

III. COMERCIO COMPENSATORIO INTERNACIONAL

Comercio compensatorio internacional: estudio preliminar de las cuestiones jurídicas del comercio compensatorio internacional: informe del Secretario General (A/CN.9/302) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-3
<i>Capítulo</i>	
I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO DE ESTE ESTUDIO	4-27
A. Descripción del tema objeto de estudio	4-7
a) Definición de la operación de comercio compensatorio	4-5
b) Objetivos comerciales del comercio compensatorio internacional	6
c) Difusión del comercio compensatorio en el comercio internacional	7
B. Alcance del presente estudio	8-14
a) Reglamentación pública de este comercio	9-11
b) Derecho privado	12-14
C. Universalidad de la solución buscada	15-19
D. Terminología	20-25
a) Partes en una operación de comercio compensatorio	22-23
b) Contratos utilizados en el comercio compensatorio	24
c) Objeto del comercio compensatorio	25
E. Fuentes de información	26-27
II. PLANTEAMIENTOS CONTRACTUALES DEL COMERCIO COMPENSATORIO	28-40
A. Contrato de trueque	30-34
B. Contratos correlativos	35-37
C. Contrato unificado	38-39
D. Acuerdo de comercio compensatorio	40
III. PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO INCOMPLETO	41-62
A. Elementos contractuales por concertar	46-49
B. Procedimientos para perfeccionar el contrato	50-62
a) La norma de referencia	53-54
b) La determinación de un elemento del contrato por una de las partes en el contrato	55-57
c) El acuerdo de negociar	58-61
d) La determinación por un tercero de un elemento del contrato	62
IV. ESTIPULACIONES DEL ACUERDO DEL COMERCIO COMPENSATORIO RELATIVAS AL CONTENIDO DEL CONTRATO QUE HAYA DE CONCERTARSE	63-89
A. Tipo de mercaderías	64-68
B. Calidad de las mercaderías	69-71
C. Cantidad de mercaderías	72
D. Alcance del compromiso compensatorio	73-75

	<i>Párrafos</i>
E. Precio de las mercaderías	76-89
a) Procedimiento para la fijación del precio	76-83
b) Algunas cuestiones que habrán de resolverse en una cláusula de precio de referencia	84-87
c) Moneda y procedimiento de pago	88-89
IV. RELACIONES ENTRE EL CONTRATO DE EXPORTACIÓN, EL COMPROMISO DE COMERCIO COMPENSATORIO Y EL CONTRATO DE EXPORTACIÓN COMPENSATORIA	90-110
A. Incumplimiento del contrato de exportación	93-95
B. Incumplimiento del compromiso de comercio compensatorio	96-100
C. Exportación compensatoria y extinción del compromiso de comercio compensatorio	101-105
a) Existencia de la exportación compensatoria	101
b) Ausencia de una exportación compensatoria	102-105
D. Redacción de contratos que expresen la relación deseada	106-110
VI. CONCLUSIÓN	111-113

INTRODUCCIÓN

1. En su 11.º período de sesiones (1978), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema del trueque o la permuta internacional (A/33/17, párrs. 67-69)¹. En su 12.º período de sesiones (1979), la Comisión, tras haber examinado el informe del Secretario General titulado "Permuta o cambio en el comercio internacional" (A/CN.9/159), adoptó el parecer de que las operaciones afines al trueque adoptaban formas demasiado diversas para su reglamentación a través de unas normas uniformes. Pidió, sin embargo, a su secretaría que incluyera en los estudios efectuados por aquel entonces en materia de prácticas contractuales el examen de las cláusulas de particular importancia para las operaciones del tipo del trueque. La Comisión pidió también a la secretaría que se pusiera en contacto con otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas que estuvieran efectuando estudios sobre este tipo de operaciones y que le informara sobre los trabajos emprendidos por esas organizaciones (A/34/17, párrs. 21 y 22). En su 17.º período de sesiones (1984), la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre las operaciones del tipo del trueque (A/CN.9/253). En esas deliberaciones, varias delegaciones indicaron que atribuían gran importancia a este tema, por lo que sería provechoso que se procediera a un ulterior examen del mismo. Se convino en que la Comisión considerara, a la luz de un informe que había de preparar la secretaría sobre las novedades en esta esfera, si procedía o no adoptar medidas concretas al respecto (A/39/17, párr. 132).

2. En su 19.º período de sesiones (1986) y a la luz de una nota de la Secretaría (A/CN.9/277), la Comisión

examinó su labor futura en la esfera del nuevo orden económico internacional. En el contexto de ese examen, la Comisión decidió que la secretaría presentase un estudio preliminar sobre el tema del comercio de compensación o de índole compensatoria (a fin de reflejar el uso internacional actual, se ha utilizado este término en lugar de trueque y otros términos afines) a la Comisión en uno de sus períodos de sesiones futuros (A/41/17, párr. 243).

3. El presente informe contiene el estudio preliminar que pidió la Comisión sobre las cuestiones jurídicas planteadas por el comercio compensatorio. En los párrafos 111 a 113 se examina la cuestión de si la Comisión debe o no emprender nuevos trabajos sobre este tema y, en caso afirmativo, se pregunta ¿qué debería hacer?

I. Planteamiento teórico de este estudio

A. Descripción del tema objeto de estudio

a) Definición de la operación de comercio compensatorio

4. Una operación de comercio compensatorio, en su acepción usual, es una operación compuesta en la que una primera parte suministra a otra mercaderías u otro valor económico, o se encarga de negociar para ella ese suministro, al tiempo que esa primera parte se compromete a adquirir, a cambio, bienes u otro valor económico de la segunda parte, o de una parte designada por la segunda parte, o a negociar esa adquisición, a fin de lograr una proporcionalidad convenida entre las prestaciones recíprocas de ambas partes.

5. Si bien muchas operaciones de comercio compensatorio suponen la adquisición recíproca de mercaderías,

¹Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de 11.º período de sesiones (1978), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/33/17).

algunas de estas operaciones suponen la prestación de servicios o la venta de una fábrica o de otra instalación de producción similar con el compromiso, por parte del proveedor, de comprar la totalidad o parte de la producción (operación designada habitualmente como acuerdo de retrocompra) o suponer la compra de artículos manufacturados de gran valor con el compromiso por parte del proveedor de que una porción de las piezas componentes se fabricará en el país del adquirente (operación designada habitualmente como acuerdo de compensación industrial, denominado en inglés "offset").

b) *Objetivos comerciales del comercio compensatorio internacional*

6. Diversos son los objetivos comerciales que pueden perseguirse mediante las operaciones de comercio compensatorio. Entre los objetivos más usuales cabe señalar los siguientes: en primer lugar, el comercio compensatorio puede funcionar como mecanismo de financiación al poderse utilizar el producto de la venta de exportación, cobrado o por cobrar, para financiar una importación. Este supuesto suele darse cuando la importación haya de pagarse en moneda convertible y el país del importador ande escaso de divisas. En segundo lugar, una parte que tenga dificultad en comercializar sus propios productos tal vez desee procurarse mercados para sus productos vinculando sus propias importaciones a la exportación de sus productos. En tercer lugar, cabe utilizar el comercio compensatorio como instrumento al servicio del desarrollo industrial en todos aquellos casos, por ejemplo, en que el comercio compensatorio entra a formar parte de acuerdos de cooperación industrial (acuerdos de coproducción, de especialización por productos o de empresa conjunta) o cuando se utiliza para atraer inversiones o tecnología extranjeras hacia esferas de interés para el importador.

c) *Difusión del comercio compensatorio en el comercio internacional*

7. Pueden darse circunstancias económicas que impulsen a las partes a negociar operaciones de comercio compensatorio en sistemas económicos, sociales y políticos de todo tipo. A ello se debe que una parte considerable del comercio internacional sea fruto de acuerdos de esta índole. El comercio compensatorio ha sido desde hace bastantes años un rasgo habitual del comercio entre los países socialistas de Europa oriental y los países desarrollados de Occidente. Los propios países desarrollados han recurrido también a prácticas de comercio compensatorio, especialmente en sectores con productos de tecnología avanzada y de elevado valor. En el último decenio, los países en desarrollo se han visto impelidos a recurrir al comercio compensatorio por la creciente escasez de divisas, la necesidad de mantenerse o de introducirse en los mercados internacionales y el deseo de estimular su propia industrialización. La situación parece ser en la actualidad que "el comercio compensatorio está ahora muy difundido entre los países en desarrollo y entre éstos y los países desarrollados, así como entre estos últimos entre sí. Este comercio se lleva a cabo además con independen-

cia de que se haya previsto un marco institucional al respecto, es decir, de que haya habido acuerdos entre los gobiernos."²

B. *Alcance del presente estudio*

8. Las cuestiones jurídicas que plantean las operaciones de comercio compensatorio pueden ser de dos tipos. El primer tipo son cuestiones relativas a la reglamentación pública del comercio compensatorio, mientras que el segundo tipo son cuestiones de derecho privado.

a) *Reglamentación pública de este comercio*

9. La reglamentación pública del comercio compensatorio puede efectuarse a través de reglamentos que prevean, por ejemplo, que ciertos tipos de importaciones sólo podrán pagarse mediante un acuerdo compensatorio, que ciertos tipos de productos locales no podrán ser ofrecidos como contraprestación en un acuerdo de comercio compensatorio o que los organismos comerciales del Estado deberán explorar la posibilidad de concertar operaciones compensatorias al negociar ciertos tipos de contratos. Otros reglamentos pueden referirse al marco institucional por el que habrá de canalizarse el comercio compensatorio. Por ejemplo, ha sido característico de los países con economía de planificación centralizada que el número de empresas que están autorizadas para concertar acuerdos de esta índole sea reducido y que se hayan atribuido ciertas prerrogativas para la aprobación de las operaciones de comercio compensatorio a órganos ministeriales con funciones de supervisión sobre un determinado sector.

10. Este tipo de reglamentos suelen afectar a una sola de las partes contratantes y no acostumbran a afectar directamente ni al contenido ni al efecto jurídico del contrato concertado por esa parte. En algunos supuestos, es posible que la reglamentación afecte al propio contrato, al limitar, por ejemplo, la libertad de las partes en lo referente al contenido de algún elemento del contrato.

11. Las reglamentaciones públicas de esta índole suelen estar muy influidas por la política gubernamental del país, por lo que es muy improbable que se consiga la unificación o armonización de este tipo de reglamentos. Por ello, el presente informe no intenta analizar el contenido de estos reglamentos jurídicos, pero sí hace referencia a ellos, siempre que se estime que pueden afectar a las relaciones contractuales de las partes.

b) *Derecho privado*

12. Pueden plantearse cuestiones de derecho privado, ya sea en relación con cualquier contrato por el que se rijan algún segmento de la operación compensatoria, como, por ejemplo, el suministro de determinadas

²Comercio de compensación, Nota de información de la secretaría de la UNCTAD, Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de Cooperación Económica entre Países en Desarrollo, TD/B/C.7/82, 28 de agosto de 1986, párr. 7.

mercaderías o la prestación de determinados servicios en el marco de esa operación o ya sea en relación con el acuerdo compensatorio global por el que se coordinan los diversos segmentos. Si bien los arreglos contractuales relativos a cada uno de los segmentos de la operación compensatoria suelen redactarse en la forma que convenga al objeto propio de ese segmento, por ejemplo, contratos de compraventa, de construcción, de licencia, de servicios o de trabajo, el acuerdo compensatorio global es un arreglo contractual por el que las partes convienen en unos elementos contractuales aplicables a cada uno de los segmentos de la operación y a las relaciones recíprocas entre esos segmentos.

13. La mayoría de las cuestiones de derecho privado que se suscitan en los contratos relativos a los diversos segmentos de una operación de comercio compensatorio son idénticas a las que se plantean en contratos similares concertados como operaciones independientes y autónomas. No será preciso, por ello, abordar todas esas cuestiones jurídicas en el presente estudio excepto en la medida en que su solución pueda verse afectada por la circunstancia de que la cuestión se haya planteado en el contexto de una operación de comercio compensatorio.

14. Ahora bien el acuerdo de comercio compensatorio suscita también cuestiones que son típicas del comercio compensatorio o de particular importancia para el mismo y que se solucionan por medios desarrollados en la práctica del comercio compensatorio. El presente estudio estará primordialmente centrado sobre este tipo de cuestiones.

C. *Universalidad de la solución buscada*

15. Al examinar las cuestiones de derecho privado que se suscitan en el comercio compensatorio internacional se ha de averiguar, en primer lugar, si esas cuestiones pueden ser resueltas con criterios universales o si existen particularidades regionales que imponen una solución diferenciada de las mismas. Cabe formular diversas observaciones al respecto.

16. En primer lugar, cabe señalar que está muy difundida la práctica del comercio compensatorio en una amplia gama de sectores industriales entre los países con economías de planificación centralizada de Europa oriental y países occidentales con economía de mercado. Uno de los rasgos característicos de las operaciones comerciales Este-Oeste es el recurso habitual a planteamientos y soluciones contractuales similares, similitud que a menudo se extiende a varios países. Ello se explica en gran medida por la tradición que tiene el comercio compensatorio en los países de Europa oriental, así como por haber sido encomendado este comercio en estos países a un pequeño número de organizaciones especializadas en comercio exterior y haber sido puesto bajo la supervisión de los órganos administrativos competentes, aparte de la relativa frecuencia con que se debaten las cuestiones del comercio

compensatorio Este-Oeste en publicaciones de índole comercial y jurídica.

17. En segundo lugar, cabe señalar que en el comercio entre países desarrollados con economía de mercado se recurre con menos frecuencia al comercio compensatorio que en el comercio interregional y las operaciones de índole compensatoria entre partes de este grupo de países no suelen efectuarse en la esfera de lo que cabría denominar intercambio ordinario de mercaderías. Muchas de las operaciones de comercio compensatorio concertadas entre países desarrollados con economía de mercado están relacionadas con la venta de productos especializados de tecnología avanzada y de valor excepcionalmente elevado (por ejemplo, una planta de generación de energía o aeronaves). Este tipo de operaciones de comercio compensatorio suelen adoptar la forma de operaciones de compensación industrial directa o indirecta. Pese a todo, se diría que la índole y la solución de las cuestiones de derecho privado que se plantean en el comercio compensatorio entre partes de países desarrollados con economía de mercado, ya se trate de operaciones de intercambio ordinario de mercaderías o de operaciones de compensación industrial, no parece que sean esencialmente distintas de las cuestiones y soluciones que se observan en las operaciones de comercio compensatorio interregional.

18. En tercer lugar, pese a que el comercio compensatorio con partes procedentes de países en desarrollo tiene poca tradición, comparado con el de algunas otras regiones, cabe señalar, con palabras de una publicación especializada, que:

“un rasgo notable de la difusión mundial del comercio compensatorio ha sido la facilidad con que se han transferido conceptos elaborados para el marco sumamente institucionalizado del comercio compensatorio de Europa oriental a países del Tercer Mundo con economías mucho menos reglamentadas.”³

Una posible explicación de esto sería el hecho de que muchas partes contractuales de países industrializados, con experiencia en el comercio compensatorio Este-Oeste, especialmente empresas comerciales internacionales, hayan extendido durante los últimos años sus operaciones a los países en desarrollo. Pero la explicación más importante parece estar en que los motivos básicos para efectuar operaciones de comercio compensatorio y los intereses básicos de las partes en este tipo de contratos no muestran peculiaridades regionales, por lo que estos contratos no suscitan cuestiones jurídicas esencialmente distintas de las que se plantean en el comercio compensatorio de otras regiones.

19. Una de las conclusiones que cabe deducir de estas observaciones es que el presente informe relativo a los aspectos contractuales del comercio compensatorio debe abordar el comercio compensatorio como un fenómeno de índole universal que plantea cuestiones jurídicas que son comunes a las diversas regiones.

³ *Strategies for Countertrade Success*, preparado y publicado por Business International S.A., Ginebra (Suiza), noviembre de 1986, 3.

D. Terminología

20. En los escritos sobre el comercio compensatorio internacional no se utiliza una terminología uniforme para designar los distintos tipos de operaciones compensatorias. Esta falta de uniformidad pudiera ser consecuencia de una terminología comercial divergente o de la utilización de diversos criterios para la clasificación de las prácticas comerciales compensatorias. Ello se observa en la utilización de un mismo término para designar prácticas de comercio compensatorio de distinto tipo o en la utilización de diversos términos para designar una misma práctica. Entre los términos que se suelen utilizar como sinónimos del comercio compensatorio o para describir diversos tipos de operaciones compensatorias cabe citar el trueque, la compensación, la compra compensatoria, el acuerdo de compensación industrial ("offset"), la retrocompra y las operaciones triangulares ("switch"). En el presente informe se procurará describir y analizar las cuestiones jurídicas planteadas por todos estos tipos de operaciones, sin que para ello sea preciso distinguir unas operaciones de otras.

21. Será, no obstante, preciso definir para los fines de este informe algunos de los términos en él utilizados. Por tratarse de un informe de alcance mundial en el que se han de considerar diversas formas de operaciones compensatorias, se han utilizado términos de índole genérica que permiten abarcar operaciones compensatorias efectuadas en diversos contextos regionales o económicos. Se ha tenido además en cuenta la circunstancia de que las operaciones de comercio compensatorio no se circunscriben a la compraventa recíproca de mercaderías sino que pueden abarcar otros tipos de contratos.

a) Partes en una operación de comercio compensatorio

22. Se han seleccionado los siguientes términos para designar a las partes en una operación de comercio compensatorio: los términos de *exportador* o de *importador compensatorio* servirán para designar a la persona que suministra (es decir, exporta) bienes o servicios y que deberá adquirir como contrapartida (es decir, importar a título de compensación) otros bienes o servicios; los términos de *importador* o de *exportador compensatorio* servirán para designar a la persona que adquiere (es decir, importa) bienes o servicios y que tendrá derecho a suministrar como contrapartida (es decir, a exportar a título de compensación) otros bienes o servicios. Cabe señalar que en numerosas ocasiones el importador y el exportador compensatorio serán una misma persona y que esto sucederá también con el exportador y el importador compensatorio. Ahora bien, puede suceder también que el exportador designe a otra persona para cumplir la obligación de importar a título de compensación o que el importador convenga en que sea otra persona la que exporte, en su lugar, a título de compensación.

23. El término de exportador se utiliza en algunos trabajos para designar a la parte económica o tecnológicamente más fuerte en el acuerdo de comercio

compensatorio y el término de importador para designar a la parte más débil. La razón para este uso terminológico es que sucede a menudo que la parte que exporta en primer lugar, y que asume una obligación de importar a título de compensación en algún momento ulterior, es la parte procedente de un país desarrollado, que se supone que es la parte más fuerte, mientras que la parte que importa, y que obtiene un derecho a exportar a título de compensación en algún momento ulterior, es la parte de un país en desarrollo, que se supone que es la parte más débil. Ahora bien, sucede a menudo, especialmente en operaciones de comercio compensatorio con los países menos adelantados, que la parte que exporta primero es la del país en desarrollo, puesto que esa parte tal vez no esté autorizada a importar mercaderías hasta que haya obtenido las divisas convertibles necesarias por medio de una exportación. Por ello, para que quede claro el significado de los términos utilizados en el presente informe, conviene recordar que el término exportador designa en él únicamente a la parte que haya desempeñado la función de proveedor en el primer contrato que se haya concertado. Por igual razón, el término importador designará a la otra parte en ese primer contrato. Los términos de importador compensatorio y de exportador compensatorio se utilizarán para designar a las partes en el segundo contrato. Pese a que no suele ser frecuente que el contrato de exportación y el contrato de exportación compensatoria se concierten simultáneamente, si ello sucediera sería indiferente, en el contexto del presente informe, a cuál de las dos partes se atribuye el término de exportador y a cuál el término de importador.

b) Contratos utilizados en el comercio compensatorio

24. Los contratos concertados por las partes serán designados en el presente informe por los nombres correspondientes al nombre de las partes, es decir, *contrato de exportación* y *contrato de importación* para el primer contrato que se haya concertado y *contrato de exportación compensatoria* y *contrato de importación compensatoria* para el segundo contrato concertado. En el presente informe se suele hablar de estos contratos en singular, pese a que puede haber varios contratos en ambos lados de la operación de comercio compensatorio. El aspecto compensatorio de la operación, que consiste en la obligación de concertar unos futuros contratos de exportación y de exportación compensatoria y prevé una vinculación de ambos contratos, es el que se regula en un *acuerdo de comercio compensatorio*. Este acuerdo suele figurar en un documento aparte, pero el término de acuerdo compensatorio se utiliza en el presente informe para designar este conjunto de obligaciones, aun en el supuesto de que hayan sido consignadas en el contrato de exportación.

c) Objeto del comercio compensatorio

25. El objeto de los contratos de comercio compensatorio pueden ser productos acabados, equipo de producción, instalaciones industriales, tecnología, o diversos servicios tales como el transporte de mercaderías, servicios turísticos o servicios de reparación y manteni-

miento. Para mayor sencillez se utilizará el término de *mercaderías* para designar a todos estos objetos posibles de este tipo de operaciones.

E. Fuentes de información

26. En un informe anterior presentado a la Comisión se observó que pese al creciente número de estudios que se habían dedicado en años anteriores al comercio compensatorio la escasez de contratos del tipo del trueque de que se disponía dificultaba el análisis de los diversos tipos de cláusulas que se encuentran en esos contratos (A/CN.9/253, párr. 20). Por ejemplo, tal como ha indicado la secretaría de la UNCTAD, "no es sorprendente que sea difícil conseguir información fáctica. No se publican datos sistemáticos sobre el comercio de compensación y las partes en el mismo suelen mostrarse reacias en divulgar información al respecto" (TD/B/C.7/82, párr. 9).

27. La secretaría de la Comisión ha basado el presente estudio en diversas fuentes. Una de esas fuentes ha sido una colección de contratos de comercio compensatorio recopilada a raíz de una solicitud dirigida por el Secretario General a los Estados Miembros de las Naciones Unidas para que proporcionasen a la secretaría de la Comisión documentación contractual al respecto y de otra solicitud parecida que dirigió el Secretario de la Comisión a ciertas personas pertenecientes a diversas regiones del mundo. Se ha utilizado también información contenida en trabajos que tratan directa o indirectamente de las cuestiones jurídicas relacionadas con el comercio compensatorio internacional. Miembros de la secretaría han celebrado además consultas oficiosas con expertos en este tipo de comercio.

II. Planteamientos contractuales del comercio compensatorio

28. Las partes en una operación de comercio compensatorio han de resolver, en primer lugar, la cuestión de cómo piensan estructurar los contratos para los segmentos de exportación y de exportación compensatoria de la operación. Deberán decidir, concretamente, si el segmento de exportación y el segmento de exportación compensatoria de la operación habrán de ser convenidos simultáneamente mediante la concertación de contratos definitivos o si deberá concluirse en primer lugar el contrato de exportación y dejarse el contrato de exportación compensatoria para ser concertado en forma definitiva en una fase ulterior.

29. Las variantes típicas de la solución que cabe dar a esta cuestión pueden clasificarse como sigue: trueque, contratos correlativos, contrato unificado y acuerdo de comercio compensatorio.

A. Contrato de trueque

30. En el comercio internacional se utilizan en ocasiones contratos de trueque en su sentido jurídico estricto de intercambio de mercaderías por mercaderías.

Las partes dedicadas al comercio de productos básicos pueden intercambiar cantidades equivalentes de esos productos ubicadas en distintas partes del mundo a fin de poder disponer de una fuente de suministro en algún punto más cercano al de destino final o de entrega a sus clientes, ahorrándose de este modo costos de transporte. El contrato de trueque, en su sentido jurídico estricto, se utiliza también en ocasiones en las operaciones de comercio compensatorio para el intercambio de diversos tipos de mercaderías. La razón principal para recurrir a ellos parece ser la de evitar las transferencias de dinero en relación a las entregas de mercaderías convenidas en un contrato o la de reducir la cuantía de esas transferencias.

31. Existen dificultades para la utilización del trueque en las operaciones de comercio compensatorio. Para concertar un contrato de trueque hace falta que el valor de las mercaderías intercambiadas sea comparable, para lo que hará falta, a su vez, definir con precisión, al tiempo de concertarse el contrato, tanto la calidad como la cantidad de esas mercaderías. Ahora bien, a menudo sucede que no es comercialmente factible obtener una tal precisión en el contrato con respecto a entregas futuras que habrán de efectuarse en dos direcciones. Además, si el contrato no indica el valor monetario de las mercaderías, será difícil convenir una indemnización monetaria satisfactoria para el supuesto en que una de las partes entregue mercaderías que no satisfagan las condiciones del contrato y sería poco práctico que la parte responsable de la entrega defectuosa hubiese de compensar en especie ese incumplimiento. Aun cuando sea posible calcular una reparación monetaria, ya sea porque existe un precio de referencia en el contrato o porque exista una tarifa de precios lo bastante objetiva, la adjudicación de una reparación monetaria puede que contravenga a la finalidad básica por la que se concertó el contrato de trueque.

32. Puesto que la entrega de mercaderías constituye la compensación de la entrega efectuada en dirección inversa, la falta de entrega o cualquier falta de conformidad en la entrega puede ser motivo para el incumplimiento de la entrega recíproca. Puesto que rara vez suele ser factible organizar la entrega simultánea de las dos compras compensatorias, una vinculación tan estrecha entre las dos entregas, en vez de estimular de hecho la disciplina contractual, pudiera tener un efecto perturbador sobre las entregas previstas, especialmente si se considera que puede que resulte más complicado obtener una garantía del cumplimiento para una operación de trueque que para una operación más sencilla. Por ejemplo, el trueque limita la posibilidad de recurrir a la carta de crédito documentario, que es un mecanismo que se suele utilizar en la compraventa internacional de mercaderías para cerciorarse del cumplimiento de una obligación, cuando ésta es la condición a la que se supedita el cumplimiento de la obligación de la otra parte o contraprestación.

33. En lo que respecta a los otros tipos de garantía que cabría utilizar en una operación de trueque, tales como el recurso a una garantía bancaria, el mecanismo para hacer uso de la garantía sería normalmente más

complicado en una operación de trueque que en una operación comercial habitual. La razón de ello es que una cláusula de garantía en un contrato de trueque habría de prever las más de las veces una garantía del cumplimiento de ambas promesas de entrega. Si ambas garantías fuesen exigibles inmediatamente, una parte que hubiese incumplido el contrato podría disuadir eficazmente a la otra parte de invocar la garantía amenazando con invocar su propia garantía. Si bien es cierto que en las operaciones de compraventa se pueden plantear situaciones similares de garantías cruzadas, esas situaciones no son tan inherentes a la operación básica.

34. Por razón de estas dificultades, el contrato de trueque es una forma jurídica relativamente poco frecuente del comercio compensatorio internacional.

B. Contratos correlativos

35. Las partes pueden concertar dos contratos que no hagan referencia el uno al otro, el primero para el suministro de mercaderías en una dirección y el segundo para el suministro de mercaderías en dirección inversa. El único vínculo que existe entre ambos contratos es que el consentimiento de las partes para concertar un contrato depende de la concertación del otro. Al no reflejarse este vínculo en el texto de los contratos, las obligaciones dimanadas de cada uno de los contratos son independientes entre sí.

36. Los contratos correlativos pueden ser un buen procedimiento a seguir cuando quepa prever que el aspecto compensatorio de la operación será atendido en el curso de una relación comercial continua entre las partes o cuando ambos contratos puedan concertarse simultáneamente. Puesto que cada contrato se concierta y se administra por separado, nada impide que se recurra a cualquiera de los métodos habituales de garantizar el cumplimiento. La dificultad que se plantea en el suministro de mercaderías en una de las dos direcciones habrá de ser tratada exclusivamente en el contexto del contrato correspondiente, sin que esa dificultad haya de afectar necesariamente a las obligaciones que dimanen del otro contrato.

37. Sin embargo, el recurso a esta técnica de los contratos correlativos es poco frecuente en las operaciones de comercio compensatorio. La verdadera esencia de una operación comercial compensatoria es la necesidad o el deseo de vincular la importación de mercaderías con la exportación de otras mercaderías. Por ello, de no ser posible concertar simultáneamente los contratos correlativos, sería preciso recurrir a algún mecanismo que indujese a la otra parte a concertar un contrato subsiguiente o que exigiese ese contrato subsiguiente. Incluso en el supuesto de que los dos contratos correlativos puedan concertarse a un mismo tiempo, es posible que una de las partes desee disponer de un mecanismo que le permita vincular las prestaciones previstas en ambos contratos.

C. Contrato unificado

38. Una técnica jurídica que ha sido probablemente más abordada en la literatura jurídica que utilizada en la práctica es la de incorporar los dos acuerdos de compraventa en un único contrato. La diferencia entre este contrato y el contrato de trueque consistiría en que las dos entregas de mercaderías estarían valoradas en términos monetarios y en que, normalmente, se habría estipulado la obligación de pagar una y otra entrega. Este contrato se diferencia de la técnica de los contratos correlativos en que las respectivas obligaciones contractuales de entrega y de pago estarían enunciadas en el mismo documento, por lo que estarían evidentemente vinculadas entre sí.

39. Este contrato adolece de muchas dificultades técnicas, pese a haber sido recomendado en el pasado como medio de asegurar la existencia y el cumplimiento de la obligación compensatoria. Sucede que a la necesidad de enunciar todas las obligaciones contractuales relativas a la descripción, cantidad y calidad de las mercaderías, que se mencionaron al tratar del trueque y los contratos correlativos, se suma la dificultad derivada de tener que vincular tan estrechamente las diversas obligaciones contractuales, que se describió al hablar del trueque, que también se plantea en el contrato de compraventa unificado, aunque quizá con algo menos de intensidad. Por razón de estas dificultades, las compañías de seguros y las entidades que se encargan de dar créditos para la exportación se muestran reacias y, en ocasiones, se niegan a financiar o asegurar este tipo de operaciones.

D. Acuerdo de comercio compensatorio

40. Como resultado de estas dificultades, en la mayoría de las operaciones de comercio compensatorio se observa una marcada tendencia a estructurar las operaciones de comercio compensatorio mediante un acuerdo de comercio compensatorio en el que se haya estipulado todos los detalles del compromiso compensatorio que sea posible convenir por adelantado. Existen tres modalidades básicas que pueden seguirse al concertar estos acuerdos, según que las partes estén o no estén en condiciones de concertar los contratos de exportación y de exportación compensatoria definitivos para cada uno de los segmentos individuales de la operación global.

a) Cabe concertar un acuerdo de comercio compensatorio antes de que se haya concertado ningún contrato definitivo de exportación. En un acuerdo de comercio compensatorio de este tipo cabría especificar el valor monetario total de las adquisiciones que habrán de hacerse en cada dirección, describir a grandes rasgos los tipos de mercaderías que habrán de adquirirse, señalar la moneda en la que habrá de fijarse y pagarse el precio de las mercaderías, así como el procedimiento de pago. Una disposición común a esta modalidad es la de que el precio habrá de abonarse en una cuenta bloqueada que sólo podrá utilizarse para el pago de las importaciones compensatorias. Una disposición de este tipo no sólo resta preocupaciones sobre el gasto en divisas, sino que presiona a la vez al exportador a concertar contratos de

importación compensatorios con los que podrá obtener mercaderías para su propio consumo o reventa, y con los que proporcionará las divisas que habrán de servir para pagar su propia exportación con arreglo al acuerdo.

b) Cabe concertar el contrato de exportación al tiempo que se concierta el acuerdo de comercio compensatorio. También es posible consignar el acuerdo de comercio compensatorio en el mismo documento que el contrato de exportación, aunque esta práctica parece ser rara. En este acuerdo de comercio compensatorio se pueden estipular todas las obligaciones anteriormente mencionadas, excepto la obligación de concertar un contrato de exportación.

c) Cabe que el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de exportación y de exportación compensatoria se concierten simultáneamente. En este supuesto, el acuerdo de comercio compensatorio contendría únicamente aquellas disposiciones que las partes hubiesen convenido para vincular entre sí los contratos de exportación y de exportación compensatoria. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio figure en un mismo documento con uno o los dos contratos mencionados, el documento resultante entraría a formar parte de las categorías anteriormente descritas de contratos unificados o de contratos correlativos.

III. Perfeccionamiento de un contrato incompleto

41. Uno de los problemas jurídicos básicos del comercio compensatorio deriva del hecho de que las partes no acostumbran a saber cuáles son las mercaderías que habrán de entregarse para cumplir el compromiso compensatorio adquirido y puede que incluso desconozcan la índole exacta de las mercaderías que habrán de entregarse para dar cumplimiento al propio contrato de exportación. Como resultado, una de las características más marcadas de los acuerdos de comercio compensatorio es la de que su texto no acostumbra a definir exactamente todas las prestaciones exigidas por las partes, sino que establece un marco que habrá de servir de base para que las partes convengan, en una fase ulterior, los elementos inicialmente ausentes del contrato. Si las partes no llegasen a ese acuerdo subsiguiente, la falta de precisión inicial de los elementos del contrato pudiera dar lugar a que no sea posible determinar si ha habido o no ruptura del acuerdo, por lo que la parte agraviada se vería total o parcialmente privada de medios jurídicos por los que obtener reparación.

42. En el acuerdo de comercio compensatorio se pueden seguir diversos criterios para definir la índole del compromiso adquirido de concertar un contrato subsiguiente. Un criterio extremo sería el que se da cuando las partes se limitan a prever que una de ellas comprará a la otra mercaderías aún no especificadas, cuya cuantía puede haber sido expresada en términos monetarios. Parece ser que sólo suele recurrirse a este tipo de compromiso tan impreciso cuando el importador tiene razones para prever que el exportador se verá inducido por motivos comerciales a cumplir su compromiso y

siempre que para el importador no sea importante precisar el tipo de mercaderías que desee vender a título de la compensación debida.

43. Existe una variante de este compromiso en la que se indica únicamente el valor del contrato futuro pero no las mercaderías, que es la que se utiliza en un sistema de comercio compensatorio que se sirve de un documento transferible denominado título de comercio internacional. El título de comercio internacional (TCI) da a su tenedor un derecho a vender mercaderías, por un valor equivalente a la de la suma inscrita en el título, a una parte residente en el país emisor del título, sin necesidad de obtener una licencia de importación, y ese título constituye una garantía de la entidad emisora de que se dispondrá de fondos convertibles para el pago. La operación de comercio compensatorio daría comienzo por la exportación de mercaderías de un país que exige que haya habido exportaciones compensatorias como condición para la importación de mercaderías. El exportador recibiría un título de comercio internacional de una entidad pública que pudiera ser el Banco Central del país. Esa entidad pública emitiría ese título a fin de estimular la exportación de determinado tipo de mercaderías. El exportador entregaría el título de comercio internacional al importador extranjero que podría optar entre utilizar él mismo el título o transferirlo a otra parte. Este sistema viene a ser una tentativa de facilitar el comercio compensatorio a través de la multilateralización del mismo⁴.

44. El otro criterio extremo sería el que se da cuando las partes señalan unas directrices para la concertación de un contrato definitivo de exportación o de exportación compensatoria y a medida que esas directrices se van haciendo más precisas, el acuerdo de comercio compensatorio se va aproximando a la situación en la que la entrega de las mercaderías pasará a ser jurídicamente exigible.

45. Ahora bien, los supuestos más usuales suelen situarse en algún lugar intermedio entre esos dos criterios extremos. Un supuesto muy frecuente sería el de un acuerdo de comercio compensatorio en el que se haya previsto con cierta precisión algunos de los elementos del futuro contrato en la expectativa de que se perfeccionará en su momento el contrato incompleto para hacerlo jurídicamente vinculante.

A. Elementos contractuales por concertar

46. Cabe distinguir dos tipos de elementos contractuales en el futuro contrato. El primer tipo sería el de los elementos indispensables para que el contrato sea jurídicamente vinculante. El segundo tipo sería el de los elementos que no son indispensables para que el contrato sea jurídicamente vinculante, pero que las partes consideran como elementos necesarios o de utilidad para la aplicación del contrato.

⁴UNCTAD doc. TD/B/C.7/82, mencionado de la nota 2 *supra*, párrs. 52-56.

47. La propia índole de las operaciones de comercio compensatorio hace que los elementos económicos más importantes que se acostumbra a dejar sin definir en el acuerdo de comercio compensatorio son los elementos que son indispensables para concluir un contrato jurídicamente vinculante. Por ejemplo, para muchos de los ordenamientos jurídicos los elementos contractuales esenciales de un contrato de compraventa, que es una de las formas contractuales típicas del comercio compensatorio, son los relativos a la descripción, la cantidad y el precio de las mercaderías. Sería aconsejable que en un acuerdo de comercio compensatorio se defina el mayor número posible de estos elementos y que se formulen directrices lo más claras que sea posible sobre la manera en que se habrán de definir los restantes elementos. Esas directrices serán útiles a las partes en sus futuros esfuerzos por perfeccionar el contrato. Cabe incluso que esas directrices sean lo bastante claras para servir por sí solas para definir cualquier elemento ausente del contrato.

48. Sin embargo, la inmensa mayoría de los elementos que cabe encontrar en un contrato de compraventa internacional de mercaderías no son indispensables para concertar un acuerdo jurídicamente vinculante. Se los incluye, no obstante, en los contratos habituales por razón de su importancia para la aplicación adecuada del contrato e incluso, en ocasiones, por ser necesarios para que esa aplicación sea mínimamente viable. Los textos jurídicos de carácter general, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) (la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"), han previsto la forma de complementar aquellos elementos jurídicamente no indispensables que las partes no hayan incluido en su contrato o contratos; las partes deberían, no obstante, cerciorarse con particular cuidado de que todos los elementos necesarios para una buena relación contractual hayan sido previstos.

49. En el supuesto de operaciones de comercio compensatorio en las que se haya dejado sin determinar algunas de las mercaderías al concertarse el acuerdo de comercio compensatorio, se suele incluir en el acuerdo de comercio compensatorio aquellos elementos de los futuros contratos de exportación o de exportación compensatoria que puedan ser resueltos al celebrarse el acuerdo. Por ejemplo, puede haberse previsto en el acuerdo de comercio compensatorio la forma en que haya de efectuarse el pago, aun cuando se desconozca aún la índole de las mercaderías y, claro está, su precio.

B. Procedimientos para perfeccionar el contrato

50. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio deje pendiente algún elemento del contrato, se podrá perfeccionar el contrato sobre la base de lo previsto en la reglamentación correspondiente del ordenamiento jurídico aplicable respecto del procedimiento o las directrices que se habrán de seguir para perfeccionar el contrato. Por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto una solución para el supuesto de que las partes no hayan precisado el precio de las merca-

derías, su calidad o el plazo dentro del cual habrá de cumplirse el contrato. Cabría, por ejemplo, aceptar como solución que el precio sea el "precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, por comerciantes del ramo", o que las mercaderías deberán ser "aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo", o que el contrato deberá cumplirse "dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato" (artículos 55, 35 2) a) y 33 c) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías).

51. Sin embargo, los modos de perfeccionamiento del contrato previstos en la ley aplicable pueden ocasionar dificultades en la aplicación de un acuerdo de comercio compensatorio. Esas dificultades pueden derivar, por ejemplo, de las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos respecto a las técnicas de perfeccionamiento y a la función del tribunal judicial, del tribunal arbitral o de las partes en la determinación del elemento que se dejó pendiente, la medida de control judicial sobre el proceso de determinación de ese elemento, o los casos en los que se pueda recurrir a ese proceso de determinación.

52. En vista de esas dificultades, las partes en operaciones de comercio compensatorio suelen prever en el propio acuerdo de comercio compensatorio las normas de referencia o las directrices que habrán de seguirse para perfeccionar el contrato. Cabe distinguir los siguientes procedimientos contractuales convenidos para la determinación de un elemento contractual pendiente: 1) la norma de referencia; 2) la determinación por una de las partes en el contrato; 3) el acuerdo de negociar; 4) la determinación por un tercero⁵. En el comercio compensatorio internacional, las cuestiones más importantes que no se acostumbra a dejar pendientes en el acuerdo de comercio compensatorio son las mercaderías que se exportarán a título de compensación y el precio de las mismas.

a) La norma de referencia

53. Los ordenamientos jurídicos acostumbran a reconocer como válida la estipulación de que el precio o algún otro elemento del contrato habrán de definirse con referencia a una norma como pudiera ser una fórmula, tarifa, precio del mercado, tasa, índice, estadísticas o algún otro factor en el que no pueda influir la voluntad de una u otra de las partes⁶.

⁵Para un examen más completo de derecho comparado sobre esta forma de perfeccionar un contrato véase R. B. Schlesinger (General Editor), *Formation of Contracts*, A Study of the Common Core of Legal Systems (Conducted under the auspices of the General Principles of Law Project of the Cornell Law School), Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, Stevens and Soins, London, 1968, vol. I, 84-91 (general report) y 433-534 (reports on particular legal systems).

⁶Schlesinger, *Formation of Contracts*, vol. I, mencionado en la nota 5, 87. Deberá tenerse en cuenta, sin embargo, que la utilización de ciertas normas de referencia puede invalidar una obligación, ya que ciertas normas de referencia pueden estar prohibidas por la ley (por ejemplo, en algunos ordenamientos no está autorizada la utilización de la cláusula de valor oro o de una cláusula basada en el índice salarial).

54. La afirmación de que los ordenamientos jurídicos acostumbra a reconocer las normas de referencia convenidas contractualmente es absolutamente cierta cuando se trata de la aplicación de una norma de referencia que suponga un procedimiento de cálculo u otro método objetivo de determinar el elemento contractual pendiente. Sin embargo, cuando la aplicación de la norma de referencia entraña algún elemento de apreciación subjetiva o discrecional, la postura de los ordenamientos jurídicos suele ser menos definida y uniforme, dado que una norma de referencia que suponga cierta medida de apreciación subjetiva o discrecional en su aplicación puede ser considerada por algunos ordenamientos jurídicos como demasiado imprecisa para definir a partir de ella un elemento del contrato⁷.

b) *La determinación de un elemento del contrato por una de las partes en el contrato*

55. Se observa una marcada tendencia en muchos ordenamientos jurídicos a reconocer la validez de cláusulas en las que se faculta a una de las partes en el contrato para que determine algún elemento de una obligación. Ahora bien, esta tendencia ha de ser matizada⁸.

56. En cuanto a la determinación de la cantidad de mercaderías que hayan de entregarse con arreglo a un contrato, los ordenamientos jurídicos acostumbra, en principio, a reconocer que este elemento puede dejarse a la discreción de una de las partes, pero la autorización así otorgada deberá limitarse, o se considerará limitada, a lo que cabría considerar como una determinación razonable o de buena fe en el contexto de lo que haya sido convenido entre las partes⁹.

57. En muchos ordenamientos jurídicos se reconocería la facultad otorgada a una de las partes para fijar el precio cuando esa facultad esté limitada por conceptos como el de la índole razonable del precio así fijado o el de la buena fe o el sentido de la equidad con el que se habrá de ejercer. En algunos ordenamientos jurídicos, se considerará que la facultad que se haya otorgado en términos demasiado ambiguos está implícitamente supe- ditada al criterio de lo que sea tenido por razonable. En otros ordenamientos jurídicos se exige que la facultad de fijar el precio esté limitada por algún criterio más definido¹⁰.

c) *El acuerdo de negociar*

58. Los acuerdos de comercio compensatorio suelen contener cláusulas en las que se indica el compromiso de las partes de entablar negociaciones con miras a llegar a

un acuerdo sobre uno o varios elementos del contrato. Esos compromisos pueden referirse a cualquiera de los elementos del contrato y, concretamente, al precio, la calidad o la cantidad de las mercaderías y a los plazos de entrega.

59. Un acuerdo de negociar que no resulte en un acuerdo subsiguiente no dará lugar, por lo general, debido a su imprecisión respecto del contenido del acuerdo que se ha de alcanzar, a medidas ejecutivas decretadas por algún tribunal judicial o arbitral¹¹. Sin embargo, una parte que haya incumplido un acuerdo de negociar tal vez haya de responder de los daños derivados de ese incumplimiento. Ahora bien, para demostrar que ha habido incumplimiento se ha de haber definido en términos claros la obligación de negociar.

60. A fin de dar mayor eficacia a las cláusulas por las que se prevé un futuro acuerdo, las partes tal vez deseen incluir en ellas diversos elementos adicionales. Entre estos elementos cabe mencionar los siguientes:

a) Una cláusula de “buena fe” o de “negociar en lo posible” en la que se definan los criterios que se habrán de observar en el curso de las negociaciones;

b) Unas directrices más precisas, tales como alguna disposición por la que se estipule que el contrato que se ha de concertar no ha de ocasionar ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes, o que ese contrato deberá negociarse sobre la base de las condiciones imperantes en el mercado o que ese contrato deberá satisfacer ciertos objetivos comerciales de alguna de las partes;

c) Algún procedimiento que hayan de seguir las partes en las negociaciones; este procedimiento pudiera especificar, por ejemplo, cuál de las partes habrá de presentar una oferta de contrato, los plazos para la presentación de esa oferta, las cuestiones que habrán de atenderse en esa oferta o la forma o los medios que se habrán de utilizar para su presentación;

d) Las clases de mercaderías sobre las que versaría o a las que quedaría limitado el proceso de negociación;

e) Una norma de referencia, posiblemente con cierto margen de tolerancia, a la que debería ajustarse la oferta de contrato; esta norma podría referirse al precio, la calidad, o las condiciones de entrega;

f) El plazo en el que habrá de llegarse a un acuerdo y pasado el cual las negociaciones serán tenidas por fallidas;

g) Los casos en los que se dejaría de considerar que una parte esté obligada a negociar o haya incumplido ese deber; esos casos pueden ocurrir, por ejemplo, cuando el exportador compensatorio no haya aceptado ninguna de las ofertas que se le hayan hecho con arreglo a las condiciones convenidas, o cuando una parte no haya efectuado ninguna oferta compensatoria que satisfaga las condiciones convenidas;

⁷Parece ser, por ejemplo, que la legislación francesa exige un mayor grado de precisión de la cláusula de valor que algunos otros ordenamientos; véase M. Fontaine, *Aspects juridiques des contrats de compensation, Droit et pratique du commerce international*, tome 7, No. 1, mars 1981, 195; y B. Mercadal, *La détermination du prix dans les contrats, Droit et pratique du commerce international*, tome 5, No. 3, sept. 1979, 443-448.

⁸Schlesinger, *Formation of Contracts*, vol. I, mencionado en la nota 5, 88 y, *passim*, 433-534.

⁹*Ibid.*

¹⁰*Ibid.*, 89 y, *passim*, 433-534.

¹¹*Ibid.*; no obstante, cuando el acuerdo de negociar se refiere al precio, debe señalarse que en algunos ordenamientos podría fijarse ese precio como si el acuerdo tuviese una cláusula por la que se previese la fijación de un precio razonable (por ejemplo, esta solución ha sido expresamente prevista en sec. 2-305 1) b) del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América).

h) Las consecuencias previstas de la falta de éxito de las negociaciones; por ejemplo, cabría señalar como posibles soluciones la prórroga del plazo en el que haya de cumplirse la obligación comercial compensatoria o la aplicabilidad inmediata de una estipulación contractual por la que se hubiera previsto el pago de una pena o de una indemnización convenida. En la cláusula relativa al acuerdo futuro se puede haber previsto también que las consecuencias serán diversas según cuál sea la razón por la que no se haya podido llegar a un acuerdo.

61. Si bien es cierto que no hay procedimiento de negociación o directrices sobre el objetivo de las negociaciones que asegure el éxito de éstas, especialmente si una de las partes no desea que las negociaciones tengan éxito, ese procedimiento y esas directrices sí pueden mejorar las probabilidades de éxito entre dos partes que recurran de buena fe a la negociación. Además cuanto más detallada sea la cláusula de negociación, más fácil será demostrar que la otra parte actuó de mala fe si las negociaciones fracasan. Como se sugirió anteriormente, cabría distinguir en una cláusula de negociación entre diversos tipos de consecuencias del fracaso de las negociaciones según cuál sea la razón por la que no se haya podido llegar a un acuerdo. Aun cuando no se haya previsto en el contrato las consecuencias de una falta de acuerdo atribuible a la mala fe de una de las partes, en algunos ordenamientos jurídicos la mala fe de una de las partes en las negociaciones puede dar lugar a una acción de indemnización. Ahora bien, la parte que reclame una indemnización puede tener dificultad en cuantificar los daños que haya podido sufrir. Por ello, no parecen muy brillantes las probabilidades de obtener reparación judicial por el incumplimiento de un acuerdo de negociar.

d) *La determinación por un tercero de un elemento del contrato*

62. Los ordenamientos jurídicos acostumbra a reconocer el derecho de las partes a encomendar a un tercero la tarea de definir alguno de los elementos de una obligación¹². Se observan, sin embargo, diferencias entre los ordenamientos jurídicos sobre el posible alcance de este acuerdo. Por ejemplo, mientras algunos ordenamientos jurídicos reconocen a las partes la facultad de encomendar la definición de algún elemento del contrato a un tribunal arbitral o incluso a un tribunal judicial, en otros ordenamientos estas instituciones sólo podrán hacerlo cuando no están actuando en el ejercicio de sus funciones arbitrales o judiciales. Se dan también divergencias entre los ordenamientos respecto de la solución preconizada para los casos en los que las partes no consigan ponerse de acuerdo sobre la persona que haya de completar el contrato o para los casos en los que la persona designada no cumpla su cometido. En tales casos, en algunos ordenamientos las partes no disponen de ningún procedimiento al que puedan recurrir para obtener la designación de una persona o para reemplazar a la ya designada y tendrán que aceptar las consecuencias de la indeterminación del elemento no definido de la obligación. En otros ordenamientos jurídicos, el tribunal

podrá, en algunas circunstancias, designar a un tercero por un procedimiento análogo al que se haya previsto para designar a un árbitro o, si el elemento no definido del contrato es la cuantía del precio, el tribunal podrá tratar el caso como si se hubiera convenido en aplicar un precio razonable. También existen divergencias entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a la procedencia y el alcance del control judicial sobre la decisión emanada de un tercero¹³.

IV. Estipulaciones del acuerdo del comercio compensatorio relativas al contenido del contrato que haya de concertarse

63. Cuando en un acuerdo de comercio compensatorio no se define directamente el contenido de algún elemento de la exportación compensatoria, pero se prevé en cambio un procedimiento para definir ese elemento, es posible que se hayan formulado también en el acuerdo directrices sobre el contenido de ese elemento. Esas directrices pueden referirse concretamente al tipo de mercaderías que puedan ser objeto de la exportación compensatoria, así como a su calidad, cantidad y precio.

A. Tipo de mercaderías

64. Cuando las partes en una operación de comercio compensatorio no señalan un determinado tipo de mercaderías como objeto de la exportación compensatoria, suele ser frecuente que formulen directrices respecto de cuáles podrán ser las posibles mercaderías en forma de una lista incluida en el acuerdo de comercio compensatorio o adjuntada al mismo, en la que se indicarían las diversas mercaderías que podrán ser adquiridas en cumplimiento de la obligación compensatoria. Esa lista puede haber sido confeccionada por el exportador compensatorio o por funcionarios competentes del país del exportador compensatorio. En el primer caso, tal vez figuren en ella las mercaderías que produce o en las que negocia el exportador compensatorio. En el segundo caso, la lista tal vez incluya otras mercaderías que serán las que los funcionarios competentes estimen que deben exportarse a través de las operaciones compensatorias. Esa lista puede haber sido también confeccionada por el importador compensatorio que estará entonces indicando cuáles son las mercaderías que estaría dispuesto importar a título compensatorio. Esa lista podrá asimismo ser el resultado de una síntesis de las preferencias de ambas partes respecto al objeto de la futura exportación compensatoria.

65. Esa lista pudiera no ser una simple enumeración de mercaderías. Pudiera, por ejemplo, definir cuál ha de ser la estructura de la exportación compensatoria. En ciertos tipos de operaciones de comercio compensatorio, como sería el caso de las operaciones de compensación industrial indirecta, tal vez se impartan directrices respecto de cuáles serán las regiones del país exportador

¹²Schlesinger, *Formation of Contracts*, vol. I, mencionado en la nota 5, 88.

¹³*Ibid.*, 88, 497, 513.

a título compensatorio desde las que habrán de importarse, a título compensatorio, mercaderías por un determinado valor, o respecto de cuáles serán las industrias que estarán autorizadas a exportar a título compensatorio, o respecto del volumen mínimo de mercaderías que habrá de importarse de cada una de esas industrias. También en las operaciones de compra compensatoria se dan ejemplos de listas en las que se detalla cuál habrá de ser la estructura de las exportaciones compensatorias. En una tal lista cabría indicar, por ejemplo, el porcentaje de las mercaderías importadas a título compensatorio que habrá de ser comprado al propio importador y el porcentaje que podrá ser comprado a otros proveedores.

66. Otra variedad de directrices tal vez se refiera al origen de las mercaderías que podrán ser objeto de exportación compensatoria. Por ejemplo, cabría estipular que esas mercaderías habrán de ser de origen interno o que deberán proceder exclusivamente de determinados proveedores. Puesto que los productos industriales pueden llevar incorporado un componente importante de valor importado o de valor procedente de otros proveedores, las directrices señalarán a menudo criterios para determinar cuál habrá de ser el origen de las mercaderías.

67. Mientras que una mera lista enunciando las diversas posibilidades que se ofrecen para la exportación compensatoria, sin imponer a las partes ningún tipo especial de mercaderías, no suministra de por sí base suficiente para un contrato obligatorio, por su falta de precisión, esa misma lista incorporada al acuerdo de comercio compensatorio puede formar parte de una obligación contractual jurídicamente vinculante. Por ejemplo, tal vez el importador desee dar una garantía de que la totalidad o parte de las mercaderías enumeradas en la lista podrán ser expedidas siempre que las partes convengan en las condiciones de entrega.

68. Es sumamente probable que se dé expresamente una garantía de esa índole o que esa garantía pueda deducirse razonablemente del texto del acuerdo de comercio compensatorio, respecto de aquellos tipos de mercaderías que el propio importador produzca o venda. Es probable que el importador se abstenga de dar esa garantía y no sería tal vez razonable deducirla del texto del acuerdo de comercio compensatorio, cuando la lista de posibles exportaciones compensatorias abarque una amplia gama de mercaderías o cuando esas mercaderías no vayan a ser suministradas por el propio importador sino por una empresa que no dependa, en modo alguno, del importador.

B. *Calidad de las mercaderías*

69. La preocupación por la calidad de las mercaderías que habrán de ofrecerse a título de exportación compensatoria es uno de los principales problemas de las operaciones del comercio compensatorio. Si al concertarse el acuerdo de comercio compensatorio se desconoce cuáles habrán de ser esas mercaderías o si sólo se conoce la categoría genérica de las mercaderías ofrecidas a título compensatorio, no se podrán tampoco formular

estipulaciones precisas en cuanto a su calidad. Las estipulaciones relativas a la calidad se limitarían a ciertas indicaciones generales como la de que las mercaderías deberán ser de primera calidad o de calidad comercial o exportable. Es decir, cualquier indicación más precisa sobre la calidad habría de hacerse en el contrato de exportación o de exportación compensatoria en el que se describirían las mercaderías concretas que habrán de ser entregadas. Este procedimiento será por lo general plenamente satisfactorio cuando las mercaderías ofrecidas a título de exportación compensatoria sean productos básicos o productos manufacturados con niveles de calidad estrictamente normalizados.

70. Ahora bien, cuando el exportador alega que las mercaderías ofrecidas en compensación son de tan baja calidad que no podrá ni utilizarlas ni revenderlas o que su valor es inferior al precio al que se ofrecen, una norma de calidad formulada en términos genéricos podría resultar un instrumento inadecuado para precisar si el exportador compensatorio está ofreciendo o no mercaderías que satisfacen el compromiso contraído en el acuerdo de comercio compensatorio. Cuando el exportador tenga margen de elección en cuanto a las mercaderías que deberá aceptar a título compensatorio, el desacuerdo en cuanto a si algunas de esas mercaderías satisfacen o no la calidad requerida pudiera no tener consecuencias graves. Ahora bien, cuando el importador insista en que se acepten las mercaderías que haya ofrecido a título compensatorio, ese desacuerdo podría poner en entredicho la operación de comercio compensatorio en su totalidad. Pudiera resultar imposible llegar a un acuerdo sobre los subsiguientes contratos de exportación y de exportación compensatoria y ambas partes pudieran llegar a dudar de la buena fe de la otra parte. El efecto sobre algún segmento de la operación de comercio compensatorio de un supuesto incumplimiento de contrato en algún otro segmento de la operación será examinado más adelante (sección V).

71. Pueden darse problemas especiales respecto a las mercaderías que habrán de ser exportadas a título compensatorio en relación con una operación de retrocompra en la que el exportador haya exportado una instalación de producción, tal como una fábrica, y haya convenido en comprar la totalidad o parte de la producción resultante durante cierto plazo. La medida en que las mercaderías puedan ser descritas dependerá, en parte al menos, de la gama de productos que pueda producir esa instalación. De una mina sólo cabe esperar el mineral existente en la mina. Pero una fábrica podrá producir, por lo general, una gama más o menos amplia de productos. Cabría ir alterando la gama de producción a lo largo del plazo de vigencia de la obligación de retrocompra. Cabe señalar además, que las especificaciones de calidad deberán ser, por lo general, más precisas para los artículos manufacturados que para las mercaderías genéricas.

C. *Cantidad de mercaderías*

72. Cuando el compromiso de comercio compensatorio se refiera a mercaderías de un tipo definido en el acuerdo, la cuantía de esas mercaderías habrá sido

habitualmente definida en la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio en la que se defina el alcance del compromiso compensatorio o podrá ser calculada a partir de lo en ella previsto. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio haya previsto diversas posibilidades respecto al tipo de mercaderías que podrán ser objeto de exportación compensatoria, no es probable que se haya estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio la cuantía exportable de cada uno de esos tipos de mercaderías. En tales casos, la cuantía de las mercaderías exportadas a título compensatorio, que habrá sido fijada en uno o más contratos de exportación compensatoria, deberá estar en consonancia con la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio en la que se fije el alcance del compromiso compensatorio. En este supuesto, se podrá especificar asimismo en el acuerdo de comercio compensatorio el procedimiento que utilizará el exportador compensatorio o el importador compensatorio para fijar las cantidades exactas de cada uno de los tipos de mercaderías que se habrá de adquirir.

D. Alcance del compromiso compensatorio

73. El alcance del compromiso compensatorio se expresa a menudo en términos monetarios. Ese valor podrá expresarse como porcentaje de las mercaderías exportadas o como una cantidad global; en tales casos, es posible que el acuerdo de comercio compensatorio contenga alguna aclaración sobre si determinados costos, tales como los de flete, seguro, cargas fiscales o costos financieros formarán o no parte del valor considerado. En ocasiones, sin embargo, es posible que se cuantifique el compromiso compensatorio con referencia a una cantidad expresada de un determinado tipo de mercaderías destinadas a ser exportadas a título compensatorio.

74. En operaciones de comercio compensatorio con entrega sucesiva (por ejemplo, en las operaciones de retrocompra), en operaciones a largo plazo, o en operaciones en las que los costos financieros del exportador compensatorio sean inciertos en el momento de concertarse el acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, por razón de un crédito con tipo de interés flotante), se conciertan en ocasiones cláusulas en las que se prevé un aumento o una disminución del compromiso compensatorio según cuál sea el movimiento de los precios o de los costos financieros. En un acuerdo relativo al suministro de bienes de capital, tal vez se convenga que el compromiso compensatorio aumentará a medida que aumente el costo de las piezas de repuesto o de la asistencia técnica.

75. En algunos casos, cuando el exportador haya adquirido anteriormente mercaderías del importador, las directrices sobre la cuantía de las exportaciones compensatorias podrían hacer referencia a un concepto designado a menudo por el término de "adicionalidad". El principio básico de este concepto es que únicamente serán tenidas por prestaciones compensatorias aquellas adquisiciones del importador compensatorio que excedan de las cantidades usuales o tradicionales que el importa-

dor compensatorio adquiere del exportador compensatorio o de su país. Cuando la operación vaya a ser concertada entre dos empresas particulares, cabe resolver la cuestión de la adicionalidad por el procedimiento de convenir cuál es la cantidad que habrá de considerarse como adquisición usual o tradicional. Ahora bien, cuando el acuerdo dé al importador compensatorio cierta latitud para elegir las mercaderías o el proveedor de las mismas, es posible que la cláusula de adicionalidad haya de entrar en otros detalles; esta cláusula podrá estar basada en parámetros como estadísticas comerciales o ciertos indicadores y tendencias del comercio, o cabría dejar la determinación de lo que habrá de considerarse como adicional a un tercero o a una entidad competente.

E. Precio de las mercaderías

a) Procedimiento para la fijación del precio

76. Los problemas para la fijación del precio en el acuerdo de comercio compensatorio son parecidos a los que dificultan la especificación de la calidad de las mercaderías. Si se conoce cuáles son las mercaderías que habrán de entregarse en virtud del contrato de exportación y del contrato de exportación compensatoria, se podrán fijar precios definitivos. Si esas mercaderías han de ser entregadas en algún momento futuro, tal vez sea posible señalar, en su lugar, una norma de referencia o un procedimiento para la fijación del precio, especialmente si se trata de artículos manufacturados. Si se desconoce cuáles son las mercaderías que habrán de entregarse tanto en virtud del contrato de exportación como en virtud del contrato de exportación compensatoria, deberá señalarse en el acuerdo una norma de referencia o un procedimiento para la fijación de los respectivos precios. A continuación se indican algunas de las normas o procedimientos que cabría utilizar para la fijación del precio, así como las condiciones especiales de su aplicación a las operaciones de comercio compensatorio.

77. *Precio anunciado en un mercado para mercaderías de calidad normalizada.* Si existe un mercado en el que se anuncian periódicamente los precios de ciertas mercaderías de calidad normalizada, como por ejemplo, en una bolsa internacional de mercaderías, las partes podrán vincular el precio de las futuras entregas de exportaciones compensatorias a los precios que rijan en esa bolsa. Este método podrá aplicarse también cuando el precio de referencia sea aplicable a algún componente de las mercaderías exportadas a título compensatorio, siempre que el precio de ese componente guarde una relación constante con el precio del producto acabado.

78. *El costo de producción.* Las partes tal vez convengan en basar el precio de la exportación compensatoria sobre los costos de producción de un producto designado de común acuerdo. En tal caso, tal vez convenga especificar en la cláusula contractual ciertos extremos, como pudieran ser los elementos constitutivos de los costos de referencia, los aumentos y descensos de esos costos que deban reflejarse mediante un ajuste en el precio de la exportación compensatoria o los movimientos de costos que no deban reflejarse en ese precio.

79. *El precio de reventa del importador compensatorio.* Otra posibilidad sería la de convenir en que el precio de la exportación compensatoria guarde cierta proporción con el precio cobrado por el importador compensatorio a sus distribuidores. Entre las cuestiones que tal vez se planteen en este supuesto cabe señalar la de saber cómo se habrán de tomar en consideración las posibles diferencias entre los precios cobrados a los distribuidores, las cargas que se considerarán como elementos constitutivos del precio de referencia y el método de verificar la información facilitada sobre los precios de reventa.

80. *La cláusula de cliente más favorecido.* Cuando el exportador compensatorio esté suministrando a varios clientes las mercaderías que vayan a ser objeto de exportación compensatoria, tal vez satisfaga a ambas partes que el exportador compensatorio conceda al importador compensatorio su precio más favorable. En este tipo de cláusula tal vez se indique el procedimiento que se habrá de seguir para averiguar cuál es el cliente más favorecido con respecto a las mercaderías consideradas y se resuelva además la cuestión de la comparabilidad entre el precio de referencia y el precio de la exportación compensatoria.

81. *El precio de un competidor.* La cláusula relativa al precio puede estar vinculada al precio de un competidor que esté produciendo las mismas mercaderías que las que vayan a ser objeto de la exportación compensatoria. En una cláusula de este tipo cabría indicar cómo se habrá de proceder para designar al productor de referencia, cuáles serán los elementos que habrán de incluirse en el precio de referencia y cuáles habrán de excluirse de ese precio, y la manera de obtener información sobre los precios.

82. *El precio medio.* Se puede calcular el precio de la exportación compensatoria como la media de varios precios comparables. Éste es un planteamiento que ha sido objeto de notable aceptación en la práctica comercial. En una cláusula de este tipo cabe definir los siguientes puntos: el número de precios de referencia que habrán de considerar cada una de las partes; las entidades, los países o las regiones de las que podrán o deberán obtenerse precios de referencia; la calidad o la cantidad de las mercaderías a las que deberán corresponder los precios de referencia; el método por el que se conseguirá la comparabilidad de los precios utilizados; la fórmula que se utilizará para calcular la media de esos precios; o el procedimiento por el que se suplirá la falta de precios de referencia.

83. La fórmula utilizada para la fijación del precio puede estar basada en un solo precio de referencia. Ahora bien, las partes podrán combinar dos o más precios de referencia. Por ejemplo, una cláusula relativa al precio tal vez estipule que el precio habrá de fijarse con arreglo a un sólo precio de referencia, pero que ese precio habrá de compararse con otro precio que haya sido fijado con arreglo a otros precios de referencia. Si la diferencia entre uno y otro precio fuese superior a una suma o a un porcentaje convenidos, tal vez se recurra a algún procedimiento para ajustar el precio que haya de

pagarse. Otra posibilidad sería la de estipular que el precio se habrá de calcular con arreglo a dos o más fórmulas, conviniéndose en una fórmula para calcular la media o para determinar el precio definitivo. Cuando no se hayan determinado aún cuáles habrán de ser las mercaderías objeto de exportación compensatoria, tal vez convenga prever diversas cláusulas para la fijación del precio de las diversas mercaderías que puedan ser seleccionadas.

b) *Algunas cuestiones que habrán de resolverse en una cláusula de precio de referencia*

84. En cualquiera de los casos anteriormente mencionados las partes fijarán, en ocasiones, un calendario para las diversas fases del procedimiento de fijación del precio e indicarán el momento en el que habrá de definirse la cláusula relativa al precio. Los detalles de lo estipulado en la cláusula dependerán entre otras cosas de si el precio habrá de fijarse una sola vez o periódicamente. Esta cláusula podrá hacer referencia al momento en que se formuló el pedido, al perfeccionamiento del contrato de exportación compensatoria o a la entrega de las mercaderías.

85. Otra cuestión práctica que tal vez se desee considerar es la posibilidad de que la estructura del precio de referencia no coincida con la estructura del precio de las exportaciones compensatorias. Por ejemplo, estos dos precios pueden diferir según sea el comprador quien, además de sufragar la suma convenida, haya de sufragar los costos de transporte, el seguro o alguna carga fiscal o que, por el contrario, sea el vendedor quien haya de sufragar estos diversos costos. Cuando existan diferencias de esta índole, la cláusula relativa al precio podrá contener una fórmula que haga comparables estos dos precios.

86. La cantidad de las mercaderías puede ser otro factor que afecte al precio. Cuando se haya previsto en el acuerdo de comercio compensatorio una cantidad que es superior o inferior al orden de magnitudes contemplado en el precio de referencia, tal vez se haya de prever, en la fórmula relativa al precio, el procedimiento de ajuste correspondiente.

87. Puede suceder también que las partes conviniesen en que se ha de reflejar en la fórmula del precio el riesgo comercial en que haya de incurrir una de las partes. Entre los ejemplos de tales riesgos cabe citar el riesgo de reventa del importador compensatorio o el riesgo de una de las partes de que el precio que tal vez se fije resulte menos favorable que el precio imperante en el mercado libre. Cabría reflejar este factor de riesgo en la cláusula relativa al precio mediante un porcentaje que habría de sumarse o deducirse de la suma correspondiente al precio de referencia.

c) *Moneda y procedimiento de pago*

88. Sería normal que los precios de las mercaderías de exportación y de exportación compensatoria se expresasen en una misma moneda, que podría ser la moneda de uno cualquiera de los dos países interesados o la moneda

de un tercer país, como podría ser la de un tercer país con una moneda libremente convertible que esté siendo utilizada en el comercio internacional. La elección de la moneda en que se ha de efectuar el pago tal vez dependa del procedimiento por el que se haya de efectuar el pago.

89. Cuando el pago de una o más de las entregas vaya a beneficiarse de algún acuerdo de crédito o de garantía especial para la exportación, tal vez se habrá de fijar el precio de ese segmento de la operación, o quizá de toda la operación, en una determinada moneda. Cuando el pago de cada uno de los segmentos de la operación haya de efectuarse en una cuenta bloqueada, únicamente utilizable para las importaciones previstas con arreglo al acuerdo de comercio compensatorio, la moneda en la que se habrá de fijar el precio de la operación adquiere el carácter de unidad de cuenta. El factor técnico más importante para seleccionar la moneda será la facilidad que ofrezca esa moneda para la fijación del precio de las mercaderías y la facilidad con que se pueda disponer del saldo restante al completarse la operación de comercio compensatorio.

V. Relaciones entre el contrato de exportación, el compromiso de comercio compensatorio y el contrato de exportación compensatoria

90. Dado que los motivos económicos para entablar una operación de comercio compensatorio serán satisfechos únicamente si se conciertan y se cumplen como previsto tanto el contrato de exportación como el contrato de exportación compensatoria, cabe considerar estos dos contratos como uno solo, si bien de índole compuesta. Tal vez se considere como regla de valor universal que el pleno incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones derivadas de un contrato de compraventa facultaría a la otra parte a no cumplir las suyas, por lo que esta parte quedaría facultada a rescindir formalmente el contrato. Tal vez también se considere como regla de valor universal que el incumplimiento de las propias obligaciones y la rescisión formal del contrato no estarían justificados cuando el incumplimiento de la otra parte no sea lo bastante grave.

91. En un contrato de compraventa sencillo estas reglas llevarían a la conclusión de que el comprador no estaría obligado a pagar las mercaderías que no hayan sido entregadas o que, habiéndolo sido, adolezcan de defectos lo bastante graves, pero que estaría obligado a aceptarlas y pagarlas cuando se hayan entregado con defectos de menor cuantía. Otra cuestión sería la de si el comprador podrá retener una parte del precio por razón de esos defectos.

92. Una de las cuestiones frecuentemente planteadas en las deliberaciones sobre cuestiones jurídicas relativas al comercio compensatorio es la de si sería aplicable a la operación de comercio compensatorio esta norma paradigmática propia del contrato de compraventa normal. Se acostumbra a sugerir que la respuesta jurídica de este problema dependerá de lo que las partes hayan convenido en los contratos, es decir, que sería un asunto que se dejaría al arbitrio de las partes.

A. Incumplimiento del contrato de exportación

93. En un supuesto normal, el interés primordial del exportador es el cumplimiento del contrato de exportación. Si este contrato no se cumple, el exportador no tendría ningún motivo para desear que el contrato de exportación compensatoria se concierte o se cumpla. El importador está a menudo interesado en que se cumpla tanto el contrato de exportación como el contrato de exportación compensatoria. Por ello, suele suceder que el importador desee que se cumpla el contrato de exportación compensatoria, aun cuando no se haya cumplido el contrato de exportación.

94. Parece ser que la solución más frecuente en la práctica suele ser la de que ambas obligaciones estén vinculadas; el compromiso de comercio compensatorio dejaría, en este supuesto, de ser exigible cuando el contrato de exportación no se haya concertado o no se haya cumplido. Suele ser más frecuente que esta vinculación esté prevista en una cláusula del acuerdo de comercio compensatorio que en una cláusula del contrato de exportación.

95. Se dan, no obstante, operaciones en las que los términos contractuales no hacen depender el compromiso de comercio compensatorio del cumplimiento del contrato de exportación. Cuando los contratos de exportación y de exportación compensatoria han sido configurados como dos instrumentos independientes y separados, la interpretación lógica sería la de que el compromiso de comercio compensatorio seguirá siendo obligatorio con independencia de que se cumpla o no el contrato de exportación. Esta conclusión no sería tan clara si el compromiso de comercio compensatorio hubiese sido contraído en el acuerdo de comercio compensatorio, pero no se hubiese mencionado expresamente la dependencia del compromiso de comercio compensatorio del cumplimiento del contrato de exportación.

B. Incumplimiento del compromiso de comercio compensatorio

96. Si se incumple el compromiso de comercio compensatorio, la cuestión será la de saber si el importador podrá suspender o demorar el pago estipulado en el contrato de exportación. Se ha argüido en contra de esta solución que la suma del precio del contrato de exportación suele ser muy superior al perjuicio ocasionado al importador al privársele de una exportación compensatoria. Cuando éste sea el caso, la retención del pago debido con arreglo al contrato de exportación por razón de no haberse cumplido el compromiso de comercio compensatorio pudiera ser considerada como un remedio desproporcionado.

97. Además, el riesgo de la denegación del pago se vería considerablemente aumentado si el importador pudiese denegar el pago por haber surgido un obstáculo al cumplimiento del acuerdo compensatorio. El riesgo de esa retención del pago podría aumentar las dificultades del exportador para encontrar alguna entidad que le

financie su exportación o que le asegure contra el riesgo de la falta de pago, por depender ese riesgo de circunstancias ajenas al contrato de exportación y difíciles de evaluar para las instituciones financieras interesadas.

98. Ahora bien, la posibilidad de que se retenga el pago convenido en el contrato de exportación hasta que se haya cumplido el compromiso de comercio compensatorio puede ser un incentivo eficaz para que el exportador cumpla ese compromiso. Además, el cumplimiento del contrato de exportación compensatoria será un factor indispensable para el importador cuando le haya de servir como fuente de financiación para pagar las mercaderías que adquirió en el contrato de exportación. La acción combinada de las consideraciones recién enumeradas suele dar lugar a que se adopte uno de los dos siguientes planteamientos contractuales de este problema.

99. El primer planteamiento se basa en dar preferencia al interés del exportador en que su acción para exigir el pago del precio de exportación sea independiente del compromiso de comercio compensatorio. Esa independencia se suele lograr incorporando el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio en documentos distintos. Además, o bien se omitirá en el contrato de exportación toda mención del contrato de exportación compensatoria o se hará constar expresamente que el contrato de exportación habrá de ser cumplido con independencia de que el contrato de exportación compensatoria sea o no cumplido. En este supuesto, el interés del importador en tener alguna garantía del cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio se suele satisfacer mediante una cláusula en el acuerdo de comercio compensatorio que estipule el pago de una pena o de una indemnización convenida, tal vez garantizado por un banco, para cubrir la eventualidad de que el exportador no cumpla su compromiso compensatorio.

100. El segundo planteamiento se basa en dar preferencia al interés del importador al supeditar el pago del precio de exportación al cumplimiento por el exportador de su compromiso de comercio compensatorio. Con arreglo a este planteamiento, el importador depositaría, por lo general, el precio de exportación en una cuenta bloqueada que no sería liberada hasta que se hubiesen cumplido ciertas condiciones convenidas en el contrato. Este mecanismo es un corolario del principio de que ese dinero sólo podrá ser utilizado en pago de las mercaderías que vayan a ser objeto de exportación compensatoria. Otra modalidad de este planteamiento sería la de estipular en los términos pertinentes del contrato que, de darse determinadas circunstancias, el exportador sólo podrá disponer del dinero una vez que se haya deducido una pena o una indemnización convenida en favor del importador. Debe observarse, no obstante, que, habida cuenta del costo inherente a la inmovilización de una suma de dinero en una cuenta, el recurso a esta solución será tanto más improbable cuanto más largo sea el plazo previsto para la satisfacción del compromiso de comercio compensatorio.

C. *Exportación compensatoria y extinción del compromiso de comercio compensatorio*

a) *Existencia de la exportación compensatoria*

101. A fin de asegurar que las compras efectuadas por el exportador al importador sean acreditadas a título de cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio, tal vez sea aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio y el contrato de exportación compensatoria hagan mutuamente referencia el uno al otro. Cualquier estipulación del acuerdo de comercio compensatorio que haga referencia al contenido de los contratos de exportación compensatoria será un factor importante para determinar si una compra del exportador ha de ser considerada como un contrato de exportación compensatoria con arreglo a lo previsto en el compromiso de comercio compensatorio. En esas estipulaciones tal vez se indique, por ejemplo, el tipo, la calidad o el origen de las mercaderías, la estructura de las exportaciones compensatorias o el concepto de adicionalidad. Además, tal vez se indique en el contrato de exportación compensatoria o en algún documento relativo a su cumplimiento (por ejemplo, un documento en el que se acuse recibo de las mercaderías que son objeto de exportación compensatoria, una factura, o alguna cuenta mutuamente convenida en la que se vayan haciendo constar las entregas efectuadas tanto a título de exportación como a título de exportación compensatoria), que la suma abonada por ese contrato habrá de ser acreditada a título de cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio. En ocasiones, las partes convienen asimismo que entre los documentos que habrán de presentarse para el cobro de una carta de crédito deberá figurar una declaración del exportador compensatorio de que ese pago se hace a título de cumplimiento total o parcial del compromiso de comercio compensatorio del importador compensatorio.

b) *Ausencia de una exportación compensatoria*

102. El compromiso de comercio compensatorio se suele extinguir por el cumplimiento del contrato de exportación compensatoria. Tal vez se plantee también la cuestión de si podría extinguirse el compromiso de comercio compensatorio, y de ser así en qué circunstancias, por no haberse concertado ningún contrato de exportación compensatoria, o por no haber efectuado el exportador compensatorio la entrega convenida en el correspondiente contrato.

103. Cuando no haya tenido éxito la negociación del contrato de exportación compensatoria, la conclusión obvia parecería ser la de que el compromiso de comercio compensatorio seguirá siendo obligatorio hasta que se haya efectuado una exportación compensatoria. Si se demostrase que el importador siguió un procedimiento de negociación convenido y que el contenido de sus ofertas contractuales responde a unas directrices igualmente convenidas, lo más probable será que se concluya que el exportador no ha cumplido su compromiso de comercio compensatorio. Si se demostrase, sin embargo, que el importador ha infringido alguno de esos procedimientos o algunas de las directrices relativas al objeto del

contrato, tal vez se concluya que el exportador no estaría ya obligado a seguir negociando un contrato de exportación compensatoria.

104. Tal vez se plantee otra situación en la que podría haber desacuerdo sobre si debería extinguirse o reducirse el compromiso de comercio compensatorio cuando el exportador compensatorio incumpla la obligación de entregar las mercaderías estipuladas en el contrato de exportación compensatoria. En tal caso, cabe argüir que, en la medida en que el exportador compensatorio haya incumplido su obligación de entrega, deberá dejar de ser vinculante para el exportador su compromiso de importar a título compensatorio. Una tesis más tajante sería la de considerar que el incumplimiento de la entrega prevista en el contrato de exportación compensatoria extinguirá el compromiso de comercio compensatorio, con independencia de que el exportador compensatorio sea o no responsable de ese incumplimiento.

105. A fin de evitar tales controversias, las partes incluyen en ocasiones en el acuerdo de comercio compensatorio o en el contrato de exportación compensatoria estipulaciones que precisen cuál será el efecto sobre el compromiso del comercio compensatorio de la falta de entrega de las mercaderías convenida en el contrato de exportación compensatoria. En ocasiones, se prevé incluso en esas estipulaciones el efecto de la falta de entrega cuando el exportador compensatorio pueda demostrar, por ejemplo, que esa falta de entrega es atribuible a un impedimento que no depende de él y que al concertar el contrato no podía haber previsto, sin que pudiese tampoco haber evitado o superado sus consecuencias. Esas estipulaciones pueden, además, haber previsto el caso de una entrega parcial y concretamente el punto de si, en ese caso, seguiría siendo vinculante el compromiso de comercio compensatorio respecto de la parte no entregada.

D. Redacción de contratos que expresen la relación deseada

106. La respuesta a la cuestión de si un segmento contractual de una operación de comercio compensatorio, es decir, la exportación, el compromiso de comercio compensatorio o la exportación compensatoria, habrá de ser interpretado con arreglo a sus propios términos, con independencia de cualquier otro segmento, o de si, por el contrario, existe una relación entre esos segmentos, vendrá determinada por la estructura que se haya dado a la operación compensatoria al redactar los documentos correspondientes.

107. Cuando los diversos segmentos contractuales estén englobados bajo un solo contrato, es probable que las diversas obligaciones contractuales sean consideradas como parte de una sola red de obligaciones. En este supuesto, si las partes desean separar los diversos segmentos de la operación deberán estipular expresamente que ésa es su intención. Ahora bien, pese a que se hayan incluido en el contrato estipulaciones expresas en

este sentido, cabría interpretar la operación en un sentido favorable a la vinculación mutua de las obligaciones, particularmente en el supuesto de que no se hayan formulado esas estipulaciones expresas en términos lo bastante precisos.

108. Cuando se utilicen contratos separados, es probable, que, salvo prueba en contrario, se interprete esos contratos como si hubieran de aplicarse con arreglo a sus propios términos, por lo que toda vinculación que se desee establecer entre los contratos habría de ser expresamente estipulada. Existe, no obstante, una opinión que sostiene que la intención de las partes de estructurar una operación de comercio compensatorio puede dar lugar a la interpretación de que, pese a la existencia de contratos separados, los segmentos de esa operación podrán ser interpretados como si formasen una unidad¹⁴. Ahora bien, en la medida en que esa opinión sea aplicable a este tipo de operación, es evidente que, de acuerdo con el principio de libertad de contratación, se podrá asegurar la separación de los contratos mediante una estipulación expresa al efecto en los documentos relativos a la operación.

109. Las partes que deseen establecer alguna relación entre contratos separados podrán estipularlo expresamente. Por ejemplo, se podrá estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el acuerdo habrá de considerarse como parte integrante del contrato de exportación; o el contrato de exportación puede haber previsto que su entrada en vigor quedará aplazada hasta la entrada en vigor del acuerdo de comercio compensatorio. Cabe señalar que un contrato redactado en términos tan vagos puede dar lugar a la interpretación de que la obligación del exportador de entregar las mercaderías exportadas y su compromiso de concertar un contrato de importación compensatoria están mutuamente vinculados y que, por consiguiente, el exportador no podrá acusar al importador de haber incumplido alguna obligación contraída en el contrato de exportación si él mismo ha incumplido su compromiso de comercio compensatorio.

110. Otro ejemplo de una disposición por la que se vinculen segmentos de una operación de comercio compensatorio sería estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que de surgir algún obstáculo a la entrega prevista en el contrato de exportación, dejaría de ser vinculante para el exportador su compromiso de comercio compensatorio. Puede suceder también que sea el contrato de exportación compensatoria el que haga referencia al acuerdo de comercio compensatorio especificando, por ejemplo, que el pago previsto en este contrato será deducible de la suma a que ascienda el compromiso de comercio compensatorio o que el incumplimiento de la obligación de entrega de mercaderías prevista en este contrato se traducirá por una reducción del compromiso de comercio compensatorio.

¹⁴O. Capatina, *Considérations sur les opérations de contre-achat dans les relations de commerce extérieur de la Roumanie, Droit et pratique du commerce international*, tome 8, No. 2, 1982, 179.

VI. Conclusión

111. La gestión de la operación de comercio compensatorio suele requerir cierta aptitud para resolver problemas difíciles de índole comercial y para coordinar la concertación y el cumplimiento de obligaciones de índole diversa y distantes en el tiempo que habrán de cumplirse, a menudo, por partes contractuales que no son parte en el acuerdo de comercio compensatorio. Esto requiere en primer lugar cierta habilidad comercial para la gestión de este tipo de operaciones. Requiere además cierta habilidad para formular acuerdos contractuales que estructuren estas operaciones, con independencia de que esos acuerdos contractuales sean o no sean plenamente exigibles por la vía judicial habitual.

112. La Comisión tal vez desee considerar si desea preparar una guía jurídica para la redacción de contratos de comercio compensatorio en la que, además de efectuarse un examen básicamente jurídico como el esbozado a título de presentación en el presente informe, se prestaría asesoramiento sobre la resolución de los problemas prácticos que se dan en la elaboración de este tipo de contrato. Si la Comisión decidiera preparar esa

guía jurídica, tal vez desee pedir a la secretaría que prepare un proyecto de esbozo de su índice de materias y los estudios preliminares adicionales que estime apropiados. Si la Comisión optase por este camino, la secretaría consultaría con un grupo de expertos en el que figurase una representación adecuada de las diferentes regiones. Este proyecto de esbozo del índice y los estudios preliminares serían presentados a la Comisión en su 22.º período de sesiones o, si la Comisión lo juzga apropiado, a un Grupo de Trabajo.

113. La Comisión tal vez decida, por el contrario, que la preparación de una guía jurídica sobre los problemas prácticos que se dan en la redacción de los contratos de comercio compensatorio no sería una contribución importante para la unificación o la armonización del derecho mercantil internacional, que es el mandato que ella tiene. Si así se decidiese, la Comisión tal vez considere que la preparación del presente informe ha sido una contribución útil de la Comisión para aquellos que deseen redactar este tipo de contratos, pero que este tema debe suprimirse del programa futuro de trabajo de la Comisión.