier aplicación especial que expresa o tácitamente se haya dado a conocer a la compañía X en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio;
- c) poseer cualidades que sean conformes con las de la muestra o modelo que la compañía X haya presentado a la compañía Y;
- d) estar envasadas o embaladas en la forma que sea habitual para tales mercancías o, de no existir una forma habitual, de manera adecuada para conservarlas y protegerlas."

Esta cláusula se inspira en el artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/19), primera parte).

VI. DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LAS MERCANCIAS

Resumen

El presente capítulo se refiere a los métodos para determinar el precio de las mercancías que serán objeto del contrato de suministro que ha de celebrarse conforme al compromiso de compensación. Se refiere también a ciertas cuestiones relativas a la fijación del precio con que se tropieza en los contextos concretos de la prestación de servicios y la transferencia de tecnología. Se considera además la selección de la moneda en la que se vaya a expresar el precio y la revisión de éste.

Es aconsejable que las partes precisen en el acuerdo de comercio compensatorio el precio de las mercancías que sean objeto del futuro contrato de suministro. Cuando las partes no lo puedan hacer, es conveniente prever en el acuerdo de comercio compensatorio un método para determinar el precio en el momento en que se celebre el contrato de suministro (párrafos 1 a 6).

La moneda en la que se ha de pagar el precio puede entrañar riesgos derivados de la fluctuación de los tipos de cambio entre esa y otras divisas. Al estipular la moneda, las partes deberán tener en cuenta cualquier reglamento eventual de control de cambios. Las partes tal vez deseen expresar el precio en una moneda estable o en una unidad de cuenta (párrafos 7 a 10).

En el acuerdo de comercio compensatorio se puede prever la determinación del precio con referencia a alguna norma, método que indica un precio en el momento de la celebración de un contrato de suministro de tal manera que no dependa de la voluntad de las partes. Entre las posibles normas de referencia para el precio figuran: el precio cotizado en el mercado por mercancías o servicios de calidad normalizada; el costo de producción de las mercancías; el precio del competidor; el precio del cliente más favorecido (párrafos 11 a 20).

Las partes pueden pactar en el acuerdo de comercio compensatorio que el precio que se haya de pagar conforme a un futuro contrato de suministro se negociará en algún momento posterior a la celebración del acuerdo de comercio compensatorio. Es aconsejable que, en la medida de lo posible, las partes acuerden ciertas directrices para la negociación del precio (párrafos 21 a 24).

A veces las partes disponen que el precio sea fijado por un tercero independiente (por ejemplo, un especialista en el mercado de las mercancías de que se trate) (párrafos 25 y 26). A veces se acuerda que el precio será determinado por una de las partes en el acuerdo de comercio compensatorio, método a cuyo respecto conviene aconsejar la mayor cautela (párrafo 27).

Los precios de los servicios pueden fijarse en función de tasas unitarias de actividad laboral o a tanto alzado, o incluso en función del reembolso de los gastos (párrafos 28 a 31).

Para fijar el precio para una transferencia de tecnología, las dos formas principales son el pago de una suma global y el pago de derechos de patente (párrafos 32 a 38).

Cuando varios envíos se escalonan a lo largo de un período, puede resultar necesario revisar el precio para que refleje los cambios registrados en las condiciones económicas subyacentes. Esa revisión podría efectuarse con arreglo a un calendario o atendiendo a cambios objetivos en las condiciones económicas (párrafos 39 a 43). Entre los posibles métodos de revisión del precio figura la reaplicación del utilizado para determinar el precio original (párrafo 44); una cláusula de indización, método por el cual el precio de las mercancías objeto de comercio compensatorio se hace depender de los niveles de precios de mercancías o servicios concretos (párrafos 45 a 47); una cláusula monetaria o de unidad de cuenta, que vincularía el precio a un tipo de cambio entre la moneda en la que se ha de pagar el precio y alguna otra moneda previamente estipulada (párrafos 48 a 52).

A. Observaciones generales

1. Convendría que las partes indicaran en el acuerdo de comercio compensatorio el precio de las mercancías que serán objeto del futuro contrato de suministro. Si las partes no pueden fijar el precio en el acuerdo, es aconsejable que establezcan un método con arreglo al cual el precio se determinará en el momento de la concertación del contrato de suministro. Cuando hayan de concertarse contratos en ambas direcciones, puede acordarse el establecimiento de métodos de determinación de precios para los contratos concertados en cada una de las dos direcciones. El presente capítulo se ocupa de los métodos para determinar el precio una vez celebrado el acuerdo de comercio compensatorio, y trata también de algunas cuestiones que se plantean en los contextos específicos del suministro de servicios y de la transferencia de tecnología. Además, se examina la moneda en la que se expresa el precio y la revisión del mismo.

2. Es posible que las partes deban postergar la fijación del precio, por ejemplo, cuando el tipo concreto de mercancías no haya sido identificado en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio o cuando se dé un intervalo prolongado entre la celebración del acuerdo de comercio compensatorio y la celebración de determinado contrato de suministro. La existencia de ese intervalo podría inducir a las partes a postergar la fijación del precio ante la posibilidad de que durante el mismo el precio fluctúe o se produzca un cambio en las condiciones económicas subyacentes. En algunos casos, las partes pueden fijar el precio de un envío inicial y dejar la determinación del precio de los envíos subsiguientes para una etapa ulterior. La previsión de un método para determinar el precio ayudaría a las partes a evitar controversias eventuales sobre cuál debe ser el precio adecuado, lo que podría retardar o impedir la celebración de los contratos de suministro. Tales divergencias pueden acentuarse cuando una de las partes espera que un contrato de suministro en una dirección no va a ser ventajoso y desea contrarrestar la pérdida prevista mediante la fijación del precio del contrato en la otra dirección.

3. En una operación de trueque tal vez no sea necesario incluir una disposición relativa al precio, porque las mercancías expedidas en una dirección constituyen el pago de las mercancías expedidas en la otra. No obstante, pueden plantearse cuestiones relativas a la determinación del

precio en este tipo de operaciones si las partes deciden calcular el valor relativo de sus envíos en términos monetarios, en lugar de hacerlo simplemente en términos de volumen y calidad, o si los envíos tienen distinto valor y la diferencia ha de compensarse en dinero. La determinación del precio será también necesaria cuando los reglamentos aduaneros requieran la indicación del valor monetario de las mercancías para su entrada en el país.

4. Al fijar el precio de las mercancías objeto de comercio compensatorio conviene que las partes aclaren si el precio incluye o no ciertos costos accesorios al costo en sí de las mercancías, por ejemplo, los costos de transporte o seguro, pruebas de funcionamiento, o derechos aduaneros y otros impuestos. Algunos de los componentes del precio pueden ser precisados mediante el recurso a alguna cláusula comercial adecuada, como cualquiera de las definidas en las INCOTERMS 1990 de la Cámara de Comercio Internacional 1/.

5. Es posible que las partes deseen estipular el momento en que ha de calcularse el precio, sobre todo cuando se trata de mercancías cuyo precio podría fluctuar. Cuando la operación de comercio compensatorio versa sobre un solo envío o varios envíos dentro de un plazo relativamente breve, y el precio ha de determinarse solamente una vez, podría convenirse en una fecha determinada. En algunos casos, el mecanismo de fijación del precio puede ponerse en marcha cuando se produce determinado acontecimiento tal como la puesta en funcionamiento de una planta en el contexto de una venta de instalaciones con pacto de compra de productos o la presentación de un pedido. Cuando vaya a efectuarse una serie de envíos durante un período de tiempo prolongado, cabría señalar varias fechas para la determinación del precio, o convenir en el acuerdo de comercio compensatorio algún mecanismo para la revisión del precio inicial.

6. Las partes deben tener presente que es posible que haya alguna reglamentación imperativa que afecte el nivel al que puede fijarse el precio. Por ejemplo, si se ofrecen precios inferiores al precio del mercado, las mercancías serían tal vez sometidas a algún derecho de importación protector contra la competencia desleal.

B. Moneda del precio

7. La moneda en la que se pagará el precio puede entrañar ciertos riesgos para las partes por razón de las fluctuaciones del tipo de cambio con otras monedas. Si el precio ha de pagarse en la moneda del país del proveedor, el comprador soportará las consecuencias de las fluctuaciones del tipo de cambio entre esa moneda y la de su país. Por el contrario, el proveedor se hará cargo de las consecuencias de una fluctuación del tipo de cambio entre la moneda de su país y la de otro país en la que tenga que pagar el equipo, los materiales o los servicios necesarios para la producción de las mercancías. Si el precio debe pagarse en la moneda del país del comprador, el proveedor soportará las consecuencias de las fluctuaciones del tipo de cambio entre esa moneda y la moneda de su país. Si el precio debe pagarse en la moneda de un tercer país, cada una de las partes asumirá las consecuencias de las fluctuaciones del tipo de cambio entre esta moneda y la moneda de su respectivo país. Si una institución financiera ha otorgado al comprador un préstamo para la compra de las mercancías, puede que el comprador prefiera que el precio se pague en la moneda en que se ha otorgado el préstamo.

8. Al estipular la moneda en la que se pagará el precio, las partes deberán tener presente los reglamentos en materia de cambios y los tratados internacionales vigentes en el país del proveedor y en el del comprador, que tal vez rijan imperativamente esta cuestión. Las partes deberán también tener en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos el precio de un contrato internacional debe pagarse en la moneda en la que se expresa, mientras que en otros ordenamientos se permite, o incluso se exige, que el pago se efectúe en la moneda del lugar de pago, aun cuando el precio se haya expresado en una moneda extranjera.

9. En el acuerdo de comercio compensatorio se podría expresar el precio en una moneda que las partes consideren estable o en una unidad de cuenta que no sea una moneda nacional, pero estipular que el pago se efectuará en otra moneda. El resultado así obtenido sería semejante al conseguido con una cláusula monetaria (véanse los párrafos 48 a 50 del presente capítulo), y las restricciones que imponga la ley aplicable a este tipo de cláusulas se aplicarían probablemente también al tipo de estipulación aquí considerado. De adoptarse esta solución, sería aconsejable estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que sería aplicable el tipo de cambio vigente en determinado lugar y en determinada fecha.

10. No es conveniente que en el contrato se exprese el precio total en dos o varias monedas, y se autorice al deudor o al acreedor para que decida en cuál de ellas se ha de pagar. Una cláusula de ese tipo protege solamente a la parte que puede escoger, y su elección podría reportarle una ganancia injustificada.

C. Determinación del precio después de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio

1. Norma comercial de referencia aplicable

11. El acuerdo de comercio compensatorio puede prever la determinación del precio por referencia a alguna norma comercial (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafo 44). Ese método permite dejar que el precio sea determinado en el momento de la celebración del contrato de suministro con arreglo a un criterio objetivo, que no dependa de la voluntad de las partes.

12. Tal vez las partes deseen estipular un procedimiento a seguir de resultar inaplicable la norma de referencia que seleccionen (por ejemplo, porque no pueda conocerse, como previsto, el precio del mercado). Por ejemplo, las partes podrían estipular que el precio fuera fijado con referencia a alguna norma alternativa o que fuera determinado por un tercero.

a) Precio del mercado para mercancías o servicios de calidad normalizada

13. Cuando las mercancías identificadas en el acuerdo de comercio compensatorio sean productos básicos o productos semiacabados (por ejemplo, granos, aceite, metales, lanas) cuyo precio en el mercado sea anunciado periódicamente, las partes pueden convenir en vincular el precio de las mercancías intercambiadas al precio anunciado. Esta vinculación a un precio

de referencia normalizado podrá aplicarse también para determinar el precio de servicios si el servicio de que se trate en cada caso estuviere normalizado y si existiere un precio señalado para dicho servicio. Estos servicios normalizados podrán ser, por ejemplo, el transporte; la recolección, limpieza, clasificación o embalaje de determinados tipos de mercancías; o la pintura de superficies homologadas, como en los barcos. Si las mercancías o servicios se cotizan en varios mercados, es aconsejable que las partes indiquen el mercado o la bolsa a que se ha de hacer referencia. A fin de protegerse contra las fluctuaciones de precios, la norma de referencia puede prever que se hará un promedio de los precios anunciados en distintos momentos convenidos (por ejemplo, los precios anunciados el primer día laborable del mes durante los seis meses precedentes a la fecha de la determinación del precio).

b) Costo de producción

14. Tal vez las partes deseen convenir en que el precio ha de basarse en el costo de producción de las mercancías para el proveedor, más una suma para cubrir sus gastos generales y ganancias. Podría adoptarse un criterio de ese tipo en los casos en que no pueda preverse el costo exacto de los distintos insumos en el momento en que se celebra el acuerdo de comercio compensatorio. A fin de limitar el riesgo del comprador de tener que pagar un precio excesivo es aconsejable que, cuando sea posible, las partes estipulen en el acuerdo de comercio compensatorio la cantidad de insumos (por ejemplo, materias primas, energía y mano de obra) que se requerirán para la producción de una unidad de la mercancía de referencia. Quizá las partes también deseen estipular que el proveedor debe llevar algún libro que refleje los costos de producción de conformidad con las formas y procedimientos requeridos por el comprador, y que este último tendrá acceso a dicho libro. Puede aplicarse este procedimiento cuando el contrato por concertar dependa de una solución tecnológica que no haya sido aún plenamente desarrollada y no pueda preverse el costo exacto de su desarrollo.

c) Precios del competidor

15. El precio puede fijarse en función del precio cobrado por determinado competidor que produzca el mismo tipo de mercancías que aquellas que serán entregadas conforme al contrato de suministro. Si el acuerdo de comercio compensatorio no identifica al competidor, puede establecer criterios para la selección de un competidor (por ejemplo, criterios geográficos o criterios relacionados con el volumen de la producción del mismo tipo de mercancías). Dado que el competidor podría vender un producto a distintos precios en distintas regiones geográficas y mercados, convendría que el acuerdo identificara el mercado al que se hará referencia. La cláusula relativa al precio podría también indicar de qué manera se obtendrá la información sobre el precio del competidor y la fecha o fechas en que deberá considerarse ese precio. Además, las partes pueden convenir en excluir expresamente cualquier precio con descuento que se cobre a determinados clientes (precios preferenciales); por ejemplo, los precios que se cobren por las mercancías cuando éstas sean adquiridas por organizaciones de socorro o por los propios empleados del proveedor.

16. Tal vez no pueda aplicarse el precio del competidor sin reajustarlo en los casos en que se basa en una cantidad considerablemente superior o inferior a la cantidad que se pretende adquirir conforme al acuerdo de comercio compensatorio. El precio del competidor tal vez tampoco resulte conveniente cuando las mercancías sean de una calidad diferente, o en los casos en que ese precio se base en condiciones de pago (por ejemplo, pago diferido) que no ofrezca el proveedor de las mercancías compensatorias, o si los costos de transporte o de seguro y los gravámenes públicos incluidos en el precio del competidor difieren del importe que haya de incluirse en el precio de las mercancías compensatorias. Por consiguiente, convendría estipular que sólo se tendrá en cuenta el precio cobrado por envíos que sean comparables en cuanto a cantidad, calidad, condiciones de entrega y pago con el futuro contrato de suministro, o que ciertos montos deberán ser sumados o deducidos del precio del competidor a fin de compensar esas diferencias.

17. Es posible que las partes convengan en que el precio ha de fijarse en función del precio de varios competidores. Una cláusula de ese tipo puede identificar a los competidores, o bien, prever que cada una de las partes ha de obtener cotizaciones de determinado número de competidores. En caso de que no se identifique a los competidores, convendría que en la cláusula se especificaran los países o regiones en los que las partes han de solicitar las cotizaciones. También convendría que el acuerdo de comercio compensatorio indicara la forma en la que ha de calcularse el precio de los competidores (por ejemplo, si ha de calcularse el precio medio o la mediana de los precios). Tal vez las partes deseen fijar el plazo durante el que podrán solicitarse las cotizaciones. Al hacerlo, deben tener en cuenta el tiempo necesario para obtener las cotizaciones así como la necesidad de basar el cálculo en los precios vigentes.

18. Cuando la parte que se compromete a comprar las mercancías fabrica mercancías del mismo tipo, podría convenirse en que el precio se determinará basándose en el precio cobrado por el comprador o en sus costos de fabricación. Un criterio así podría adoptarse, por ejemplo, en una venta con pacto de compra, en la que el productor de determinado tipo de mercancías vende una instalación que produce ese mismo tipo de mercancías y conviene en comprar en compensación los productos resultantes.

d) Cláusula del cliente más favorecido

19. Podría convenirse en que el precio de las mercancías objeto de comercio compensatorio se basará en el precio más bajo por el que el proveedor suministra mercancías del mismo tipo a otros clientes. En algunos casos, las partes pueden restringir la cláusula a determinada categoría de clientes (por ejemplo, clientes de determinado país). Puede que las partes deseen indicar los medios que utilizarán para identificar al cliente más favorecido. Por ejemplo, podría exigirse al proveedor que proporcione determinado tipo de información que indique los precios que cobra a otros clientes. También convendría cerciorarse de que el precio al cliente más favorecido sea aplicable a los envíos que se efectúen de conformidad con el acuerdo de comercio compensatorio (véase el párrafo 16 del presente capítulo). Tal vez las partes deseen indicar la fecha en la que ha de determinarse el precio al cliente más favorecido. Además, es posible que deseen especificar los precios

especialmente rebajados (precios preferenciales) que ofrezca el proveedor a determinados clientes y que no deban tenerse en cuenta (véase el párrafo 15 del presente capítulo). El ámbito de aplicación de la cláusula al cliente más favorecido puede ampliarse estipulando que el precio se fijará según el precio más bajo que cobre el proveedor u otros determinados proveedores del mismo tipo de mercancías.

e) Aplicación de más de una norma comercial de referencia

20. El acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que el precio ha de determinarse según una fórmula que abarque dos o varias normas de referencia. Por ejemplo, el precio podrá fijarse promediando los precios derivados de las normas de referencia escogidas. Otra posibilidad es que el precio deducido de determinada norma de referencia se compare con los precios deducidos de otra o varias otras normas de referencia. Si la diferencia entre el precio deducido de la norma escogida y los otros precios con los que se compara no pasa de cierto límite, se aplicará el precio deducido de la norma de referencia escogida. Si la diferencia pasa de cierto límite, el precio definitivo será, por ejemplo, el promedio de los precios deducidos de todas las normas de referencia. Esas técnicas podrían resultar útiles cuando se desea evitar la posibilidad de que el precio resultante de la aplicación de una norma de referencia única no refleje el valor del mercado de determinado producto en el momento en que ha de efectuarse la compra.

2. Negociación

21. Las partes pueden estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el precio que haya de pagarse en virtud del futuro contrato de suministro se negociará en un momento ulterior a la concertación del acuerdo de comercio compensatorio. Convendría que, dentro de lo posible, las partes acordaran directrices para la determinación del precio. (En el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 44 a 46 y 57 a 60, figura un examen de los procedimientos que las partes pueden establecer para las negociaciones y de las directrices para la determinación del precio.)

22. Las directrices para la determinación del precio pueden establecer límites mínimos y máximos dentro de los que el precio ha de negociarse. Al establecer esos límites, las partes podrían utilizar normas relativas al precio como las que se describen en los párrafos 11 a 20 del presente capítulo. Por ejemplo, podría convenirse en que el precio no debe ser más que un 5% superior o un 5% inferior al precio cobrado por un competidor.

23. Otra posibilidad es que las directrices se limiten a establecer un precio de referencia que ha de tenerse en cuenta en las negociaciones. Al formular una directriz de este tipo, las partes podrían utilizar normas relativas al precio, tales como las que se describen en los párrafos 11 a 20 del presente capítulo. Por ejemplo, puede convenirse en que el precio se negociará teniendo en cuenta el precio de determinado competidor.

24. Una directriz relativa a las negociaciones también podría asumir la forma de una declaración en el sentido de que el precio de las mercancías ha de ser "competitivo", "razonable", o del "mercado mundial". Una cláusula de ese tipo puede resultar aceptable cuando las mercancías son de una calidad normalizada.

La directriz podría ser más precisa si especificara, por ejemplo, si el precio ha de basarse solamente en precios pagados al proveedor por otros compradores o si ha de basarse también en los precios que cobran otros proveedores, el período al que las partes deben referirse cuando determinan lo que entienden por precio "competitivo", "razonable" o del "mercado mundial", y, si hay diferencias de precios entre distintos mercados, cuáles serán los mercados, tipos de compradores o territorios geográficos a los que se hará referencia.

3. Precio fijado por un tercero

25. Algunas veces las partes estipulan que el precio ha de ser fijado por un tercero independiente (por ejemplo, un especialista de mercados para las mercancías de que se trata). En el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 47 a 54, se examina la determinación por terceros de cláusulas contractuales. Un criterio de ese tipo podría aplicarse en combinación con una cláusula que prevea la determinación negociada del precio, de suerte que la determinación del precio se confiase al arbitrio de un tercero en el caso de que las partes no lograsen ponerse de acuerdo en la negociación de un precio.

26. El acuerdo de comercio compensatorio deberá delimitar el mandato del tercero mediante directrices como las que se examinan con respecto a la negociación (párrafos 21 a 24 del presente capítulo). Quizá las partes deseen fijar algún término para la remisión del asunto a un tercero, a fin de que el precio sea fijado a tiempo para que los contratos se celebren conforme al calendario previsto.

4. Precio fijado por una de las partes

27. Algunas veces se conviene en que el precio será fijado por una de las partes en el acuerdo de comercio compensatorio. Debe desaconsejarse una solución de este tipo, ya que deja la determinación del precio al albedrío de una persona interesada en el resultado de dicha determinación. En muchos ordenamientos jurídicos, un acuerdo de este tipo no sería vinculante. (Para más detalles, véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 55 y 56.)

D. Determinación del precio de los servicios

28. Cuando en el acuerdo de comercio compensatorio las partes designen un servicio como objeto del futuro contrato de suministro (por ejemplo, servicios de mantenimiento, reparación, transporte, construcción), sería aconsejable que, en la medida de lo posible, dejen bien resueltas en el acuerdo de comercio compensatorio determinadas cuestiones relativas al precio de los servicios. Con ello, las partes facilitarían la negociación del contrato de suministro previsto.

29. En la fijación del precio de los servicios cabe emplear varios métodos. Uno de ellos consiste en ponerse de acuerdo sobre una tasa unitaria, es decir, sobre una tasa por cada unidad de la actividad laboral correspondiente. Esa unidad laboral podría, por ejemplo, ser alguna unidad cuantitativa del resultado (por ejemplo, un metro cuadrado de pared pintada, un kilómetro de

transporte de mercancías, un metro cúbico de material excavado, una hora de trabajo). Este método puede resultar adecuado cuando los servicios en cuestión sean de carácter rutinario o cuando no pueda preverse con exactitud la cantidad requerida en el momento de llegar al acuerdo de comercio compensatorio. De no haberse estipulado la revisión del precio unitario de sobrevenir algún cambio en los costos unitarios, el proveedor correrá con el riesgo de que aumenten los costos de los materiales y la mano de obra por cada unidad, pero se beneficiará de cualquier reducción en dichos costos.

30. Otro método consiste en formular el precio como un tanto alzado pagadero por el servicio especificado. Con ello, el comprador conocería por adelantado el precio total del servicio y el proveedor asumiría el riesgo de que sobrevenga algún aumento en el costo de dicho servicio, pero se beneficiaría de resultar el costo inferior al calculado de antemano. Al poderse incluir en el precio a tanto alzado cierta cantidad por concepto de compensación al proveedor por asumir el mencionado riesgo, en algunos casos el precio tal vez resulte más alto que si se aplicara el método de los costos reembolsables para la determinación del precio a pagar por el mismo servicio (véase el párrafo siguiente). Además, la fijación del precio a tanto alzado obliga a pormenorizar el alcance del servicio en las cláusulas del contrato y tal vez sea aconsejable que, en el acuerdo de comercio compensatorio, el comprador establezca el modo de controlar las prestaciones del proveedor para cerciorarse de que éste no reduce sus costos utilizando materiales o métodos de trabajo de calidad inferior.

31. Otro método más es el que consiste en estipular que al proveedor del servicio se le abone alguna tarifa por concepto de gastos generales y margen de beneficios, y que se le resarza de sus gastos con arreglo a alguna cláusula de reembolso. Sería muy conveniente que el acuerdo de comercio compensatorio especifique con toda claridad qué costos serán reembolsables y cuáles habrá de sufragar el proveedor con cargo a la tarifa cobrada. Gastos reembolsables podrían ser, por ejemplo, los salarios del personal que interviene directamente en el cumplimiento del contrato, los renglones ordinarios de materiales o equipo empleados en la prestación del servicio, o bien los costos sobrevenidos al recurrir a determinada clase de subcontratistas. Por lo común, la solución que ofrece a cada parte mejor oportunidad de prever sus costos es la que consiste en enumerar los que se han de reembolsar y estipular que todos los demás habrán de ser sufragados por el proveedor; algunas veces, sin embargo, las partes deciden enumerar los costos no reembolsables y estipular que habrán de ser reembolsados todos los demás costos razonables.

E. Determinación del precio para la transferencia de tecnología

32. Algunas veces el acuerdo de comercio compensatorio contempla la concertación futura de un contrato de suministro que lleva aparejada la transferencia de tecnología (véase el capítulo V, "Tipo, calidad y cuantía de las mercancías", párrs. 16 a 23). En tales casos, es aconsejable que las partes, en la medida de lo posible, aborden en el acuerdo de comercio compensatorio una serie de cuestiones concretas referentes a la fijación del precio de la tecnología. Dejar resueltas tales cuestiones en el acuerdo de comercio compensatorio puede facilitar la concertación del contrato de suministro que conlleve la transferencia de tecnología. Estas cuestiones, expuestas en los párrafos siguientes, son objeto de un análisis más detallado en publicaciones que tratan de la transferencia de tecnología en general 2/.

33. Las dos formas principales de fijación del precio por transferencias de tecnología son el pago de un tanto alzado o el pago de derechos de patente. De optarse por el método del tanto alzado, el precio total quedaría fijado desde un principio. Entre las cuestiones fundamentales que dicho método plantea cabe señalar la determinación del momento del pago y si éste habrá de efectuarse en un solo desembolso o a plazos. Con arreglo a la legislación de algunos países, el recurso al método del tanto alzado puede estar sujeto a ciertas condiciones. Estas condiciones, por ejemplo, pueden restringir los tipos de transferencia (por ejemplo, adquisición de derechos de patente o determinados tipos de asistencia y de servicios técnicos) o los sectores en los cuales esté permitido recurrir al método del tanto alzado; también pueden establecer la base sobre la que haya de calcularse el tanto alzado y exigir una autorización especial de las autoridades.

34. Si se recurre al método de los derechos de patente, el precio a pagar (es decir, los derechos) se establece con referencia a algún resultado económico de la aplicación de la tecnología transferida. La legislación de algunos países impone el empleo del método de pago por derechos de patente para determinados tipos de licencia de propiedad industrial o de acuerdos de transferencia de tecnología. El pago de derechos se halla típicamente vinculado a la producción, ventas o beneficios derivados de la aplicación de la tecnología. Allí donde se emplea el volumen de producción como factor de referencia, el canon a pagar puede determinarse, por ejemplo, en forma de una suma fija por unidad o cantidad (por ejemplo, por tonelada o por litro) producida. La legislación de algunos países limita la libertad de las partes para llegar a acuerdos sobre el canon que ha de pagarse basándose en la producción. Por ejemplo, puede exigirse que para determinados tipos de licencias o transferencias de tecnología el canon a pagar dependa del volumen de ventas.

35. La vinculación del canon a las ventas tiene la ventaja de no imponer al cesionario de la transferencia de tecnología la obligación del pago por mercancías que hayan sido producidas pero no vendidas. Las partes que deseen acogerse a este sistema deberán decidir si el canon a pagar ha de basarse en el precio de venta bruto o en el precio de venta neto. Este último método brinda la posibilidad de excluir del cálculo del canon una serie de conceptos que aparecen incluidos en el precio de venta pero no guardan relación con la tecnología o ya han sido fuente de beneficios para el cedente de la misma. Entre ellos pueden figurar, por ejemplo, gastos de embalaje, impuestos, costos de transporte y de seguros, costos de materias primas, y el porcentaje del precio que cubre los derechos. La legislación de algunos países puede definir la gama de elementos que sea lícito incluir en el precio de venta neto. Además, las partes pueden tener interés en estipular que el canon se establezca con arreglo al precio justo del mercado para ese producto. Tal enfoque cabe utilizarlo para precaverse contra una disminución en el nivel del rendimiento económico obtenido por el cedente que resultaría en el supuesto de que el cesionario vendiese los productos en cuestión a bajo precio a una parte con la que tuviera una relación especial. Existen varios métodos, por otra parte, para definir el precio justo del mercado. La vinculación del canon a las ventas plantea además otras cuestiones, entre ellas la especificación del momento exacto en que el producto ha de considerarse vendido y aquél en que el pago del canon debe hacerse efectivo.

36. Otra base para el cálculo del canon consiste en hacerlo depender de los beneficios obtenidos por el cesionario merced a la explotación de la tecnología transferida. Existen otros métodos para el cálculo del canon, entre ellos los convenios sobre un canon mínimo, en los cuales se establece la obligatoriedad de un pago mínimo con independencia de que se alcance un nivel dado de producción, ventas o beneficios; los convenios sobre canon decreciente, en los que la cifra estipulada baja a medida que la producción o las ventas suben, y el establecimiento de algún límite máximo respecto a la suma cobrable. En algunos países, el recurso a algunas de estas opciones puede, en algunos casos, ser imperativo y, en otros, estar restringido. Por ejemplo, en algunos no estará permitido estipular un canon mínimo cuando el pago del canon esté vinculado a la producción, las ventas o los beneficios, mientras que la estipulación de un canon decreciente pudiera ser imperativa, y la fijación de un límite máximo pudiera ser obligatoria para determinados tipos de transferencias de tecnología. Las partes deberán decidir también cuál de ellas pagará los impuestos por la suma abonada por este concepto. Conviene observar que las leyes de algunos países regulan esta cuestión (por ejemplo, tal vez sea obligatorio que las partes estipulen en el contrato de transferencia de tecnología quién ha de pagar los impuestos).

37. Al considerar si les conviene estipular el pago de un tanto alzado o el pago de un canon por derechos de patente, las partes deberán tener en cuenta, además de la legislación aplicable, que cada método de cálculo del precio puede tener ventajas y desventajas según el tipo de operación y las circunstancias económicas del caso. Si, por ejemplo, se establece el pago de un canon durante un tiempo prolongado, las circunstancias económicas pueden cambiar durante este período afectando al volumen de ventas, y por consiguiente a las cantidades pagaderas por concepto de derechos; en una empresa conjunta de la que el cedente sea socio, sería tal vez preferible estipular el pago de un canon supeditado a las ventas en vez de un tanto alzado, pues con ello aumentaría la motivación del cedente para promover las ventas. En algunos casos puede resultar más conveniente combinar los dos métodos (por ejemplo, el pago inicial de un tanto alzado seguido por el pago de un canon). La forma concreta en que se estructure un acuerdo de pago de derechos habrá de reflejar igualmente las circunstancias económicas y las obligaciones contractuales concurrentes. Por ejemplo, si el licenciante o cedente de la tecnología ha de cooperar en la venta de los productos resultantes de la transferencia de tecnología, quizá sea aconsejable proceder con cautela al aplicar un acuerdo de canon decreciente, ya que semejante arreglo podría disuadir al cedente de emplearse a fondo en la promoción e incremento de las ventas. En los casos en que se acuerda el pago de un canon, las partes suelen convenir en la adopción de un método de notificación de los datos variables (por ejemplo, volumen de producción, ventas o beneficios) que sirve de base para el cálculo del canon. Por lo general se estipula que el cesionario deberá llevar algún libro contable que el cedente podrá inspeccionar.

38. Al negociar la cláusula de fijación del precio de la tecnología puede plantearse la cuestión de si deberá pagarse aparte algún tipo de honorarios por asistencia y servicios técnicos específicos prestados por el cedente de la tecnología. Tales servicios y asistencia pueden comprender, por ejemplo, programas de capacitación para el personal de un titular de patente o marca

registrada, expertos técnicos facilitados por el librador de la licencia o el cedente de la tecnología, diversos servicios técnicos relacionados con la adquisición de mercancías de equipo, y servicios de gestión, planificación, investigación y desarrollo. Algunos países cuentan con disposiciones legales relativas a esta cuestión.

F. Revisión del precio

39. Cuando los envíos se hayan de efectuar durante cierto período de tiempo, tal vez resulte necesario revisar el precio para que refleje la modificación eventual de las condiciones económicas. Podría convenirse en que la revisión tendrá lugar en determinados momentos. Esos momentos deben coordinarse con el plan de cumplimiento del compromiso de compensación (por ejemplo, la revisión se hará cuatro semanas antes del inicio de cada subperíodo).

40. Conforme a otro criterio, puede convenirse en que se revisará el precio de producirse determinados cambios de las condiciones económicas (por ejemplo, cuando el tipo de cambio fluctúe más allá de determinado porcentaje respecto del tipo de cambio vigente en la fecha en la que se celebre el acuerdo de comercio compensatorio, o se produzcan cambios que excedan de un límite convenido en el costo de determinados componentes de producción, tales como materias primas o mano de obra). Toda cláusula contractual relativa a la revisión del precio fundada en alguna modificación del valor de la moneda en la que haya de pagarse el precio, estará sujeta en algunos ordenamientos jurídicos al régimen de algún reglamento imperativo. En consecuencia, las partes deben examinar si la cláusula que desean incluir en el acuerdo de comercio compensatorio está autorizada por la legislación del país de cada una de ellas.

41. Un tercer criterio sería establecer una revisión del precio a intervalos regulares (por ejemplo, cada seis meses), así como revisiones no previstas en caso de que se produzcan determinados cambios en las condiciones económicas subyacentes. A fin de limitar la frecuencia de la revisión del precio, podría convenirse en que no podrá tener lugar una revisión no prevista dentro de un plazo determinado siguiente a una revisión prevista o dentro de un plazo determinado precedente a una revisión prevista. Otro criterio sería poner en marcha el procedimiento de revisión del precio cuando se entregue determinada fracción de la cantidad total de las mercancías que hayan de comprarse.

42. El acuerdo de comercio compensatorio podría prever que la cláusula de revisión del precio se aplicará solamente a aquellos casos en los que su aplicación dará lugar a una modificación que supere determinado porcentaje del precio.

43. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio contenga una cláusula de revisión del precio, es posible que las partes deseen especificar los envíos a los que se aplicará el precio modificado. Puede convenirse, por ejemplo, en que el precio aplicable a determinado envío será el precio vigente en la fecha en la que se formaliza el pedido de las mercancías o en la fecha en que se expide la carta de crédito.

1. Nueva aplicación de la cláusula relativa al precio

44. Las partes pueden estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el precio se revisará mediante la aplicación del mismo método que se aplicó para determinar el precio inicial (norma de referencia aplicable (párrafos 11 a 20), negociación (párrafos 21 y 24), fijación del precio por un tercero (párrafos 25 y 26) o fijación del precio por una de las partes (párrafo 27)).

2. Cláusulas de indización

45. La finalidad de las cláusulas de indización es modificar el precio de las mercancías objeto de comercio compensatorio vinculando el precio a los niveles de los precios de determinadas mercancías o servicios vigentes en determinada fecha. Habitualmente la vinculación se efectúa con el precio de las materias primas o los servicios empleados en la producción de las mercancías objeto de comercio compensatorio. Si se produce una variación de los índices convenidos se modifica el precio automáticamente. Al redactar una cláusula de indización, es aconsejable que se emplee una fórmula algebraica para determinar de qué manera se reflejarán en el precio las fluctuaciones de los índices establecidos. En la fórmula puede utilizarse una combinación de varios índices, cada uno de ellos con coeficientes de ponderación diferentes, a fin de que refleje la proporción de los distintos componentes del costo (por ejemplo, materiales o servicios) en el costo total. Es decir que una sola fórmula puede contener distintos índices que reflejen los costos de los distintos tipos de materiales y servicios. Si las fuentes de suministro de un mismo componente del costo (por ejemplo, mano de obra o energía) se encuentran en distintos países, se podrán utilizar diversos índices en esa única fórmula para ese componente del costo.

46. Varios factores pueden influir en la elección de los índices que han de utilizarse. Los índices deben ser fácilmente accesibles (por ejemplo, índices que se publiquen a intervalos regulares). Deben ser fiables. Pueden seleccionarse índices publicados por órganos reconocidos (por ejemplo, cámaras de comercio u organismos públicos o intergubernamentales). Las partes deben proceder con cautela cuando emplean en una fórmula índices basados en distintas monedas, ya que los cambios en las relaciones entre esas monedas pueden afectar la aplicación de la fórmula de manera inesperada.

47. En algunos países, sobre todo en los países en desarrollo, es posible que los índices disponibles para emplear en una cláusula de indización sean limitados. Si no se dispone de un índice para determinado componente del costo, las partes tal vez opten por aplicar un índice disponible para otro componente. Es aconsejable que se elija un componente cuyo precio probablemente fluctúe más o menos aproximadamente en las mismas proporciones y al mismo tiempo que el del componente que se utilizará realmente. Por ejemplo, si se desea estipular un índice para los costos de mano de obra y no se dispone de un índice de salarios, en algunas ocasiones se utilizará el índice de precios al consumidor o el índice del costo de la vida.

3. Fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda de pago

a) Cláusula monetaria

48. En la cláusula monetaria, el precio que ha de pagarse queda vinculado a un tipo de cambio entre la moneda de pago y alguna otra moneda (denominada "moneda de referencia") estipulada al efecto en el momento de celebrarse el acuerdo de comercio compensatorio. Si el tipo de cambio en la fecha de pago no coincide con el indicado en la cláusula, el precio abonable en la moneda de pago subirá o bajará en lo que haga falta para que su importe expresado en términos de la moneda de referencia siga siendo el mismo. A efectos de establecer el tipo de cambio aplicable, puede que sea conveniente adoptar la fecha del pago efectivo y no aquella en la que sea exigible. Si se adopta esta última, el proveedor podría sufrir una pérdida de retrasar su pago el comprador. Otra posibilidad sería que el proveedor tuviese la opción de elegir entre el tipo de cambio vigente en el momento en el que el pago sea exigible y el tipo de cambio vigente en el momento del pago efectivo. Es aconsejable indicar un tipo de cambio vigente en determinado lugar 3/.

49. La razón de ser de una cláusula monetaria no es otra que la de estabilizar el poder adquisitivo internacional de la cantidad que habrá de pagarse con arreglo al contrato. Por consiguiente, una cláusula monetaria resultará inoperante cuando el tipo de cambio entre la moneda en la que se pagará el precio y la moneda de referencia sea fijado por decisiones administrativas con independencia de lo que sucede en el mercado monetario.

50. Es preciso que la moneda de referencia sea estable. Cabe reducir la inseguridad inherente a la inestabilidad eventual de una sola moneda si se toman como referencia varias monedas. Se puede establecer en el contrato una media aritmética de los tipos de cambio entre la moneda de pago y varias otras monedas determinadas, y estipularse que el precio se revisará de conformidad con las variaciones de esta media.

b) Cláusula definidora de una unidad de cuenta

51. Cuando se recurre a una cláusula definidora de una unidad de cuenta, el precio quedará expresado en una unidad monetaria de cuenta compuesta por la acumulación de varias fracciones expresadas en cierto número de monedas seleccionadas. A la inversa de la cláusula en la que se utilizan varias monedas (párrafo 50 del presente capítulo), el coeficiente de ponderación atribuido a cada una de las monedas seleccionadas que componen la unidad de cuenta suele no ser el mismo, atribuyéndose un coeficiente mayor a las monedas que se utilicen habitualmente en el comercio internacional. La unidad de cuenta puede ser la establecida por una institución intergubernamental o mediante acuerdo entre dos o varios Estados y que indique las monedas escogidas que componen la unidad y la ponderación relativa asignada a cada moneda (por ejemplo, el Derecho Especial de Giro (DEG), la unidad monetaria europea (ECU) o la Unidad de Cuenta de la Zona de Comercio Preferencial para los Estados de Africa Oriental y Meridional). Al elegir una unidad de cuenta, las partes deben considerar si la relación entre la moneda en la que se pagará el precio y la unidad de cuenta podrá determinarse fácilmente en las fechas pertinentes, es decir, al celebrarse el contrato y en el momento en que se efectúe el pago.

52. El valor de la unidad de cuenta compuesta de una cesta de monedas es relativamente estable, dado que la debilidad de una de esas monedas suele compensarse con la fuerza de otra. El empleo de ese tipo de unidad de cuenta, en consecuencia, brindará una considerable protección frente a las modificaciones de los tipos de cambio de la moneda en la que ha de pagarse el precio en relación con otras monedas.

Notas

1/ Cámara de Comercio Internacional, INCOTERMS 1990, Publicación N° 460 de la CCI (París, 1990).

2/ Los diferentes métodos para determinar el precio que debe pagarse por la tecnología se exponen con detalle en la Guía de licencias para los países en desarrollo (OMPI) y en Pautas para la evaluación de acuerdos de transferencia de tecnología (ONUDI); véase la nota 1 del capítulo V, "Tipo, calidad y cuantía de las mercancías".

3/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 48 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la moneda de pago sea el chelín austriaco y la moneda de referencia el franco suizo, la cláusula podría redactarse como sigue:

"Si, en la fecha del pago efectivo, el tipo de cambio entre el chelín austriaco y el franco suizo difiere del tipo de cambio ... [consígnese el tipo de cambio vigente en un lugar determinado] vigente en la fecha de celebración del acuerdo de comercio compensatorio en más del ... [por ejemplo el 5%, u otro porcentaje indicado por las partes], el precio en chelines austriacos será aumentado o reducido de manera que ese precio, expresado en francos suizos, quede inalterado en relación con el precio expresado en francos suizos en la fecha de celebración del acuerdo de comercio compensatorio." (Cabe señalar que la cláusula anterior puede conducir a un resultado imprevisto e inadecuado si el tipo de cambio aplicable se fija por decisión administrativa con independencia de la marcha del mercado de divisas (véase el párrafo 49).)

VII. PARTICIPACION DE TERCEROS

Resumen

El presente capítulo se ocupa de los casos en que una parte que se ha comprometido a comprar o a suministrar mercancías, en lugar de hacerlo ella misma, contrata a un tercero para que lo haga (secciones B y C). La sección D se refiere a las operaciones, distintas de las analizadas en las secciones B y C, en las que intervienen tres o más partes.

La parte que se ha comprometido conforme a un acuerdo de comercio compensatorio a comprar mercancías (parte "inicialmente" comprometida a comprar mercancías) contrata a menudo a un tercero ("tercero comprador") para que haga esas compras (párrafos 4 a 7). Cuando se prevé la participación de un tercero comprador, es aconsejable ocuparse en el acuerdo de comercio compensatorio de la cuestión de cómo se elegirá al tercero comprador y la relativa a quién responde ante el proveedor en el caso de que el tercero no haga efectivas las compras necesarias para cumplir el compromiso de compensación (párrafos 9 a 20). Además, la parte originalmente comprometida a comprar mercancías y el tercero comprador deben celebrar un contrato para resolver cuestiones como la naturaleza del compromiso del tercero (un compromiso "en firme" o de "hacer lo posible", párrafo 22); la retribución del tercero (párrafos 30 a 36); la cláusula de exoneración de responsabilidad (párrafo 37); y la cuestión de si el tercero tendrá un mandato exclusivo o no de comprar o revender las mercancías (párrafos 38 a 40).

En ocasiones, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio convienen en que la parte que haga compras en exceso de lo requerido para liquidar la parte pendiente de su compromiso de compensación tendrá derecho a que se le contabilice su crédito por el excedente cumplido para el cumplimiento de cualquier compromiso de compensación que el comprador o un tercero pueda asumir en el futuro (párrafo 8).

La parte que se ha comprometido a suministrar mercancías (parte "inicialmente" obligada a suministrar) designa a veces a un tercero ("tercero proveedor") para suministrar las mercancías (párrafos 41 a 44). Cuando se prevé la participación de un tercero proveedor es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio se ocupe de la selección del tercero y de las consecuencias del incumplimiento por éste de la obligación de suministrar las mercancías convenidas. En ocasiones, la selección del tercero proveedor se dejará a la parte comprometida a comprar mercancías (párrafos 45 y 46). En otras, la selección se dejará a la parte inicialmente comprometida a suministrarlas (párrafos 47 a 52).

Como distintas de las anteriores, se examinan tres tipos de operaciones de comercio compensatorio con tres o más partes: a) una operación tripartita en la que intervienen un exportador (que en ninguna etapa de la operación asume el compromiso de contrainportar), un importador y un tercero contrainportador; b) una operación tripartita en la que intervienen un exportador, un importador (que en ningún momento de la operación se compromete a contraexportar) y un tercero contraexportador; y c) una operación cuatripartita en la que dos partes celebran un contrato de suministro en una dirección y otras dos partes celebran un contrato de suministro en la otra (párrafos 53 a 58).

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo contempla aquellos casos en los que una de las partes, en lugar de comprar o suministrar por sí misma mercancías en una de las dos direcciones, contrata a un tercero para que lo haga. La sección B (párrs. 4 a 40) examina el caso en el que una parte que había contraído inicialmente el compromiso de comprar mercancías contrata a un tercero para que efectúe esas compras. La sección C (párrs. 41 a 52) examina el caso en el que se designa a un tercero para que suministre las mercancías.
2. Este capítulo examina también las operaciones de comercio compensatorio entre tres o más partes en las que alguna de las partes en un contrato de suministro en una de las direcciones no asume el compromiso de ser parte en la otra dirección (comercio compensatorio "tripartito" o "cuatripartito") (sección D, párrafos 53 a 58).
3. Los casos en los que la parte que se ha comprometido a comprar mercancías efectúa esas compras por sí misma, pero luego revende las mercancías, no corresponden al tema de este capítulo, ya que esos casos no son peculiares del comercio compensatorio. En el capítulo X se examinan diversos tipos de restricciones que pueden imponerse a la reventa de las mercancías compensatorias.

B. Compra de mercancías compensatorias

4. La parte que se compromete a comprar mercancías a menudo no puede utilizarlas o carece de la capacidad o de los conocimientos comerciales necesarios para revenderlas. En estos casos, es posible que esa parte desee encomendar a un tercero, o tal vez a más de uno, que efectúe las compras requeridas para cumplir el compromiso. El tercero podría ser, por ejemplo, el destinatario final de las mercancías o una sociedad de comercio exterior especializada en la compra y reventa de determinados tipos de mercancías.
5. La presente sección sólo contempla los casos en que el tercero ha de celebrar un contrato de compra con el proveedor. No se examinan los casos en los que la parte comprometida a comprar mercancías confía a un tercero la tarea de localizar personas a las que se puedan revender las mercancías o de representarla en la reventa de las mercancías. Esos servicios ejecutados por un tercero, que no son propios del comercio compensatorio, no afectan a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y, por consiguiente, no son una cuestión que haya de abordarse en ese acuerdo.
6. El tercero comprador que acepte participar en la operación de comercio compensatorio quedará obligado ante la parte inicialmente comprometida (esto es, solamente ante la parte que haya contratado al tercero) a comprar mercancías del proveedor dentro de un plazo convenido. En algunos casos, el tercero también se obligará frente al proveedor a celebrar futuros contratos. Cuando el compromiso contraído por el tercero concierne a la celebración de futuros contratos, ese compromiso tendrá en cuenta cuestiones tales como el

tipo, la calidad, la cantidad y el precio de las mercancías que serán objeto de los futuros contratos, el plazo para el cumplimiento del compromiso, las restricciones impuestas a la reventa de las mercancías, la garantía de cumplimiento, las cláusulas de indemnización pactada o penales, la ley aplicable o la solución de controversias. Aunque el acuerdo del tercero de celebrar un futuro contrato con el proveedor podrá tener en cuenta el mismo tipo de cuestiones que se abordan en el acuerdo de comercio compensatorio entre el proveedor y la parte inicialmente comprometida, el contenido de las soluciones previstas en los dos acuerdos no será necesariamente el mismo. Podrían adoptarse soluciones diferentes, por ejemplo, en cuanto a la garantía de cumplimiento, la indemnización pactada o las cláusulas penales, la ley aplicable o la solución de controversias. (Las consecuencias del compromiso asumido por el tercero se examinan en los párrafos 17 y 18 del presente capítulo; el alcance del compromiso del tercero se examina en los párrafos 22 y 23 del presente capítulo.)

7. Cuando vaya a designarse a un tercero comprador, sucederá a menudo que las obligaciones de pago derivadas de los contratos de suministro en una y otra dirección habrán de liquidarse por separado. Esos casos no plantearán cuestiones de pago propias del comercio compensatorio. No obstante, puede convenirse en vincular el pago en uno y otro sentido de tal modo que la suma pagadera por el contrato de suministro en un sentido se utilice para pagar el contrato de suministro en sentido contrario. Para un examen de esos mecanismos de pago vinculado, véase el capítulo VIII, "Pago", párrafos 68 y 76.

8. En ocasiones, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio convienen en que la parte que compre más de lo requerido para liquidar su compromiso de compensación pendiente tendrá derecho a que se le contabilice el crédito excedentario para el cumplimiento de cualquier compromiso de compensación que el comprador tal vez asuma en el futuro. Como alternativa, cabe autorizar al comprador que haya acumulado ese crédito de cumplimiento excedentario a transferir dicho crédito a un tercero (para un examen del crédito de cumplimiento, véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 34 a 37). La cesión del crédito de cumplimiento a un tercero facultaría a dicho tercero para vender mercancías a la parte que inicialmente otorgó el crédito de cumplimiento y para reducir cualquier compromiso de compensación por el monto del crédito de cumplimiento cedido. Esa transferencia puede concertarse contra el pago de alguna retribución por el tercero al cedente del crédito de cumplimiento. En algunos países existen reglamentos especiales sobre el derecho de transferir el crédito de comercio compensatorio (por ejemplo, reglamentos que limitan los tipos de exportaciones que pueden generar créditos transferibles, las partes a las que se puede ceder el crédito de cumplimiento y los tipos de importaciones a los que se pueden aplicar los créditos cedidos, o que requieren autorización expresa).

1. Acuerdo de comercio compensatorio

9. Cuando sea posible que la parte que se compromete a comprar desee designar a un tercero comprador, conviene prever esa posibilidad en el acuerdo de comercio compensatorio. El haber estipulado algo respecto de la participación eventual de un tercero comprador será muy conveniente de suceder que, como se describe en el próximo párrafo, las partes difieren con respecto a si el comprador está facultado para designar a un tercero comprador.

10. Si el acuerdo de comercio compensatorio no ha previsto la participación de un tercero comprador en el cumplimiento del compromiso de compensación, puede surgir entre las partes la cuestión de determinar si la parte que se comprometió inicialmente a comprar está facultada para encomendar a un tercero las compras. La respuesta a esta cuestión se encontrará en muchas legislaciones nacionales en los principios generales del derecho contractual, que tal vez faculten a una de las partes contratantes para hacer intervenir a un tercero en el cumplimiento de una obligación contractual sin necesidad de obtener el consentimiento de la parte a la que el cumplimiento sea debido. Sin embargo, ese consentimiento será requerido a tenor de dichos principios generales si, en las circunstancias del caso, la parte acreedora al cumplimiento tiene algún motivo legítimo para insistir en que la obligación sea cumplida por la parte inicialmente obligada. Ese motivo legítimo existiría en el caso en que, debido a aptitudes o capacidades especiales de la parte obligada, el cumplimiento de la obligación por un tercero disminuiría en cierto modo el valor del cumplimiento. Por ejemplo, el proveedor de mercancías objeto de comercio compensatorio podría considerar que, dado el prestigio de la parte comprometida a comprar y de su red de reventa, la reventa por esa parte de las mercancías es esencial para colocar a largo plazo las mercancías en el mercado o mantener su imagen de marca.

11. La participación de terceros en el cumplimiento de los compromisos de compensación tal vez se rija por normas de derecho imperativas. Dichas normas pueden disponer que la participación de los terceros está sujeta al consentimiento previo del proveedor, imponer directrices con respecto a la aceptabilidad de terceros o requerir una autorización pública para la participación de terceros. Esas restricciones se fundan a menudo en el deseo de las autoridades de asegurar la ejecución adecuada de la operación de comercio compensatorio o impedir la comercialización de las mercancías en los mercados de exportación tradicionales del Estado interesado.

a) Selección de un tercero

12. Las cláusulas en el acuerdo de comercio compensatorio por las que se autorice la designación de un tercero tal vez se formulen de modo que la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías tenga plena autonomía para seleccionar al tercero 1/. En esos casos convendría estipular que deberá darse aviso de la designación de un tercero al proveedor antes de que ese tercero inicie sus compras.

13. En ocasiones, el acuerdo de comercio compensatorio limita la autonomía de la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías para seleccionar al tercero. Podrían aplicarse distintos tipos de limitaciones. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio podría designar al tercero, dar una lista de terceros aceptables o estipular los criterios que hayan de seguirse para seleccionar al tercero. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio haya designado al tercero, o contenga una breve lista de posibles terceros, podrá prever asimismo el procedimiento para la selección de otro tercero si los terceros previamente señalados no están en condiciones de comprar las mercancías.

14. Otra forma de limitar la autonomía para la selección de un tercero sería estipular que la parte inicialmente comprometida a comprar mercancías no estará autorizada a contratar a un tercero sin el consentimiento del proveedor. A efectos de agilizar la designación del tercero, podría convenirse en que se considerará que el proveedor ha dado su consentimiento a esa designación, salvo que se formule alguna objeción dentro de cierto plazo. El acuerdo de comercio compensatorio podrá indicar el tipo de información acerca del tercero propuesto que la parte inicialmente comprometida a comprar deberá dar al proveedor (por ejemplo, sobre su solvencia económica y sobre el tipo y la cantidad de mercancías que el tercero vaya a comprar). A fin de limitar la discrecionalidad del proveedor, cabría que el acuerdo de comercio compensatorio señalara los tipos de objeciones que serían aceptables. Serían, por ejemplo, objeciones aceptables que el tercero propuesto fuera ya un socio comercial del proveedor, que ese tercero estuviese vendiendo mercancías de algún competidor suyo, o que hubiese incumplido anteriormente algún compromiso con el proveedor o hubiese intervenido en alguna controversia contra él.

15. El proveedor puede tener distintos motivos para desear limitar la autonomía o discrecionalidad de la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías en la selección de un tercero. Por un lado, estarían los motivos que tengan por objeto impedir la selección de determinados terceros. Por ejemplo, podrán imponerse restricciones a efectos de impedir que las ventas a los que ya eran clientes se contabilicen como parte del cumplimiento del compromiso de compensación, a fin de evitar la designación de personas activas en determinados mercados (por ejemplo, debido a la existencia de acuerdos de distribución en el mercado o por las normas aplicables al comercio en ese país), o bien, con el propósito de impedir la compra de mercancías que requieran precauciones especiales en su empleo por personas que no estén capacitadas para manipularlas. Por otro lado, estarían los motivos que tengan por objeto procurar la selección de determinados terceros. Por ejemplo, podría imponerse una restricción a efectos de obtener la selección de un tercero procedente de determinado país o con acceso a determinado mercado, o de un tercero con experiencia en determinados productos o mercados (por ejemplo, por desear el proveedor introducir sus mercancías en determinado mercado).

16. Conviene que las partes tengan presente que la limitación a la autonomía del comprador para seleccionar a un tercero puede también tener sus inconvenientes. Por ejemplo, la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías habría de contabilizar entre los costos de la operación el riesgo de que la retribución cobrada por el tercero o en relación con la compra de las mercancías compensatorias (véanse los párrafos 30 a 36 del presente capítulo) podría ser más elevada que aquella cobrada por otro tercero, o el riesgo de que el tercero no efectúe las compras. Las partes también podrían convenir en que algunos de estos riesgos serán asumidos por el proveedor que insista en la selección de determinado tercero. Por ejemplo, podría convenirse en que la responsabilidad de la parte inicialmente obligada en virtud de una cláusula de indemnización pactada o de una cláusula penal se reduciría a la suma que esa parte pueda recuperar del tercero.

b) Responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación

17. Es aconsejable que las partes en el acuerdo de comercio compensatorio consignen en dicho acuerdo quién será responsable ante el proveedor en el caso de incumplimiento por el tercero de su obligación de efectuar las compras requeridas para cumplir el compromiso de compensación. La respuesta a esa cuestión dependerá de si el tercero se ha comprometido a comprar mercancías solamente ante la parte que lo haya contratado o de si ha asumido también el compromiso ante la parte que haya de suministrar las mercancías (véase el párrafo 6 del presente capítulo).

18. Cuando el compromiso del tercero se asume solamente frente a la parte inicialmente obligada, la parte inicialmente obligada seguirá siendo responsable ante el proveedor por su compromiso de compensación, incluso cuando se haya designado al tercero. No obstante, cuando el tercero asume el compromiso tanto frente a la parte inicialmente comprometida como frente al proveedor, cabe adoptar dos enfoques con respecto a la subsistencia del compromiso de la parte inicialmente obligada. Uno sería estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el compromiso de esa parte de efectuar una compra subsistirá; en ese caso, tanto la parte inicialmente comprometida como el tercero responderían ante el proveedor por el cumplimiento de ese compromiso y, en última instancia, la parte inicialmente comprometida y el tercero resolverían la cuestión de la atribución definitiva de la responsabilidad entre ellas de conformidad con el contrato que hubieran celebrado 2/. Ese enfoque resultaría apropiado cuando el compromiso del tercero frente al proveedor de celebrar futuros contratos de compra no estuviera respaldado por las mismas garantías que el compromiso de compensación asumido por la parte inicialmente comprometida, o cuando la falta de experiencia o la experiencia insatisfactoria del proveedor en su trato con el tercero lo aconsejara. El otro enfoque consistiría en estipular que, a la asunción del compromiso por el tercero, la parte inicialmente comprometida quedaría liberada del compromiso de compensación, quedando sólo obligado ante el proveedor el tercero por la celebración de los futuros contratos. Para llevar a cabo esa sustitución de la parte que responde ante el proveedor, las partes podrían convenir en la cesión del compromiso de compensación de la parte inicialmente obligada al tercero 3/. El régimen general de las obligaciones contractuales de la mayoría de los países contiene reglas sobre la cesión de las obligaciones contractuales que serían aplicables a la cesión del compromiso de compensación. Otra manera de sustituir la parte que responda frente al proveedor sería que la parte inicialmente obligada y el proveedor convinieran en extinguir su compromiso de compensación en el momento en que el tercero asuma un compromiso de celebrar futuros contratos con el proveedor 4/. Para garantizar que el compromiso de compensación inicialmente asumido no se extinga antes de que sea válido el compromiso del tercero, convendría estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el compromiso sólo se extinguirá cuando adquiera validez el compromiso del tercero.

19. Como se indica en el párrafo 22 del presente capítulo, algunas veces los terceros limitan su compromiso a una promesa de "hacer todo lo posible" para efectuar las adquisiciones. En el caso en que se acuerde que el compromiso de compensación de la parte inicialmente obligada se ha de extinguir cuando el tercero se comprometa a celebrar un futuro contrato con el proveedor, sería adecuado para los intereses del proveedor que sólo se conviniera en esa

sustitución de la parte obligada a adquirir si el compromiso del tercero es un compromiso de comprar efectivamente mercancías y no un compromiso de "hacer lo posible". Si el tercero se comprometiera solamente a "hacer lo posible", el proveedor vería limitada su seguridad de que se celebrará el contrato de suministro.

20. Las garantías constituidas en apoyo del cumplimiento de los compromisos de compensación se formulan normalmente de manera tal que cubren únicamente la obligación de la parte inicialmente obligada. En consecuencia, si el proveedor desea asegurarse el compromiso de un tercero, sería aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio requiera que la garantía se modifique o que se emita una nueva garantía. También sería aconsejable que se consignen de algún modo las consecuencias en caso de que la garantía no pueda modificarse ni pueda obtenerse una nueva garantía que sea adecuada.

2. Relación contractual entre la parte inicialmente comprometida y el tercero

a) Obligación del tercero de efectuar la compra de mercancías

21. Cuando la parte inicialmente comprometida a comprar mercancías se proponga encargar a un tercero efectuar las compras, esas dos partes deberán llegar a un entendimiento con respecto al tipo de compromiso que habrá de asumir el tercero.

22. En la práctica, los terceros asumen dos tipos de compromisos frente a las partes inicialmente comprometidas. Uno de ellos es la promesa de que, con sujeción a los términos de la designación del tercero, las mercancías compensatorias se comprarán efectivamente. El otro tipo de compromiso consiste en una promesa del tercero de que procurará efectuar la compra, pero sin dar ninguna seguridad de que el esfuerzo tendrá éxito. Es posible que el tercero no desee comprometerse plenamente por la incertidumbre de si podrá encontrarse un destinatario final de las mercancías, o de si el precio de compra de las mismas será competitivo. Una promesa de ese tipo, es decir, solamente de procurar efectuar la compra podría describirse como "de intención", "de mostrar diligencia", "de hacer lo posible", o "de esforzarse de buena fe", o bien, mediante una cláusula a efectos de que el tercero comprará las mercancías en caso de que pueda encontrarse un destinatario final de las mismas. Si el tercero no compra las mercancías, podrá exonerarse de las consecuencias del incumplimiento simplemente demostrando haberse esforzado de buena fe por cumplir su mandato. La parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías podrá considerar aceptable la participación del tercero, sobre la base de una promesa "de hacer lo posible", de haber motivos para prever que ese tercero cumplirá el mandato (por ejemplo, por razón de los antecedentes del tercero o porque las mercancías y los precios de reventa previstos probablemente harán comercialmente atractiva la compra).

23. Algunas veces, las cláusulas del contrato por el que se designa al tercero requieren que ese tercero asuma directamente frente al proveedor el compromiso de celebrar futuros contratos (véanse los párrafos 6 y 17 del presente capítulo) 5/.

24. Las cláusulas por cuya virtud el tercero se compromete deben coordinarse con las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio. Esa coordinación es necesaria, sobre todo con respecto al tipo, la calidad, la cantidad y el precio de las mercancías compensatorias. Por ejemplo, tal vez se suscite un problema si el tercero se compromete a comprar mercancías de una calidad normalizada al precio del mercado mundial, si es que en el acuerdo de comercio compensatorio se ha especificado otro nivel de calidad o de precio. En ese caso, tal vez suceda que el proveedor ponga a disposición mercancías que se ajusten al acuerdo de comercio compensatorio, pero que el tercero tenga motivos fundados para negarse a comprar porque no responden a lo especificado en las cláusulas del contrato celebrado entre la parte inicialmente comprometida y el tercero. En ese caso, la parte inicialmente comprometida a efectuar la compra debería responder ante el proveedor por el incumplimiento del compromiso de compensación, sin tener ninguna posibilidad de obtener una indemnización del tercero.

25. Podría, además, surgir un problema cuando el acuerdo de comercio compensatorio no contenga ninguna garantía de la disponibilidad de las mercancías, pero el tercero, fundándose en su contrato con la parte inicialmente obligada, se fía de que las mercancías estarán disponibles. De darse esa incongruencia, la parte que contrató al tercero pudiera incurrir en responsabilidad frente a él por el incumplimiento del proveedor de poner las mercancías a su disposición.

26. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio y las cláusulas del contrato celebrado con el tercero contengan una garantía con respecto a la disponibilidad de las mercancías, la parte inicialmente obligada puede tener que responder ante el tercero por el incumplimiento del proveedor de poner las mercancías a su disposición. En ese caso, la parte inicialmente comprometida estaría interesada en lograr que se asegurase la disponibilidad de las mercancías con sujeción a una indemnización pactada a una cláusula penal, o bien, resguardada por una garantía.

27. Sería aconsejable que el contrato que se celebre con el tercero refleje las restricciones a la reventa de las mercancías establecidas en el acuerdo de comercio compensatorio. De lo contrario, la parte inicialmente obligada a comprar pudiera ser responsable por la reventa de las mercancías efectuada por el tercero en violación de una restricción establecida en el acuerdo de comercio compensatorio, sin tener posibilidad alguna de hacerse indemnizar por el tercero.

28. En algunos casos, es posible que la parte inicialmente comprometida desee tener la oportunidad de adoptar disposiciones alternativas para dar cumplimiento al compromiso de compensación en el supuesto de que el tercero no efectúe las compras necesarias. Esto podría lograrse fijando un plazo más breve para que el tercero efectúe las compras que el plazo fijado para el cumplimiento del compromiso de compensación, el cual es vinculante para la parte inicialmente comprometida. Si la parte inicialmente obligada desea tener una oportunidad de esa índole convendría, al negociar el acuerdo de comercio compensatorio, asegurarse de que el plazo de cumplimiento sea lo bastante largo como para que el tercero tenga tiempo suficiente para efectuar las compras, dejando cierto margen de tiempo para que puedan adoptarse otras disposiciones de suceder que el tercero no efectúe esas compras.

29. Sería aconsejable dejar bien claro en el contrato de designación del tercero comprador, si corresponderá al tercero hacerse cargo de todos los aspectos de la negociación con el proveedor relacionados con la celebración del futuro contrato, o si la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías deberá participar de alguna manera en la celebración o en el cumplimiento del contrato. Podría estipularse, por ejemplo, que la parte inicialmente obligada a comprar deberá aprobar determinado aspecto de la compra de las mercancías (por ejemplo, el precio o el destino de las mismas), o por lo menos recibir información acerca de ese aspecto.

b) Retribución del tercero

30. Como contrapartida del compromiso asumido por el tercero de comprar las mercancías, la parte inicialmente comprometida tal vez haya de pagarle una retribución. Esa retribución, que se ha de convenir en el contrato celebrado entre la parte inicialmente obligada y el tercero, normalmente sólo se exigiría cuando el precio de las mercancías que haya de comprar el tercero no sea competitivo y la reventa de las mercancías, en consecuencia, no sea rentable para el tercero sin el pago de una retribución. Esa retribución en la práctica, se denomina con expresiones tales como "comisión", "disagio", "subsidio", "descuento", "prima" o "compensación". El importe de la retribución dependerá especialmente de la demanda del tipo de mercancías de que se trate y de la diferencia que se prevé entre el precio de compra y el precio de reventa de las mercancías. El importe de esa retribución también puede resultar afectado por el costo de cualquier garantía que el tercero tendría que obtener para cubrir su responsabilidad, sea frente a la parte inicialmente comprometida o frente al proveedor, o frente a ambos, de no efectuar las compras requeridas.

31. En algunos ordenamientos jurídicos, cuando un organismo público contrata a un tercero para que compre mercancías o cuando se contrata a un organismo público para que compre mercancías, la retribución abonada por el organismo público o al organismo público estará sujeta a ciertas restricciones imperativas.

32. Esa retribución podría calcularse como porcentaje del precio de las compras que haya de efectuar el tercero o como una suma fija por unidad o cuantía conocida de las mercancías. Algunas veces, se aplica una combinación de ambos métodos. Si la retribución se calcula como porcentaje del precio de las mercancías, es aconsejable que las partes sepan con certeza el importe sobre cuya base se habrá de calcular la retribución (por ejemplo, si los costos de seguro o de transporte formarán o no parte de ese precio).

33. En el momento en que se contrata a un tercero para celebrar los futuros contratos de suministro, puede resultar difícil, debido a las fluctuaciones de precios, predecir el precio de reventa. En consecuencia, las partes podrán prever una retribución variable, que se determinará sobre la base de la diferencia efectiva entre el precio pagado por las mercancías compensatorias y el precio de reventa, más la adición de un porcentaje o importe convenido para cubrir los gastos del tercero. Según las circunstancias comerciales subyacentes, es posible que las partes deseen contemplar también la posibilidad de que el precio de reventa se eleve a un nivel que haga rentable la reventa de las mercancías para el tercero. Si se tiene en cuenta esta

posibilidad, el tercero tendrá que pagar una suma a la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías que corresponda a la medida en la que el precio de reventa efectivo supere al precio de reventa previsto. Algunas veces se hace referencia al importe adeudado por el tercero con la expresión "disagio negativo".

34. Convendría fijar el momento a partir del cual sería exigible la retribución. Por ejemplo, podría señalarse al respecto que la retribución será exigible al contratarse al tercero, al concertarse el contrato de suministro entre el proveedor y el tercero, al abrirse una carta de crédito por orden del tercero en favor del proveedor, o al pagar el tercero al proveedor. Algunas veces, se conviene en que determinados porcentajes de la retribución serán pagaderos en distintos momentos. Por ejemplo, podría convenirse en que determinado porcentaje de la retribución se pagará cuando se contrate al tercero, otro porcentaje cuando se celebre el contrato entre el tercero y el proveedor, y el resto cuando el tercero efectúe el pago de las mercancías. En los casos en que la retribución haya de pagarse con posterioridad a la celebración del contrato entre la parte inicialmente comprometida y el tercero, este último podrá pedir que le sea dada una garantía bancaria del pago de la retribución.

35. Convendría que el contrato por el que se designe al tercero estipule si la relación contractual entre ese tercero y la parte inicialmente comprometida, así como la obligación de ésta de pagar la retribución, se verá afectada por la extinción o la reducción del compromiso de compensación de la parte inicialmente comprometida. La extinción o reducción del compromiso de compensación podrá resultar, por ejemplo, de la resolución del contrato de exportación (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 49). Suceda lo que suceda al compromiso de compensación asumido por la parte inicialmente comprometida, es posible que el tercero esté interesado en completar la compra y cobrar su retribución, sobre todo si ha incurrido en gastos para dar salida a las mercancías, si las mercancías están ya prometidas a un destinatario o si las mercancías están ya compradas y revendidas. La parte que contrató al tercero pudiera estar, en cambio, interesada en poder rescindir esa relación de extinguirse el compromiso de compensación.

36. Algunas veces se estipula que la parte comprometida a comprar y el proveedor se repartirán el pago de la retribución. En ese caso, los detalles de esa repartición, así como cualquier limitación de la parte que haya de sufragar el proveedor, deberán consignarse en el acuerdo de comercio compensatorio.

c) Cláusula de exoneración de la responsabilidad

37. La parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías puede tener que responder ante la parte ante la cual se haya asumido el compromiso cuando el tercero no efectúe las compras previstas (véanse los párrafos 17 y 18 del presente capítulo). En consecuencia, es posible que la parte inicialmente obligada a comprar las mercancías que contrate a un tercero desee incluir en el contrato que celebre con el tercero una cláusula de exoneración de la responsabilidad. Conforme a esa cláusula, el tercero tendría que indemnizar a

la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías por cualquier responsabilidad frente al proveedor derivada del incumplimiento del compromiso de compensación por motivos imputables al tercero. Las partes también pueden estipular que la cláusula de exoneración de la responsabilidad protegerá a la parte inicialmente obligada a comprar las mercancías en caso de que el tercero infrinja alguna restricción a la reventa de las mercancías establecida en el acuerdo de comercio compensatorio y reflejada en el contrato celebrado con el tercero. Puede convenirse en que la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías deberá cursar al tercero una notificación cuando se presente una reclamación de la que pueda derivarse una responsabilidad del tercero conforme a la cláusula de exoneración de la responsabilidad.

d) Exclusividad del mandato del tercero

38. Convendría que la parte inicialmente comprometida y el tercero indicaran en el contrato que celebren si el tercero ha de ser el único contratado, o si la parte inicialmente comprometida se reserva el derecho a contratar a otro tercero a los efectos de dar cumplimiento al mismo compromiso de compensación. Podría otorgarse al tercero un mandato exclusivo con respecto a todas las compras que hayan de efectuarse en cumplimiento del compromiso de compensación, o reconocérsele la exclusividad solamente con respecto a determinado tipo de mercancías, determinado proveedor o determinado territorio en el que hayan de comprarse o revenderse las mercancías.

39. Cuando se le otorgue al tercero un mandato exclusivo, es posible que la parte inicialmente comprometida desee reservarse el derecho a declarar que el mandato ha cesado de ser exclusivo si, cumplido ya cierto plazo antes de la expiración del período de cumplimiento, el tercero no ha comprado una cantidad de mercancías convenida.

40. Cuando la cantidad de mercancías que ha de comprarse sea particularmente grande, podría convenirse en que durante determinado plazo el tercero no estará autorizado a comprar el mismo tipo de mercancías de otras fuentes. La justificación para imponer una restricción de esa índole puede ser el deseo de evitar una oferta temporalmente excesiva en el mercado donde el tercero planea revender las mercancías, o el deseo de obligar al tercero a concentrar sus esfuerzos en el cumplimiento del compromiso de que se trate.

C. Suministro de las mercancías compensatorias

41. En ciertos casos, la parte que compra mercancías en una dirección, no suministra mercancías en la otra. Se designa, en su lugar, a uno o a varios terceros para que suministren esas mercancías. Hay dos tipos de operaciones en los que se puede adoptar un enfoque de esa índole. Conforme al primer tipo, la parte que compra las mercancías en una dirección asume el compromiso de suministrar mercancías en la otra dirección, pero como tiene dificultades para poner a disposición de la otra parte las mercancías convenidas designa a un tercero para que lo haga. El segundo tipo sería el de las llamadas operaciones de compensación industrial indirecta, que se describen en el capítulo I, "Alcance y terminología de la Guía Jurídica", párrafo 17. En las operaciones de compensación industrial indirecta se prevé, en el momento de la

celebración del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio, que el importador (a menudo un organismo público) no contraexportará mercancías y que la parte obligada a contraimportarlos tendrá que encontrar terceros dispuestos a concertar contratos de suministro. Esos terceros normalmente no están obligados por ningún compromiso a celebrar contratos de suministro con el contraimportador.

42. En una operación en la que intervenga un tercero proveedor, las obligaciones de pago de los contratos de suministro en uno y otro sentido se liquidan a menudo por separado. De esa forma, el pago no plantea cuestiones propias del comercio compensatorio. No obstante, ese tipo de cuestiones surgen si las partes deciden vincular los pagos en ambas direcciones de manera que el producto de la venta de suministro en una dirección sirva para pagar el contrato de suministro en la otra dirección. Para un examen de esos mecanismos de pagos vinculados, véase el capítulo VIII, "Pago", párrafos 68, 75 y 76.

43. Cuando exista la posibilidad de que un tercero intervenga en el suministro de mercancías, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio haya previsto el procedimiento para la selección de ese tercero proveedor, así como las consecuencias del incumplimiento por parte del tercero de su obligación de poner a disposición de la otra parte las mercancías convenidas.

44. Esa selección puede efectuarse de diversas maneras. Una de ellas sería que el propio acuerdo de comercio compensatorio designe al tercero. Otra sería que el acuerdo estipule que se designará al tercero proveedor en alguna fecha futura. Una tercera sería que la selección del tercero quede a cargo de una de las partes en el acuerdo de comercio compensatorio.

1. Selección del tercero por la parte comprometida a efectuar las compras

45. A menudo sucede en las operaciones de compensación industrial que la selección del tercero proveedor queda a cargo de la parte comprometida a comprar. Esa selección podría estar restringida por directrices consignadas en el acuerdo de comercio compensatorio que requieran que se escojan proveedores de determinadas regiones geográficas o sectores industriales, o proveedores de determinados tipos de productos o servicios. Esas directrices se mencionan en el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 28 a 31.

46. Cuando la parte comprometida a comprar sea la que haya de seleccionar al tercero proveedor, sería aconsejable aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio la consecuencia que tendría el incumplimiento por el tercero proveedor de su obligación de celebrar un contrato de suministro. Cuando se haya de efectuar la selección entre un gran número de posibles proveedores, podría estipularse que si uno de ellos se negara, ello no supondría descargo del compromiso de efectuar compras. Cuando para la selección del tercero proveedor se recurra a una lista nominativa de proveedores, podría convenirse en que si todos los proveedores de la lista se negaran a celebrar el contrato de suministro de conformidad con los términos del acuerdo de comercio compensatorio, la parte comprometida a comprar quedaría liberada de su compromiso. (Para un examen más a fondo de la liberación del compromiso de compensación, véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 6 a 10.)

2. Selección del tercero por la parte comprometida a suministrar mercancías

47. En algunos casos, la selección del tercero o terceros proveedores queda a cargo de la parte comprometida, conforme al acuerdo de comercio compensatorio, a suministrar las mercancías ("parte inicialmente comprometida a suministrar"). Este puede ser el caso cuando la parte que compra las mercancías en una dirección no se compromete a la venta de las mercancías suministradas en la otra dirección (por ejemplo, cuando un organismo público compre mercancías en una operación de compensación industrial), no tiene mercancías que interesen a la parte inicialmente comprometida a comprar, o no está segura de que tendrá mercancías adecuadas en el momento en que ha de celebrarse el contrato de suministro y, en consecuencia, desea tener la posibilidad de designar un tercero proveedor.

48. A veces el acuerdo de comercio compensatorio no impone ninguna restricción expresa a la designación del tercero proveedor. Así puede suceder, por ejemplo, cuando las mercancías compensatorias son de calidad normalizada y se pueden obtener fácilmente. Otra opción consistiría en que el acuerdo de comercio compensatorio señale ciertas directrices conforme a las cuales la parte inicialmente comprometida a suministrar mercancías designaría al tercero proveedor o le dé la lista de posibles terceros proveedores. La parte comprometida a comprar tal vez desee que se incluya en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula que prevea que la compra efectuada por un tercero no ha de causar gastos adicionales a la parte comprometida a comprar.

49. Cuando la selección del tercero proveedor queda a cargo de la parte inicialmente comprometida a suministrar las mercancías, el acuerdo de comercio compensatorio podrá disponer que el tercero deberá estar en condiciones de poner a disposición de la otra parte mercancías conformes con las cláusulas del acuerdo. Es aconsejable que el acuerdo indique con claridad las consecuencias del incumplimiento por parte del tercero de su obligación de poner las mercancías convenidas a disposición de la otra parte. Podría convenirse en que ese incumplimiento liberaría a la parte comprometida a comprar las mercancías del compromiso de compensación en la medida en que el tercero no ponga las mercancías a su disposición (véase el capítulo XII, párrafos 6 a 10), o podría convenirse en que en ese caso se seleccionaría un nuevo proveedor. Cuando la obligación de la parte inicialmente comprometida a suministrar las mercancías está afianzada por una indemnización pactada o una cláusula penal, o por una garantía, podría aclararse que el incumplimiento del tercero de poner las mercancías a disposición de la otra parte, facultará a esta última a recibir el pago de la indemnización pactada o la pena o la garantía.

50. Conviene, en general, que las obligaciones asumidas por el tercero se coordinen con las obligaciones que en virtud del acuerdo de comercio compensatorio correspondan a la parte inicialmente comprometida a suministrar las mercancías. Esta coordinación es muy importante con respecto a las obligaciones relativas al tipo, la calidad, la cantidad o el precio de las mercancías que se han de entregar, a la garantía de la disponibilidad de las mercancías, o a la indemnización pactada o la pena por el incumplimiento de la obligación de poner las mercancías a disposición de la otra parte. El

propósito de la coordinación es velar por la conformidad de las mercancías ofrecidas por el tercero a la parte comprometida a comprar con lo dispuesto en el acuerdo de comercio compensatorio. Si, por ejemplo, el tercero no pone a disposición de la otra parte mercancías que satisfagan el nivel de calidad estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio y, por tanto, no se celebra un contrato de suministro, la parte inicialmente comprometida a suministrar mercancías sería responsable en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y la parte comprometida a comprar mercancías se vería liberada de su compromiso de compensación.

51. El contrato celebrado entre la parte inicialmente comprometida a suministrar mercancías y el tercero podrá comprender una cláusula de exoneración de responsabilidad, en virtud de la cual el tercero conviene en indemnizar a la parte inicialmente obligada a proporcionar mercancías por la indemnización pactada o la cláusula penal que podría haber tenido que pagar con arreglo al acuerdo de comercio compensatorio, por no haber puesto el tercero las mercancías convenidas a disposición de la otra parte.

52. En algunas operaciones, la parte inicialmente comprometida a suministrar mercancías y el tercero proveedor convienen en que éste pagará una comisión a la parte inicialmente comprometida por la oportunidad de vender mercancías.

D. Comercio compensatorio entre más de dos partes

53. Hay tres tipos de operaciones de comercio compensatorio en los que intervienen más de dos partes pero que se diferencian de las operaciones contempladas en las secciones B y C del presente capítulo.

54. Un primer tipo sería la operación tripartita, en la cual la parte que proporciona las mercancías en una dirección no se compromete, en ningún momento de la operación, a efectuar una compra de mercancías en dirección contraria, sino que ese compromiso es asumido desde un principio por un tercero. En cambio, la sección B (párrafos 4 a 40 del presente capítulo) cubre aquellos casos en los que una de las partes, después de haber asumido el compromiso de comprar mercancías, contrata a un tercero para que efectúe esas compras. Podría utilizarse una estructura tripartita de este primer tipo, por ejemplo, en una operación de venta de instalaciones con pacto de compra de productos en la que el exportador de la instalación no desee participar en la compra de los productos resultantes y necesita, a fin de obtener financiación, contar desde un principio con un tercero que se obligue a comprar esos productos. Una operación tripartita de este tipo podría iniciarse mediante la celebración, por las tres partes, de un acuerdo que enuncie sus respectivos compromisos de concertar en el futuro contratos de suministro, y luego celebrar efectivamente los contratos de suministro en ambas direcciones. Otro enfoque es que el exportador y el importador celebren un contrato de suministro de mercancías en una dirección, y al mismo tiempo el tercero comprador (contraimportador) y el contraexportador asuman el compromiso de celebrar un futuro contrato para suministrar mercancías en la otra dirección.

55. Un segundo tipo de operación multipartita sería un acuerdo tripartito en el que la parte que compra mercancías en una dirección, en ningún momento de la operación, asume el compromiso de suministrar mercancías en la otra dirección, sino que es el tercero proveedor el que asume, desde un principio, el compromiso de suministrar mercancías. Este tipo de operación tripartita

se diferencia de los dos tipos de operaciones contempladas en la sección C (párrafos 41 a 52 del presente capítulo): las operaciones en las que una parte, después de haber asumido el compromiso de suministrar mercancías, designa a un tercero para que las suministre, y las operaciones de compensación industrial indirecta, donde el contraimportador se compromete frente al importador a negociar contratos de suministro con posibles proveedores que no hayan asumido el compromiso de celebrar esos contratos con el contraimportador. Un enfoque contractual para este tipo de operaciones tripartitas consiste en que las tres partes celebren un acuerdo en el que asuman sus respectivos compromisos de celebrar futuros contratos de suministro, y luego celebren efectivamente esos contratos en ambas direcciones. Otro enfoque es que el exportador y el importador celebren un contrato en una dirección y simultáneamente el tercero comprador (contraimportador) y el contraexportador asuman el compromiso de celebrar un futuro contrato para suministrar mercancías en la otra dirección.

56. En muchos casos, una característica de las operaciones tripartitas que se describen en los dos párrafos anteriores es la vinculación de los pagos correspondientes a los contratos de suministro en ambas direcciones. El empleo de esos mecanismos de pagos vinculados se examina en el capítulo VIII, "Pago", párrafos 68, 75 y 76.

57. En un tercer tipo de operación pluripartita, dos partes celebran un contrato de suministro en una dirección y otras dos partes celebran un contrato de suministro en la otra dirección. Esa operación de comercio compensatorio cuatripartita puede concertarse cuando las partes en el contrato celebrado para proporcionar mercancías en una dirección no se encuentren en condiciones de celebrar un contrato de suministro en la otra dirección, pero estén interesadas en celebrar ese contrato de suministro. Es posible que disposiciones de ese tipo resulten de interés dado que la celebración del segundo contrato de suministro permitiría a las partes vincular los pagos correspondientes a los contratos en ambas direcciones con miras a evitar o reducir las transferencias monetarias al extranjero (la vinculación de pagos en las operaciones cuatripartitas se examina en el capítulo VIII, "Pago", párrafos 69, 75 y 77). Otro motivo por el que despierta interés este tipo de acuerdo puede ser que el suministro de mercancías en una dirección esté sujeto al requisito obligatorio de la compra de mercancías en la otra dirección.

58. Es conveniente que las partes examinen al comienzo de la operación la cuestión de determinar si el incumplimiento de la obligación de celebrar o cumplir uno de los contratos de suministro tendrá una consecuencia con respecto a la obligación de celebrar o cumplir otro contrato de suministro. Esta cuestión se examina en el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", sección D. Para un examen de la interdependencia entre los contratos de suministro cuando las partes han convenido en vincular los pagos, véase el capítulo VIII, párrafos 72 y 73.

Notas

1/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 12 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte inicialmente comprometida a comprar, la cláusula podría redactarse como sigue:

"La compañía Y queda autorizada para encargar a un tercero comprador que haga las compras requeridas para cumplir el compromiso de compensación."

Las partes podrán añadir a la presente cláusula una estipulación, examinada en el párrafo 18, por la que se indique si, una vez designado el tercero, la parte inicialmente comprometida seguirá estando obligada al cumplimiento del compromiso de compensación.

2/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 18 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte inicialmente comprometida a comprar y la "compañía X" sea el proveedor, la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio podría redactarse como sigue:

"El hecho de que la compañía Y designe a un tercero para que haga las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación y que el tercero se comprometa con la compañía X a hacer esas compras no libera a la compañía Y de su responsabilidad por el incumplimiento eventual del compromiso de compensación."

3/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 18 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte inicialmente comprometida a comprar y la "compañía X" sea el proveedor, la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio podría redactarse como sigue:

"La compañía Y quedará liberada de su responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación cuando, al designar la compañía Y al tercero comprador, se transfiera a éste último el compromiso que tenía la compañía Y de comprar mercancías a la compañía X. [Esa transferencia afectará también a la obligación de pagar la indemnización pactada en caso de que no se efectúen las compras.] Para que la transferencia sea efectiva, habrán de convenir en ella la compañía Y, la compañía X y el tercero comprador."

4/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 18 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte inicialmente comprometida a comprar y la "compañía X" sea el proveedor, la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio podría redactarse como sigue:

"La compañía X se compromete a liberar a la compañía Y de su responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación cuando, al designar la compañía Y a un tercero comprador, la compañía X y el tercero comprador concierten un acuerdo por el cual el tercero asuma el compromiso de realizar las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación de la compañía Y."

Si se incluye la cláusula anterior en el acuerdo de comercio compensatorio, la liberación efectiva de la compañía Y de su responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación podría expresarse como sigue:

"La compañía X, habiendo convenido con la compañía Z (el tercero comprador) que la compañía Z asume el compromiso de realizar las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación de la compañía Y, consiente en liberar a la compañía Y de su responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación. La liberación de responsabilidad de la compañía Y surtirá efecto al adquirir validez el acuerdo entre la compañía X y la compañía Z."

5/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 23 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Z" sea el tercero comprador, la "compañía Y", la parte inicialmente comprometida a comprar y la "compañía X", el proveedor, la cláusula del contrato concertado entre la compañía Y y la compañía Z podría redactarse como sigue:

"La compañía Z celebrará un acuerdo con la compañía X por el que la compañía Z se comprometerá a efectuar las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación enunciado en el acuerdo de comercio compensatorio entre la compañía Y y la compañía X, del que se adjunta una copia al presente contrato. La compañía Z conviene en quedar vinculada por todas las cláusulas y condiciones del acuerdo de comercio compensatorio y, en particular, conviene en pagar la indemnización pactada en el acuerdo de comercio compensatorio de no efectuar las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación."

VIII. PAGO

Resumen

Las partes en una operación de comercio compensatorio pueden decidir vincular los pagos correspondientes a los contratos de suministro en ambas direcciones de manera que los ingresos generados por el contrato de suministro en una dirección se utilicen para pagar el contrato de suministro en la otra. Esto permite evitar o reducir la transferencia de fondos entre las partes (párrafos 1 a 8).

A veces se conviene en que el envío en una dirección determinada (contrato de exportación) ha de preceder al envío en la otra (contrato de contraexportación) a fin de obtener fondos para pagar la contraexportación. En esos casos, llamados a veces de "compra anticipada", puede convenirse en que los ingresos generados por el contrato de exportación sean retenidos por el importador hasta que sea exigible el pago según el posterior contrato de contraexportación (párrafos 9 a 13). Cuando a raíz de una compra anticipada los fondos reportados por el contrato de exportación no hayan de quedar bajo el control del importador, las partes podrán acordar utilizar una "cuenta bloqueada" o "cartas de crédito cruzadas" (párrafos 14 a 18). Con arreglo al método de la cuenta bloqueada, el producto del contrato de exportación se deposita en una cuenta en un banco convenido y la liberación del dinero, que se imputa al pago de las mercancías contraexportadas, queda sometida a las condiciones convenidas (párrafos 19 a 30). Cuando se utilizan cartas de crédito cruzadas, los fondos pagaderos en virtud de una carta de crédito abierta por el importador a favor del exportador ("carta de crédito de exportación") quedan bloqueados para ser utilizados como cobertura de la carta de crédito abierta por el contraimportador a favor del contraexportador ("carta de crédito de contraexportación") (párrafos 31 a 37).

Las partes pueden convenir en que sus reclamaciones de pago derivadas de los envíos efectuados en ambas direcciones se compensen. Si se produce un desequilibrio en los valores de las entregas, puede corregirse entregando más mercancías o mediante el pago en efectivo. Con el fin de facilitar la compensación de los pagos, en particular de preverse envíos sucesivos, las partes tal vez deseen utilizar un sistema de contabilidad, que en la Guía se denomina "cuenta de compensación". La cuenta de compensación podrá ser administrada por las propias partes o por uno o más bancos (párrafos 38 a 57).

Ciertas cuestiones comunes a los mecanismos de pago vinculado (moneda, designación de bancos, acuerdos interbancarios, fondos no utilizados o excedentes, pagos o entregas complementarios y gastos bancarios) se examinan en los párrafos 58 a 65.

En el caso de una operación de comercio compensatorio entre más de dos partes (es decir, comercio de compensación "tripartito" o "cuatripartito"; véase el capítulo VII), puede acordarse que los ingresos generados por el contrato de suministro celebrado entre dos de las partes se utilizarán para pagar el contrato de suministro entre un par de partes diferentes. En una operación tripartita en la que haya de intervenir un tercero contraimportador, el importador, en lugar de transferir fondos al exportador para el pago del

contrato de exportación, entrega (contraexporta) mercancías al contraimportador y quedará liberado de la obligación de pago de la importación por una suma equivalente al valor de las mercancías compensatorias entregadas al contraimportador; el contraimportador, por su parte, pagará al exportador una suma equivalente al valor de las mercancías recibidas del contraexportador. Análogamente, en una operación tripartita en la que intervenga un tercero contraexportador, el importador transfiere fondos al contraexportador para que pague el envío al contraimportador y éste (exportador) conviene en que el pago del contrato de exportación quede satisfecho por una suma equivalente al valor de las mercancías entregadas al contraimportador. En una operación cuatripartita, el exportador envía mercancías al importador y éste, en lugar de pagar al exportador, paga al contraexportador una suma equivalente al valor de las mercancías recibidas del exportador. El pago del importador al contraexportador remunera al contraexportador por el envío al contraimportador. El contraimportador paga al exportador una suma equivalente al valor de las mercancías recibidas del contraexportador (párrafos 66 a 73).

Como en el comercio de compensación en el que intervienen sólo dos partes, cabe recurrir para el pago en las operaciones de comercio compensatorio entre más de dos partes a las cuentas bloqueadas y a las cartas de crédito cruzadas (párrafos 74 a 77).

A. Observaciones generales

1. Las partes pueden decidir que el pago adeudado por el contrato de suministro en una dirección se ha de liquidar por separado del pago adeudado por el contrato de suministro en la otra dirección. Cuando los pagos se hagan por separado, el pago correspondiente a cada contrato de suministro se hará por algún medio usual en el comercio, como el pago en cuenta, el pago contra la presentación de documentos, o la carta de crédito. Cabe también que las partes decidan vincular el pago de modo que los ingresos generados por el contrato en una dirección se destinen a pagar el contrato en la otra dirección, con lo que se evita o reduce la transferencia de fondos entre las partes. La Guía Jurídica examina únicamente los mecanismos de pago vinculado, sin ocuparse del pago por separado, que no suscita cuestiones peculiares del comercio compensatorio.

2. Uno de los motivos que pueden tener las partes para vincular los pagos es la posibilidad de que sea difícil para una de ellas pagar en la moneda acordada. Otro puede ser asegurar que el producto de la venta en una dirección sea utilizada para pagar el envío de mercancías en la otra. Entre los métodos de pago destinados a satisfacer esas necesidades figuran la retención de los fondos por el importador (párrafos 9 a 13 del presente capítulo), el bloqueo de fondos pagados por el contrato de exportación mediante cuentas bloqueadas o mediante cartas de crédito cruzadas que aseguren la disponibilidad de esos fondos para pagar el contrato de contraexportación (párrafos 14 a 37 del presente capítulo), y la compensación de las reclamaciones de pago recíprocas (párrafos 38 a 57 del presente capítulo).

3. Un aspecto de los métodos de pago vinculado que cabe examinar es el costo de financiación dimanado de que dichos métodos inmovilizan los importes de los envíos hechos por las partes. Si se prolonga el intervalo entre el momento en que los ingresos generados por el contrato en una dirección y aquel en que tales ingresos se utilizan para cumplir el contrato en la otra dirección, aumentará probablemente el costo de financiación.

4. Una característica de los mecanismos del pago vinculado es la seguridad que proporcionan a la parte que ha recibido mercancías en primer lugar, por cuanto los fondos destinados a pagar esas mercancías no se ponen a disposición de la parte que las ha suministrado sino que se reservan para pagar las mercancías que deban suministrarse ulteriormente en la otra dirección. Esto puede hacer más fácil que dicha parte obtenga un préstamo para financiar sus entregas. La fuente de financiación suele ser el banco tenedor de fondos que deben utilizarse para pagar ulteriores entregas o el banco que administra la compensación de las reclamaciones de pago.

5. En cambio, la parte que ha entregado mercancías en primer lugar, o que ha entregado más mercancías de las que ha recibido, corre el riesgo de tener que esperar durante un plazo incierto antes de que se le facilite a cambio la compra de mercancías de la calidad convenida o, si no se dispone de esas mercancías, antes de que los ingresos obtenidos de las entregas efectuadas por dicha parte permitan pagar esas entregas. Habida cuenta de este riesgo, los bancos pueden mostrarse renuentes o negarse a financiar entregas de mercancías si su pago tiene que aplazarse hasta que se compren a cambio otras mercancías. Debido a ello, en los proyectos de gran escala y a largo plazo, como las operaciones de venta con pacto de compra de productos o las de compensación indirecta, es menos probable que se utilicen métodos de pago vinculado.

6. Las partes quizá deseen examinar la posibilidad de que surjan obstáculos en la realización de pagos vinculados. Por ejemplo, el acreedor de una de las partes en el comercio compensatorio podría obtener una orden judicial de embargo del importe de un contrato de suministro, el banco que tiene los fondos podría caer en insolvencia o el pago podría impedirse como consecuencia de la promulgación ulterior de reglamentaciones bancarias o en materia de divisas. En estos casos el método de pago podría quedar congelado hasta que se fallara la reclamación contra la parte en el comercio compensatorio, el banco volviera a ser solvente o se suprimieran las reglamentaciones, según proceda. Un factor para evaluar ese riesgo es el grado de protección que otorga la ley aplicable al método de pago contra esas circunstancias externas. Además, mientras más tiempo perduren los fondos en el método de pago, o las reclamaciones de pago aguarden la compensación, mayor será el riesgo de que puedan surgir tales obstáculos.

7. Cabe observar que los métodos de pago pueden requerir autorización gubernamental si entrañan un retardo o la no repatriación del importe de un contrato de suministro o la tenencia de fondos en el extranjero o de una cuenta nacional en una moneda extranjera.

8. Es aconsejable que las partes convengan sobre los pormenores del método de pago vinculado en el acuerdo de comercio compensatorio. Según el tipo de método de pago escogido, los contratos de suministro podrán tener que incluir cláusulas de aplicación del método de pago convenido en el acuerdo de comercio compensatorio.

B. Retención de fondos por el importador

9. A veces se pacta que el envío en una dirección determinada (contrato de exportación) ha de preceder al despacho en la otra dirección (contrato de contraexportación), y que el importe del contrato de exportación se ha de emplear para solventar la contraexportación ulterior. Esos casos se suelen denominar "compra anticipada" porque el importador ha de adquirir mercaderías para poder financiar el contrato de contraexportación. En esos casos, las partes pueden acordar que el importe del contrato de exportación quedará en manos del importador hasta que sea exigible el pago según el contrato de contraexportación.

10. La aceptación de dicho acuerdo dependería de la confianza del exportador en que el importador mantendrá los fondos de conformidad con el acuerdo de comercio compensatorio. Es más probable que esa confianza exista cuando las partes tienen una relación estable. Otro factor es el riesgo de que el importador caiga en insolvencia o que los fondos en poder del importador queden sujetos a la reclamación de un tercero. En circunstancias normales la reclamación del exportador no gozará de prelación respecto de la de otro acreedor del importador. En algunos sistemas jurídicos, los fondos pueden gozar de cierta protección contra las reclamaciones de terceros si el acuerdo de retención de fondos coloca al importador en una posición fiduciaria con respecto a los fondos. Por ejemplo, en los sistemas de derecho común, ello podría hacerse estableciendo un "fideicomiso" en el que el importador actuase como "fideicomisario" de los fondos. Las normas fiduciarias previstas en algunos otros sistemas jurídicos pueden ofrecer protección análoga.

11. Además, puede surgir un desacuerdo sobre el tipo, calidad o precio de las mercancías contraexportadas si el acuerdo de comercio compensatorio no especifica el tipo de mercancías que se han de contraexportar, o si no existe ninguna norma para medir la calidad del tipo de mercancías convenidas. La posibilidad de semejante desacuerdo aumenta el riesgo de que durante un plazo inaceptable los fondos retenidos no se destinarán al uso previsto ni se entregarán al exportador. Cuando las partes puedan precisar el tipo de mercancías, la duración del plazo necesario para que se disponga de las mercancías contraexportadas podrá ser una consideración que afecte la aceptabilidad de la retención de fondos por el importador. Esta resultaría más aceptable si se dispusiera de las mercancías que se han de adquirir con los fondos retenidos y pudieran despacharse rápidamente, y menos aceptable si hubiera que fabricar especialmente las mercancías.

12. Hay que equilibrar adecuadamente dos objetivos contrapuestos. Uno es asegurar al exportador el acceso a los fondos si la contraexportación no ocurriera. El otro objetivo es asegurar al importador que los fondos no se transferirán al exportador al menos no en su totalidad, si el exportador infringe el compromiso emanado del acuerdo de comercio compensatorio de contraimportar. El primer objetivo puede adelantarse fijando una fecha en la que los fondos han de transferirse al exportador si no ha ocurrido la contraexportación. El segundo objetivo puede promoverse autorizando al importador para deducir toda indemnización pactada o penalidad que pueda adeudarse al importador por la infracción del exportador del compromiso de compensación antes de que los fondos se transfieran al exportador.

13. Según el plazo en que los fondos han de retenerse bajo el control del importador, las partes tal vez deseen examinar la posibilidad de prever en el acuerdo de comercio compensatorio el pago de intereses en favor del exportador. Si así lo hacen, las partes pueden estipular la forma en que los fondos se depositarán para devengar interés al tipo más favorable.

C. Bloqueo de fondos

1. Observaciones generales

14. Cuando el exportador no desee dejar los fondos devengados por el contrato de exportación bajo el control del importador, las partes quizá deseen emplear otro método de pago destinado a garantizar que el producto de la primera venta se destina al objetivo previsto. La Guía Jurídica aborda dos métodos de este tipo: las cuentas bloqueadas y las cartas de crédito cruzadas.

15. Cuando las partes opten por una cuenta bloqueada, acuerdan que el pago del importador sea depositado en una cuenta en una institución financiera convenida por las partes y que se habrán de cumplir ciertas condiciones para utilizar o retirar fondos de esa cuenta. Una vez depositados los fondos en la cuenta, el importador contraexporta y obtiene el pago con cargo a esos fondos presentando a la institución que administra la cuenta la documentación convenida que acredita el cumplimiento del contrato de contraexportación. Las cuentas de esta índole han solido denominarse "de garantía bloqueada", "especiales", "fiduciarias", "bloqueadas" o "trust accounts". Se ha optado por la expresión "cuenta bloqueada" para evitar remisiones involuntarias a las modalidades particulares de dichas cuentas que pueda haber en los distintos ordenamientos jurídicos.

16. Cuando las partes optan por el sistema de las cartas de crédito cruzadas, el importador emitirá una carta de crédito en pago del contrato de exportación ("carta de crédito de exportación"). La carta de crédito sirve, pues, de base a la emisión de una carta de crédito en pago del contrato de contraexportación ("carta de crédito de contraexportación"). Conforme a las instrucciones de las partes, el importe de la carta de crédito de exportación quedará bloqueado para cubrir la carta de crédito de contraexportación. La carta de crédito de exportación se liquida cuando el exportador presenta los documentos exigidos, entre ellos una orden irrevocable de que su importe sea utilizado para cubrir el pago de la carta de crédito de contraexportación, cuyo pago, que se financia con la carta de crédito de exportación, se efectúa al presentar el contraexportador los documentos requeridos.

17. Cabe recurrir al sistema de la cuenta bloqueada o al de las cartas de crédito cruzadas cuando el importador no desea enviar las mercancías de contraexportación hasta que se haya garantizado la disponibilidad de fondos para pagarlas. En esos acuerdos de "compra anticipada", tanto las cuentas bloqueadas como las cartas de crédito cruzadas garantizan que los fondos abonados por el envío en una dirección, que conforme a lo expresamente estipulado se efectúe primero, servirán para pagar el envío posterior en la otra dirección.

18. Los inconvenientes financieros del bloqueo de fondos pueden mitigarse hasta cierto punto si los fondos bloqueados devengan intereses. Un banco tenedor de fondos para pagar cartas de crédito puede ser más renuente a pagar intereses que un banco que los tenga en una cuenta bloqueada. Por ello, una cuenta bloqueada puede ser un medio de percibir intereses al mantener un exceso de fondos en previsión de futuros pedidos. Puede ser útil cuando las partes al principio no estén seguras si se necesitará todo el importe de la exportación para pagar la contraexportación.

2. Cuentas bloqueadas

19. Algunos ordenamientos jurídicos prevén regímenes jurídicos especiales para cuentas bloqueadas si cobran una forma jurídica particular (por ejemplo, "trust account" o "cuenta fiduciaria"). En esos ordenamientos, una cuenta bloqueada estaría sujeta al derecho general de las obligaciones si no se establece en esa forma particular. Cuando se aplica un régimen jurídico especial, el tenedor de los fondos está sujeto a obligaciones fiduciarias especiales con respecto a la disposición de los fondos y éstos pueden gozar de cierta protección contra el embargo por terceros acreedores.

20. Las disposiciones contractuales que reseñan el acuerdo de las partes sobre la cuenta bloqueada figurarán en el acuerdo de comercio compensatorio. Además, tendrá que celebrarse un acuerdo entre el banco y una o más de las partes en la relación de comercio compensatorio ("acuerdo de cuenta bloqueada", párrafos 23 a 27 del presente capítulo). Las disposiciones de los contratos de suministro relativas a la cuenta bloqueada suelen limitarse a determinar la cuenta que se utilizará para el pago.

a) Acuerdo de comercio compensatorio

i) Ubicación de la cuenta

21. Las partes deben estudiar si estipulan en el acuerdo de comercio compensatorio la ubicación de la cuenta, designando el banco, indicando el país en el que se ha de abrir la cuenta o estipulando algún otro criterio para seleccionar el banco. La elección de posibles ubicaciones de la cuenta puede limitarse si la legislación nacional de la parte cuyo envío genera los fondos restringe el derecho a tener fondos en el extranjero. En ese caso, la elección puede limitarse a abrir la cuenta en un banco situado en el país de esa parte.

22. Cuando las partes puedan decidir la ubicación del banco, deben tener presente que la ubicación de la cuenta puede determinar la ley aplicable a la cuenta. La conveniencia de la ley aplicable en una ubicación determinada puede aquilatarse según la garantía dada a las partes de que las obligaciones fiduciarias del banco se cumplirán debidamente. Además, es aconsejable que el ordenamiento jurídico aplicable brinde alguna protección contra la injerencia de un tercero acreedor de una de las partes. Como se observa en el párrafo 19 del presente capítulo, en algunos ordenamientos jurídicos se otorga cierta protección contra las reclamaciones de terceros.

ii) Funcionamiento de la cuenta bloqueada

23. Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio contenga algunas disposiciones básicas que han de incorporarse en el acuerdo de cuenta bloqueada celebrado con el banco. Esas disposiciones facultan a cada una de las partes, al convenir en el uso de una cuenta bloqueada, para establecer que la cuenta tendrá las características que considere importantes. Las estipulaciones prevén, en particular, procedimientos para transferir fondos a la cuenta, requisitos documentarios para transferir fondos de la cuenta (por ejemplo, que la petición de pago utilice un formulario determinado, un conocimiento u otro documento de embarque, certificado de calidad) y los intereses. Al estudiar el texto del acuerdo de cuenta bloqueada en el acuerdo de comercio compensatorio, las partes deben recordar que es probable que el banco acostumbre operar con cuentas bloqueadas sobre la base de formularios de contratos o condiciones uniformes.

24. El acuerdo de comercio compensatorio puede prever que los pagos en la cuenta se harán mediante una carta de crédito abierta por el importador en favor del exportador. Asimismo, puede convenirse en que el desembolso de los fondos depositados en la cuenta se efectuará mediante una carta de crédito abierta por el contraimportador en favor del contraexportador. En esos casos es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio precise las instrucciones que se han de dar a los bancos emisores y los documentos que corresponde presentar con arreglo a las cartas de crédito. Por ejemplo, el beneficiario deberá acompañar, con los documentos que acrediten el envío, una orden irrevocable de que el importe sea depositado en la cuenta bloqueada.

iii) Otras cuestiones

25. Es conveniente que el acuerdo de comercio compensatorio aborde cuestiones como el importe de los fondos que han de bloquearse, los intereses devengados por los fondos bloqueados, la transferencia de fondos no utilizados o excedentarios, y todo pago suplementario (para un examen de las diversas cuestiones comunes a los métodos de pago vinculado que podrían figurar en el acuerdo de comercio compensatorio, véanse los párrafos 58 a 65 del presente capítulo).

b) Acuerdo de cuenta bloqueada

26. La finalidad del acuerdo de cuenta bloqueada es dar instrucciones al banco y precisar las medidas que habrán de adoptar las partes interesadas y el banco, así como otras disposiciones sobre el funcionamiento de la cuenta bloqueada. El acuerdo de cuenta bloqueada abordaría también cuestiones relativas a los intereses y comisiones bancarias, así como a la manera en que las partes interesadas puedan comprobar la precisión del cálculo de intereses y otras medidas adoptadas por el banco en la administración de la cuenta. Es importante cerciorarse de que el acuerdo de cuenta bloqueada sea compatible con las estipulaciones que figuren en el acuerdo de comercio compensatorio sobre la cuenta bloqueada.

i) Partes

27. El acuerdo de cuenta bloqueada se celebrará entre el banco administrador de la cuenta y una o más de las partes en la relación de comercio compensatorio. En algunos casos, otro banco puede ser signatario de un acuerdo de cuenta bloqueada. Ello puede ocurrir cuando los fondos que se han de abonar en la cuenta tengan que encauzarse, por acuerdo o prescripción legal, recurriendo a un banco particular. Algunas legislaciones nacionales exigen que una cuenta bloqueada abierta en el extranjero se mantenga a nombre de su banco central y que ese banco sea parte en el acuerdo de cuenta bloqueada. En operaciones de comercio compensatorio entre más de dos partes en que el contraexportador o el contraimportador no sea, respectivamente, o bien el importador o bien el exportador, la nueva parte en la relación podrá también ser parte en el acuerdo de cuenta bloqueada.

ii) Transferencia de fondos a una cuenta y a partir de esa cuenta

28. El acuerdo de cuenta bloqueada aplicaría los procedimientos usuales del banco en la administración de una cuenta bloqueada. Es aconsejable que las partes se cercioren de que su acuerdo sobre la forma en que los fondos se han de abonar en la cuenta y adeudar en ésta a favor del contraexportador (véanse los párrafos 23 y 24 del presente capítulo) se refleje en el acuerdo de cuenta bloqueada. Puede ser útil indicar si se permiten giros parciales, la forma en que se ha de determinar la cantidad que debe pagarse (por ejemplo, sobre la base del valor nominal de la factura) y si se notificarían las solicitudes de pago a la parte que depositó fondos en la cuenta. El acuerdo de cuenta bloqueada describiría también las condiciones en que deberían transferirse al exportador los fondos excedentarios o no utilizados, o se aplicarían según sus instrucciones (véanse los párrafos 62 y 63 del presente capítulo). En este último caso, el acuerdo de cuenta bloqueada puede indicar las condiciones en que se mantendrán los fondos antes de que se reciban instrucciones del exportador.

29. Cabe observar que el banco depositario de fondos bloqueados puede exigir que se limite su responsabilidad a examinar la conformidad de los documentos incluidos en la solicitud de pago del contraexportador con los requisitos convenidos, y no a verificar si se ha cumplido el contrato principal subyacente. El banco puede exigir también que el contraexportador, que recibirá el pago con cargo a la cuenta, le resarza los costos, reclamaciones, gastos (distintos de los gastos normales de administración y funcionamiento) y las responsabilidades en que pueda incurrir el banco con motivo de la cuenta bloqueada.

iii) Duración y cierre de la cuenta

30. Para cerciorarse de la disponibilidad de la cuenta bloqueada durante el plazo necesario, el acuerdo de cuenta bloqueada debe precisar el plazo durante el cual la cuenta seguirá abierta (por ejemplo, hasta cierta fecha o durante un plazo a contar del inicio de la validez del acuerdo de comercio compensatorio). Las partes tal vez deseen prever que la cuenta bloqueada seguirá funcionando durante cierto plazo (por ejemplo, de 60 días) más allá del término del plazo de cumplimiento del compromiso de compensación. Ese plazo permitiría que se completara la operación según se proyectó si el envío

previsto en el contrato de contraexportación ocurriera justo antes de expirar el plazo de cumplimiento o se retardara por razones justificadas. El acuerdo de cuenta bloqueada podría indicar, además del transcurso de un plazo convenido, las circunstancias en que se cerraría la cuenta. Estas circunstancias podrían incluir un evento como la extinción del contrato de exportación o del acuerdo de comercio compensatorio.

3. Cartas de crédito cruzadas

31. Cuando las partes deseen bloquear ciertos fondos mediante el sistema de las cartas de crédito cruzadas, conviene que el acuerdo de comercio compensatorio incluya disposiciones relativas a la designación de los bancos participantes (véase el párrafo 59 del presente capítulo), las instrucciones que se han de impartir a los bancos participantes para la emisión de las cartas de crédito de exportación y de contraexportación y para la asignación de sus importes, y los documentos que deberán presentarse para obtener el pago. Además, las partes tendrían que estipular que el envío de mercancías y la presentación de documentos en una dirección debe preceder al envío de mercancías y la presentación de documentos en la otra dirección.

a) Secuencia de la emisión de las cartas

32. Las partes pueden acordar en que la carta de crédito de contraexportación debe emitirse antes que la carta de crédito de exportación. Esa secuencia de emisión puede ser una consideración importante para un contraexportador cuyo motivo para celebrar el contrato de importación fuese la expectativa de poder contraexportar. La no emisión de la carta de crédito de contraexportación y, la consiguiente ausencia de una contraexportación, pueden hacer al importador responsable de costos inherentes a la importación que inicialmente había previsto pagar con el producto de la contraexportación (por ejemplo, la comisión a un tercero por la reventa de mercancías compradas en virtud del contrato de exportación). Para proteger los intereses del exportador que acepta abrir la carta de crédito de contraexportación antes de que se emita la carta de crédito de exportación, las partes pueden acordar que el pago con cargo a la carta de crédito de contraexportación exigirá una prueba documentaria de la emisión de la carta de crédito de exportación.

33. En algunos casos las partes pueden decidir que se abra la carta de crédito de contraexportación sólo cuando el importe de la carta de crédito de exportación esté disponible para solventar la carta de crédito de contraexportación. Para prever el riesgo de que la carta de crédito de exportación se abra sin que se emita ulteriormente la carta de crédito de contraexportación, quizá las partes deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de indemnización pactada o penal adecuada.

b) Instrucciones para la utilización del importe de la carta de crédito

34. Las instrucciones del importador para la emisión de la carta de crédito de exportación deben exigir que entre los documentos que hayan de presentarse para obtener el pago figure una orden irrevocable del exportador de que el importe de la carta de crédito de exportación sea utilizado como cobertura de la carta de crédito de contraexportación. Las instrucciones para que se emita la carta de crédito de contraexportación deben indicar que su pago se efectuará con el importe de la carta de crédito de exportación.

35. Debido a la vinculación entre el pago de la carta de crédito de exportación y la carta de crédito de contraexportación, la selección del método de pago de la carta de crédito de exportación habría de hacerse entre el llamado pago a la vista o el pago diferido. El pago mediante una letra de cambio, la otra opción utilizada en la práctica para retardar el pago de una carta de crédito, es incompatible con el objetivo de pago vinculado de las cartas de crédito cruzadas. Cuando se utiliza una letra de cambio para pagar al beneficiario de la carta de crédito, el banco obligado a pagar aceptaría la letra librada por el importador a favor del beneficiario de la carta de crédito. Dicha letra daría al beneficiario la oportunidad de poder endosarla a un tercero. Si la letra de cambio se endosa a un tercero, el banco que emitió la carta de crédito de exportación y aceptó la letra estará obligado a pagar al tenedor de la letra (y el importador estará obligado a reembolsar al banco que emitió la carta de crédito de exportación), independientemente del plan de pago de las cartas de crédito cruzadas. Si la carta de crédito de exportación es pagadera a la vista, el banco que emitió la carta de crédito de exportación recibirá una orden irrevocable de retener los fondos hasta una determinada fecha para que sirvan para el pago de la carta de crédito de contraexportación. Si la carta de crédito de exportación es una carta de crédito de pago diferido, se dará la orden al banco emisor de la carta de crédito de exportación de que, al vencer su pago, los fondos pagaderos sean utilizados para pagar la carta de crédito de contraexportación.

36. Es aconsejable que las instrucciones para emitir la carta de crédito de exportación estipulen que su importe se pagará al exportador si no se efectúa la contraexportación. En una carta de crédito de exportación pagadera a la vista, el importe se pagará al exportador si en una fecha convenida las mercancías contraexportadas no se han enviado. Si la carta de crédito de exportación es pagadera sobre una base diferida, podría preverse que el importe se pagará al exportador si, en la fecha del pago, el contraexportador no ha presentado los documentos necesarios. Procedería también el pago al exportador si el importe de la carta de crédito de exportación rebasara lo necesario para cubrir la carta de crédito de contraexportación. Si se prevé esa situación, conviene que el importador dé orden al emisor de la carta de crédito de exportación para que transfiera al exportador todo importe de esa carta de crédito que rebase la cantidad especificada necesaria para cubrir la carta de crédito de contraexportación.

c) Fechas de expiración

37. Sería aconsejable que se deje cierto margen entre la expiración de la carta de crédito de exportación y la expiración de la carta de crédito de contraexportación. Cuando la fecha de expiración de las dos cartas de crédito es idéntica o casi idéntica, de efectuarse a último momento el envío de las mercancías y la presentación de los documentos con arreglo al contrato de exportación, tal vez no quede tiempo suficiente para el envío de mercancías y la presentación de los documentos con arreglo al contrato de contraexportación.

D. Compensación de las reclamaciones de pago recíprocas

1. Observaciones generales

38. Las partes pueden acordar que compensarán sus reclamaciones de pago recíprocas basadas en envíos efectuados en cada dirección. Según ese arreglo, no se paga realmente dinero sino que la suma de las reclamaciones originadas

por las entregas efectuadas en una dirección se compensan con la suma de las reclamaciones originadas por las entregas efectuadas en la otra dirección. Si los valores de las entregas efectuadas en ambas direcciones arrojan un saldo pendiente, éste puede liquidarse mediante la entrega de nuevas mercancías o el pago de dinero. En algunos Estados los arreglos de compensación habrán de ser aprobados por las autoridades.

39. Cabe aplicar un método de compensación cuando sólo ha de efectuarse un envío en cada dirección o cuando se harán múltiples expediciones en ambas direcciones durante un plazo más largo. La presente sección se ocupa principalmente del sistema de contabilidad que las partes tal vez deseen utilizar para compensar las reclamaciones de pago correspondientes a los diversos envíos. Ese sistema de contabilidad, denominado en la Guía Jurídica "cuenta de compensación", recibe en la práctica diversos nombres, entre ellos "cuenta compensatoria", "cuenta de liquidación" o "cuenta comercial".

40. Las propias partes o un banco pueden administrar una cuenta de compensación. La designación de un banco puede que venga impuesta por algún reglamento imperativo. Los bancos se utilizan también porque las partes quizá deseen que los adeudos y los abonos en la cuenta se hagan con arreglo a los documentos de envío tras un examen de los mismos efectuado según los procedimientos usuales de los bancos. Además, los bancos que administran cuentas de compensación tal vez se presten a garantizar la obligación de liquidar cualquier saldo pendiente comercial entre las partes en la relación de comercio compensatorio.

41. Conforme a un primer criterio para estructurar la cuenta de compensación, se llevarían dos cuentas para anotar los adeudos y los abonos. Una en un banco del país de una de las partes y la otra en un banco del país de la otra parte. Conforme a un segundo criterio, se utilizaría una sola cuenta administrada por un solo banco; otros bancos podrían intervenir con el propósito de expedir documentos y emitir o notificar cartas de crédito (véase capítulo XI, párrafos 40 a 42).

42. Cuando dos bancos intervienen en la administración de un sistema de compensación, es probable que concierten un acuerdo interbancario. Dicho acuerdo puede abarcar alguno de los puntos ya abordados en el acuerdo de comercio compensatorio, así como tomar las disposiciones técnicas relativas a la cuenta de compensación. El acuerdo de comercio compensatorio puede remitirse al acuerdo interbancario y declarar que los detalles técnicos del funcionamiento de las cuentas se registrarán por el acuerdo interbancario celebrado entre los bancos participantes. Aunque las partes en el comercio compensatorio suelen ser signatarias de un acuerdo interbancario, conviene que participen en la preparación del acuerdo interbancario para asegurar la congruencia entre el acuerdo de comercio compensatorio y el acuerdo interbancario (los acuerdos interbancarios se analizan en los párrafos 60 y 61 del presente capítulo).

43. En algunos ordenamientos jurídicos el acuerdo de compensación de las reclamaciones de pago a que dé lugar una relación comercial será considerada como una categoría aparte de contrato en que serán partes las dos partes en la relación comercial considerada y un tercero que se encargará de llevar el libro de las reclamaciones recíprocas. Entre los términos que se utilizan

para designar a ese tipo de contratos cabe citar "compte courant", "cuenta corriente" o "Kontokorrent", aunque algunos de esos términos se utilizan también para designar cuentas en las que el banco posee fondos de los clientes. En estos ordenamientos se habrán resuelto cuestiones tales como las obligaciones del tercero que administre la cuenta de compensación, las consecuencias de la anotación de una reclamación de pago en la cuenta de compensación, las medidas necesarias para que se produzca la compensación de esas reclamaciones, la posibilidad de oponerse a una reclamación determinada o el saldo de reclamaciones de pago contrapuestas, así como las consecuencias de la insolvencia o quiebra de una de las partes respecto de determinados asientos en la cuenta de compensación.

44. La Guía Jurídica no examina los acuerdos generales interestatales para el comercio recíproco dentro del marco de una cuenta de compensación entre autoridades bancarias estatales. Según ellos, el valor de las entregas en ambas direcciones se registra en una moneda o unidad de cuenta, y oportunamente se compensa entre las autoridades de los bancos estatales. Los comerciantes de cada país, contratan directamente entre sí, pero someten sus reclamaciones de pago a sus respectivos bancos centrales o de comercio exterior y reciben pagos en moneda nacional. Asimismo, los compradores pagan sus importaciones en moneda nacional a sus respectivos bancos centrales o de comercio exterior. Esos sistemas de compensación, que tal vez formen parte de políticas económicas tendientes a promover el comercio, quedan fuera del ámbito de la Guía Jurídica, pues los distintos contratos de suministro en una dirección celebrados en virtud de acuerdos globales, no están vinculados contractualmente a los contratos celebrados en la otra dirección.

2. Acuerdo de comercio compensatorio

a) Anotaciones en el haber y debe de una cuenta

45. Las partes tal vez deseen convenir en que las anotaciones en la cuenta requieran la presentación de documentos. El acuerdo de comercio compensatorio ha de estipular los documentos que debe presentar el proveedor para que se le haga un abono en la cuenta de compensación. El tipo de documentos estipulado dependerá del momento de ejecución de un contrato de suministro, cuya ejecución las partes deseen sea anotada en el haber del proveedor. Entre estos documentos podrían figurar, por ejemplo, facturas, listas de embalaje, certificados de calidad o cantidad, conocimientos de embarque u otros documentos de transporte, certificados del despacho de aduanas de las mercancías en el país receptor o de su aceptación por el comprador, y todo otro documento estipulado en los distintos contratos de suministro. Las partes quizá deseen convenir también en el contenido de cualquier declaración que el proveedor debería formular sobre la operación que se acredita (por ejemplo, número de cuenta de la compra, fecha del envío, descripción del tipo, la cantidad y el valor de las mercancías, número y peso de los bultos, detalles referentes al transporte y referencia a la cuenta de compensación).

46. Si se acuerda que los asientos en la cuenta se han de anotar sobre la base de hechos que ocurren en el país de destino (por ejemplo, despacho de aduanas o aceptación del comprador), las partes tal vez deseen llevar un libro paralelo para los envíos en tránsito, pero aún no despachados por la autoridad aduanera o aceptados por el comprador. Esa contabilización paralela daría una

indicación de las próximas reclamaciones de pago que se asentarían en la cuenta una vez que las mercancías en tránsito hayan sido despachadas por aduanas o aceptadas por el comprador. Esta información permitiría a las partes aplicar algunas reglas del sistema de compensación (por ejemplo, saldo pendiente máximo, párrafo 53 del presente capítulo, y liquidación de ese saldo, párrafos 54 a 56 del presente capítulo) con mayor flexibilidad que en caso contrario. Por ejemplo, las partes podrán acordar que se suspenda la aplicación de la regla relativa al saldo máximo a una parte en posición deudora en razón del valor de las mercancías en tránsito acreditable a esa parte. Esto permitiría seguir recibiendo envíos de mercancías a una parte, que de lo contrario no podría recibirlos.

47. En un sistema de compensación que conste de una sola cuenta, las partes podrán acordar que la presentación al banco administrador de los documentos estipulados dará lugar al correspondiente adeudo o abono en la cuenta de compensación. Un sistema de compensación que conste de dos cuentas podría funcionar como sigue: el comprador, por conducto de su banco, presenta al banco del proveedor una copia de una orden de compra y todo otro documento estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio o especificado en la orden de compra. Al recibir del proveedor los documentos de envío, el banco del proveedor adeudará la cuenta del comprador. Anotado ese adeudo, el banco del proveedor expedirá los documentos de envío al banco del comprador, junto con una notificación de la fecha efectiva del adeudo. Dicha fecha, según lo convenido en el acuerdo interbancario, podrá ser, por ejemplo, la fecha en que el banco del proveedor haya expedido los documentos de envío al banco del comprador. Al recibir los documentos de envío, el banco del comprador anotará en sus libros el correspondiente abono en la cuenta del proveedor.

48. Puesto que la cuenta de compensación se utiliza preferentemente para anotar el valor de los envíos y no como mecanismo de pago, no será preciso emplear cartas de crédito. Se suele recurrir a las cartas de crédito cuando se quiere estar seguro de que se aplicarán ciertos procedimientos al examen de los documentos de envío, y no para transferir fondos. En esos casos, conviene que la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio relativa a las instrucciones que han de darse a los bancos emisores se ajuste a lo dispuesto en el texto revisado (revisión actualmente en curso) de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, que los bancos suelen incorporar por vía de remisión en sus formularios de carta de crédito.

b) Cálculo de los asientos

49. El acuerdo de comercio compensatorio debe indicar la moneda o unidad de cuenta en que se expresarán los valores de las entregas (párrafo 58 del presente capítulo). Además, las partes quizá deseen decidir en el acuerdo si se anotará en la cuenta el interés calculado sobre el importe del saldo eventual pendiente. Las partes tal vez deseen, asimismo decidir si los abonos y adeudos se harán únicamente a la presentación de los documentos requeridos probatorios del envío o si se harán también a la presentación de alguna reclamación por razón de algún defecto en las mercancías o de demora en el envío. Si los abonos y adeudos han de hacerse únicamente a la presentación de los documentos de envío, las reclamaciones relativas al cumplimiento defectuoso del contrato de suministro habrán de liquidarse fuera del sistema

de compensación. No obstante, si las partes acuerdan en que las reclamaciones por razón de un cumplimiento defectuoso del contrato de suministro han de reflejarse en el saldo de la cuenta de compensación, convendría haber estipulado el tipo de documentos que habrán de presentarse para modificar el saldo de dicha cuenta. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio podría requerir la presentación de un laudo arbitral o de una declaración de la parte incumplidora que señale el importe de que se trate.

50. Para proteger el sistema de compensación contra cualquier incertidumbre atribuible a la tributación, las partes y los bancos podrán acordar que los impuestos no figuren en la cuenta de compensación. Con ello se facilitaría el objetivo equilibrador del comercio asignado al mecanismo de compensación al permitir que se acredite únicamente el valor neto de cada envío.

c) Estados de cuenta

51. Es aconsejable considerar la forma en que el banco o bancos participantes informarán sobre la situación de la cuenta de compensación a las partes interesadas y a cualquier banco participante. El acuerdo sobre esta cuestión es particularmente pertinente cuando es un único banco el que ha de llevar la cuenta en nombre de ambas partes. De intervenir dos bancos, la forma en que éstos habrán de informar a las partes podrá ser resuelta en el acuerdo interbancario. Deberán resolverse, entre otras cuestiones, la frecuencia, la periodicidad y el contenido de los estados bancarios, los procedimientos para su impugnación y el plazo en el que habrá de hacerse esa impugnación si no se desea que el estado se dé por aceptado.

d) Verificación periódica

52. Para evitar la posibilidad de errores o discrepancias en la cuenta de compensación, las partes podrán convenir que se verifique en determinados momentos el valor anotado de los envíos en ambas direcciones. La determinación del saldo pendiente podrá basarse, por ejemplo, en el estado de cuenta anterior que se haya aceptado y en los abonos y adeudos subsiguientes que hayan sido notificados en la forma convenida. Las partes tal vez deseen precisar la duración del plazo en que se ha de completar el procedimiento de verificación (por ejemplo, dentro de siete días a contar de los momentos fijados).

e) Saldo pendiente máximo

53. Las partes podrán acordar que en ningún momento deberá haber en la cuenta de compensación un saldo acreedor o deudor, respecto de alguna de las partes, que exceda de un límite máximo convenido. El efecto de ese saldo máximo (denominado en ocasiones "tolerancia de la cuenta" o en inglés "swing") sería que no se anotarían adeudos o abonos que hicieran que el saldo de la cuenta excediera del límite máximo convenido. Se podría estipular también que se suspenderían los envíos de mercancías a aquella parte que haya aceptado mercancías sin efectuar, por su lado, los correspondientes envíos, ocasionando con ello un saldo deudor equivalente al límite máximo convenido, o que los saldos pendientes que superen ese límite se liquidarían mediante la transferencia de efectivo. Los envíos a esa parte, y los correspondientes adeudos, se reanudarán cuando el saldo deudor retorne a los límites permisibles.

f) Liquidación del saldo pendiente

54. Es aconsejable que las partes estipulen en el acuerdo de comercio compensatorio la forma en que liquidarán cualquier desequilibrio entre el valor de las entregas de mercancías efectuadas en ambas direcciones que subsista al finalizar cualquiera de los subperíodos del plazo de cumplimiento o al terminar dicho plazo.

55. Con respecto a los saldos pendientes al cabo de los subperíodos, puede acordarse que el saldo se arrastre al subperíodo siguiente. O también, puede acordarse que sólo sea posible arrastrar al subperíodo siguiente los saldos hasta un límite especificado, y que el saldo que supere este límite tenga que liquidarse en efectivo o mediante entregas de mercancías dentro de un plazo más breve estipulado. El objetivo de limitar el importe del saldo pendiente que se arrastre es evitar la acumulación de un elevado saldo pendiente que sea difícil rectificar al final del plazo de cumplimiento.

56. En lo que se refiere a los saldos pendientes al finalizar el plazo de cumplimiento, puede acordarse que dichos saldos se liquiden mediante una transferencia monetaria dentro de un lapso convenido. Otra opción que pueden convenir las partes es que el saldo se liquide después de finalizado el período de cumplimiento, mediante entregas de mercancías dentro del plazo complementario que se establezca. Si, transcurrido el plazo complementario, todavía sigue pendiente un saldo, podrá estipularse que se ha de liquidar mediante una transferencia monetaria dentro de un período convenido.

g) Garantía del pago del saldo pendiente

57. En un arreglo de compensación en que intervengan dos bancos, cada banco puede garantizar la obligación de liquidar todo saldo pendiente. Cuando es un solo banco el que lleva una sola cuenta en nombre de ambas partes, ese banco podrá constituir una garantía de la liquidación del saldo pendiente en favor de aquella de las partes que tenga el saldo acreedor pendiente. Las partes pueden acordar que el costo de mantener esa garantía se prorratee entre ellas. El importe de una garantía de pago del saldo pendiente suele estar limitado al saldo máximo permitido según el acuerdo de compensación. (Para un examen detallado de esas garantías, véase el capítulo XI, "Garantía de cumplimiento", párrafos 40 a 48.) Sin embargo, las partes deben recordar que pueden existir casos en que la remesa de las sumas reclamadas con arreglo a esas garantías estarán sujetas a un examen y autorización previos de las autoridades de control de cambios. A veces es posible obtener la autorización previa de las autoridades de control de cambios para la remesa del pago de la garantía.

E. Cuestiones comunes a los métodos de pago vinculado1. Moneda o unidad de cuenta

58. Las partes deben designar la moneda o unidad de cuenta en que funcionará el método de pago. Un factor de particular importancia es la estabilidad de los tipos de cambio de la moneda elegida. Por ello, las partes quizá deseen considerar el empleo de una unidad de cuenta (por ejemplo, los DEG (Derechos

especiales de giro), la ECU (Unidad monetaria europea) o la UAPTA (Unidad de cuenta de la zona de comercio preferencial para los Estados de Africa oriental y meridional)). Otra consideración que ha de tenerse en cuenta al seleccionar una moneda es que sea una de aquellas en que las mercancías que se han de comerciar se evalúen de ordinario. En las cuentas de compensación, la moneda en la que esté expresada la cuenta cumple la función de una unidad de cuenta porque en las cuentas de compensación no se efectúan pagos, salvo para liquidar los saldos comerciales deudores que estén pendientes. Por tanto, las partes pueden expresar la cuenta de compensación en una moneda que no emplearían si tuviesen que pagar realmente cada envío.

2. Designación de bancos

59. Las partes quizá deseen designar en el acuerdo de comercio compensatorio el banco o bancos que emplearán para administrar el mecanismo de pago y emitir las cartas de crédito pertinentes. Si las partes no designan un banco en el acuerdo de comercio compensatorio, tal vez deseen acordar, por ejemplo, que se deberá designar un banco que tenga su establecimiento en un país determinado y que sea aceptable para ambas partes, o que el banco seleccionado tendrá que admitir un método de pago que devengue intereses.

3. Acuerdo interbancario

60. Cuando en cada extremo de la operación de comercio compensatorio interviene un banco, los bancos participantes pueden celebrar un acuerdo interbancario sobre los aspectos técnicos y de procedimiento del método de pago. El acuerdo interbancario deberá ocuparse de ciertos aspectos del mecanismo de pago, entre los que cabe citar los siguientes: estados de cuenta; procedimientos para notificar intereses vencidos; periodicidad del registro de intereses; comunicaciones interbancarias para notificar anotaciones en el debe y haber y transmitir documentos; procedimientos de verificación de asientos en las cuentas; gastos bancarios, y modificación y cesión del acuerdo interbancario. Aunque las partes en el comercio compensatorio no suelen serlo en el acuerdo interbancario, les interesa el contenido de éste por su función reguladora del mecanismo de pago. Por tanto, es aconsejable que las partes en el comercio compensatorio consulten con sus bancos para cerciorarse de que las condiciones del acuerdo interbancario coinciden con las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio en cuanto al pago.

61. La entrada en vigor y la duración del acuerdo interbancario pueden vincularse a la del acuerdo de comercio compensatorio para asegurar la disponibilidad del mecanismo de pago durante el período en que habrá de ejecutarse la operación de comercio compensatorio. Conviene prever que el acuerdo interbancario siga funcionando más allá de la fecha de expiración o del momento de rescisión del acuerdo de comercio compensatorio a los efectos de liquidar todo saldo pendiente. Para dar a los copartícipes una oportunidad de aprobar el acuerdo interbancario, las partes en la relación de comercio compensatorio y los bancos participantes podrían convenir en que el acuerdo interbancario adquiera validez al ser aprobado por las partes en el comercio compensatorio. En algunos países el acuerdo interbancario puede requerir la aprobación de las autoridades de control de cambios o alguna otra autoridad administrativa.

4. Transferencia de fondos no utilizados o excedentarios

62. Conviene que las partes estipulen el pago al exportador del importe del contrato de exportación, o su aplicación según las instrucciones del exportador, si la contraexportación no ocurre en la fecha convenida. A fin de disipar la preocupación del importador por un incumplimiento arbitrario del compromiso de compensación, puede convenirse en que una cantidad equivalente a la suma que puede adeudar el exportador como daños y perjuicios, indemnización pactada o penalidad por incumplimiento del compromiso de compensación se retendrá o transferirá a un tercero, mientras se resuelva un litigio sobre responsabilidad por incumplimiento del compromiso de compensación.

63. De modo análogo, cabría incluir una cláusula en la que se estipule la transferencia al exportador de los fondos generados por la exportación que excedan de la suma requerida para cubrir el precio del contrato de contraexportación. La transferencia de fondos no utilizados constituye también un problema cuando las partes acuerdan que sólo ha de retenerse una porción del importe del contrato de exportación (por ejemplo, como depósito para solventar la contraexportación) y que el saldo pendiente adeudado por la contraexportación se pagará en el momento de su vencimiento.

5. Nuevos pagos o entregas

64. Las partes podrán prever que sus envíos no serán de igual valor ni de la cantidad proyectada, por lo que el importe del envío en una dirección será insuficiente para cubrir el envío en la otra dirección. En esos casos, es aconsejable acordar si la diferencia se liquidará mediante nuevas entregas de mercancías o pagos en efectivo.

6. Comisiones y gastos bancarios

65. Conviene que las partes prevean en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión del pago de los gastos bancarios por el funcionamiento del mecanismo de pago. A fin de simplificar el funcionamiento del mecanismo de pago, cabría convenir en que las comisiones y gastos bancarios se habrán de anotar por separado de los asientos correspondientes a los envíos de mercancías. Cuando un único banco vaya a actuar en nombre de ambas partes, podrá convenirse en que los gastos bancarios se prorratarán por partes iguales. Cuando vaya a intervenir un banco a cada extremo de la operación, podrá acordarse que las comisiones de cada banco sean pagadas por su respectivo cliente. Por ejemplo, podrá acordarse que los gastos de emisión de una carta de crédito deberán ser sufragados por el comprador, mientras que el proveedor habrá de sufragar las comisiones que se hayan de pagar al banco situado en el otro extremo de la relación. Los gastos de las prórrogas o de cualquier otra enmienda de las cartas de crédito podrían correr a cargo de la parte responsable de dicha prórroga o modificación.

F. El pago en las operaciones de comercio compensatorio entre más de dos partes

1. Observaciones generales

66. En una operación de comercio compensatorio podrán intervenir más de dos partes. En algunas operaciones, además del exportador y el importador, intervendrá un tercero contraimportador o un tercero contraexportador

("comercio compensatorio tripartito"); y en otras operaciones además del exportador y el importador, intervendrán también un tercero contraimportador y un tercero contraexportador ("comercio compensatorio cuatripartito") (véase el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafos 53 a 58). Se recurrirá, por ejemplo, a la participación de un tercero contraimportador cuando el importador necesite vender mercancías a fin de obtener fondos para cubrir el costo de la importación, pero el exportador no se interese o no pueda comprar lo que el importador tenga para vender. Se designará, por ejemplo, a un tercero contraexportador cuando el propio importador no tenga mercancías que interesen al exportador.

67. Si las partes han acordado que las obligaciones de pago del contrato de exportación y de contraexportación se han de liquidar por separado, una operación de comercio compensatorio en la que intervengan terceros no planteará problemas de pago peculiares del comercio compensatorio. Sí surgirán, en cambio, esos problemas cuando el pago del contrato entre dos de las partes (por ejemplo, el importador y el exportador) haya de utilizarse para el pago de un contrato entre otras dos partes (por ejemplo, el importador y el tercero contraimportador). En esos casos, según se indica en los dos párrafos siguientes, una parte que reciba mercancías no pagará ni enviará por su parte mercancías a la parte de la que recibió las mercancías, pero sí pagará o enviará mercancías a un tercero.

68. En una operación de comercio compensatorio tripartita en que intervenga un tercero contraimportador, el importador, en lugar de transferir dinero al exportador en pago del contrato de exportación, entregará mercancías al contraimportador, y se considerará que ha pagado la importación hasta el valor de las mercancías compensatorias entregadas al contraimportador. A su vez, el contraimportador pagará al exportador una suma equivalente al valor de las mercancías recibidas del contraexportador. Análogamente, en una operación tripartita en que participe un tercero contraexportador, el importador transferirá fondos al contraexportador para pagar el envío de mercancías al contraimportador y éste (exportador) convendrá en que el pago debido por el contrato de exportación se dará por abonado en una cantidad equivalente al valor de las mercancías que le hayan sido contraexportadas.

69. En una operación de comercio compensatorio cuatripartita, cuando el contraexportador sea una parte distinta del importador y el contraimportador una parte distinta del exportador, este último enviará mercancías al importador el cual, en lugar de pagar al exportador, pagará al contraexportador una suma equivalente al valor de las mercancías recibidas del exportador. El pago del importador al contraexportador resarcirá al contraexportador por el envío de mercancías al contraimportador. El contraimportador pagará al exportador una suma equivalente al valor de las mercancías recibidas del contraexportador.

70. El pago en una operación de comercio compensatorio entre más de dos partes podrá estructurarse de modo que sea innecesario el pago transfronterizo. Ello sería factible, entre un importador y un exportador, cuando el importador y el tercero contraexportador o el exportador y el tercero contraimportador residan en el mismo país. Cuando tanto el contraexportador como el contraimportador sean terceros, los pagos

transfronterizos podrán evitarse cuando el exportador y el contraimportador residan los dos en un mismo país y cuando el importador y el contraexportador residan los dos en otro país. De no haberse de efectuar una transferencia monetaria al extranjero, los pagos podrán efectuarse en moneda nacional entre las partes situadas en cada extremo de la operación.

71. En el comercio compensatorio entre más de dos partes, además de las cláusulas referentes al pago en el acuerdo de comercio compensatorio y en los contratos de exportación y contraexportación, habría también acuerdos entre el exportador y el contraimportador o entre el importador y el contraexportador relativos al pago en moneda nacional equivalente al valor de las mercancías recibidas por una parte determinada y el pago de una comisión. Además, podrá concertarse un acuerdo entre los bancos participantes sobre el mecanismo de pago.

72. De no celebrarse o cumplirse, como previsto, uno de los contratos de suministro en una operación de comercio compensatorio entre más de dos partes, podría verse perturbado el funcionamiento del mecanismo de pagos vinculados. A fin de disminuir la probabilidad de que esto suceda, sería importante que las obligaciones correspondientes a cada una de las partes sean definidas lo más claramente posible, especialmente las obligaciones relativas a la calidad de las mercancías, la secuencia de los envíos, la modalidad y el calendario de los pagos, y las instrucciones que se han de dar a los bancos participantes. A fin de aumentar la confianza de las partes, las partes tal vez convengan en llevar a cabo, con anterioridad a la conclusión de la operación, una inspección de las mercancías que hayan de entregarse; en identificar expresamente las mercancías que hayan de entregarse; o en depositar las mercancías bajo la custodia de un tercero en espera de la entrega. A fin de facilitar la coordinación entre las obligaciones de las partes, podría ser conveniente regularlas en un único acuerdo de comercio compensatorio concertado entre todas las partes participantes. Cuando no todas las partes en una operación de comercio compensatorio entre más de dos partes sean partes en el acuerdo de comercio compensatorio, sería aconsejable incorporar a cada contrato de suministro alguna cláusula relativa al mecanismo de pagos vinculados.

73. Para que la coordinación de las obligaciones de las partes en las operaciones de comercio compensatorio entre más de dos partes sea más efectiva, las partes tal vez deseen estipular, al principio de la operación, que determinadas condiciones del acuerdo de comercio compensatorio o de un contrato de suministro sólo podrán modificarse si todas las partes en la operación dan su consentimiento para esa modificación. Las modificaciones a las que las partes han de dar su consentimiento son en especial las referentes al calendario de envíos, al mecanismo de pago, a la cantidad y la calidad de las mercancías y al precio. Además, las partes quizá deseen considerar la posibilidad de garantizar las obligaciones nacidas de la operación mediante una cláusula de indemnización, de indemnización pactada o penal, o mediante una garantía bancaria independiente.

2. Bloqueo de fondos en el comercio compensatorio entre más de dos partes

74. Al igual que en el comercio compensatorio entre dos partes únicamente, en el comercio compensatorio entre más de dos partes podrán también utilizarse cuentas bloqueadas y cartas de crédito cruzadas. Las cuestiones pertinentes al empleo de cuentas bloqueadas y cartas de crédito cruzadas fueron examinadas anteriormente, en los párrafos 14 a 37 del presente capítulo.

75. De utilizarse una cuenta bloqueada en una operación cuatripartita, o en una operación tripartita en que intervenga un tercero contraexportador, el importe del contrato de exportación será depositado en una cuenta bloqueada hasta la presentación de documentos que acrediten el cumplimiento del contrato de contraexportación, en cuyo momento esos fondos serán transferidos al contraexportador. De no presentarse documentos probatorios del cumplimiento del contrato de exportación antes del término del plazo estipulado al efecto, esos fondos serán transferidos al exportador. De desear hacer el pago mediante el mecanismo de una cuenta bloqueada, el exportador y el importador celebrarán un acuerdo de cuenta bloqueada con el banco seleccionado para administrar la cuenta.

76. De recurrirse al mecanismo de las cartas de crédito cruzadas en una operación tripartita en que intervenga un tercero contraexportador, el contraimportador (exportador) abrirá una carta de crédito a favor del contraexportador (carta de crédito de contraexportación). La cobertura de la carta de crédito de contraexportación se obtiene del importe de la carta de crédito abierta por el importador en resguardo del exportador (carta de crédito de exportación). El exportador obtendrá acceso a los documentos de envío relativos a las mercancías de contraexportación al presentar la prueba de haber efectuado el envío de mercancías estipulado en el contrato de exportación y al dar una orden de que el importe de la carta de crédito de exportación sea utilizado para cubrir la carta de crédito de contraexportación. Análogamente, en el caso de una operación tripartita en que intervenga un tercero contraimportador, el importe de la carta de crédito de exportación podría ser utilizado para cubrir la carta de crédito de contraexportación.

77. De recurrirse al mecanismo de las cartas de crédito cruzadas en una operación cuatripartita, el importador que obtenga la emisión de la carta de crédito de exportación, deberá depositar en el banco emisor de esa carta el importe correspondiente a la misma. Conforme a la orden recibida del exportador, el importe de la carta de crédito de exportación no será pagado al exportador, sino que quedará bloqueado para cubrir la carta de crédito de contraexportación. Al presentar el contraexportador los documentos de envío requeridos para el pago de la carta de crédito de contraexportación, los fondos depositados por el importador para cubrir la emisión de la carta de crédito de exportación serán pagados al contraexportador; en el otro extremo de la operación, el contraimportador habrá de pagar al exportador una suma equivalente al valor de las mercancías por él recibidas. De no presentar el contraexportador los documentos de envío requeridos por la carta de crédito de contraexportación, los fondos depositados por el importador para cubrir la carta de crédito de exportación serán transferidos al exportador.

IX. RESTRICCIONES A LA REVENTA DE MERCANCIAS
EN EL COMERCIO COMPENSATORIO

Resumen

A veces las partes estipulan en el acuerdo de comercio compensatorio o en un contrato de suministro ciertas restricciones a la reventa de las mercancías compradas en cumplimiento del compromiso de compensación (párrafos 1 y 2).

Las partes deben tener presente que muchos ordenamientos jurídicos contienen reglas imperativas contra las prácticas comerciales restrictivas, por lo que deberán cerciorarse de que la restricción impuesta en el acuerdo a la reventa no esté en contradicción con esas reglas. Las reglas imperativas de este tipo suelen enunciar prohibiciones genéricas contra las prácticas que limiten indebidamente la competencia poniendo a los competidores o a los consumidores en situación injustamente desventajosa o perjudicando la economía nacional. Además, enuncian a menudo prohibiciones explícitas contra determinados tipos de prácticas comerciales restrictivas (por ejemplo, contra los acuerdos que fijan un precio mínimo) (párrafo 3).

Cuando se vaya a pactar alguna restricción de la reventa, sería aconsejable precisar lo más posible en el acuerdo de comercio compensatorio el contenido de la restricción impuesta (párrafos 4 a 7).

Las partes en una operación de comercio compensatorio incluyen a veces en el acuerdo correspondiente disposiciones que restringen la libertad del proveedor de las mercancías objeto de comercio compensatorio para comercializar el tipo de mercancías objeto de la operación (párrafo 8).

El acuerdo de comercio compensatorio puede prever que la parte que compre las mercancías conforme a ese acuerdo ha de informar al proveedor de ciertos aspectos de la reventa de las mercancías, como el territorio donde ésta se efectúa, el precio de reventa o el envasado o las marcas de las mercancías (párrafos 9 y 10).

Las partes en un acuerdo de comercio compensatorio convienen a veces en establecer limitaciones territoriales a la reventa de las mercancías compradas (párrafos 11 a 16).

Algunos acuerdos de comercio compensatorio estipulan un precio mínimo de reventa de las mercancías. Conviene recordar que, conforme a las reglas imperativas de muchos Estados contra las prácticas comerciales restrictivas, la fijación de un precio mínimo de reventa estará en general prohibida o únicamente permitida en circunstancias especiales (párrafos 17 a 20).

El acuerdo de comercio compensatorio puede contener requisitos en cuanto al tipo de embalaje o las marcas que se han de utilizar en la reventa de las mercancías. Las partes deberán cerciorarse de que ninguno de los requisitos de embalaje o marca sea contrario a alguna disposición imperativa del lugar donde las mercancías hayan de ser revendidas (párrafos 21 y 22).

Cuando la parte que se haya comprometido a comprar mercancías pueda designar a un tercero para hacer las compras, el proveedor puede estar interesado en que ese tercero respete las restricciones de reventa previamente estipuladas en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 23 y 24).

Por ser posible que se produzca algún cambio en la situación comercial subyacente sería conveniente haber previsto en el acuerdo de comercio compensatorio la revisión eventual de las restricciones de reventa convenidas (párrafos 25 y 26).

A. Observaciones generales

1. A veces las partes en un acuerdo de comercio compensatorio o en un contrato de suministro convienen en imponer restricciones a la reventa de todas o parte de las mercancías compradas en cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio. Las restricciones convenidas pueden restringir, por ejemplo, el territorio en que el comprador puede revender las mercancías, fijar un precio mínimo de reventa, o prescribir un determinado envasado y marcado de las mercancías que han de revenderse. Tales restricciones pudieran ser aplicables a la reventa de las mercancías en el interior del país del comprador o a la reexportación de las mercancías. El acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro pudieran enunciar una combinación de diversos tipos de restricciones a la reventa.

2. Este tipo de restricciones de reventa no es privativo de las operaciones de comercio compensatorio. Si se abordan tales restricciones en la Guía Jurídica es por la importancia particular que pudieran tener para el comercio compensatorio. Las restricciones de reventa pudieran ser parte de la estrategia comercial del proveedor de las mercancías compensatorias o del gobierno que haya encargado la operación de comercio compensatorio, cuando la finalidad de requerir que el comercio sea compensatorio haya sido la de aumentar el volumen de las exportaciones a un determinado mercado o abrir nuevos mercados para las mercancías, sin que ello repercuta negativamente en los mercados ya existentes de esas mercancías.

3. Las partes deben recordar que muchos ordenamientos jurídicos contienen normas imperativas sobre prácticas comerciales restrictivas, por lo que deberán cerciorarse de que la limitación de reventa estipulada no contravenga a lo dispuesto en esas normas. Tales normas imperativas tal vez hayan sido promulgadas en forma de ley o de reglamentos administrativos de diversa índole, y en algunos países pudiera ya existir una jurisprudencia al respecto. Tal vez sean aplicables las normas imperativas de más de un país. Este tipo de normas imperativas pueden contener prohibiciones de alcance muy general contra las prácticas que restringen indebidamente la competencia y ponen, por ello, a los competidores y a los consumidores en una injusta situación de desventaja, o perjudican a la economía nacional. Además, suelen existir prohibiciones concretas contra determinados tipos de prácticas comerciales restrictivas. Por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos están prohibidos o pueden anularse los acuerdos que limitan el derecho de reventa si el proveedor que desea imponer esa restricción ocupa una posición dominante en el mercado, si esa restricción limita el acceso a otros mercados

o restringe, de otro modo, indebidamente la competencia, o si esa restricción tiene o puede tener otras consecuencias negativas para el comercio o el desarrollo económico. Algunos ordenamientos jurídicos prohíben categóricamente los acuerdos por los que se fija un precio mínimo. En otros, se admiten acuerdos sobre precio mínimo sólo para determinados tipos de mercancías (por ejemplo, mercancías con marca de fábrica o suntuarias) o cuando se cumplen determinadas condiciones (por ejemplo, que el acuerdo de fijación de precios sea aprobado por la autoridad competente o se demuestre que los compradores tienen posibilidades suficientes de obtener mercancías idénticas o similares a precios no sometidos a un acuerdo de fijación de precios).

4. Al negociar una restricción de reventa de las mercancías compensatorias conviene recordar que, en las circunstancias comerciales de una operación de esta índole, la restricción considerada podría reducir el precio que pueda ofrecer la parte en la relación compensatoria que vaya a comprar y revender las mercancías, a la parte en esa relación que suministre esas mercancías. Ese podría ser, por ejemplo, el efecto de una cláusula que prohíba revender las mercancías en el mercado más atractivo, o de una cláusula que imponga condiciones de reventa que irroguen gastos adicionales a la parte que vaya a revender las mercancías.

5. Cuando se esté contemplando la posibilidad de imponer una restricción de reventa, conviene ser lo más preciso posible en el acuerdo de comercio compensatorio al definir el contenido de la restricción. En ausencia de una cláusula en el acuerdo de comercio compensatorio relativa a las restricciones de reventa, el exigir en un contrato de suministro que la compra de mercancías compensatorias esté sujeta a restricciones de reventa podría complicar la negociación de ese contrato y tal vez resultara difícil atribuir a una de las partes la responsabilidad de que no se llegue a concertar ese contrato de suministro. Cuando sea posible que se designe a un tercero para efectuar las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación y se desee que ese tercero comprador respete alguna restricción de reventa, conviene que el proveedor se cerciore de que el tercero comprador está enterado de que sus compras están sujetas a esa restricción (véanse los párrafos 23 y 24 del presente capítulo).

6. El grado de precisión posible de un acuerdo de comercio compensatorio dependerá de factores como la previa determinación del tipo de mercancías que hayan de comprarse, la índole de la restricción impuesta, la longitud del período durante el cual vayan a concertarse los contratos de suministro, o la posibilidad de que intervengan terceros en la reventa de las mercancías. En algunos casos tal vez sea posible formular en el acuerdo de comercio compensatorio la cláusula de restricción de reventa que haya de aplicarse a todas las compras que vayan a efectuarse en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio. En otros casos, el proveedor tal vez no disponga, al celebrarse el acuerdo de comercio compensatorio, de la información necesaria para determinar si sería deseable una restricción de reventa, pero no quiera verse privado de la posibilidad de suscitar ulteriormente esta cuestión. En tales casos, es posible que el acuerdo de comercio compensatorio se limite a determinar el tipo o el propósito comercial de la restricción de reventa que se prevé. Cabría estipular, por ejemplo, que las partes negociarán la posibilidad de imponer una restricción respecto del territorio o territorios en donde estará permitida la reventa de las mercancías, para evitar que lo haga en algún mercado del proveedor.

7. En circunstancias excepcionales, el acuerdo de comercio compensatorio tal vez estipule que el comprador deberá utilizar él mismo las mercancías y no podrá revenderlas. Esa restricción pudiera ser impuesta de haberse suministrado las mercancías en condiciones preferenciales (por ejemplo, para ayudar al comprador en una situación de apremio) o cuando el proveedor se vea compelido, por la índole especialmente sensible de las mercancías, a restringir su distribución, o la reventa de esas mercancías pueda dar lugar a la divulgación de ciertos datos que el proveedor desee mantener confidenciales.

8. Las partes en un acuerdo de comercio compensatorio tal vez incluyan en ese acuerdo alguna cláusula que limite la libertad del proveedor de comercializar las mercancías que vaya a suministrar en el marco de la operación de comercio compensatorio. El objetivo de dicha restricción sería aumentar la capacidad del comprador para revender esas mercancías o hacer la operación de comercio compensatorio más lucrativa para el comprador. Por ejemplo, el proveedor de mercancías compensatorias puede convenir en que no venderá el mismo tipo de mercancías a determinados clientes o en ciertos mercados. El proveedor de mercancías compensatorias podría otorgar además a la otra parte en dicho comercio un derecho exclusivo de distribución de esas mercancías. Las partes podrían además estipular que el proveedor no comercializará el mismo tipo de mercancías a precios inferiores a los fijados en la operación de comercio compensatorio. Tal vez se impongan esas restricciones al proveedor de haberse impuesto en la misma operación restricciones de reventa al comprador o incluso de no haberse estipulado previamente ninguna restricción de reventa. La advertencia que previamente se hizo en este capítulo (párrafo 3) de que algunas restricciones de la comercialización pudieran contravenir a ciertas normas imperativas contra las prácticas comerciales restrictivas, será también aplicable a las restricciones de comercialización que afecten al proveedor de mercancías compensatorias.

B. Deber de informar o de celebrar consultas

9. El acuerdo de comercio compensatorio puede prever que la parte que compra las mercancías en virtud de dicho acuerdo ha de informar al proveedor de ciertos aspectos de la reventa de las mercancías, como el territorio de reventa, el precio de reventa, o el envasado o marcado de las mercancías. De este tipo de información puede valerse el proveedor para supervisar si se observan las restricciones de reventa impuestas al comprador, para determinar si con la reventa de las mercancías por parte del comprador se está logrando el objetivo de introducir las mercancías en nuevos mercados, para decidir si conviene seguir ofreciendo esas mercancías en operaciones de comercio compensatorio, para averiguar si efectuando nuevas operaciones de comercio compensatorio con el comprador se logra el propósito de abrir nuevos mercados o de aumentar las ventas en los mercados tradicionales, o para planificar su propia comercialización o producción de mercancías del mismo tipo o de otras análogas. Podría convenirse también esa obligación de informar cuando las partes no hayan estipulado una determinada restricción de reventa, por ejemplo, por no conocerse aún, al celebrarse el acuerdo de comercio compensatorio, el tipo de mercancías que vayan a ser compradas.

10. En el acuerdo de comercio compensatorio debe quedar en claro si la obligación de informar o de celebrar consultas consiste sólo en dar información o si se pretende brindar al comprador y al proveedor la oportunidad de celebrar consultas antes de la reventa. Conviene estipular el momento en que el proveedor debe ser informado. Si las partes quieren admitir la posibilidad de que se celebren consultas antes de la reventa, ha de quedar en claro que el comprador tiene que informar al proveedor con tiempo suficiente para celebrarlas 1/.

C. Restricciones territoriales v otras restricciones conexas

11. A veces las partes en una operación de comercio compensatorio estipulan una restricción relativa al territorio en el que la parte que compre las mercancías en cumplimiento de ese acuerdo pueda revenderlas. Esa restricción territorial puede obedecer, por ejemplo, al deseo del proveedor de generar ventas en nuevos mercados, proteger los mercados actuales del proveedor, lograr que las mercancías cumplan las normas aplicables en los mercados en que hayan de revenderse, o de no violar alguna limitación impuesta por una patente perteneciente a un tercero o por algún acuerdo de licencia entre un tercero y el proveedor sobre la tecnología empleada en la producción de las mercancías compensatorias. Otra razón puede ser la de no menoscabar el derecho exclusivo de distribución concedido por la parte que suministre las mercancías en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio. Si el proveedor concede la exclusiva de distribución en determinado territorio, va implícito en el acuerdo que el proveedor está obligado a no celebrar acuerdos contractuales que socaven ese derecho exclusivo de distribución. A veces los acuerdos de distribución exclusiva prevén que el titular de esa exclusiva tendrá derecho a percibir una comisión cuando las mercancías de que se trate se vendan en el territorio designado. En tal caso, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio podrán pedir al comprador que pague una comisión al distribuidor exclusivo.

12. La determinación de los territorios en que puedan revenderse las mercancías podrá hacerse, ora especificando los territorios en que no se permita la reventa, ora especificando los territorios en que sí se permita la reventa. La cláusula que especifique los territorios en que pueden revenderse las mercancías deberá estipular claramente que se prohíbe la reventa en los territorios no mencionados. Las partes deben prestar atención a la necesidad de utilizar términos precisos. Las expresiones genéricas, como "Estados del Caribe", "América Latina", "región del Pacífico", o "Europa" pueden interpretarse de formas distintas y, tal vez por ello, sean inadecuadas. El territorio en que se permite revender las mercancías puede quedar también limitado a los territorios donde se disponga de servicios de posventa, prestados ya sea por el comprador o por alguna otra entidad. Al redactar cláusulas relativas a territorios de reventa, las partes deben recordar que cabe distinguir entre el derecho a revender en determinados territorios y la cuestión de saber si el derecho a revender en esos territorios es o no exclusivo.

13. En algunos casos, es posible que el acuerdo de comercio compensatorio prevea que sólo se permite revender determinada cantidad de mercancías en ciertos territorios, o que sólo se permite revender determinada cantidad de

mercancías sin limitación en cuanto al territorio. Ese criterio puede obedecer, por ejemplo, a la existencia de cuotas oficiales de importación, al deseo de evitar una oferta excesiva en los mercados actuales o al deseo de introducir las mercancías en nuevos mercados.

14. Cuando sea probable que la operación de comercio compensatorio redunde en la reventa de las mercancías en mercados donde el proveedor no suele venderlas, puede que el proveedor sólo quiera permitir la reventa de las mercancías en territorios donde estén cubiertas por un seguro de responsabilidad del producto, ante la eventualidad de que se susciten reclamaciones derivadas de lesiones personales o daños materiales causados por las mercancías. Cabe estipular que la parte que compre las mercancías en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio y vaya a revenderlas, sea la que contrate el seguro. Al proveedor puede interesarle dicho seguro porque las reclamaciones por daños derivadas del uso de las mercancías pueden dirigirse también contra él. Puede considerarse sobre todo la posibilidad de incluir una cláusula que permita revender las mercancías sólo en territorios en que estén cubiertos por un seguro que responda del producto cuando los que se compren en virtud de la operación de comercio compensatorio hayan de revenderse en un mercado donde el grado de responsabilidad o el nivel de indemnización concedidos en aplicación de las leyes relativas a responsabilidad del producto sean consideradamente mayores que en los mercados donde se venden tradicionalmente dichos productos.

15. Los proveedores prohíben a veces a los compradores vender a determinados clientes o clases de clientes. Esas limitaciones pueden obedecer al deseo del proveedor de reservarse ciertos clientes (por ejemplo, compradores al por mayor). Este tipo de limitaciones puede inspirarlo el deseo de impedir una competencia en la oferta de mercancías que ocasione una baja del precio. Conviene recordar que esas restricciones de reventa podrían contravenir alguna de las normas imperativas mencionadas anteriormente (párrafo 3), por las que se prohíben ciertos tipos de prácticas comerciales restrictivas. Otra posible motivación sería la de impedir que se revendan a determinados compradores mercancías peligrosas o que por su índole sean objeto de alguna restricción.

16. A veces las partes estipulan que la reventa de las mercancías esté supeditada al consentimiento del proveedor. Cabe adoptar esta actitud, por ejemplo, cuando la naturaleza de las mercancías obligue a restringir su transferencia (por ejemplo, sustancias peligrosas o equipo cuyo uso requiera una preparación especial), o cuando el proveedor esté considerando la posibilidad de conceder en el futuro algún derecho exclusivo de distribución y desee, por ello, reservarse el derecho a limitar la reventa de las mercancías por parte del comprador, una vez concedida esa exclusiva de distribución. Cabría limitar el alcance de ese requisito del consentimiento a determinados territorios o a determinadas clases de clientes. Cabría limitar el ejercicio por el proveedor de su derecho a denegar su consentimiento supeditándolo a alguna consideración objetiva. Cabe convenir, por ejemplo, que sólo podrá denegarse el consentimiento cuando las mercancías vayan a ser revendidas en algún mercado en el que se haya concedido un derecho exclusivo de distribución, o cuando la venta de las mercancías de que se trate por parte del proveedor o de sus distribuidores haya superado ya un determinado umbral.

D. Precio de reventa

17. A veces los acuerdos de comercio compensatorio contienen estipulaciones relativas al precio mínimo de reventa de las mercancías. Según se dijo en el párrafo 3 del presente capítulo, las partes deben tener presente que en muchos Estados, donde rigen normas imperativas respecto a las prácticas comerciales restrictivas, sólo en limitadas circunstancias se permite fijar un precio mínimo de reventa.

18. Tal vez el proveedor quiera fijar un precio mínimo de reventa cuando las mercancías que han de suministrarse en cumplimiento de un acuerdo de comercio compensatorio sean de tal entidad cuantitativa que su reventa pueda desestabilizar o reducir el precio de ese tipo de mercancías. Si bien en muchas operaciones de comercio compensatorio la entidad cuantitativa de las mercancías es tal que no repercutiría negativamente en los precios de mercado, hay otras operaciones de ese tipo que provocarían un incremento brusco y considerable de la oferta de determinadas mercancías, lo que acarrearía inestabilidad de los precios. Los precios mínimos de reventa pueden también tender a impedir ventas a precios rebajados que menoscaben el prestigio del producto.

19. Cabe estipular un precio de reventa mínimo en el acuerdo de comercio compensatorio o puede acordarse fijar un precio de reventa mínimo en un momento posterior a la celebración de dicho acuerdo (por ejemplo, cuando se concierte un contrato de suministro o se haya revendido una determinada cantidad de mercancías). En las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, las partes pueden acordar que se fije periódicamente un precio de reventa mínimo. El acuerdo de comercio compensatorio debe decir claramente cuáles son las cargas y gravámenes que forman parte del precio de reventa mínimo estipulado (v.g., portes, primas de seguros, impuestos). Cuando haya de fijarse el precio mínimo con posterioridad a la celebración del acuerdo de comercio compensatorio, tal vez las partes quieran vincular la determinación del precio mínimo a una norma objetiva semejante a las aplicadas para fijar el precio de las mercancías entre las partes del acuerdo de comercio compensatorio. Como ejemplos de esas normas cabría citar, el precio del mercado para el tipo de mercancías de que se trate, el precio de los competidores o el que se cobre al cliente más favorecido del proveedor (véase el capítulo VI, "Determinación del precio de las mercancías", párrafos 11 a 20).

20. Tal vez las partes no deseen fijar un determinado precio mínimo de reventa en el acuerdo de comercio compensatorio cuando las mercancías son de calidad uniforme, como los productos básicos que se venden en los mercados públicos ante la posibilidad de que el precio de mercado sea inferior a determinado precio mínimo de reventa especificado en el acuerdo de comercio compensatorio. Al comprador vinculado por un precio mínimo de reventa superior al precio de mercado le resultaría difícil o imposible revender las mercancías. Para obviar esas dificultades, las partes pueden muy bien acordar que el precio mínimo de reventa debe seguir los movimientos del precio que tengan en el mercado las mercancías de que se trate. Esto podría hacerse vinculando la determinación del precio mínimo a normas objetivas como las señaladas en el párrafo anterior.

E. Envasado y marcado

21. En el acuerdo de comercio compensatorio cabe estipular cuál ha de ser el tipo de envasado o marcado que ha de utilizarse al revender las mercancías. Conforme a esa estipulación, el comprador podría verse obligado a reenvasar o remarcar las mercancías o a revenderlas con su envasado o marcado originario. La cuestión del envasado o marcado puede ser importante, ya que uno de los objetivos de muchas operaciones de comercio compensatorio es introducir mercancías en mercados no tradicionales. Con el envasado y marcado de las mercancías puede que se pretenda influir en la capacidad de las mercancías para penetrar en esos mercados, o cumplir los reglamentos sobre envasado y marcado. Cabría estipular, por ejemplo, en el acuerdo de comercio compensatorio que las mercancías se han de vender con el nombre comercial del proveedor, en determinada forma de envasado y que el envasado debe indicar los ingredientes y la composición o el origen de las mercancías, así como las instrucciones de empleo, que tal vez deban darse con arreglo a alguna forma determinada.

22. Las partes deben cerciorarse de que las estipulaciones sobre envasado o marcado de los acuerdos de comercio compensatorio no se oponen a los reglamentos aplicables en el lugar donde vayan a revenderse las mercancías. Por ejemplo, pueden haberse fijado requisitos relativos al marcado del origen de las mercancías, así como prohibiciones de modificar determinados elementos del marcado o envasado, o requisitos para la protección del consumidor y el medio ambiente. Aun cuando el acuerdo de comercio compensatorio no prescriba el reenvasado o remarcado, es posible que el comprador tenga que reenvasar o remarcar las mercancías cuando el envasado y marcado efectuado por el proveedor no sea conforme con la normativa aplicable en el país donde vayan a revenderse las mercancías.

F. Aplicación a terceros compradores

23. Cuando exista la posibilidad de que la parte comprometida a comprar mercancías confíe a un tercero el cometido de comprarlas, tal vez el proveedor esté interesado en comprobar si el tercero observa la restricción de reventa estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio. A tal fin, es posible que el proveedor quiera incluir en dicho acuerdo una cláusula que obligue a la parte que inicialmente se comprometió a comprar las mercancías a incorporar la restricción de reventa en el contrato mediante el cual la parte inicialmente comprometida recaba los servicios de un tercero. Es aconsejable, además, que el proveedor incluya esa restricción de reventa en el contrato de suministro concertado con el tercero o en el acuerdo con el tercero en virtud del cual éste se compromete frente al proveedor a concertar un futuro contrato de suministro (véase el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafos 17 y 18). De este modo, el tercero sería directamente responsable ante el proveedor del cumplimiento de la restricción de reventa.

24. Como se indica en el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafo 27, la parte inicialmente comprometida a comprar podría ser responsable, en virtud del acuerdo de comercio compensatorio, de la reventa de mercancías efectuada por un tercero que contravenga alguna restricción impuesta en dicho acuerdo. Por ello, es la propia parte inicialmente

comprometida la que estará interesada en reflejar en el contrato con el tercero toda restricción de reventa estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio. Es, además, posible que la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías quiera incluir en su contrato con el tercero una cláusula de exoneración de la responsabilidad que obligue al tercero a indemnizar a la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías cuando ésta hubiera de responder ante el proveedor de la violación por el tercero de alguna restricción de reventa (para una exposición detallada de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, véase el capítulo VII, párrafo 37).

G. Revisión de las restricciones

25. En las operaciones de comercio compensatorio en gran escala suelen comprarse y revenderse mercancías durante un largo tiempo en el que pueden cambiar sensiblemente los intereses de las partes y las circunstancias comerciales subyacentes. La posibilidad de esos cambios puede aconsejar que se prevea en el acuerdo de comercio compensatorio la revisión de las restricciones de reventa estipuladas. Puede convenirse una revisión periódica o una revisión a instancia de alguna de las partes. Cuando la revisión deba efectuarse a instancia de una de las partes, el acuerdo de comercio compensatorio puede determinar qué tipo de cambios de las circunstancias subyacentes darían derecho a la otra parte a pedir la revisión. Aun cuando no se haya estipulado una cláusula de revisión en el acuerdo de comercio compensatorio, conforme al derecho de los contratos de muchos Estados, en el evento de producirse cambios importantes en las circunstancias subyacentes de la operación, las partes estarían obligadas a revisar la correspondiente restricción.

26. La conveniencia de una revisión puede depender de la propia naturaleza de la restricción de reventa considerada. Por ejemplo, tal vez sea más necesario prever la eventualidad de una revisión futura de una restricción de reventa relativa al territorio o al precio de reventa de determinado tipo de mercancías que de otras restricciones menos rigurosas, como sería la de que el comprador consulte con el proveedor antes de revender las mercancías.

Nota

1/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 10 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte que ha comprado las mercancías en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y que la "compañía X" sea la proveedora, la cláusula podría redactarse como sigue:

"La compañía Y deberá informar a la compañía X

[variante A:] de la reventa de esas mercancías; deberá dar esa información en un plazo de ... días contado a partir de la celebración del contrato de reventa.

[variante B:] de toda negociación para la reventa eventual de mercancías compensatorias; la compañía Y deberá dar a la compañía X [... días] [tiempo suficiente] para que formule cualesquiera observaciones o sugerencias sobre la reventa prevista, y la compañía Y se abstendrá de celebrar el contrato de reventa que negocia antes de expirar ese plazo.

La información que se dé deberá indicar ... [inclúyanse todos o algunos de los siguientes datos: país, región dentro del país o ciudad a la que habrán de enviarse las mercancías compensatorias; establecimiento del comerciante al que se revendan las mercancías; precio de reventa; mercado o envasado eventual de las mercancías compensatorias con anterioridad a su reventa y, tipo de envasado o marcas utilizados.]"

X. CLAUSULAS DE INDEMNIZACION PACTADA Y PENALES

Resumen

En una cláusula de indemnización pactada y en una cláusula penal se estipula que el incumplimiento por una de las partes de determinada obligación, o su cumplimiento tardío, dará derecho a la parte agraviada a recibir de la parte que incumple una suma de dinero convenida al establecer las partes su relación contractual. La suma convenida puede tener por objeto estimular al cumplimiento de la obligación o indemnizar por las pérdidas causadas por el incumplimiento, o ambas cosas a la vez (párrafo 2).

El capítulo se ocupa de la cláusula de indemnización pactada y de la cláusula penal por el incumplimiento del compromiso de compensación (párrafo 1). Ese incumplimiento puede adoptar la forma de un incumplimiento propiamente dicho o de una demora en el cumplimiento del compromiso (párrafos 3 y 4). La cláusula puede cubrir el compromiso del comprador de comprar mercancías o el del proveedor de poner mercancías a disposición de la otra parte (párrafos 5 y 6).

Muchos ordenamientos jurídicos contienen disposiciones sobre cláusulas de indemnización pactada y cláusulas penales. Entre ellas cabría citar: la nulidad en algunos ordenamientos de las cláusulas por las que se fije una suma convenida para estimular al cumplimiento, por lo que, de incurrir en incumplimiento, la parte sometida a una de esas cláusulas respondería únicamente por los daños reclamables conforme al derecho común (párrafo 7); reglas que facultan a los tribunales a reducir la cuantía de la suma convenida o a asignar una indemnización adicional de ser superior el daño real a la suma convenida (párrafo 7); alguna regla por la que la suma convenida no sería pagadera, si la parte que incumplió la obligación de que se trate no es responsable del incumplimiento (párrafo 8); toda regla sobre la relación entre el cobro de una suma convenida y el cobro de una indemnización por daños (párrafo 12).

Conviene distinguir las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales de algunas otras cláusulas por las que también se limita la cuantía reclamable por concepto de daños y perjuicios, así como de aquellas cláusulas que imponen alguna obligación alternativa o la liquidación en efectivo de cualquier desequilibrio en el intercambio comercial en el marco de un contrato de trueque o de una operación en la que hayan de compensarse las reclamaciones de pago recíprocas (párrafos 9 y 10).

Cuando la parte inicialmente comprometida a comprar o a suministrar mercancías designe a un tercero para cumplir ese compromiso, cabría estipular que ese tercero habrá de pagar la indemnización pactada o la pena, a la parte inicialmente comprometida, de incumplir el tercero su compromiso de comprar o de suministrar mercancías (párrafo 11).

Al ir a redactar el acuerdo de comercio compensatorio, es importante que las partes consideren si debe entenderse que el beneficiario de la cláusula, perdería su derecho al cumplimiento de la obligación subyacente de reclamar la suma en ella convenida. Suele ser la intención de las partes en las

operaciones de comercio compensatorio que el beneficiario que haya optado por reclamar la suma convenida no podrá reclamar también el cumplimiento del compromiso de compensación. La intención de las partes pudiera ser que la suma convenida sea pagadera por la demora en el cumplimiento del compromiso, en cuyo caso el compromiso de compensación subsistiría a pesar del pago de la suma convenida. Será por ello aconsejable que las partes en el acuerdo de comercio compensatorio precisen cuál será el efecto del pago de una suma convenida (párrafos 13 a 16).

La cuantía de la indemnización pactada o de la pena podrá expresarse como una suma definida o como porcentaje del valor del compromiso de compensación pendiente (párrafo 17). Cuando la cláusula sea aplicable a la demora, se expresará a menudo la suma convenida en forma de incrementos unitarios, de forma que sea pagadera cierta cantidad por cada unidad de demora en que se haya incurrido (párrafo 18). Las consideraciones que habrán de tenerse en cuenta al determinar la cuantía de la suma convenida se examinan en los párrafos 19 a 23.

Entre las cuestiones relativas al cobro de una suma convenida que pueden resolverse en el acuerdo de comercio compensatorio, figuran las siguientes: la fijación de un término para el cobro de la suma convenida (párrafo 24); el escalonamiento del pago de la suma convenida cuando el plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación esté dividido en subperíodos (párrafo 25); el derecho que pueda tener el beneficiario a deducir la suma convenida de alguna otra suma que obre en su poder o de compensar la suma convenida que le sea debida con alguna reclamación de pago contrapuesta que le haya sido presentada (párrafo 26); la constitución de una garantía independiente como cobertura del pago eventual de la suma convenida (párrafo 27). Cabría prever asimismo en el acuerdo de comercio compensatorio la eventualidad de que se rescinda el compromiso de compensación cuando la cláusula de indemnización pactada o penal sea aplicable a la demora (párrafo 28), y el efecto de esa rescisión sobre la obligación de pagar la suma convenida (párrafo 29).

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo se ocupa de las cláusulas de indemnización pactada y penales que figuran en los acuerdos de comercio compensatorio para el supuesto de incumplimiento del compromiso de compensación. El capítulo no se ocupa directamente de la utilización de indemnizaciones pactadas y penas para caucionar el cumplimiento de los contratos de suministro que formen parte de una operación de comercio compensatorio. Las indemnizaciones pactadas y penas son con frecuencia empleadas en los contratos de compraventa y otros tipos de contrato de suministro, y la presencia de esas cláusulas en los contratos de suministro que formen parte de una operación de comercio compensatorio no plantearía ninguna cuestión peculiar de este tipo de comercio. No obstante, el análisis que en este capítulo se hace de las características generales de las cláusulas de indemnización pactada y penales puede ser pertinente al empleo de dichas cláusulas en los contratos de suministro.

2. En las cláusulas de indemnización pactada y penales se estipula que el incumplimiento de determinada obligación por alguna de las partes, o la demora en su cumplimiento, daría derecho a la parte agraviada a recibir de la parte

que haya incumplido una suma de dinero convenida en el momento en que las partes establecieron su relación contractual. La suma convenida puede servir de estímulo para el cumplimiento de la obligación o como indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento, o para ambos fines a la vez 1/. A veces, las partes convienen en caucionar con una garantía la obligación de pagar la indemnización pactada o la pena (véase el párrafo 27 del presente capítulo).

3. A menudo la intención de las partes es que el beneficiario de la cláusula, por el mero hecho de reclamar la suma convenida por el incumplimiento del compromiso, estaría renunciando al cumplimiento del compromiso, lo que significa que la cláusula estaría cubriendo el incumplimiento de este compromiso. A veces la intención de las partes es que el compromiso de compensación siga vigente pese al pago de la suma convenida, lo que significa que la cláusula estaría cubriendo la demora en el cumplimiento del compromiso de compensación (véanse los párrafos 13 a 16 del presente capítulo).

4. La obligación de pagar la suma convenida nace cuando la parte comprometida no adopta las medidas señaladas en el acuerdo de comercio compensatorio como necesarias para el cumplimiento del compromiso de compensación. Como se menciona en el capítulo III, párrafos 7 y 8, esas medidas podrían consistir en la celebración de un contrato de suministro o en alguna medida determinada que se haya de adoptar para el cumplimiento del contrato de suministro (por ejemplo, la apertura de una carta de crédito o la entrega de las mercancías). Si el compromiso de compensación se ha de cumplir mediante la ejecución del contrato de suministro, el incumplimiento de la prestación considerada podría dar lugar a la responsabilidad prevista en la cláusula de indemnización pactada o penal del acuerdo de comercio compensatorio y a la prevista en el contrato de suministro, duplicación que las partes tal vez deseen evitar (véase el capítulo III, párrafo 8).

5. El compromiso del comprador de comprar mercancías puede estar cubierto por una cláusula de indemnización pactada o penal del acuerdo de comercio compensatorio, como pudiera estarlo también el compromiso del proveedor de poner las mercancías a disposición del primero 2/. La cláusula tal vez cubra todo el compromiso de compensación o sólo parte de él. En muchas operaciones de comercio compensatorio estará únicamente cubierto por esta cláusula el compromiso de la parte que haya exportado y esté comprometida a contraimportar. Ello sería así por estar esa parte primordialmente interesada en exportar sus propias mercancías y pudiera estarlo menos en comprar mercancías a cambio. Sin embargo, cuando la parte comprometida a comprar tenga algún interés particular en obtener las mercancías, cabría estipular que la parte comprometida a suministrarlas habrá de pagar una suma convenida de no celebrar un contrato de suministro. Cuando tanto la parte comprometida a comprar como la parte comprometida a suministrar estén muy interesadas en la futura celebración de un contrato de suministro, puede convenirse en que los compromisos de ambas partes estén cubiertos por indemnización pactada o la pena.

6. Cuando se haya estipulado, en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio, que una de las partes tendrá derecho a una indemnización en dinero si la otra incumple el compromiso de compensación, pudiera ser ventajoso estipular una indemnización pactada o una pena. En primer lugar, esa suma viene a ser una indemnización previamente acordada por

el incumplimiento, con lo que se permite a las partes evitar los inconvenientes y gastos que supondría el tener que probar la cuantía de los perjuicios resultantes del incumplimiento. Estos gastos pueden ser considerables, especialmente si la parte agraviada ha de probar sus pérdidas en un proceso judicial o arbitral. Además, el monto de la indemnización que puede asignarse en esos procedimientos puede ser incierto (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 11 y 12). La suma convenida es una suma cierta, y esta certeza puede ser beneficiosa para ambas partes al evaluar los riesgos a los que se exponen con el acuerdo de comercio compensatorio. En segundo lugar, la suma convenida puede servir como límite de la responsabilidad por un incumplimiento del compromiso de compensación. Para la parte cuyo compromiso esté cubierto por la cláusula, ésta tendría la ventaja de permitirle conocer por adelantado la responsabilidad máxima en que podrá incurrir de incumplir su compromiso de compensación (véase, no obstante, el párrafo 12 del presente capítulo, acerca de la posibilidad de reclamar una indemnización por encima de la suma convenida). No obstante, una cláusula de indemnización pactada o penal puede constituir una opción menos atractiva cuando el fin de la operación de comercio compensatorio sea evitar la transferencia de divisas. De haberse estipulado una cláusula de indemnización pactada o penal y de no disponer la parte que haya de pagar la suma en ella convenida de divisas suficientes, nada impediría que las partes convengan en que la obligación de pagar dicha suma sea satisfecha por la entrega de cierta cuantía de mercancías de determinada calidad.

7. Muchos ordenamientos contienen normas regulatorias de la indemnización pactada y la pena, que limitarán con frecuencia los objetivos que las partes puedan lograr con esas cláusulas (véase también el párrafo 12 del presente capítulo). En algunos ordenamientos, serán nulas aquellas cláusulas cuya suma convenida tenga por objeto estimular al cumplimiento de una obligación, por lo que la parte que haya incumplido esa obligación respondería únicamente de los daños y perjuicios resarcibles conforme al derecho común. Estos ordenamientos reconocerían únicamente aquellas cláusulas por las que las partes estipulen, al celebrar el contrato, el pago de determinada suma como indemnización del perjuicio ocasionado por el incumplimiento. En otros ordenamientos, empero, serían en principio válidas las cláusulas por las que se haya previsto el pago de una suma convenida ya sea como indemnización, ya como estímulo del cumplimiento, o para ambos fines a la vez. Es posible que en estos ordenamientos los tribunales estén facultados en determinadas circunstancias para reducir la suma convenida, por ejemplo, si esa suma resultase manifiestamente excesiva a la luz de las circunstancias o si se hubiese ya cumplido parcialmente la obligación. Los tribunales pueden también estar facultados para asignar una indemnización adicional cuando los daños y perjuicios reales excedan de la suma convenida. En estos ordenamientos, las partes no dispondrán probablemente de autonomía contractual para limitar el arbitrio de que goce el tribunal para reducir la suma convenida o para asignar una indemnización adicional. En algunos ordenamientos jurídicos no estará permitido el fijar la suma convenida por encima del valor de la obligación principal o subyacente.

8. Alguna de las partes comprometidas pudiera incumplir su compromiso de compensación por razón de un impedimento permanente o temporal del que esa parte no sea responsable (para un examen de esos impedimentos, véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 13 a 36). En muchos ordenamientos la suma convenida no será pagadera si el incumplimiento ha sido ocasionado por un impedimento permanente del que no sea responsable la parte comprometida. Esa regla coincide con la regla de la exoneración de la responsabilidad por falta de cumplimiento enunciada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en su artículo 79 3/ (véanse también las Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida pagadera en razón de la falta de cumplimiento, artículo 5 4/). Si un impedimento obsta al cumplimiento de una obligación de modo sólo temporal, conforme a la regla aplicable en muchos ordenamientos se habría de ampliar el plazo para el cumplimiento de la obligación. En el caso de los impedimentos temporales, el pago de la indemnización pactada o de la pena sólo será exigible por aquella porción del compromiso de compensación que haya quedado incumplida una vez transcurrida la prórroga del plazo de cumplimiento. El acuerdo de comercio compensatorio tal vez haga remisión a esas normas y contenga alguna cláusula que defina los impedimentos exonerantes, enunciando al mismo tiempo una regla que permita determinar cuándo un impedimento es permanente (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 17 a 34).

9. Conviene distinguir las cláusulas de indemnización pactada y penales de otros dos tipos de cláusula, a saber, las cláusulas por las que se limita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y aquellas por las que se prevé la imposición de una obligación alternativa. En las cláusulas por las que se limita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios, se fija la cuantía máxima a que podrá ascender la indemnización una vez probada la responsabilidad. El demandante habrá de probar además la cuantía de sus perjuicios, que es lo único que se le pagará si resulta ser inferior al máximo previsto. Por las cláusulas por las que se prevé la imposición de una obligación alternativa, se ofrece a la parte obligada la oportunidad de optar entre el cumplimiento de determinada obligación y el pago de una suma convenida. Ejercitando esta opción en cualquiera de los dos sentidos, la parte obligada quedaría liberada de su obligación. Con arreglo a las cláusulas de indemnización pactada y penales, la parte comprometida no gozaría de la opción de elegir entre cumplir la obligación o pagar la suma convenida. Si hubiere dudas acerca de si se desea que la parte comprometida goce de esta opción, sería aconsejable que la cuestión quedase resuelta en la misma cláusula.

10. Las cláusulas examinadas en este capítulo deben distinguirse también de las estipulaciones en los acuerdos de comercio compensatorio por las que se establece la obligación de saldar, mediante pagos en efectivo, los desequilibrios que se producen en el intercambio comercial en el marco de los contratos de trueque o los desequilibrios que se producen entre las reclamaciones de pago recíprocas cuya compensación haya sido estipulada. Esos pagos para saldar desequilibrios hacen las veces del pago de las mercancías entregadas en una dirección que no fueron debidamente compensadas por las correspondientes entregas en dirección contraria. Además, la cuantía exacta

de esos pagos no se fija por adelantado como ocurre con las indemnizaciones pactadas o las penas. (Para un examen de las cláusulas relativas al saldo de los desequilibrios comerciales en la operación de trueque, véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafo 7, y en los sistemas de compensación, véase capítulo VIII, "Pago", párrafos 54 a 57.)

11. Como se vio en el capítulo VII, "Participación de terceros", la parte en la relación de comercio compensatorio comprometida a comprar o a suministrar mercancías puede tener derecho a contratar a un tercero para dar cumplimiento al compromiso. En algunos de estos casos, se conviene en que la parte inicialmente comprometida seguirá respondiendo del cumplimiento del compromiso de compensación. En este caso, se puede disponer en el contrato por el que se designa al tercero que, de incumplir el tercero el compromiso de comprar o de suministrar mercancías, éste deberá pagar una indemnización pactada o una pena a la parte inicialmente comprometida. La finalidad del pago de la suma convenida sería indemnizar a la parte inicialmente comprometida de su responsabilidad por el incumplimiento del compromiso de compensación por razones imputables al tercero. La indemnización por el tercero de la parte inicialmente comprometida podría también adoptar la fórmula de una cláusula de exoneración de la responsabilidad del tipo examinado en el capítulo VII, párrafo 37. Todo compromiso de celebrar en el futuro contratos de suministro que el tercero asuma directamente ante la parte en la relación de comercio compensatorio con la que se hayan de celebrar esos contratos puede quedar también cubierto por una indemnización pactada o una pena. (Sobre el asunto conexo de la contratación de terceros, véase el capítulo VII, párrafos 6, 17 y 18 (terceros compradores) y los párrafos 49 a 51 (terceros proveedores).)

B. Relación entre el cobro de una suma convenida y el cobro de una indemnización por daños y perjuicios

12. Los ordenamientos jurídicos regulan a menudo la relación entre el cobro de la suma convenida y el de la indemnización por daños y perjuicios. Por ser uno de los objetivos de las cláusulas de indemnización pactada o penales evitar los inconvenientes de investigar la magnitud de los daños reclamables (véase el párrafo 6 del presente capítulo), en algunos ordenamientos la parte a la que sea debida la suma convenida, de ser superiores los daños reclamables conforme al régimen de la indemnización por daños a la suma convenida, no podrá renunciar a ésta para reclamar la indemnización por daños y perjuicios. Tampoco se permitirá a la parte que debe la suma convenida, de ser inferiores los daños y perjuicios a dicha suma, alegar que responderá únicamente por los daños ocasionados. Sin embargo, en otros ordenamientos, la parte a la que se deba la suma convenida podrá reclamar, además de la suma convenida, una indemnización por daños en la medida en que pueda probarse que las pérdidas exceden de esa suma. El derecho a probar los daños adicionales pudiera ser incondicional o estar sometido a ciertas condiciones (por ejemplo, que el incumplimiento sea atribuible a negligencia o a una intención de ocasionar perjuicios, o que haya un acuerdo expreso que autorice a reclamar el resarcimiento de los daños excedentarios). Dadas esas disparidades entre los ordenamientos jurídicos y las diferentes perspectivas desde las que se puede interpretar una cláusula de indemnización pactada, es aconsejable que las partes, en la medida en que lo permita la ley aplicable, resuelvan en la

propia cláusula la cuestión de si la parte agraviada tendrá derecho a alguna indemnización por encima de la suma convenida (Normas Uniformes, artículo 7 (véase nota 1)) 5/. (Para un ulterior examen de la indemnización en dinero por incumplimiento del compromiso de compensación, véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 11 y 12.)

C. Efecto del pago

13. Una importante cuestión que las partes deben considerar es si, al reclamar la suma convenida, el beneficiario de la cláusula renuncia al cumplimiento de la obligación subyacente. A menudo, la intención de las partes en operaciones de comercio compensatorio es que el beneficiario que, en caso de incumplimiento del compromiso de compensación, prefiera reclamar la suma convenida se vea impedido de reclamar también el cumplimiento del compromiso de compensación. No obstante, dado que a veces las partes desean que la suma convenida sea pagadera por el retraso en el cumplimiento del compromiso de compensación, en cuyo caso el compromiso sigue en vigor a pesar del pago de la suma convenida, es conveniente que las cláusulas de indemnización pactada o penales contengan una disposición clara sobre el efecto del pago de la suma convenida. A falta de tal estipulación, el efecto del pago habría de deducirse de lo dispuesto en la ley aplicable y de las circunstancias que puedan dar a conocer la intención de las partes (por ejemplo, la cuantía de la suma convenida) (Normas Uniformes, artículo 6 (véase nota 1)).

14. Cabe observar que por razón de su naturaleza, tal vez no sea judicialmente exigible el cumplimiento de ciertas obligaciones. En particular, en algunos Estados tal vez no sea judicialmente exigible el cumplimiento de una obligación de prestar servicios, por lo que quedaría como único remedio la indemnización por daños pagadera en efectivo.

15. Las partes tal vez deseen estipular el pago de una suma convenida por demora cuando sea particularmente importante que el compromiso de compensación sea cumplido para cierta fecha o que determinadas porciones del compromiso sean cumplidas con arreglo a un calendario convenido. El proveedor pudiera estar, por ejemplo, interesado en incorporar este tipo de cláusula cuando el cumplimiento oportuno del compromiso de compensación en una dirección es imprescindible para que pueda satisfacer sus obligaciones de pago dimanantes del contrato de suministro en la otra dirección. El comprador pudiera estar interesado en este tipo de cláusula cuando, por ejemplo, tenga un compromiso de revender las mercancías para una fecha determinada. La cuantía de la suma convenida pagadera por demora se examina más a fondo en la sección D del presente capítulo.

16. La cuestión del efecto del pago de una suma convenida se plantearía también cuando el pago sea debido por incumplimiento de una porción del compromiso de compensación asignada a un subperíodo del plazo de cumplimiento. En esos casos, sería conveniente aclarar si, a tenor de la cláusula de indemnización pactada o penal, la indemnización será pagadera por cualquier porción incumplida del compromiso de compensación que no haya sido arrastrada o que quede sin cumplir al expirar el plazo general de cumplimiento, o si la indemnización será pagadera por cualquier porción incumplida del compromiso de compensación que se arrastre de un subperíodo a otro.

D. Cuantía de la suma convenida

17. La cuantía de la indemnización pactada o la pena, independientemente de que se estipule por el incumplimiento o por la demora en el cumplimiento del compromiso de compensación, puede expresarse como una suma definida o como porcentaje del valor del compromiso pendiente. El calcular la cuantía en función del porcentaje del compromiso pendiente tendría la ventaja de ir reduciendo automáticamente la cuantía a medida que se vaya cumpliendo el compromiso de compensación. Si se ha constituido una garantía independiente para asegurar el pago de la suma convenida (véase el párrafo 27 del presente capítulo), el carácter independiente de la garantía haría que las reducciones eventuales en la suma adeudada no resultaran automáticamente en una reducción del importe de la garantía. Por consiguiente, para ajustar la garantía a la obligación subyacente, sería aconsejable estipular en la propia garantía que toda reducción del compromiso de compensación deberá resultar, tras la presentación de los documentos estipulados, en una disminución correspondiente del importe de la garantía (véase el capítulo XI, "Garantías de cumplimiento", párrafos 25 y 26). En el caso de una garantía accesoria, una reducción de la obligación subyacente acarrearía automáticamente la correspondiente reducción de la cuantía de la garantía (véase el capítulo XI, párrafo 4).

18. Cuando la cláusula de indemnización pactada o penal haya sido estipulada por demora en el cumplimiento, se suele estructurar la suma convenida en forma de incrementos unitarios, siendo pagadero un incremento por cada unidad de demora en que se haya incurrido. En esos casos, sería aconsejable que se fije un límite a la suma acumulativa de incrementos. Puede que las partes deseen prever la eventualidad de que persista el incumplimiento del compromiso después de alcanzado ese límite. Una solución sería estipular que el beneficiario de la indemnización pactada o de la pena no tendría derecho a cobrar ni ulteriores incrementos de la indemnización pactada o pena ni una indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento del compromiso de compensación con posterioridad a la fecha en que se alcanzó dicho límite. Otra solución sería estipular que, pese a haberse alcanzado el límite, el beneficiario de la indemnización pactada o la pena siguiera teniendo derecho a reclamar el cumplimiento del compromiso. De ser éste el caso, las partes podrían estipular que, si la parte comprometida no cumple el compromiso de compensación dentro de un plazo estipulado contado desde la fecha en que se hubiera alcanzado el límite acumulativo, el beneficiario tendrá derecho a reclamar una suma convenida adicional por el incumplimiento de este compromiso. Cualquiera que sea la solución por la que se opte, sería aconsejable estipular que el beneficiario de la indemnización pactada o de la pena tendrá derecho a rescindir el compromiso de compensación una vez alcanzada la cuantía acumulativa de los pagos por concepto de demora.

19. La determinación del nivel adecuado de la suma convenida puede presentar algunas dificultades. En una operación de comercio compensatorio a largo plazo podría ser sumamente difícil calcular en el momento de la celebración del acuerdo la cuantía de los perjuicios ocasionados en el momento en que se haya de producir una falta de cumplimiento del compromiso de compensación y, por consiguiente, sería difícil calcular la cuantía a que deberá fijarse la suma convenida para que sea verdaderamente indemnizatoria o para que sirva de estímulo al cumplimiento. Desde el punto de vista del beneficiario de la indemnización pactada o de la pena, no deberá fijarse la suma convenida a un

nivel tan bajo que el beneficiario haya de sufrir graves pérdidas no resarcibles en el supuesto de producirse el incumplimiento por la otra parte del compromiso de compensación. Además, una suma que sea inferior a la cantidad que la parte comprometida se ahorraría con su incumplimiento del compromiso de compensación no serviría de estímulo para hacerla cumplir con la oportunidad y la diligencia debidas. De hecho, podría servirle de estímulo para no hacerlo. Sería por ello conveniente para el beneficiario de la cláusula que la suma convenida se fije a un nivel que indemnice razonablemente y que, a la vez, si la ley aplicable lo permite, induzca moderadamente al cumplimiento del compromiso.

20. Deben evitarse las sumas excesivas, ya que pudieran disuadir a alguna parte eventual de celebrar un acuerdo de comercio compensatorio. De estipularse una suma excesiva resultaría también más difícil encontrar a un tercero dispuesto a asumir un compromiso de compensación que haya de aceptar además una cláusula de exoneración de responsabilidad (véase el párrafo 11 del presente capítulo, así como el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafo 37). Una suma excesiva puede además no ejercer un efecto disuasivo especial si cabe prever que, con toda probabilidad, será declarada nula o será reducida en un procedimiento judicial (véase el párrafo 7 del presente capítulo). Además, la parte comprometida a comprar mercancías, que haya de aceptar además una suma convenida fijada a un nivel particularmente elevado, tal vez, como contrapartida, trate de obtener un precio inferior por las mercancías que haya de comprar, o un precio de venta superior para sus propias mercancías.

21. Al determinar la cuantía razonable de una suma convenida por el incumplimiento del compromiso de compensación, las partes podrían considerar factores como el precio que el proveedor obtendría en una venta sustitutoria, el precio que el comprador tendría que pagar en una compra sustitutoria, las pérdidas que ocasionaría el incumplimiento del compromiso de compensación, la intensidad del riesgo de que el compromiso de compensación quede incumplido y el que la suma sea lo bastante importante para inducir al cumplimiento.

22. Al determinar la cuantía razonable de una suma convenida por demora en el cumplimiento del compromiso de compensación, las partes podrían considerar las circunstancias que influyeron en la decisión de incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de indemnización pactada o penal (véase el párrafo 15 del presente capítulo). Por ejemplo, si el importador cuenta con poder realizar oportunamente contraexportaciones para devolver un préstamo bancario, la base para fijar la cuantía de la suma convenida podrían ser los costos financieros en que incurriría por razón de la demora en las compras previstas en el acuerdo de comercio compensatorio. De ser el contraimportador el beneficiario de la indemnización pactada o de la pena, el factor pertinente pudieran ser las consecuencias con que tropezaría el contraimportador al no poder revender las mercancías compensatorias para una fecha determinada.

23. Cuando la ley aplicable sólo permita que una suma convenida sirva como indemnización, las partes deberán tratar de estimar con la mayor precisión posible las pérdidas que el comprador podría sufrir. Al fijar la cuantía de la suma convenida, las partes deberán tener presente que, conforme a la ley aplicable, la cuantía de la suma convenida podría ser considerada por los tribunales como factor importante para determinar si la obligación de pagar la suma convenida tenía por finalidad indemnizar por los daños ocasionados o estimular al cumplimiento del compromiso (véase el párrafo 7 del presente

capítulo). Deben conservarse todos los justificantes relativos a la base de la estimación, así como los cálculos, como prueba de que la suma no se fijó arbitrariamente. Además, las partes tal vez deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una declaración de que la cuantía establecida en la cláusula representa una estimación de buena fe de los daños y perjuicios que ocasionaría el incumplimiento del compromiso de compensación.

E. Cobro de la suma convenida

24. Las partes pueden optar por estipular que la parte agraviada perderá el derecho a reclamar la suma convenida si la reclamación no se presenta dentro de un plazo determinado tras la expiración del período de cumplimiento (por ejemplo, de treinta días). La finalidad de esa estipulación sería resolver las cuestiones de responsabilidad por el incumplimiento del compromiso de compensación dentro de un plazo razonable tras la expiración del período de cumplimiento. El plazo para presentar la reclamación deberá ser suficiente para que las partes puedan determinar si se ha cumplido o no el compromiso de compensación. Esto será de particular importancia cuando sea posible que las medidas para el cumplimiento del compromiso de compensación sean adoptadas poco antes de finalizar el plazo de cumplimiento o cuando los contratos de suministro hayan de celebrarse con personas que no sean la parte con la que se haya contraído el compromiso.

25. De estar dividido el plazo de cumplimiento en subperíodos, será conveniente que en el acuerdo de comercio compensatorio se indique si la suma convenida será pagadera al finalizar cada subperíodo en el que haya habido incumplimiento o sólo una vez transcurrido el plazo de cumplimiento en su totalidad. Si el pago debe hacerse a raíz de cada subperíodo, se podrá prever un plazo a partir de la expiración de cada subperíodo durante el cual pueda reclamarse el pago de la suma convenida.

26. Las acciones judiciales que tal vez sean necesarias para obtener la suma convenida costarán tiempo y dinero. La necesidad de acudir ante los tribunales tal vez sea menor si el acuerdo de comercio compensatorio autoriza al beneficiario a deducir la suma convenida de los fondos de la otra parte que obren en su poder o a compensar la suma reclamada con los fondos que el beneficiario deba a esa parte. Por ejemplo, de haberse estipulado que el producto del contrato de exportación sea retenido para pagar el contrato de exportación compensatoria, podrá estipularse que el contraexportador podrá retener una cantidad equivalente a la suma convenida si el contraimportador incumple su compromiso de celebrar un contrato para la compra de las mercancías contraexportadas (véase el capítulo VIII, "Pago", párrafos 12 y 62). Cuando el beneficiario de la indemnización pactada o la pena no retenga los fondos reportados por un envío de mercancías, cabría garantizar el pago de la suma convenida autorizando que esa suma sea deducida de fondos o de reclamaciones de pago no relacionadas con la operación de comercio compensatorio de que se trate. Cabe observar, no obstante, que en algunos ordenamientos jurídicos la estipulación por las partes de esas deducciones o compensaciones de pagos pudiera ser objeto de algún reglamento imperativo. Conforme a una regla, que se encuentra en el derecho interno de algunos Estados, la compensación sólo estaría permitida si las reclamaciones de pago que se han de compensar dimanar de una misma relación comercial entre las partes. Además, una deducción o compensación podrá ser anulada posteriormente, de ser declarada excesiva y reducida la suma convenida por un tribunal 6/.

27. El beneficiario de la indemnización pactada o la pena tal vez desee incluir una estipulación en el acuerdo de comercio compensatorio por la que se requiera de la otra parte que negocie con una institución financiera una garantía del pago eventual de la suma convenida. El beneficiario podría entonces reclamar la suma convenida a la institución financiera con arreglo a los términos de la garantía. Esas garantías suelen ser de carácter independiente, aunque no se excluye la utilización de garantías accesorias. Para un análisis de las garantías independientes, su distinción con respecto a las accesorias y las posibles condiciones de pago de las garantías, véase el capítulo XI, "Garantías de cumplimiento", en particular los párrafos 3, 4 y 18.

F. Rescisión del compromiso de compensación y cláusulas de pago de una suma convenida

28. De haberse estipulado el pago de una suma convenida en forma de incrementos sucesivos, con un límite de la suma acumulativa pagadera (véase el párrafo 18 del presente capítulo), las partes tal vez deseen estipular que no se podrá rescindir el compromiso de compensación por el incumplimiento para el que la suma haya sido convenida, hasta no haberse alcanzado el límite fijado.

29. Las partes tal vez deseen estipular también que la rescisión una vez alcanzado el límite no afectará a ninguna obligación de pagar una indemnización pactada o pena vencida con anterioridad a la rescisión. Con ello se evitaría la ambigüedad que pudiera resultar de la aplicación de la regla, que figura en algunos ordenamientos, según la cual la rescisión de un contrato afecta a las obligaciones vencidas antes de la rescisión. Sin embargo, si el acuerdo de compensación se rescinde antes de alcanzado el límite (por ejemplo, cuando el beneficiario de la indemnización pactada o la pena rescinda el compromiso de compensación por algún incumplimiento que no sea aquél para el que se estipuló la suma convenida), las partes podrán estipular que esa rescisión no afectará el derecho a cobrar una suma convenida pagadera en la fecha de rescisión, pero que ninguna suma pasará a ser pagadera por concepto de suma convenida con posterioridad a la rescisión.

Notas

1/ Se pueden consultar estudios sobre la índole y el funcionamiento de las cláusulas de indemnización pactada y penales en los contratos internacionales en Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen X: 1979, segunda parte, I, C, e ibid., volumen XII: 1981, segunda parte, I, B, 1. Las "Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento" (denominadas en adelante "Normas uniformes") aprobadas por la Comisión en 1983, podrán ser utilizadas por las partes al ir a redactar alguna cláusula penal o de indemnización pactada.

2/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 5 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía X" sea la proveedora, la "compañía Y" la parte que se compromete a comprar y el chelín austriaco la moneda de pago, la cláusula podría redactarse como sigue:

[Por incumplimiento del compromiso de comprar mercancías]

"1) Si la compañía Y no hace las compras requeridas para el cumplimiento del compromiso de compensación antes de que expire el plazo estipulado para el cumplimiento de ese compromiso, la compañía Y quedará obligada a pagar a la compañía X una suma en chelines austríacos equivalente al ... % de la porción incumplida del compromiso de compensación. El pago de esa suma, liberará a la compañía Y de la porción del compromiso incumplido de compensación por la que le haya sido reclamada la suma convenida.

2) En la medida en que el incumplimiento de la compañía Y sea atribuible al incumplimiento por la compañía X de su compromiso, a tenor del acuerdo de comercio compensatorio, de poner mercancías a disposición de la otra parte, el párrafo 1 no será aplicable."

3/ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías, documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones sobre los Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/19), primera parte.

4/ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/38/17), anexo I.

5/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 12 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

"No se podrá presentar reclamación alguna por concepto de daños y perjuicios, por encima del importe de la suma convenida, fundada en el incumplimiento que haya dado lugar al pago de esa suma."

6/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 26 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía X" sea la beneficiaria de la cláusula y la "compañía Y" la parte obligada a pagar la suma convenida, la cláusula podría redactarse como sigue:

"De ser pagadera la suma convenida de conformidad con el párrafo 1), la compañía X tendrá derecho a deducir la suma convenida de los fondos de la compañía Y que obren en poder de la compañía X o de compensar el monto de la suma convenida con alguna reclamación contrapuesta de pago presentada por la compañía Y contra la compañía X. [Esa deducción o esa compensación podrán únicamente efectuarse si los fondos que obren en poder de la compañía X, o la reclamación de pago presentada por la compañía Y, dimanar de los contratos siguientes: ...]"

XI. GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO

Resumen

Las partes en una operación de comercio compensatorio pueden convenir en utilizar una garantía para asegurar el cumplimiento del compromiso de compensación. Cabría garantizar así el cumplimiento de la obligación de comprar mercancías, la obligación de suministrar mercancías o ambas obligaciones (párrafo 1).

La garantía puede estipularse como una obligación independiente o como una obligación accesoria de la obligación subyacente. De ser la garantía independiente, el garante se compromete a pagar cuando el beneficiario de la garantía le presente la reclamación de pago y todo otro documento requerido para ello en la garantía, como, por ejemplo, la declaración del beneficiario de que la parte que obtuvo la garantía (el "solicitante") ha incumplido la obligación subyacente, la declaración del beneficiario en la que se especifiquen las circunstancias determinantes del incumplimiento o un certificado o decisión de un tercero en el que se declare que se ha producido el incumplimiento de la obligación subyacente. Para determinar si ha de pagar el garante no necesitará investigar si se ha incumplido realmente la obligación subyacente, sino que le bastará comprobar si la reclamación de pago y los documentos que la acrediten son conformes con las condiciones de pago especificadas en la garantía. A pesar de que la garantía es independiente de la obligación subyacente, excepcionalmente podrá denegarse el pago de la garantía, en particular cuando la reclamación del pago sea fraudulenta (párrafo 3).

Conforme a una garantía accesoria, el garante, antes de pagar una reclamación, deberá cerciorarse de si se ha incumplido la obligación principal y tendrá normalmente derecho a invocar todas las excepciones que el deudor principal podría invocar contra el beneficiario de la garantía (párrafo 4).

En este capítulo se examinan únicamente las garantías independientes, sin que ello signifique que sea preferible este tipo de garantía, pero las consideraciones que se hacen son aplicables también a las garantías otorgadas en forma de cartas de crédito contingente, que funcionan en la práctica como garantías independientes (párrafos 5 y 6).

De recurrirse a una garantía, las partes deberán resolver en el acuerdo de comercio compensatorio cuestiones como las siguientes: cuál de ellos debe obtener la garantía (párrafo 8); si el pago de la garantía libera al solicitante de la garantía de su compromiso de compensación (párrafo 9); identidad del garante o cómo seleccionarlo (párrafos 10 a 16); documentos que el beneficiario deberá presentar para obtener el pago (párrafos 17 a 22); importe de la garantía y mecanismo eventual para su reducción a medida que se vaya cumpliendo el compromiso de compensación (párrafos 23 a 26); fecha de emisión de la garantía (párrafos 27 a 30); expiración de la garantía (párrafos 31 a 33); devolución del título de garantía (párrafo 34); obligación de prorrogar la garantía de prorrogarse el plazo de cumplimiento del compromiso de compensación (párrafos 35 y 36); modificación de la obligación subyacente y modificación de la garantía (párrafos 37 a 39).

En las operaciones en las que las mercancías enviadas en ambas direcciones no vayan a abonarse en dinero, las garantías podrían servir para asegurar la liquidación en efectivo de los desequilibrios eventuales en el intercambio comercial (párrafos 40 a 48).

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo se interesa por las garantías (también denominadas en la práctica por otros términos) que se constituyen en una operación de comercio compensatorio para asegurar el cumplimiento del compromiso de compensación. No se ocupa, en cambio, de las garantías del cumplimiento de un contrato de suministro, que no plantean problemas peculiares del comercio compensatorio. En el marco de una operación de comercio compensatorio, las garantías pueden servir para caucionar la obligación de comprar mercancías, la obligación de suministrar mercancías, o ambas obligaciones. En ocasiones, la garantía asegura el compromiso de compensación al caucionar el pago de una cláusula de indemnización pactada o penal que cubra el compromiso de compensación. Las garantías pueden utilizarse también para responder de la liquidación de cualquier desequilibrio eventual en el intercambio comercial (párrafos 40 a 48 del presente capítulo).

2. El exigir garantías ofrece la ventaja genérica de excluir a las partes sin crédito personal o sin recursos financieros suficientes de la operación de comercio compensatorio. Las instituciones garantes suelen investigar a fondo la solvencia de las partes cuyas obligaciones deben garantizar y, de ordinario, sólo otorgan garantías si tienen motivos valederos para estimar que la parte puede cumplir satisfactoriamente su obligación. Este aspecto puede resultar particularmente ventajoso para importadores o exportadores que no tengan otra manera de determinar la fiabilidad de la contraparte propuesta.

3. La garantía puede estipularse como una obligación independiente o accesoria de la obligación subyacente. Si es independiente, el garante estará obligado a pagar cuando la parte a la que sea debida la obligación subyacente (el "beneficiario") presente al garante la reclamación de pago y todo otro documento requerido al efecto en la garantía. Tal vez se requiera, por ejemplo, una declaración del beneficiario de que la parte que obtuvo la garantía (el "solicitante") ha incumplido la obligación subyacente, una declaración del beneficiario dando las circunstancias determinantes del incumplimiento o un certificado o dictamen de un tercero o de alguna entidad que declare incumplida la obligación subyacente. El tercero, designado en la garantía o a tenor de ella, tal vez sea un experto, un órgano de supervisión o un tribunal arbitral o judicial. Con una garantía independiente el beneficiario sabe que al presentar la reclamación y cualquier otro documento justificativo requerido obtendrá el pronto pago, aun cuando siga haciendo desacuerdo entre el solicitante de la garantía y el beneficiario acerca del incumplimiento de la obligación subyacente. El garante, al determinar si ha de pagar, no tendrá que investigar si se ha incumplido realmente la obligación subyacente, sino que se limitará a comprobar si la reclamación de pago y los documentos justificativos presentados son conformes a lo estipulado en la garantía (véanse otras posibles condiciones de pago en el párrafo 18 del presente capítulo). Cuando surge una controversia acerca de si el solicitante

de la garantía tiene derecho a recuperar la cantidad pagada por no haberse incumplido la obligación subyacente, esta controversia se decidirá en un eventual proceso ulterior entre el solicitante y el beneficiario de la garantía. Aunque la obligación de pagar del garante es independiente de la obligación subyacente, la reclamación del pago de la garantía por parte del beneficiario se podrá ignorar, en circunstancias excepcionales, con arreglo a la ley aplicable a la garantía, en particular cuando la reclamación del beneficiario sea fraudulenta.

4. Conforme a una garantía accesoria, el garante o fiador deberá pagar únicamente si el deudor principal ha incumplido efectivamente la obligación afianzada. Esas garantías accesorias se denominan en distintas legislaciones nacionales "suretyship", "cautionnement", "fianza", y "Bürgschaft". Antes de pagar una reclamación, el fiador debe cerciorarse de si se ha incumplido la obligación principal para poder determinar si la reclamación está justificada y tendrá normalmente derecho a invocar todas las excepciones que el deudor principal podría invocar contra el beneficiario de la fianza.

5. En el presente capítulo, se examinan únicamente las garantías independientes, sin que ello signifique que sea preferible este tipo de garantía. Por regla general, se acostumbra a utilizar garantías independientes para las obligaciones consignadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Los solicitantes de la garantía suelen preferir las garantías accesorias o fianzas, pero los beneficiarios se muestran reacios por regla general a aceptarlas por ser más probable que se demore su pago. Además, los garantes, y en particular los bancos, suelen preferir las garantías independientes por no haberse de investigar en ellas el cumplimiento de la obligación subyacente. Mientras que los diversos regímenes jurídicos por los que se rigen las fianzas están ya bien definidos, no ocurre lo mismo en todas las legislaciones nacionales con las garantías independientes, que son básicamente una creación de la práctica bancaria y comercial, por lo que no existe ninguna uniformidad en lo que se refiere al grado de reconocimiento otorgado a estas garantías.

6. En algunos países, los bancos emiten "cartas de crédito contingente", que funcionan en la práctica como garantías independientes y cuyo carácter independiente está generalmente reconocido. Así pues, las consideraciones de la Guía Jurídica sobre la garantía de cumplimiento del compromiso de compensación del solicitante de la garantía serán aplicables también a las cartas de crédito contingente.

B. Cláusulas de garantía en los acuerdos de comercio compensatorio

7. Si las partes deciden asegurar mediante una garantía el compromiso de compensación, deberán incluir en el acuerdo de comercio compensatorio ciertas cláusulas básicas relativas a la constitución y a las condiciones de la garantía. Puede que las partes también deseen adjuntar al acuerdo de comercio compensatorio un formulario de garantía que habrá de utilizar el garante para constituirlo. Al formular las cláusulas de la futura garantía en el acuerdo de comercio compensatorio, las partes deberán cerciorarse de que la formulación convenida sea aceptable para el garante.

8. El compromiso que se asegura con una garantía suele ser el de la parte que se compromete a efectuar un pedido. Eso se debe a que el objetivo principal de esa parte al aceptar un compromiso de compensación es vender sus propias mercancías y no comprar las de la otra parte. Cuando la parte comprometida a comprar mercancías tenga un interés especial en obtener las mercancías, el compromiso del proveedor de celebrar un contrato para el suministro de las mercancías convenidas tal vez sea caucionado con una garantía. Como se señala en el párrafo 1, en algunos casos el acuerdo de comercio compensatorio podrá exigir tanto al comprador como al proveedor que caucionen con una garantía el cumplimiento de su compromiso. Cuando las partes en el acuerdo prevean que un tercero pueda asumir el compromiso de compensación, tal vez deseen considerar si será el tercero o la parte inicialmente comprometida quien haya de solicitar la garantía (véase el capítulo VII, "Participación de terceros").

9. Cuando la garantía asegure la obligación del solicitante en virtud de una cláusula de indemnización pactada o penal, la cuestión de si el pago de la garantía liberaría al solicitante de su obligación de cumplir el compromiso de compensación o de su responsabilidad por los daños que superen el monto de la garantía se resolvería a la luz de lo estipulado en la cláusula de indemnización pactada o penal y en las reglas aplicables a esa cláusula (véase el capítulo X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", secciones B y C). Si la garantía no asegura una cláusula de indemnización pactada o penal y, como suele suceder, las partes desean que el pago de la garantía surta el efecto de liberar al solicitante del compromiso de compensación o de su responsabilidad por daños y perjuicios respecto de cuantías superiores al monto de la garantía, deberán declarar su intención en el acuerdo de comercio compensatorio. Sin una disposición al respecto, no cabe presumir que el pago de la garantía libere al solicitante del compromiso de compensación o de la responsabilidad por daños y perjuicios. Cabe señalar asimismo que el hecho de que la obligación se vea reforzada por una garantía no permite que la parte obligada elija entre el cumplimiento de la obligación contractual subyacente y el pago de la garantía.

1. Elección del garante

10. Puede que las partes deseen indicar en el acuerdo de comercio compensatorio a un garante que ambas estarían dispuestas a aceptar. De ese modo el beneficiario estaría seguro de que la garantía sería emitida por un garante con suficientes reservas financieras y aceptable desde otros puntos de vista. Indicar al garante sería útil a ambas partes ya que limitaría la probabilidad de desacuerdos posteriores sobre el emisor y les permitiría conocer desde un principio el costo de la garantía.

11. Si no se señala al garante en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, las partes podrían disponer, por ejemplo, que el garante fuera un banco de renombre, y del agrado del beneficiario o que sea una institución del país de origen de una de las partes.

12. Puede que el beneficiario desee que sea una institución de su país la que emita la garantía por serle más fácil reclamar judicialmente el pago de una institución de esa índole que de una institución extranjera. No obstante, insistir en que el garante sea local podría resultar desventajoso en la medida

en que el solicitante se viese impedido de recurrir a un garante con el que mantenga una relación habitual y que podría prestar la misma garantía a un costo más bajo. Además, el garante del país del beneficiario podrá pedir que el reembolso de cualquier pago efectuado en virtud de la garantía esté asegurado por un banco que actúe en nombre del solicitante, lo que podrá suponer nuevos gastos (véase el párrafo 14 del presente capítulo).

13. En algunos Estados las reglas de derecho imperativo aplicables al beneficiario estipulan que éste sólo podrá aceptar una garantía prestada por una institución financiera del propio país o por una institución financiera autorizada para prestar garantías que supongan un pago en divisas, o si la autoridad competente aprueba la elección del garante.

14. Cuando la garantía tiene que proporcionarla un banco del país del beneficiario, con frecuencia ese banco sólo emitirá la garantía si el reembolso queda asegurado por la emisión de una "contragarantía". La contragarantía faculta al banco que emite la garantía a reclamar un rápido reembolso al contragarante, de conformidad con las cláusulas de la contragarantía. La contragarantía será normalmente emitida por el banco del solicitante que haya dado instrucciones al garante para que emita la garantía.

15. Cuando la garantía se da en forma de una carta de crédito contingente, tal vez se imponga un requisito similar de que el pago sea garantizado por un banco del país del beneficiario. Este requisito podrá atenderse mediante la confirmación por parte de un banco local de la carta de crédito contingente emitida por un banco extranjero. El banco confirmante sería reembolsado por el banco emisor. Hasta la propia garantía es a veces confirmada por un banco del país del beneficiario. Tanto con la carta de crédito contingente confirmada como con la garantía confirmada, el beneficiario tiene la opción de reclamar el pago al banco que realizó la confirmación o al banco emisor.

16. Se han dado casos en que la propia parte cuyo compromiso de compensación ha de garantizarse ha asumido la obligación de pagar una cantidad de dinero, denominada "garantía", para responder del cumplimiento del compromiso de compensación. Una "garantía" de esa índole surte el efecto de que la parte que sale "garante" de sí misma promete pagar a la otra parte con arreglo a lo estipulado en la garantía, sin oponer ninguna excepción que no sea oponible por un tercero garante, por lo que incumbirá a la parte que salió "garante" entablar una acción para el reembolso de los fondos que haya pagado, si cabe alegar que no ha incumplido la obligación subyacente. Puede que el beneficiario acepte una garantía de esa índole si es independiente de la operación subyacente y la otorga una parte comercial que, a juicio del beneficiario, goza de una honestidad comercial y de una solvencia financiera indudables. Ahora bien, no está claro que una garantía de esa índole otorgue al beneficiario otros derechos que los que se derivan de la propia obligación garantizada.

2. Condiciones de pago de la garantía

17. Deberán consignarse claramente en el acuerdo de comercio compensatorio los requisitos que hayan de cumplirse para que el garante esté obligado a pagar, en particular los relativos a los documentos que hayan de presentarse en apoyo de una reclamación de pago. Cualquier falta de claridad puede suscitar controversias fundadas en la incertidumbre de si los documentos presentados por el beneficiario son conformes a lo estipulado en la garantía.

18. En una garantía independiente cabría disponer que bastará con presentar la reclamación de pago para obtener el pago, con la posible condición adicional de que habrá de presentarse esa reclamación acompañada de una declaración del beneficiario sobre el incumplimiento. Tal vez sea suficiente una declaración general a esos efectos. Cabría también exigir al beneficiario que precisara otros datos, como la índole del incumplimiento por el solicitante, el derecho del beneficiario al pago de la cantidad reclamada y el impago hasta la fecha de esa cantidad. Cabría también exigir al beneficiario que presentara su reclamación de pago acompañada de un documento expedido por un tercero que confirmara el incumplimiento por el solicitante; este documento podría ser, por ejemplo, el dictamen de un perito independiente, un laudo arbitral o un fallo judicial en primera instancia que atestigüe que se ha producido ese incumplimiento. La garantía podría prever que no fuera necesaria la declaración de un tercero si el solicitante admitía el incumplimiento por escrito. En todos estos casos, el garante se habrá de cerciorar únicamente de si los documentos son, a la vista, conformes a los requisitos impuestos por la garantía y no necesitará indagar sobre la operación subyacente. En particular, el garante tampoco necesitará indagar sobre si las declaraciones que figuran en un documento están bien fundadas.

19. En ocasiones, las partes convienen en que el beneficiario deberá notificar al solicitante su intención de reclamar el pago de la garantía y que la reclamación sólo podrá presentarse después de transcurrido cierto plazo de la notificación. Esa notificación dará al solicitante la oportunidad de rectificar su incumplimiento o de eliminar el desacuerdo. Para ello, se habrá de estipular en la garantía que el beneficiario presente su reclamación de pago acompañada de prueba documental de que se ha notificado al solicitante.

20. Cuando la garantía está para responder del pago previsto en una cláusula de indemnización pactada o penal, las partes tal vez deseen incluir entre los requisitos para la reclamación del pago la presentación por el beneficiario de una declaración de que es exigible el pago estipulado en la cláusula de indemnización pactada o penal.

21. Por regla general, una garantía estipulará, además de los requisitos de documentación, algunos otros requisitos no relacionados con el cumplimiento de la obligación subyacente. Muy a menudo, esos requisitos, que no entrañan la presentación de un documento, se refieren al plazo en el que puede presentarse la reclamación, al monto de la garantía, y a la oficina del garante en la que habrá de presentarse la reclamación.

22. Es conveniente que, además de consignar el acuerdo de las partes sobre la garantía, el acuerdo de comercio compensatorio estipule que el beneficiario tendrá únicamente derecho a reclamar el pago de la garantía si se produce el incumplimiento del compromiso. Una cláusula a ese fin facilitaría el resarcimiento del solicitante de las pérdidas sufridas en caso de que se pague una reclamación sin existir incumplimiento de la obligación subyacente.

3. Monto de la garantía y reducción de ese monto

23. Las partes deberán convenir el monto de la garantía, así como la moneda en que se expresará y pagará. El monto de la garantía podrá ser expresado como una cantidad determinada o como un porcentaje del valor del compromiso pendiente. Si la garantía está para responder del pago estipulado en una cláusula de indemnización pactada o en una cláusula penal, la cláusula de

garantía del acuerdo de comercio compensatorio tal vez estipule que la garantía responda del pago de la cuantía total de la indemnización pactada o de la pena o de una parte de la misma. La propia indemnización pactada o la pena tal vez correspondan también a un determinado porcentaje del compromiso de compensación incumplido. (Con respecto a la cuantía de la indemnización pactada o las penas, véase la sección D del capítulo X.)

24. Al determinar el monto de la garantía, o de la indemnización pactada o pena, que cubre la garantía, las partes tendrían en cuenta factores como el alcance de las pérdidas previstas en caso de incumplimiento y el riesgo de incumplimiento, así como los límites que los garantes suelen observar respecto de contratos análogos. Otro factor podría ser la facilidad con que podría obtenerse el pago de una reclamación fundada en la garantía. A este respecto, el beneficiario habrá de decidir qué es lo que prefiere. Cuanto más se parezcan las cláusulas de una garantía a las de una garantía pagadera a su reclamación y cuanto más fácil sea obtener el pago, tanto menos dispuesto podría estar el solicitante a proporcionar una garantía que cubra un porcentaje elevado del compromiso de compensación. En cambio, si los requisitos de documentación no son tan fáciles de satisfacer en aquellos casos en que el solicitante no haya incumplido su compromiso (por ejemplo, cuando deba presentarse un laudo arbitral o un fallo judicial), tal vez éste estaría dispuesto a aceptar una suma mayor para la garantía.

25. Puede que las partes deseen estipular en las cláusulas de la garantía un mecanismo que permita reducir su monto a medida que vaya avanzando el cumplimiento del compromiso de compensación. Esa reducción del monto de la garantía tendría la ventaja de reducir el riesgo cubierto por la garantía y, posiblemente, el costo de ésta. Si la garantía se otorga para responder del pago de una indemnización pactada o de una pena, convendría que el mecanismo estipulado para la reducción de esa garantía fuera concorde con el mecanismo previsto para la reducción de la suma de la indemnización pactada o la pena, si lo hubiere.

26. Es conveniente que el mecanismo de reducción funcione sobre la base de la presentación al garante de determinados documentos que demuestren el cumplimiento del compromiso de compensación, sin que el garante se vea obligado a verificar en qué grado se ha cumplido efectivamente dicho compromiso. Estos documentos podrán ser documentos de envío, copias de contratos de suministro, pedidos de mercaderías, cartas de descargo u otros documentos en los que conste el cumplimiento. Tal vez sea aconsejable que las partes designen al emisor de los documentos y a la parte que será responsable de transmitirlos al garante. Si el plazo de cumplimiento está dividido en subperíodos, las partes tal vez deseen convenir en ir sustrayendo del monto de la garantía las porciones asignadas a cada subperíodo que no hayan sido reclamadas en el plazo convenido.

4. Fecha de constitución de la garantía

a) Al entrar en vigor el acuerdo de comercio compensatorio o poco después

27. Se recomienda que las partes estipulen la fecha en que ha de constituirse la garantía. Por ejemplo, puede convenirse que la garantía sea emitida en la fecha de validez inicial del acuerdo de comercio compensatorio o poco después (v.g.: a los 30 días de esa fecha). Las partes podrían asegurarse de que se

constituirá la garantía, en el momento que haya sido acordado, estipulando que el acuerdo de comercio compensatorio no será válido en tanto no se haya constituido la garantía o que se estimará que el solicitante ha incumplido el compromiso de compensación si no se ha constituido la garantía dentro del plazo convenido.

28. Cuando se celebre un contrato en uno de los dos sentidos (por ejemplo, un contrato de exportación) juntamente con el acuerdo de comercio compensatorio, las partes podrán convenir en que la constitución de una garantía de cumplimiento del compromiso de compensación sea un requisito para la validez del contrato de exportación. Se evitaría así que el importador quedase obligado por el contrato de exportación antes de haberse constituido la garantía de cumplimiento del compromiso de compensación.

b) En fecha posterior, durante el plazo de cumplimiento

29. Las partes pueden estipular que la garantía sólo habrá de constituirse en alguna fecha ulterior dentro del plazo de cumplimiento, si para esa fecha todavía no se ha completado el cumplimiento del compromiso. La fecha convenida podría ser, por ejemplo, tres meses antes de finalizar el plazo de cumplimiento o tres meses antes de finalizar cada segmento anual de un calendario multianual de cumplimiento. Este enfoque tiene la ventaja de que permite calcular el monto de la garantía como un porcentaje del compromiso de compensación pendiente en esa fecha. Al supeditar el monto de la garantía al saldo pendiente y no a todo el compromiso de compensación, y al limitar el plazo de validez de la garantía, es probable que se reduzca la magnitud del riesgo cubierto, así como el costo de la garantía.

30. Como este enfoque expone al beneficiario al riesgo de que no se constituya la garantía, las partes podrían estipular cuáles serían los derechos del beneficiario de no constituirse la garantía. Cabría convenir que el beneficiario podrá considerar como incumplido el compromiso de compensación y reclamar el pago convenido en una cláusula de indemnización pactada o penal. Además, cabría estipular que el beneficiario tendrá derecho a deducir la cuantía de la indemnización pactada o de la pena de las sumas que pasen a ser pagaderas en virtud del contrato de exportación una vez incumplida la obligación de constituir la garantía.

5. Duración de la garantía

a) Fecha de expiración

31. Es conveniente que las partes señalen la cláusula que deberá incluirse en la garantía para fijar el plazo de validez de la garantía. Cabe recordar que, dado que la garantía es independiente del acuerdo subyacente de comercio compensatorio, la cláusula de dicho acuerdo relativa al plazo de validez de la garantía no determinará en modo alguno la duración que haya sido estipulada en la propia garantía. Las garantías suelen llevar una fecha de extinción fija. Otra posibilidad sería estipular una garantía de duración indefinida que expirara solamente al cumplirse el compromiso de comercio de compensación o al liberarse del compromiso a la parte comprometida (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 7 a 9). Cabe observar que la mayoría de los garantes no estarán dispuestos a emitir una garantía sin fecha de extinción. Cabe señalar asimismo que en la legislación de algunos Estados existen reglas imperativas aplicables a los plazos de validez de las garantías.

32. Es conveniente que la fecha de expiración de la garantía sea posterior al término del plazo de cumplimiento del compromiso de compensación. Al mediar un intervalo de tiempo entre la expiración del plazo de cumplimiento y la de la garantía (por ejemplo, de 30 días), el beneficiario podría aguardar la celebración de contratos de suministro hasta la expiración del plazo de cumplimiento, sin renunciar, por ello, a la posibilidad de reclamar el pago de la garantía. Además, el beneficiario podría, a su discreción, tolerar pequeñas demoras en el cumplimiento del compromiso de compensación imputables al solicitante sin renunciar a reclamar el pago de la garantía. Al mismo tiempo, de ser relativamente breve, ese intervalo no impedirá que la obligación del garante se extinga poco después de producirse el supuesto incumplimiento del compromiso de compensación. Las partes podrían también aplicar este enfoque a las garantías que cubran subperíodos del plazo de cumplimiento.

33. De no haberse estipulado en la garantía los efectos de la fecha de expiración, suele entenderse que se ha de presentar la reclamación de pago, con todos los documentos que se requieran, antes de que transcurra la fecha de expiración, y que, por ello, el garante no estará obligado a pagar ninguna reclamación presentada después de esa fecha las condiciones de pago de la garantía. No obstante, según la jurisprudencia de algunas jurisdicciones, de no haberse estipulado otra cosa, la reclamación de pago será válida después de la fecha de expiración, de haberse cumplido con anterioridad a esa fecha. Según esa jurisprudencia, la reclamación de pago podrá presentarse dentro de un plazo razonable después de la fecha de expiración o incluso, según algunos tribunales, dentro de cierto plazo de prescripción.

b) Devolución del título de la garantía

34. En algunos Estados, la garantía puede conservar su validez, incluso después de la fecha de extinción, si el beneficiario no devuelve el título de la garantía. En consecuencia, el acuerdo de comercio compensatorio deberá obligar al beneficiario a devolver puntualmente el título una vez cumplida la obligación garantizada. Ahora bien, la obligación de devolver el título de la garantía no deberá formularse en términos que puedan dar a entender que, de no devolverse el título, la garantía conservaría su validez, incluso después de la fecha de expiración de la misma.

c) Prórroga

35. Es posible que, por diversas razones, se prorrogue el plazo de cumplimiento del compromiso de compensación, prolongándose así más allá de la fecha de expiración de la garantía (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 16 a 19, relativos a la prórroga del plazo de cumplimiento). El acuerdo de comercio compensatorio podría estipular que el solicitante estuviese obligado a tramitar, dentro de un plazo razonable, la correspondiente prórroga de la garantía. Otra solución sería que la garantía estipulase una prórroga automática que cubriera toda prolongación del plazo de cumplimiento subyacente convenido por las partes. Ahora bien, es posible que un garante que no desee obligarse en una garantía cuya duración dependa de un acuerdo en el que el garante no sea parte, no acepte esa estipulación.

36. Por lo que se refiere al costo de prorrogar el plazo de validez de la garantía, puede que las partes deseen convenir en que la parte responsable de la prórroga del plazo de cumplimiento estará obligada a sufragar los gastos de la prórroga del plazo de validez de la garantía.

6. Modificación o resolución del acuerdo de comercio compensatorio

37. En las legislaciones nacionales que reconocen la constitución de una garantía independiente por acuerdo entre las partes, esa garantía conservará su validez con arreglo a lo en ella estipulado, con independencia de los cambios del compromiso subyacente. Si el cambio del contrato subyacente afecta a la posibilidad de obtener los documentos requeridos para reclamar el pago de la garantía independiente, será preciso complementar dicho cambio con la modificación correspondiente de las cláusulas de la garantía.

38. En algunas legislaciones en las que no se ha dado pleno reconocimiento a la garantía independiente, toda alteración del compromiso subyacente podría ser motivo de que el garante quedara liberado de su obligación, mientras que en otras legislaciones tal vez se estime que la garantía cubre sólo el compromiso del solicitante existente en la fecha de emitirse la garantía. Para evitar consecuencias no deseadas, las partes podrán acordar que la garantía conserve su validez pese a la eventual modificación del acuerdo de comercio compensatorio.

39. La modificación del acuerdo de comercio compensatorio tal vez amplíe la responsabilidad subyacente del solicitante por encima del monto de la garantía. Puede que las partes deseen estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que en esos casos el solicitante estará obligado a velar por que se modifique en consonancia el monto de la garantía.

C. Garantía de liquidación de los desequilibrios comerciales pendientes

40. Puede que las partes convengan en enviar mercancías a cambio de mercancías y en que los envíos en ambos sentidos no sean abonados en dinero. Este tipo de operación puede basarse en un contrato de trueque (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 3 a 8) o en la compensación de las reclamaciones de pago contrapuestas (véase el capítulo VIII, "Pago", sección D). En esos casos, cada proveedor correrá el riesgo de que el valor de sus envíos sea superior al valor de las mercancías recibidas de la otra parte y de que no se liquide este desequilibrio ni mediante un suministro de mercancías ni mediante un pago en efectivo. Para cubrir ese riesgo, las partes podrán constituir una garantía para responder de la liquidación de todo desequilibrio comercial pendiente. Podrá acordarse que el desequilibrio sea liquidado al final del plazo de cumplimiento del compromiso de compensación o que el desequilibrio pendiente al término de cada subperíodo del plazo de cumplimiento sea liquidado dentro de cierto plazo a partir de dicho término.

41. Debe vincularse el monto de la garantía a la cuantía del desequilibrio comercial, pero fijándose un límite máximo. Se podrá fijar este límite máximo de la garantía al nivel que haya sido fijado como margen de desequilibrio tolerable para la operación de comercio compensatorio. Se podrá también

estipular que la suma recuperable en virtud de la garantía sea inferior al monto total del desequilibrio (por ejemplo, el 80%). Ello serviría para desalentar la reclamación del pago de la garantía, salvo como último recurso. Un beneficiario que no pueda resarcirse del desequilibrio, reclamando el pago de la garantía, tendrá más incentivos para buscar el equilibrio convenido de los intercambios comerciales efectuando pedidos de mercancías a la otra parte.

42. De poder informar un tercero sobre el saldo comercial entre las partes (por ejemplo, el banco que administre la cuenta de compensación), cabría estipular en la garantía que la reclamación de pago deberá ir acompañada de una declaración de dicho tercero en la que se certifique el monto del saldo pendiente. Además, podrá estipularse que el garante sólo estará facultado para pagar por el valor del monto certificado.

1. Garantía del envío de retorno

43. Si se estipula una secuencia concreta para los envíos en uno y otro sentido, el acuerdo de comercio compensatorio podrá prever que la parte que vaya a ser la primera en recibir un envío de mercancías ha de solicitar una garantía que responda de su obligación de efectuar un envío de retorno. Esta garantía cubriría el riesgo que asume la parte que realiza el primer envío, de que el envío de retorno no se produzca para la fecha convenida o de que su valor o cantidad no correspondan a lo convenido. Cuando el envío en la primera dirección vaya a efectuarse por etapas, podrá acordarse que se constituya una garantía para cada envío parcial por el valor de ese envío; las partes y el garante podrán también acordar que el monto de la garantía aumente a la presentación al garante de los documentos que acrediten cada uno de esos envíos adicionales.

44. Por lo que se refiere a la fecha de emisión de la garantía, el acuerdo de comercio compensatorio puede disponer que la garantía sea entregada al beneficiario a cambio de los documentos de expedición relacionados con la primera entrega. Ese procedimiento protegerá contra la posibilidad de que la parte que haya de realizar el primer envío reciba la garantía pero no realice el envío. Para que el beneficiario de la garantía (la parte que ha realizado el primer envío) no pueda reclamar el pago de la garantía una vez que el solicitante (la parte que realiza el envío en segundo lugar) haya cumplido su obligación de enviar las mercancías, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio podrán estipular que el beneficiario de la garantía recibirá los documentos de titularidad de las mercancías del segundo envío únicamente al devolver el título de la garantía.

45. Cabría hacer un uso análogo de las garantías en las operaciones de comercio compensatorio en las que intervengan más de dos partes. Cuando las partes vinculen las entregas de manera que el importador, a cambio de las mercancías recibidas del exportador, haya de enviar mercancías a un tercero contraimportador, este tercero contraimportador se encargará de pagar al exportador (véase el capítulo VIII, "Pago", párrafo 68). En este caso, la garantía la constituiría el importador para responder de la obligación de contraexportar después de recibir las mercancías de exportación. Cuando el contraimportador haya de pagar al exportador al expedir éste las mercancías de exportación, el contraimportador sería el beneficiario de la garantía. Esa garantía cubriría el riesgo asumido por el contraimportador al tener que pagar al exportador antes de recibir las mercancías del contraexportador. Ahora

bien, cuando el contraimportador haya de pagar al exportador únicamente cuando reciba las mercancías de la exportación compensatoria, el beneficiario de la garantía sería el exportador. Esa garantía cubriría el riesgo de que el exportador, habiendo enviado las mercancías no recibiera el pago del contraimportador por no haberse producido la contraimportación.

46. Podrá utilizarse una garantía análoga cuando el exportador, en lugar de recibir el pago del importador, reciba mercancías de un tercero contraexportador, que a su vez reciba el pago del importador (véase el capítulo VIII, párrafo 68). En este caso, podrá convenirse que el exportador recibirá una garantía que cubrirá el riesgo de que, tras haber realizado el envío en primer lugar, no sea compensado mediante un envío de mercancías del contraexportador.

47. Podrá recurrirse de manera análoga a una garantía cuando tanto el contraimportador como el contraexportador sean partes independientes del exportador y del importador (véase el capítulo VIII, párrafo 69). Podrá estipularse que el importador constituya una garantía a favor del exportador para responder de su obligación de pagar el precio de las mercancías de exportación. Cuando el exportador haya de recibir el pago del contraimportador al efectuarse el envío de las mercancías de exportación, el contraimportador sería el beneficiario. De esta forma quedaría protegido contra el riesgo de pagar al exportador sin recibir mercancías del contraexportador. Ahora bien, si el contraimportador ha de pagar al exportador únicamente cuando se realice el envío de las mercancías de exportación compensatoria, sería el exportador quien habría de ser el beneficiario de la garantía. Así, el exportador quedará protegido contra el riesgo de enviar mercancías sin recibir el pago.

2. Garantías recíprocas

48. Si las partes convienen en intercambiar mercancías por mercancías, tal vez lo hagan sin fijar la secuencia en que hayan de hacerse los envíos en ambos sentidos. Esta indeterminación es particularmente probable en los casos en que se prevean envíos múltiples en ambos sentidos. En tales casos, ambas partes corren el riesgo inherente a un posible desequilibrio de los intercambios comerciales que deberá rectificarse mediante el envío de mercancías o mediante el pago de una suma de dinero. Para cubrir este riesgo, podrá acordarse que cada parte habrá de constituir una garantía para responder de la liquidación del saldo favorable a la otra parte.

XII. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE COMPLETAR LA OPERACION DE COMERCIO COMPENSATORIO

Resumen

En este capítulo se examinan los derechos y acciones de que dispondrá la parte agraviada ante el incumplimiento del compromiso de compensación (sección B) y las circunstancias en las que una de las partes quedaría exonerada de responsabilidad por el incumplimiento de ese compromiso (sección C). También se examina el efecto que tiene la no celebración o el incumplimiento de un contrato de suministro en una dirección sobre las obligaciones de las partes de celebrar o cumplir contratos de suministro en la otra dirección (sección D). El examen se realiza en el contexto de los compromisos "firmes" de compensación (párrafos 1 a 3).

Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio estipule los derechos y acciones disponibles en caso de incumplimiento del compromiso de compensación, ya que en general el derecho interno no contiene reglas expresamente destinadas al comercio compensatorio (párrafos 4 y 5). Los derechos y acciones que deberán considerarse son los que den lugar a la liberación de una parte del compromiso de compensación (párrafos 6 a 10) o a una compensación pecuniaria, especialmente en forma de cláusula de indemnización pactada o penal (párrafos 11 y 12).

Durante el plazo previsto para el cumplimiento del compromiso de compensación pueden ocurrir hechos de naturaleza jurídica o material que impidan, permanente o temporalmente, que una de las partes comprometidas concierte el contrato de suministro previsto. La parte que incumpla su compromiso de compensación debido a un impedimento de esta clase podrá, conforme a lo previsto en la ley aplicable en el acuerdo de comercio compensatorio, obtener una prórroga para cumplir el compromiso o quedar plenamente liberada del mismo. Los impedimentos que dan lugar a esa exoneración se denominan "impedimentos exonerantes" (párrafo 13).

Muchos ordenamientos nacionales contienen disposiciones relativas a los impedimentos exonerantes, pero lo dispuesto en esas normas tal vez resulte incompatible con las necesidades de una operación determinada, razón por la cual las partes quizá deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula que especifique las consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes (párrafos 14 a 18) y otra en la que se definan dichos impedimentos (párrafos 19 a 34). Cabría también estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que la parte que invoque un impedimento exonerante deberá dar aviso del mismo por escrito a la otra parte (párrafos 35 y 36).

Habida cuenta de que en las operaciones de comercio compensatorio la celebración de un contrato de suministro en una dirección está supeditada a la celebración de un contrato de suministro en la otra, cabe preguntarse si la no celebración o el incumplimiento de un contrato de suministro en una dirección debe repercutir en la obligación de celebrar o de cumplir un contrato de suministro en la otra. Los ordenamientos jurídicos nacionales no acostumburan a dar una respuesta clara a la cuestión de la interdependencia de las

obligaciones en las operaciones de comercio compensatorio. Por consiguiente, para evitar incertidumbres o desacuerdos, las partes podrían incluir en el acuerdo de comercio compensatorio cláusulas que definan el grado de interdependencia de sus respectivas obligaciones (párrafos 37 a 42). Estas cláusulas se ocuparían en particular de las consecuencias para el cumplimiento de la operación de comercio compensatorio de problemas como los siguientes: incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de suministro según lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 43 a 48), resolución de un contrato de suministro (párrafos 49 a 55), incumplimiento de una obligación de pago en un contrato de suministro (párrafos 56 a 60), e incumplimiento de una obligación de entrega de mercancías en un contrato de suministro (párrafo 61).

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo examina los derechos y acciones de que dispondrán las partes ante el incumplimiento del compromiso de compensación (sección B). El capítulo considera además ciertas circunstancias en las que una de las partes quedaría exonerada de responsabilidad por el incumplimiento de ese compromiso (sección C). Otra cuestión que se examina en el presente capítulo es el efecto que tiene el incumplimiento del compromiso de compensación, o el incumplimiento de un contrato de suministro en una dirección, sobre las obligaciones de las partes de celebrar o cumplir contratos de suministro en la otra dirección (sección D). No se examinan los derechos y acciones disponibles en caso de incumplimiento de un contrato de suministro celebrado en virtud del acuerdo de comercio compensatorio, pues esos derechos y acciones, en general, están previstos en la ley aplicable a los contratos y, en consecuencia, no plantean cuestiones propias del comercio compensatorio.

2. El presente capítulo se refiere a los compromisos "firmes" de compensación, es decir, a aquellos compromisos en los que una parte se obliga a concertar efectivamente un contrato de suministro que sea conforme con lo estipulado en el compromiso de compensación. Como se señaló en el párrafo 2 del capítulo III, la Guía Jurídica no se ocupa de los compromisos de compensación que conllevan una obligación de menor alcance (por ejemplo, el llamado compromiso de "intención seria" de negociar o de hacer lo posible ("best efforts"), pero sin dar garantía), en los que el compromiso queda limitado a una obligación de negociar de buena fe, pero sin obligarse a suscribir efectivamente un contrato.

3. El incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones en virtud de la operación de comercio compensatorio puede tener graves repercusiones para la otra parte. Por ejemplo, podría suceder que el eventual proveedor dejara de percibir los fondos en moneda convertible que tenía previsto utilizar para comprar otras mercancías, que el proveedor eventual se viera obstaculizado en su proyecto de introducir las mercancías intercambiables en nuevos mercados, o que el comprador eventual no recibiera las mercancías que debía revender para poder pagar las mercancías enviadas en la otra dirección.

4. Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio estipule los derechos y acciones disponibles en caso de incumplimiento del compromiso de compensación. En general, los ordenamientos jurídicos nacionales no contienen reglas expresamente pensadas para el comercio compensatorio, y es posible que

el régimen general aplicable a las obligaciones contractuales no prevea respuestas satisfactorias cuando se presenten problemas en el cumplimiento del compromiso de compensación. Entre los derechos y acciones que tal vez las partes deseen prever en el acuerdo de comercio compensatorio cabe citar la liberación del compromiso de compensación y la cláusula de indemnización pactada o penal (véanse los párrafos 6 a 12 del presente capítulo). También es conveniente que el acuerdo de comercio compensatorio defina las circunstancias en las que una de las partes quedaría exonerada de toda responsabilidad por el incumplimiento del compromiso de compensación (véanse los párrafos 13 a 36 del presente capítulo).

5. Puede suceder que los derechos y acciones por el incumplimiento del compromiso de compensación, que las partes hayan estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, no resulten adecuados para algunas situaciones. Por consiguiente, aunque una parte esté en su derecho al hacer valer los derechos y acciones estipulados en dicho acuerdo, quizá las partes consideren conveniente negociar una solución en función de los derechos y acciones disponibles, antes de incoar un proceso judicial que los haga valer (véase el examen de la negociación en el capítulo XIV, "Solución de controversias", párrafos 8 a 11).

B. Derechos y acciones

1. Liberación parcial o total del compromiso de compensación

6. Cabe citar diversas circunstancias por las que una parte quedaría liberada de sus obligaciones fundadas en su compromiso de compensación: al pagarse la indemnización pactada o la pena estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio para el supuesto de incumplimiento del compromiso de compensación (véase capítulo X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", párrafo 13 o al extinguirse el compromiso de compensación cuando los pagos por concepto de indemnizaciones pactadas o de penas estipuladas para el supuesto de demora hayan alcanzado el límite acumulativo convenido (véase capítulo X, párrafo 18); cuando una acción u omisión de la otra parte sea la causa del incumplimiento del compromiso (véase el párrafo 7 del presente capítulo); cuando sobrevenga alguna circunstancia que la ley aplicable o el acuerdo de comercio compensatorio haya definido como impedimento exonerante (véanse más adelante los párrafos 13 a 36); al resolverse el contrato de suministro en la otra dirección (véase más adelante el párrafo 49). Esa liberación de una parte de su compromiso no cumplido de compensación podría ser total o solamente parcial. Si la circunstancia que da lugar a la liberación afecta sólo parcialmente al compromiso no cumplido de compensación, la porción restante de ese compromiso seguirá siendo válida.

7. Pudiera suceder que, con arreglo al régimen general aplicable al incumplimiento de una obligación contractual, una de las partes quedara liberada de su compromiso de compensación si la otra parte no hubiera adoptado las medidas requeridas para el cumplimiento de su compromiso. No obstante, las partes tal vez deseen plantear en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión de la liberación del compromiso de compensación a fin de poner en claro en qué circunstancias y en qué medida se habría de dar a una de las partes por liberada de su compromiso. Podrían hacerlo en forma de una

cláusula en la que se estipulara que, si la parte obligada a efectuar un suministro incumple parcial o totalmente su compromiso de poner mercancías a disposición de la otra con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, la parte obligada a comprarlas quedaría liberada en una proporción equivalente, es decir, parcial o totalmente, del compromiso de compensación 1/. De modo semejante, las partes podrían estipular que si la parte obligada a efectuar una compra incumple parcial o totalmente su compromiso de comprar las mercancías que hayan sido puestas a su disposición con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, la parte comprometida a efectuar el suministro de mercancías quedaría liberada de una parte equivalente o de la totalidad de su compromiso de compensación. Cuando las partes así lo convengan, es posible que deseen establecer un requisito de notificación. Ese requisito podría especificar que la parte perjudicada deberá cursar aviso a la parte que incumpla indicando el incumplimiento y comunicándole que la parte perjudicada quedará liberada de sus obligaciones fundadas en el compromiso de compensación en la medida en que no se subsane el incumplimiento en un plazo especificado en el aviso o en el acuerdo de comercio compensatorio. Deberá estipularse un plazo razonable que dé margen para subsanar el incumplimiento. Es posible que las partes deseen estipular que el plazo comenzará a correr a partir de la fecha de entrega del aviso. Tal vez también deseen considerar si sería conveniente estipular que, para que tenga efecto la liberación, la parte que la reclame tendrá que presentar un segundo aviso escrito.

8. En algunas oportunidades, en el acuerdo de comercio compensatorio se fijan subperíodos dentro del plazo de cumplimiento en los que han de cumplirse determinadas partes del compromiso de compensación (para un examen de esos subperíodos, véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 20 a 23). Esos planes de cumplimiento a menudo prevén que la parte comprometida que incumple el compromiso asignado a determinado subperíodo puede trasladar la parte del compromiso no cumplido al subperíodo siguiente, y que la parte que no cumpla debe pagar una indemnización pactada o una pena por las obligaciones no cumplidas que no haya trasladado al siguiente subperíodo. En esos casos, puede disponerse que la parte que incumpla ha de gozar de un plazo adicional, tras la expiración del subperíodo, para subsanar el incumplimiento (véase el párrafo precedente).

9. Debe señalarse que, en algunos ordenamientos internos, la resolución de los contratos por razón de incumplimiento está sujeta a algunos requisitos especiales. Por ejemplo, quizá se requiera la concesión de algún plazo adicional para subsanar el incumplimiento, el haber dado aviso de la intención de resolver el contrato o el haber recabado algún consentimiento judicial.

10. Cabe estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que si la liberación del compromiso resulta de circunstancias no imputables a ninguna de las partes (por ejemplo, de algún impedimento exonerante), cada una de las partes habrá de soportar sus propios gastos y pérdidas.

2. Indemnización monetaria

11. Tal vez sea posible que la parte que haya sufrido la pérdida como consecuencia del incumplimiento del compromiso de compensación reclame, amparándose en el régimen general aplicable al incumplimiento de una obligación contractual, una indemnización por daños y perjuicios a la parte

que no haya cumplido el compromiso. El problema de la responsabilidad por incumplimiento de un compromiso de compensación puede suscitar la cuestión de la responsabilidad precontractual. A menudo no está clara la respuesta que ha de darse a esta cuestión. Ello se debe a que en algunos Estados no se ha previsto o aclarado el régimen de la responsabilidad precontractual; además, el planteamiento de esta cuestión difiere de un ordenamiento jurídico a otro. Otra fuente de incertidumbre es la base sobre la que habrán de cuantificarse los daños y perjuicios. Si no se han definido claramente en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas más importantes del futuro contrato de suministro (en particular el tipo, la calidad y el precio de las mercancías) no habrá información suficiente para calcular los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de la obligación de celebrar ese contrato.

12. Si las partes convienen en que deba darse una indemnización monetaria a la parte agraviada por el incumplimiento del compromiso de compensación, tal vez deseen, a fin de evitar las incertidumbres mencionadas en el párrafo anterior, insertar en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal (véase capítulo X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales").

C. Impedimentos exonerantes

13. Durante el plazo previsto para el cumplimiento del compromiso de compensación, pueden ocurrir hechos que impidan a una de las partes comprometidas concertar el contrato de suministro previsto. Esos impedimentos pueden ser de índole jurídica, como una reforma reglamentaria en el país del comprador o en el país del proveedor que prohíba la importación o exportación de determinado tipo de mercancías. El impedimento también puede ser de carácter físico, como un desastre natural que impida la producción, el transporte o la recepción de las mercancías intercambiadas. Esos impedimentos pueden imposibilitar el cumplimiento del compromiso de compensación en forma permanente o sólo temporal. La parte que incumpla su compromiso de compensación debido a un impedimento podrá, con sujeción a la ley aplicable y a las disposiciones del acuerdo de comercio compensatorio, gozar de un tiempo adicional para cumplirlo o quedar liberada en forma total del mismo y ser exonerada de la obligación de pagar daños y perjuicios. Los impedimentos que dan lugar a esa exoneración se denominan en la Guía Jurídica "impedimentos exonerantes".

14. Muchos ordenamientos nacionales contienen reglas relativas a los impedimentos exonerantes. De sobrevenir algún suceso que impida el cumplimiento del compromiso de compensación y que reúna las características requeridas por la ley aplicable (de que sea, por ejemplo, imprevisible e inevitable), las partes quedarían liberadas de su compromiso a tenor de esas reglas. Pero lo dispuesto en esas reglas tal vez resulte incompatible con las circunstancias y necesidades de una operación de comercio compensatorio internacional o tal vez no distribuyan el riesgo de que sobrevenga algún impedimento exonerante a gusto de las partes. Por lo tanto, puede que las partes deseen incluir en el acuerdo una cláusula de exoneración que defina los impedimentos exonerantes y especifique sus consecuencias jurídicas. Es aconsejable que las partes se cercioren de que se están expresando en términos que, a la luz de la ley aplicable, reflejan fielmente sus intenciones (véase el capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafo 6).

15. En la negociación de la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio relativa a los impedimentos exonerantes, reviste interés para cada una de las partes que se indiquen los tipos de impedimentos exonerantes que podrán afectar la capacidad de esa parte para adoptar las medidas requeridas a fin de cumplir el compromiso de compensación. Por ejemplo, la parte obligada a comprar las mercancías estará interesada en incluir impedimentos tales como restricciones a la importación e impedimentos físicos a la recepción o al uso de las mercancías. La parte comprometida a suministrar las mercancías estará interesada en incluir impedimentos tales como la imposición de restricciones a las mercancías cuya exportación en operaciones de comercio compensatorio está autorizada y otras restricciones a la exportación, así como algunos impedimentos que afecten la posibilidad de producir las mercancías. Cabe observar que, conforme al principio generalmente aceptado de la autonomía contractual, las partes gozan de cierta flexibilidad para convenir cuál de ellas ha de soportar el riesgo de que se produzca determinado tipo de hecho que impida el cumplimiento. En consecuencia, las partes gozarían de autonomía para excluir de la lista de impedimentos exonerantes algunos hechos que estén calificados como impedimentos exonerantes en la ley aplicable, y para incluir otros hechos que no estén así calificados. Debe señalarse, sin embargo, que en algunos ordenamientos nacionales existirán límites imperativos a la autonomía de las partes para renunciar a su derecho a invocar impedimentos exonerantes que hayan sido legalmente reconocidos.

16. La base doctrinal de la noción de exoneración y la terminología utilizada al respecto difieren de un ordenamiento jurídico a otro. En relación con las exoneraciones en el contexto de los contratos de compraventa, esas diferencias han sido conciliadas por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, artículo 79 2/. El criterio adoptado en esa Convención ha procurado tener en cuenta las circunstancias particulares y las necesidades del comercio internacional. Las partes quizá estimen que ese criterio puede servir de orientación para formular una cláusula de exoneración en el acuerdo de comercio compensatorio. El análisis que contiene el presente capítulo de las consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes y la definición de éstos se basan en el criterio adoptado en esa Convención.

1. Consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes

17. Puede que las partes deseen estipular que en el caso de que el cumplimiento del compromiso de compensación se vea imposibilitado por impedimentos exonerantes cuya duración no exceda de determinado plazo (por ejemplo, seis meses), el plazo para el cumplimiento se prorrogará por un período equivalente a la duración del impedimento. La finalidad de esa disposición será asegurar que los impedimentos de una duración limitada no liberen a las partes del compromiso de compensación. Tal vez las partes deseen estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que, si el impedimento exonerante invocado por una de ellas dura más de un período determinado, la otra podrá exigir que se la libere del compromiso de compensación, o bien que cualquiera de ellas podrá exigir la liberación. Es posible que deseen incluir en esa estipulación la obligación de iniciar negociaciones encaminadas a modificar el acuerdo de comercio compensatorio a fin de mantener el compromiso de compensación.

18. Como se indicó en el capítulo X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", párrafo 8, a fin de disipar dudas, las partes pueden estipular expresamente que aquella que incumpla el compromiso de compensación debido a un impedimento exonerante quedará eximida del pago de la indemnización pactada o de la pena, o de cualquier indemnización por daños y perjuicios pagadera a tenor de la ley aplicable.

2. Definición de los impedimentos exonerantes

19. Si bien es cierto que en algunos ordenamientos nacionales se ha dado una definición legal de los impedimentos exonerantes, es posible que las partes, por alguna de las razones señaladas anteriormente en los párrafos 14 y 15, deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una definición de los impedimentos exonerantes. Tal vez las partes deseen adoptar una de las soluciones siguientes: a) limitarse a dar una definición general de los impedimentos exonerantes; b) combinar una definición general con una lista de impedimentos exonerantes; c) limitarse a enunciar una lista taxativa de impedimentos exonerantes.

a) Definición general

20. La definición general de los impedimentos exonerantes permitiría a las partes asegurarse de que todo hecho que reúna las características enunciadas en la definición se considerará como impedimento exonerante. La finalidad de una definición general también es excluir aquellos hechos que no reúnan las características indicadas. Esta solución evitaría la necesidad de confeccionar una lista de impedimentos exonerantes, así como el riesgo de omitir de la lista hechos que las partes hubieran calificado de impedimentos exonerantes. Ahora bien, en algunos casos, puede que resulte difícil determinar si un hecho dado está comprendido o no en la definición general.

21. Puede que las partes deseen aclarar en la definición que el impedimento físico o jurídico ha de imposibilitar el cumplimiento (véanse anteriormente los párrafos 13 y 14), y no, por ejemplo, hacerlo meramente dificultoso o más oneroso. No obstante, cabe observar que es posible que por un cambio en las circunstancias el cumplimiento del compromiso de compensación, si bien físicamente posible, resulte excesivamente costoso, mucho más de lo que la parte pudo haber previsto que tendría que soportar. Un cambio tan extremo de las circunstancias podría ser considerado a tenor de la ley aplicable como impedimento exonerante. Además, puede que las partes deseen estipular que el impedimento debe ser ajeno a la voluntad de la parte que incumpla el compromiso y que no se pueda razonablemente esperar que esa parte hubiese tenido en cuenta el impedimento en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, o que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias (texto inspirado en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) 3/.

22. Las cláusulas contractuales sobre impedimentos exonerantes algunas veces se limitan a enumerar los impedimentos exonerantes y a indicar que otros hechos análogos también se calificarán de impedimentos exonerantes. En esas cláusulas, los hechos enumerados sirven como indicación para considerar o no como impedimento exonerante un hecho que no ha sido incluido en la lista. No obstante, es probable que la incorporación de una definición general en la cláusula reduzca la incertidumbre en cuanto a si un hecho no incluido en la lista deba considerarse o no como un impedimento exonerante.

b) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes

23. Una definición general de impedimentos exonerantes podría ir seguida de una lista ilustrativa o de una lista taxativa de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes 4/. Esta solución combinaría la flexibilidad que brinda una definición general con la certidumbre dimanada de la especificación de los impedimentos exonerantes.

i) Definición general seguida de una lista de carácter ilustrativo

24. A fin de aclarar el alcance de la definición general cabría escoger una lista ilustrativa de impedimentos exonerantes. Semejante solución permitiría que se brindara orientación con respecto al alcance que se desea que tenga la definición general y aseguraría que los hechos enunciados en la lista se calificarán de impedimentos exonerantes siempre que satisfagan los criterios enunciados en la definición general.

ii) Definición general seguida de una lista taxativa

25. Una definición general de los impedimentos exonerantes podrá ir acompañada de una lista taxativa de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes siempre que, en el caso considerado, satisfagan los criterios enunciados en la definición. Puede no ser aconsejable una lista taxativa, salvo que las partes estén seguras de que pueden prever y enumerar todos los hechos que desean calificar de impedimento exonerante.

iii) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes, estén o no comprendidos en la definición

26. Una definición general de los impedimentos exonerantes podría ir seguida por una lista de hechos que se califiquen de impedimentos exonerantes estén o no comprendidos en la definición general. Este método puede ser útil cuando las partes opten por una definición general estricta de los impedimentos exonerantes, pero deseen que ciertos hechos no comprendidos en el ámbito de esa definición se consideren impedimentos exonerantes. Como estos hechos constituirán impedimentos exonerantes independientemente de la definición general, las observaciones formuladas en el párrafo 27 del presente capítulo relativas a las salvaguardias que pueden adoptarse cuando se incluya una lista de impedimentos exonerantes sin una definición general, también son aplicables en este caso.

c) Lista taxativa de impedimentos exonerantes sin una definición general

27. Es posible que una cláusula de exoneración sencillamente consigne una lista taxativa de los hechos que habrán de considerarse impedimentos exonerantes, sin una definición general. Este enfoque tiene el inconveniente de no indicar los criterios generales que los hechos enumerados deben satisfacer para que se les califique de impedimentos exonerantes. Como no se indican esos requisitos, sería recomendable que las partes describiesen con la mayor precisión posible los impedimentos exonerantes enumerados en la lista. La ventaja de esa precisión es la certidumbre en cuanto a la distribución del riesgo entre las partes.

d) Posibles impedimentos exonerantes

28. Si las partes consignan en la cláusula de exoneración una lista de los hechos que han de calificarse como impedimentos exonerantes, con una definición general o sin ella, quizá deseen considerar la conveniencia de incluir hechos tales como el incendio, las explosiones y el embargo comercial. Además, es posible que las partes deseen limitar el alcance de los hechos enumerados en el presente capítulo.

29. Desastres naturales. Los desastres naturales como tormentas, ciclones, inundaciones o tempestades de arena pueden ser condiciones normales en una determinada época del año en el lugar de que se trate. En esos casos, el acuerdo de comercio compensatorio podría impedir a una de las partes que los invoque como impedimentos exonerantes cuando fueran previsibles y se podrían haber adoptado medidas eficaces para contrarrestarlos (véase el párrafo 21 del presente capítulo).

30. La guerra (declarada o no), otras actividades militares o trastornos civiles. Puede resultar difícil determinar cuándo podrá considerarse que una guerra, otras actividades militares o trastornos civiles están impidiendo el cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, puede haber hostilidades en el país de una de las partes pero, si esa parte prosigue sus actividades comerciales, es posible que las hostilidades en realidad no le impidan cumplir el compromiso de compensación. Si el acuerdo de comercio compensatorio no contiene una definición general de los impedimentos exonerantes, tal vez convenga estipular lo más claramente posible cuándo se considerará que una guerra, otras actividades militares o trastornos civiles impiden el cumplimiento del compromiso de compensación.

31. Huelgas, boicoteos, huelgas de celo y ocupación de fábricas o locales por parte de los trabajadores. Tal vez las partes deseen examinar si, y en qué medida, estos hechos han de considerarse como impedimentos exonerantes. Por un lado, estos hechos podrían en sentido propio impedir a una de las partes el cumplimiento de su compromiso. Por otro, las partes podrán estimar que no conviene que una de ellas quede exonerada de las consecuencias del incumplimiento del compromiso cuando el incumplimiento dimana de la conducta de sus propios empleados. Además, puede ser difícil determinar si las huelgas de empleados u otros conflictos laborales son o no evitables por una de las partes, así como las medidas que cabría razonablemente esperar que esa parte adoptara para evitarlos o poner fin a la huelga o conflicto (por ejemplo, accediendo a las peticiones de los huelguistas).

32. Escasez de materias primas necesarias para la producción. Tal vez las partes deseen estudiar si esto ha de considerarse como un impedimento exonerante. Podrían, por ejemplo, estipular que una de ellas está obligada a adquirir a tiempo las materias primas y de esa manera, impedirle que haga valer una exoneración si no lo hace. En algunos casos, es posible que la parte no reciba las materias primas a tiempo debido a un retraso de su proveedor. Convendría, por ello, que esa parte se asegurara en el contrato con su proveedor que podrá reclamarle daños y perjuicios de no suministrar éste a tiempo las materias primas.

e) Exclusión de algunos impedimentos

33. Cualquiera sea el enfoque adoptado para definir los impedimentos exonerantes, es posible que las partes deseen aclarar todavía más el alcance de la cláusula de exoneración excluyendo expresamente algunos hechos. Por ejemplo, quizá deseen considerar la posibilidad de excluir de los impedimentos exonerantes los hechos que ocurran después de algún incumplimiento del compromiso por una de ellas y que, de no haber mediado ese incumplimiento, no habrían imposibilitado a dicha parte cumplir sus obligaciones.

34. Puede que las partes deseen examinar si determinados actos de un Estado o de órganos de un Estado han de considerarse como impedimentos exonerantes. Posiblemente se exija a una de ellas que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para celebrar el contrato de suministro. El acuerdo de comercio compensatorio prodría disponer que si un órgano estatal deniega la licencia o aprobación, o si la otorga pero más tarde la revoca, la parte obligada a obtenerla no podrá invocar la denegación o la revocación como impedimento exonerante. Las partes podrían considerar equitativo que las consecuencias de no haberse obtenido una licencia o aprobación corran por cuenta de aquella que tenía el deber de obtenerla, pues esa parte contrajo el compromiso de compensación a sabiendas de la necesidad de obtener la licencia o la aprobación y de la posibilidad de que se le negara. Además, podría ser difícil a la otra parte determinar si las medidas adoptadas para obtener la licencia o aprobación fueron razonables (véase el párrafo 21 del presente capítulo). Las partes tal vez deseen estipular cuáles serían las circunstancias en las que una parte que esté obligada a obtener una licencia pueda quedar exonerada de hacerlo si prueba que la licencia fue denegada o retirada por un motivo que no le sea imputable (por ejemplo, si estaba ya concertado el acuerdo de comercio compensatorio cuando las autoridades competentes impusieron la obligación de obtener la licencia o modificaron su política en materia de concesión o retirada de licencias).

3. Notificación de los impedimentos

35. Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio estipule claramente que la parte que invoque un impedimento exonerante deberá notificar por escrito el impedimento a la otra parte, sin retraso indebido, una vez que conozca la existencia del impedimento. Esta notificación podría facilitar a la otra parte la adopción de medidas para mitigar las pérdidas causadas. En muchos países existe esa obligación de dar aviso y de mitigar las pérdidas fundada en los principios generales del derecho de los contratos. Se podría exigir que la notificación especifique los detalles del impedimento, así como la manera en que el cumplimiento de la parte se ha visto impedido, o de que es probable que resulte impedido, y, de ser posible, que indique la duración prevista del mismo. Podría también exigirse a la parte que invoca el impedimento exonerante que mantenga a la otra parte informada de todas las circunstancias que podrían ser pertinentes para una evaluación del impedimento y de sus efectos, así como que notifique a la otra parte la cesación del impedimento. Podría disponerse que la parte que omita notificar oportunamente a la otra el impedimento exonerante perderá su derecho a invocarlo. O bien, que cuando una de las partes no curse oportunamente la notificación requerida no perderá el derecho a invocar la cláusula, pero tendrá la obligación de indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes de su incumplimiento. El acuerdo podría también exigir que el impedimento de que se trate sea verificado, por ejemplo, por una autoridad pública, un notario público, un consulado o una cámara de comercio del país en que ocurra el impedimento.

36. Además, puede que las partes deseen estipular que al notificarse el impedimento exonerante, han de celebrar una reunión y considerar conjuntamente las medidas que cabe tomar para contrarrestar o limitar los efectos del impedimento y evitar o mitigar cualquier pérdida causada por éste. Entre estas medidas podría figurar la renegociación del acuerdo de comercio compensatorio (véase el párrafo 17 del presente capítulo).

D. Efectos para la operación de comercio compensatorio de la falta de celebración o del incumplimiento de un contrato de suministro

37. Una característica que tiene la operación de comercio compensatorio es el vínculo entre los suministros de mercancías en ambas direcciones, pues la celebración del contrato para el suministro de mercancías en una dirección está subordinada a la celebración del contrato para el suministro de mercancías en la otra dirección (véase el capítulo I, "Ambito de aplicación y terminología de la Guía Jurídica", párrafo 1). Habida cuenta de esta vinculación, podría plantearse si la falta de celebración del contrato de suministro, o el incumplimiento de un contrato de suministro existente en una dirección, debería repercutir en la obligación de celebrar un contrato de suministro, o de cumplir un contrato de suministro existente, en la otra dirección. Por ejemplo, si en una compra compensatoria, se resuelve el contrato de exportación, puede plantearse si el exportador (contraimportador) quedaría liberado de su obligación de comprar mercancías estipuladas en el compromiso de compensación. Asimismo, si en una compra compensatoria, el exportador no adopta las medidas necesarias para cumplir el compromiso de compensación, puede plantearse si el importador (contraexportador) estará facultado a suspender el pago debido en virtud del contrato de exportación o a resolver dicho contrato.

38. En las operaciones de comercio compensatorio con más de dos partes pueden surgir también cuestiones de interdependencia. En una operación tripartita, en la que, a título de ejemplo, intervengan un exportador, un importador que sea también el contraexportador, y un tercero comprador, podría plantearse la cuestión de si el incumplimiento por un tercero de su obligación de comprar las mercancías daría derecho al importador a aplazar el pago de las mercancías que haya comprado del exportador. En una operación de comercio compensatorio cuatripartita podría, por ejemplo, plantearse la cuestión de si el incumplimiento de la obligación de concertar o de dar curso a un contrato de suministro entre dos de las partes daría derecho a una de las partes en un contrato de suministro en sentido contrario a aplazar su cumplimiento o a resolverlo. (En la sección D del capítulo VII se describe el comercio compensatorio entre más de dos partes; en la sección F del capítulo VIII puede verse el examen de los mecanismos de pago vinculado en el comercio compensatorio entre más de dos partes.) Las consideraciones que se hacen en la presente sección D son aplicables por igual a las operaciones de comercio compensatorio entre dos partes y entre más de dos partes.

39. Si bien es aconsejable, como se examina más adelante, insertar cláusulas en el acuerdo de comercio compensatorio que determinen el grado de interdependencia de las obligaciones, sería también aconsejable que, cuando surja algún problema relativo a la obligación de completar la operación, las partes procuren encontrar una solución negociada. La negociación de alguna modificación de la operación de comercio compensatorio es a menudo preferible al aplazamiento o a la resolución del compromiso de compensación o de un contrato de suministro.

40. En muchos ordenamientos nacionales el régimen general de los contratos contiene reglas que dan una respuesta al problema de la interdependencia de las obligaciones estipuladas en un mismo contrato. El principio general que suele expresarse en ese régimen es que el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones contractuales facultaría a la otra parte a no cumplir sus obligaciones nacidas de ese contrato, y que en algunas circunstancias, la facultaría incluso a resolver el contrato. Generalmente el incumplimiento de las propias obligaciones contractuales y la resolución del contrato no están autorizados cuando el incumplimiento de la otra parte no reviste suficiente gravedad. Los ordenamientos jurídicos nacionales normalmente no prevén una respuesta concreta a la cuestión de la interdependencia de las obligaciones inherentes a los distintos tipos de operaciones de comercio compensatorio ni aclaran hasta qué punto los principios generales del derecho aplicables a los contratos, que se acaban de mencionar, serían aplicables a una operación de comercio compensatorio.

41. Se dice, a menudo, que la estructura contractual particular de la operación de comercio compensatorio juega un papel importante en la determinación de la interdependencia de las obligaciones en ese tipo de operaciones. Cuando las cláusulas contractuales relativas al compromiso de compensación o a los contratos de suministro en ambas direcciones han sido incorporadas en un solo contrato, se estima en general que es más probable que las obligaciones recíprocas sean consideradas como interdependientes (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 10, 17 y 18). Pero cuando se utilizan contratos separados, se ha sugerido que es más probable que con arreglo a muchos ordenamientos nacionales las dos series de obligaciones sean consideradas como independientes, salvo en la medida en que alguna cláusula de esos contratos estableciera alguna interdependencia (esta estructuración contractual por medio de contratos separados se examina en los párrafos 11 a 23 del capítulo II). En sentido contrario, se ha sugerido que aun cuando se utilicen contratos separados cabría considerar que las obligaciones fundadas en una operación de comercio compensatorio son interdependientes por razón de que esas obligaciones aun cuando hayan nacido de contratos separados están comercialmente interrelacionadas, por lo que forman parte integrante de una única operación.

42. Como hay poca jurisprudencia, tanto judicial como arbitral, en materia de interdependencia de las obligaciones en las operaciones de comercio compensatorio, es difícil descubrir tendencias claras en esa jurisprudencia. Puede decirse, en general, que el grado de interdependencia dependerá de las circunstancias y de las cláusulas contractuales de cada operación. A fin de evitar discrepancias acerca del grado de interdependencia de las obligaciones, las partes tal vez deseen estipular expresamente en el acuerdo de comercio compensatorio si una parte estará o no facultada a denegar el cumplimiento de su obligación de suministrar mercancías en una dirección alegando que la otra parte ha incumplido su obligación de suministrar mercancías en la otra dirección. Esas cláusulas podrían resolver, en particular, los siguientes problemas en cuanto al cumplimiento de la operación de comercio compensatorio: la no celebración de un contrato de suministro previsto en el acuerdo de comercio compensatorio; la resolución de un contrato de suministro; el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de suministro; y el incumplimiento de la obligación de entrega de mercancías en un contrato de suministro.

1. Incumplimiento de la obligación de celebrar un contrato de suministro

43. En las operaciones en las que las partes celebran antes el contrato de suministro en una dirección (contrato de exportación) y dejan la celebración del contrato de suministro en la otra dirección (contrato de contraexportación) para una etapa ulterior (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 13 a 19), es posible que deseen considerar la cuestión de si a raíz de que el exportador (contraimportador) no adopte una medida necesaria para cumplir el compromiso de compensación, el importador estará facultado a suspender el pago por las mercancías importadas, o incluso, a resolver el contrato de exportación. Esa interdependencia puede ser considerada favorablemente por un importador cuya posibilidad de cumplir las obligaciones de pago en virtud del contrato de exportación dependa de las ganancias que obtenga con el contrato de contraexportación que ha de celebrar en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio.

44. Al considerar si establecerán o no esa interdependencia entre el compromiso de compensación y el contrato de exportación, puede que las partes deseen tener en cuenta la cuantía de la pérdida que sufriría el contraexportador a raíz del incumplimiento del compromiso de compensación comparada con la cuantía de la pérdida que sufriría el exportador a raíz de la suspensión del pago previsto en el contrato de exportación, o de la resolución de dicho contrato. Tal vez no sea conveniente permitir que un problema que se plantee en relación con el cumplimiento del compromiso de compensación trastorne el cumplimiento del contrato de exportación. Las partes pueden evaluar esta situación cuando el precio que haya de pagarse en virtud del contrato de exportación, o la posible pérdida derivada de la resolución del contrato de exportación, sea considerablemente más elevado que la pérdida que entrañaría el incumplimiento por parte del contraimportador del compromiso de compensación. Además, tal vez la interdependencia no convenga si existe la posibilidad de que las partes discrepen con respecto a la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de celebrar un contrato de suministro. La posibilidad de que se suspenda el pago en virtud del contrato de exportación hasta que se resuelva esa divergencia podría introducir un grado inaceptable de incertidumbre en la operación. Además, ante el riesgo de que se rehúse el pago del contrato de exportación si se presenta un problema en el cumplimiento del compromiso de compensación, podría resultar difícil al exportador encontrar una institución financiera dispuesta a financiar la exportación o a asegurar el riesgo de la falta de pago. La institución financiera puede mostrarse reacia porque la dificultad que podría enfrentar el exportador para cumplir el compromiso de compensación puede ser una circunstancia extraña al contrato de exportación y, por consiguiente, la resultaría difícil evaluarla. Por las razones que se examinan en los párrafos 40 a 42 del presente capítulo, tal vez las partes deseen expresar en el acuerdo de compensación esa independencia del contrato de exportación del cumplimiento del compromiso de compensación 5/.

45. No obstante, a fin de proteger los intereses del contraexportador, tal vez convenga prever en el acuerdo de comercio compensatorio una indemnización por la pérdida prevista como consecuencia del incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de contraexportación. Podría establecerse la obligación de pagar esa indemnización incorporando una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal al acuerdo de comercio

compensatorio (véanse los párrafos 11 y 12 del presente capítulo, así como el capítulo X, "Cláusulas de indemnización pactada y penales", y el capítulo XI, "Garantías de cumplimiento"). Además, en el acuerdo de comercio compensatorio se puede reconocer al contraexportador el derecho a deducir de los pagos adeudados en virtud del contrato de exportación el importe de la indemnización pactada o de la pena exigible por el incumplimiento del compromiso de compensación (véanse el capítulo VIII "Pago", párrafos 12 y 62, y el capítulo XI "Cláusulas de indemnización pactada y penales", párrafo 26).

46. En aquellas operaciones en las que el acuerdo de comercio compensatorio se celebra antes de la concertación de los contratos de suministro en cualquiera de las dos direcciones (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 20 y 21), es posible que las partes no consideren útil que una de ellas esté facultada a suspender el cumplimiento del contrato de suministro en una dirección, o a resolverlo, como respuesta al incumplimiento de la otra parte de adoptar las medidas necesarias para celebrar un contrato de suministro en la otra dirección. En esas operaciones, el acuerdo de comercio compensatorio suele prever la celebración de una serie de contratos de suministro en ambas direcciones. Subordinar el cumplimiento de los contratos que hayan sido celebrados en una dirección a la celebración de contratos en la otra dirección podría trastornar en lugar de estimular la ejecución regular de la operación de comercio compensatorio. En consecuencia, por los motivos que se examinan en los párrafos 40 a 42 del presente capítulo, tal vez las partes deseen indicar expresamente en el acuerdo de comercio compensatorio que las obligaciones en virtud de los contratos de suministro en una dirección serán independientes del cumplimiento del compromiso de compensación en la otra dirección.

47. En algunos casos, el acuerdo de comercio compensatorio puede prever que el incumplimiento por una de las partes del compromiso de celebrar contratos de suministro en una dirección, en la cuantía requerida, facultará a la otra parte a suspender la celebración de contratos, o a suspender el envío de mercancías, en la otra dirección. Ese enfoque podría utilizarse especialmente cuando se convenga que durante el curso de la operación de comercio compensatorio, el valor de las mercancías suministradas en una dirección no debe exceder del valor de las mercancías suministradas en la otra dirección en una determinada suma o porcentaje. Ese enfoque podría convenirse cuando las partes estipularan que sus obligaciones recíprocas de pago resultantes de los contratos de suministro en ambas direcciones han de compensarse, y que el saldo pendiente del valor de las mercancías enviadas en ambas direcciones no debe superar un límite convenido (véase el capítulo VIII "Pago", párrafos 38 a 57, en particular, el párrafo 53). A fin de supervisar el nivel de intercambio entre las partes y especificar aquellas situaciones en las que una de ellas está facultada a suspender la celebración de contratos o los suministros de mercancías, las partes podrían convenir en que dejarán constancia de los suministros recíprocos de mercancías en una "cuenta probatoria" (véase el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 68 a 74).

48. Aunque el acuerdo de comercio compensatorio prevea que el compromiso de compensación en una dirección no debe afectar a las obligaciones contraídas en virtud de los contratos de suministro celebrados en la otra dirección, podrá establecer sanciones por el incumplimiento del compromiso de compensación. Por ejemplo, en las operaciones en que han de compensarse reclamaciones de

pago recíprocas por los suministros de mercancías en ambas direcciones, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que la parte que reciba más mercancías de las que envíe ha de liquidar el saldo pendiente mediante el pago en efectivo o mediante el envío de más mercancías (véase el capítulo VIII "Pago", párrafos 53 a 56). Cuando las mercancías suministradas en ambas direcciones han de ser pagadas en forma independiente, el acuerdo de comercio compensatorio puede contener una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal, o bien, prever la emisión de una garantía bancaria o de una carta de crédito contingente que cubra el incumplimiento del compromiso de compensación (véase el capítulo X "Cláusulas de indemnización pactada y penales", y el capítulo XI, "Garantías de cumplimiento").

2. Resolución del contrato de suministro

49. Un contrato de suministro puede resolverse, por ejemplo, como consecuencia del incumplimiento del contrato por una de las partes o de un impedimento exonerante. Por los motivos que se examinan en los párrafos 40 a 42 del presente capítulo, es posible que las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio si la resolución del contrato de suministro en una dirección ha de afectar las obligaciones de las partes de celebrar un futuro contrato de suministro en la otra dirección, o de cumplir un contrato de suministro ya celebrado en la otra dirección. Pueden considerarse varias soluciones:

a) No permitir que la resolución del contrato de suministro en una dirección afecte al compromiso de concertar un contrato de suministro en la otra dirección, o cualesquiera obligaciones emanadas de un contrato de suministro existente en la otra dirección;

b) Prever que la resolución del contrato de suministro en una dirección liberará a las partes del compromiso de compensación que estipule la celebración de un contrato de suministro en la otra dirección, pero que, si este último ya se hubiese celebrado no ha de ser afectado;

c) Disponer que la resolución del contrato de suministro en una dirección ha de dar por resultado la liberación del compromiso de celebrar un contrato de suministro en la otra dirección, así como la resolución de cualquier contrato de suministro existente en la otra dirección, salvo que ya se hubieren adoptado medidas concretas para el cumplimiento del contrato de suministro existente (por ejemplo, si se hubiesen preparado mercancías para el envío o ya se hubiesen enviado).

50. La solución prevista en el punto a) puede resultar conveniente en aquellas operaciones donde el acuerdo de comercio compensatorio prevea la celebración de una serie de contratos de suministro en ambas direcciones 6/. En la compra compensatoria y en las ventas con pacto de compra de productos, también puede resultar apropiado prever que la resolución de determinado contrato de contraexportación no debe afectar al contrato de exportación. En estos casos, las partes podrían celebrar un contrato de suministro que sustituyere al contrato de suministro resuelto (véase el párrafo 55 del presente capítulo). Debido a esta posibilidad, así como a la de ejercitar las acciones derivadas del contrato de suministro resuelto, es posible que las partes no deseen que la resolución de determinado contrato de suministro en una dirección afecte a la celebración o al cumplimiento de los contratos en la

otra dirección. Además, la posibilidad de que la resolución del contrato de contraexportación afecte al contrato de exportación pudiera hacer que resultara imposible al exportador negociar un seguro de cobertura del riesgo de un impago del contrato de exportación. La imposibilidad de asegurar ese riesgo pudiera, a su vez, ser motivo de que al exportador le resulte difícil o imposible obtener los recursos financieros que necesite para el contrato de exportación (véase capítulo II, sección C).

51. En cuanto a los posibles efectos de la resolución del contrato de exportación para una compra compensatoria, para una venta con pacto de compra o para una compensación industrial indirecta, es posible que el importador (contraexportador) prefiera la solución indicada bajo el punto a). Generalmente un objetivo importante que tiene el importador para dedicarse al comercio compensatorio es encontrar una salida para sus mercancías, y la necesidad de encontrar esa salida no disminuye por la resolución del contrato de exportación. También esta solución puede ser preferida por un tercero comprador contratado por el exportador para cumplir el compromiso de compensación contraído por este último; el tercero comprador estará interesado en que el compromiso de compensación mantenga su validez a fin de poder ganar la retribución convenida con el exportador o de recuperar los gastos incurridos con miras a la compra y la reventa de las mercancías intercambiadas (véase el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafo 35). Es probable que el exportador (contraimportador), en cambio, sea partidario de la solución b), sobre todo si no espera obtener ninguna ganancia con la compra y la reventa de las mercancías intercambiadas. En estos tipos de operaciones, el exportador suele asumir un compromiso de compensación a fin de poder exportar sus propias mercancías y, en consecuencia, no deseará quedar sujeto al compromiso de compensación cuando se haya resuelto el contrato de exportación, pero, al mismo tiempo, tampoco deseará resolver los contratos de contraexportación existentes. En las operaciones de compensación industrial indirecta hay un motivo adicional para adoptar la solución prevista en el punto b), a saber, que el exportador (contraimportador) celebra contratos de contraimportación con terceros proveedores, y no sería conveniente que se resolvieran esos contratos por circunstancias que no incumban a esos terceros.

52. Puede plantearse si, a pesar de quedar liberada del compromiso de compensación, de conformidad con la solución prevista en b), la parte inicialmente obligada a efectuar la compra, el tercero comprador contratado por el exportador (contraimportador) seguirá teniendo derecho a recibir una retribución del exportador (contraimportador) por las compras efectuadas al contraexportador después de la liberación. Como se examinó en el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafo 35, es conveniente que las partes prevean expresamente una respuesta a esta cuestión en el acuerdo de comercio compensatorio.

53. Podría adoptarse la solución prevista en c) cuando las partes consideraran que la operación de comercio compensatorio no puede proceder si se ha resuelto el contrato de suministro en una dirección. Sería ése el caso, por ejemplo, cuando las partes convienen en vincular sus obligaciones de pago de manera que la suma abonada por el contrato de suministro en una dirección se utilice para pagar el contrato de suministro en la otra dirección (capítulo VIII, "Pago"), o cuando, como en una compensación industrial directa, las mercancías suministradas por una de las partes se han de

incorporar a las mercancías que han de suministrarse en la otra dirección. La solución prevista en el punto c) también convendría en las ventas con pacto de compra de productos, donde la posibilidad de cumplir el compromiso de compensación dependerá del cumplimiento del contrato de exportación.

54. Si se opta por las soluciones previstas en b) o c), es posible que las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio que, en el caso de que se resuelva el contrato de exportación, una de ellas quedará liberada de sus obligaciones en virtud del compromiso de compensación o de un contrato de contraexportación existente solamente si no hubiese sido responsable de esa resolución. El acuerdo de comercio compensatorio puede también estipular que cuando una de las partes sea responsable de la resolución del contrato de exportación (por ejemplo, por haber entregado mercancías defectuosas, por no haber obtenido la aprobación administrativa del contrato, o por no haber obtenido la carta de crédito), la otra parte podría, en ciertas circunstancias, optar bien por mantener en vigor el compromiso de compensación o el contrato de contraexportación, o bien por quedar liberada de sus obligaciones en virtud de los mismos.

55. Los párrafos 49 a 54 del presente capítulo, contemplan la cuestión de si la resolución de un contrato de suministro en una dirección ha de afectar las obligaciones de las partes de celebrar o cumplir un contrato de suministro en la otra dirección. Tal vez las partes también deseen considerar si la resolución de un contrato de suministro en determinada dirección las obligaría a celebrar un contrato de suministro sustitutivo en la misma dirección. La obligación de celebrar un contrato de suministro sustitutivo puede considerarse adecuada o incluso necesaria, por ejemplo, cuando el acuerdo de comercio compensatorio prevea la celebración de múltiples contratos de suministro, cuando exista una operación de pagos vinculados de la que el contrato ausente sea un componente esencial, o cuando el acuerdo de comercio compensatorio enumere distintos tipos de mercancías intercambiables.

3. Incumplimiento de la obligación de pago

56. En muchas operaciones de comercio compensatorio, se conviene en que el pago del contrato de suministro en una dirección ha de efectuarse con independencia del pago del contrato de suministro en la otra. Por ejemplo, si en una compra compensatoria o en una venta con pacto de compra, el importador retrasara sus pagos al exportador, el exportador (contraimportador) no estaría facultado a retener el pago del contrato de contraimportación ni a compensar su derecho al pago del contrato de exportación con su obligación de pago del contrato de contraimportación. Asimismo, si el contraimportador demora el pago al contraexportador, el contraexportador (importador) no estaría facultado a retener el pago del contrato de exportación ni a compensar los pagos debidos en ambas direcciones. Conviene que se deje constancia en el acuerdo de comercio compensatorio de ese acuerdo sobre la independencia de las obligaciones de pago.

57. No obstante, puede convenirse en que, si el proveedor no ha recibido el pago por las mercancías entregadas en una dirección, estará facultado a retener el pago por las mercancías entregadas en la otra dirección hasta el importe de la reclamación pendiente, o a compensar las reclamaciones de pago recíprocas.

58. La ventaja de la independencia de las obligaciones de pago es que de esa manera el riesgo de la falta de pago de un contrato de suministro en una dirección no resulta mayor porque se haga depender la obligación de pago de ese contrato del cumplimiento efectivo del contrato de suministro en la otra dirección. Con ese criterio, puede resultar más fácil obtener la financiación para un contrato de suministro, porque la institución pertinente, al evaluar el riesgo de la falta de pago, no tendrá que tener en cuenta circunstancias ajenas al contrato de suministro que ha de financiar (véase también el párrafo 44 del presente capítulo).

59. La ventaja de que las obligaciones de pago sean interdependientes es la garantía que ofrece a la parte que no recibe el pago por las mercancías que ha suministrado. Si esa parte retiene el pago o compensa las reclamaciones de pago en virtud de los contratos de suministro en ambas direcciones, el resultado sería similar al de un método de pago vinculado, que se examina en el capítulo VIII "Pago" (esto es, retención de fondos, bloqueo de fondos o compensación de las reclamaciones de pago recíprocas). La diferencia es que en el caso examinado en esta sección, la retención del pago, o la compensación de las reclamaciones, constituye un derecho de reserva que se reconoce a la parte que no recibe el pago, mientras que en los métodos de pago vinculado que se examinan en el capítulo VIII, el procedimiento de pago previsto es la vinculación de los pagos.

60. Cuando se decide de común acuerdo que la parte está facultada a retener el pago o a compensar las obligaciones de pago recíprocas, en algunas ocasiones también se estipula que la parte que entregue antes las mercancías (exportador) estará facultada a tomar posesión de las mercancías que han de ser entregadas por la otra parte (importador). Al tomar posesión de las mercancías, el exportador que sea el acreedor de la obligación de pago pendiente, obtiene un contravalor y hace nacer una obligación de pago que podrá compensarse con la obligación de pago pendiente. Esa estipulación es posible en los casos en que el acuerdo de comercio compensatorio especifique las mercancías que han de ser contraexportadas. Para aplicar ese criterio, es aconsejable identificar claramente las mercancías y su ubicación, y considerar la posibilidad de adoptar medidas adicionales, como otorgar al exportador una garantía real sobre esas mercancías y reconocerle expresamente el derecho a reclamar su posesión. Otra medida que podrían adoptar las partes en el acuerdo de comercio compensatorio sería convenir en que el contraexportador ha de depositar las mercancías en poder de un tercero y prever que se pondrán a disposición del contraimportador cuando se den determinadas condiciones.

4. Incumplimiento de la obligación de entregar mercancías

61. Puede que las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio las consecuencias que tendrá para la operación de comercio compensatorio la falta de entrega, el retraso en la entrega, o la entrega de mercancías no conformes en el contrato de suministro en una dirección. Para los problemas de entrega en el marco de la resolución de un contrato de suministro en una dirección, tal vez las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio, como se examinó en los párrafos 49 a 55 del presente capítulo, si la resolución ha de afectar las obligaciones de las partes con respecto a la celebración o al cumplimiento de los contratos de suministro en la otra dirección. Para los problemas de entrega en el marco de un contrato de suministro en una dirección que no den lugar a la resolución de

ese contrato de suministro, las partes tal vez deseen, por las razones que se explican en los párrafos 40 a 42 del presente capítulo, prever expresamente en el acuerdo de comercio compensatorio que no habrá ninguna consecuencia para las obligaciones de las partes con respecto a la celebración o al cumplimiento de los contratos de suministro en la otra dirección. Esa independencia de las obligaciones con respecto a los envíos en ambas direcciones tal vez no resulte apropiada en las ventas con pacto de compra de productos, donde la contraexportación de las mercancías depende de la correcta ejecución del contrato de exportación.

Notas

1/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 7 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte comprometida a comprar y la "compañía X" la proveedora, la cláusula podría redactarse como sigue:

"Si la compañía X no acepta un pedido presentado por la compañía Y de conformidad con el presente acuerdo de comercio compensatorio [o un pedido presentado por un tercero comprador designado por la compañía Y de conformidad con el presente acuerdo de comercio compensatorio], la compañía Y tendrá derecho a declarar que la cuantía del compromiso de compensación pendiente ha quedado reducida por una suma equivalente al importe del pedido no aceptado."

Cuando se haya acordado que la compañía Y deberá dar un plazo adicional a la compañía X, la cláusula siguiente podrá ser insertada a continuación de la anterior:

"Para hacer valer su derecho a declarar reducido el compromiso de compensación pendiente, la compañía Y deberá notificar por escrito a la compañía X que su no aceptación del pedido ha sido considerada como un incumplimiento del compromiso de compensación, por lo que el importe del pedido no aceptado será deducido del compromiso de compensación pendiente si la compañía X no pone las mercancías pedidas a disposición de la compañía Y en un plazo adicional de [por ejemplo, 30] días."

2/ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/19), primera parte.

3/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 21 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte comprometida a comprar y la "compañía X" la proveedora, la cláusula podría redactarse como sigue:

"1) La [compañía Y] [compañía X] quedará exenta del pago de daños y perjuicios, o de una suma convenida, por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del acuerdo de comercio compensatorio si prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento ajeno a su voluntad y que no cabía razonablemente esperar de ella que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, o que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.

2) El plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación será prorrogado por un período equivalente a la duración del impedimento. Si el impedimento se prolonga más de [por ejemplo, seis meses], [la parte frente a la que se haya invocado ese impedimento] [cualquiera de las dos partes] podrá declarar resuelto el acuerdo de comercio compensatorio notificándolo por escrito."

4/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 23 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Definición general de impedimento exonerante seguida de una lista ilustrativa o de una lista taxativa de hechos considerados como impedimentos exonerantes:

"1) [El mismo texto del párrafo 1) de la cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 21].

2) [Lista ilustrativa:] A continuación se dan algunos ejemplos de sucesos que deberán considerarse como impedimentos exonerantes, siempre que satisfagan los criterios enunciados en el párrafo 1): [Lista exhaustiva:] Únicamente los sucesos aquí enumerados serán considerados como impedimentos exonerantes, con tal de que satisfagan los criterios enunciados en el párrafo 1)."

5/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 44 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la exportadora (contraimportadora) y que la "compañía X" sea la importadora (contraexportadora), la cláusula podría redactarse como sigue:

"El incumplimiento por la compañía Y de de su compromiso de compra de mercancías contraído a tenor del presente acuerdo de comercio compensatorio no autorizará a la compañía X a suspender o retener el pago debido por la compañía X a la compañía Y en virtud del contrato del suministro de"

6/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 50 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

"De resolverse un contrato de suministro de mercancías en una dirección, ninguna de las dos partes tendrá derecho; cualquiera que sea la causa de la resolución, a suspender la celebración de contratos en la otra dirección, ni a suspender o rehusar el cumplimiento de obligaciones en virtud de contratos celebrados en esa otra dirección."

7/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 50 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

Suponiendo que la "compañía Y" sea la exportadora (contraimportadora) y que la "compañía X" sea la importadora (contraexportadora), la cláusula podría redactarse como sigue:

"De resolverse un contrato de suministro de mercancías por la compañía X a la compañía Y celebrado en virtud del presente acuerdo de comercio compensatorio, ninguna de las dos partes tendrá derecho, cualquiera que sea la causa de la resolución, a suspender o rehusar el cumplimiento del contrato de suministro de mercancías por la compañía Y a la compañía X."

XIII. ELECCION DE LA LEY APLICABLE

Resumen

Este capítulo se ocupa de la elección por las partes en una operación de comercio compensatorio de la ley aplicable al acuerdo de compensación, a los contratos de suministro en uno y otro sentido y al contrato en virtud del cual una parte que se haya comprometido a cumplir un compromiso de compensación contrata a un tercero para cumplir ese compromiso. El capítulo examina también la cuestión de determinar si el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos que forman parte de la operación deben regirse por una ley nacional única o por diversas leyes nacionales (párrafo 1).

Conforme a las reglas del derecho internacional privado (denominadas en algunos ordenamientos reglas de "conflicto de leyes" o reglas de "elección de la ley aplicable") de muchos Estados, las partes están facultadas para elegir de común acuerdo la ley aplicable, pese a que algunos de estos ordenamientos imponen ciertos límites a esa elección. De no haber elegido las partes la ley aplicable, esta ley se determinará con arreglo a las reglas de derecho internacional privado (párrafo 2). Al elegir la ley aplicable, las partes no están seleccionando al tribunal competente (párrafo 3). Cualquiera que sea la ley elegida, es posible que determinados aspectos de la operación de comercio compensatorio se vean afectados por reglas jurídicas de carácter imperativo (párrafos 4 y 30 a 33). Tal vez esté limitada la facultad de las partes para incluir determinadas cuestiones en el campo de aplicación de la ley por ellas elegida (párrafo 5). En el párrafo 6 se examina la posible pertinencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en lo que se refiere a las operaciones de comercio compensatorio.

Para evitar toda incertidumbre respecto de qué ley es la aplicable, es conveniente que las partes elijan expresamente la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro (párrafos 8 a 11). El grado de autonomía de las partes para elegir la ley aplicable viene determinado por las reglas de derecho internacional privado. Con arreglo a algunos regímenes de derecho internacional privado, la autonomía de las partes está limitada y sólo pueden elegir una ley nacional que tenga alguna conexión con el contrato (regla del "nexo jurídico"). En la mayoría de los regímenes de derecho internacional privado, las partes pueden elegir la ley aplicable sin ninguna de esas restricciones (párrafo 12).

Al elegir la ley aplicable, es en general aconsejable elegir la ley de un determinado país (párrafos 13 a 18). Las partes tal vez deseen considerar los siguientes factores al elegir la ley aplicable: el conocimiento que tengan las partes de esa ley o la posibilidad de adquirir ese conocimiento; la capacidad de la ley considerada para resolver de manera apropiada las cuestiones jurídicas suscitadas en las relaciones contractuales; y hasta qué punto las reglas imperativas de esa ley impedirán que las partes resuelvan mediante acuerdo determinadas cuestiones que pudieran suscitarse en sus relaciones contractuales (párrafo 19). Otras cuestiones que las partes tal vez deseen tener en cuenta son las siguientes: reforma eventual del régimen aplicable a tenor de la ley elegida por las partes (párrafo 20); enfoque para

la redacción de la cláusula de elección de la ley (párrafo 21); separación de la cláusula de elección de la ley del resto del contrato (párrafo 22); aplicación de la ley elegida a la prescripción de los derechos (prescripción de las acciones) (párrafo 23); y conveniencia de designar la ley aplicable no sólo al acuerdo de comercio compensatorio sino también a los futuros contratos de suministro (párrafo 24).

Al escoger la ley aplicable, las partes tal vez deseen considerar si conviene que el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro estén sometidos a la ley de un único Estado o a las leyes de distintos Estados (párrafos 25 a 29).

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo se ocupa de la elección por las partes en una operación de comercio compensatorio de la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio, a los contratos de suministro en uno y otro sentido, y al contrato por el que una parte que se haya comprometido a cumplir un compromiso de compensación contrata a un tercero para cumplir ese compromiso (sección B). El capítulo examina también la cuestión de determinar si el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos que forman parte de la operación deben quedar regidos por una ley nacional única o por diversas leyes nacionales (sección C). En el presente capítulo no se examina la ley aplicable a otros acuerdos en los que participen personas que no sean partes en la operación de comercio compensatorio. Entre esos acuerdos pudiera figurar alguna garantía para asegurar el cumplimiento del compromiso de compensación, el posible acuerdo entre las partes en la operación compensatoria y sus bancos sobre algún mecanismo de pagos vinculados, o algún acuerdo interbancario entre los bancos que vayan a intervenir en ese mecanismo de pagos. Algunos aspectos de la ley aplicable a esos acuerdos han sido examinados en el capítulo XI, "Garantías de cumplimiento", en sus párrafos 3, 5 y 13, y en el capítulo VIII, "Pago", en sus párrafos 6, 10, 19, 21, 22, 27 y 40.

2. Conforme a las reglas de derecho internacional privado (denominadas en algunos ordenamientos reglas de "conflictos de leyes" o de "elección de la ley aplicable") de la mayoría de los países, las partes están facultadas para elegir de común acuerdo la ley aplicable. Sin embargo, en algunos ordenamientos se han impuesto ciertos límites a esa elección. De no haber elegido las partes la ley aplicable, las reglas de derecho internacional privado de la ley del foro determinarán la ley aplicable a la relación jurídica.

3. Debe señalarse que al elegir la ley aplicable las partes no están seleccionando al tribunal competente para resolver sus eventuales controversias. Las cuestiones relativas a la competencia se examinan en el capítulo XIV, "Solución de controversias".

4. Cualquiera que sea la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio o a los contratos de suministro, es posible que determinados aspectos de la operación de comercio compensatorio se vean afectados por reglas jurídicas de carácter imperativo de rango administrativo o de derecho público que estén en

vigor en los países de las partes o en el país en donde hayan de cumplirse sus obligaciones. Esas reglas jurídicas de carácter imperativo tal vez regulen determinadas cuestiones de interés público, por ejemplo, las transferencias internacionales de fondos, los tipos de mercancías que podrán ser objeto de las operaciones de comercio compensatorio, y las prácticas comerciales restrictivas (véase la sección D del presente capítulo).

5. Además, tal vez esté limitada la facultad de las partes para incluir determinadas cuestiones en el campo de aplicación de la ley por ellas elegida. Por ejemplo, la mayoría de los Estados no reconocen la autonomía contractual de las partes con respecto a la transferencia de la propiedad sobre las mercancías o a la disposición de los fondos depositados en un banco. La determinación del Estado cuyo derecho procesal será aplicable al litigio arbitral o judicial por el que se intente resolver una controversia suscitada en relación con una operación de comercio compensatorio se examina en el capítulo XIV, "Solución de controversias".

6. Un contrato de compraventa que forme parte de una operación de comercio compensatorio podrá regirse por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa 1/. En virtud de su artículo 1, la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Procede observar que, aun cuando la ley de un Estado que es parte en la Convención sea la ley aplicable, no existe consenso respecto de si la Convención sería aplicable a un acuerdo de comercio compensatorio que estipulase un compromiso de celebrar un contrato de suministro en el futuro. No obstante, parece que en las leyes de algunos Estados no se abrigan dudas en cuanto a la aplicabilidad de la Convención a un acuerdo de comercio compensatorio que contenga todos los elementos fundamentales del contrato de suministro que en realidad haya de concertarse. Ello se debe a que conforme al derecho de los contratos de esos Estados (como se observa en el capítulo III, párrafo 40) tal vez se considere que la parte que se niegue a cumplir el compromiso de concertar un futuro contrato de venta ha consentido en celebrar el contrato de compraventa propiamente dicho.

7. Los problemas de la redacción de un contrato con arreglo a la ley aplicable se examinan en el capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafo 6.

B. Elección de la ley aplicable

8. Es conveniente que las partes elijan expresamente la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro. Esa determinación previa de la ley aplicable es importante porque permite que las partes orienten las medidas que han de adoptar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o en el ejercicio de sus derechos contractuales, a los requisitos que pueda fijar la ley aplicable. Si las partes no eligen la ley aplicable, tal vez se encuentren con que el resultado de aplicar las reglas de derecho internacional privado no sea satisfactorio para ellas. Por ejemplo, a falta de una elección contraria de las partes, es probable que los contratos de compraventa en una operación de compra compensatoria o de compensación industrial se hayan de regir, conforme a las reglas de derecho

internacional privado, por la ley del vendedor. Si en una operación de ese tipo, el acuerdo de comercio compensatorio no estuviera sujeto, con arreglo al derecho internacional privado, a la misma ley que el contrato de compraventa que haya de concertarse a tenor del acuerdo de comercio compensatorio, es posible que se interpreten de modo diverso, según cuál sea la ley aplicable, unas mismas cláusulas contractuales comunes a uno y otro acuerdo (véase el párrafo 25 del presente capítulo).

9. Se ha de aconsejar también la elección expresa de la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y al contrato de suministro con miras a evitar cualquier incertidumbre en cuanto a cuál será la ley aplicable. En ausencia de una elección de la ley aplicable, la incertidumbre puede dimanar de dos factores.

10. En primer lugar, la ley aplicable habrá de determinarse por la aplicación de las reglas de derecho internacional privado de alguna ley nacional. Cuando surja una controversia relativa al acuerdo de comercio compensatorio o a un contrato de suministro que haya de resolverse en un litigio judicial, las reglas de derecho internacional privado aplicadas por el tribunal que haya de resolver la controversia serán las que determinen la ley aplicable. Los tribunales aplican las reglas de derecho internacional privado de su propio país. Si las partes no han convenido en alguna cláusula de competencia exclusiva (véase el capítulo XIV, "Solución de controversias", párrafo 43), es posible que los tribunales de varios países sean competentes para conocer de la controversia (por ejemplo, los países en los que las partes en la controversia tengan sus establecimientos o el país en el que la obligación controvertida haya de ser cumplida). Por ello, tal vez puedan invocarse diversos regímenes posibles de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable tanto al acuerdo de comercio compensatorio como al contrato de suministro. Cuando las controversias hayan de resolverse en un juicio arbitral, el tribunal arbitral será el que determine cuál es la ley aplicable, a no ser que las partes hayan elegido la ley aplicable. Tal vez sea difícil prever los criterios o las reglas en las que el tribunal arbitral se fundará para determinar la ley aplicable.

11. El segundo factor que puede producir incertidumbre sobre la ley aplicable es que, aun cuando se conozca cuál es el régimen de derecho internacional privado que determinará la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro, las reglas y conceptos empleados en ese sistema tal vez sean demasiado genéricos o ambiguos para que las partes puedan prever con un grado razonable de certeza cuál será la ley aplicable. Esta dificultad se agudiza en el caso de los acuerdos de comercio compensatorio por razón de que, al ser dudosa la índole jurídica de estos acuerdos, puede haber también dudas sobre cuál será la regla de derecho internacional privado que determine la ley aplicable.

12. El grado de autonomía de las partes para elegir la ley aplicable vendrá determinado por las reglas de derecho internacional privado que vayan a ser aplicadas. Con arreglo a algunos sistemas de derecho internacional privado, la autonomía de las partes estará limitada y sólo podrán elegir una ley nacional que tenga alguna conexión con el contrato, como podría ser la ley del país de una de las partes o del lugar de cumplimiento de las obligaciones.

Dicha limitación se denomina a veces regla del "nexo jurídico". Con arreglo a la mayoría de los regímenes de derecho internacional privado, las partes podrán elegir la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro sin ninguna de esas restricciones. Puesto que todo tribunal que haya de resolver una controversia aplicará las reglas de derecho internacional privado del propio país, las partes deberán convenir en una cláusula de elección de la ley aplicable que sea válida conforme a las reglas de derecho internacional privado aplicables en aquellos países cuyos tribunales pudieran ser competentes para resolver sus controversias. Si las partes están pensando en la posibilidad de una cláusula de competencia exclusiva, deberán averiguar si los tribunales que pudieran ser competentes confirmarán su elección de la ley aplicable. Si la controversia ha de resolverse en un juicio arbitral, la ley elegida por las partes será normalmente la que aplique el tribunal arbitral. A fin de evitar la aplicación de la regla del nexo jurídico, las partes a veces estipulan en forma expresa en la cláusula de elección de la ley aplicable que esa regla no deberá aplicarse. Cabe observar que dicha estipulación tal vez no surta efecto, puesto que es probable que la regla del nexo jurídico sea tenida por imperativa. La probabilidad de que esa estipulación sea válida será mayor en un proceso arbitral.

13. Al elegir la ley que ha de regir el acuerdo de comercio compensatorio o los contratos de suministro, es en general aconsejable que las partes elijan la ley de un determinado país. Las reglas de derecho internacional privado de un país en el que tal vez haya de entablarse en el futuro un proceso pudieran no reconocer la validez de una remisión contractual a los principios generales del derecho o a los principios comunes a diversos países (por ejemplo, los países de ambas partes). Aun cuando esa remisión fuera válida, tal vez resulte difícil encontrar principios generales del derecho que sirvan para resolver una controversia del tipo que pudiera suscitarse en relación con un acuerdo de comercio compensatorio o un contrato de suministro. No obstante, esa elección pudiera resultar viable en determinadas circunstancias.

14. Cuando en un Estado se encuentre en vigor una convención internacional que rija las operaciones de comercio compensatorio, se suele reconocer que la elección de la ley de ese Estado incluiría dicha convención internacional. Esa elección de una convención mediante la elección de una ley nacional se reconoce en forma expresa en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa 1/. El apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 dispone que la Convención será aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

15. En algunos Estados se reconoce a las partes la posibilidad de que puedan convenir en que su operación no se regirá por una ley nacional, sino por una convención internacional o por otras normas de derecho, tales como un texto jurídico internacional que no tenga la validez de un tratado internacional o un conjunto de principios jurídicos que versen sobre comercio internacional 2/. En otros Estados no se reconoce, sin embargo, el tipo de acuerdo que acabamos de mencionar. En esos Estados, la elección de las partes podría no ser reconocida, por lo que la operación quedaría bajo el imperio de la ley aplicable conforme a las reglas de derecho internacional privado, o ser

reconocida parcialmente, de modo que una convención internacional u otras normas elegidas por las partes fueran sólo aplicables en la medida en que no contravinieran alguna disposición imperativa de la ley nacional aplicable.

16. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales la cláusula de elección de la ley aplicable suele ser interpretada como no referida a la aplicación de las reglas de derecho internacional privado de la ley nacional elegida aun cuando la cláusula no lo haya estipulado expresamente. Ahora bien, si hubiera alguna duda en cuanto a esa interpretación, las partes tal vez deseen indicar en esa cláusula que se han de aplicar las normas de derecho sustantivo de la ley nacional elegida. De lo contrario, tal vez se interprete que la elección de una ley nacional incluye las reglas de derecho internacional privado de esa ley y esas reglas tal vez hagan remisión a las normas de derecho sustantivo de alguna otra ley nacional.

17. Las partes tal vez deseen elegir como ley aplicable el derecho interno del país de una de las partes contratantes. Por el contrario, tal vez prefieran elegir la ley de un tercer país que sea conocida de ambas partes y que resuelva de forma adecuada las cuestiones jurídicas que se prevea que pudiera suscitar el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro. Si en el acuerdo de comercio compensatorio o en el contrato de suministro se estipula la competencia exclusiva de los tribunales de un país para resolver las controversias entre las partes, éstas tal vez deseen elegir el derecho interno de ese país como ley aplicable. Ello aceleraría el juicio y lo haría menos costoso, puesto que el tribunal tendrá por lo general menor dificultad en determinar y aplicar su propio derecho interno que en aplicar el derecho de otro país.

18. En el caso de países que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen leyes diferentes (como sería el caso en algunos Estados federales), sería conveniente, para evitar incertidumbres, especificar cuál de esas leyes será aplicable a los contratos.

19. Las partes tal vez deseen considerar los siguientes factores al elegir la ley aplicable: a) el conocimiento que tengan las partes de esa ley o la posibilidad de adquirir ese conocimiento; b) la capacidad de la ley considerada para resolver de manera apropiada las cuestiones jurídicas suscitadas en las relaciones contractuales entre las partes (por ejemplo, las partes tal vez deseen que la validez de su compromiso compensatorio de concertar futuros contratos sea reconocida en la ley elegida); c) hasta qué punto las reglas imperativas de esa ley impedirán que las partes resuelvan mediante acuerdo las cuestiones que puedan suscitarse en sus relaciones contractuales.

20. Los cambios legislativos que se introduzcan en la ley elegida por las partes para regir su acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro tal vez afecten o no a los contratos ya existentes al introducirse esos cambios. Si las partes desean que sean únicamente aplicables las leyes ya vigentes en el momento de concertarse el acuerdo de comercio compensatorio o los contratos de suministro, es aconsejable que lo estipulen expresamente. Las partes deberán, sin embargo, tener en cuenta que esa estipulación contractual no surtirá efecto si los cambios introducidos en esa legislación son imperativos y el legislador los declara aplicables a los contratos ya existentes.

21. Se pueden aplicar diversos enfoques para la redacción de una cláusula de elección de la ley aplicable. Uno de esos criterios sería el de limitarse a estipular que el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato se regirá por la ley elegida 3/. Este enfoque puede resultar suficiente si está claro que el órgano elegido para resolver las controversias entre las partes aplicará la ley elegida a todas las cuestiones que las partes deseen que sean reguladas por esa ley. Un segundo enfoque sería el de estipular que la ley elegida ha de regir el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato considerado, e incluir además una lista ilustrativa de las cuestiones que se desea que se rijan por esa ley (por ejemplo, la formación del contrato o el incumplimiento, la terminación o la nulidad del acuerdo de comercio compensatorio o el contrato) 4/. Este enfoque pudiera ser útil si las partes consideran deseable asegurarse de que la ley elegida sea aplicable a las cuestiones que figuren en esa lista ilustrativa.

22. Con arreglo a las reglas de derecho internacional privado de algunos países tal vez se considere a la cláusula de elección de la ley aplicable como un acuerdo aparte del resto del contrato entre las partes. Con arreglo a esas reglas esa cláusula pudiera seguir siendo válida aunque el resto del contrato sea nulo, a menos que la causa de nulidad alcance también a la cláusula de elección de la ley aplicable. Cuando el contrato sea nulo pero la cláusula de elección de la ley aplicable siga siendo válida, la formación, la falta de validez y las consecuencias de la nulidad del contrato se regirán por la ley elegida por las partes.

23. Con arreglo a la mayoría de los regímenes de derecho internacional privado, la ley elegida regiría la prescripción de los derechos, mientras que con arreglo a otros regímenes, las reglas de la prescripción (prescripción de las acciones) son consideradas como de carácter procesal, por lo que no dependerán de la autonomía contractual de las partes; en esos casos, será aplicable el derecho procesal del foro. La Convención sobre la Prescripción dispone en su artículo 3 que, salvo disposición en contrario de la propia Convención, ésta se aplicará sin tomar en consideración la ley que sería aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado 5/. Como se señaló anteriormente en el párrafo 6, tal vez no pueda dictaminarse con seguridad si los acuerdos de comercio compensatorio que comprometen a las partes a concertar futuros contratos de compraventa quedarán o no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Por razones análogas, tal vez resulte incierto si esos acuerdos de comercio compensatorio caen dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre la Prescripción.

24. Las partes podrán incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de elección de la ley aplicable que designe la ley aplicable no sólo al acuerdo de comercio compensatorio, sino también a los futuros contratos de suministro que hayan de concertarse en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio 6/. De este modo, las partes podrán resolver en el acuerdo de comercio compensatorio una cuestión que de lo contrario habría de ser negociada en cada uno de los contratos de suministro.

C. Elección de la ley de un único Estado o de distintos Estados para regir el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro

25. Al ir a estipular expresamente la ley aplicable, las partes tal vez deseen considerar si conviene que el acuerdo de comercio compensatorio y cualquier contrato futuro de suministro que haya de concertarse en una dirección o en ambas direcciones con arreglo a ese acuerdo de comercio compensatorio estén sometidos a la ley de un único Estado o a las leyes de distintos Estados. La aplicación de una ley nacional única sería conveniente cuando el acuerdo de comercio compensatorio contenga algunas de las cláusulas de los futuros contratos de suministro y las partes deseen asegurarse de que el significado jurídico de las cláusulas estipuladas en el acuerdo de comercio compensatorio seguirá siendo el mismo al ser incorporadas esas cláusulas subsiguientemente en un contrato de suministro. Esa coherencia en la interpretación jurídica de las cláusulas podría ser particularmente deseable respecto de las cláusulas referentes a los mecanismos de pago (véase el capítulo VIII, "Pago", párrafo 19), a la calidad de las mercancías y a las condiciones de entrega.

26. Si las partes han estructurado sus obligaciones de tal modo que sus obligaciones derivadas de los contratos de suministro en ambas direcciones estén íntimamente interrelacionadas, tal vez les convenga someter todos sus derechos y obligaciones recíprocos a una ley nacional única. Las obligaciones de las partes suelen estar estrechamente interrelacionadas especialmente en las operaciones de trueque (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 3 a 8) y en operaciones de compensación industrial directa (véase el capítulo I, "Ambito de aplicación y terminología de la Guía Jurídica", párrafo 17). La aplicación de la ley de más de un país a ese tipo de operaciones pudiera perturbar la reciprocidad entre las obligaciones de las partes.

27. En las operaciones de compra compensatoria, de venta con pacto de compra y de compensación industrial indirecta, las obligaciones de las partes que dimanen, por una parte, del contrato de suministro en un sentido (contrato de exportación) y, por otra, del acuerdo de comercio compensatorio y del contrato de suministro en sentido contrario (contrato de contraexportación) no acostumbran a tener la fuerte interconexión de las operaciones de trueque o de contrapartida directa. En esos casos, no es posible dar un consejo de validez general sobre si sería preferible que las partes sometan sus obligaciones a una ley nacional única o a las leyes de distintos Estados. En algunos de estos casos, las partes tal vez deseen someter todas sus obligaciones a una ley única, ya que con ello les resultaría más sencillo administrar la operación de comercio compensatorio y obtener el asesoramiento jurídico necesario de cara a una sola ley nacional en vez de tener que tener en cuenta las leyes de dos o más Estados. Tal vez se den situaciones, sin embargo, en las que las partes decidan someter el contrato de exportación a una ley y el contrato de contraexportación a otra ley. Las partes tal vez opten por la aplicación de las leyes de distintos Estados cuando existan razones especiales para que uno de los contratos esté sometido a la ley de un determinado Estado, mientras que las partes no deseen someter la totalidad de la operación a la ley de ese Estado. Cabe citar como razones especiales relativas a uno de los contratos la existencia de reglas de derecho imperativo del Estado de una de las partes que requieran que determinado tipo de contrato esté sometido a las

leyes de ese Estado o de prácticas comerciales que sometan de ordinario uno de los contratos a determinada ley nacional, así como cuando los contratos vayan a concertarse entre partes ajenas a la relación original. Si las partes deciden someter el suministro de mercancías en uno y otro sentido a las leyes de distintos Estados, las partes tal vez deseen examinar, como se señaló anteriormente en el párrafo 25, la conveniencia de someter el acuerdo de comercio compensatorio y el contrato de suministro que haya de concertarse en cumplimiento de ese acuerdo a una misma ley.

28. Cuando la parte que se haya comprometido inicialmente a comprar decida contratar a un tercero para cumplir ese compromiso, la parte inicialmente comprometida y el tercero tal vez deseen someter el contrato por el que se contrata a ese tercero a la ley que rija el acuerdo de comercio compensatorio. Esa elección ayudaría a garantizar que se dará una interpretación uniforme a las cláusulas que aparezcan tanto en el acuerdo de comercio compensatorio como en el contrato por el que el tercero se comprometa a efectuar la compraventa. (La necesidad de coordinación entre el contrato por el que se contrata al tercero y el acuerdo de comercio compensatorio se examina en el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafos 24 a 27. En los párrafos 8, 11, 15 y 18 del capítulo VII, se mencionan algunos de los aspectos de la ley aplicable a la participación de terceros.)

29. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio esté incorporado en un contrato de exportación (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafo 17), la presencia de una cláusula de elección de la ley aplicable en el contrato de exportación sería aplicable, salvo estipulación contraria, a las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio.

D. Normas jurídicas imperativas de derecho público

30. Además de las normas de la ley aplicable, es posible que determinados aspectos de la operación de comercio compensatorio se vean afectados por reglamentos imperativos de derecho administrativo o financiero en vigor en los países de las partes y en otros países (por ejemplo, el país de un tercero comprador o de un tercero proveedor o el país en el que esté depositado el producto de la venta efectuada en un sentido). Estos reglamentos imperativos tal vez vayan dirigidos a los residentes o ciudadanos del Estado que promulgó esos reglamentos o a las personas dedicadas a determinadas actividades comerciales. Tal vez esos reglamentos sean aplicados primordialmente por funcionarios administrativos con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la política económica, social, financiera o exterior de ese Estado. Las partes deberán tener en cuenta esos reglamentos imperativos al redactar el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro. (Los reglamentos administrativos de carácter imperativo se examinan asimismo en el capítulo I, "Ambito de aplicación y terminología de la Guía Jurídica", párrafos 9 y 10.)

31. Esos reglamentos tal vez sean de índole general y por lo mismo aplicables a diversos tipos de operaciones comerciales o estar expresamente destinados al comercio compensatorio. Los reglamentos de carácter general suelen referirse a requisitos de seguridad, medidas de protección del medio ambiente, condiciones laborales y sanitarias, medidas de protección del consumidor,

condiciones de empleo del personal local, prácticas comerciales restrictivas (véase el capítulo IX, "Restricciones a la reventa de las mercancías en el comercio compensatorio", párrafo 3), derechos de aduana, impuestos, así como a restricciones impuestas a las exportaciones, a las importaciones, a la transferencia de tecnología y a los pagos en divisas.

32. Las reglas de derecho imperativo propias del comercio compensatorio tal vez dispongan, por ejemplo, que: a) determinados tipos de operaciones de comercio compensatorio estarán sujetas a aprobación administrativa; b) la importación de determinados tipos de mercancías podrá efectuarse únicamente en el marco de determinadas formas de operaciones de comercio compensatorio; c) tan sólo determinados tipos de mercancías podrán ser ofrecidos para el cumplimiento de una operación de comercio compensatorio (véase el capítulo V, "Tipo, calidad y cuantía de las mercancías", párrafos 3 y 43); d) las mercancías compradas en el cumplimiento de un compromiso de comercio compensatorio habrán de satisfacer determinados requisitos de origen (véase el capítulo V, párrafo 4, y el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafo 28); e) sólo se permitirá el empleo de las cuentas probatorias con arreglo a las condiciones prescritas (véase el capítulo III, párrafo 69); f) la compra de determinados tipos de mercancías habrá de ser acreditada al cumplimiento del compromiso de compensación conforme a una tasa especificada (véase el capítulo III, párrafos 34 a 37); g) se requerirá una autorización previa administrativa para cualquier arreglo de pagos vinculados que limite los pagos en divisas efectuados al país (véase el capítulo VIII, "Pago", párrafos 7 y 21); h) se habrán de utilizar determinadas instituciones financieras para el pago (véase el capítulo VIII, párrafos 27 y 40).

33. Las partes tal vez deseen prever en el acuerdo de comercio compensatorio la posibilidad de que el cumplimiento del compromiso de compensación se vea impedido por la promulgación o la modificación de alguna regla de derecho imperativo efectuada con posterioridad a la concertación del acuerdo de comercio compensatorio. Esas cláusulas se examinan en el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", sección D.

Notas

1/ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/19), primera parte.

2/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 15 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

"El presente acuerdo de comercio compensatorio, así como los contratos celebrados de acuerdo con él, se regirán por las reglas de (indíquense las reglas correspondientes, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980))."

3/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 21 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

"El presente ... (indíquese el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro) se regirá por la ley de ... (indíquese un país o una entidad territorial determinada) [en vigor en ... (indíquese la fecha en que se celebre el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro)]. [Esta designación se refiere a la ley sustantiva de (indíquese el mismo país o unidad territorial que supra) y no a sus normas sobre conflicto de leyes.]"

4/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 21 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

(Igual que la nota para la segunda oración del párrafo 21, añadiendo, después de la primera oración lo siguiente:) "La ley elegida se aplicará en particular a la formación y la validez del contrato y a las consecuencias de su invalidez."

5/ Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías enmendada por el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1511, n° 26121, de próxima publicación).

6/ Cláusula ilustrativa correspondiente al párrafo 24 (sobre la aplicación eventual de estas cláusulas ilustrativas, véase "Introducción", párrafo 13):

"El presente acuerdo de comercio compensatorio se regirá por la ley de ... (indíquese un país o una entidad territorial determinada) [en vigor en ... (indíquese la fecha en que se celebre el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro) (véase párrafo 20)]. Los contratos que se celebren de conformidad con este acuerdo de comercio compensatorio se regirán por (indíquese la misma ley que en la oración anterior o una ley diferente). [No se aplicarán las normas de derecho internacional privado de ... (indíquese el mismo país o unidad territorial que en las dos oraciones anteriores).]" (Véase en los párrafos 25 a 29 el examen de la cuestión de si debe seleccionarse la misma ley nacional o diferentes leyes nacionales.)

XIV. SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resumen

Es aconsejable que las partes convengan en el método que se seguirá para solucionar las futuras controversias resultantes del acuerdo de comercio compensatorio y de los contratos de suministro con él relacionados. Los métodos de solución de controversias son la negociación, la conciliación, el arbitraje y el procedimiento judicial (párrafos 1 a 6). En algunos Estados existen restricciones a la autonomía de los organismos estatales para concertar una cláusula compromisoria o convenir en reconocer la competencia de un tribunal de otro Estado (párrafo 7).

Habitualmente, el método más satisfactorio para solucionar una controversia consiste en que las partes negocien entre ellas una solución amistosa (párrafos 8 a 11).

Si las partes no solucionan una controversia mediante la negociación, puede que deseen intentar hacerlo por la vía de la conciliación, antes de recurrir al procedimiento arbitral o el judicial. El objetivo de la conciliación es lograr una solución amistosa de la controversia con la asistencia de un conciliador neutral. Si las partes prevén la conciliación, pueden arreglar las cuestiones de procedimiento pertinentes aceptando algún reglamento de conciliación, por ejemplo el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (párrafos 12 a 15).

Hay varios motivos por los que se recurre con frecuencia al arbitraje para solucionar las controversias que se plantean en las operaciones de comercio compensatorio (párrafos 16 y 17). En general, el procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse si las partes así lo acuerdan. Dado que puede ser más difícil llegar a un acuerdo con respecto al arbitraje cuando se ha planteado una controversia, es aconsejable celebrar un acuerdo de arbitraje desde el momento en que se inicie la operación de comercio compensatorio (párrafos 18 a 23). Las partes pueden escoger el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades (párrafos 24 a 26).

El procedimiento arbitral se regirá normalmente por el derecho procesal del Estado donde se sustancie. Es aconsejable que las partes convengan en un conjunto de normas de arbitraje para que rijan el procedimiento arbitral previsto en su acuerdo. Si las partes deciden que los arbitrajes que tengan lugar entre ellas sean administrados por una institución, es posible que ésta exija a las partes que apliquen las normas de dicha institución (párrafos 27 a 29). Algunas normas de arbitraje contienen una cláusula modelo que invita a las partes a solucionar en la cláusula de arbitraje algunas cuestiones como la intervención de la autoridad nominadora y el número de árbitros (párrafos 30 a 34), el lugar del arbitraje (párrafos 35 a 39) y el idioma o idiomas que deba utilizarse en las actuaciones arbitrales (párrafos 40 y 41).

Si las partes no optan por el arbitraje, las controversias que no se hayan solucionado mediante negociación o conciliación podrán solucionarse por vía judicial. Es posible que para dirimir una controversia determinada sean competentes tribunales de dos o varios países. Las partes pueden convenir en una cláusula de competencia por la que se obliguen a someter las controversias a un tribunal determinado (párrafos 42 a 45).

Las operaciones de comercio compensatorio a menudo involucran varios contratos, además del acuerdo de comercio compensatorio. En esas operaciones multicontractuales, puede que las partes deseen considerar si será conveniente convenir en un único órgano para la solución de todas las controversias que puedan plantearse en la operación, esto es, el mismo conciliador, tribunal arbitral o tribunal judicial (párrafos 46 a 49).

Es posible que surjan controversias en una operación de comercio compensatorio que involucren o afecten no solamente al exportador y al importador sino también a otras partes, en particular a terceros que intervengan en la operación como compradores o proveedores de las mercancías objeto de comercio compensatorio. En esos procesos multilaterales tal vez convenga dirimir todas las cuestiones conexas en un mismo proceso (párrafo 50 a 53).

A. Observaciones generales

1. En una operación de comercio compensatorio pueden surgir controversias con respecto al acuerdo de comercio compensatorio así como a los contratos de suministro celebrados en cumplimiento de dicho acuerdo. Es aconsejable que las partes convengan en la manera en la que habrán de solucionarse las futuras controversias resultantes del acuerdo de comercio compensatorio y de los contratos de suministro con él relacionados.

2. En general, conviene que las partes traten desde el principio de solucionar sus controversias mediante la negociación (sección B). Pero si la negociación no tiene éxito, tal vez deseen presentar su controversia a un conciliador independiente, quien hará recomendaciones acerca de la forma de solucionarlas (sección C). En caso de que fracasen esos métodos de solución de controversias, hay fundamentalmente dos métodos disponibles para obtener una decisión ejecutoria: el arbitraje y el procedimiento judicial. El arbitraje es un método por el que las partes remiten las controversias que puedan surgir entre ellas, o que ya hayan surgido, a la decisión de un tribunal arbitral integrado por una o varias personas (árbitros) seleccionadas por las partes (sección D). Las actuaciones arbitrales pueden iniciarse sólo sobre la base de una cláusula compromisoria. Normalmente las partes están obligadas a aceptar la decisión del tribunal arbitral (laudo arbitral) como definitiva y ejecutoria. El laudo arbitral suele ejecutarse de manera análoga a una decisión judicial. A falta de un acuerdo de arbitraje, las controversias entre las partes tendrán que resolverse mediante el procedimiento judicial (sección E).

3. El presente capítulo no se refiere a los procedimientos convenidos por las partes para determinar las cláusulas de los contratos de suministro que han de celebrarse y que han quedado indeterminadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Entre esos métodos cabe citar los procedimientos que han de seguir las partes al negociar las cláusulas de los contratos de suministro, las normas y directrices que han de aplicarse para determinar el contenido de esas cláusulas, la designación de un tercero para que determine una cláusula contractual en particular, o la autorización a una de las partes para que determine una cláusula contractual dentro de parámetros previamente

convenidos. Esos métodos se examinan en términos generales en el capítulo III, "Compromiso de compensación", párrafos 38 a 60, y con respecto a determinados tipos de cláusulas contractuales, en el capítulo V, "Tipo, calidad y cuantía de las mercancías", párrafos 28, 29, 37 y 42, y en el capítulo VI, "Determinación del precio de las mercancías", párrafos 11 a 47.

4. La ejecución de una operación de comercio compensatorio suele suponer una serie de contactos regulares entre las partes que podrían servir para solucionar muchos problemas y malentendidos sin necesidad de recurrir a un procedimiento para la solución de controversias. Cuando esas conversaciones den lugar a una modificación del acuerdo de comercio compensatorio o de un contrato de suministro, es aconsejable que ese acuerdo se haga constar por escrito (véase el capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafos 3 a 5).

5. Cuando las partes incluyan todas sus obligaciones contractuales en ambas direcciones en un solo contrato (véase el capítulo II, "Enfoque de la contratación", párrafos 2 a 10), una cláusula de solución de controversias redactada en términos generales en ese contrato, a falta de una estipulación expresa en contrario, regiría todas las controversias resultantes del contrato. No obstante, las partes suelen concertar sus obligaciones en ambas direcciones a través de más de un contrato (véase el capítulo II, párrafos 11 a 23). En las operaciones de comercio compensatorio multicontractuales, puede que las partes estimen útil convenir en que todos los contratos de suministro, y cualquier contrato por el que un tercero sea contratado para comprar o suministrar mercancías, así como el propio acuerdo de comercio compensatorio, se regirán por una misma cláusula de solución de controversias.

6. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio prevea la futura celebración de los contratos de suministro, las partes podrán estipular en el acuerdo que todos esos contratos se regirán por determinado método de solución de controversias. De ese modo, el acuerdo de comercio compensatorio solucionaría una cuestión que, de lo contrario, se habría de resolver por separado en cada contrato de suministro.

7. En algunos Estados existirán restricciones a la autonomía de un organismo estatal o de alguna otra entidad pública para concertar una cláusula compromisoria o convenir en reconocer la competencia de un tribunal de otro Estado. El derecho a concertar este tipo de cláusulas de solución de controversias pudiera estar limitado a determinados tipos de operaciones o a operaciones con una parte extranjera, y tal vez se requiera para ello una autorización. Es aconsejable que las partes hagan las indagaciones necesarias con miras a cerciorarse de su autonomía para concertar válidamente una cláusula contractual para la solución de controversias.

B. Negociación

8. El método más satisfactorio para solucionar una controversia suele consistir en que las partes negocien entre ellas una solución amistosa. Si se logra una solución amistosa puede evitarse la interrupción de la relación comercial establecida entre las partes. Además, podría ahorrarse el costo elevado y la mayor cantidad de tiempo que, en general, requiere la solución de las controversias por otros medios. La negociación también puede resultar un

enfoque particularmente atractivo en las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, donde el acuerdo de comercio compensatorio ha consignado las cláusulas de los futuros contratos de suministro en términos deliberadamente imprecisos.

9. Aunque las partes deseen intentar solucionar sus controversias mediante la negociación antes de recurrir a otros medios, tal vez no sea conveniente que en los contratos se les impida que recurran a otras vías de solución de controversias en tanto no haya expirado el plazo asignado a la negociación. Además, si la cláusula prevé que no se pueden iniciar otros procedimientos de solución de controversias durante el plazo de negociación, es aconsejable que en determinados casos las partes puedan iniciar otros procedimientos incluso antes de la expiración de ese plazo, por ejemplo, si una de las partes durante las negociaciones declara que no está dispuesta a seguir las negociaciones, o si es necesario iniciar el procedimiento arbitral o judicial antes de que expire el plazo de negociación a fin de evitar la pérdida o la prescripción de un derecho. Es aconsejable que en el contrato se requiera que todo acuerdo al que se llegue mediante la negociación se haga constar por escrito.

10. Dado que el resultado de una controversia entre dos de las partes en una operación de comercio compensatorio podría afectar los intereses de alguna otra parte en la operación de comercio compensatorio, puede acordarse que la parte que no intervenga directamente en la controversia deberá estar autorizada a intervenir en las negociaciones. Esa situación puede plantearse cuando un tercero ha sido contratado para comprar las mercancías objeto de comercio compensatorio y la controversia se plantea entre el tercero y el proveedor. En este caso, podría exigirse a la parte inicialmente comprometida a comprar las mercancías el pago de una suma convenida si la compra prevista por el tercero no tiene lugar y no se cumple el compromiso de compensación. Asimismo, la parte obligada a suministrar mercancías que contrate un tercero proveedor tal vez esté interesada en el resultado de la controversia entre el tercero proveedor y el comprador. El derecho a esa participación en la negociación de una solución puede limitarse al caso en que la parte que contrate al tercero sea la responsable del cumplimiento del compromiso de compensación. En el caso de una operación con múltiples partes, puede acordarse que todas las partes en la operación participarán en la negociación.

11. En las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, las partes pueden establecer un comité conjunto para que coordine y supervise la ejecución de la operación de comercio compensatorio (véase el capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafo 64). Ese comité permitiría a las partes descubrir posibles fuentes de dificultades y controversias en una etapa temprana y podría resultar un instrumento adecuado para solucionar las controversias a través de la negociación.

C. Conciliación

12. Si las partes no solucionan una controversia mediante la negociación, puede que deseen intentar hacerlo por la vía de la conciliación, antes de recurrir al procedimiento arbitral o judicial. El objetivo de la conciliación es lograr una solución amistosa de la controversia con la asistencia de un conciliador neutral, respetado por ambas partes. Al contrario del árbitro o del juez, el conciliador no dirige una controversia; más bien ayuda a las partes a lograr una solución de común acuerdo, a menudo proponiendo soluciones para que las examinen.

13. La conciliación no es contenciosa y es confidencial, por lo que será más probable que las partes preserven las buenas relaciones comerciales que existan entre ellas que en el procedimiento arbitral o judicial. La conciliación puede incluso mejorar la relación entre las partes, pues el alcance de la misma y el acuerdo al que en definitiva lleguen las partes podrá superar los límites estrictos de la controversia que dio lugar a la conciliación. En la conciliación pueden participar en la solución de la controversia, partes que no estén directamente involucradas en ella pero que estén interesadas en el resultado de la misma. Por otra parte, un posible inconveniente de la conciliación es que, si fracasa, se habrá desperdiciado tiempo y dinero. Es aconsejable que, antes de intentar la conciliación, las partes examinen detenidamente si existe una probabilidad real de alcanzar una solución.

14. Si las partes prevén la conciliación, tendrán que arreglar varias cuestiones para que resulte eficaz. No es posible organizar todas esas cuestiones en el texto del acuerdo de comercio compensatorio; más bien, las partes pueden remitirse en su contrato a algún reglamento de conciliación preparado por una organización internacional, tal como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI ¹/ . Diversas organizaciones nacionales e internacionales han preparado otros reglamentos de conciliación.

15. A menudo es aconsejable intentar la conciliación antes de recurrir al arbitraje o de incoar un juicio. Si durante una tentativa de conciliación se iniciaran actuaciones arbitrales o judiciales, es posible que las partes estimen conveniente proseguir la conciliación. También es posible intentar la conciliación estando ya iniciadas las actuaciones arbitrales o judiciales.

D. Arbitraje

16. Hay varios motivos por los que se recurre con frecuencia al arbitraje para solucionar las controversias que se plantean en las operaciones de comercio compensatorio. Las partes pueden organizar el procedimiento arbitral de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a las características concretas de las controversias que pudieran plantearse en los acuerdos de comercio compensatorio o en contratos conexos. Las partes pueden elegir como árbitros personas con conocimientos especializados en el tema objeto de la controversia. También pueden elegir el lugar donde se sustanciará el procedimiento arbitral así como el idioma o idiomas que se utilizarán en el mismo. Además, las partes pueden elegir la ley aplicable, elección que casi siempre será respetada por los árbitros; lo que no siempre sucede en el procedimiento judicial (véase el capítulo XIII, "Elección de la ley aplicable", párrafos 12). Si las partes convienen en el arbitraje, ninguna de ellas se presentará a los tribunales del Estado de la otra parte. Es posible que el procedimiento arbitral no perturbe tanto las relaciones comerciales establecidas entre las partes como el procedimiento judicial. Tanto el procedimiento arbitral como los laudos arbitrales pueden mantenerse confidenciales, lo que no suele suceder cuando se trata del procedimiento judicial y de las decisiones judiciales. El procedimiento arbitral suele ser más rápido y puede resultar menos costoso que el procedimiento judicial. Pero cabe observar que algunos Estados tienen instituido un procedimiento judicial sumario para las controversias relativas a una suma de dinero que no exceda de determinado importe. En algunos

ordenamientos un tribunal arbitral puede tener más margen que un tribunal judicial para reconocer al demandante el ejercicio de una acción para exigir el cumplimiento del contrato según sus términos. Por último, como consecuencia de las convenciones internacionales que facilitan el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, con frecuencia estos laudos se reconocen y ejecutan con más facilidad que las decisiones judiciales de otros países. Una convención importante en esta materia, en la que muchos Estados son partes es la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) 2/.

17. Ahora bien, al ser anulable el laudo arbitral en un procedimiento judicial, el recurso al arbitraje podría postergar la solución definitiva de la controversia. Pero en muchos ordenamientos jurídicos, el laudo arbitral sólo puede anularse por un número taxativo de causas, por ejemplo, la falta de competencia de los árbitros para solucionar la controversia, el que una de las partes no tuviera ocasión de fundamentar su pretensión en el procedimiento arbitral, el incumplimiento de las normas aplicables a la designación de los árbitros o al procedimiento arbitral o el hecho de que el laudo sea contrario al orden público. Cabe también observar que en algunos Estados las partes no pueden impedir que los tribunales judiciales intervengan en algunos tipos de controversias (véase el párrafo 7 del presente capítulo). Además, un tribunal judicial tiene mayores facultades que un tribunal arbitral para decretar y hacer cumplir medidas cautelares provisionales o medidas conminatorias.

1. Alcance de la cláusula compromisoria y mandato del tribunal arbitral

18. El procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse sobre la base de un acuerdo celebrado entre las partes en el que estipulan que recurrirán al arbitraje. Ese acuerdo puede consistir tanto en una cláusula compromisoria incluida en el acuerdo de comercio compensatorio, o en un contrato conexo, como en un acuerdo compromisorio o de arbitraje separado, celebrado entre las partes antes o después de que se plantee la controversia. Dado que puede ser más difícil llegar a un acuerdo con respecto al arbitraje una vez que se haya planteado la controversia, es aconsejable celebrar un acuerdo de arbitraje en el momento en que se inicie la operación de comercio compensatorio. Pero en algunos ordenamientos jurídicos, ese tipo de acuerdos sólo es eficaz en cuanto a la forma y al fondo si se celebra o se confirma después de que ha surgido la controversia.

19. Sería conveniente que en el acuerdo de comercio compensatorio se indicaran las controversias que han de resolverse mediante arbitraje. Por ejemplo, la cláusula compromisoria puede estipular que todas las controversias resultantes del acuerdo de comercio compensatorio o relacionadas con éste, así como con la violación, resolución o nulidad del mismo, se han de solucionar mediante arbitraje. En algunos casos puede que las partes deseen excluir algunos tipos de controversia que no deseen solucionar mediante arbitraje.

20. Si la ley aplicable al procedimiento arbitral lo consiente, tal vez las partes deseen autorizar al tribunal arbitral a dictar medidas provisionales mientras esté pendiente la solución definitiva de la controversia. Pero en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales arbitrales no están facultados para dictar esas medidas. En otros ordenamientos jurídicos donde el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales de protección, no es posible

ejecutarlas. En esos casos sería preferible que las partes recurrieran a un tribunal judicial para que ordenara dichas medidas. En muchos ordenamientos jurídicos el tribunal judicial puede ordenar medidas provisionales aunque la controversia deba someterse o haya sido sometida al arbitraje.

21. Es aconsejable que la cláusula compromisoria obligue a las partes a ejecutar las decisiones arbitrales, incluso aquellas que ordenan medidas provisionales. La ventaja de estipular este tipo de obligación en la cláusula compromisoria es que en algunos ordenamientos jurídicos, de no tener fuerza ejecutoria el laudo arbitral con arreglo a la legislación aplicable a los laudos, el incumplimiento por una de las partes de su compromiso de dar aplicación al laudo contraído en la cláusula compromisoria sería considerado por los tribunales como un incumplimiento de una obligación contractual por esa parte.

22. Cuando se inicia un procedimiento judicial con respecto a una controversia que ha sido prevista en una cláusula compromisoria reconocida como válida, si se presenta oportunamente la petición pertinente, el tribunal judicial, en general, remite la controversia al arbitraje. Sin embargo, es posible que el tribunal judicial conserve la facultad de adoptar medidas provisionales y generalmente estará facultado para supervisar algunos aspectos del procedimiento arbitral (por ejemplo, entender en la recusación de los árbitros) y anular laudos arbitrales por determinadas causas (véase el párrafo 17 del presente capítulo).

23. Es aconsejable que las partes tengan presente al facultar al tribunal arbitral a decidir las controversias ex aequo et bono o a proceder como amigable componedor que en algunos ordenamientos jurídicos los árbitros no están autorizados a hacerlo. Además, autorizaciones de ese tipo podrían prestarse a distintas interpretaciones y provocar incertidumbre jurídica. Por ejemplo, sus términos podrían interpretarse en el sentido de que autorizan a los árbitros a guiarse solamente por principios de justicia o equidad o, además, por aquellas disposiciones de la ley aplicable que se consideren en el ordenamiento jurídico al que pertenezca esa ley como fundamentales. Si las partes desean autorizar al tribunal arbitral a decidir las controversias sin tener que aplicar todas las normas jurídicas de un Estado, puede que deseen indicar las pautas o normas conforme a las que el tribunal ha de decidir el fondo de la controversia. Además, a fin de evitar equívocos, tal vez las partes deseen aclarar que el tribunal arbitral debe decidir de conformidad con las cláusulas del contrato de suministro o del acuerdo de comercio compensatorio y con los usos pertinentes del comercio aplicables a la operación.

2. Tipo de arbitraje y normas procesales apropiadas

24. Las partes pueden escoger el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades. Es aconsejable que convengan en normas apropiadas para regir el procedimiento arbitral. Hay una amplia gama de sistemas de arbitraje disponibles, con diversos grados de participación de órganos permanentes (por ejemplo, instituciones de arbitraje, tribunales de arbitraje, asociaciones

profesionales o comerciales y cámaras de comercio) o de terceros (por ejemplo, presidentes de tribunales de arbitraje o de cámaras de comercio). En uno de los extremos se encuentra el simple tipo de arbitraje ad hoc, en el que no interviene ningún órgano permanente ni terceros. Ello significa, en la práctica, que no se cuenta con ninguna ayuda externa (salvo, quizá, de un tribunal judicial nacional) en caso de que, por ejemplo, se planteen dificultades para designar o recusar un árbitro. Además, las partes o los mismos árbitros deberán encargarse de todos los arreglos necesarios administrativos. En el otro extremo, hay arbitrajes administrados y supervisados totalmente por un órgano permanente, que puede revisar el mandato y el proyecto de laudo así como la forma del mismo y hacer recomendaciones en cuanto al fondo.

25. Entre estos dos tipos de arbitraje hay una enorme variedad de sistemas de arbitraje, en todos los cuales interviene una autoridad nominadora, pero se diferencian en cuanto a los servicios administrativos que proporcionan. La función fundamental, si bien no necesariamente exclusiva, de la autoridad nominadora es constituir o ayudar a constituir el tribunal arbitral (por ejemplo, designando a los árbitros, decidiendo con respecto a la recusación de un árbitro, o sustituyendo a un árbitro). Entre los servicios administrativos o logísticos que pueden brindarse como paquete de servicios o en forma separada, figuran los siguientes: envío de comunicaciones escritas de una de las partes o de los árbitros; asistencia al tribunal arbitral para fijar y notificar la fecha, hora y lugar de las audiencias y otras reuniones; facilitación de salas para las audiencias o deliberaciones del tribunal arbitral; arreglos para las transcripciones estenográficas de las audiencias y la interpretación durante las mismas y, posiblemente, la traducción de los documentos; asistencia en el archivo o registro del laudo arbitral, cuando sea necesario; custodia de depósitos y administración de cuentas relativas a honorarios y gastos; y otros servicios de secretaría u oficina.

26. Salvo que las partes opten por un simple arbitraje ad hoc, puede que deseen convenir en el órgano o la persona que ha de cumplir las funciones que requieren. Entre los factores que vale la pena considerar al escoger un órgano o persona apropiados se encuentran los siguientes: disposición para cumplir las funciones requeridas; competencia, en particular con respecto a asuntos internacionales; razonabilidad de los honorarios en relación con los servicios solicitados; sede del órgano o residencia de la persona y posible limitación de sus servicios a determinada zona geográfica. Este último punto debe examinarse junto al lugar probable o convenido del arbitraje (véanse los párrafos 35 a 39 del presente capítulo). No obstante, es posible que algunas funciones (por ejemplo, la designación) no deban cumplirse necesariamente en el lugar del arbitraje, y que algunas instituciones de arbitraje estén dispuestas a prestar servicios en otros países y no sólo en el que tienen su sede.

27. En la mayoría de los casos, el procedimiento arbitral se regirá por el derecho procesal del país donde se sustancie. Muchos Estados tienen leyes que rigen distintos aspectos del procedimiento arbitral. Algunas disposiciones de estas leyes son imperativas, otras no. Al escoger el lugar del arbitraje, puede que las partes deseen considerar hasta qué punto la ley del lugar de que se trate reconoce las necesidades y características especiales del arbitraje comercial internacional y, sobre todo, si es suficientemente liberal como para que las partes puedan adaptar las normas procesales a sus necesidades y deseos

particulares, asegurando, al mismo tiempo, la equidad y eficacia del procedimiento. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje 3/ ha impulsado y fortalecido una reciente tendencia en esta dirección, perceptible en la legislación moderna de algunos Estados. La Ley Modelo está siendo aceptada por un número cada vez mayor de Estados de distintas regiones, con diferentes sistemas jurídicos y económicos.

28. Dado que las normas procesales de las leyes sobre arbitraje vigentes en algunos Estados no siempre se adaptan a las características y necesidades especiales del arbitraje comercial internacional y que, en todo caso, esas leyes no contienen normas que prevean todas las cuestiones procesales que se pueden plantear en relación con el procedimiento arbitral, puede que las partes deseen adoptar un conjunto de normas de arbitraje para que rija el procedimiento arbitral. Si las partes deciden que los arbitrajes que tengan lugar entre ellas sean administrados por una institución, es posible que dicha institución les exija que apliquen sus propias normas, y que se niegue a entender en el caso si las partes han modificado disposiciones de normas que la institución considera fundamentales para su sistema de arbitraje. Pero la mayoría de las instituciones de arbitraje ofrecen una opción entre dos, o algunas veces más, conjuntos de normas, y a menudo permiten a las partes que modifiquen algunas de esas normas. Si la institución no exige a las partes que apliquen determinado conjunto de normas de arbitraje o que elijan entre determinados conjuntos de normas, o si las partes optan por el arbitraje ad hoc, podrán elegir libremente un conjunto de normas. Al escoger un conjunto de normas procesales, puede que las partes deseen considerar su adaptabilidad a los casos internacionales, así como si el procedimiento que prevé resulta aceptable.

29. Entre los numerosos reglamentos de arbitraje promulgados por organizaciones internacionales o instituciones de arbitraje, merece especial atención el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 4/. Ese reglamento contiene un régimen satisfactorio para todas las etapas del procedimiento arbitral desde el inicio de las actuaciones y la determinación de la composición del tribunal arbitral a la emisión del laudo. Este reglamento ha resultado aceptable para diversos sistemas jurídicos, sociales y económicos, y se conoce y aplica en todas las regiones del mundo. Las partes pueden remitirse a él tanto en los arbitrajes ad hoc como en los arbitrajes donde intervenga una autoridad nominadora, que esté o que no esté encargada de prestar servicios administrativos adicionales. Un gran número de instituciones de arbitraje de todas las regiones del mundo han adoptado este Reglamento como conjunto de normas propias que aplican a los casos internacionales, o se han ofrecido para actuar como autoridad nominadora aplicando el Reglamento. La mayoría proporciona servicios administrativos en los arbitrajes que se sustancian conforme al Reglamento de la CNUDMI.

30. Cuando el reglamento de arbitraje por el que vaya a regirse el arbitraje a tenor del acuerdo de comercio compensatorio contenga su propia cláusula modelo compromisoria, o cuando la institución de arbitraje sugiera algún modelo de cláusula compromisoria, el empleo por las partes de esa cláusula podría dar mayor certeza y eficacia a la cláusula compromisoria. Algunos modelos de cláusula invitan a las partes a que solucionen de común acuerdo algunas cuestiones prácticas, como pudiera ser la de si ha de intervenir una autoridad nominadora, el número de los árbitros (véanse los párrafos 31 a 33

del presente capítulo), la designación de los árbitros (véase el párrafo 34 del presente capítulo), el lugar del arbitraje (véanse los párrafos 35 a 39 del presente capítulo) y el idioma o los idiomas que han de utilizarse en el procedimiento arbitral (véanse los párrafos 40 y 41 del presente capítulo) 5/.

3. Número de árbitros

31. Puede que las partes deseen indicar en la cláusula compromisoria el número de árbitros que han de integrar el tribunal arbitral. Si no lo hacen, el número, o la forma en la que ha de fijarse, será el previsto en las normas de arbitraje que hayan elegido o, en algunos casos, en la ley de arbitraje aplicable. Si las partes estipulan el número de árbitros, pueden asegurarse de que ese número responda a sus necesidades y deseos, y habrá certeza en lo tocante a ese aspecto del proceso de designación. Pero deben tener en cuenta que algunas leyes nacionales limitan la libertad de las partes de convenir en el número de árbitros, por ejemplo, prohibiendo que el número de los árbitros sea par.

32. Además de las posibles limitaciones jurídicas que se acaban de mencionar, las consideraciones relativas al número de árbitros tienen fundamentalmente un carácter práctico. A fin de asegurar que el procedimiento arbitral y la adopción de decisiones procedan en forma eficaz, generalmente conviene indicar un número impar, esto es, uno o tres, aunque en la práctica las partes, en algunas ocasiones, indican grupos de dos miembros, utilizando también un mecanismo para recurrir a un tercer árbitro para que dirima cualquier dificultad que surja entre los otros dos.

33. En lo concerniente a si debe indicarse uno o tres árbitros, puede que las partes deseen tener en cuenta que el procedimiento arbitral dirigido por un solo árbitro suele resultar menos costoso y, en general, más rápido que el procedimiento donde hay que pagar los honorarios de tres árbitros y adaptar sus respectivos programas. Por otra parte, tres árbitros aportarían más conocimientos y experiencia técnica al procedimiento. Dado que pueden requerirse pericia y experiencias de distintos tipos, pueden preverse diferentes métodos para designar los árbitros.

4. Designación de los árbitros

34. Por una parte, en un caso internacional, es posible que cada una de las partes desee elegir uno de los árbitros, que esté familiarizado con el medio económico y jurídico en que la parte opere. En consecuencia, las partes podrían convenir en un método por el que cada una de ellas designe uno de los árbitros, y que los dos así designados elijan al tercero, o bien que lo elija una autoridad nominadora. Por otra parte, en controversias complejas que involucren cuestiones jurídicas, técnicas y económicas, puede resultar sumamente conveniente contar con árbitros competentes y con pericia suficiente en las materias de que se trate. Si las partes asignan a este aspecto especial importancia, puede que deseen confiar a una autoridad nominadora la designación de los tres árbitros y, tal vez, especificar la competencia o pericia que deben tener los árbitros.

5. Lugar del arbitraje

35. Puede que las partes deseen indicar en la cláusula compromisoria el lugar donde se sustanciará el procedimiento y se dictará el laudo arbitral. La elección de un lugar de arbitraje adecuado puede ser decisiva para el funcionamiento del proceso arbitral así como para la ejecución del laudo arbitral. Para elegir el lugar del arbitraje pueden ser importantes las siguientes consideraciones.

36. En primer lugar, las partes pueden considerar conveniente elegir el lugar del arbitraje teniendo en cuenta la posibilidad de que el laudo dictado en ese lugar sea ejecutable en los países donde las partes tengan su domicilio comercial o principales mercancías. En muchos Estados, los laudos extranjeros son fácilmente ejecutables sólo en virtud de tratados multilaterales o bilaterales y, a menudo, sobre la base de la reciprocidad. En algunos Estados la ejecución es posible conforme a leyes que prevén la ejecución recíproca de los laudos dictados en algunos otros Estados. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) 2/, en la que son partes un gran número de Estados, permite que el Estado Contratante declare que aplicará únicamente la Convención al reconocimiento y la ejecución de aquellos laudos que hayan sido dictados en el territorio de algún otro Estado Contratante (art. I(3)). Más de la mitad de los Estados partes en esta Convención han hecho esa declaración. En consecuencia, las partes tal vez deseen seleccionar, en su cláusula compromisoria, un lugar de arbitraje situado en el territorio de un Estado que sea parte en la Convención o que haya concertado algún otro acuerdo de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales con aquellos Estados en los que pueda ser solicitada su ejecución en algún momento ulterior.

37. En segundo lugar, las partes pueden considerar conveniente elegir un lugar cuya ley de arbitraje proporcione un marco jurídico adecuado para casos internacionales. Algunas leyes sobre arbitraje podrían resultar inadecuadas, por ejemplo, porque limitan indebidamente la autonomía de las partes o no contienen un marco procesal amplio que asegure un procedimiento eficaz y equitativo.

38. Entre las consideraciones de carácter más práctico figuran las siguientes: la conveniencia de las partes y de las demás personas que intervengan en el procedimiento; la disponibilidad de los servicios necesarios, entre ellos, salas de reunión, servicios de apoyo y comunicación; la disponibilidad de servicios administrativos de una institución arbitral o una cámara de comercio, si las partes lo desean; los costos y gastos pertinentes, incluso gastos de viaje y alojamiento, salas de reunión y servicios de apoyo; la posibilidad de que el asesor jurídico de las partes las represente sin que tengan que contratar abogados locales. Otra consideración que ha de tenerse en cuenta es que puede resultar conveniente que el procedimiento arbitral se celebre en un lugar vecino al objeto de la controversia.

39. Otras consideraciones aún llevan con frecuencia a las partes a convenir en un lugar que no se encuentra en los Estados en los que tienen su domicilio comercial. Por ejemplo, las partes pueden elegir un tercer Estado porque cada una de ellas puede tener desconfianza de que el arbitraje se celebre en el país de la otra parte; es posible que sospeche que la parte en cuyo Estado se

sustancie el procedimiento se beneficie gracias al medio jurídico y psicológico familiar y a otras circunstancias que le faciliten la exposición de su pretensión.

6. Idioma de las actuaciones

40. Puede que las partes también deseen indicar el idioma que ha de emplearse en el procedimiento arbitral. La elección del idioma puede influir en la buena marcha del proceso así como en su costo. Siempre que sea posible, conviene especificar un solo idioma, por ejemplo, el idioma en que se redactaron los documentos relativos a la operación. Si se indica más de un idioma, en general, los costos de traducción e interpretación de un idioma al otro se consideran parte de los costos del arbitraje y se prorratan en la misma forma que los demás.

41. Puede que las partes deseen indicar los tipos de documentos o comunicaciones que deben presentarse en determinado idioma o traducirse a ese idioma. Por ejemplo, pueden exigir que los alegatos escritos, testimonios orales en las audiencias y todo laudo, decisión u otra comunicación del tribunal arbitral se hagan en determinado idioma. El tribunal puede tener la facultad discrecional de decidir si debe traducirse la prueba documental y hasta qué punto. Esa facultad podría ser conveniente dado que los documentos presentados por las partes pueden ser voluminosos y que tal vez sólo una parte del documento sea pertinente a la controversia.

E. Vía judicial

42. Si las partes no acuerdan remitir sus controversias al arbitraje, aquellas que no puedan solucionarse mediante negociación o conciliación tendrán que solucionarse por la vía judicial. Es posible que sean competentes para dirimir determinada controversia entre las partes tribunales de dos o varios países, y la forma en que se dirima la controversia difiere según el tribunal judicial que entienda en la misma. Por ejemplo, la validez y el efecto de la elección por las partes de la ley aplicable al contrato dependerá de las normas de derecho internacional privado vigentes en el país del tribunal judicial que entienda en la controversia (véase el capítulo XIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 12).

43. Es posible reducir la incertidumbre que se plantea cuando más de un tribunal judicial es competente para entender en una controversia mediante una cláusula de competencia exclusiva por la que se obligue a las partes a someter las controversias que surjan entre ellas a un tribunal judicial determinado, de determinado lugar, en determinado país. Pero las partes deben recordar que en muchos ordenamientos jurídicos, la cláusula que confiere competencia exclusiva a un tribunal judicial sólo será válida si, sin necesidad de esa cláusula, el tribunal escogido sería competente para conocer de las controversias que se le someten en virtud de la cláusula. Por consiguiente, al escoger un tribunal, las partes deben cerciorarse de que sea jurídicamente competente para dirimir los tipos de controversias que han de someterle. Es aconsejable que la cláusula especifique determinado tribunal en determinado país, y no que se remita simplemente a "un tribunal competente" en ese país, a fin de evitar cuestiones relativas a cuál tribunal habrá de decidir

determinada controversia. La cláusula podrá estipular los tipos de controversias que se registrarán por ella, de manera similar a la indicación que se incluye en un acuerdo de arbitraje (véase el párrafo 19 del presente capítulo).

44. Al someter las controversias a los tribunales judiciales de determinado Estado, las partes deben tener presente hasta qué punto podrá exigirse la ejecución de la decisión judicial dictada en ese Estado en sus respectivos países, o en algún otro donde sea probable que pueda ser exigida esa ejecución (véase el párrafo 36 del presente capítulo).

45. Si bien una cláusula de competencia exclusiva puede reducir la incertidumbre con respecto a cuestiones tales como la ley aplicable y la ejecución de una decisión, y puede facilitar la solución multilateral de controversias (véanse los párrafos 50 a 53 del presente capítulo), también puede tener algunos inconvenientes. Si se concede competencia exclusiva a un tribunal del país de una de las partes y la cláusula de competencia exclusiva es nula conforme a la ley del país del tribunal escogido, pero válida conforme a la ley del país de la otra parte, la iniciación del procedimiento judicial en cualquiera de esos países podría plantear dificultades. Esas dificultades podrían agravarse si las partes confieren competencia exclusiva a un tribunal de un tercer país.

F. Solución de controversias en las operaciones con múltiples contratos y múltiples partes

46. La operaciones de comercio compensatorio a menudo involucran varios contratos en ambas direcciones, además del acuerdo de comercio compensatorio. En esas operaciones multicontractuales, puede que las partes deseen considerar si será conveniente convenir en un único órgano para la solución de todas las controversias que puedan plantearse en la operación, esto es, el mismo conciliador, un tribunal arbitral o un tribunal judicial. Si las partes optan por el arbitraje o la conciliación, tal vez deseen convenir en que el tribunal arbitral o el conciliador designados para solucionar la primera controversia que se plantee, será designado también para solucionar las controversias que luego puedan plantearse en la operación de comercio compensatorio. Si las controversias han de solucionarse por vía judicial, es posible que las partes deseen reconocer competencia exclusiva a determinado tribunal (véanse los párrafos 43 a 45 del presente capítulo).

47. La elección de un órgano único para solucionar controversias resultará útil cuando las controversias que han de resolverse planteen cuestiones análogas de hecho o de derecho. De esta manera puede fomentarse la economía y la eficiencia en la solución de controversias, facilitarse la fusión de procedimientos de solución de controversias y disminuirse la posibilidad de que se dicten decisiones incompatibles. Incluso si surgen controversias en el marco de la operación de comercio compensatorio que no planteen cuestiones análogas de hecho o de derecho, puede convenir la elección de un único órgano para su solución pues de esa manera disminuiría el costo del asesoramiento jurídico para las partes y se facilitaría la administración de la operación.

48. No obstante, puede haber casos en los que las partes convengan en someter las controversias que surjan en virtud de determinado contrato de suministro a determinado órgano de solución de controversias, mientras que decidan someter las controversias resultantes de otros contratos a un órgano distinto. Por ejemplo, puede darse esta circunstancia cuando sea habitual en la práctica de las partes o del comercio, o lo requieran normas imperativas, que determinado contrato de suministro deba someterse a determinado método u órgano de solución de controversias, y las partes no deseen presentar los demás contratos de la operación al mismo método u órgano.

49. La posibilidad de que surjan controversias a raíz de más de un contrato en las que se planteen cuestiones análogas de hecho o de derecho puede darse en varios casos. Uno de ellos es aquel en que el objeto de los contratos de suministro en una dirección esté relacionado con el objeto de los contratos de suministro en la otra dirección. Esto puede suceder, por ejemplo, en una venta de instalaciones con pacto de compra de productos (buy-back) en la que una controversia con respecto a la calidad de las mercancías contraexportadas, fabricadas con equipo suministrado en el contrato de exportación, esté relacionada con otra controversia relativa a la calidad de ese equipo. Asimismo, en una compensación industrial directa, en la que las mercancías suministradas en una dirección se incorporen a las mercancías suministradas en la otra dirección, una controversia relativa a la calidad o al momento de la entrega de las mercancías en una dirección puede guardar relación con otra controversia relativa a la calidad o al momento de la entrega de las mercancías en la otra dirección. Otro caso en el que pueden surgir controversias relacionadas entre sí, es aquel en que el acuerdo de comercio compensatorio establece un mecanismo de pagos vinculados, en virtud del cual las utilidades generadas por la expedición de mercancías en una dirección han de utilizarse para pagar la expedición de mercancías en la otra dirección (véase el capítulo VIII, "Pago"). Por ejemplo, cuando el importador, de conformidad con el acuerdo de comercio compensatorio, retiene las utilidades obtenidas con el contrato de exportación, la controversia que surja con respecto a la responsabilidad resultante de la no celebración del contrato de contraexportación puede dar lugar a otra controversia concerniente a la transferencia de las utilidades del contrato de exportación al exportador. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio prevea la compensación de las reclamaciones de pago recíprocas dimanantes de los contratos de suministro en ambas direcciones, la controversia relativa a la liquidación de los saldos pendientes puede entrañar cuestiones tanto de hecho como de derecho pertinentes a los contratos de suministro en ambas direcciones. Otra situación en la que pueden surgir controversias relacionadas es aquella en la que el acuerdo de comercio compensatorio prevea que un problema en la celebración o ejecución de los contratos de suministro en una dirección ha de repercutir en las obligaciones de las partes con respecto a la celebración o ejecución de los contratos de suministro en la otra dirección (véase el capítulo XII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 37 a 61).

50. Es posible que surjan controversias en una operación de comercio compensatorio que involucren o afecten no solamente al exportador y al importador, sino también a otras partes, en particular a terceros que intervengan en la operación como compradores o proveedores de las mercancías objeto de comercio compensatorio (véase el párrafo 10 del presente capítulo).

Por ejemplo, cuando hay una controversia entre el contraexportador y la parte inicialmente obligada a comprar acerca de si se exigirá una indemnización pactada por no haberse comprado las mercancías según lo convenido, el tercero comprador contratado por la parte inicialmente obligada a comprar esas mercancías estará interesada en la controversia si hubiese convenido con la parte inicialmente obligada a comprar una cláusula "de exoneración de la responsabilidad" (véase el capítulo VII, "Participación de terceros", párrafo 37). Asimismo, la parte inicialmente obligada a comprar estará interesada en el resultado de la controversia entre el tercero comprador y el contraexportador, cuando la parte inicialmente obligada a comprar siga siendo responsable del cumplimiento del compromiso de compensación a pesar de la contratación de un tercero comprador. Otro ejemplo de una controversia entre múltiples partes sería el caso en que la parte inicialmente comprometida a comprar y el tercero comprador sean responsables frente al proveedor por el cumplimiento del compromiso de compensación, y el proveedor decida entablar una acción contra ambos.

51. En los tipos de casos indicados en el párrafo precedente, tal vez convenga dirimir todas las cuestiones conexas en un mismo proceso. De esa manera se evitarían decisiones incompatibles, se facilitaría la sustanciación de las pruebas y se disminuiría el costo. No obstante, los procesos multilaterales generalmente son más complejos y menos fáciles de tramitar, y es posible que a las partes les resulte más difícil presentar y argumentar sus pretensiones en esos procesos.

52. En muchos ordenamientos jurídicos se prevé un método para que las controversias en las que intervengan varias partes se resuelvan en un mismo proceso judicial multilateral. A fin de que las controversias en las que intervienen varias partes se resuelvan en un solo proceso judicial multilateral, puede que convenga que los contratos relacionados contengan una cláusula por la que se confiera competencia exclusiva a un tribunal judicial, que esté habilitado para entender de causas multilaterales (véanse los párrafos 43 a 45 del presente capítulo).

53. El recurso a un arbitraje multilateral sólo suele ser posible cuando todas las partes que hayan de intervenir celebren un acuerdo de arbitraje por el que sometan su controversia al mismo grupo de árbitros. Las partes tal vez deseen celebrar ese tipo de acuerdo compromisorio multilateral al iniciar la operación; también pueden decidir hacerlo una vez que surja la controversia, cuando por las circunstancias del caso consideren útil el arbitraje multilateral. En algunos Estados, cuando ha surgido una controversia, los tribunales pueden ayudar a las partes a aplicar el acuerdo de arbitraje multilateral dirimiendo cuestiones procesales sobre las que las partes no puedan llegar a un acuerdo (por ejemplo, la cuestión de si la cláusula compromisoria multilateral es aplicable a un determinado aspecto, el nombramiento de un único tribunal arbitral, o la determinación del lugar del arbitraje). También hay Estados en los que los tribunales, bajo ciertas condiciones, pueden ordenar la fusión de dos o más causas arbitrales en un único arbitraje, aun cuando no todas las partes interesadas hayan convenido en someter sus controversias a un único grupo de árbitros. No obstante, cabe dudar de que el laudo dictado en un arbitraje que hubiera sido fusionado por orden judicial sea ejecutorio frente a una parte que no haya dado su consentimiento a esa fusión procesal.

Notas

1/ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/35/17), párr. 106. Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación con el siguiente texto:

"Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor".

En algunos casos tal vez convenga aplicar algún otro reglamento de conciliación.

2/ Naciones Unidas, Treaties Series, vol. 330, N° 4739.

3/ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/40/17), párr. 332 y Anexo I.

4/ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/31/17), párr. 57.

5/ Existe cierto número de modelos de cláusula compromisoria. Por lo general, será aconsejable utilizar la cláusula modelo correspondiente al reglamento de arbitraje seleccionado. En el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se recomienda la siguiente cláusula:

"Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

Nota: Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la persona o instituto);
- b) El número de árbitros será de ... (uno o tres);
- c) El lugar de arbitraje será ... (ciudad o país);
- d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) ...".

Anexo

TEXTOS JURIDICOS A LOS QUE SE HACE REFERENCIA EN LA GUIA JURIDICA

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fue aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Arbitraje Comercial Internacional el día 10 de junio de 1958 (Naciones Unidas, Treaty Series, Vol. 330, pág. 38, N° 4739). También en Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional, Volumen II (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.73.V.3).

INCOTERMS

Las cláusulas comerciales INCOTERMS 1990 han sido formuladas por la Cámara de Comercio Internacional y figuran en la publicación N° 460 de la CCI. La CNUDMI encomió el empleo de las INCOTERMS 1990 en las operaciones de compraventa internacionales (Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25° período de sesiones, 4 a 22 de mayo de 1992, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/47/17), párr. 161).

"Convención sobre la Prescripción"

El nombre completo de este instrumento es Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías enmendada por el Protocolo por el que se enmienda la convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías. Esta Convención fue aprobada en Nueva York el 14 de junio de 1974; el Protocolo fue aprobado en Viena el 11 de abril de 1980 para armonizar la Convención de 1974 con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. La Convención en su forma enmendada ha sido publicada en un folleto de las Naciones Unidas de 1990, del que existen ejemplares disponibles en la secretaría de la CNUDMI. Esta Convención será publicada igualmente en la Treaty Series, Vol. 1511, N° 26121.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue aprobado en 1976 en el noveno período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/31/17), párr. 57). El Reglamento ha sido reproducido además en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. VII: 1976, primera parte, II, A) (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.77.V.1) y en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.77.V.6). La Asamblea General recomendó el empleo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su resolución 31/98.

Reglamento de Conciliación de la CNUDMI

El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI fue aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 13° período de sesiones, celebrado en 1980 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/35/17), párr. 106). El Reglamento ha sido reproducido en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XI: 1980, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.81.V.8) y en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.81.V.6). La Asamblea General recomendó el empleo del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI en su resolución 35/52.

"Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje"

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional fue aprobada en 1985 en el 18° período de sesiones de la CNUDMI (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/40/17), párr. 332 y anexo I. Esta ley ha sido asimismo reproducida en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XVI: 1985, tercera parte, (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.87.V.4). En su resolución 40/72, la Asamblea General recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".

Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios

Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, revisión de 1983, han sido preparadas por la Cámara de Comercio Internacional y figuran en la publicación N° 400 de la CCI. Se está preparando una nueva revisión que aparecerá como publicación N° 500 de la CCI.

Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento

Las Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento fueron aprobadas por la CNUDMI en su 16° período de sesiones, celebrado en 1983 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/38/17), anexo I). Fueron asimismo reproducidas en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XIV: 1983, primera parte, I, A (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.85.V.3). En su resolución 38/135, la Asamblea General recomendó que, donde procediera, los Estados introdujeran estas normas uniformes en forma de una ley modelo o de una convención.

"Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue concertada en Viena en 1980 (Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/19)), primera parte. Esta Convención ha sido publicada asimismo en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XI: 1980, tercera parte, B (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.81.V.8) y será publicada en la Treaty Series de las Naciones Unidas, Vol. 1489, N° 25567.

INDICE

En el presente índice, las cifras romanas remiten al capítulo correspondiente de la Guía y las cifras arábigas a los párrafos de ese capítulo. Por ejemplo, "III 10" es una remisión al párrafo 10 del capítulo III "Compromiso de compensación". El símbolo "-" sustituye al texto de la correspondiente entrada principal a fin de no tener que repetirlo en las subentradas.

Acuerdo de comercio compensatorio

cláusula en el - relativa a la interdependencia de las obligaciones en una operación de comercio compensatorio
contenido del - II 24-42
coordinación entre el - y un contrato por el que se designe a un tercero VII 24-27
definición del - I 24
ley aplicable al - XIII 8-11

Acuerdo interbancario III 74; VIII 42, 47, 51, 60, 61; XIII 1

Adicionalidad III 5, 6; V 13

Arbitraje

- ad hoc XIV 24-26
- ex aequo et bono XI 23
- institucional XIV 24-26
cláusula compromisoria XIV 18-23
cláusula compromisoria modelo - XIV 30
designación de los árbitros XIV 34
idioma de las actuaciones arbitrales XIV 40, 41
lugar del - XIV 35-39
medidas provisionales o cautelares en el - XIV 20, 21
número de árbitros XIV 31-33
razones a favor y contra el - XIV, 16, 17
régimen del proceso arbitral XIV 27-29
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI XIV 29, 30
relaciones entre el - y otros métodos de resolver controversias XIV 2
tipos de - XIV 24-26

Calidad

control precontractual V 32-35
determinación legal supletoria de la - a falta de acuerdo entre las partes III 41-43
especificación de la - en el acuerdo de comercio compensatorio V 28-31

Carta de crédito contingente XI 6, 15

Cartas de crédito (véase "Pago")

Cláusula de competencia exclusiva XIV 43

Cláusula de exoneración de responsabilidad VII 37; VII 51; IX 24; X 11, 20
XIV 50

Cláusula de indización (véase "Precio")Comercio compensatorio entre más de dos partes

descripción del - VII 53-58
pago en el - VIII 66-77
solución de controversias en el - XIV 50-53

Compensación industrial I 17; II 16; III 3, 6, 18, 28, 30, 35, 62; IV 5;
V 16, 24; VII 41, 45, 47, 55; VIII 5; XII 51, 53; XIII 8, 26, 27; XIV 49

Compra anticipada VIII 9

Compra compensatoria I 15; II 16; III 3, 14; XII 37, 50, 51, 56; XIII 8, 27

Compromiso de compensación

- cubierto por una cláusula penal o de indemnización pactada X 1
- de "hacer lo posible" - III 2; VII 19
- de un tercero VII 6
- "en firme" III 2; VII 19
definición del - I 25; II 29; III 1, 2
definición del contrato de suministro computable para el cumplimiento del - III 24-33
cuantía del - III 3-6
fase en la que se cumple el - III 7-9
impugnabilidad del incumplimiento del - XII 6-12
plazo para el cumplimiento del - III 10-23
reducción del - V 10, 11; XII 6-10
subperíodos del plazo de cumplimiento del - III 20-23
supervisión y expediente del cumplimiento del - III 61-74

Conciliación

características de la - XIV 12, 13
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI XIV 14

Conflicto de leyes (véase "Elección de la ley aplicable")

Conocimientos de fabricación

confidencialidad de los - V 21, 22
transferencia de - V 19, 20

Contrato

definición de - de suministro, - de exportación, - de importación, - de exportación compensatoria y - de importación compensatoria - I 27

Contrato de contraexportación

(véase "contrato de exportación compensatoria")

Contrato de contraimportación

(véase "contrato de importación compensatoria")

Contrato de suministro

definición del - I 26
definición del - computable III 24-33
determinación de las condiciones del futuro - III 38-60
efecto del incumplimiento de la obligación de concertar o ejecutar
el - XII 37-61
ley aplicable al - XIII 8-11

Crédito de cumplimiento

cálculo del - III 34-37
transferencia del - VII 8

Cuantía de las mercancías V 36-42Cuenta bloqueada (véase "Pago")Cuenta de compensación (véase "Pago")Cuenta probatoria III 68-74Cumplimiento del compromiso de compensación (véase "Compromiso de compensación")Daños XII 11, 12 (véase también "Pago de una suma convenida")Definición de ciertos términos

acuerdo de comercio compensatorio I 24
cartas de crédito contingente XI 6, 15
cartas de crédito cruzadas VIII 16
caución XI 1
cláusula de exoneración de la responsabilidad VII 37
cláusula de indemnización pactada X 2, 7, 9, 10
cláusula de indización VI 45
cláusula definidora de una unidad de cuenta VI 51
cláusula monetaria VI 48
cláusula penal X 2, 7, 9, 10
compensación industrial I 17
compensación de reclamaciones de pago recíprocas VIII 38, 39
compra anticipada VIII 9
compra compensatoria I 15
comprador I 18
compromiso de compensación I 25; II 29; III 1, 2
compromiso de compensación en firme III 2
compromiso de compensación denominado de intención seria (de hacer lo posible) III 2
conciliación XIV 12
contraexportador I 20
contraimportador I 19

contrato de exportación I 27
 contrato de exportación compensatoria I 27
 contrato de importación I 27
 contrato de importación compensatoria I 27
 contrato de suministro I 26
 contrato de suministro computable III 24
 contrato fusionado II 9
 crédito de cumplimiento III 34
 cuenta bloqueada VIII 15
 cuenta probatoria III 68
disagio VII 30, 33
 exportador I 19
 garantía XI 3
 garantía de cumplimiento XI
 impedimentos exonerantes XII 13
 importador I 20
 mercancías I 28
 notificaciones IV 16-20
 operación de comercio compensatorio I 1, 23
 operaciones de comercio compensatorio entre varias partes VII 53-58
 pagos vinculados VIII 1
 parte en una operación de comercio compensatorio I 18
 plazo de cumplimiento III 10
 proveedor I 18
 retención de fondos por el importador VIII 9
 revisión del precio VI 39-52
 subperíodos del plazo de cumplimiento III 20
 tercero comprador VII 4
 tercero proveedor VII 41
 trueque I 14; II 3, 4
 venta con pacto de compra I 16

Derechos y acciones de la parte agraviada por el incumplimiento del compromiso de compensación

conveniencia de estipular los - XII 4
 indemnización pactada o pena XII 12
 liberación del compromiso de compensación XII 6-10
 responsabilidad por daños XII 11

Disagio VII 30, 33

Elección de la ley aplicable

cambios legislativos y - XIII 20
 conveniencia de la - XIII 8-11
 elección de algún régimen ajeno al derecho interno XIII 13, 15
 - y jurisdicción competente XIII 3
 - y reglas de derecho imperativo XIII 4, 30-33
 elección de una sola o de más de una ley aplicable XIII 25-29
 factores en la - XIII 19
 formulaciones posibles de una cláusula de - XIII 21
 limitaciones de la autonomía contractual XIII 12

Enfoque de la contratación

contrato único II 1-10
contratos de suministro separados II 11-23

Financiamiento II 53-55

Fuerza mayor (véase "Impedimentos exonerantes")

Garante (véase "Garantía")

Garantía

cláusulas de - en un acuerdo de comercio compensatorio XI 7-9
condiciones para obtener el pago de la - XI 17-22
contra - XI 14
devolución del título de la - XI 34
duración de la - XI 31-36
efecto de la modificación o de la extinción del acuerdo de comercio compensatorio en la - XI 37-39
expiración de la - XI 31-33
- accesoria XI 4
- de pago del desequilibrio comercial eventual VIII 57; XI 40-48
- del compromiso de compensación XI 1
- del compromiso de comprar mercancías XI 1
- del compromiso de suministrar mercancías XI 1
- en una operación entre más de dos partes XI 45-47
- en una operación de trueque XI 40
- independiente XI 3
- mutua XI 48
importe de la - XI 23, 24
inicio de la validez del contrato y emisión de la - XI 28
prórroga de la - XI 35, 36
reducción del importe de la - XI 25, 26
selección del garante XI 10-16

Garantía de cumplimiento (véase "Garantía")

Guía Jurídica

cláusulas ilustrativas en la - Introducción 12, 13
estructura de la - Introducción 8-10
operaciones consideradas en la - I 1-11
origen y finalidad de la - Introducción 1-7
recomendaciones en la - Introducción 11
terminología de la - I 12-28

Impedimentos exonerantes

autonomía contractual en lo referente a los - XII 15
consecuencias de los - XII 17, 18
deber de dar aviso de los - XII 35, 36
definición de los - XII 13
definición de los - en el acuerdo de comercio compensatorio XII 19-34

Incumplimiento del deber de concertar o ejecutar un contrato de suministro
(véase "Contrato de suministro")

Indemnización pactada (véase "Pago de una suma convenida")

Interdependencia de las obligaciones en una operación de comercio compensatorio XII 37-61

comercio compensatorio entre más de dos partes VIII 72, 73; XII 38
enfoque de la contratación II 10, 17, 18, 19
estructura de la operación de comercio compensatorio y la - XII 41
jurisprudencia sobre la - XII 42

Intereses V 26; VIII 13, 18, 23, 25, 26, 49, 59, 60

Inversión

la - en cuanto objeto del compromiso de compensación V 24-26

Ley (véase "Elección de la ley aplicable")

Ley aplicable (véase "Elección de la ley aplicable")

Licencias de tecnología (véase "Tecnología")

Mercancías

calidad de las - III 41-43; V 27-35; VII 24
cantidad de las - V 36-42; VII 24
efecto de la no disponibilidad de las - en el compromiso de compensación
V 10; XII 7
lista de posibles - V 7-14
origen y proveedor de las - III 28-31; V 4
promesa de disponibilidad de las - V 8-10; VII 25
reglamentaciones jurídicas aplicables a la selección de las - V 3-6
selección de los tipos de las - V 3-14; VII 24

Moneda

cláusula monetaria VI 48-50
- de pago VIII 58
- del precio VI 7-10

Negociación

- como método para la solución de controversias XIV 8-11
- para la determinación de las cláusulas de un futuro contrato de
suministro III 57-60
- para la determinación del precio VI 21-24

Notificación

definición de la - IV 23
dirección a efectos de la - IV 13, 19
efectos de la - IV 18

- forma de la - IV 17
- incumplimiento del deber de notificar IV 20
- de impedimentos exonerantes XII 35,36
- de la intención de reclamar el pago de la garantía XI 19
- de los resultados de la inspección V 34

Observaciones sobre la redacción

- definición de los principales términos IV 21-24
- empleo de uno o más idiomas IV 10-12
- exposición de motivos IV 8
- jerarquía de los documentos IV 4, 5
- ley aplicable IV 6
- notificaciones IV 16-20

Operación de comercio compensatorio

- definición de la - I 1, 23
- estructura de la - II 1-23
- idioma de la - IV 10-12
- interdependencia de las obligaciones en la - XII 37-61
- tipos de - I 13-17

Pago

- cartas de crédito cruzadas VIII 31-37
- comisiones y gastos bancarios VII 65
- compensación de las reclamaciones de pago recíprocas VIII 38-57
- consideraciones financieras sobre el método de los pagos vinculados VIII 3-6
- cuenta de garantía bloqueada VIII 15
- cuenta fiduciaria IV 6; VIII 15, 19
- cuentas bloqueadas VIII 19-30
- cuentas de compensación entre autoridades bancarias estatales VIII 44
- mecanismos de pagos vinculados VIII 1-77
- modalidad de pagos separados VIII 1
- moneda de - VIII 58
- de derechos de propiedad industrial VI 33
- de una suma global por la transferencia de tecnología VI 33
- en el marco de una operación de comercio compensatorio entre más de dos partes VIII 66-77
- retención de fondos por el portador VIII 9-13
- "trust account" IV 6; VIII 10, 15, 19

Pago de una suma convenida ("indemnización pactada" o "pena")

- características del - X 2, 9, 10
- cláusula de - en garantía del compromiso del comprador X 5
- cláusula de - en garantía del compromiso del proveedor X 5
- cláusula de - y los impedimentos exonerantes X 8
- cobro de la suma convenida X 24-27
- cuantía de la suma convenida X 17-23
- deducción de la suma convenida X 26
- efecto del - X 13-16

garantía del - X 27
 - por demora en el incumplimiento del compromiso de compensación X 3, 13
 - por el incumplimiento del compromiso de compensación X 3, 13
 - por un tercero X 11, 20
 régimen jurídico de las cláusulas de - X 7
 relación entre el - y la indemnización por daños X 12
 rescisión del compromiso de compensación y cláusula de - X 28, 29

Patentes V 17

Pena (véase "Pago de una suma convenida")

Prácticas comerciales restrictivas IX 3

Precio

cálculo del crédito de cumplimiento III 34
 cláusula de indización VI 45-47
 cláusula definidora de una unidad de cuenta VI 51, 52
 cláusula monetaria VI 48-50
 determinación del precio en el acuerdo de comercio compensatorio II 31
 determinación diferida VI 2
 determinación mediante aplicación de alguna norma comercial VI 11-20
 determinación mediante aplicación de alguna regla de derecho supletoria
 III 41, 42
 determinación por un tercero VI 25, 26
 determinación por una de las partes VI 27
 determinación por vía de negociación VI 21-24
 momento de fijación del - V 5
 moneda del - VI 7-10; VIII 58
 - de los servicios VI 28-31
 - en una operación de trueque II 3, 4; VI 3
 - mínimo de reventa IX 17-20
 - por la transferencia de tecnología VI 32-38
 revisión del - VI 39-52

Reglamentos nacionales I 9, 10; II 45; III 3, 28, 69; V 3, 4, 29; VI 3, 8;
 VII 8; VIII 6; IX 3; XII 13; XIII 30-33

Restricciones (véase también "Reglamentos nacionales")

reglamentaciones imperativas relativas a las - XIII 30-32
 - de comercialización impuestas al proveedor de las mercancías
 compensatorias IX 8
 - de reventa de las mercancías compensatorias XIII 32; VII 27; IX 1-26

Restricciones de reventa

aplicación de las - a terceros compradores IX 23, 24
 deber de consultar o de informar IX 9, 10
 efectos comerciales de las - IX 4
 límites reglamentarios de las - IX 3
 - por razón de la clientela IX 15
 - que la supeditan al consentimiento del proveedor IX 16
 - relativas al envasado y marcado de las mercancías IX 21, 22

- relativas al precio de reventa IX 17-20
- relativas al seguro de responsabilidad del producto IX 14
- relativas al territorio de reventa IX 16
- revisión de las - IX 25, 26

Restricciones de reventa relativas al envasado y a las marcas comerciales IX 21, 22

Restricciones territoriales de la reventa (véase "Restricciones de la reventa")

Retención de fondos por el importador (véase también "Pago") VIII 9-13

Revisión del precio

- en aplicación de la cláusula inicial para la determinación del precio VI 44
- en aplicación de una cláusula monetaria VI 48-50
- en aplicación de una cláusula de indización VI 45-47
- en aplicación de una cláusula definidora de una unidad de cuenta VI 51, 52
- por alguna fluctuación en el tipo de cambio VI 48-52

Seguro

- prima del - como gasto computable para el crédito de cumplimiento III 34
- prima del - como componente del precio VI 4, 16, 35; IX 19
- de responsabilidad por el producto IX 14
- del crédito a la exportación II 43-52; XII 50
- del crédito al proveedor II 54
- en una operación de trueque II 7

Servicios

- determinación del precio de los - VI 28-31
- los - como objeto del acuerdo de comercio compensatorio V 15

Sociedad de comercio exterior V 12; VII 4

Solución de las controversias

- determinación de las cláusulas de algún futuro contrato y - XIV 3
- métodos de - XIV 2
- mediante conciliación XIV 2, 12-15
- mediante negociación XIV 2, 8-11
- entre varias partes XIV 50-53
- por arbitraje XIV 2, 16-41
- por vía judicial XIV 42-45
- referentes a varios contratos XIV 46-49

Tecnología

- determinación del precio de una transferencia de - VI 32-38
- la - como objeto del acuerdo de comercio compensatorio V 16-23

Tercero

designación de un - para la compra de mercancías VII 4-40
designación de un - para el suministro de mercancías VII 41-52
exclusividad del mandato del - comprador VII 38-40
remuneración del - VII 30-36
responsabilidad del - por el cumplimiento del compromiso de compensación
VII 17-20
selección del - comprador VII 9-16
selección del - proveedor VII 45-52

Trueque I 14; II 3-9, 52; VI 3; X 10; XI 40; XIII 26, 27

Unidad de cuenta VIII 58

cláusula definidora de la - VI 51, 52

Venta con pacto de compra I 16, 17; II 16; III 3, 4, 11, 35; IV 5; V 16, 38,
42; VI 5, 18; VII 54; VIII 5, XII 50, 51, 53, 56, 61; XIII 27; XIV 49

Vía judicial XIV 42-45