C. Comercio compensatorio internacional: proyectos de capítulo de una guía jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional: informe del Secretario General

(A/CN.9/362 y Add.1 a 17) [Original: inglés]

ÍNDICE

Página

[A/CN.9/362]
PROYECTOS DE CAPÍTULO DE UNA GUÍA JURÍDICA SOBRE OPERACIONES DE COMERCIO COMPENSATORIO INTERNACIONAL: INFORME DEL SECRETARIO GENERAL 99

[A/CN.9/362/Add.1]
I. INTRODUCCIÓN 100

[A/CN.9/362/Add.2]
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y TERMINOLOGÍA DE LA GUÍA JURÍDICA 101

[A/CN.9/362/Add.3]
III. ENFOQUE CONTRACTUAL 105

[A/CN.9/362/Add.4]
IV. COMPROMISO DE COMPENSACIÓN 113

[A/CN.9/362/Add.5]
V. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA REDACCIÓN 124

[A/CN.9/362/Add.6]
VI. TIPO, CALIDAD Y CUANTÍA DE LOS BIENES 129

[A/CN.9/362/Add.7]
VII. FIJACIÓN DEL PRECIO DE LOS BIENES 135

[A/CN.9/362/Add.8]
VIII. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS 142

[A/CN.9/362/Add.9]
IX. PAGO 150

[A/CN.9/362/Add.10]
X. LIMITACIONES A LA REVENTA DE BIENES EN EL COMERCIO COMPENSATORIO 160

[A/CN.9/362/Add.11]
XI. INDEMNIZACIÓN PACTADA Y CLÁUSULAS PENALES 164

[A/CN.9/362/Add.12]
XII. GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO 169

[A/CN.9/362/Add.13]
XIII. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COMPLETAR LA OPERACIÓN DE COMERCIO COMPENSATORIO 176

[A/CN.9/362/Add.14]
XIV. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE 185

[A/CN.9/362/Add.15]
XV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 190

[A/CN.9/362/Add.16]
PROYECTO DE CLÁUSULAS ILUSTRATIVAS 198

[A/CN.9/362/Add.17]
RESÚMENES DE LOS CAPÍTULOS 203

[A/CN.9/362]

PROYECTOS DE CAPÍTULO DE UNA GUÍA JURÍDICA SOBRE OPERACIONES DE COMERCIO COMPENSATORIO INTERNACIONAL: INFORME DEL SECRETARIO GENERAL

1. En su 19.° período de sesiones (1986), con ocasión del examen de una nota de la Secretaría titulada "Labor futura en la esfera del nuevo orden económico internacional" (A/CN.9/277), la Comisión estudió su labor futura sobre el tema del comercio compensatorio. Mereció considerable apoyo en el seno de la Comisión la idea de emprender trabajos sobre este tema y se pidió a la Secretaría que preparara un estudio preliminar sobre la cuestión (A/41/17, párrafo 243).

2. En su 21.° período de sesiones (1988), la Comisión tuvo ante sí el informe titulado "Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas del comercio compensatorio internacional" (A/CN.9/302). La Comisión decidió, a título preliminar, que sería conveniente preparar una guía jurídica para la redacción de los contratos de comercio compensatorio. Para que la Comisión pudiera decidir qué otra medida habría que adoptar, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase para el 22.° período de sesiones de la Comisión un proyecto de esbozo de esa guía jurídica (A/43/17, párrafos 32 a 35).

3. En su 22.° período de sesiones (1989), la Comisión examinó el informe titulado "Proyecto de esbozo de posible contenido y estructura de una guía jurídica para la redacción de contratos de comercio compensatorio internacional" (A/CN.9/322). Se decidió que la Comisión preparase esa guía jurídica y se pidió a la Secretaría que preparara para su próximo período de sesiones algunos proyectos de capítulo de la misma (A/44/17, párrafos 245 a 249).

4. En su 23.° período de sesiones (1990), la Comisión consideró un esbozo del capítulo de introducción de la guía jurídica y el proyecto de capítulo II, "Ámbito de aplicación y terminología de la guía jurídica" (ambos en el documento A/CN.9/332/Add.1), así como los siguientes proyectos de capítulo: III. "Enfoque de la contratación" (Add.2); IV. "Observaciones generales sobre la redacción" (Add.3); V. "Tipo, calidad y cantidad de las mercaderías" (Add.4); VI. "Fijación del precio de las mercaderías" (Add.5); IX. "Pago" (Add.6), y XII. "Garantías de cumplimiento" (Add.7). Las deliberaciones de la Comisión pueden verse reflejadas en el anexo I del documento A/45/17. Todos los miembros de la Comisión se mostraron de acuerdo con el enfoque general adoptado para la preparación de los proyectos de capítulo, tanto respecto de la estructura de la guía jurídica como respecto de la índole de las descripciones y consejos que en ella se daban (A/45/17, párrafo 16). La Comisión decidió que la Secretaría completara la preparación de los proyectos de capítulo restantes y los presentara al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales. La Comisión decidió también que el texto definitivo de la guía jurídica le fuera presentado en su 25.° período de sesiones, que se celebraría en 1992 (A/45/17, párrafos 17 y 18).

5. En su 23.° período de sesiones celebrado en septiembre de 1991, el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales examinó los proyectos del capítulo VII. "Cumplimiento del compromiso de compensación" (A/CN.9/332/Add.8); VIII. "Participación de terceros" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1); X. "Limitaciones a la reventa de mercaderías en el comercio compensatorio" (Add.2); XI. "Indemnización pactada y cláusulas penales" (Add.3); XIII. "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio" (Add.4); XIV. "Elección de la ley aplicable" (Add.5); XV. "Solución de controversias" (Add.6), y proyecto de ejemplos de disposiciones (Add.7). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo pueden verse reflejadas en el documento A/CN.9/357. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el texto de los proyectos de capítulo y de las cláusulas contractuales ilustrativas a la luz de las deliberaciones y de las decisiones del Grupo de Trabajo y que las presentara al 25.° período de sesiones de la Comisión (A/CN.9/357, párrafo 13).

6. En las adiciones 1 a 17 al presente documento figuran los proyectos de capítulo revisados y otros textos pertenecientes a la guía jurídica:

I. "Introducción" (Add.1)

II. "Alcance y terminología de la guía jurídica" (Add.2)

III. "Enfoque contractual" (Add.3)

IV. "Compromiso de compensación" (Add.4) (el proyecto de capítulo IV contiene el texto revisado del anterior proyecto de capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación" y de la sección C del anterior proyecto de capítulo III, "Enfoque de la contratación")

V. Observaciones generales sobre la redacción (Add.5)

VI. "Tipo, calidad y cuantía de los bienes" (Add.6)

VII. "Fijación del precio de los bienes" (Add.7)

VIII. "Participación de terceros" (Add.8)

IX. "Pago" (Add.9)

X. "Limitaciones a la reventa de bienes en el comercio compensatorio" (Add.10)

XI. "Indemnización pactada y cláusulas penales" (Add.11)

XII. "Garantía de cumplimiento" (Add.12)

XIII. "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio" (Add.13)

XIV. "Selección de la ley aplicable" (Add.14)

XV. "Solución de controversias" (Add.15)

Proyecto de cláusulas ilustrativas (Add.16)

Resúmenes de los capítulos (Add.17)

Índice (Add.18)[a]

[a] La adición 18 no se publicó.

[A/CN.9/362/Add.1]

I. INTRODUCCIÓN

A. Origen y finalidad de la guía jurídica

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

2. En 1986, en el contexto del examen de la labor de la Comisión en relación con el nuevo orden económico internacional, la Comisión consideró la labor que debería emprenderse en materia de comercio compensatorio[1]. En 1989, la Comisión decidió preparar una guía jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional y pidió a la Secretaría que preparara los proyectos de capítulo para dicha guía[2]. Esos proyectos de capítulo fueron examinados por la Comisión en su 23.° período de sesiones, en 1990[3], y asimismo en su 23.° período de sesiones por el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, en 1991[4]. [En su 25.° período de sesiones, la Comisión examinó los proyectos de capítulo revisados y aprobó la guía jurídica en 1992, con las modificaciones editoriales que encomendó a la Secretaría[5].]

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

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

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

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

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

B. Estructura de la guía

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

---

[1]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 19.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/41/17), párrafos 235 a 243.

[2]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 22.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/44/17), párrafo 249.

[3]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 23.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/45/17), párrafos 11 a 18 y anexo I.

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

[[5]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/47/17, párrafos 83 a 139.]

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

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

C. Recomendaciones formuladas en la guía

[*El siguiente párrafo, con excepción de las modificaciones en bastardilla, fue publicado en el documento A/CN.9/332/Add.1, con el título "I. Introducción a la guía Jurídica".*]

11. *Cuando así procede, se hace en la guía jurídica alguna* sugerencia acerca de la manera de resolver ciertas cuestiones relacionadas con las operaciones de comercio compensatorio. Se han utilizado para ello tres niveles de intensidad. Conforme al nivel más elevado se sugiere que las partes "deben" actuar de determinada manera. *En la presente guía estas sugerencias se han empleado con parsimonia y sólo cuando* alguna necesidad lógica o jurídica *abogaba en favor de determinada* manera de actuar. Se recurre a un nivel de intensidad intermedio cuando se sugiere que sería "aconsejable" o "conveniente", pero no lógica o jurídicamente preciso, que las partes observen determinada conducta. *El nivel inferior de sugerencia se expresa cuando* se sugiere que las partes "podrían considerar la posibilidad" o "tal vez deseen estipular", o que el acuerdo entre las partes "podría" incorporar una solución determinada. Es posible que, por razones de estilo, los términos utilizados en alguna que otra sugerencia difieran en algo de los indicados; no obstante, esos términos expresarán con claridad el nivel de sugerencia deseado.

D. Cláusulas ilustrativas

[*Los dos párrafos siguientes, salvo la modificación en bastardilla, han sido extraídos del párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7.*]

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

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

[A/CN.9/362/Add.2]

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y TERMINOLOGÍA DE LA GUÍA JURÍDICA

ÍNDICE

	Párrafos
A. Operaciones comprendidas	1-6
B. Concentración en cuestiones específicas del comercio compensatorio	7-8
C. Reglamentaciones públicas	9-10
D. Alcance universal de la guía jurídica	11
E. Terminología	12-28
1. Tipos de comercio compensatorio	13-17
2. Las partes en la operación de comercio compensatorio	18-22
3. La operación de comercio compensatorio y sus elementos	23-28

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo II es una revisión del proyecto de capítulo II del mismo título publicado en el documento A/CN.9/332/Add.1. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/332/Add.1 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las revisiones de los párrafos aparecidos en el documento A/CN.9/332/Add.1 van en bastardilla. Mediante un asterisco se indican los lugares donde se han efectuado supresiones sin añadir nuevo texto.]

A. Operaciones comprendidas

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

2. [*párrafo nuevo*] Para simplificar, la guía jurídica habla únicamente de "bienes" cuando se refiere al objeto de las operaciones de comercio compensatorio. Sin embargo, las consideraciones que se hacen en la guía acerca de las operaciones con bienes también suelen ser válidas para las operaciones con servicios. Asimismo, la guía puede servir de orientación general para las operaciones con tecnología. En algunos casos la guía se refiere en particular a los servicios o a la tecnología.

3. [*párrafo nuevo*] La guía jurídica se ocupa primordialmente de operaciones de comercio compensatorio en las que los bienes se entregan a través de fronteras nacionales. Las operaciones de comercio compensatorio nacional pueden presentar características que no se tienen en cuenta en la presente guía. Sin embargo, en la medida en que las operaciones nacionales corresponden a las variedades de operaciones de comercio compensatorio descritas en la guía jurídica, ésta puede ser utilizada por las partes en esas operaciones.

4. [2] *Las operaciones de comercio compensatorio asumen formas diversas y presentan características diferentes según las circunstancias particulares de la operación.* Las diferencias se refieren a asuntos tales como la estructura contractual de la operación (*es decir, el número y la secuencia de los contratos componentes), el hecho de si los bienes suministrados en una dirección han de utilizarse en la producción de bienes que van a suministrarse en la otra dirección, la modalidad de pago y el número de partes que intervienen en la operación.*

[3]*

[4]*

5. [5] Otro aspecto en el que pueden diferir las operaciones de comercio compensatorio es el grado de interés que las partes puedan tener en los distintos segmentos de una operación de comercio compensatorio. En *muchas* operaciones, una de las partes se interesa *primordialmente* en la exportación de sus *propios* bienes *más que en la adquisición de bienes de la otra parte.* En otras operaciones, las partes consideran de mutuo interés el suministro de bienes en ambas direcciones. Hay también operaciones en las que una de las partes, desde el principio, estima que el compromiso de celebrar futuros contratos constituye una concesión a la otra parte, pero luego lo considera un beneficio*.

6. [*párrafo nuevo*] En la mayoría de los casos, las consideraciones que figuran en la guía jurídica se aplican por lo general a diversos tipos de comercio compensatorio. Sin embargo, en algunos contextos se indica que esas consideraciones se aplican tan sólo a un determinado tipo de comercio compensatorio.

B. Concentración en cuestiones específicas del comercio compensatorio

[*Nota editorial*: en el proyecto de capítulo II que figuraba en el documento A/CN.9/332/Add.1, esta sección aparecía como sección C, párrafos 24 a 26. Parte del contenido de los párrafos 25 y 26 (A/CN.9/332/Add.1) se ha trasladado al proyecto de capítulo III, "Enfoque contractual" (A/CN.9/362/Add.3).]

7. [*párrafo nuevo*] La guía jurídica se concentra en la redacción de cláusulas contractuales que son específicas del comercio compensatorio internacional o tienen especial importancia para dicho comercio. Tales cláusulas figuran en un acuerdo entre las partes que establece una vinculación entre el suministro de bienes en una dirección y el suministro de bienes en la otra dirección. Como se explica en el párrafo 24 *infra*, en la guía jurídica ese acuerdo se denomina "acuerdo de comercio compensatorio".

8. [24] *Por regla general, la guía jurídica no se ocupa del contenido de los contratos para cada suministro de bienes en el marco de una operación de comercio compensatorio, ya que esos* contratos se parecen generalmente a los contratos celebrados como operaciones discretas e independientes. En algunos casos, sin embargo, el contenido de un contrato se ve afectado por el hecho de que forma parte de una operación de comercio compensatorio. Por ejemplo, cuando el producto de un contrato en una dirección se ha de utilizar para pagar el contrato que se celebre en la otra, ambos contratos de suministro pueden contener disposiciones sobre el pago peculiares al comercio compensatorio. *La guía jurídica tiene en cuenta esos contratos en la medida en que puedan incluirse en ellos cláusulas específicas del comercio compensatorio.*

C. Reglamentaciones públicas

[*Nota editorial*: en el proyecto de capítulo II que figuraba en el documento A/CN.9/332/Add.1, esta sección aparecía como sección D, párrafos 27 y 28.]

9. [27] En algunos países el comercio compensatorio está sometido a reglamentaciones públicas. Esas reglamentaciones, que pueden derivar de acuerdos internacionales, están estrechamente vinculadas a las respectivas políticas económicas nacionales y, por consiguiente, varían según los países y son susceptibles de alteración más a menudo que las reglas del derecho contractual. Las reglamentaciones públicas pueden promover o restringir el comercio compensatorio de varias maneras. Por ejemplo, puede disponerse que ciertos tipos de importaciones tan sólo pueden pagarse mediante una operación de comercio compensatorio, que los organismos comerciales del Estado deben estudiar la posibilidad del comercio compensatorio cuando negocian ciertos tipos de contrato, que se prohíbe ofrecer en comercio compensatorio ciertos tipos de productos locales o que *un exportador de bienes y su adquirente extranjero no son libres de acordar una modalidad de pago que no sea la transferencia de divisas a la cuenta del exportador*. Otras normas pueden referirse a los controles de divisas o a la facultad de un órgano administrativo de aprobar una operación de comercio compensatorio. Algunas reglamentaciones se orientan concretamente al *comercio compensatorio*; mientras que otras son más generales, pero con repercusiones sobre él (*por ejemplo, las leyes sobre la competencia, los reglamentos de exportación e importación, las normas sobre divisas*). Algunas reglamentaciones se dirigen únicamente a una de las partes contratantes y no afectan directamente al contenido o al efecto jurídico del contrato celebrado por esa parte. En otros casos la reglamentación puede limitar la libertad de contratación de las partes.

10. [28] La guía jurídica recomienda a las partes que tomen en cuenta esas reglamentaciones públicas. Dado que las reglamentaciones son muy diversas y cambian a menudo, se dan consejos, cuando procede, en forma de advertencia genérica, en vez de analizar detalladamente el fondo de las reglamentaciones aplicables. *Para un ulterior examen de las reglamentaciones públicas obligatorias, véase el capítulo XIV "Elección de la ley aplicable", párrafos ____ a ____.*

D. Alcance universal de la guía jurídica

[*Nota editorial*: en el proyecto de capítulo II que figuraba en el documento A/CN.9/332/Add.1, esta sección aparecía como sección E, párrafo 29.]

11. [29] *Las cuestiones de derecho privado que se plantean en las operaciones de comercio compensatorio internacional y los motivos para practicar ese tipo de comercio no presentan particularidades regionales. En la medida en que existen diferencias regionales en las prácticas contractuales, se refieren en particular a la frecuencia con que se utilizan ciertos tipos de comercio compensatorio y a la complejidad y refinamiento de las soluciones contractuales adoptadas. Por consiguiente,* la guía jurídica se ocupa de las cuestiones jurídicas que suscita el comercio compensatorio en el plano universal.

E. Terminología

[*Nota editorial*: en el proyecto de capítulo II que figuraba en el documento A/CN.9/332/Add.1, esta sección aparecía como sección B, párrafos 8 a 23.]

12. [29] Varía mucho la terminología utilizada en la práctica y por escrito para describir las operaciones de comercio compensatorio y las partes que en ellas intervienen. No se ha desarrollado una terminología generalmente aceptada. En los siguientes párrafos se establece la utilizada en la guía jurídica para los diversos tipos de operaciones de comercio compensatorio, las partes y los contratos utilizados en este comercio.

1. Tipos de comercio compensatorio

13. [*párrafo nuevo*] A continuación se explican los términos empleados en la guía jurídica para indicar los distintos tipos de comercio compensatorio. En la guía jurídica las operaciones de comercio compensatorio se distinguen con arreglo a sus características comerciales o técnicas y a su estructura contractual. Cabe señalar que existen otras clasificaciones distintas de la que se explica a continuación.

14. [10] *Trueque*. En la práctica el término "trueque" se utiliza con diferentes significados. Puede referirse, por ejemplo, a las operaciones de comercio compensatorio en general, a un acuerdo intergubernamental sobre el comercio recíproco de determinados bienes entre participantes identificados o al comercio compensatorio en que se elimina o reduce la circulación de divisas a través de las fronteras o en que un único contrato rige las remesas recíprocas de bienes. La guía jurídica utiliza "trueque" en un sentido jurídico estricto para referirse a un contrato que entraña el intercambio de determinados bienes en dos direcciones, en el que el suministro de éstos en una dirección sustituye, en todo o en parte, al pago en dinero del suministro de bienes en la otra dirección. Cuando existe una diferencia de valor entre el suministro de bienes en ambas direcciones, la liquidación de la diferencia puede hacerse en dinero o en otro valor económico.

15. [11] *Compra compensatoria*. Este término se utiliza para referirse a una operación en que las partes, al celebrar un contrato de compra en una dirección, llegan a un acuerdo en el que se comprometen a celebrar un contrato de compra en la otra dirección, es decir, un contrato de compra compensatoria. La compra compensatoria se distingue de la compensación industrial en que en los bienes suministrados en la primera compra no se utilizan en la producción de los bienes vendidos en contrapartida.

16. [12] *Compensación industrial*. Este término se refiere a una operación en la que una de las partes suministra un medio de producción y las partes convienen en que el proveedor de ese medio, o la persona que él designe, comprará *productos fabricados con ese medio de producción*. A menudo, el proveedor del medio de producción también proporciona tecnología y capacitación y, algunas veces, componentes o materiales que han de utilizarse en la producción.

17. [13] *Contrapartida*. Las operaciones a que se hace referencia con este término en la guía jurídica consisten nor-

malmente en el suministro de bienes de alto valor o de elevado nivel tecnológico *y puede tratarse de la transferencia de tecnología y conocimientos técnicos, el fomento de inversiones y facilitar el acceso a un determinado mercado. Cabe distinguir dos tipos de operaciones de contrapartida.* En la "contrapartida directa", *las partes acuerdan suministrarse recíprocamente bienes que están relacionados desde el punto de vista tecnológico o comercial (por ejemplo, componentes o productos que se comercializan juntos). La contrapartida directa puede presentar características propias de una operación de compensación industrial (es decir, la transmisión de equipo y tecnología de producción, y la compra de los productos resultantes por parte del transmitente). La diferencia entre una contrapartida directa de este tipo y una operación de compensación industrial radica en que en la contrapartida directa ambas partes se comprometen a comprarse bienes recíprocamente durante un determinado período de tiempo, mientras que en una operación de compensación industrial la parte que ha suministrado el medio de producción se compromete a adquirir bienes producidos con ese medio.* Esas contrapartidas directas *a veces* se denominan también participación industrial o cooperación industrial. La expresión "contrapartida indirecta" se suele referir a una operación en la que un organismo público que compra bienes de alto valor, o aprueba esa compra, exige al proveedor que efectúe compras compensatorias en el país adquirente o que se aporte a éste un valor económico en forma de inversiones, tecnología o asistencia en terceros mercados. Los bienes que son objeto de la exportación compensatoria no están tecnológicamente relacionados con los bienes exportados (es decir, no son componentes de los bienes exportados, como ocurre en la contrapartida directa, ni tampoco son productos resultantes del medio de producción proporcionado con arreglo al contrato de exportación, como ocurre en la compensación industrial). El organismo público fija con frecuencia directrices para la contrapartida, por ejemplo, con respecto a los sectores industriales o a las regiones que han de recibir asistencia de esa manera. Pero, en el marco de esas directrices, la parte que se compromete a efectuar la compra compensatoria o a proporcionar esa asistencia puede, en general, elegir libremente con quién celebrará el contrato. *En una operación de comercio compensatorio puede haber elementos de operaciones de contrapartida directa e indirecta.*

2. Las partes en la operación de comercio compensatorio

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

19. [14] *Exportador* o *contraimportador.* Los términos "exportador" o "contraimportador" se utilizan para designar a la parte que —conforme al primer contrato que ha de celebrarse— es el proveedor, es decir, el exportador, de los bienes, y que ha asumido frente a la otra parte un compromiso de comprar, es decir, comtraimportar, por su parte, otros bienes. Se utiliza uno u otro término según el contexto en que se mencione a dicha parte. Cabe observar que en algunas operaciones de comercio compensatorio el exportador y el contraimportador son la misma parte, mientras que en otras son partes distintas.

20. [15] *Importador* o *contraexportador.* Los términos "importador" o "contraexportador" se utilizan para designar a la parte que —conforme al primer contrato que ha de celebrarse— es el comprador, es decir, el importador, de los bienes, y que ha asumido frente a la otra parte un compromiso de suministrar, es decir, contraexportar, por su parte, otros bienes. Se utiliza uno u otro término según el contexto en que se mencione a dicha parte. Como ocurre con el exportador y el contraimportador, en algunas operaciones de comercio compensatorio importador y contraexportador son la misma parte. Pero en algunas ocasiones una parte importa y otra parte contraexporta.

21. [16] En algunos trabajos *sobre comercio compensatorio* el término "exportador" se utiliza para designar a la parte de un país económicamente desarrollado, que muchas veces suministra bienes con un contenido tecnológico que normalmente no es posible obtener en el país de la otra parte. El término se utiliza *en esos trabajos* prescindiendo de si el "exportador" suministra primero y acuerda comprar después o de si el "exportador" efectúa una "compra por adelantado" de la otra parte para permitir a ésta conseguir los fondos necesarios para la posterior adquisición de bienes del "exportador". El término "exportador" se utiliza en esos trabajos para designar a la parte de un país en desarrollo. Para subrayar ese significado, esos textos pueden utilizar términos tales como "exportador primario" u "occidental" o "importador de un país en desarrollo".

22. [17] No se hace en la presente guía jurídica distinción alguna basada en consideraciones económicas o regionales. Una razón para proceder así es que la guía abarca tanto el comercio compensatorio intrarregional como el interregional. En consecuencia, las distinciones efectuadas al examinar el comercio compensatorio interregional, donde en general las cuestiones se consideran principalmente desde la perspectiva de una de las partes, no serían apropiadas, pues la guía jurídica proporcionará asesoramiento a ambas partes independientemente de su potencia o antecedentes económicos. Además, los términos basados en la secuencia de la celebración de los contratos resultan más adecuados ya que, a los efectos de examinar el papel que desempeñan las partes en el contrato y sus intereses, la cuestión de importancia primordial es saber si la parte ya ha vendido sus bienes y ha prometido comprar bienes de la otra parte o si la parte que ha comprado bienes todavía no ha vendido los suyos.

3. La operación de comercio compensatorio y sus elementos [cambio de título]

23. [23] *Operación de comercio compensatorio.* Este término se utiliza para referirse al conjunto de la operación de comercio compensatorio que comprende los correspondientes contratos de suministro *en ambas direcciones* y los acuerdos de comercio compensatorio. *Los términos "acuerdo de comercio compensatorio" y "contrato de suministro" se explican más abajo.*

24. [19] *Acuerdo de comercio compensatorio. El acuerdo de comercio compensatorio es el término utilizado en la guía jurídica para designar el acuerdo básico que contiene estipulaciones referentes al modo en que ha de realizarse la operación de comercio compensatorio.* En la práctica, *los acuerdos que contienen tales estipulaciones* se denominan de diversas maneras, como "acuerdo marco", "protocolo de comercio compensatorio", "acuerdo global", "memorando de entendimiento", "carta de compromiso" o "acuerdo de compra compensatoria". *En muchas operaciones de comercio compensatorio el principal objetivo del acuerdo de comercio compensatorio es establecer* el compromiso de las partes de celebrar en el futuro los contratos necesarios para cumplir el objetivo de la operación ("compromiso de compensación", véase *el párrafo siguiente*). Además del compromiso de compensación, el acuerdo de comercio compensatorio suele contener *cláusulas relativas a los términos del contrato que va a celebrarse y cláusulas concebidas para apoyar el cumplimiento del compromiso de compensación; tales cláusulas pueden referirse a cuestiones tales como* el tipo, calidad y cantidad de los bienes, su precio, el cumplimiento del compromiso de compensación, el pago, las limitaciones a la reventa de los bienes, la participación de terceros en la operación, la indemnización pactada y cláusulas penales, la garantía de cumplimiento, *el incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio*, la elección de la ley aplicable y la solución de controversias. El acuerdo de comercio compensatorio puede figurar en un instrumento aparte o puede incluirse en un contrato para la remesa de bienes. Cuando las partes convienen simultáneamente en los términos que rigen el suministro de todos los bienes en ambas direcciones, el acuerdo de comercio compensatorio contendrá una estipulación en la que se exprese el vínculo entre los contratos celebrados y otras posibles estipulaciones, pero no un compromiso de compensación.

25. [20] *Compromiso de compensación.* Este término se utiliza para designar el compromiso de las partes de celebrar en el futuro uno o varios contratos. Según las circunstancias, esos futuros contratos pueden referirse únicamente al envío en una dirección o a los envíos en ambas direcciones. El grado de definición del compromiso de compensación dependerá del mayor o menor detalle con que el acuerdo de comercio compensatorio especifique los términos de los futuros contratos.

26. [22] *Contratos de suministro. Este término se utiliza para designar genéricamente contratos para el suministro de bienes en una o en ambas direcciones. Puede utilizarse en los casos en que no hay un criterio claro para distinguir entre el "exportador" y el "importador", cuando no es necesario tener en cuenta una determinada secuencia de celebración de los contratos entre las partes o cuando el contexto requiere una referencia general a un contrato de suministro de bienes en cualquier dirección.*

27. [21] *Contratos de exportación, de importación, de exportación compensatoria y de importación compensatoria. Cuando la guía jurídica se ocupe de operaciones en las que las partes puedan denominarse "exportador", "importador", "contraexportador" o "contraimportador" (véanse los párrafos 19 y 20* supra*), para referirse a los contratos de suministro que forman parte de la operación* se utilizarán nombres coherentes con los de las partes, es decir, contrato de "exportación" o "importación" para el primer contrato que se celebre, y contrato de "exportación compensatoria" o "importación compensatoria" para el que se celebre posteriormente. *Podría* hablarse en singular de los contratos en cada dirección aunque pueda haber más de uno por ambos lados de la operación de comercio compensatorio.

28. [*párrafo nuevo*] *Bienes.* Pueden ser objeto de una operación diversos tipos de mercaderías (como manufacturas o materias primas), servicios (como mantenimiento, reparación, transporte, construcción, servicios turísticos, asesoramiento, capacitación), transferencias de tecnología o, en algunos casos, una combinación de esos elementos. Como se dijo en el párrafo 2 *supra,* para mayor brevedad, la guía jurídica suele utilizar únicamente el término "bienes" al referirse al objeto de las operaciones de comercio compensatorio.

[A/CN.9/362/Add.3]

III. ENFOQUE CONTRACTUAL

ÍNDICE

	Párrafos
A. Estructura de la operación de comercio compensatorio	1-23
1. Contrato único	2-10
a) Contrato de trueque	3-8
b) Contrato fusionado	9-10

	Párrafos
2. Contratos de suministro distintos	11-23
a) Celebración simultánea del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio	13-19
b) Celebración del acuerdo de comercio compensatorio antes de celebrar contratos de suministro en firme	20-21
c) Celebración simultánea del contrato de exportación, del contrato de exportación compensatoria y del acuerdo de comercio compensatorio	22-23
B. Contenido del acuerdo de comercio compensatorio	24-42
1. Acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación	29-39
2. Acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación	40-42
C. Consideraciones sobre seguros y financiación	43-55

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo III es una revisión del proyecto de capítulo III del mismo título publicado en el documento A/CN.9/332/Add.2. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/332/Add.2 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las revisiones de los párrafos aparecidos en el documento A/CN.9/332/Add.2 van en bastardilla. Mediante un asterisco se indican los lugares donde se han efectuado supresiones sin añadir nuevo texto. Toda la sección C es nueva.]

A. Estructura de la operación de comercio compensatorio [cambio de título]

1. [1] Una cuestión preliminar que han de abordar las partes es la estructura contractual de la operación de comercio compensatorio. Las partes pueden integrar las obligaciones relativas a los envíos de bienes en ambas direcciones en un solo contrato o en contratos distintos. (*Para el examen de la estructura de la operación de comercio compensatorio y las correspondientes consideraciones sobre seguros y financiación, véanse los párrafos 8 y 9 y la sección C* infra.)

1. Contrato único

2. [2] Según el sistema del contrato único las partes celebran un contrato para *el suministro* de bienes en ambas direcciones. Un contrato único de esa índole puede adoptar la forma de contrato de trueque (*véanse los párrafos 3 a 8* infra) o de contrato fusionado (*véanse los párrafos 9 y 10* infra).*

a) *Contrato de trueque*

3. [3] Como se indica en el párrafo 14 del capítulo II, "Ámbito de aplicación y terminología de la guía jurídica", en ésta se utiliza el término "trueque" en su sentido jurídico estricto para referirse a una operación que entraña el intercambio de unos bienes por otros, de manera que el suministro de éstos en una dirección sustituye, en todo o en parte, el pago en dinero por el suministro de bienes en la otra dirección. No es necesario un compromiso de compensación porque, al principio de la operación, las partes acuerdan todas las condiciones contractuales sobre los envíos en ambas direcciones. Si se ha convenido en que los bienes que han de suministrarse en una dirección tengan el mismo valor que los que han de suministrarse en la otra, no se efectuará un pago en dinero. Si se ha convenido en que el valor respectivo es diferente, la diferencia puede liquidarse mediante un pago en dinero *o mediante la entrega de más bienes*. Las partes pueden expresar o no el valor de los bienes en dinero. Si así lo deciden, dar un precio a los bienes sirve para comparar el valor de las entregas. Puede que las partes tengan que expresar el valor de los envíos en dinero por imperativos aduaneros o administrativos de otra índole.

[5]*

4. [7] *En virtud de* un contrato de trueque, *la cantidad* de bienes que han de enviarse en una dirección suele calcularse en función de los que han de enviarse en la otra dirección, y no en función del precio comercial de cada envío. La ausencia de precios en un contrato de trueque o el empleo de precios que no reflejan los precios comerciales podría ocasionar dificultades si se entregan bienes no conformes en virtud de un contrato de trueque. Si en ese caso se considera la indemnización pecuniaria como suficiente exoneración, la ausencia en el contrato de un precio comercial, o de un precio de cualquier índole, puede provocar un desacuerdo sobre la cuantía de la indemnización *pagadera*. Estipular un precio distinto del precio comercial puede suscitar también dificultades al calcular los derechos de aduana cuando éstos se basan en el valor comercial de los bienes.

5. [4] Un factor que suele constituir el principal motivo para emplear el trueque es que suprime o reduce la necesidad de transferencias monetarias. Cabe observar, no obstante, que también pueden evitarse tales transferencias empleando otras formas contractuales, a saber, las partes pueden celebrar contratos de compraventa distintos en cada dirección y convenir en compensar *los pagos que les corresponden* en virtud del contrato (la compensación de pagos mutuos se aborda en el capítulo IX, "Pago", párrafos ____ a ____.

6. [6] *Una posible dificultad en un contrato de trueque es el riesgo de que la parte que ha enviado los bienes no reciba los bienes convenidos de la otra parte*. En el trueque no puede aplicarse el pago contra la presentación de documentos de expedición o la apertura de una carta de crédito documentario, métodos utilizados en otros tipos de contrato para

prever *un riesgo análogo*, pues ninguna de las dos entregas se paga en dinero. *Una manera de hacer frente a este riesgo puede ser acordar que las entregas han de efectuarse simultáneamente, en la medida en que resulte práctico para las partes coordinar sus entregas de este modo. Si se acuerdan entregas simultáneas, el contrato puede especificar que, si una de las partes no está preparada para efectuar la entrega en el plazo previsto, la otra parte tendrá derecho a retener su entrega o rescindir el contrato si el retraso supera un determinado período de tiempo. El contrato también puede prever que la parte que ha incumplido su obligación de efectuar la entrega en el momento convenido debe indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes de la demora o de la rescisión del contrato. Las partes pueden abordar en el contrato la cuestión de cuáles son los gastos o las pérdidas que han de indemnizarse (por ejemplo, gastos de almacenamiento, gastos de transporte o una determinada cantidad de gastos generales).*

7. [6] *El riesgo de que la otra parte no envíe los bienes convenidos puede también superarse* estipulando *una garantía independiente* que asegure la indemnización a la parte que ha realizado el envío en caso de que la otra parte no envíe sus bienes (la utilización de *garantías* con ese fin se examina en el capítulo XII, "Garantía de cumplimiento", párrafos ____ y ____). *Si una de las partes considera costosa dicha garantía o es incapaz de darla, puede acordarse que esa parte debe entregar los bienes en primer lugar.* El seguro podría ser otra *manera posible de limitar los riesgos* que corre la parte que ha efectuado el envío en primer lugar y de este modo ha "pagado por adelantado" los bienes que ha de entregar posteriormente la otra parte (véase el párrafo 52 *infra*).

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

b) *Contrato fusionado*

9. [8] Se utiliza la expresión "contrato fusionado" para describir el caso en el cual *se incorporan en un solo contrato global los dos contratos, uno para la entrega de bienes en una dirección y el otro para la entrega de bienes en la otra dirección. De este modo, el contrato fusionado integra* todas las condiciones que rigen las obligaciones de las partes de enviarse bienes mutuamente y de pagar los bienes que han recibido. *La diferencia entre un contrato de trueque y un contrato fusionado radica en que en un contrato de trueque la entrega de bienes en una dirección constituye el pago de la entrega de bienes en la otra dirección, mientras que en un contrato fusionado cada entrega de bienes da origen a una obligación de pago monetario.* Si las partes convienen en compensar los pagos que les corresponden en virtud de un contrato fusionado, la diferencia entre un contrato fusionado y uno de trueque sería menor **por cuanto en ningún caso tiene lugar una transferencia de dinero o tan sólo se transfiere la diferencia de los valores de las entregas en ambas direcciones.* Como ocurre en el trueque, en un contrato fusionado tampoco es preciso un compromiso de compensación, pues las entregas que han de realizarse en ambas direcciones están cubiertas por cláusulas contractuales concretas.

10. [9] *Al parecer, es probable que muchos ordenamientos jurídicos tengan en cuenta la existencia de una fusión de las obligaciones mutuas para determinar el grado de interdependencia de obligaciones contractuales para la entrega de bienes en ambas direcciones.* Salvo que las partes prevean en el contrato que determinadas obligaciones relativas a la entrega en una dirección deben cumplirse independientemente de que se incumpla alguna obligación relativa a la entrega en la otra dirección*, es probable que las obligaciones mutuas se consideren interdependientes. *La consecuencia de esa interdependencia sería que el incumplimiento de una obligación*, como la falta de entrega, la negativa a aceptar la entrega o la falta de pago, en relación con el envío en una sola dirección *podría* invocarse como motivo para suspender o rechazar el cumplimiento en la otra dirección. Además, puede interpretarse que la extinción de una obligación en una sola dirección, tanto si una de las partes es responsable de esa extinción como si no lo es, da derecho a una de las partes a extinguir una obligación en la otra dirección. (*Esa interdependencia de obligaciones podría afectar a la capacidad de una de las partes de asegurar su derecho al pago resultante de la entrega de los bienes y de obtener financiación para la entrega, véase el párrafo 51* infra). Si las partes que emplean el sistema de contrato fusionado desean que la obligación de enviar bienes en una dirección y la correspondiente obligación de pago sean independientes de las obligaciones relacionadas con el envío en la otra dirección, deben emplear un lenguaje inequívoco a ese respecto. *En los párrafos 17 a 19* infra, *se examina la posible interdependencia del contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio.* Para un ulterior análisis de la interdependencia de obligaciones, véase el capítulo XIII, *"Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos ____ a ____.*

2. ***Contratos de suministro distintos*** [cambio de título]

11. [10] Si las partes utilizan contratos distintos para los envíos en ambas direcciones, emplearían uno de los siguientes sistemas:

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

b) el acuerdo de comercio compensatorio se celebra con anterioridad a la celebración de los contratos de suministro en firme; y

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

12. [11] La obligación de enviar bienes en una dirección concreta en una operación de comercio compensatorio pue-

de aplicarse mediante dos o más contratos distintos, en los que pueden intervenir distintos compradores y vendedores. Esta situación afecta a la estructura contractual de una determinada transacción, pero no a la naturaleza de lo examinado en el presente capítulo. Por lo tanto, las referencias en singular a un contrato de suministro, así como a un contrato de exportación o de exportación compensatoria, aluden también a la situación en la que se celebra más de un contrato para el envío de bienes en una dirección concreta.

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

13. [12] Las partes suelen ultimar un contrato para el envío en una dirección (contrato o exportación) antes de poder llegar a un acuerdo sobre el contrato para el envío en la otra dirección (contrato de exportación compensatoria). Las partes que adopten este sistema de contratación pueden enfrentarse con una amplia variedad de cuestiones específicas del comercio compensatorio. Para poder garantizar la celebración del contrato de exportación compensatoria, las partes celebran simultáneamente el contrato de exportación y un acuerdo de comercio compensatorio en el que figura el compromiso de celebrar el contrato de exportación compensatoria. En esos casos, además de expresar el compromiso de compensación, la principal finalidad del acuerdo de comercio compensatorio es la de esbozar las cláusulas del contrato futuro y determinar procedimientos para celebrar y ejecutar contratos de suministro. En los párrafos *29 a 33 infra* se enumeran las posibles cuestiones que han de abordarse en un acuerdo de comercio compensatorio de esa índole.

14. [13] El grado en que las partes pueden definir las cláusulas del contrato futuro influirá en el contenido del acuerdo de comercio compensatorio. Es aconsejable que éste sea lo más concreto posible en cuanto a las cláusulas del contrato futuro, sobre todo acerca del tipo, calidad, cantidad y precio de los bienes compensatorios, para afianzar la probabilidad de cumplimiento del compromiso de compensación. Si las partes no están en condiciones de estipular las cláusulas del contrato de exportación compensatoria en el acuerdo de comercio compensatorio, se les aconseja que establezcan directrices, con arreglo a las cuales han de convenirse las cláusulas, y *dispongan* de la exactitud del compromiso de compensación, véase el *capítulo IV*, párrafos *38 a 60). En cualquier caso, es aconsejable estipular en el acuerdo de comercio compensatorio el plazo en el que debe cumplirse el compromiso de compensación (véase el capítulo IV, párrafos 7 a 20).*

15. [14] Influirá también en el contenido del acuerdo de comercio compensatorio el grado de interés que las partes tengan en los envíos en ambas direcciones. En muchos casos, el interés principal del exportador reside en la celebración del contrato de exportación, y el compromiso de compensación se deriva principalmente del deseo de obtener el citado contrato. En otros casos, el importador adquiere bienes del exportador para que este último pueda financiar la importación compensatoria. Otras veces, cada parte está interesada particularmente en obtener los bienes que ofrece la otra parte. Dada la diversidad de intereses de las partes, el contenido del acuerdo de comercio compensatorio puede variar según los casos por lo que se refiere a cuestiones como las sanciones por incumplimiento del compromiso de compensación, los mecanismos de pago, los procedimientos de celebración del contrato futuro y de supervisión del cumplimiento del compromiso de compensación y la interdependencia de las obligaciones.

16. [15] En las operaciones de compra compensatoria, compensación industrial o contrapartida se suele utilizar el sistema de celebrar simultáneamente un contrato de exportación y un acuerdo de comercio compensatorio. Tratándose de la operación de compra compensatoria, puede que las partes no sepan aún qué tipo de bienes se contraexportarán. En el caso de la compensación industrial, tal vez las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre algunas condiciones como el precio o la cantidad, debido al prolongado plazo que media entre la celebración del contrato para exportar el medio de producción y el inicio de la obtención de los productos resultantes. En una operación de contrapartida, puede que las partes desconozcan el tipo de bienes que se contraexportarán o la identidad de los contraexportadores.

17. [16] El empleo de este sistema de contratación suscita la cuestión de si figurarán las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio en el contrato de exportación o se han de consignar en un instrumento distinto. La elección de las partes a este respecto puede influir en el grado en que se consideran interdependientes las obligaciones estipuladas en el contrato de exportación y las pactadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Cuando existe esa interdependencia, la demora en el cumplimiento o incumplimiento del compromiso de compensación puede brindar al importador una justificación para suspender el pago de las cantidades exigibles en virtud del contrato de exportación o para descontar el correspondiente daño del pago adeudado según el contrato de exportación. Igualmente, el exportador puede estimar que un retraso en el pago correspondiente a un contrato de exportación es motivo para demorar el cumplimiento del compromiso de compensación. Además, la mora en el pago con arreglo al contrato de exportación compensatoria podría inducir al importador a retardar el pago previsto en el contrato de exportación. (*Esa interdependencia de obligaciones puede influir en la capacidad del exportador de asegurar su derecho al pago previsto en el contrato de exportación y de obtener financiación; véanse los párrafos 51 y 53* infra.)

18. [17] Si *el contrato de exportación* y *el acuerdo de comercio compensatorio* figuran en *instrumentos contractuales* distintos, muchos ordenamientos jurídicos estimarían que estas dos series de obligaciones son independientes, salvo en la medida en que esté prevista la interdependencia en cláusulas concretas del contrato. En otros ordenamientos jurídicos puede estimarse que, no obstante la existencia de *instrumentos* distintos, el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio son interdependientes porque las obligaciones de las partes contenidas en los dos *instrumentos* integran una sola operación. Si las partes desean evitar la interdependencia de obligaciones entre el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio, o si pretenden limitar la interdependencia a ciertas obligaciones concretas, es aconsejable que celebren el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio en *instrumentos* distintos. Cuando no obstante recurrirse a *instrumentos* distintos, es incierto si se considerarán independien-

tes las obligaciones en virtud del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio, conviene expresar claramente en el acuerdo de comercio compensatorio la independencia de las *dos series de obligaciones.*

19. [18] Las partes tal vez deseen establecer, mediante cláusulas contractuales expresas, una relación entre obligaciones concretas derivadas del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio y mantener la independencia de otras obligaciones. Por ejemplo, las partes pueden convenir en que * la rescisión del contrato de exportación permite al exportador poner fin al acuerdo de comercio compensatorio y que, si el contraimportador incumple el compromiso de compensación, el contraexportador tiene derecho a descontar de los pagos exigibles en virtud del contrato de exportación una cantidad convenida como indemnización pactada o pena. En el capítulo XIII, *"Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos ____ a ____*, se examina también la cuestión de la interdependencia.

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

20. [19] La celebración de un acuerdo de comercio compensatorio puede ser el primer paso de la operación antes de celebrar contratos de suministro en firme en cualquiera de las dos direcciones. En ese caso, el acuerdo de comercio compensatorio tiende a expresar el compromiso de las partes de celebrar contratos de suministro en ambas direcciones y de establecer procedimientos para celebrar y ejecutar esos contratos.

21. [19] Para que pueda alcanzarse la cuantía prevista de envíos en ambas direcciones, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio sea lo más exacto posible en cuanto a estipular las condiciones de los contratos que han de celebrarse en ambas direcciones (*véase el capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafos 38 a 60*). Las partes quizá deseen también instituir mecanismos para supervisar y registrar *los progresos realizados en el logro del volumen de comercio acordado (capítulo IV, párrafos 61 a 74)* y prever sanciones por el incumplimiento del compromiso de compensación (*capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales" y capítulo XII, "Garantía de cumplimiento"*). La necesidad de tales sanciones puede ser menor si las partes acuerdan que los pagos recíprocos de los envíos en cada dirección se compensen en vez de abonarse caso por caso (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos ____ a ____). Este mecanismo de pago sería un incentivo para que ambas partes se encargasen bienes recíprocamente y alcanzasen con ello el volumen de comercio previsto en el acuerdo de comercio compensatorio. El incentivo consiste en que la parte que ha enviado bienes se verá estimulada a encargar bienes de la otra parte para que se le compensen por sus propias entregas. *Además, las partes quizá deseen abordar en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión de la independencia de los contratos en ambas direcciones (véase el capítulo XIII, párrafos ____).* En los párrafos *29 a 39 infra* se examinan estas y otras cuestiones que las partes tal vez deseen abordar en un acuerdo de comercio compensatorio pactado antes de celebrar un contrato de suministro.

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

22. [20] Si las partes celebran simultáneamente un contrato de suministro de bienes en una dirección y otro contrato de suministro de bienes en la otra dirección, y no se indica en los contratos que existe relación entre ellos, a primera vista los contratos parecerían independientes entre sí incluso si una parte o ambas consideraran la celebración de un contrato como condición para la celebración del otro contrato. Ahora bien, si las partes desean dar valor contractual a la intención de que la celebración de un contrato esté supeditada a la celebración del otro, es decir, cuando deseen estructurar los contratos en ambas direcciones como operación de comercio compensatorio, entonces deben celebrar un acuerdo de comercio compensatorio en el que se exprese esa relación.

23. [21] Este enfoque de la contratación plantea un número limitado de cuestiones pues no entraña un compromiso de compensación. La cuestión principal en este enfoque de la contratación es la forma en que se han de vincular, mediante disposiciones del acuerdo de comercio compensatorio, las obligaciones de las partes con respecto a los envíos en ambas direcciones. No se requiere que el acuerdo de comercio compensatorio se ocupe de diversas cuestiones relativas al cumplimiento del compromiso de compensación (en particular, el tipo, la calidad, la cantidad o el precio de los bienes objeto de comercio compensatorio, los plazos de cumplimiento del compromiso compensatorio, la garantía de cumplimiento o la indemnización pactada o cláusula penal en apoyo del compromiso compensatorio). En los párrafos *40 a 42 infra* se indican las cuestiones que las partes tal vez deseen abordar en un acuerdo de comercio compensatorio celebrado simultáneamente con los contratos de suministro en firme en ambas direcciones.

B. Contenido del acuerdo de comercio compensatorio

24. [*párrafo nuevo*] En el acuerdo de comercio compensatorio se tratan asuntos de especial importancia para la estructura y la realización de operaciones de comercio compensatorio. Si bien la guía jurídica se concentra en las cuestiones que deben abordarse en un acuerdo de comercio compensatorio, cuando es preciso se hace referencia en ella a la redacción de alguna disposición de un contrato de suministro que está influenciada por el hecho de que el contrato forma parte de una operación de comercio compensatorio. En las subsecciones siguientes 1 y 2 se presenta un esbozo del posible contenido de un acuerdo de comercio compensatorio, según dicho acuerdo incluya o no un compromiso de compensación.

25. [*párrafo nuevo*] Se utiliza un acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación cuando las partes tienen previsto celebrar en el futuro uno o varios contratos de exportación compensatoria, o cuando las partes tienen previsto celebrar en el futuro contratos de suministro en ambas direcciones (casos *a)* y *b)* indicados en el párrafo *11 supra*). Se utiliza un acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación cuando las partes

han celebrado, al inicio de la operación, los contratos de suministro de bienes en ambas direcciones y, por lo tanto, no hay necesidad de un compromiso de compensación (caso *c)* indicado en el párrafo *11 supra*).

26. [*párrafo nuevo*] El contenido de un acuerdo de comercio compensatorio que entraña un compromiso de compensación suele ser más complejo y plantea más dificultades de negociación y redacción que un acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación. La razón de la complejidad y la dificultad es que, por lo general, las partes, en el momento de acordar que van a celebrar más adelante un contrato de suministro, no están en condiciones de especificar con suficiente exactitud todas las cláusulas del futuro contrato. La falta de exactitud puede hacer que las partes tengan dificultades para redactar un acuerdo de comercio compensatorio que dé suficientes seguridades de que van a tener éxito las negociaciones para la celebración de un contrato de suministro con cláusulas aceptables para ambas partes. La cuestión de la exactitud del compromiso de compensación se examina en el capítulo IV, párrafos *38 a 60*.

27. [*Basado en el párrafo 26 del proyecto de capítulo II, A/CN.9/332/Add.1*] Algunas de las cuestiones indicadas más abajo y examinadas en los capítulos siguientes de la guía jurídica son esenciales para determinar una operación de comercio compensatorio con compromiso de compensación. Por ejemplo, las partes tendrían que elegir un enfoque contractual, expresar su compromiso de practicar el comercio recíproco, precisar el alcance del compromiso y el plazo en que dicho compromiso debe cumplirse.

28. [*Basado en el párrafo 26 del proyecto de capítulo II, A/CN.9/332/Add.1*] La solución de algunas otras cuestiones que se indican a continuación y se tratan en la guía jurídica, aunque no sea necesariamente indispensable, contribuiría a garantizar la ejecución apropiada de la operación. Las partes deberán juzgar si las diversas cuestiones contractuales examinadas en la guía jurídica son pertinentes a las circunstancias de un determinado caso, y en qué medida lo son. Por lo general, es aconsejable resolver en el acuerdo de comercio compensatorio las cuestiones que las partes consideren pertinentes ya que no es probable que en las legislaciones nacionales existan normas sobre cuestiones específicas del comercio compensatorio.

1. Acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación

29. [22] *Compromiso de compensación.* La característica esencial de un compromiso de compensación es una estipulación por la que las partes se comprometen a * celebrar uno o varios contratos de suministro *en una o en ambas direcciones*. Para dar mayor exactitud al compromiso y acrecentar la probabilidad de su cumplimiento, las partes suelen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones relativas a las cláusulas del contrato previsto, sanciones en caso de que no se celebre el contrato *de suministro* y otras disposiciones para asegurar la correcta realización de la operación de comercio compensatorio. *En el capítulo IV se examinan diversos aspectos del compromiso de compensación.*

30. [23] *Tipo, calidad y cantidad de los bienes.* Para la eficacia del compromiso de compensación, es particularmente importante que el acuerdo de comercio compensatorio sea lo más exacto posible sobre el tipo, la calidad y la cantidad de los bienes compensatorios. En el capítulo V se examinan las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio que abordan estas cuestiones.

31. [24] *Fijación del precio de los bienes.* Como las partes no suelen estar en condiciones de determinar el precio de los bienes compensatorios en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, podrán establecer directrices y procedimientos para fijar el precio en fecha posterior. Esas disposiciones ayudan a impedir retrasos en la celebración de contratos de suministro y aportan flexibilidad para regular los precios en operaciones de comercio compensatorio a largo plazo. En el capítulo VI se examinan las cuestiones relativas a las cláusulas de fijación de precios.

[25]*

32. [26] *Participación de terceros.* Puede que las partes deseen que intervengan terceros, como proveedores o compradores, o ambas cosas, de bienes compensatorios. En tales casos, *es aconsejable que* el acuerdo de comercio compensatorio contenga disposiciones relativas a la participación de terceros. Esas disposiciones podrían determinar la forma en que se elegiría a un tercero, *si el tercero estaría obligado a cumplir el compromiso de compensación* y el efecto jurídico que la intervención de un tercero tendría en las obligaciones contraídas por las partes en el acuerdo de comercio compensatorio. Las cuestiones que deben tratarse en el acuerdo de comercio compensatorio con respecto a la participación de terceros se examinan en el capítulo VIII.

33. [27] *Pago.* Si se mantienen la independencia de los pagos de los envíos en cada dirección, no se plantean cuestiones de pago específicas del comercio compensatorio. No obstante, si las partes desean vincular los pagos de los envíos en ambas direcciones de manera que el producto del contrato en una dirección se utilice para pagar el contrato en la otra dirección, tendrían que incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones sobre la forma en que debe vincularse el pago. En el capítulo IX puede verse un examen de los aspectos contractuales de diversos tipos de mecanismos de pago vinculado.

34. [28] *Limitaciones a la reventa de los bienes en el comercio compensatorio.* La libertad de una parte de revender bienes adquiridos en una operación de comercio compensatorio puede limitarse en ocasiones mediante un acuerdo contractual entre el proveedor y el comprador de los bienes. Pueden imponerse limitaciones al comprador, *por ejemplo*, en lo relativo al territorio de reventa, * el precio de reventa o el envasado. En el capítulo X se examinan las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a esas limitaciones *de la reventa, así como la cuestión de la legalidad de dichas cláusulas.*

35. [29] *Indemnización pactada y cláusulas penales.* Para limitar las desavenencias sobre la cuantía de los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento del compromiso de compensación, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular la suma de dinero, *especificando que se trata*

de una indemnización pactada o una pena, que una parte ha de pagar al producirse el incumplimiento de la obligación de adquirir o entregar bienes compensatorios. El empleo de esas cláusulas en un acuerdo de comercio compensatorio se aborda en el capítulo XI. *En el párrafo ____ de dicho capítulo se señala que en varios ordenamientos jurídicos no se permite la imposición de penas, a diferencia de la indemnización pactada.*

36. [30] *Garantía de cumplimiento.* Las partes pueden emplear garantías para respaldar el cumplimiento del compromiso de compensación, así como la ejecución correcta de los contratos de suministro celebrados de conformidad con el compromiso de compensación. El empleo de garantías para respaldar el cumplimiento del compromiso de compensación, o la obligación de pagar en virtud de una indemnización pactada o de cláusulas penales, plantea cuestiones que han de abordarse en el acuerdo de comercio compensatorio. En las operaciones en que las partes limitan los pagos en efectivo al intercambiar unos bienes por otros o compensar pagos recíprocamente exigibles, el acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que se constituyan garantías que cubran la liquidación de un desequilibrio de la corriente comercial. En el capítulo XII se examinan las cuestiones a las que debe prestarse atención en el acuerdo de comercio compensatorio si las partes desean emplear garantías para respaldar el cumplimiento del compromiso de compensación y la liquidación de un desequilibrio comercial.

37. [31] *Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio. Las partes podrán, si así lo desean, prever en el acuerdo de comercio compensatorio diversas cuestiones relativas a la posibilidad de que no se complete la operación. Entre estas cuestiones figuran la posibilidad de liberar a una de las partes de las obligaciones contraídas en el compromiso de compensación, la indemnización monetaria, los impedimentos exonerantes y la interrelación de obligaciones.* Las disposiciones de este tipo se examinan en el capítulo XIII.

38. [32] *Elección de la ley aplicable. Es aconsejable que las partes* convengan en la ley que ha de aplicarse al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro. En el capítulo XIV se examinan las disposiciones de esta índole.

39. [33] *Solución de controversias. Es aconsejable que las partes prevean en el acuerdo de comercio compensatorio el modo en que han de resolverse las controversias.* El capítulo XV examina las cuestiones que han de tenerse en cuenta al preparar las cláusulas de solución de controversias.

2. Acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación

40. [34] Cuando las partes celebran simultáneamente contratos distintos para la totalidad del suministro de bienes en ambas direcciones, no es necesario que el acuerdo de comercio compensatorio contenga un compromiso de compensación para celebrar contratos futuros, o cláusulas sobre el tipo, la calidad, la cantidad o el precio de los bienes, indemnización pactada o penas que han de pagarse en caso de la no celebración de contratos de suministro, o garantías para respaldar el compromiso de compensación.

41. [35] En este caso, la finalidad principal del acuerdo de comercio compensatorio sería establecer un vínculo entre los contratos en ambas direcciones, a saber, que la celebración de un contrato en una dirección esté supeditada a la celebración de un contrato en la otra dirección. El acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que los problemas en el cumplimiento de un contrato repercutirán en la obligación de cumplir las obligaciones contractuales en la otra dirección (en el capítulo XIII se examinan cláusulas que establecen un vínculo de este tipo). Las partes pueden establecer también un vínculo entre los contratos estructurando a esos efectos el pago de los dos contratos de manera que el producto del envío en una dirección se utilice para pagar el envío en la otra dirección. En el capítulo IX se examina este tipo de mecanismos de pago vinculado.

42. [36] Además, en el acuerdo de comercio compensatorio se podrán regular cuestiones como las limitaciones a la reventa de bienes compensatorios (capítulo X), la participación de terceros en la operación de comercio compensatorio (capítulo VIII), la elección de la ley aplicable (capítulo XIV) y la solución de controversias (capítulo XV).

C. Consideraciones sobre seguros y financiación

[*Nota editorial*: Toda la sección C es nueva.]

43. Los criterios y procedimientos relativos a la obtención de financiación o seguros de crédito a la exportación son básicamente los mismos para un contrato que forma parte de una operación de comercio compensatorio que para una simple operación de exportación. Por consiguiente, la guía jurídica no se ocupa en detalle de la cuestión de la financiación y los seguros de crédito a la exportación. Sin embargo, en la presente sección se examinan dichas cuestiones en la medida en que son pertinentes a la estructura de las operaciones de comercio compensatorio.

44. En muchos países una parte exportadora de bienes, servicios o tecnología puede asegurarse contra el riesgo de que no se efectúe el pago correspondiente a la exportación. En algunos países esos planes de seguros corren a cargo o reciben el apoyo de entidades estatales. Además, se dedican a ellos muchas compañías de seguros privadas. La cobertura del seguro suele empezar cuando el exportador envía los bienes. Si el exportador ha de fabricar bienes destinados específicamente al comprador, algunos aseguradores también podrían estar dispuestos a cubrir el riesgo de que el comprador no reciba los bienes cuando ya han sido fabricados y están listos para la entrega.

45. Entre los riesgos comerciales contra los que es posible asegurarse figuran la insolvencia del importador, el repudio del contrato por parte del importador antes del envío de los bienes y la negativa del importador a recibir los bienes. Entre los riesgos no comerciales contra los que es posible asegurarse figuran las restricciones a la importación en el Estado del importador; las normas de control de divisas en el país del importador que impiden que se efectúe el pago o que se utilice la moneda convenida; la anulación de una licencia de importación debidamente expedida; la guerra, disturbios civiles o condiciones similares en el país del com-

prador que impiden el cumplimiento del contrato; otras causas ajenas a la voluntad del exportador y del importador que son el resultado de acontecimientos ocurridos fuera del país del exportador.

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

47. Con respecto a los seguros de crédito a la exportación cabe señalar varios principios sobresalientes, que se refieren a principios válidos para los seguros en general. Uno de los principios es que los seguros de crédito a la exportación son un sistema de compartir riesgos. El asegurador normalmente asumirá tan sólo una parte del riesgo de impago, mientras que el resto del riesgo ha de ser asumido por el exportador asegurado. La parte asegurable del riesgo depende del tipo de riesgo de que se trate y, si el asegurador es una compañía estatal, del interés del Estado por fomentar las exportaciones. Otro principio es que el exportador está obligado a informar al asegurador de todos los hechos por él conocidos que puedan influir en el grado de riesgo. Otro principio es que el exportador asegurado ha de tomar todas las medidas a su alcance para conseguir que el contrato de exportación de bienes se celebre de forma válida y que conserve su validez y sea exigible.

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

49. En una operación de comercio compensatorio el objetivo de que se haga efectivo el pago asegurado puede lograrse vinculando dicho pago asegurado al pago resultante del contrato de suministro en la otra dirección. Como se examina en el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo ____, en algunas operaciones de comercio compensatorio se acuerda que, si el importador no efectúa el pago previsto en el contrato de exportación, el exportador tiene derecho a tomar posesión, y disponer la venta, de los bienes que el importador (contraexportador) ha de entregar al exportador (contraimportador). El producto de la venta se utilizará para sufragar el pago pendiente que ha de percibir el exportador. Dado que con este sistema puede reducirse el riesgo de impago del contrato de exportación, puede ser más fácil para el exportador asegurar y financiar el contrato de exportación. Cuando un banco ha financiado al exportador, puede acordarse, a fin de dar garantías al banco por la financiación porporcionada al exportador, que el propio banco tenga un derecho real de garantía sobre los bienes de exportación compensatoria.

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

51. El principio mencionado en el párrafo anterior es aplicable en el caso de que el contrato de exportación asegurado forme parte de una operación de comercio compensatorio. Puede plantearse la cuestión de si la obligación de pago correspondiente al contrato de exportación depende únicamente del cumplimiento de dicho contrato o de si el importador puede suspender o retener el pago porque el exportador no ha celebrado o cumplido un contrato de suministro en la otra dirección. Motivo de especial preocupación es la posibilidad de que se suspenda o retenga el pago aun cuando el exportador (contraimportador) alegue que el contrato de contraimportación no se ha celebrado o cumplido por causas ajenas a su voluntad. Por ejemplo, el exportador puede negarse a celebrar un contrato de contraimportación porque la calidad o el precio de los bienes compensatorios ofrecidos no resultan aceptables según lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio. La posibilidad de un desacuerdo acerca de la responsabilidad del incumplimiento de un compromiso de compensación aumenta cuando las partes en la operación de comercio compensatorio no han incluido en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas precisas del contrato que ha de celebrarse (véase el capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafo 39). Tomando otro ejemplo, el exportador puede negarse a recibir los bienes compensatorios si los bienes ofrecidos no se ajustan a los niveles de calidad convenidos. A fin de evitar la posibilidad de que en esa situación se ponga en tela de juicio el derecho al pago asegurado, el asegurador normalmente exigirá que se tomen medidas para que el pago no dependa de ningún posible desacuerdo acerca de la celebración o el cumplimiento del contrato en la otra dirección. Esa independencia puede establecerse utilizando el sistema de los contratos distintos e incluyendo en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones concretas que indiquen la independencia de las obligaciones (para un examen de cómo pueden abordar las partes la cuestión de la relación entre sus obligaciones en el acuerdo de comercio compensatorio, véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos ____ a ____).

52. En el caso de un contrato de trueque, la parte que ha de entregar los bienes en primer lugar corre el riesgo de que la otra parte no entregue sus bienes en contrapartida (véanse

los párrafos 6 y 7 *supra*). Algunos aseguradores privados y, en algunos casos, compañías estatales de seguros pueden estar dispuestos a asegurar contra ese riesgo. La eventualidad cubierta por ese seguro se limitará normalmente a la bancarrota de la parte que no ha efectuado la entrega y a determinados riesgos políticos como las limitaciones o prohibiciones gubernamentales que puedan impedir el cumplimiento del contrato. La cobertura del seguro puede ser más fácil de obtener si la otra parte da una garantía suficiente de su obligación de entregar los bienes. Esa garantía puede ser una garantía bancaria independiente. Otra garantía puede consistir en un acuerdo que dé a la parte que ha entregado los bienes el derecho a tomar posesión de los bienes que han de entregarse en la otra dirección (véase el párrafo 49 *supra*).

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

54. En el caso de un crédito al proveedor, el exportador entrega los bienes al importador según un acuerdo de pago diferido y el exportador, a fin de poder concertar dicho acuerdo, recibe financiación de un banco de su país. Dicha financiación puede consistir, por ejemplo, en un préstamo al exportador o en un compromiso del banco de que adquirirá las letras de cambio o los pagarés firmados por el comprador a favor del exportador. Al adquirir las letras de cambio o los pagarés, el banco, en calidad de endosatario, se convierte en acreedor del comprador extranjero. Si no se produce ningún descuento de las letras de cambio o pagarés, el banco puede pedir al exportador que le ceda el derecho al pago previsto en el contrato de exportación. Además, el banco puede pedir al exportador que le ceda los beneficios de la póliza de seguro de crédito. Esa cesión a menudo se combina con un compromiso por parte del asegurador de que, si el comprador no paga según lo previsto en el contrato de exportación, y esa falta de pago corresponde a alguno de los riesgos cubiertos por la póliza de seguros, el asegurador reembolsará al banco. Al convertirse en el beneficiario de la póliza de seguros, el banco corre el riesgo de que el exportador incumpla el contrato de exportación y de que, por consiguiente, el comprador pueda justificadamente no efectuar el pago previsto en el contrato de exportación. En tal caso, el banco tan sólo podría entablar una acción contra el exportador. El banco también está expuesto a que la razón por la que el comprador no paga sea un riesgo que no esté cubierto por la póliza de seguros. A fin de mejorar la posición del banco, y de facilitar a los exportadores la obtención de financiación, algunos aseguradores de crédito a la exportación podrían estar dispuestos, a cambio de una retribución pagadera por el exportador, a emitir al banco que financia al exportador una garantía incondicional que respalde el derecho del banco a ser reembolsado por el exportador.

55. En un crédito al comprador, el exportador toma disposiciones para que un banco de su país financie al importador la compra de bienes del exportador. Normalmente el banco del país del exportador facilita financiación a un banco del país del importador, el cual a su vez financia al importador. El banco del país del exportador obtiene del asegurador del crédito a la exportación el compromiso de que el asegurador conviene en reembolsar al banco si el comprador o su banco no devuelven el crédito. Ese compromiso se contrae a solicitud del exportador y a cambio del pago de una prima convenida por parte del exportador. En caso de que el comprador o su banco no devuelvan el crédito, el asegurador que ha reembolsado al banco que concedió el crédito puede entablar una acción contra el exportador tan sólo si el exportador ha incumplido las obligaciones contraídas en virtud del contrato de exportación de bienes.

[A/CN.9/362/Add.4]

IV. COMPROMISO DE COMPENSACIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-2
B. Alcance del compromiso de compensación	3-6
C. Plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación	7-20
1. Duración del plazo de cumplimiento	7-12
2. Prórroga del plazo de cumplimiento	13-16
3. Subperíodos del plazo de cumplimiento	17-20
D. Definición de los contratos de suministro computables	21-30
1. Según el tipo de bienes	22-25
2. Según el origen geográfico	26-27
3. Según la identidad del proveedor	28
4. Según la identidad del comprador	29
5. Compras no conformes	30

	Párrafos
E. Tasa para la determinación del crédito de cumplimiento	31-34
F. Fase en la que se cumple el compromiso	35-37
G. Determinación de las cláusulas de los futuros contratos de suministro	38-60
1. Cláusulas de los futuros contratos de suministro	38-56
a) Normas o directrices	44-46
b) Determinación de una cláusula del contrato por terceros	47-54
c) Determinación de la cláusula contractual por una parte contratante	55-56
2. Procedimientos de negociación	57-60
H. Supervisión del cumplimiento del compromiso de compensación y expediente que se ha de llevar del mismo	61-74
1. Intercambio de información	62-64
2. Confirmación del cumplimiento del compromiso compensación	65-67
3. La cuenta probatoria	68-74

[*Nota editorial*: Al presente proyecto de capítulo IV se han incorporado el proyecto de capítulo VII revisado, "Cumplimiento del compromiso de compensación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.8; los párrafos 26 y 27 revisados del proyecto de capítulo V, "Tipo, calidad y cantidad de las mercaderías", publicado como documento A/CN.9/332/Add.4, y la sección C revisada del proyecto de capítulo III, "Enfoque de la contratación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.2. Los cambios introducidos en los párrafos van en bastardilla. Los lugares donde se ha suprimido texto sin añadir nada nuevo van indicados por un asterisco.]

A. Observaciones generales

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

2. [*párrafo nuevo*] El grado en que las partes pueden comprometerse a concertar un futuro contrato puede oscilar entre un compromiso "firme" de concertar un contrato de suministro y un tipo de compromiso más limitado en el que se expresa la "intención seria" de concertarlo (denominado también en inglés compromiso del "máximo empeño" o de la "buena fe" — "*best efforts*" o "*good faith*"). Por el compromiso de compensación firme, las partes se comprometen a celebrar un contrato con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, sin reservarse ninguna el derecho discrecional a negarse a cerrar el trato. Por el compromiso fundado en la intención seria de negociar, el compromiso de compensación se limita a la obligación de negociar con el máximo empeño y de buena fe, reservándose una parte el derecho a negarse a concertar el contrato si no considera aceptable ninguna de las ofertas. En este último tipo de compromisos, las sanciones por incumplimiento del compromiso sólo pueden aplicarse en los casos limitados en que la parte no participa en negociaciones o no negocia con buena fe. La guía jurídica se centra en los compromisos de compensación firmes. No toma en consideración los compromisos fundados en la expresión de una intención seria de negociar, ya que no ofrecen a las partes una garantía suficiente de que se cumplirán los objetivos de la operación de comercio compensatorio.

B. Alcance del compromiso de compensación

3. [*párrafo nuevo*] El alcance de un compromiso de compensación se expresa a menudo en términos monetarios. En las operaciones de compra compensatoria, de compensación industrial o de contrapartida indirecta, en las que las partes celebran en primer lugar un contrato de suministro en una dirección (contrato de exportación) (véase el capítulo III, párrafos ____), el alcance del compromiso de compensación se expresa a menudo como porcentaje del valor de los bienes entregados en virtud del contrato de exportación. En las operaciones de comercio compensatorio en que las partes conciertan un acuerdo de comercio compensatorio antes de celebrar un número no especificado de contratos en ambas direcciones (capítulo III, párrafos 20 y 21), el volumen de compras que deben hacerse en ambas direcciones se define a menudo como una cantidad monetaria en cifras absolutas. No obstante, a veces el compromiso de compensación se cuantifica fijando un determinado número de un tipo concreto de bienes. Cabe señalar que el alcance del compromiso de compensación puede estar sujeto a alguna reglamentación pública.

4. [*párrafo nuevo*] En operaciones de comercio compensatorio con sucesivas entregas (por ejemplo, operaciones de compensación industrial), en operaciones a largo plazo o en operaciones en que los costos de financiación del contraexportador sean inciertos en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, cuando dependan de un crédito con interés variable), los acuerdos contienen a veces cláusulas que prevén un aumento o disminución del

compromiso de compensación en función de las variaciones de los precios de los bienes o de los costos de financiación. En el caso de los bienes de capital, puede acordarse que la cuantía del compromiso se incrementará proporcionalmente al gasto adicional en piezas de repuesto o en asistencia técnica.

5. [*párrafo 26 del documento A/CN.9/332/Add.4*] Si el comprador ha comprado anteriormente determinado tipo de bienes al proveedor, las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a la cantidad pudieran aludir al llamado concepto de la "adicionalidad". Según este *concepto*, sólo aquellas compras que rebasen la cuantía de las compras usuales podrán ser computadas para el cumplimiento del compromiso de compensación. Normalmente, las partes podrán determinar el umbral de la adicionalidad conviniendo en la cantidad que habrá de considerarse como compra habitual o tradicional. Si las partes no señalan el tipo de bienes en el acuerdo de comercio compensatorio, pueden incluir en él una estipulación general de que si los bienes finalmente seleccionados son de un tipo que el comprador ya está comprando, sólo aquellas compras que rebasen de los niveles anteriores serán contabilizadas para el cumplimiento del compromiso de compensación.

6. [*párrafo 27 del documento A/CN.9/332/Add.4*] Si el arreglo permite al comprador elegir entre diversos proveedores idóneos distintos de la parte con la que ha contraído el compromiso de compensación (por ejemplo, en una operación de contrapartida indirecta), el umbral de la adicionalidad no se basaría en el anterior volumen de comercio entre las partes en el acuerdo de comercio compensatorio, sino en el volumen de comercio con los proveedores seleccionados o en el volumen anterior de las compras efectuadas en el país de los proveedores por la parte que haya contraído el compromiso. *Al definir el umbral de la adicionalidad, las partes pueden, por ejemplo, fijar de común acuerdo una cuantía que se consideraría como la cuantía de las compras habituales o tradicionales, que no se contabilizaría para el cumplimiento del compromiso de compensación. Las partes podrán estipular también que las compras efectuadas a un tipo designado de proveedores o a determinados proveedores, o las compras a esos mismos proveedores que no rebasen de una cantidad convenida, se considerarán compras habituales o tradicionales. Puede haber casos en los que las partes sólo deseen aplicar un umbral de la adicionalidad a determinados tipos de bienes. Las partes podrán estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que la parte obligada a comprar podrá contabilizar sus compras para el cumplimiento del compromiso de compensación tan pronto como se haya comprobado, en la forma convenida, que se han efectuado las compras tenidas de común acuerdo por habituales o tradicionales.*

C. Plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación

[*En la presente sección C figuran, con las modificaciones introducidas debidamente en bastardilla, los párrafos 17 a 30 del proyecto de capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.8.*]

1. Duración del plazo de cumplimiento

7. Las partes deberán indicar en el acuerdo de comercio compensatorio el tiempo que tendrán para cumplir el compromiso de compensación (de ahora en adelante denominado "plazo de cumplimiento"). El acuerdo de comercio compensatorio podrá fijar la duración del plazo de cumplimiento estipulando que ha de comenzar en determinada fecha y expirar en otra.

8. Otro método consiste en subordinar el inicio del plazo de cumplimiento a un hecho especificado en el acuerdo de comercio compensatorio y fijar la duración del plazo. Un criterio de ese tipo puede ser aconsejable en diversas circunstancias. Por ejemplo, cuando la celebración del acuerdo compensatorio preceda la entrada en vigor del contrato de exportación, las partes podrán convenir en que el plazo de cumplimiento no comience hasta que no entre en vigor el contrato de exportación. Si en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio no se sabe con seguridad si podrán conseguirse los bienes intercambiables a efectos de comercio compensatorio, o si el comprador podrá utilizar o comercializar esos bienes, las partes podrán convenir en que el plazo de cumplimiento dará comienzo cuando terminen determinadas actividades preparatorias (por ejemplo, la determinación de los bienes, la inspección por el comprador, la certificación de las capacidades técnicas de la fábrica que los produce, el acuerdo con un tercero comprador o algún estudio conjunto del mercado). Si el exportador desea cerciorarse, antes de que se inicie el cumplimiento del compromiso de compensación, de que el cumplimiento del contrato de exportación está ya muy adelantado o incluso ultimado, las partes podrán estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el plazo de cumplimiento comenzará a correr cuando se produzca determinado hecho en el cumplimiento del contrato de exportación, por ejemplo, la apertura de la carta de crédito, la entrega de determinada parte de los bienes o el pago. En una operación de compensación industrial, tal vez sería un momento adecuado el comienzo de la producción de los productos objeto de compensación industrial por el medio suministrado en virtud del contrato de exportación. A fin de evitar incertidumbres sobre si se dan ya las condiciones para el comienzo del plazo de cumplimiento, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio defina esas condiciones, así como las respectivas obligaciones de las partes, con la mayor precisión posible.

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

10. En algunos casos, la duración del plazo de cumplimiento se fija con miras a que se prolongue más allá de la fecha en que deba efectuarse el pago debido en virtud del contrato de exportación. Con ese criterio el exportador tendría tiempo suficiente para cumplir el compromiso de compensación después de que sea exigible el pago en virtud del contrato de exportación. En ese caso el importador tendrá interés en que el acuerdo de comercio compensatorio penalice con sanciones eficaces el incumplimiento del compromiso de compensación.

11. Las partes podrán convenir en que el plazo de cumplimiento para el envío en una dirección ha de ser tan largo como el plazo de cumplimiento previsto para el envío en la otra dirección. Un criterio de ese tipo puede resultar conveniente cuando no se asigna especial importancia al orden de los envíos en ambas direcciones (por ejemplo, comercio compensatorio efectuado en el marco de una cuenta de compensación (capítulo IX, "Pago", párrafos ____) o una cuenta probatoria (párrafos *68 a 74 infra*)). Un enfoque de ese tipo también puede ser apropiado en las operaciones de compra compensatoria, en las que el contraimportador esté dispuesto a comenzar el cumplimiento del compromiso de compensación sin aguardar a que se le pague por el contrato de exportación.

12. El plazo de cumplimiento debe fijarse teniendo en cuenta las dificultades que puede tener el proveedor en poner a disposición de su destinatario los bienes intercambiados. Si los bienes no se entregan a tiempo, el comprador podrá oponerse al ejercicio por el proveedor de alguna acción fundada en el incumplimiento del compromiso de compensación, alegando que el incumplimiento se debe a la no disponibilidad de los bienes. Si el comprador está facultado a seleccionar los bienes de una lista de bienes idóneos, al calcular la duración del plazo de cumplimiento deberá tenerse en cuenta el tiempo necesario para obtener la disponibilidad de cada uno de los distintos bienes indicados en la lista.

2. Prórroga del plazo de cumplimiento

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

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

15. El acuerdo de comercio compensatorio puede disponer que *las partes negociarán una prórroga* si la parte que la solicita ha hecho esfuerzos *razonables* por cumplir el compromiso. *Otra posibilidad consistiría en que las partes acordaran que la parte que haya hecho un esfuerzo razonable por cumplir el compromiso tendrá derecho a que se le conceda una prórroga adecuada del plazo de cumplimiento. La determinación del nuevo plazo de cumplimiento puede dejarse en manos de las partes. El acuerdo de comercio compensatorio podrá* indicar de qué manera el comprador podrá demostrar que sus esfuerzos han sido *razonables*. Por ejemplo, en una contrapartida indirecta, cabría estipular que el comprador deberá demostrar *que ha hecho ofertas razonables a* posibles proveedores *para la compra de bienes, o que se ha puesto en contacto con un número razonable de* posibles proveedores en busca de unos bienes intercambiables adecuados, *o que posibles proveedores han indicado que estarían dispuestos a celebrar contratos de suministro algún tiempo después de la expiración del plazo de cumplimiento. Las pruebas de estos razonables pero infructuosos esfuerzos se denominan a veces en la práctica "expedientes negativos"*. El acuerdo de comercio compensatorio también puede estipular que el proveedor que no ha conseguido que los bienes estuvieran disponibles debido a circunstancias indicadas en el acuerdo tendrá derecho a obtener una prórroga. Esas circunstancias pueden ser, por ejemplo, el retraso del pedido del comprador o la introducción de algún cambio en las especificaciones del comprador. Las partes también podrían convenir en que cualquiera de ellas podrá solicitar la prórroga del plazo de cumplimiento sólo si ha cumplido una parte del compromiso de compensación.

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

3. Subperíodos del plazo de cumplimiento

17. Cuando el cumplimiento del compromiso de compensación comprende muchos envíos jalonados a lo largo de un período prolongado, es posible que las partes deseen dividir en subperíodos el plazo de cumplimiento. Por ejemplo, un plazo de cinco años puede dividirse en cinco subperíodos anuales, y estipularse que determinada parte del compromiso total habrá de cumplirse durante cada uno de los subperíodos. Un criterio de ese tipo serviría a las partes para planificar la entrega y comercialización de los bienes objeto de comercio compensatorio, y las ayudaría a procurar que el cumplimiento no se retrase tanto como para que se vieran imposibilitadas en las últimas etapas del plazo de cumplir las obligaciones pendientes del compromiso de compensación.

18. El acuerdo de comercio compensatorio puede consentir cierta flexibilidad para las insuficiencias en el cumplimiento del compromiso asignado a cada uno de los subperíodos permitiendo que se traslade la totalidad o parte de la obligación incumplida al subperíodo siguiente. En ese caso, el comprador tendrá que cumplir, en el subperíodo siguiente, la parte del compromiso asignada a ese subperíodo además de la parte del compromiso arrastrado del subperíodo anterior. La parte del compromiso no arrastrada dará lugar a sanciones por incumplimiento del compromiso de compensación (véanse los capítulos XI, "Cláusulas de in-

demnización pactada y cláusulas penales", y XII, "Garantía de cumplimiento"). Esa flexibilidad permitiría al comprador adaptar a las circunstancias, por ejemplo, las fluctuaciones del mercado a corto plazo, la cantidad que ha de comprar en determinado subperíodo. No obstante, demasiada flexibilidad podría perjudicar los intereses del proveedor que hubiera previsto utilizar el producto reportado por las ventas de cada subperíodo para efectuar los pagos exigibles por concepto del contrato de suministro en la otra dirección.

19. Para el supuesto de que el cumplimiento durante uno de los subperíodos supere el nivel requerido, las partes podrán convenir en que algunas o todas las compras excedentarias se acreditarán al cumplimiento del compromiso exigible en el subperíodo siguiente. O al contrario pueden convenir en que el cumplimiento excedente en uno de los subperíodos no afectará el nivel del compromiso pendiente en el subperíodo siguiente.

20. Puede que las partes deseen fijar fechas límite dentro del plazo de cumplimiento para la terminación de las distintas actividades *que preceden al* cumplimiento del compromiso de compensación. Por ejemplo, las partes pueden estipular fechas límite para entregar muestras de los bienes, *seleccionar bienes de una lista de bienes intercambiables,* dirigir pedidos, enviar bienes o abrir letras de créditos.

D. Definición de los contratos de suministro computables

[*A la presente sección D se han incorporado, además de dos nuevos párrafos, los párrafos 2 a 9 del proyecto de capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.8.*]

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

1. Según el tipo de bienes

22. Si las partes definen los contratos computables para el cumplimiento indicando el tipo de bienes que han de comprarse, conviene que lo hagan con la mayor precisión posible, siendo esa precisión particularmente aconsejable cuando existan diversas variedades del tipo de bienes indicado. (Para un examen de las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio concernientes al tipo de bienes, véase el capítulo V, "Tipo, calidad y cantidad de los bienes", párrafos *3 a 23.*)

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

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

25. [*párrafo nuevo*] Conviene recordar que ciertas estipulaciones sobre la computabilidad de un contrato de suministro basadas en el origen geográfico de los bienes podrían entrar en conflicto con alguna disposición legal o reglamentaria imperativa sobre libertad comercial promulgada en aplicación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

2. Según el origen geográfico

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

27. [*párrafo nuevo*] Al igual que en el caso mencionado en el párrafo 25 *supra*, las disposiciones que obligan a una parte a comprar bienes a proveedores especificados podrían entrar en conflicto con alguna disposición legal o reglamentaria imperativa sobre libertad comercial promulgada en aplicación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

3. Según la identidad del proveedor

28. Es posible que las partes acuerden que el exportador ha de cumplir el compromiso de compensación comprando bie-

nes a otras personas que no sean el importador. Esto es común en la contrapartida indirecta (véase el capítulo II, párrafo *17*). En esos casos, es aconsejable que los contratos de suministro computables para el cumplimiento se definan identificando a los proveedores a quienes han de comprarse los bienes. El acuerdo de comercio compensatorio puede contener una lista de proveedores idóneos, o bien estipular los criterios que ha de seguir el comprador al seleccionar al proveedor. Puede disponer, por ejemplo, que el proveedor debe corresponder a determinado sector económico, tener cierta magnitud, contar con algún programa de producción especial, encontrarse en determinada región o estar en manos de capital financiero local. Cuando se hayan señalado varios proveedores idóneos, podrá dejarse en libertad al comprador para que distribuya las compras entre los distintos proveedores o podrá fijarse determinada estructura para la distribución de compras entre los proveedores indicados. La mera indicación de los proveedores idóneos no significa necesariamente que esos proveedores hayan asumido el compromiso de ofrecer al comprador bienes intercambiables. En algunos casos, el importador tal vez pueda garantizar que los proveedores idóneos estarán dispuestos a negociar la celebración de un contrato de suministro, o tal vez *pueda prometer* que ayudará al comprador a encontrar un proveedor que esté dispuesto a celebrar un contrato de suministro. (Para un examen de la participación de terceros como proveedores, véase el capítulo VIII, párrafo ____.) El acuerdo de comercio compensatorio puede indicar cómo repercutirá en el compromiso de compensación el hecho de que ninguno de los proveedores idóneos esté dispuesto a celebrar un contrato de suministro.

4. Según la identidad del comprador

29. Algunas veces se encuentra un elemento restrictivo en la definición de los contratos de suministro aceptables en lo tocante a la identidad del comprador. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio puede disponer que solamente se contabilizarán para el cumplimiento las compras efectuadas por la parte que se ha comprometido a adquirir los bienes o por determinados terceros (por ejemplo, terceros de determinado país o región geográfica). Para un examen de las restricciones impuestas a la participación de terceros como compradores, véase el capítulo VIII, párrafo ____.

5. Compras no conformes

30. Las partes podrán convenir en que bajo determinadas circunstancias ciertas compras no conformes a tenor de los requisitos fijados en el acuerdo de comercio compensatorio sean contabilizados, *pese a ello*, para el cumplimiento del compromiso de compensación. Por ejemplo, cabría contabilizar ciertas compras no conformes si el comprador ha procurado de buena fe encontrar bienes adecuados entre los proveedores idóneos o en las regiones geográficas o sectores económicos indicados en el acuerdo de comercio compensatorio, pero no ha tenido éxito. Una disposición de ese tipo podría requerir que el comprador proporcionara pruebas de los esfuerzos que ha hecho por efectuar compras del tipo requerido en el acuerdo de comercio compensatorio (para un examen del caso análogo en que una parte solicita una prórroga del plazo de cumplimiento, véanse los párrafos *13 a 16supra*). Podría convenirse en que las compras no conformes sean computables para el cumplimiento si la parte ante la que se asumió el compromiso da su consentimiento. A fin de fomentar la conformidad de las compras con los requisitos establecidos, el acuerdo de comercio compensatorio podría disponer que sólo se harán excepciones en las últimas fases del plazo de cumplimiento. Además, las partes pueden convenir en que las compras que no sean conformes con los requisitos convenidos sean contabilizadas por menos de su valor total (véanse los párrafos *32 y 33 infra*).

E. Tasa para la determinación del crédito de cumplimiento [cambio de título]

[*En la presente sección E figuran, con los cambios incorporados debidamente en bastardilla, los párrafos 13 a 16 del proyecto de capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.8.*]

31. En muchas operaciones de comercio compensatorio, el precio de compra de cada contrato de suministro será deducido en su totalidad del compromiso de compensación pendiente (la cuantía deducida del compromiso pendiente se denominará en adelante "crédito de cumplimiento"). Algunas veces las partes convienen en que la cuantía del crédito de cumplimiento correspondiente a un contrato de suministro sea distinta del precio de compra. Una de las razones en que se basa ese criterio puede ser que las partes deseen otorgar crédito de cumplimiento por algunos *gastos (por ejemplo, de transporte y de seguro) no incluidos en el costo de los bienes*, o excluir del crédito de cumplimiento algunos costos que estén incluidos en el precio de compra. El proveedor tal vez acepte que se acrediten esos componentes del costo si, por ejemplo, corresponden a servicios contratados en su país en relación con el cumplimiento del contrato de suministro. *La tasa para la determinación del crédito de cumplimiento también puede estar ya prescrita por alguna disposición de derecho imperativo (capítulo XIV, "Elección de la ley aplicable", párrafos ____).*

32. El acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que las compras han de acreditarse al cumplimiento del compromiso con arreglo a tasas distintas según el tipo de bienes que se haya comprado. Por ejemplo, cabría acreditar al cumplimiento el 50% del valor de compra de cierto tipo de bienes y el 150% de otro, *o que el capital invertido o la tecnología transferida serán acreditados a un valor superior a la cuantía de la inversión o al valor monetario de la transferencia de tecnología (por ejemplo, 150%)*. Esa tasa variable de atribución del crédito de cumplimiento *sería particularmente indicada para las operaciones de contrapartida indirecta en las que el exportador celebre contratos con terceros y el importador* desee fomentar la compra de ciertos tipos de bienes.* En la contrapartida directa, así como en la compensación industrial, el acuerdo de comercio compensatorio puede estipular que se otorgará cierto crédito de cumplimiento por las ventas de exportación, que no sean las que se efectúen al contraimportador, generadas por un medio de producción suministrado por el exportador. Cabría convenir en acreditar un porcentaje del valor de las ventas a compradores del país del contraexportador. *Cabría asimismo utilizar una tasa variable para la determinación del cré-*

dito de cumplimiento en operaciones en las que los contratos de suministro deban celebrarse entre las partes en el acuerdo de comercio compensatorio, en particular cuando el comprador pueda elegir entre varios tipos de bienes; en tales casos, una tasa variable puede servir de incentivo para la compra de un determinado tipo de bienes.

33. El acuerdo de comercio compensatorio también puede prever tasas distintas para la determinación del crédito de cumplimiento según la identidad del proveedor, el origen geográfico de los bienes o la identidad del comprador. Con ello, se orientarían las actividades del comprador hacia determinados proveedores o regiones, o se buscaría introducir los bienes en determinados mercados.

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

F. Fase en la que se cumple el compromiso

[*En la presente sección F figuran, con las modificaciones introducidas debidamente en bastardilla, los párrafos 10 a 12 del proyecto de capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.8.*]

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

36. Conforme al *segundo* criterio, el compromiso se consideraría cumplido en una fase convenida del cumplimiento del contrato de suministro. Por ejemplo, puede convenirse en que el compromiso del comprador se considerará cumplido cuando se abra la carta de crédito, o cuando se transfieran los fondos al proveedor, y el correspondiente compromiso del proveedor, cuando se entreguen los bienes, o se pongan a disposición del comprador en la forma convenida. En esos casos, si una de las partes incumple el contrato de suministro, la parte *agraviada* podría fundar su acción no solamente en el incumplimiento de ese contrato sino también en el incumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio si no ha llegado a cumplirse el compromiso de compensación. *Este segundo criterio tiene el inconveniente de que es más complicado e incierto que el primero, en el que el compromiso se considera cumplido por la mera conclusión de un contrato de suministro. El segundo criterio podría crear incertidumbre cuando algún impedimento exonerante impidiera que una de las partes adoptara las medidas de ejecución del contrato de suministro necesarias para el cumplimiento del compromiso de compensación. Para evitar tal incertidumbre, convendría introducir en el acuerdo de comercio compensatorio alguna cláusula adicional sobre los efectos de dichos impedimentos.*

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

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

[*La presente sección G es una reestructuración de la sección C, párrafos 37 a 61, del proyecto de capítulo III, "Enfoque de la contratación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.2. Los párrafos 39 a 42 de la anterior sección C del documento A/CN.9/332/Add.2, titulada "Procedimientos de negociación", se han incluido al final de la presente subsección 6.*]

1. Cláusulas de los futuros contratos de suministro

38. [*párrafo 43 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Los compromisos de celebrar contratos de suministro no suelen estipular con exactitud *todas* las cláusulas de los contratos que han de celebrarse. *A veces*, las partes *aún no han decidido* el tipo de bienes que serán objeto de los futuros contratos de suministro o las condiciones de entrega. Incluso si las partes pueden consignar en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato de suministro, a veces omiten hacerlo porque confían en que cada parte cumpla el compromiso de celebrar un contrato futuro, aunque las cláusulas de ese contrato no se definan con minuciosidad en el acuerdo de comercio compensatorio.

39. [*párrafo nuevo*] La falta de precisión en la definición del compromiso de compensación puede ocasionar demoras o incertidumbres en la negociación de un contrato de suministro, dada la amplitud potencial del alcance de las negociaciones. Por consiguiente, es aconsejable que, en la medida de lo posible, las partes incluyan en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato o prevean medios para determinarlas ulteriormente (véanse los párra-

fos 44 a 56 *infra*). Además, las partes tal vez deseen prever, en el acuerdo de comercio compensatorio, los procedimientos que habrán de seguir en sus negociaciones (véanse los párrafos 57 a 60 *infra*). De este modo se facilitarán las negociaciones, se hará más probable la celebración de un contrato de suministro y aumentarán las posibilidades de que la parte interesada en la celebración de ese contrato pueda obligar a la otra parte a tener que responder de su negativa a celebrarlo. Si, por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio especifica los bienes que una parte está obligada a comprar, o si al menos contiene una lista de bienes para servir de base en las negociaciones, el contraexportador puede estar en condiciones de demostrar que el contraimportador, al negarse a comprar esos bienes, incumple el compromiso de compensación. Si se especifican los bienes, es aconsejable también prever un mecanismo para determinar el precio; este mecanismo reviste particular importancia cuando los bienes interesados no sean de una categoría catalogable y puedan surgir discrepancias en cuanto a lo que debe entenderse por precio justo de mercado.

40. [*párrafo 46 del documento A/CN.9/332/Add.2*] A medida que el acuerdo de comercio compensatorio se torna más exacto *al especificar* las cláusulas esenciales para la existencia de un contrato válido, el acuerdo se acerca al punto en que las partes han convenido todas las cláusulas del contrato de suministro y han aplazado únicamente el acto de *celebrarlo. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio contiene las cláusulas esenciales del futuro contrato para la compra de bienes, en algunos ordenamientos jurídicos este tipo de acuerdo de comercio compensatorio podría hacer las veces de un contrato de compraventa válido. A fin de evitar divergencias, es aconsejable que las partes, al celebrar un acuerdo de comercio compensatorio que contenga las cláusulas esenciales del contrato que deba celebrarse, estipulen claramente si, conforme a lo dispuesto en el acuerdo de comercio compensatorio, deberá firmarse o no un contrato aparte.*

41. [*párrafo 47 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Muchos ordenamientos jurídicos contienen reglas a las que pueden remitirse las partes para dar exactitud a una cláusula contractual. Por ejemplo, son numerosos los que prevén una solución cuando las partes no han fijado el precio de los bienes; esta solución puede consistir, por ejemplo, en que el precio sea el "generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercancías, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate" (artículo 55 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). Otro ejemplo puede constituirlo la regla sobre la calidad de los bienes que han de entregarse en virtud del contrato cuando en éste no se haya resuelto esa cuestión; el inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 35 de la Convención citada *supra* dispone que las mercancías sean "aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercancías del mismo tipo". En algunos ordenamientos jurídicos las partes pueden, dentro de ciertos límites, recurrir a un tribunal para que determine ese elemento contractual. En otros, no obstante, los tribunales no son competentes para intervenir de esta manera en una relación contractual.

42. [*párrafo 48 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Aunque en muchos ordenamientos jurídicos existen medios de suplementar un contrato, no suelen resolver todos los casos de imprecisión. Puede que los elementos contractuales sin definir en el acuerdo de comercio compensatorio no se presten a ser definidos por remisión a la ley aplicable. Por ejemplo, si las partes no han convenido en el tipo de bienes que se han de contraexportar, sería probablemente imposible convenir ese punto con arreglo a la ley aplicable. Cuando se ha fijado el tipo de los bienes, los criterios previstos en la ley aplicable relativos al precio de los bienes tal vez no conduzcan a una solución clara. Además, esa forma de suplementar los contratos está sujeta a la incertidumbre dimanada de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a las técnicas suplementarias, la función de los *tribunales* judiciales *o arbitrales para determinar el contenido de la cláusula omitida,* la función de las partes o la fiscalización judicial del resultado de la suplementación.* En consecuencia, las partes tal vez deseen examinar los medios contractuales que se abordan *infra* para dar contenido preciso a una cláusula contractual que se haya dejado sin determinar en el acuerdo de comercio compensatorio.

43. [*párrafo 49 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Las cláusulas que suelen dejarse sin determinar en el acuerdo de comercio compensatorio, y respecto de las cuales resultaría particularmente útil haber previsto algún mecanismo supletorio en el contrato, son el tipo, la calidad, el precio y la cantidad de los bienes. Los mecanismos supletorios del contrato a que pueden recurrir las partes para completar el contenido de esas cláusulas se examinan globalmente en las subsecciones *a)* a *c) infra*. En otras partes de la guía jurídica se aludirá a estos mecanismos supletorios del contrato en contextos concretos.

a) *Normas o directrices*

44. [*párrafo 50 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Puede que las partes deseen señalar las normas o directrices que han de usarse para determinar el contenido de cláusulas contractuales concretas. Si se remiten a una norma las partes podrían determinar el contenido de una cláusula contractual mediante algún cálculo o con arreglo a otro método objetivo que no dependa de la voluntad de las partes. Por ejemplo, se puede determinar el precio de los bienes intercambiados remitiéndose al precio al que se vende un bien del mismo tipo en algún mercado o bolsa de contratación, o se puede definir la calidad de los bienes intercambiados remitiéndose a una norma de calidad nacional o internacional concreta. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen la validez de una estipulación por la que el precio u otra cláusula del contrato se determinará por remisión a una norma.

45. [*párrafos 50 y 45 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Las directrices, en cambio, se limitan a enunciar parámetros en cuyo marco ha de determinarse una cláusula contractual, por lo que dejan cierto margen de autonomía para la determinación de su contenido. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio puede establecer unos límites dentro de los cuales las partes han de negociar el precio o puede convenirse en que el precio debe ser "razonable" (*esas cláusulas de precios se examinan con mayor detalle en el capítulo VII, "Fijación del precio de los bienes", párrafos ____*). [*El siguiente texto en bastardilla ha sido extraído del párrafo 45 del documento A/CN.9/332/Add.2:*] *Las partes no están a veces en situación de ser más exactas sobre las cláu-*

sulas del contrato de suministro previsto y se limitan a estipular que las cláusulas del contrato deben ser equitativas o conformes a las condiciones imperantes en el mercado. Esas estipulaciones pueden resultar útiles cuando se acepten bienes de calidad uniforme, con lo que se puede determinar un precio justo. Ahora bien, si no se conviene el tipo de los bienes intercambiables o si éstos son productos que no tienen un precio uniforme, puede que esa promesa de "condiciones equitativas" no mejore considerablemente la posición de la parte interesada en la celebración del contrato. En tales casos pueden diferir las opiniones sobre qué cláusulas contractuales son equitativas, lo que prolongaría las negociaciones y haría incierto el éxito de una acción entablada contra la parte que rehúse celebrar el contrato. Si no se ha determinado el tipo de bienes, las partes pueden aprobar una lista de bienes en torno a los cuales deben girar las negociaciones o a los que deben limitarse. (Esas listas se abordan en el capítulo VI, "Tipo, calidad y cantidad de los bienes".) Por lo que se refiere a otras cláusulas del contrato futuro, como la entrega, las partes pueden decidir que el contrato de suministro se negocie con arreglo a las condiciones imperantes en el mercado. Si se mencionan las condiciones del mercado, es aconsejable que las partes se remitan a un mercado concreto.

46. [*párrafo 52 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Al dejar cierta discrecionalidad a las partes, la inclusión en un acuerdo de comercio compensatorio de una directriz relativa a determinada cláusula del futuro contrato no garantiza que se vaya a ultimar esa cláusula. No obstante, si se fijan límites estrictos con arreglo a los cuales deba llegarse a un acuerdo, o si se enuncian directrices claras que limiten el margen de que disponen los negociadores, no sólo será más probable la celebración de un contrato sino que también resultará más fácil demostrar que una parte que rechaza una determinada oferta de contrato incurre en incumplimiento del compromiso de compensación.

b) *Determinación de una cláusula del contrato por terceros*

47. [*párrafo 53 del documento A/CN.9/332/Add.2*] En ocasiones, las partes convienen en que un tercero determinará una cláusula contractual concreta. Aunque un enfoque de esa índole da bastante certidumbre de que la cláusula será precisa, su uso poco frecuente puede imputarse a que las partes se resisten a renunciar a su control de una cláusula contractual. Si se utiliza ese método, suele hacerse para determinar el precio de los bienes (véase el capítulo VII, *párrafos* ____ *y* ____). Las partes tal vez estén dispuestas a aceptar un método de esa índole para determinar una cláusula contractual si se establecen directrices claras, y de preferencia estrechas, con arreglo a las cuales un tercero decidirá, o si la intervención del tercero es el último recurso cuando han fracasado otros mecanismos convenidos (v.g.: negociación, aplicación de una norma convenida). Si las partes no desean confiar a un tercero la decisión sobre una cláusula contractual, pero sí beneficiarse no obstante de la opinión de éste, puede acordarse que la determinación del tercero tendrá únicamente carácter de recomendación.

48. [*párrafo 54 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Algunos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho de las partes a confiar a un tercero la determinación de una cláusula contractual. En particular, los ordenamientos jurídicos suelen prever el caso en que las partes se remiten a un tercero para determinar el precio. No obstante, existen variaciones entre los distintos ordenamientos. Por ejemplo, algunos reconocen que puede confiarse a un tribunal arbitral o incluso a un juzgado la determinación de una cláusula contractual, pero otros sólo lo permiten si no se efectúa como parte de actuaciones arbitrales o judiciales. Los ordenamientos jurídicos difieren también en cuanto a las consecuencias del desacuerdo de las partes sobre el tercero o de la no actuación del tercero. Conforme a algunos ordenamientos jurídicos, las partes no podrán recurrir a un procedimiento para designar o sustituir a una persona y tendrán que aceptar las consecuencias de que la cláusula contractual quede sin determinar. En otros sistemas, si el tercero ha de determinar el precio, el caso puede considerarse como si las partes hubieran convenido en que el precio sea razonable. Existen también divergencias en cuanto a la disponibilidad y el alcance de un control judicial de la decisión adoptada por un tercero.

49. [*párrafo 55 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Las cuestiones que las partes tal vez deseen ventilar en una estipulación que faculte a un tercero para determinar una cláusula contractual se enumeran *en los siguientes párrafos.*

50. [*párrafo 56 del documento A/CN.9/332/Add.2*] *Persona que ha de solicitar la determinación de la cláusula.* Puede que las partes deseen abordar la cuestión de si, en el momento en que las partes discrepan sobre las cláusulas, cualquiera de ellas tendrá derecho a pedir al tercero que determine la cláusula o si el tercero podrá actuar únicamente a petición de ambas partes.

51. [*párrafo 57 del documento A/CN.9/332/Add.2*] *La identidad del tercero o el procedimiento de designación.* Puede que las partes deseen nombrar en un acuerdo de comercio compensatorio a la persona que ha de determinar la cláusula contractual. En este caso, las partes tal vez deseen también estipular un procedimiento de designación que habrá de usarse en caso de que la persona designada no actúe o no pueda actuar. Si las partes no desean designar a la persona que ha de determinar el contenido de la cláusula contractual quizá resulte aconsejable que ellas convengan en que nombrarán al tercero en el momento en que no puedan ponerse de acuerdo sobre la cláusula contractual. En ese caso, las partes tal vez deseen concertar un procedimiento de designación, que se aplicará si no pueden ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero.

52. [*párrafo 58 del documento A/CN.9/332/Add.2*] *Directrices o normas que ha de observar el tercero.* Se aconseja a las partes que delimiten el mandato del terecero y a esos efectos estipulen las directrices o normas que han de observarse al determinar el contenido de la cláusula contractual. Esas directrices y normas se examinan con carácter general en los párrafos 50 a 52 *supra*, y por lo que se refiere al precio, en el *capítulo VII*, "Fijación del precio de los bienes", *párrafos* ____ *a* ____.

53. [*párrafo 59 del documento A/CN.9/332/Add.2*] *Naturaleza de la decisión del tercero.* Las partes podrán convenir en que la decisión del tercero sea vinculante a título de estipulación contractual de las partes. Otro enfoque podría consistir en disponer que la determinación del tercero se

consideraría como una recomendación que las partes han de intentar seguir de buena fe.

54. [*párrafo 60 del documento A/CN.9/332/Add.2*] *Procedimiento para impugnar la determinación efectuada por el tercero.* En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando la determinación vinculante de un tercero concierna a una cuestión de particular importancia económica, las partes tal vez deseen tener la oportunidad de impugnar esa determinación recurriendo a otra persona, a un grupo de personas o a una institución. Por lo que se refiere a la naturaleza de la decisión sobre la impugnación, cabría disponer que esa decisión sea vinculante para las partes o que tenga únicamente valor de recomendación. Puede que las partes deseen estipular el mandato de que gozaría la persona que haya de decidir sobre la impugnación (es decir, de confirmar o rechazar la impugnación, o de modificar la determinación impugnada). En el caso de que se anule la determinación impugnada, las partes tal vez deseen indicar cómo se habrá de determinar el contenido de la cláusula contractual (por ejemplo, por las propias partes o por el mismo tercero u otro tercero).

c) *Determinación de la cláusula contractual por una parte contratante*

55. [*párrafo 61 del documento A/CN.9/332/Add.2*] En ocasiones, el acuerdo de comercio compensatorio permite que una de las partes en ese acuerdo determine una cláusula contractual. *Debe tenerse suma prudencia al acordar ese tipo de solución, ya que deja la determinación de la cláusula contractual en manos de una persona que tiene un interés en el resultado de esta decisión.*

56. [*párrafo 61 del documento A/CN.9/332/Add.2*] *Las partes deberían saber que en muchos ordenamientos jurídicos las cláusulas que facultan a una parte contratante para determinar una cláusula contractual no son válidas y, cuando sí lo son, el reconocimiento de su validez está sujeto a estrictas condiciones.* Si el objeto de la determinación es el precio, diversos ordenamientos reconocerían esa facultad a una parte si se han enunciado normas que limitan su ejercicio como sería la exigencia de que el precio sea razonable, conforme a la buena fe o a la equidad. Algunos de estos ordenamientos interpretarían *la falta de referencia expresa a esa norma en un acuerdo como una referencia implícita a ella.* Otros ordenamientos jurídicos exigen que la libertad de determinar el precio esté limitada por una norma más precisa, *como sería un precio del mercado objetivamente verificable, el precio medio o algún límite absoluto estipulado por las partes. Análogas restricciones afectan a la determinación de cláusulas como las relativas a la cantidad de bienes que deberá entregarse en virtud de un contrato al plazo de cumplimiento del mismo.*

2. *Procedimientos de negociación*

57. [*párrafo 39 del documento A/CN.9/332/Add.2*] En los acuerdos de comercio compensatorio podrá consignarse, con más o menos detalle, la forma en que han de efectuarse las negociaciones. Si se concretan los procedimientos de negociación aumenta la probabilidad de que las negociaciones resulten fructuosas. Éste será el caso especialmente cuando exista la probabilidad de que las negociaciones vayan a ser complicadas, bien por el objeto de los posibles contratos o por el número de personas que puedan participar en ellas.

58. [*párrafo nuevo*] Debe procurarse que el procedimiento de negociación esté debidamente prescrito en todo compromiso firme de celebrar un contrato de suministro. Si el compromiso se limita a enunciar una mera obligación de negociar, las partes, tal como se ha indicado en el párrafo 2 *supra*, tendrán pocas garantías de que se lograrán los objetivos de la operación. Aunque el procedimiento de negociación forma parte del compromiso firme de compensación, este procedimiento no garantiza de por sí el éxito de las negociaciones. Lo más eficaz para incrementar las probabilidades de éxito en las negociaciones sería estipular en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato o, de no ser posible, concertar medios para definir con precisión el compromiso de compensación. Estos medios se examinan *supra*, en particular en los párrafos 44 a 56.

59. [*párrafo 40 del documento A/CN.9/332/Add.2*] Como mínimo, el acuerdo de comercio compensatorio podría estipular que una parte estará obligada a responder a las propuestas de contratar de la otra parte. Un procedimiento mejor detallado definiría cuestiones como las siguientes: la parte que ha de presentar una oferta de contrato; las cuestiones sobre las que ha de versar la oferta de contrato; los plazos de presentación; la forma, los medios o la frecuencia de las comunicaciones; el plazo de respuesta; el plazo en el que ha de llegarse a un acuerdo y transcurrido el cual se darían por fracasadas las negociaciones. Además, las partes pueden estipular que en determinadas circunstancias se exonerará a una parte de la obligación de negociar (por ejemplo, cuando esa parte haya hecho una oferta que cumpla las condiciones pactadas, pero que no haya sido aceptada o, si la otra parte había de hacer la oferta, cuando no se haya presentado tal oferta).

60. [*párrafo 41 del documento A/CN.9/332/Add.2*] La estipulación de procedimientos de negociación como los citados en el párrafo anterior puede* acrecentar la posibilidad de hacer recaer la responsabilidad por la no celebración de un contrato sobre aquella parte que no haya negociado de buena fe. Gracias a esos procedimientos, la parte agraviada podría demostrar, por ejemplo, que la otra parte se negó a negociar, impuso condiciones para negociar que esa parte no podía en verdad imponer, empleó tácticas dilatorias desleales, volvió a plantear cuestiones que ya se habían convenido, negoció con otras partes cuando era incorrecto hacerlo o interrumpió prematuramente las negociaciones.

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

[*A la presente sección H se han incorporado, con algunas modificaciones en bastardilla, los párrafos 31 a 44 del proyecto de capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación", publicado como documento A/CN.9/332/Add.8*]

61. Es posible que las partes deseen considerar la posibilidad de establecer procedimientos para supervisar y dejar

constancia de la marcha del cumplimiento del compromiso de compensación. Esos procedimientos pueden resultar particularmente útiles en las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, con múltiples envíos en una o ambas direcciones.

1. Intercambio de información

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

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

64. En las operaciones especialmente complejas, que requieren una constante supervisión y coordinación, es posible que las partes deseen establecer en el acuerdo de comercio compensatorio un comité de coordinación conjunto. Convendría que se ocuparan de cuestiones tales como la frecuencia y el lugar de las reuniones, la representación de ambas partes, la forma en que se dejará constancia de las conclusiones adoptadas en las reuniones y el mandato del comité. Las funciones de ese comité generalmente consistirán en evaluar la marcha de la ejecución de la operación, analizar las dificultades y considerar posibles soluciones, establecer grupos de trabajo para problemas concretos y examinar propuestas de modificación del acuerdo de comercio compensatorio.

2. Confirmación del cumplimiento del compromiso de compensación

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

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

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

3. La cuenta probatoria

68. Las partes pueden convenir en que los *contratos de suministro en ambas direcciones* han de anotarse en un libro que llevarán ellas mismas, un banco o un organismo de control. Ese libro se denominará de ahora en adelante "cuenta probatoria", término que se utiliza con frecuencia en la práctica. *Otros términos utilizados en la práctica son "cuenta de registro" y "cuenta comercial".* La cuenta probatoria no constituye un mecanismo de pago. Se utiliza solamente para dejar constancia de la celebración, el cumplimiento y el valor de los contratos de suministro, mientras que la financiación y el pago se organizan por separado. Con una cuenta probatoria, las partes asumen un compromiso de compensación por determinado valor y luego celebran contratos de suministro en ambas direcciones sin tener que negociar un compromiso para cada uno de esos contratos. Las cuentas probatorias pueden incluir múltiples partes en uno o ambos lados. La cuenta probatoria puede resultar especialmente útil en una operación de comercio compensatorio a largo plazo para estar al corriente del valor acumulativo de las compras en ambas direcciones y de esa manera ayudar a las partes a adoptar medidas con respecto a los desequilibrios que puedan surgir.

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

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

71. El acuerdo de comercio compensatorio debe indicar la documentación necesaria para efectuar los asientos en la cuenta probatoria (por ejemplo, copias de los contratos, pruebas de las cartas de crédito, o los documentos de expedición). Esos requisitos documentarios deben conformarse a las disposiciones del acuerdo de comercio compensatorio concernientes a la fase en la que el compromiso de compensación se considerará cumplido (véanse los *párrafos 35 a 37supra*). A fin de minimizar la carga administrativa, tal vez las partes deseen, en la medida de lo posible, fijar los requisitos documentarios para la cuenta probatoria, siguiendo el modelo de los exigidos por el organismo público que supervisa la operación de comercio compensatorio.

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

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

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

[A/CN.9/362/Add.5]

V. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA REDACCIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-9
B. Idioma	10-12
C. Partes en la operación	13-15
D. Notificaciones	16-20
E. Definiciones	21-24

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo V es una revisión del proyecto de capítulo IV del mismo título publicado en el documento A/CN.9/332/Add.3. Cuando se ha cambiado la numeración de un párrafo, el número anterior figura entre corchetes al principio del párrafo. Las revisiones de los párrafos aparecidos en el documento A/CN.9/332/Add.3 van en bastardilla.]

A. Observaciones generales

1. Generalmente una operación de comercio compensatorio es el resultado de extensas comunicaciones escritas y verbales entre las partes. Puede que cada una de las partes considere conveniente preparar una lista guía de las medidas que han de adoptarse al negociar y redactar los contratos que integran la operación (el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro). Con esa lista guía podría reducirse la posibilidad de incurrir en omisiones o errores en las medidas que se adopten antes de la celebración de los contratos. Es posible que las partes estimen conveniente solicitar asesoramiento jurídico o técnico para redactar los contratos. Si bien cabe esperar que las operaciones de comercio compensatorio resulten operaciones rutinarias para las partes experimentadas en este tipo de comercio, para los que se inician en esta esfera de actividades, incluso las operaciones sencillas pueden plantear dificultades por lo que requerirán asesoramiento jurídico o técnico. Pero cuando se trata de operaciones complejas, hasta las partes más experimentadas pueden necesitar asesoramiento.

2. Podría facilitarse el proceso para iniciar la operación de comercio compensatorio si las partes convinieran en que, antes de que se prepare un anteproyecto del acuerdo de comercio compensatorio y de cualquiera de los contratos de suministro, se celebraran negociaciones sobre los principales aspectos técnicos y comerciales. A continuación, se podría solicitar a una de las partes que presente un anteproyecto en el que se refleje lo acordado durante las negociaciones. Luego podría examinarse y perfeccionarse el anteproyecto, que daría lugar a una serie preliminar de documentos contractuales, los cuales, tras revisión y perfeccionamiento, regirían la relación entre las partes.

3. Las normas jurídicas aplicables al acuerdo de comercio compensatorio tal vez requieran que éste se concierte por escrito. Incluso en aquellos casos en que no se requiera la forma escrita, *se recomienda* que las partes manifiesten su acuerdo por escrito para evitar controversias ulteriores con respecto a las cláusulas que fueron realmente convenidas. Si las partes deciden que las modificaciones del acuerdo de comercio compensatorio se han de hacer por escrito, es aconsejable que esto se aclare en dicho acuerdo. *Sin embargo, aun cuando se haya incluido una disposición en este sentido en el acuerdo de comercio compensatorio, puede haber situaciones en que las modificaciones podrán hacerse de otro modo que no sea por escrito. Varios ordenamientos jurídicos tienen normas, comparables al artículo 29 2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa, según las cuales cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar la estipulación contractual de que toda modificación o extinción del contrato ha de ser por escrito en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.*

4. *Es deseable* que las partes establezcan claramente la relación entre los documentos contractuales, por una parte, y las comunicaciones verbales, la correspondencia y los proyectos de documentos que se produzcan durante las negociaciones, por otra. Tal vez deseen estipular que esas comunicaciones y proyectos de documentos no forman parte del contrato. Además pueden indicar que esas comunicaciones y proyectos de documentos no podrán utilizarse para interpretar el contrato, o bien, que podrán utilizarse a ese efecto en la medida en que lo autorice la ley aplicable. Conforme a esta última, las comunicaciones verbales, *las declaraciones y los actos de una de las partes*, así como la correspondencia, *pueden* tener importancia para la interpretación del contrato, aun cuando sean posteriores a su celebración.

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

6. Es posible que entre las normas jurídicas aplicables haya también normas sobre la interpretación de contratos y presunciones relativas al significado de determinadas expresiones tales como "precio razonable" (capítulo VII, "Fijación del precio de los bienes", párrafo 24), "*trust*" y "*compte fiduciaire*" (capítulo IX, "Pago", párrafo 16), y "pena" (capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales", párrafo ____). Es aconsejable que las partes escojan la terminología contractual a la luz de la ley aplicable a fin de asegurar que las expresiones utilizadas reflejen el significado que se les desea atribuir. Un criterio sería que se determinase la ley aplicable en una de las primeras etapas de la relación entre las partes (por ejemplo, al inicio de las negociaciones). De esa manera, la operación de comercio compensatorio se negociaría y redactaría teniendo presente esa ley. Otro criterio sería que las partes determinaran la ley aplicable sólo después de haber negociado los principales aspectos técnicos y comerciales y de haber llegado a cierto acuerdo entre ellas. De ese modo podrían revisar los anteproyectos relativos a la operación que reflejaran ese acuerdo a la luz de la ley aplicable para cerciorarse de que las cláusulas del proyecto la tienen en cuenta. *En el capítulo XIV se examina la conveniencia de estipular la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y los correspondientes contratos de suministro.*

7. Las partes deben tener presente las normas jurídicas imperativas de carácter administrativo o fiscal u otras normas públicas vigentes en sus respectivos países que sean pertinentes a la operación de comercio compensatorio. También deben tener presentes las normas imperativas de esa índole vigentes en otros países cuando esas normas sean pertinentes a la operación. Algunas normas tal vez se refieran a los aspectos técnicos del acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, requisitos de seguridad de los bienes compensatorios o normas de protección del medio ambiente), y las cláusulas del acuerdo no deben entrar en conflicto con ellas. Otras normas pueden relacionarse con restricciones en materia de exportación, importación y cambio (por ejemplo, podrían disponer que determinados derechos y obligaciones no nacerán mientras no se concedan las licencias de exportación o importación, no se hayan aprobado los pagos o la aplicación de determinados mecanismos de pago). Las normas jurídicas relativas a la tributación pueden constituir un factor que ha de considerarse, y es posible que las partes deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones relativas a la carga fiscal. *Las disposiciones imperativas se examinan también en el capítulo XIV, "Elección de la ley aplicable", párrafos ____ a ____.*

8. Puede que las partes deseen considerar la posibilidad de que el acuerdo de comercio compensatorio contenga declaraciones preliminares. Esas declaraciones podrían contener las manifestaciones de una o de ambas partes que las indujeron a celebrar el acuerdo. *Podrían asimismo indicar los objetivos comerciales que han de lograrse mediante la operación o describir* el contexto en el que se celebró el acuerdo. Hasta qué punto sirven esas declaraciones para interpretar las cláusulas del acuerdo que preceden depende del ordenamiento jurídico de que se trate, y su importancia para la interpretación puede ser incierta. En consecuencia, si se pretende que el contenido de las declaraciones tenga importancia para la interpretación o ejecución del acuerdo de comercio compensatorio, es preferible incluir ese mismo contenido en las cláusulas dispositivas del acuerdo.

9. Puede que las partes consideren útil examinar modelos normalizados de acuerdo de comercio compensatorio, condiciones generales, cláusulas uniformes o acuerdos previamente celebrados como elementos que facilitan la preparación de los documentos contractuales. Ese examen podría ayudarles a aclarar cuáles son las cuestiones que deben tratar en sus negociaciones. Pero es aconsejable que no adopten las cláusulas sin un examen crítico, pues es posible que esas cláusulas reflejen, en conjunto, un equilibrio de intereses no deseado, o bien, que no reflejen con precisión las condiciones convenidas por las partes. Éstas podrían considerar conveniente comparar los criterios adoptados en los modelos, condiciones o acuerdos de comercio compensatorio que examinaron con los criterios que se recomiendan en esta guía jurídica.

B. Idioma

10. Los contratos que constituyen la operación de comercio compensatorio (es decir, el acuerdo de comercio compensatorio y cada uno de los contratos de suministros) pueden redactarse en un solo idioma (que puede ser, aunque no necesariamente, el idioma de una de las partes), o en los dos idiomas de las partes, si son distintos, o bien podrá redactarse el acuerdo en un idioma y los contratos de suministro en otro idioma. Si la celebración del acuerdo de comercio compensatorio precede a la celebración de los contratos de suministro en ambas direcciones (capítulo III, "Enfoque contractual", párrafo 19), o si precede a la celebración del contrato de exportación compensatoria (capítulo III, párrafos 12 a 18), es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio especifique el idioma de los contratos. Si se indica el idioma antes de iniciar las negociaciones relativas a un contrato de suministro, se pueden facilitar los preparativos de las partes a ese efecto y evitar desacuerdos.

11. Si se redacta el contrato en un solo idioma habrá menos conflictos de interpretación con respecto a sus cláusulas. Pero si se redactan en un mismo idioma todos los contratos que constituyen la operación de comercio compensatorio habrá menos conflictos entre dos contratos cuyo contenido esté relacionado. Por otra parte, las partes podrán comprender sus derechos y obligaciones con más facilidad si cuentan con una versión del contrato en su propio idioma. Además, cuando largas o complicadas instrucciones de trabajo al personal de una o ambas partes deban deducirse directamente del contrato, puede revestir especial importancia que éste esté en el idioma en que han de darse esas instrucciones. *Las partes pueden decidir que algunos anexos del acuerdo de comercio compensatorio o un contrato de suministro (por ejemplo, los que contienen especificaciones técnicas) se redacten en un determinado idioma o se traduzcan a dicho idioma. Si van a realizarse traducciones, es aconsejable resolver la cuestión de quién ha de sufragar su costo.* Si se decide utilizar un solo idioma, tal vez las partes deseen tener en cuenta al elegirlo los siguientes factores: es aconsejable que el idioma elegido sea comprendido por los empleados de más categoría de cada una de las partes, quienes ejecutarán el contrato; que se trate de un idioma de uso corriente en el comercio internacional; es probable que se facilite la solución de controversias si el idioma elegido es aquel en el que se sustanciarán las actuaciones o si el idioma elegido es el idioma o uno de los idiomas del país de la ley aplicable.

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

C. Partes en la operación

13. Si uno de los contratos que integran la operación (el acuerdo de comercio compensatorio o uno de los contratos de suministro) consta de varios documentos, puede que las partes deseen identificarse y describirse en un documento principal que esté destinado a ser el primero en la secuencia lógica entre los documentos en los que consta ese contrato. El documento debe enunciar, en forma jurídicamente precisa, los nombres de las partes y sus domicilios, dejar constancia del hecho de que han celebrado un contrato, describir brevemente el objeto del contrato y estar firmado por las partes. Debería también indicar la fecha y el lugar en que se firmó el contrato y el momento en que entrará en vigor. Las referencias ulteriores a las partes en el contrato se facilitarán si en el documento principal se indica que en el texto subsiguiente y en los documentos subordinados se hará referencia a las partes mediante abreviaturas o expresiones convenidas, tales como el exportador, el importador, el contraexportador, el contraimportador, la casa comercial. Es posible que una de las partes tenga varios domicilios (por ejemplo, el de su oficina central, el de la sucursal a través de la que se negoció el contrato) y tal vez sea preferible indicar en el documento el domicilio al que deban enviarse las notificaciones para esa parte.

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

15. [*párrafo 14, última frase*] Si celebra el contrato un mandatario en nombre de un mandante, habrá de indicarse el nombre, el domicilio y la condición jurídica del mandatario y del mandante, e incorporarse como anexo una prueba del poder por el que el mandante faculta al mandatario a celebrar contratos en su nombre.

D. Notificaciones

16. [15] En una operación de comercio compensatorio, con frecuencia, las partes deben notificarse ciertos hechos o situaciones. Esas notificaciones pueden ser necesarias, por ejemplo, para iniciar negociaciones previas a la celebración de un contrato de suministro, facilitar la cooperación en el cumplimiento del contrato, para que la parte destinataria de la notificación pueda tomar medidas, como requisito previo para el ejercicio de un derecho, o como medio de ejercer un derecho. Puede que las partes deseen examinar y resolver en el contrato algunas cuestiones que se plantean en relación con esas notificaciones.

17. [16] En aras de la certeza, sería conveniente exigir que todas las notificaciones mencionadas en la operación de comercio compensatorio se efectúen por escrito, aunque para algunos casos que exijan una acción inmediata puede que las partes deseen estipular que la notificación podrá hacerse verbalmente, en persona o por teléfono, seguida de la confirmación por escrito. Puede que las partes quieran también definir la expresión "por escrito" (véase el párrafo 21 *infra*) y especificar cuáles son los medios aceptables para enviar las notificaciones escritas (por ejemplo, correo de superficie, correo aéreo, télex, telégrafo, facsímil, intercambio electrónico de datos (EDI)). No obstante, debe procurarse no limitar tanto los medios de notificación hasta el punto de que si no puede recurrirse a los medios especificados, no pueda cursarse una notificación válida. Tal vez las partes también deseen indicar el idioma en el que hayan de hacerse las notificaciones (por ejemplo, el idioma del contrato).

18. [17] Por lo que respecta al momento en que una notificación será efectiva, las partes pueden considerar dos criterios. Estipular que una notificación será efectiva en el momento en que la envíe la parte notificante, o que lo será una vez transcurrido un plazo determinado después del envío. O bien, pueden estipular que será efectiva sólo al ser entregada a la parte notificada (véase el párrafo 21 *infra*). De acuerdo con el primer criterio, el riesgo de la falta de transmisión o de un error de la oficina transmisora al transmitir la notificación recae en la parte a quien se envía, mientras que conforme al segundo criterio recae en la parte que la envía. Las partes pueden considerar ventajoso elegir medios de transmitir las notificaciones que dejen constancia del envío o de la entrega, y del momento del envío o de la entrega. Otro criterio sería exigir a la parte a la que se da la notificación que acuse recibo de la misma. Podría ser conveniente que el contrato contuviese una cláusula general por la que, salvo disposición en contrario, se aplique a las notificaciones mencionadas en el contrato uno de los dos criterios con respecto al momento en que se hace efectiva la notificación (cuando se envía o cuando se entrega). Para determinadas notificaciones quizá haya que establecer excepciones al criterio general.

19. *[párrafo nuevo]* Puede que las partes deseen indicar las direcciones de los departamentos de las empresas o de los representantes de las partes a las que deben enviarle las notificaciones. Podrían indicarse diferentes direcciones para diferentes tipos de notificación.

20. [18] Puede que las partes deseen indicar las consecuencias jurídicas de la falta de notificación. También podrían especificar las consecuencias de la falta de respuesta a una notificación que la exija. Por ejemplo, cuando las partes prevén una serie de envíos *en una o en ambas direcciones*, podrían estipular que, si el proveedor notifica al comprador que se propone enviar determinada cantidad de bienes en determinada fecha, se considerará que el comprador ha dado su consentimiento salvo que oponga una objeción.

E. Definiciones

21. [19] *Es aconsejable* definir algunas expresiones o conceptos clave empleados con frecuencia en el acuerdo de comercio compensatorio o en el contrato de suministro. Las definiciones son especialmente útiles en los contratos cuando las partes proceden de distintos países, incluso con el mismo idioma, porque es más probable que determinadas expresiones o conceptos se utilicen de diferente manera en cada país. Las definiciones también son útiles cuando los contratos constan en dos idiomas, pues generalmente reducen la probabilidad de errores de traducción. La definición asegura que la expresión o concepto definido se interprete en el mismo sentido siempre que se utilice en el acuerdo o el contrato, y evita la necesidad de aclarar el significado que se desea atribuir a esa expresión o concepto en cada oportunidad en que se utiliza. La definición es aconsejable cuando resulte ambigua una expresión que deba utilizarse. Algunas veces esas definiciones se subordinan a una salvedad, en el sentido de que las expresiones definidas tendrán el significado que se les haya atribuido "salvo que se deduzca otra cosa del contexto". Ese tipo de salvedad tiene en cuenta la posibilidad de que una expresión que ha sido definida se utilice por descuido en un contexto donde no pueda tener el significado que se le ha asignado en la definición. El procedimiento preferible es que las partes estudien cuidadosamente el contrato para asegurarse de que las expresiones definidas tienen los significados asignados a ellas *siempre que aparecen.*

22. [20] Como suele pretenderse que una definición sea aplicable a todo el acuerdo o contrato, puede incluirse en el documento principal una lista de las definiciones. Pero cuando una expresión que requiere una definición se utiliza sólo en una determinada cláusula o sección del acuerdo o contrato, tal vez sea más conveniente incluir la definición en la cláusula o sección de que se trate.

23. [21] Algunas expresiones que las partes tal vez deseen definir son, por ejemplo, "acuerdo de comercio compensatorio", "escrito", "envío de la notificación" y "entrega de la notificación". Puede que las partes deseen tener presentes los ejemplos siguientes:

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

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

Envío de la notificación. Se produce el "envío de la notificación" por una de las partes cuando se dirige y envía como es debido a la entidad competente para que la transmita en el modo autorizado por el contrato.

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

24. [22] Puede que las partes consideren útil, cuando formulen sus propias definiciones, examinar las descripciones que contiene la presente guía de los distintos conceptos que suelen utilizarse en las operaciones de comercio compensatorio. Esas descripciones pueden encontrarse en el índice de la presente guía.

[A/CN.9/362/Add.6]

VI. TIPO, CALIDAD Y CUANTÍA DE LOS BIENES

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-2
B. Tipo de bienes	3-23
1. Observaciones generales	3-6
2. Lista de bienes intercambiables	7-14
3. Servicios	15
4. Tecnología	16-23
C. Calidad de los bienes	24-32
1. Especificación de la calidad	25-28
2. Control precontractual de la calidad	29-32
a) Designación del inspector	30
b) Procedimientos de inspección	31
c) Efectos del dictamen del inspector	32
D. Cantidad de bienes	33-39
E. Modificación de las cláusulas referentes al tipo, la calidad y la cuantía de los bienes	40-41

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo VI es una revisión del proyecto de capítulo V ("Tipo, calidad y cantidad de las mercaderías") publicado en el documento A/CN.9/332/Add.4. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo advierte de que se trata de un párrafo nuevo o se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/332/Add.4. Las correcciones introducidas en los párrafos del documento A/CN.9/332/Add.4 van en bastardilla. Mediante un asterisco se indican los lugares donde se han efectuado supresiones sin añadir nuevo texto.]

A. Observaciones generales

1. [*párrafo nuevo*] Como se indica en el párrafo 2 del capítulo II, las consideraciones que se hacen en la guía jurídica respecto de las operaciones con "bienes" son en general aplicables a las operaciones con servicios y tecnología. Donde se tuvo por necesario, el presente capítulo se refiere en particular a determinadas cuestiones relacionadas con los servicios y la tecnología.

2. [1] En el acuerdo de comercio compensatorio las partes podrán especificar o no el tipo de bienes objeto del futuro contrato de suministro, y de hacerlo, tal vez se limiten a señalar ciertas categorías generales de bienes. Cuanto más preciso sea el acuerdo de comercio compensatorio con respecto al tipo de bienes, mayor será la posibilidad de estipular en él la cantidad y la calidad de los bienes. La precisión en cuanto al tipo, la calidad y la cantidad de los bienes hará más probable la celebración del contrato de suministro planeado. Aun cuando en el acuerdo de comercio compensatorio se especifique el tipo de bienes intercambiables, se aplaza a veces la determinación exacta de su cantidad y calidad por no conocerse aún plenamente las condiciones en que las partes desean basar su decisión respecto de esa cantidad y calidad*.

B. Tipo de bienes

1. Observaciones generales

3. [2] Diversas consideraciones pueden influir en la selección del tipo de bienes. El proveedor preferirá suministrar bienes que sean fáciles de suministrar o que desee introducir en un nuevo mercado, mientras que el comprador deseará adquirir bienes que sean necesarios o que puedan revenderse fácilmente. La libertad de las partes para acordar el tipo de bienes que se suministrarán en una dirección u otra puede verse afectada por los reglamentos nacionales *que rijan concretamente los tipos de bienes que puedan ser objeto de operaciones de comercio compensatorio*. Por ejemplo, en algunos países estos reglamentos prohíben que ciertos tipos de bienes sean objeto de compra en una operación de comercio compensatorio, si su precio no *se ingresa en moneda extranjera en la cuenta del exportador**. En esos reglamentos tal vez se autorice la importación de ciertos tipos de bienes sólo si el exportador acepta comprar otros bienes a cambio.

4. [3] La elección por las partes del tipo de bienes pudiera estar también restringida por algún reglamento nacional que exija que los bienes intercambiados provengan del país o de una determinada región de éste o que se compren a cierto sector económico o grupo de proveedores. Esas restricciones de origen y procedencia serán más problables cuando la parte que solicite un compromiso de compensación sea una entidad oficial*. Las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a las restricciones de origen y procedencia se examinan en los párrafos 26 a 28 del capítulo IV ("Compromiso de compensación") y en los párrafos ____ a ____ del capítulo VIII ("Participación de terceros"). *Además de los reglamentos expresamente referidos al comercio compensatorio que se han mencionado en los dos párrafos anteriores, pudiera haber restricciones aplicables en general a las exportaciones o importaciones de bienes que limiten la libertad de las partes para seleccionar los tipos de bienes que hayan de ser objeto de la operación de comercio compensatorio.*

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

6. [*párrafo nuevo*] Si estando ya acordado el tipo de bienes entre las partes se impone una restricción reglamentaria sobre la exportación o importación de ese tipo de bienes, las partes se verían en la imposibilidad de cumplir el compromiso de compensación o algún contrato de suministro. Este tipo de impedimentos puede verse estudiado en los párrafos ____ del capítulo XIII ("Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio").

2. Lista de bienes intercambiables

7. [4] Si las partes celebran un acuerdo de comercio compensatorio sin determinar el tipo de bienes, tal vez deseen incluir en el acuerdo una lista de bienes intercambiables, cuya compra contaría para el cumplimiento del compromiso de compensación. Si el acuerdo de comercio compensatorio se pacta antes de los contratos de suministro que rijan las entregas en ambas direcciones (capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos 20 y 21), tal vez se hagan dos listas, una para cada dirección. La lista de productos podrá adjuntarse al acuerdo de comercio compensatorio en el momento de la firma o estipularse posteriormente.

8. [5] El acuerdo de comercio compensatorio debería precisar la naturaleza y el alcance del compromiso contraído por las partes con respecto a la lista de bienes intercambiables. De haberse comprometido el proveedor a suministrar todos los tipos de bienes que figuren en esa lista, el comprador podrá elegir cualquiera de los distintos tipos de bienes enunciados en la lista, salvo que el acuerdo de comercio compensatorio haya impuesto alguna restricción a la elección del comprador. Por ejemplo, puede haberse fijado un

límite al número de tipos de bienes adquiribles o un tope máximo o mínimo para la compra de ciertos tipos de bienes.

9. [6] De haber limitado el proveedor su compromiso en cuanto a la disponibilidad de bienes a ciertos tipos de bienes especificados en la lista, el comprador habría de optar entre los bienes que se hayan declarado disponibles en el acuerdo de comercio compensatorio. La posibilidad de comprar algún otro tipo de bienes, cuya disponibilidad no esté asegurada, podría ser objeto de ulterior negociación.

10. [7] Puede convenirse en que el compromiso del comprador se reducirá en la medida en que el proveedor no suministre los tipos de bienes declarados disponibles en el acuerdo de comercio compensatorio (véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos ____). Además, el compromiso del proveedor de suministrar los bienes que figuran en una lista podrá respaldarse con una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal (véase el capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales") o con una garantía (capítulo XII, "Garantía de cumplimiento").

11. [8] Si el proveedor no asume compromiso alguno en cuanto a la disponibilidad de un tipo determinado de bienes que figure en la lista, los tipos de bienes efectivamente disponibles serían determinados en subsiguientes negociaciones. De no suministrar el proveedor ninguno de los bienes que figuren en la lista, el comprador no sería tenido por responsable del incumplimiento del compromiso de compensación (véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos ____).

12. [9] Las partes tal vez deseen estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el comprador deberá presentar, dentro de un plazo señalado, las especificaciones necesarias para determinar con exactitud los bienes que necesite, a fin de que el proveedor pueda hacer una oferta que corresponda a las necesidades del comprador. En el acuerdo de comercio compensatorio podrá indicarse que esas especificaciones serán presentadas por un tercero (por ejemplo, una entidad comercial encargada de la compra de los bienes o el propio usuario final).

13. [10] Como los acuerdos de comercio compensatorio suelen celebrarse para promover nuevas exportaciones o nuevos mercados para las exportaciones existentes, la selección de los bienes intercambiables tal vez se condicione a que esos bienes no sean una exportación tradicional del proveedor o, de serlo, a que vayan a ser revendidos en un nuevo mercado. Cuando el comprador haya comprado ya bienes al proveedor o tenga algún compromiso previo de comprárselos, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que se ha de comprar algún nuevo tipo de bienes y un volumen superior a lo establecido para que la operación pueda ser computada como de cumplimiento (véanse también los párrafos 5 y 6 del *capítulo IV* relativos a la "adicionalidad" como factor determinante *del alcance del compromiso de compensación*). Es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio defina los requisitos que han de cumplir los productos o mercados para ser tenidos por nuevos, especificando qué productos y mercados serán considerados como nuevos o cuáles no.

14. [11] Tal vez convenga establecer en el acuerdo de comercio compensatorio un procedimiento para adoptar decisiones sobre el tipo de bienes intercambiables, sobre todo si la operación ha de ser a largo plazo o si han de intervenir muchas partes. Por ejemplo, las partes tal vez deseen formar un comité mixto que se reúna periódicamente para determinar los bienes intercambiables y supervisar el cumplimiento del compromiso de compensación. Deberán coordinarse los procedimientos que se establezcan para determinar los bienes intercambiables con los plazos del calendario de cumplimiento (véase el capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafos 17 a 20; para un examen general de la negociación, véase el capítulo IV, párrafos *56 a 60*). Ese comité mixto podría servir también para fijar los precios de los bienes (véase el capítulo VII, "Fijación del precio de los bienes", párrafo ____).

3. Servicios

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

4. Tecnología

16. [*párrafo nuevo*] Las operaciones de comercio compensatorio pueden consistir en la transferencia de procedimientos tecnológicos necesarios para la fabricación de productos o en la transferencia de conocimientos y técnicas necesarios para utilizar un determinado equipo industrial. La comunicación de estos procedimientos, conocimientos y técnicas suele denominarse transferencia de tecnología. Cuando se ha

previsto la transferencia de tecnología en una operación de comercio compensatorio, esta operación suele formar parte del contrato de exportación, es decir, del contrato concertado al comienzo de la operación de comercio compensatorio junto con el acuerdo de comercio compensatorio en el que se estipula la ulterior concertación de un contrato de exportación compensatoria. Por ejemplo, los contratos de exportación en operaciones de compensación industrial o de contrapartida indirecta incluyen la transferencia de tecnología. No obstante, en algunas operaciones de comercio compensatorio el acuerdo de comercio compensatorio prevé la transferencia de tecnología en relación con un contrato de suministro aún por celebrar.

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

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

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

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

21. [*párrafo nuevo*] El grado en que podrá imponerse al comprador la obligación de confidencialidad mediante cláu-

sulas contractuales pudiera estar regulado por normas de derecho imperativo. Tales cláusulas contractuales deberán contener, entre otras cosas, una especificación clara de los conocimientos o datos de fabricación que deban mantenerse confidenciales, la duración de la confidencialidad y los casos en que sea posible revelarlo (por ejemplo, tal vez se permita revelar estos conocimientos en determinadas circunstancias o a determinadas personas). Las partes tal vez deseen estipular en el contrato que, de pasar a ser del dominio público los conocimientos confidenciales, cesaría la obligación de confidencialidad y el pago de derechos de licencia. Asimismo, las partes tal vez deseen estipular que, por ejemplo, la persona contratada por el comprador para asesorarle en relación con el contrato de suministro tenga acceso a los conocimientos de fabricación en la medida en que sea necesario para el ejercicio de sus funciones de asesoramiento. Tal vez deseen también estipular que si se pone fin al acuerdo de comercio compensatorio o al contrato de suministro a causa de un incumplimiento por parte del proveedor, y si el comprador desea lograr el objetivo fijado en el contrato de suministro contratando a otro proveedor, el comprador podrá revelar al otro proveedor aquella parte de los conocimientos confidenciales que sea necesaria para lograr ese objetivo. No obstante, podrá obligarse al comprador a que no comunique a su asesor, o al otro proveedor, ningún conocimiento de fabricación, sin haber antes obtenido de ellos el compromiso de no revelarlo a terceros.

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

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

[1]La negociación y redacción de contratos para la concesión de licencias de propiedad industrial y el suministro de *know-how* se examinan en detalle en el documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual titulado *Guía de licencias para los países en desarrollo* (publicación de la OMPI No. 620 *e)*, 1977). Las principales cuestiones que deben tenerse en cuenta al negociar y redactar este tipo de contratos figuran en las *Pautas para la evaluación de acuerdos de transferencia de tecnología*, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Serie "Desarrollo y transferencia de tecnología", No. 12 (ID/233, 1979), y en la *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.70.II.E.15). Otras publicaciones pertinentes que cabe citar son el *Manual de adquisición de tecnología por los países en desarrollo* (UNCTAD/TT/AS/5, 1978) y la *Guide to Guarantee and Warranty Provisions in Transfer-of-Technology Transactions*, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (preparada conjuntamente por las secretarías de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial y del Centro Internacional para Empresas Públicas de Países en Desarrollo) (ID/355, 1989). Actualmente, la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial está preparando un manual sobre transferencia de tecnología.

C. Calidad de los bienes

24. [12] La cuestión de la calidad de los bienes intercambiables suscita dos grandes cuestiones que las partes tal vez deseen tener en cuenta en el acuerdo de comercio compensatorio. En primer lugar, la especificación del nivel de calidad que esos bienes deberán satisfacer; en segundo, el establecimiento de procedimientos para comprobar, antes de celebrar un contrato de suministro, que los bienes ofrecidos cumplan los requisitos de calidad estipulados (inspección precontractual). Un acuerdo sobre estos dos aspectos de la determinación de la calidad puede ayudar a las partes a evitar discrepancias sobre sí, por ejemplo, la parte que tiene el compromiso de comprar bienes a título compensatorio está o no obligada a comprar determinados bienes ofrecidos por el proveedor o si el precio al que se ofrecen estos bienes corresponde verdaderamente a su valor.

1. Especificación de la calidad

25. [13] Si en el acuerdo de comercio compensatorio no se ha especificado el tipo de bienes, o si ese tipo sólo ha sido definido por referencia a ciertas categorías generales de bienes, no podrá tampoco hacerse una descripción detallada de su calidad. En tales casos, las partes tan sólo podrán enunciar los requisitos de calidad en términos generales como "de primera calidad", "de calidad exportable" o "de calidad comercial". Cuando se especifique el tipo de bienes, será conveniente también que se especifique la calidad con la mayor precisión posible. *Si los bienes son productos básicos o semimanufacturados con niveles normalizados de calidad (por ejemplo, alambre, láminas de acero o productos petroquímicos), puede bastar con enunciar algún criterio general de calidad o algún descriptor de un determinado grado de calidad. En el caso de los productos manufacturados, convendrá definir la calidad de forma más específica, por ejemplo, haciendo referencia a una norma de calidad, a los fines para los que los bienes habrán de resultar aptos, al envasado, o a requisitos de seguridad y ambientales.*

26. [*párrafo nuevo*] Conviene señalar que la calidad de los bienes puede estar sujeta a normas de diversos tipos. Pueden existir reglamentos imperativos que prescriban que los bienes han de satisfacer determinadas normas mensurables de calidad. Además, el nivel de calidad que habrán de alcanzar los bienes tal vez venga fijado por los usos comerciales en un determinado mercado o sector industrial. Hasta las mismas decisiones jurisprudenciales pueden fijar también normas de calidad, por ejemplo, cuando el productor de un producto sea declarado responsable de los perjuicios causados al usuario del producto porque, en opinión del tribunal, el diseño del producto no ofrecía seguridad. Pero también pueden existir normas o recomendaciones de calidad no imperativas adoptadas por entidades como asociaciones comerciales, cámaras de comercio o asociaciones de usuarios o de consumidores. Pueden establecer normas no imperativas hasta los propios organismos gubernamentales que se encargan de formular y de actualizar las normas de calidad para los productos y servicios comerciales. Las normas de calidad dimanantes de todas estas fuentes pueden diferir según los países o mercados. Concretamente, pueden existir diferencias fundamentales con respecto a los bienes o servi-

cios destinados al consumidor. A fin de evitar divergencias, sería conveniente especificar en el acuerdo de comercio compensatorio las normas que deberán satisfacer los bienes intercambiados y si una norma de calidad puede tener diversas versiones o interpretaciones, convendría vincularla a la de determinado país o mercado.

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

28. [14] En el acuerdo de comercio compensatorio las partes quizá deseen prever, *por ejemplo, antes de la celebración del contrato de suministro*, los remedios disponibles al comprador en el evento de que los bienes entregados a tenor de los contratos de suministro celebrados en el marco de ese acuerdo no cumplan los requisitos de calidad estipulados en el acuerdo de comercio compensatorio o en *ese* contrato de suministro particular. Al incluir este tipo de cláusulas en el acuerdo de comercio compensatorio, las partes evitarían tener que negociar, cada vez que se celebre un contrato de suministro, la cuestión de las acciones ejercitables por el comprador.

2. Control precontractual de la calidad

29. [15] Esta sección analiza el control precontractual de la calidad, es decir, el que efectúa antes de celebrar un contrato de suministro la parte obligada a comprar para determinar si los bienes ofrecidos se ajustan a las normas de calidad fijadas en el acuerdo de comercio compensatorio. *Si se prevén varios envíos de bienes, las partes podrán acordar que el control precontractual de la calidad se efectúe sobre todos los bienes que sean objeto de futuros contratos de suministro o sólo sobre algunas partidas de dichos bienes.* Gracias al control precontractual de la calidad *es menos probable que*, después de celebrado un contrato de suministro, se descubra que los bienes no reúnen los requisitos de calidad convenidos. *Cabe señalar que en el mismo contrato de suministro puede preverse una inspección de calidad antes de que el proveedor expida los bienes ("inspección previa al envío"). Esta inspección previa al envío, que guarda relación con el cumplimiento de un contrato de suministro ya celebrado, no es un elemento que sea peculiar al comercio compensatorio y, por lo tanto, no se ha tratado en la guía jurídica.*

a) *Designación del inspector*

30. [16] El control precontractual de la calidad podrá hacerlo un inspector designado por la parte obligada a comprar o por ambas partes conjuntamente. Cuando el inspector vaya a ser designado conjuntamente, las partes tal vez deseen fijar criterios para la selección de ese inspector en el acuerdo de comercio compensatorio. Cuando se haya especificado el tipo de bienes, las partes *estarán* en mejores condiciones para nombrar al inspector, pues *sabrán* qué tipo de conocimientos técnicos *ha* de poseer.

b) *Procedimientos de inspección*

31. [17] *Es aconsejable que las* partes convengan en diversos aspectos del procedimiento de inspección en sí, a saber: el lugar y la fecha de la inspección; *el marco temporal de la inspección; la forma en que se notificarán a las partes los resultados de la inspección*; el mandato de un inspector designado conjuntamente; en el caso de un inspector designado por el comprador, la decisión de si se habrá de comunicar al proveedor el mandato del inspector; el deber de confidencialidad del inspector; los plazos para la presentación del dictamen del inspector; la estipulación de que todo dictamen de no conformidad de los bienes esté debidamente motivado; el saber si para determinados bienes bastarán los procedimientos de muestreo y de prueba habituales o si se requerirán procedimientos de inspección especiales; la previsión de inspecciones o pruebas adicionales para el supuesto de que se impugne el resultado de una inspección (podrá acordarse, por ejemplo, que una parte pueda solicitar una nueva inspección por un segundo inspector, *que en aras de una solución rápida la segunda inspección se lleve a cabo en un breve plazo, que a tal efecto se contrate a un árbitro experimentado e independiente*, y que esta segunda inspección sea decisiva), y el costo de la inspección.

c) *Efectos del dictamen del inspector*

32. [18] Podrá acordarse que el dictamen del inspector tendrá el valor de un parecer autorizado que servirá de base a las partes para decidir las medidas a adoptar. Otra posibilidad sería la de convenir en que el dictamen del inspector sobre la calidad de los bienes afecte directamente a la relación contractual entre las partes. Por ejemplo, podría acordarse que si el inspector dictamina que los bienes cumplen los requisitos de calidad estipulados en el acuerdo de comercio compensatorio, *y si las partes han llegado a un acuerdo sobre las condiciones esenciales de un contrato de suministro, se tenga por concertado el* contrato de suministro *entre las partes.* Si el dictamen fuera negativo, se consideraría como no aceptada la oferta del proveedor de celebrar un contrato de suministro, por lo que el rechazo de los bienes no constituiría incumplimiento del compromiso de compensación. *Las partes tal vez convengan en que un dictamen negativo y el consiguiente rechazo de los bienes no alterarán el alcance del compromiso de compensación. Otra posibilidad consistiría en acordar que de emitirse un dictamen negativo, o en caso de rechazarse dos ofertas consecutivas de bienes del mismo tipo a causa de un dictamen negativo, la parte obligada a comprar quedaría exenta del compromiso de compensación hasta un valor equivalente al de los bienes rechazados (véase también el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio, párrafo [6]).* Si el acuerdo de comercio compensatorio previera distintos niveles de calidad, podría acordarse utilizar el dictamen del inspector respecto de la calidad en una fórmula para determinar el precio de los bienes.

D. Cantidad de bienes

33. [19] Si el compromiso de compensación se refiere a bienes de un determinado tipo, la cantidad de bienes que habrá de comprarse podrá estipularse en el acuerdo de comercio compensatorio o determinarse cuando se celebren los contratos de suministro*. Si las partes expresan el compromiso de compensación en términos monetarios más que cuantitativos, tal vez prefieran aplazar la determinación de la cantidad de bienes hasta que se celebre el contrato de suministro. Ese aplazamiento permitiría tener en cuenta las fluctuaciones del precio unitario de los bienes. Un aumento del precio unitario significaría una reducción de la cantidad de bienes que habría que comprar, y viceversa. Si el compromiso de compensación se expresa en términos del número de unidades que habrá de comprarse, las partes quizá deseen estipular una cantidad monetaria mínima que obligara a compensar cualquier disminución del precio unitario con la compra de unidades adicionales.

34. [20] Si el acuerdo de comercio compensatorio prevé varios tipos posibles de bienes, la determinación de la cantidad de bienes de cada tipo que deberá comprarse podrá aplazarse hasta que se celebren los contratos de suministro. El valor total de las compras habría de ajustarse a la cifra fijada como compromiso en el acuerdo de comercio compensatorio. En el acuerdo de comercio compensatorio podrá especificarse un porcentaje mínimo, y también máximo, del compromiso de compensación que podrá cumplirse con la compra de cada tipo de bienes.

35. [21] Si las partes no están en situación de determinar la cantidad en el acuerdo de comercio compensatorio, tal vez convenga fijar en éste un plazo para convenir dicha cantidad. Las partes podrán remitirse a una fecha concreta (por ejemplo, 30 días antes del término de un subperíodo del período de cumplimiento) o un acontecimiento en el contrato en la otra dirección (por ejemplo, en una operación de compensación industrial podrá acordarse que la cantidad se determinará al entrar en funcionamiento la planta suministrada en virtud del contrato de exportación).

36. [22] Podrá acordarse igualmente que, en momentos especificados del período de cumplimiento del compromiso de compensación, la parte obligada a comprar deba comunicar una estimación de las cantidades de bienes que espera comprar en el período subsiguiente. Análogamente, la parte obligada a suministrar bienes podrá comprometerse a enviar periódicamente una estimación de la cantidad de bienes que espera suministrar. Las partes tal vez deseen convenir en un margen de divergencia tolerado entre las cantidades estimadas y las cantidades efectivamente compradas o suministradas.

37. [23] Cuando el importe abonado por el contrato de exportación vaya a ser utilizado para pagar el contrato de exportación compensatoria, es aconsejable que las partes se aseguren de que la cantidad comprada en virtud del contrato de exportación sea tal que el importe del contrato de exportación cubrirá el pago del contrato de exportación compensatoria. Los mecanismos de pago utilizados en esos casos se examinan en el capítulo IX.

38. [24] Si las partes prevén la posibilidad de comprar cantidades superiores a las estipuladas en el acuerdo de comercio compensatorio, quizá deseen prever si conviene dar alguna preferencia a los pedidos adicionales del comprador con respecto a los de otros compradores potenciales. Una cuestión conexa sería la de determinar si las cantidades adicionales se suministrarán en iguales condiciones que las cantidades inicialmente previstas en el acuerdo de comercio compensatorio.

39. [25] Las partes podrán dejar que la cantidad de bienes se determine en función de las necesidades del comprador. En tales casos, las partes tal vez deseen considerar si el proveedor ha de ser la única fuente de suministro de esos bienes para el comprador y si la cuantía comprada ha de situarse en el interior de unos márgenes especificados en el acuerdo de comercio compensatorio. La cantidad de bienes también podrá determinarse en función de la producción de un determinado producto por el proveedor. Este enfoque puede utilizarse, por ejemplo, en una operación de compensación industrial. Las partes tal vez deseen estipular, también en este caso, que las compras habrán de situarse en el interior de unos márgenes fijados en el acuerdo de comercio compensatorio.

[*Dos párrafos sobre la cuestión de la "adicionalidad", que figuraban en el anterior proyecto de capítulo "Tipo, calidad y cantidad de las mercaderías" (A/CN.9/332/Add.4, párrafos 26 y 27), fueron trasladados al capítulo IV, "Compromiso de compensación" (párrafos 5 y 6 del documento A/CN.9/362/Add.4).*]

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

40. [28] Pudiera ser necesario revisar las cláusulas referentes al tipo, la calidad y la cuantía de los bienes por no disponerse de los bienes especificados en el acuerdo de comercio compensatorio, por el deseo de agregar otros productos a la lista, por haberse producido algún cambio en las condiciones comerciales de la operación o por haber cambiado los objetivos comerciales de las partes o las reglamentaciones que rijan los bienes seleccionables para la operación compensatoria. Podría acordarse, sobre todo en operaciones a largo plazo, que las partes revisaran las cláusulas referentes al tipo, la calidad y la cuantía de los bienes a intervalos periódicos o a raíz de ciertos cambios de circunstancias indicados en el acuerdo de comercio compensatorio (por ejemplo, una modificación del precio de los bienes, que rebasara un determinado umbral). La revisión podría efectuarse en el marco de un mecanismo de supervisión y coordinación del cumplimiento del compromiso de compensación (véase el *capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafos 61 a 74).*

41. [29] Para evitar un procedimiento de modificación, las partes tal vez deseen estipular que en ciertas condiciones cabría anotar en el "crédito de cumplimiento" la compra de bienes, distintos de los convenidos en el acuerdo de comercio compensatorio o de los que figuran en la lista de bienes intercambiables. Por ejemplo, cabría exigir que esas compras satisfagan algún criterio de adicionalidad (*capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafos 5 y 6*), o estipularse que se contabilizaran como crédito de cumplimiento pero con arreglo a una tasa reducida (para un examen más detallado de las cláusulas que autorizan a contabilizar las compras no conformes como partidas del crédito de cumplimiento del compromiso de compensación, véase el *capítulo IV, párrafo 30).*

[A/CN.9/362/Add.7]

VII. FIJACIÓN DEL PRECIO DE LOS BIENES

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-6
B. Moneda del precio	7-10
C. Fijación del precio después de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio	11-27
1. Normas de referencia	11-20
a) Precios del mercado para bienes o servicios de calidad normalizada	13
b) Costo de producción	14
c) Precios del competidor	15-18
d) Cláusula del cliente más favorecido	19
e) Aplicación de más de una norma de referencia	20
2. Negociación	21-24
3. Fijación del precio por un tercero	25-26
4. Fijación del precio por una de las partes	27
D. Fijación del precio de los servicios	28-31
E. Fijación del precio por transferencia de tecnología	32-38
F. Revisión del precio	39-52
1. Nueva aplicación de la cláusula relativa al precio	44
2. Cláusulas de indización	45-47
3. Fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda de pago en relación con otras monedas	48-52
a) Cláusula monetaria	48-50
b) Cláusula de la unidad de cuenta	51-52

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo VII es una revisión del proyecto de capítulo VI, "Fijación del precio de los bienes", publicado en el documento A/CN.9/332/Add.5. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/332/Add.5 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las correcciones introducidas en los párrafos del documento A/CN.9/332/Add.5 van en bastardilla.]

A. Observaciones generales

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

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

3. [3] En una operación de trueque tal vez no sea necesario incluir una disposición relativa al precio, porque los bienes expedidos en una dirección constituyen el pago de los bienes expedidos en la otra. No obstante, pueden plantearse cuestiones relativas a la fijación del precio en este tipo de operaciones si las partes deciden calcular el valor relativo de sus envíos en términos monetarios, en lugar de hacerlo simple-

mente en términos de volumen y calidad, o si los envíos tienen distintos valores y la diferencia ha de compensarse en dinero. La fijación del precio será también necesaria cuando las reglamentaciones aduaneras requieran que los bienes que ingresan al país indiquen un valor monetario.

4. [4] Al fijar el precio de los bienes objeto de comercio compensatorio conviene que las partes aclaren si el precio incluye o no costos accesorios al costo de los bienes por sí solos, por ejemplo, transporte o seguro, pruebas, o derechos aduaneros e impuestos. Algunos de los componentes del precio pueden ser precisados mediante el recurso a cláusulas comerciales adecuadas, como las definidas en las *INCOTERMS 1990* de la Cámara de Comercio Internacional.

5. [5] Es posible que las partes deseen estipular el momento en que ha de calcularse el precio, sobre todo cuando se trata de bienes cuyo precio podría fluctuar. Cuando la operación de comercio compensatorio versa sobre un solo envío o varios envíos dentro de un plazo relativamente breve, y el precio ha de determinarse solamente una vez, podría convenirse en una fecha determinada. En algunos casos, el mecanismo de fijación del precio puede ponerse en marcha cuando se produce determinado acontecimiento tal como la puesta en funcionamiento de una planta en virtud de una operación de compensación industrial o la presentación de un pedido. Cuando se distribuyen múltiples envíos en un período de tiempo más prolongado, podrían convenirse varias fechas para la determinación del precio, o bien, el acuerdo de comercio compensatorio podría prever un mecanismo para la revisión del precio inicial.

6. [6] Las partes deben tener presente que es posible que haya alguna reglamentación imperativa que afecte el nivel al que puede fijarse el precio. Por ejemplo, si se fija el precio a un nivel bajo en relación con el precio del mercado, los bienes podrán ser sometidos a *derechos* de importación con el fin de evitar la competencia desleal.

B. Moneda del precio

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

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

9. [9] En el acuerdo de comercio compensatorio se podría expresar el precio en una moneda que las partes consideren estable o en una unidad de cuenta que no sea una moneda nacional, pero estipular que el pago se efectuará en otra moneda. La aplicación de un criterio semejante puede tener efectos análogos a los de una cláusula del tipo de cambio (véanse los *párrafos 48 a 50 infra*), y las restricciones que imponga la ley aplicable con respecto a este tipo de cláusulas se aplicarían también a esas disposiciones contractuales. Si se adopta este criterio, es aconsejable estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el tipo de cambio será el tipo vigente en determinado lugar y en determinada fecha.

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

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

1. Normas de referencia

11. [11] El acuerdo de comercio compensatorio puede prever la determinación del precio a través de la aplicación de una norma de referencia (véase el capítulo *IV, "Compromiso de compensación", párrafo 44*). Ese método permite estipular un precio en el momento de la celebración del contrato de suministro de manera objetiva, sin que influya la voluntad de las partes.

12. [12] Tal vez las partes deseen incluir un procedimiento que se aplicaría en caso de que la norma de referencia que seleccionen resulte inaplicable (por ejemplo, porque no pueda conocerse el precio del mercado según lo previsto). Por ejemplo, tal vez las partes deseen estipular que el precio ha de fijarse mediante otra norma de referencia alternativa o que ha de ser determinado por un tercero.

a) *Precios del mercado para bienes o servicios de calidad normalizada* [título modificado]

13. [13] Cuando los bienes identificados en el acuerdo de comercio compensatorio sean productos básicos o productos semiacabados (por ejemplo, granos, aceite, metales, lanas) cuyos precios se anuncian regularmente, las partes pueden convenir en vincular el precio de los bienes intercambiables

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

b) *Costo de producción*

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

c) *Precios del competidor*

15. [15] El precio puede fijarse sobre la base del precio cobrado por determinado competidor que produzca el mismo tipo de bienes que aquellos que serán entregados conforme al contrato de suministro. Si el acuerdo de comercio compensatorio no identifica al competidor, puede establecer criterios para la selección de un competidor (por ejemplo, criterios geográficos o criterios relacionados con el volumen de la producción del mismo tipo de bienes). Dado que el competidor podría vender un producto a distintos precios en distintas regiones geográficas y mercados, convendría que el acuerdo identificara el mercado al que se hará referencia. La cláusula relativa al precio podría también indicar de qué manera se obtendrá la información sobre el precio y la fecha en la que se determinará el precio del competidor. Además, las partes pueden convenir en excluir especialmente precios con descuentos que se cobren a determinados clientes (precios preferenciales). Por ejemplo, la norma podría excluir los precios que se cobran por los bienes cuando éstos son adquiridos por organizaciones de socorro para catástrofes o por los empleados del proveedor.

16. [16] Tal vez no pueda aplicarse el precio del competidor sin reajustarlo en los casos en que se basa en una cantidad considerablemente superior o inferior a la cantidad que se pretende adquirir conforme al acuerdo de comercio compensatorio. El precio del competidor tal vez tampoco resulte conveniente cuando los bienes sean de una calidad diferente, o en los casos en que ese precio se base en condiciones de pago (por ejemplo, pago diferido) que no ofrezca el proveedor de los bienes intercambiables, o si el importe correspondiente a los costos de transporte o seguro y los gravámenes públicos incluidos en el precio del competidor se diferencia del importe que ha de incluirse en el precio de los bienes referidos. Por consiguiente, convendría estipular que la norma debe tener en cuenta solamente precios para envíos que sean comparables en cuanto a cantidad, calidad, condiciones de entrega y pago con el futuro contrato de suministro, o que los importes mencionados deban añadirse o deducirse del precio del competidor a fin de compensar esas diferencias.

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

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

d) *Cláusula del cliente más favorecido*

19. [19] Podría convenirse en que el precio de los bienes objeto de comercio compensatorio se basará en el precio más bajo por el que el proveedor suministra bienes del mismo tipo a otros clientes. En algunos casos, las partes pueden restringir la cláusula a determinada categoría de clientes (por ejemplo, clientes de determinado país o clientes identificados en el acuerdo de comercio compensatorio). Puede que las partes deseen indicar los medios que utilizarán para identificar al cliente más favorecido. Por ejemplo, podría exigirse al proveedor que proporcione determinado tipo de información que indique los precios que cobra a otros clientes. También convendría cerciorarse de que el precio al cliente más favorecido sea aplicable a los envíos que se efectúen de conformidad con el acuerdo de comercio compensatorio

(véase el párrafo 16 *supra*). Tal vez las partes deseen indicar la fecha en la que ha de determinarse el precio al cliente más favorecido. Además, es posible que deseen especificar los precios especialmente rebajados (precios preferenciales) que ofrezca el proveedor a determinados clientes y que no deban tenerse en cuenta (véase el párrafo 15 *supra*). El ámbito de aplicación de la cláusula al cliente más favorecido puede ampliarse estipulando que el precio se fijará según el precio más bajo que cobre el proveedor u otros determinados proveedores del mismo tipo de bienes.

e) *Aplicación de más de una norma de referencia*

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

2. *Negociación*

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

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

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

24. [24] Una directriz relativa a las negociaciones también podría asumir la forma de una declaración en el sentido de que el precio de los bienes ha de ser "competitivo", "razonable", o del "mercado mundial". Una cláusula de ese tipo puede resultar aceptable cuando los bienes son de una calidad normalizada. La directriz podría ser más precisa si especificara, por ejemplo, si el precio ha de basarse solamente en precios pagados al proveedor por otros compradores o si ha de basarse también en los precios que cobran otros proveedores, el período al que las partes deben referirse cuando determinan lo que entienden por precio "competitivo", "razonable" o del "mercado mundial", y, si hay diferencias de precios entre distintos mercados, cuáles serán los mercados, tipos de compradores o territorios geográficos a los que se hará referencia.

3. *Fijación del precio por un tercero*

25. [25] Algunas veces las partes estipulan que el precio ha de ser fijado por un tercero independiente (por ejemplo, un especialista de mercados para los bienes de que se trata). En el capítulo *IV, "Compromiso de compensación"*, párrafos *47 a 54*, se examina la determinación por terceros de cláusulas contractuales. Un criterio de ese tipo *podría aplicarse en combinación con una cláusula sobre fijación de precios mediante negociación, de suerte que la determinación del precio se confiase al arbitrio de un tercero en el caso de que las partes no lograran ponerse de acuerdo en la negociación de un precio.*

26. [26] El acuerdo de comercio compensatorio *deberá* delimitar el mandato del tercero mediante directrices como las que se examinan con respecto a la negociación (párrafos *21 a 24 supra*). Quizá las partes deseen fijar fechas límites para la remisión del asunto a un tercero, de modo que el precio pueda fijarse a tiempo para que los contratos se celebren en la forma prevista.

4. *Fijación del precio por una de las partes*

27. [27] Algunas veces se conviene en que el precio será fijado por una de las partes en el acuerdo de comercio compensatorio. *Al aceptar una solución de este tipo es aconsejable la máxima cautela, ya que deja la determinación del precio al albedrío de una persona interesada en el resultado de dicha determinación. En muchos sistemas jurídicos, un acuerdo de este tipo no tiene fuerza obligatoria. (Para más detalles, véase el capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafos 55 y 56.)*

D. Fijación del precio de los servicios

28. [*párrafo nuevo*] Cuando en el acuerdo de comercio compensatorio las partes designan un servicio como objeto del futuro contrato de suministro (por ejemplo, mantenimiento, reparación, transporte, servicios de construcción), es aconsejable que, en la medida de lo posible, dejen bien resueltas en el acuerdo de comercio compensatorio determinadas cuestiones relativas al precio de los servicios. De esta manera, las partes facilitarán las negociaciones para la concertación del contrato de suministro previsto.

29. [*párrafo nuevo*] En la fijación del precio de los servicios cabe emplear varios métodos distintos. Uno de ellos consiste en ponerse de acuerdo sobre tasas unitarias, es decir, una tasa por cada unidad de la actividad laboral correspondiente. Las unidades pueden ser, por ejemplo, unidades cuantitativas del resultado (por ejemplo, un metro cuadrado de pintura, un kilómetro de transporte de mercancías, un metro cúbico de material excavado, una hora de trabajo). Este método puede resultar adecuado cuando los servicios en cuestión son de carácter rutinario o cuando la cantidad de los servicios que se precisan no puede preverse con exactitud en el momento de llegar al acuerdo de comercio compensatorio. Si no se establece ninguna cláusula de revisión del precio unitario para el caso de que sobrevengan cambios en los costos unitarios, el riesgo de aumento en los costos y los beneficios que dimanen de las reducciones en los mismos se dividirán entre las partes. El proveedor corre con el riesgo de un aumento en los costos de los materiales y la mano de obra para cada unidad u obtiene el beneficio de una reducción en dichos costos.

30. [*párrafo nuevo*] Otro método consiste en formular el precio como una suma global a pagar por el servicio especificado. Con ello, el comprador conoce el precio total del servicio, y el proveedor corre con el riesgo de que puedan sobrevenir aumentos en el costo de dicho servicio o bien beneficios si el costo resultare ser inferior al calculado de antemano. Puesto que el precio fijado como suma global puede incluir una cantidad en concepto de compensación al proveedor por soportar el susodicho riesgo de aumento en el costo, en algunos casos el precio tal vez resulte más alto que si se aplicara el método de costos reembolsables en la determinación del precio a pagar por el mismo servicio (véase el párrafo siguiente). Además, el método de suma global exige una especificación precisa del alcance del servicio en las cláusulas del contrato. Tal vez sea aconsejable que, en el acuerdo de comercio compensatorio, el comprador establezca el modo de supervisar los medios empleados por el proveedor para garantizar que el contratista no reduce sus costos utilizando materiales o métodos de trabajo de inferior calidad.

31. [*párrafo nuevo*] Otro método más es el que consiste en estipular que al proveedor del servicio se le abone un tanto que cubra sus gastos fijos y su margen de beneficios, y que se le compense por sus gastos con arreglo a una cláusula de costos reembolsables. Es muy conveniente que el acuerdo de comercio compensatorio especifique con toda claridad qué costos son reembolsables y cuáles otros han de ser soportados por el proveedor a expensas de sus honorarios. Gastos reembolsables podrían ser, por ejemplo, los salarios del personal que interviene directamente en el cumplimiento del contrato, los renglones ordinarios de materiales o equipo empleados en la prestación del servicio, o bien los costos sobrevenidos al recurrir a determinada clase de subcontratistas. Por lo común, la solución que ofrece a cada parte mejor oportunidad de prever sus costos es la que consiste en enumerar los que se han de reembolsar y estipular que todos los demás habrán de ser soportados por el proveedor; algunas veces, sin embargo, las partes deciden enumerar los costos no reembolsables y estipular que habrán de ser reembolsados todos los demás costos razonables.

E. Fijación del precio por transferencia de tecnología

32. [*párrafo nuevo*] Algunas veces el acuerdo de comercio compensatorio contempla la concertación futura de un contrato de suministro que lleva aparejada la transferencia de tecnología (véase el capítulo VI, "Tipo, calidad y cantidad de los bienes", párrafos *16 a 23*). En tales casos, es aconsejable que las partes, en la medida de lo posible, aborden en el acuerdo de comercio compensatorio una serie de cuestiones concretas referentes a la fijación del precio de la tecnología. Dejar resueltas tales cuestiones en el acuerdo de comercio compensatorio puede facilitar la concertación del contrato de suministro que comprende la transferencia de tecnología. Estas cuestiones, expuestas en los párrafos siguientes, son objeto de análisis detallado en publicaciones que tratan de la transferencia de tecnología en general[1].

33. [*párrafo nuevo*] Las dos formas principales de fijación del precio por transferencias de tecnología son el pago de una suma global o el pago de derechos de patente. En el método de la suma global, el precio total queda establecido al principio. Entre las cuestiones fundamentales que dicho método plantea se cuentan el momento del pago o si éste ha de efectuarse en un solo desembolso o a plazos. Dentro de la legislación de algunos países, el empleo del método de la suma global puede verse sujeto a ciertas condiciones. Estas condiciones, por ejemplo, pueden restringir los tipos de transferencia (por ejemplo, adquisición de derechos de patente o determinados tipos de asistencia y de servicios técnicos) o los sectores en los cuales está permitido utilizar el método de la suma global; también pueden establecer las bases sobre las que ha de calcularse la suma global y exigir una autorización especial del gobierno.

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

35. [*párrafo nuevo*] La vinculación del canon a las ventas tiene la ventaja de no imponer al cesionario de la transferencia de tecnología la obligación del pago por bienes que han sido producidos pero no vendidos. Las partes que deseen acogerse a este sistema deben decidir si el canon a

[1] Los diferentes métodos para determinar el precio que debe pagarse por la tecnología se exponen con detalle en la *Guía de licencias para los países en desarrollo* (OMPI) y en *Pautas para la evaluación de acuerdos de transferencia de tecnología* (ONUDI); véase la nota 1 del capítulo VI, "Tipo, calidad y cantidad de los bienes".

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

36. [*párrafo nuevo*] Otra base para el cálculo del canon consiste en hacerlo depender de los beneficios obtenidos por el cesionario merced a la explotación de la tecnología transferida. Existen otros métodos para el cálculo del canon, entre ellos los convenios sobre canon mínimo, en los cuales se establece la obligatoriedad de un pago mínimo con independencia de que se alcance un nivel dado de producción, ventas o beneficios; los convenios sobre canon decreciente, en los que la cifra estipulada baja a medida que la producción o las ventas suben, y el establecimiento de límites máximos respecto a la cantidad de pago obligatorio. El recurso a algunas de estas opciones puede, en algunos casos, ser imperativo y, en otros, estar restringido, conforme al ordenamiento jurídico de los países. Por ejemplo, en algunos pueden no estar permitidos los convenios sobre canon mínimo cuando el pago del canon está vinculado a la producción, las ventas o los beneficios; los convenios sobre canon decreciente pueden ser imperativos, y los límites máximos ser obligatorios para determinados tipos de transferencias de tecnología. Las partes deben atender también a la cuestión de cuál de ellas estará sujeta al pago de impuestos sobre los derechos. Conviene observar que las leyes de algunos países regulan esta cuestión (por ejemplo, puede exigirse de las partes que en el contrato de transferencia de tecnología estipulen quién ha de pagar los impuestos).

37. [*párrafo nuevo*] Al considerar si les conviene utilizar el método de la suma global o el del pago de un canon por derechos de patente, las partes deberán tener en cuenta, además de las cláusulas de la legislación aplicable al caso, que cada método de cálculo del precio puede tener algunas ventajas y desventajas según el tipo concreto de operación y las circunstancias económicas concurrentes. Si, por ejemplo, se establece el pago de un canon durante un tiempo prolongado, las circunstancias económicas pueden cambiar durante este período afectando al volumen de ventas, y por consiguiente a las cantidades pagaderas en concepto de derechos; en una operación de riesgo compartido en la que el cedente participa como asociado, podrá quizá estimarse preferible el pago de un canon supeditado a las ventas antes que un acuerdo sobre pago de suma global, dada la mayor motivación que tiene el cedente en esta circunstancia para promover las ventas. En algunos casos puede resultar más conveniente combinar los dos métodos (por ejemplo, el pago inicial de una suma global seguido del pago del canon por derechos). La forma concreta en que se estructure un acuerdo de pago de derechos habrá de reflejar igualmente las circunstancias económicas y las obligaciones contractuales concurrentes. Por ejemplo, si el librador de licencia o cedente de tecnología ha de cooperar en la venta de los productos resultantes de la transferencia de tecnología, quizá sea aconsejable proceder con cautela al aplicar un acuerdo de canon decreciente, ya que semejante arreglo podría tener el efecto involuntario de disuadir al cedente de emplearse a fondo en la promoción e incremento de las ventas. En los casos en que se acuerda el pago de un canon, las partes suelen convenir en la adopción de un método de notificación de los datos variables (por ejemplo, volumen de producción, ventas o beneficios) que sirve de base para el cálculo del canon. Por lo general se estipula que el cesionario lleve algunos libros registro y se ofrezca al cedente oportunidad de inspeccionarlos.

38. [*párrafo nuevo*] Al negociar la cláusula de fijación del precio de la tecnología puede plantearse la cuestión de si deberá pagarse aparte algún tipo de honorarios por asistencia y servicios técnicos específicos prestados por el cedente de la tecnología. Tales servicios y asistencia pueden comprender, por ejemplo, programas de capacitación para el personal de un titular de patente o marca registrada, expertos técnicos facilitados por el librador de la licencia o el cedente de la tecnología, diversos servicios técnicos relacionados con la adquisición de bienes de equipo, y servicios de gestión, planificación, investigación y desarrollo. Algunos países cuentan con disposiciones legales relativas a esta cuestión.

F. Revisión del precio

39. [28] Cuando se prevén múltiples envíos durante determinado período, tal vez resulte necesario revisar el precio a fin de que refleje las modificaciones de las condiciones económicas subyacentes. Podría convenirse en que la revisión tendrá lugar en determinados momentos. Esos momentos deben coordinarse con el plan de cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio (por ejemplo, la revisión ha de tener lugar cuatro semanas antes del inicio de un subperíodo).

40. [29] Conforme a otro criterio, puede convenirse en que la revisión tendrá lugar en respuesta a determinados cambios de las condiciones económicas subyacentes (por ejemplo, cuando el tipo de cambio fluctúe por encima de determinado porcentaje de un tipo de referencia vigente en la fecha en la que se celebre el acuerdo de comercio compensatorio, o se produzcan cambios que superen un límite convenido en determinados componentes del costo de producción, tales como materias primas o mano de obra). Las disposiciones contractuales relativas a la revisión del precio debido a una modificación del valor de la moneda en la que ha de pagarse el precio se rigen por disposiciones imperativas en algunos ordenamientos jurídicos. En consecuencia, las partes deben examinar si la cláusula que desean incluir en el acuerdo de comercio compensatorio está autorizada por la legislación del país de cada una de ellas.

41. [30] Un tercer criterio sería establecer una revisión del precio a intervalos regulares (por ejemplo, cada seis meses), así como revisiones no previstas en caso de que se produzcan determinados cambios en las condiciones económicas subyacentes. A fin de limitar la frecuencia de la revisión del precio, podría convenirse en que no podrá tener lugar una revisión no prevista dentro de un plazo determinado siguiente a una revisión prevista o dentro de un plazo determinado precedente a una revisión prevista. Otro criterio sería poner en marcha el procedimiento de revisión del precio cuando se entregue determinada parte de la cantidad total de los bienes que han de adquirirse.

42. [31] El acuerdo de comercio compensatorio podría prever que la cláusula de revisión del precio se aplicará solamente a aquellos casos en los que su aplicación dará lugar a una modificación que supere determinado porcentaje del precio.

43. [32] Cuando el acuerdo de comercio compensatorio contenga una cláusula de revisión del precio, es posible que las partes deseen especificar los envíos a los que se aplicará el precio modificado. Puede convenirse, por ejemplo, en que el precio aplicable a determinado envío será el precio vigente en la fecha en la que se formaliza el pedido de los bienes o en la fecha en que se expide la carta de crédito.

1. Nueva aplicación de la cláusula relativa al precio

44. [33] Las partes pueden estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el precio se revisará mediante la aplicación del mismo método que se aplicó para determinar el precio inicial (normas (párrafos 11 a 20), negociación (párrafos 21 y 24), fijación del precio por un tercero (párrafos 25 y 26) o fijación del precio por una de las partes (párrafo 27)).

2. Cláusulas de indización

45. [34] La finalidad de las cláusulas de indización es modificar el precio de los bienes objeto de comercio compensatorio vinculando el precio a los niveles de los precios de determinados bienes o servicios vigentes en determinada fecha. *Habitualmente la vinculación se efectúa con el precio de las materias primas o los servicios empleados en la producción de los bienes objeto de comercio compensatorio.* Si se produce una variación de los índices convenidos se modifica el precio automáticamente. Al redactar una cláusula de indización, es aconsejable que se emplee una fórmula algebraica para determinar de qué manera se reflejarán en el precio las fluctuaciones de los índices establecidos. En la fórmula puede utilizarse una combinación de varios índices, cada uno de ellos con coeficientes de ponderación diferentes, a fin de que refleje la proporción de los distintos componentes de costos (por ejemplo materiales o servicios) en el costo total. Es decir que una sola fórmula puede contener distintos índices que reflejen los costos de los distintos tipos de materiales y servicios. Si las fuentes del mismo componente de costos (por ejemplo, mano de obra o energía) se encuentran en distintos países, se podrán encontrar varios índices en la fórmula única que corresponda a ese componente de costos.

46. [35] Varios factores pueden influir en la elección de los índices que han de utilizarse. Los índices deben ser fácilmente accesibles (por ejemplo, índices que se publiquen a intervalos regulares). Deben ser fiables. Pueden seleccionarse índices publicados por órganos reconocidos (por ejemplo, *cámaras de comercio* u organismos gubernamentales o intergubernamentales). Las partes deben proceder con cautela cuando emplean en una fórmula índices basados en distintas monedas, ya que los cambios en las relaciones entre esas monedas pueden afectar la aplicación de la fórmula de manera inesperada.

47. [36] En algunos países, sobre todo en los países en desarrollo, es posible que los índices disponibles para emplear en una cláusula de indización sean limitados. Si no se dispone de un índice para determinado componente de costos, las partes pueden optar por aplicar un índice disponible para otro componente. Es aconsejable que se elija un componente cuyo precio probablemente fluctúe más o menos aproximadamente en las mismas proporciones y al mismo tiempo que el del componente que se utilizará realmente. Por ejemplo, si se desea estipular un índice para los costos de mano de obra y no se dispone de un índice de salarios, en algunas ocasiones se utilizará el índice de precios al consumidor o el índice del costo de la vida.

3. Fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda de pago en relación con otras monedas

a) *Cláusula monetaria*

48. [37] En la cláusula monetaria, el precio que ha de pagarse queda vinculado a un tipo de cambio entre la moneda de pago y alguna otra moneda (denominada "moneda de referencia") especificada en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio. Si el tipo de cambio en la fecha de pago no coincide con el indicado en la cláusula, el precio abonable en la moneda de pago subirá o bajará en lo que haga falta para que su importe expresado en términos de la moneda de referencia siga siendo el mismo. A efectos de establecer el tipo de cambio aplicable, puede que sea conveniente adoptar la fecha del pago efectivo y no aquella en la que sea exigible. Si se adopta esta última, el proveedor podría sufrir una pérdida cuando el comprador se retrasa en el pago. Otra posibilidad sería que el proveedor tuviese la opción de elegir entre el tipo de cambio vigente en el momento en el que el pago sea exigible y el tipo de cambio vigente en el momento del pago efectivo. Es aconsejable indicar un tipo de cambio vigente en determinado lugar.

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

50. [38] Es preciso que la moneda de referencia sea estable. Disminuye la inseguridad derivada de una posible inestabilidad del empleo de una sola moneda si se toman como

referencia varias monedas. Se puede establecer en el contrato una media aritmética de los tipos de cambio entre la moneda de pago y varias otras monedas determinadas, y estipularse que el precio se revisará de conformidad con las variaciones de esta media.

b) *Cláusula de la unidad de cuenta*

51. [39] Cuando se utiliza la cláusula de la unidad de cuenta, el precio se expresa en una unidad monetaria de cuenta compuesta en proporciones acumulables de varias monedas seleccionadas. A la inversa de la cláusula en la que se utilizan varias monedas (*párrafo 50 supra*), el coeficiente de ponderación de cada una de las monedas seleccionadas que componen la unidad de cuenta suele no ser el mismo, atribuyéndosele el mayor a las monedas que se utilicen habitualmente en el comercio internacional. La unidad de cuenta puede ser la establecida por una institución intergubernamental o mediante acuerdo entre dos o varios Estados y que indique las monedas escogidas que componen la unidad y la ponderación relativa asignada a cada moneda (por ejemplo, el Derecho Especial de Giro (DEG), la unidad monetaria europea (ECU) o la Unidad de Cuenta de la Zona de Comercio Preferencial para los Estados de África Oriental y Meridional). Al elegir una unidad de cuenta, las partes deben considerar si la relación entre la moneda en la que se pagará el precio y la unidad de cuenta podrá determinarse fácilmente en las fechas pertinentes, es decir, al celebrarse el contrato y en el momento en que se efectúe el pago.

52. [40] El valor de la unidad de cuenta compuesta de una cesta de monedas es relativamente estable, dado que la debilidad de una de esas monedas suele compensarse con la fuerza de otra. El empleo de ese tipo de unidad de cuenta, en consecuencia, brindará una considerable protección frente a las modificaciones de los tipos de cambio de la moneda en la que ha de pagarse el precio en relación con otras monedas.

[A/CN.9/362/Add.8]

VIII. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-3
B. Adquisición de bienes objeto de comercio compensatorio	4-40
1. Acuerdo de comercio compensatorio	9-20
a) Selección de un tercero	12-16
b) Responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación	17-20
2. Relación contractual entre la parte inicialmente obligada y el tercero	21-40
a) Obligación del tercero de efectuar la adquisición de bienes	21-29
b) Retribución del tercero	30-36
c) Cláusula "de indemnidad"	37
d) Exclusividad del mandato del tercero	38-40
C. Suministro de los bienes compensatorios	41-52
1. Selección del tercero por la parte obligada a efectuar las adquisiciones	45-46
2. Selección del tercero por la parte obligada a proporcionar bienes	47-52
D. Comercio compensatorio multipartito	53-58

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo VIII constituye una revisión del proyecto de capítulo VIII, titulado "Participación de terceros", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las correcciones introducidas en los párrafos del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 van en bastardilla.]

A. Observaciones generales

1. [1] El presente capítulo contempla aquellos casos en los que una de las partes, en lugar de adquirir o suministrar por sí misma bienes en una de las dos direcciones, contrata a un tercero para que lo haga. La sección B examina el caso en el que una parte que había contraído inicialmente el compromiso de adquirir bienes contrata a un tercero para que efectúe esas adquisiciones. La sección C examina el caso en el que se designa a un tercero para que proporcione los bienes.

2. [1] Este capítulo también examina los casos en los que el proveedor de bienes en una de las direcciones no asume el compromiso de adquirir bienes en la otra dirección, pero en cambio un tercero adquirente asume ese compromiso desde el principio de la operación; esos casos se contemplan en la sección D. La sección D examina además los casos en los que el adquirente de bienes en una de las direcciones no asume el compromiso de enviar bienes en la otra dirección, pero en cambio un tercero proveedor asume ese compromiso desde el principio.

[Algunas de las partes fundamentales del párrafo 2, tal como figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1, se trasladaron al párrafo 3.]

3. [3] Los casos en los que la parte que se ha comprometido a adquirir los bienes efectúa esas adquisiciones por sí misma y luego revende los bienes no corresponden al tema de este capítulo, ya que esos casos no son propios del comercio compensatorio. En el capítulo X se examinan diversos tipos de restricciones que pueden imponerse a la reventa de los bienes compensatorios.

B. Adquisición de bienes objeto de comercio compensatorio

4. [4] La parte que se compromete a adquirir bienes a menudo no puede utilizarlos o carece de la capacidad o de los conocimientos comerciales necesarios para revenderlos. En estos casos, es posible que esa parte desee contratar a un tercero, o tal vez a más de uno, para que efectúe las adquisiciones necesarias para cumplir el compromiso. El tercero podría ser, por ejemplo, el destinatario final de los bienes o una empresa comercial especializada en la compra y reventa de determinados tipos de bienes.

5. [*párrafo nuevo*] La presente sección sólo contempla los casos en que el tercero ha de celebrar un contrato de adquisición con el proveedor. No se examinan los casos en los que la parte obligada a adquirir bienes contrata a un tercero para que ejecute el servicio de localizar personas a las que se puedan revender los bienes o el servicio de representar a la parte obligada en la reventa de los bienes. Esos servicios ejecutados por un tercero, que no son propios del comercio compensatorio, no afectan los derechos y obligaciones de las partes en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y, por consiguiente, no son una cuestión que haya de abordarse en ese acuerdo.

6. [5] El tercero adquirente que acepte participar en la operación de comercio compensatorio quedará obligado ante la parte inicialmente obligada (esto es, solamente ante la parte que haya contratado al tercero) a adquirir bienes del proveedor dentro de un plazo convenido. En algunos casos, el tercero también se obligará frente al proveedor a celebrar futuros contratos. Cuando el compromiso contraído por el tercero concierne a la celebración de futuros contratos, ese compromiso tendrá en cuenta cuestiones tales como el tipo, la calidad, la cantidad y el precio de los bienes que serán objeto de los futuros contratos, el plazo para el cumplimiento del compromiso, las restricciones impuestas a la reventa de los bienes, la garantía de cumplimiento, la indemnización pactada o las cláusulas penales y la solución de controversias. *Aunque el acuerdo del tercero de celebrar un futuro contrato con el proveedor podrá tener en cuenta el mismo tipo de cuestiones que se aborden en el acuerdo de comercio compensatorio entre el proveedor y la parte inicialmente obligada, el contenido de las soluciones previstas en los dos acuerdos no sería necesariamente el mismo. Podrían adoptarse soluciones diferentes, por ejemplo, en cuanto a la garantía de cumplimiento, la indemnización pactada o las cláusulas penales, la ley aplicable o la solución de controversias.* (Las consecuencias del compromiso asumido por el tercero se examinan en los párrafos *17 y 18 infra*; el alcance del compromiso del tercero se examina en el párrafo *22 infra*.)

7. [6] Cuando haya de contratarse a un tercero adquirente, sucederá a menudo que las obligaciones de pago derivadas de los contratos de aprovisionamiento en una dirección y en otra habrán de liquidarse independientemente. Esos casos no plantearán cuestiones de pago propias del comercio compensatorio. No obstante, puede convenirse en vincular el pago en un sentido y en otro de tal modo que la suma pagadera por el contrato de aprovisionamiento en un sentido se utilice para pagar el contrato de aprovisionamiento en sentido contrario. Para un examen de esos mecanismos de pago vinculado, véase el capítulo IX, "Pago", *párrafos 68 y 76*.

8. [7] En ocasiones, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio convienen en que la parte que efectúe adquisiciones más allá de lo necesario para liquidar su compromiso de compensación pendiente tendrá derecho a que se le contabilice su crédito por el excedente cumplido como parte del cumplimiento de los compromisos de compensación que el adquirente tal vez asuma en el futuro. O bien, como alternativa, el adquirente que acumule ese crédito de cumplimiento excedentario podrá estar autorizado a transferir dicho crédito a un tercero (para un examen del crédito de cumplimiento, véase el capítulo *IV, "Compromiso de compensación", párrafos 31 a 34*). La cesión del crédito de cumplimiento a un tercero facultaría a dicho tercero a vender los bienes a la parte que inicialmente otorgó el crédito de cumplimiento y a reducir cualquier compromiso de compensación por el monto del crédito de cumplimiento cedido. Esa cesión puede comprender el pago de una retribución por el tercero al cedente del crédito de cumplimiento. En algunos países *existen reglamentos especiales sobre el derecho de ceder el crédito compensatorio (por ejemplo, reglamentos que limitan los tipos de exportaciones que pueden generar cesión de créditos, los tipos de partes a las que se puede ceder el crédito de comercio compensatorio, los tipos de importaciones a los que se pueden aplicar los créditos cedidos o que requieren autorización expresa*).

1. Acuerdo de comercio compensatorio

9. [8] Cuando al inicio de la operación, las partes prevén la posibilidad de que la parte que se obligue a adquirir deseará contratar a un tercero adquirente, conviene prever esa posibilidad en el acuerdo de comercio compensatorio. *Las disposiciones relativas a un tercero adquirente son muy convenientes en el caso en que, tal como se describe en el próximo párrafo, las partes podrían tener divergencias con respecto a si el adquirente tiene plena autonomía para contratar a un tercero adquirente.*

10. [*párrafo nuevo*] Si el acuerdo de comercio compensatorio no se refiere a la participación de un tercero adquirente en el cumplimiento del compromiso de compensación, puede surgir entre las partes la cuestión de determinar si la parte inicialmente obligada a adquirir tiene plena autonomía para contratar a un tercero a fin de que haga las adquisiciones. La solución de esta cuestión se encontrará en muchas *legislaciones nacionales* en los principios generales del régimen de las obligaciones contractuales, en virtud de los cuales una parte contratante está facultada para hacer intervenir a un tercero en el cumplimiento de una obligación contractual sin necesidad de obtener el consentimiento de la parte facultada para obtener el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, se requerirá ese consentimiento de acuerdo a dichos principios generales si, en las circunstancias particulares del caso, la parte facultada para obtener el cumplimiento tiene un motivo legítimo para insistir en que la obligación debe cumplirla la parte inicialmente obligada. Ese motivo legítimo podría existir en el caso en que, debido a aptitudes o capacidades especiales de la parte obligada, el cumplimiento de la obligación por un tercero haría disminuir en cierto modo el valor del cumplimiento. Por ejemplo, el proveedor de bienes objeto de comercio compensatorio podría considerar que, debido al prestigio de la parte obligada a adquirir y a su red de reventa, era fundamental que esa parte efectuase la reventa de bienes, pues permitía colocar a largo plazo los bienes en el mercado o mantener en éste la imagen de los mismos.

11. [9] La participación de terceros en el cumplimiento de los compromisos de compensación tal vez se rija por normas de derecho imperativas. Dichas normas pueden *disponer que la participación de los terceros esté sujeta al consentimiento previo del proveedor*, imponer directrices con respecto a la aceptabilidad de terceros o requerir una autorización pública para la participación de terceros. Esas restricciones se fundan a menudo en el deseo de las autoridades de *asegurar la ejecución adecuada de la operación de comercio compensatorio o* impedir la comercialización de los bienes adquiridos en los mercados de exportación tradicionales del Estado interesado.

a) *Selección de un tercero*

12. [10] Las cláusulas en el acuerdo de comercio compensatorio por las que se autorice la contratación de terceros tal vez se formulen de modo que la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes tenga plena autonomía para seleccionar al tercero. En esos casos convendría estipular que deberá darse aviso de la contratación de un tercero al proveedor antes de que ese tercero inicie sus adquisiciones.

13. [11] En ocasiones, el acuerdo de comercio compensatorio limita la autonomía de la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes para seleccionar al tercero. Podrían aplicarse distintos tipos de limitaciones. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio podría designar al tercero, dar una lista de terceros aceptables o estipular los criterios que hayan de seguirse para seleccionar al tercero. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio haya designado al tercero, o contenga una breve lista de posibles terceros, podrá prever asimismo el procedimiento para la selección de otro tercero si los terceros previamente señalados no están en condiciones de adquirir los bienes.

14. [12] Otra forma de limitar la autonomía para la selección de un tercero sería estipular que la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes no estará autorizada a contratar a un tercero sin el consentimiento del proveedor. A efectos de agilizar la designación del tercero, podría convenirse en que se considerará que el proveedor ha dado su consentimiento a esa designación, salvo que se presente una objeción dentro de cierto plazo. *El acuerdo de comercio compensatorio podrá indicar* el tipo de información acerca del tercero propuesto que la parte inicialmente obligada a adquirir deberá dar al proveedor (por ejemplo, sobre su solvencia económica y sobre el tipo y la cantidad de bienes que vayan a adquirirse). A fin de limitar la discrecionalidad del proveedor, cabría que el acuerdo de comercio compensatorio señalara los tipos de objeciones que serían aceptables. Serían, por ejemplo, objeciones aceptables que el tercero propuesto fuera ya un socio comercial del proveedor, que ese tercero estuviese vendiendo bienes de algún competidor suyo, o que hubiese incumplido anteriormente algún compromiso con el proveedor o hubiese intervenido en alguna controversia contra él.

15. [13] El proveedor puede tener distintos motivos para desear limitar la automonía o discrecionalidad de la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes en la selección de un tercero. Por un lado, estarían los motivos que tengan por objeto impedir la selección de determinados terceros. Por ejemplo, podrán imponerse restricciones a efectos de impedir que las ventas a los que ya eran clientes se contabilicen como parte del cumplimiento del compromiso de compensación, a fin de evitar la contratación de personas activas en determinados mercados (por ejemplo, debido a la existencia de acuerdos de distribución en el mercado o por las normas aplicables al comercio en ese país), o bien, con el propósito de asegurar que los bienes que requieran precauciones especiales en su empleo no sean adquiridos por personas que no estén capacitadas para manipularlas. Por otro, estarían los motivos que tengan por objeto procurar la selección de determinados terceros. Por ejemplo, podría imponerse una restricción a efectos de obtener la selección de un tercero procedente de determinado país o con acceso a determinado mercado, o de un tercero con experiencia en determinados productos o mercados (por ejemplo, por desear el proveedor introducir sus bienes en determinado mercado).

16. [14] Sin embargo, las partes deberían tener presente que la limitación a la automonía del adquirente para seleccionar a un tercero puede también tener sus inconvenientes. Por ejemplo, la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes podría tener que contabilizar entre los costos de la operación el riesgo de que la retribución cobrada por el tercero o en relación con la adquisición de los bienes compensatorios (véanse los párrafos *30 a 36 infra*) podría ser más elevada que aquella cobrada por otro tercero, o el riesgo de que el tercero no efectúe las compras. Las partes también podrían convenir en que algunos de estos riesgos serán asumidos por el proveedor que insista en la selección de determinado tercero. Por ejemplo, podría convenirse en que la responsabilidad de la parte inicialmente obligada en virtud de una cláusula de indemnización pactada o de una cláusula penal se reduciría al importe que esa parte podría reclamar al tercero.

b) *Responsabilidad por el cumplimiento del compromiso de compensación*

17. [15] Es aconsejable que las partes en el acuerdo de comercio compensatorio *consignen en dicho acuerdo* quién será responsable ante el proveedor en el caso de incumplimiento por el tercero de su obligación de efectuar las adquisiciones requeridas para cumplir el compromiso de compensación. La respuesta a esa cuestión dependerá de si el tercero se ha comprometido a adquirir bienes solamente ante la parte que lo haya contratado o de si ha asumido también el compromiso ante la parte que haya de suministrar los bienes (véase el *párrafo 6 supra*).

18. [16] Cuando el compromiso del tercero se asume solamente frente a la parte inicialmente obligada, la parte inicialmente obligada seguirá siendo responsable ante el proveedor por su compromiso de compensación, incluso cuando se haya contratado al tercero. No obstante, cuando el tercero asume el compromiso tanto frente a la parte inicialmente obligada como frente al proveedor, cabe adoptar dos enfoques con respecto a la subsistencia del compromiso de la parte inicialmente obligada. Uno sería estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el compromiso de esa parte de efectuar una adquisición subsistirá; en ese caso, tanto la parte inicialmente obligada como el tercero responderían ante el proveedor por el cumplimiento de ese compromiso y, en última instancia, la parte inicialmente obligada y el tercero resolverían la cuestión de la atribución definitiva de la responsabilidad entre ellas de conformidad con el contrato que hubieran celebrado. Ese enfoque resultaría apropiado cuando el compromiso del tercero frente al proveedor de celebrar futuros contratos de adquisición no estuviera respaldado por las mismas garantías que el compromiso de compensación asumido por la parte inicialmente obligada, o cuando la falta de experiencia o la experiencia insatisfactoria del proveedor en su trato con el tercero lo aconsejara. El otro enfoque consistiría en estipular que, a la asunción del compromiso por el tercero, la parte inicialmente obligada quedaría liberada del compromiso de compensación, quedando sólo obligado ante el proveedor el tercero por la celebración de los futuros contratos. Para llevar a cabo esa sustitución de la parte que responde ante el proveedor, las partes podrían convenir en la cesión del compromiso de compensación de la parte inicialmente obligada al tercero. El régimen general de las obligaciones contractuales de la mayoría de los países contiene reglas sobre la cesión de las obligaciones contractuales que serían aplicables a la cesión del compromiso de compensación. Otra manera de sustituir la parte que responda frente al proveedor sería que la parte inicialmente obligada y el proveedor convinieran en extinguir su compromiso de compensación en el momento en que el tercero asuma un compromiso de celebrar futuros contratos con el proveedor. Para garantizar que el compromiso de compensación inicialmente asumido no se extinga antes de que sea válido el compromiso del tercero, convendría estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que el compromiso sólo se extinguirá cuando adquiera validez el compromiso del tercero.

19. [17] Como se indica en el *párrafo 22 infra*, algunas veces los terceros limitan su compromiso a una promesa de "hacer todo lo posible" para efectuar las adquisiciones. *En el caso en que se acuerde que el compromiso de compensación de la parte inicialmente obligada se ha de extinguir cuando el tercero se comprometa a celebrar un futuro contrato con el proveedor, sería adecuado para los intereses del proveedor que sólo se conviniera en esa sustitución de la parte obligada a adquirir si el compromiso del tercero es* un compromiso de adquirir efectivamente bienes y no un tipo de compromiso que se limite a exigir "todo lo que sea posible". Si el tercero se limitara solamente a "hacer todo lo que sea posible", el proveedor tendría una garantía limitada de que se celebrará el contrato de aprovisionamiento.

20. [18] Las garantías constituidas en apoyo del cumplimiento de los compromisos de compensación se formulan normalmente de manera tal que cubren únicamente la obligación de la parte inicialmente obligada. En consecuencia, si el proveedor desea asegurarse el compromiso de un tercero, sería aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio requiera que la garantía se modifique o que se emita una nueva garantía. También sería aconsejable que se consignen de algún modo las consecuencias en caso de que la garantía no pueda modificarse ni pueda obtenerse una nueva garantía que sea adecuada.

2. *Relación contractual entre la parte inicialmente obligada y el tercero*

a) *Obligación del tercero de efectuar la adquisición de bienes*

21. [19] Cuando la parte inicialmente obligada a adquirir bienes se proponga contratar a un tercero para que efectúe las adquisiciones, esas dos partes deberán llegar a un entendimiento con respecto al tipo de compromiso que habrá de asumir el tercero.

22. [20] En la práctica, los terceros asumen dos tipos de compromisos frente a las partes inicialmente obligadas. Uno de ellos es la promesa de que, con sujeción a los términos de la contratación del tercero, los bienes compensatorios se adquirirán efectivamente. El otro tipo de compromiso consiste en una promesa del tercero de que procurará efectuar la adquisición, pero sin ninguna garantía de que el esfuerzo tendrá éxito. Es posible que el tercero no esté dispuesto a asumir un compromiso total por la incertidumbre de si podrá encontrarse un destinatario final de los bienes, o de si el precio de adquisición de los mismos será competitivo. Una promesa de ese tipo, es decir, solamente de procurar efectuar la adquisición podría describirse con expresiones tales como "propósito serio de", "*intentos óptimos*", "hacer todo lo que esté a su alcance", o "esfuerzos de buena fe", o bien, mediante una cláusula a efectos de que el tercero adquirirá los bienes en caso de que pueda encontrarse un destinatario final de los mismos. Si el tercero no adquiere los bienes, podrá quedar exonerado de las consecuencias del incumplimiento simplemente demostrando los esfuerzos de buena fe que ha hecho para cumplir su obligación. La parte inicialmente obligada a adquirir los bienes podrá considerar aceptable la participación del tercero, sobre la base de que ha hecho "todo lo que esté a su alcance", en caso de que haya motivos para esperar o prever que ese tercero cumplirá el mandato (por ejemplo, debido a los antecedentes del tercero o porque los bienes y los precios de reventa previstos probablemente harán comercialmente atractiva la adquisición).

23. [21] Algunas veces, las cláusulas del contrato por el que se contrata al tercero requieren que ese tercero asuma directamente frente al proveedor el compromiso de celebrar futuros contratos (véanse los párrafos *6 y 17 supra*).

24. [22] Las cláusulas por cuya virtud el tercero se compromete deben coordinarse con las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio. Esa coordinación es necesaria, sobre todo con respecto al tipo, la calidad, la cantidad y el precio de los bienes compensatorios. Por ejemplo, tal vez se suscite un problema si el tercero se compromete a adquirir bienes de una calidad normalizada al precio del mercado mundial, si es que en el acuerdo de comercio compensatorio se ha especificado otro nivel de calidad o de precio. En ese caso, tal vez suceda que el proveedor ponga a disposición bienes que se ajusten al acuerdo de comercio compensatorio, pero que el tercero tenga motivos fundados para negarse a adquirir porque no responden a lo especificado en las cláusulas del contrato celebrado entre la parte inicialmente obligada y el tercero. En ese caso, la parte inicialmente obligada a efectuar la adquisición debería responder ante el proveedor por el incumplimiento del compromiso de compensación, sin tener ninguna posibilidad de obtener una indemnización del tercero.

25. [23] Podría, además, surgir un problema cuando el acuerdo de comercio compensatorio no contenga ninguna garantía de la disponibilidad de los bienes, pero el tercero, fundándose en su contrato con la parte inicialmente obligada, se fía de que los bienes estarán disponibles. De darse esa incongruencia, la parte que contrató al tercero pudiera incurrir en responsabilidad frente a él por el incumplimiento del proveedor de poner los bienes a su disposición.

26. [24] Cuando el acuerdo de comercio compensatorio y las cláusulas del contrato celebrado con el tercero contengan una garantía con respecto a la disponibilidad de los bienes, la parte inicialmente obligada puede tener que responder ante el tercero por el incumplimiento del proveedor de poner los bienes a su disposición. En ese caso, *la parte inicialmente obligada estaría interesada en lograr que se asegurase la disponibilidad de los bienes con sujeción a una indemnización pactada a una cláusula penal, o bien, resguardada por una garantía.*

27. [25] Sería aconsejable que el contrato que se celebre con el tercero refleje las restricciones a la reventa de los bienes establecidas en el acuerdo de comercio compensatorio. De lo contrario, la parte inicialmente obligada a adquirir pudiera ser responsable por la reventa de los bienes efectuada por el tercero en violación de una restricción establecida en el acuerdo de comercio compensatorio, sin tener posibilidad alguna de hacerse indemnizar por el tercero.

28. [26] En algunos casos, es posible que la parte inicialmente obligada desee tener la oportunidad de adoptar disposiciones alternativas para dar cumplimiento al compromiso de compensación en el supuesto de que el tercero no efectúe las adquisiciones necesarias. Esto podría lograrse fijando un plazo más breve para que el tercero efectúe las adquisiciones que el plazo fijado para el cumplimiento del compromiso de compensación, el cual es vinculante para la parte inicialmente obligada. Si la parte inicialmente obligada desea tener una oportunidad de esa índole convendría, al negociar el acuerdo de comercio compensatorio, asegurarse de que el plazo de cumplimiento sea lo bastante largo como para que el tercero tenga tiempo suficiente para efectuar las adquisiciones, *dejando cierto margen de tiempo para que puedan adoptarse otras disposiciones de suceder que* el tercero no efectúe esas adquisiciones.

29. [27] Sería aconsejable dejar bien claro en el contrato de designación del tercero adquirente si corresponderá al tercero hacerse cargo de todos los aspectos de la negociación con el proveedor relacionados con la celebración del futuro contrato, o si la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes deberá participar de alguna manera en la celebración o en el cumplimiento del contrato. Podría estipularse, por ejemplo, que la parte inicialmente obligada a adquirir deberá aprobar determinado aspecto de la adquisición de los bienes (por ejemplo, el precio o el destino de los mismos), o por lo menos recibir información acerca de ese aspecto.

b) *Retribución del tercero*

30. [28] Como contrapartida del compromiso asumido por el tercero de adquirir los bienes, la parte inicialmente obligada tal vez haya de pagarle una retribución. Esa retribución, *que se ha de convenir en el contrato celebrado entre la parte inicialmente obligada y el tercero*, normalmente sólo se exigiría cuando el precio de los bienes que haya de adquirir el tercero no sea competitivo y la reventa de los bienes, en consecuencia, no sea rentable para el tercero sin el pago de una retribución. Esa retribución en la práctica se denomina con expresiones tales como "comisión", "*disagio*", "subsidio", "descuento", "prima" o "compensación". El importe de la retribución dependerá especialmente de la *demanda del tipo de bienes de que se trate y de la* diferencia que se prevé entre el precio de compra y el precio de reventa de los bienes. El importe de esa retribución también puede resultar afectado por el costo de cualquier garantía que el tercero tendría que obtener para cubrir su responsabilidad, sea frente a la parte inicialmente obligada o frente al proveedor, o frente a ambos, de no efectuar las adquisiciones requeridas.

31. [*párrafo nuevo*] En algunos ordenamientos jurídicos, cuando un organismo gubernamental contrata a un tercero para que adquiera bienes o cuando se contrata a un organismo gubernamental para que adquiera bienes, se aplican restricciones imperativas al pago de la retribución efectuado por el organismo gubernamental o recibido por este organismo.

32. [29] Esa retribución podría calcularse como porcentaje del precio de las adquisiciones que haya de efectuar el tercero o como una suma fija por unidad o cuantía conocida de los bienes. Algunas veces, se aplica una combinación de ambos métodos. Si la retribución se calcula como porcentaje del precio de los bienes, es aconsejable que las partes sepan con certeza el importe sobre cuya base se habrá de calcular la retribución (por ejemplo, si los costos de seguro o de transporte formarán o no parte de ese precio).

33. [30] En el momento en que se contrata a un tercero para celebrar los futuros contratos de aprovisionamiento, puede resultar difícil, debido a las fluctuaciones de precios,

predecir el precio de reventa. En consecuencia, las partes podrán prever una retribución variable, que se determinará sobre la base de las diferencias efectivas entre los precios, aumentados en un porcentaje o importe convenido para cubrir los costos del tercero. Según las circunstancias comerciales subyacentes, es posible que las partes deseen considerar la posibilidad de que el precio de reventa pueda elevarse a un nivel en el que la reventa de los bienes resulte rentable para el tercero. Si se tiene en cuenta esta posibilidad, el tercero tendrá que pagar una suma a la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes que corresponda a la medida en la que el precio de reventa efectivo supere al precio de reventa previsto. Algunas veces se hace referencia al importe adeudado por el tercero con la expresión "*disagio* negativo".

34. [31] Convendría fijar el momento a partir del cual sería exigible la retribución. Podría disponerse, por ejemplo, que la retribución será exigible al contratarse al tercero, al concertarse el contrato de aprovisionamiento entre el proveedor y el tercero, al abrirse una carta de crédito por orden del tercero en favor del proveedor, o al pagar el tercero al proveedor. Algunas veces, se conviene en que determinados porcentajes de la retribución serán pagaderos en distintos momentos. Por ejemplo, podría convenirse en que determinado porcentaje de la retribución se pagará cuando se contrate al tercero, otro porcentaje cuando se celebre el contrato entre el tercero y el proveedor, y el resto cuando el tercero efectúe el pago de los bienes. En los casos en que la retribución haya de pagarse con posterioridad a la celebración del contrato entre la parte inicialmente obligada y el tercero, este último podrá pedir a un banco una garantía para afianzar la obligación de pagar la retribución.

35. [32] Convendría que el contrato por el que se contrate al tercero estipule si la relación contractual entre ese tercero y la parte inicialmente obligada se verá afectada por la extinción o la reducción del compromiso de compensación de la parte inicialmente obligada. La extinción o reducción del compromiso de compensación podrá resultar, por ejemplo, de la resolución del contrato de exportación (véase el capítulo XIII, "*Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio*", párrafo ____). Suceda lo que sucediera al compromiso de compensación asumido por la parte inicialmente obligada, es posible que el tercero esté interesado en completar la adquisición y ganar la retribución, sobre todo si ha incurrido en gastos para localizar a un destinatario final, si ha prometido los bienes a un destinatario final o si los bienes están ya adquiridos y revendidos. La parte que contrató al tercero pudiera estar, en cambio, interesada en poder rescindir esa contratación en el caso de que se extinga el compromiso de compensación.

36. [*párrafo nuevo*] Algunas veces se estipula que la parte obligada a adquirir y el proveedor han de compartir el pago de la retribución. En ese caso, los detalles relativos a la distribución, en particular cualquier limitación de los gastos que ha de sufragar el proveedor, deben preverse en el acuerdo de comercio compensatorio.

c) *Cláusula "de indemnidad"*

37. [33] La parte inicialmente obligada a adquirir los bienes puede tener que responder ante la parte ante la cual se haya asumido el compromiso cuando el tercero no efectúe las compras previstas (véanse los párrafos *17 y 18 supra*). En consecuencia, es posible que la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes que contrate a un tercero desee incluir en el contrato que celebre con el tercero una cláusula de "indemnidad". Conforme a esa cláusula, el tercero tendría que indemnizar a la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes por cualquier responsabilidad frente al proveedor derivada del incumplimiento del compromiso de compensación por motivos imputables al tercero. Las partes también pueden estipular que la cláusula de "indemnidad" protegerá a la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes en caso de que el tercero infrinja alguna restricción a la reventa de los bienes establecida en el acuerdo de comercio compensatorio y reflejada en el contrato celebrado con el tercero. Puede convenirse en que la parte inicialmente obligada a adquirir los bienes deberá cursar al tercero una notificación cuando se presente una reclamación de la que pueda derivarse una responsabilidad del tercero conforme a la cláusula de "indemnidad".

d) *Exclusividad del mandato del tercero*

38. [34] Convendría que la parte inicialmente obligada y el tercero indicaran en el contrato que celebren si el tercero ha de ser el único contratado, o si la parte inicialmente obligada se reserva el derecho a contratar a otro tercero a los efectos de dar cumplimiento al mismo compromiso de compensación. Podría otorgarse al tercero un mandato exclusivo con respecto a todas las compras que hayan de efectuarse en cumplimiento del compromiso de compensación, o reconocérsele la exclusividad solamente con respecto a determinado tipo de bienes, determinado proveedor o determinado territorio en el que hayan de adquirirse o revenderse los bienes.

39. [35] Cuando se le otorgue al tercero un mandato exclusivo, es posible que la parte inicialmente obligada desee reservarse el derecho a declarar que el mandato ha cesado de ser exclusivo si, cumplido ya cierto plazo antes de la expiración del período de cumplimiento, el tercero no ha adquirido una cantidad de bienes convenida.

40. [36] Cuando la cantidad de bienes que ha de adquirirse sea particularmente grande, podría convenirse en que durante determinado plazo el tercero *no* estará *autorizado* a adquirir el mismo tipo de bienes de otras fuentes. La justificación para imponer una restricción de esa índole puede ser el deseo de evitar una oferta temporalmente excesiva en el mercado donde el tercero planea revender los bienes, o el deseo de obligar al tercero a concentrar sus esfuerzos en el cumplimiento del compromiso de que se trate.

C. Suministro de los bienes compensatorios

41. [37] Algunas veces, la parte que adquiere bienes en una dirección, no proporciona bienes en la otra dirección. En cambio, se designan uno o varios terceros para que suministren esos bienes. Hay dos tipos de operaciones en los que se puede adoptar un enfoque de esa índole. En uno de ellos, la parte que adquiere los bienes en una dirección asume el compromiso de proporcionar bienes en la otra dirección, pero como tiene dificultades para poner a disposición de la

otra parte los bienes convenidos designa a un tercero para que lo haga. El otro tipo consiste en operaciones de compensación industrial indirecta, que se describen en el capítulo II, "Alcance y terminología de la guía jurídica", *párrafo 17*. En las operaciones de compensación industrial indirecta se prevé, en el momento de la celebración del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio, que el importador (a menudo un organismo gubernamental) no contraexportará bienes y que la parte obligada a contraimportarlos tendrá que encontrar terceros dispuestos a suministrar bienes. Esos terceros normalmente no están obligados por ningún compromiso a celebrar contratos de aprovisionamiento con el contraimportador.

42. [38] En una operación en la que intervenga un tercero proveedor, las obligaciones de pago en virtud de los contratos de aprovisionamiento en un sentido y en otro se liquidan a menudo en forma independiente. De esa forma, el pago no plantea cuestiones propias del comercio compensatorio. No obstante, ese tipo de cuestiones surgen si las partes deciden vincular los pagos en ambas direcciones de manera que el producto del contrato de aprovisionamiento en una dirección se utilice para pagar el contrato de aprovisionamiento en la otra dirección. Para un examen de esos mecanismos de pagos vinculados, véase el capítulo IX, "Pago", párrafos *68, 75 y 76*.

43. [39] Cuando exista la posibilidad de que un tercero intervenga en el suministro de bienes, es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio haya previsto el procedimiento para la selección de ese tercero proveedor, así como las consecuencias del incumplimiento por parte del tercero de su obligación de poner a disposición de la otra parte los bienes convenidos.

44. [40] Esa selección puede efectuarse de diversas maneras. Una de ellas sería que el propio acuerdo de comercio compensatorio designe al tercero. Otra sería que el acuerdo estipule que se designará al tercero proveedor en alguna fecha futura. Una tercera sería que la selección del tercero quede a cargo de una de las partes en el acuerdo de comercio compensatorio.

1. Selección del tercero por la parte obligada a efectuar las adquisiciones

45. [41] A menudo sucede en las operaciones de compensación industrial que la selección del tercero proveedor queda a cargo de la parte obligada a efectuar las adquisiciones. Esa selección podría estar restringida por directrices consignadas en el acuerdo de comercio compensatorio que requieran que se escojan proveedores de determinadas regiones geográficas o sectores industriales, o proveedores de determinados tipos de productos o servicios. Esas directrices se mencionan en el *capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafo 28*.

46. [42] Cuando la parte obligada a efectuar la adquisición sea la que haya de seleccionar al tercero proveedor, sería aconsejable aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio la consecuencia que tendría el incumplimiento por el tercero proveedor de su obligación de celebrar un contrato de aprovisionamiento. Cuando se haya de efectuar la selección entre un gran número de posibles proveedores, podría estipularse que si uno de ellos se negara, ello no supondría descargo del compromiso de efectuar la adquisición. Cuando para la selección del tercero proveedor se recurra a una lista nominativa de proveedores, podría convenirse en que si todos los proveedores de la lista se negaran a celebrar el contrato de aprovisionamiento de conformidad con los términos del acuerdo de comercio compensatorio, la parte obligada a efectuar la adquisición quedaría liberada de su compromiso. (Para un examen más a fondo de la liberación del compromiso de compensación, véase el capítulo XIII, *"Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", sección B.*)

2. Selección del tercero por la parte obligada a proporcionar bienes

47. [43] En algunos casos, la selección de terceros proveedores queda a cargo de la parte que tiene derecho, conforme al acuerdo de comercio compensatorio, a proporcionar los bienes. Éste puede ser el caso cuando la parte que adquiere los bienes en una dirección no se compromete a la venta de bienes que se han de proporcionar en la otra dirección (por ejemplo, cuando un organismo gubernamental adquiere bienes en una operación de compensación industrial), no tiene bienes que interesen a la parte obligada a efectuar la adquisición, o no está segura de que tendrá bienes adecuados en el momento en que ha de celebrarse el contrato de aprovisionamiento y, en consecuencia, desea tener la posibilidad de designar un tercero proveedor.

48. [*párrafo nuevo*] La parte obligada a proporcionar puede quedar con plena autonomía para designar al tercero proveedor. Así puede suceder, por ejemplo, cuando los bienes del comercio compensatorio son de una calidad corriente y se pueden obtener fácilmente. Otra opción consistiría en que el acuerdo de comercio compensatorio pudiera estipular directrices conforme a las cuales la parte obligada a proporcionar bienes podrá designar al tercero proveedor o el acuerdo de comercio compensatorio podrá enumerar a los posibles terceros proveedores. La parte obligada a adquirir tal vez desee que se incluya en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula que prevea que la adquisición efectuada por un tercero no ha de causar gastos adicionales a la parte obligada a adquirir.

49. [44] Cuando la selección del tercero proveedor queda a cargo de la parte *inicialmente obligada a proporcionar los bienes, el acuerdo de comercio compensatorio podrá disponer que* el tercero deberá estar en condiciones de poner a disposición de la otra parte bienes que se ajusten a las cláusulas del acuerdo. *Es aconsejable* que el acuerdo indique con claridad las consecuencias del incumplimiento por parte del tercero de su obligación de poner los bienes convenidos a disposición de la otra parte. Podría convenirse en que ese incumplimiento liberaría a la parte obligada a adquirir los bienes del compromiso de compensación en la medida en que el tercero no ponga los bienes a su disposición, o podría convenirse en que en ese caso se seleccionaría un nuevo proveedor. Cuando la obligación de la parte inicialmente obligada a proporcionar los bienes está afianzada por una indemnización pactada o una cláusula penal, o por una garantía, podría *aclararse* que el incumplimiento del tercero de poner los bienes a disposición de la otra parte facultará a

esta última a recibir el importe previsto en la indemnización pactada o la cláusula penal, o el correspondiente a la garantía*.

50. [*párrafo nuevo*] Es conveniente que las obligaciones asumidas por el tercero se coordinen con las obligaciones que en virtud del acuerdo de comercio compensatorio correspondan a la parte inicialmente obligada a proporcionar los bienes. Esta coordinación es muy importante con respecto a las obligaciones relativas a la calidad, cantidad o precio de los bienes que se han de entregar, a la garantía de la disponibilidad de los bienes, o a la indemnización pactada o la cláusula penal por el incumplimiento de la obligación de poner los bienes a disposición de la otra parte. El propósito de la coordinación es velar por que los bienes ofrecidos por el tercero a la parte obligada a adquirir se ajusten a lo dispuesto en el acuerdo de comercio compensatorio. Si, por ejemplo, el tercero no pone a disposición de la otra parte bienes que satisfagan el nivel de calidad estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio y, por tanto, no se celebra un contrato de aprovisionamiento, la parte inicialmente obligada a proporcionar bienes sería responsable en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y la parte obligada a adquirir bienes podrá ser liberada del compromiso de compensación.

51. [*párrafo nuevo*] El contrato celebrado entre la parte inicialmente obligada a proporcionar bienes y el tercero podrá comprender una cláusula de "indemnidad", en virtud de la cual el tercero conviene en indemnizar a la parte inicialmente obligada a proporcionar bienes por la indemnización pactada o la cláusula penal que podría haber tenido que pagar con arreglo al acuerdo de comercio compensatorio, como consecuencia del incumplimiento del tercero en poner a disposición de la otra parte los bienes convenidos.

52. [*párrafo nuevo*] En algunas operaciones, la parte inicialmente obligada a proporcionar bienes y el tercero proveedor convienen en que éste pagará una comisión a la parte inicialmente obligada por la oportunidad de comercializar bienes.

D. Comercio compensatorio multipartito

53. [45] Hay tres tipos de operaciones de comercio compensatorio en los que intervienen más de dos partes pero que se diferencian de las operaciones contempladas en las secciones B y C del presente capítulo.

54. [46] Un primer tipo sería la operación tripartita, en la cual la parte que proporciona los bienes en una dirección no se compromete, en ningún momento de la operación, a efectuar una adquisición de bienes en dirección contraria, sino que ese compromiso es asumido desde un principio por un tercero. En cambio, la sección B cubre aquellos casos en los que una de las partes, después de haber asumido el compromiso de adquirir bienes, contrata a un tercero para que efectúe esas adquisiciones. Podría utilizarse una estructura tripartita de este primer tipo, por ejemplo, en una operación de venta de equipo con pacto de compra de productos en la que el exportador del medio de producción no desee participar en la compra de los productos resultantes y necesita, a fin de obtener financiación, contar desde un principio con un tercero que se obligue a adquirir esos productos. Una operación tripartita de este tipo podría iniciarse mediante la celebración, por las tres partes, de un acuerdo que enuncie sus respectivos compromisos de concertar en el futuro contratos de aprovisionamiento, y luego celebrar efectivamente los contratos de aprovisionamiento en ambas direcciones. Otro enfoque es que el exportador y el importador celebren un contrato para proporcionar bienes en una dirección, y al mismo tiempo el tercero adquirente (contraimportador) y el contraexportador asuman el compromiso de celebrar un futuro contrato para proporcionar bienes en la otra dirección.

55. [47] Un segundo tipo de operación multipartita sería un acuerdo tripartito en el que la parte que adquiere bienes en una dirección, en ningún momento de la operación, asume el compromiso de proporcionar bienes en la otra dirección, sino que es el tercero proveedor el que asume, desde un principio, el compromiso de proporcionar bienes. Este tipo de operación tripartita se diferencia de *los* dos tipos de operaciones contempladas en la sección C: las operaciones en las que una parte, después de haber asumido el compromiso de proporcionar bienes, designa a un tercero para que los proporcione, y las operaciones de compensación industrial indirecta, donde el contraimportador se compromete frente al importador a negociar contratos de aprovisionamiento con posibles proveedores que no hayan asumido el compromiso de celebrar esos contratos con el contraimportador. Un enfoque contractual para este tipo de operaciones tripartitas consiste en que las tres partes celebren un acuerdo en el que asuman sus respectivos compromisos de celebrar futuros contratos de aprovisionamiento, y luego celebren efectivamente esos contratos en ambas direcciones. Otro enfoque es que el exportador y el importador celebren un contrato en una dirección y simultáneamente el tercero adquirente (contraimportador) y el contraexportador asuman el compromiso de celebrar un futuro contrato para proporcionar bienes en la otra dirección.

56. [48] En muchos casos, una característica de las operaciones tripartitas que se describen en los *dos* párrafos *anteriores* es la vinculación de los pagos correspondientes a los contratos de aprovisionamiento en ambas direcciones. El empleo de esos mecanismos de pagos vinculados se examina en el capítulo IX, "Pago", *párrafos 68, 75 y 76.*

57. [49] En un tercer tipo de operación multipartita, dos partes celebran un contrato de aprovisionamiento en una dirección y otras dos partes celebran un contrato de aprovisionamiento en la otra dirección. Esa operación de comercio compensatorio cuatripartita puede concertarse cuando las partes en el contrato celebrado para proporcionar bienes en una dirección no se encuentren en condiciones de celebrar un contrato de aprovisionamiento en la otra dirección, pero estén interesadas en celebrar ese contrato de aprovisionamiento. Es posible que disposiciones de ese tipo resulten de interés dado que la celebración del segundo contrato de aprovisionamiento permitiría a las partes vincular los pagos correspondientes a los contratos en ambas direcciones con miras a evitar o reducir las transferencias monetarias al extranjero (la vinculación de pagos en las operaciones cuatripartitas se examina en el capítulo IX, "Pago", *párrafos 69, 75 y 77*). Otro motivo por el que despierta interés este tipo de acuerdo puede ser que el suministro de bienes en una dirección esté sujeto al requisito obligatorio de la adquisición de bienes en la otra dirección.

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

[A/CN.9/362/Add.9]

IX. PAGO

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-8
B. Retención de fondos por el importador	9-13
C. Bloqueo de fondos	14-37
1. Observaciones generales	14-18
2. Cuentas bloqueadas	19-30
a) Acuerdo de comercio compensatorio	21-25
i) Ubicación de la cuenta	21-22
ii) Funcionamiento de la cuenta bloqueada	23-24
iii) Otras cuestiones	25
b) Acuerdo de cuenta bloqueada	26-30
i) Partes	27
ii) Transferencia de fondos a una cuenta y desde ésta	28-29
iii) Duración y cierre de la cuenta	30
3. Contracartas de crédito	31-37
a) Secuencia de la emisión	32-33
b) Instrucciones para la asignación de ingresos	34-36
c) Fechas de expiración	37
D. Compensación de las reclamaciones de pago recíprocas	38-57
1. Observaciones generales	38-44
2. Acuerdo de comercio compensatorio	45-57
a) Asientos en el debe y haber	45-48
b) Cálculo de los asientos	49-50
c) Estados de cuenta	51
d) Verificación periódica	52
e) Saldo pendiente máximo	53
f) Liquidación del *saldo pendiente*	54-56
g) Garantía del pago del saldo pendiente	57
E. Cuestiones comunes a los métodos de pago vinculado	58-65
1. Moneda o unidad de cuenta	58
2. Designación de bancos	59
3. Acuerdo interbancario	60-61
4. Transferencia de fondos no utilizados o excedentarios	62-63
5. Nuevos pagos o entregas	64
6. Comisiones y gastos bancarios	65
F. Aspectos del pago en operaciones multipartitas de comercio compensatorio	66-77
1. Observaciones generales	66-73
2. Bloqueo de fondos en el comercio compensatorio multipartito	74-77

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo es una revisión del proyecto de capítulo IX, "Pago", publicado en el documento A/CN.9/332/Add.6. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/332/Add.6 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las revisiones de los párrafos que figuraban en el documento A/CN.9/332/Add.6 van en bastardilla.]

A. Observaciones generales

1. [1] Las partes pueden decidir que la obligación de pago derivada del contrato de suministro en una dirección se ha de liquidar independientemente de la obligación de pago con arreglo al contrato de suministro en la otra dirección. Cuando los pagos son independientes, el pago correspondiente a cada contrato de suministro se hace en una forma que se emplea de ordinario en el comercio, como el pago en cuenta abierta, el pago contra documentos, o cartas de crédito. Cabe también que las partes decidan vincular el pago de modo que los ingresos generados por el contrato en una dirección se destinen a pagar el contrato en la otra dirección, con lo que se evita o reduce la transferencia de fondos entre las partes. La guía jurídica examina sólo los convenios de pago vinculado. No analiza convenios de pago independientes, pues no suscitan cuestiones concretas al comercio compensatorio.

2. [2] Uno de los motivos que pueden tener las partes para vincular pagos es la *posibilidad* de que sea difícil para una de ellas pagar en la moneda acordada. Otro puede ser asegurar que el producto del embarque en una dirección se utilice para pagar el despacho en la otra. Entre los métodos de pago destinados a satisfacer esas necesidades figuran la retención de fondos por el importador (párrafos *9 a 13 infra*), el bloqueo de fondos pagados en virtud del contrato de exportación mediante cuentas bloqueadas o contracartas de crédito que aseguren su disponibilidad para cumplir el contrato de contraexportación (párrafos *14 a 37 infra*), y la compensación de reclamaciones de pago (párrafos *38 a 57 infra*).

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

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

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

6. [4] Las partes quizá deseen examinar la posibilidad *de que surjan obstáculos en la realización de pagos vinculados*. Por ejemplo, el acreedor de una de las partes en el comercio compensatorio *podría obtener una orden judicial de embargo del* importe de un contrato de suministro, el banco que tiene los fondos *podría* caer en insolvencia o *el pago podría impedirse como consecuencia de la promulgación ulterior de reglamentaciones bancarias o en materia de divisas. En estos casos* el método de pago podría quedar congelado hasta que se fallara la reclamación contra la parte en el comercio compensatorio, *el banco volviera a ser solvente o se suprimieran las reglamentaciones, según proceda*. Un factor para evaluar ese riesgo es el grado de protección que otorga la ley aplicable al método de pago contra *esas circunstancias externas*. Además, mientras más tiempo perduren los fondos en el método de pago, o las reclamaciones de pago aguardan la compensación, mayor será el riesgo de *que puedan surgir tales obstáculos*.

7. [5] Cabe observar que los métodos de pago pueden requerir autorización gubernamental si entrañan un retardo o la no repatriación del importe de un contrato de suministro o la tenencia de fondos en el extranjero o de una cuenta nacional en una moneda extranjera.

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

B. Retención de fondos por el importador

9. [6] A veces se pacta que el envío en una dirección determinada (contrato de exportación) ha de preceder al despacho en la otra dirección (contrato de contraexportación), y que el importe del contrato de exportación se ha de emplear para solventar la contraexportación ulterior. Esos casos se suelen denominar "compra anticipada" porque el importador ha de adquirir mercaderías para poder financiar el contrato de contraexportación. En esos casos, las partes pueden acordar que el importe del contrato de exportación quedará en manos del importador hasta que sea exigible el pago según el contrato de contraexportación.

10. [7] La aceptación de dicho acuerdo dependería de la confianza del exportador en que el importador mantendrá los fondos de conformidad con el acuerdo de comercio compensatorio. Es más probable que esa confianza exista cuando las partes tienen una relación estable. Otro factor es el riesgo de que el importador caiga en insolvencia o que los fondos en poder del importador queden sujetos a la reclamación de un tercero. En circunstancias normales la reclamación del

exportador no gozará de prelación respecto de la de otro acreedor del importador. En algunos sistemas jurídicos, los fondos pueden gozar de cierta protección contra las reclamaciones de terceros si el acuerdo de retención de fondos coloca al importador en una posición fiduciaria con respecto a los fondos. Por ejemplo, en los sistemas de derecho común, ello podría hacerse estableciendo un "*fideicomiso*" en el que el importador actuase como "*fideicomisario*" de los fondos. Las normas fiduciarias previstas en algunos otros sistemas jurídicos pueden ofrecer protección análoga.

11. [8] Además, *puede surgir un desacuerdo sobre el tipo, calidad o precio de los bienes contraexportados* si el acuerdo de comercio compensatorio no especifica el tipo de bienes que se han de contraexportar, o si no existe ninguna norma para medir la calidad del tipo de bienes convenidos. La posibilidad de semejante desacuerdo aumenta el riesgo de que durante un plazo inaceptable los fondos retenidos no se destinarán al uso previsto ni se entregarán al exportador. Cuando las partes puedan precisar el tipo de bienes, la duración del plazo necesario para que se disponga de los bienes contraexportados podrá ser una consideración que afecte la aceptabilidad de la retención de fondos por el importador. Esta resultaría más aceptable si se dispusiera de los bienes que se han de adquirir con los fondos retenidos y pudieran despacharse rápidamente, y menos aceptable si hubiera que fabricar especialmente los bienes.

12. [9] Hay que equilibrar adecuadamente dos objetivos opuestos. Uno es asegurar al exportador el acceso a los fondos si la contraexportación no ocurriera. El otro objetivo es asegurar al importador que los fondos no se transferirán al exportador, al menos no en su totalidad, si el exportador infringe el compromiso emanado del acuerdo de comercio compensatorio de contraimportar. El primer objetivo puede adelantarse fijando una fecha en la que los fondos han de transferirse al exportador si no ha ocurrido la contraexportación. El segundo objetivo puede promoverse autorizando al importador para deducir toda indemnización pactada o penalidad que pueda adeudarse al importador por la *infra*cción del exportador del compromiso de compensación antes de que los fondos *se transfieran* al exportador.

13. [10] Según el plazo en que los fondos han de retenerse bajo el control del importador, las partes tal vez deseen examinar la posibilidad de prever en el acuerdo de comercio compensatorio el pago de intereses *en favor del exportador*. Si así lo hacen, las partes pueden estipular la forma en que los fondos se depositarán para devengar *interés al tipo más favorable*.

C. Bloqueo de fondos

1. Observaciones generales

14. [11] Cuando el exportador no desee dejar los fondos generados por el contrato de exportación bajo el control del importador, las partes quizá deseen emplear otro método de pago destinado a garantizar que el importe del primer envío se utilice para el propósito previsto. La guía jurídica aborda dos métodos de este tipo: las cuentas bloqueadas y las contracartas de crédito cruzadas.

15. [12] Cuando las partes opten por una cuenta bloqueada, acuerdan que el pago del importador ha de depositarse en una cuenta en una institución financiera convenida por las partes y que el uso y la remisión del dinero deberán cumplir ciertos requisitos. Una vez depositados los fondos en la cuenta, el importador contraexporta y obtiene el pago con cargo a esos fondos presentando a la institución que administra la cuenta la documentación convenida que acredita el cumplimiento del contrato de contraexportación. Las cuentas de esta índole han solido denominarse "de garantía bloqueada", "en fideicomiso", "especiales", "fiduciarias" o "bloqueadas". La expresión "cuenta bloqueada" se utiliza en este documento para evitar referencias involuntarias a variedades particulares de dichas cuentas que pueden encontrarse en distintos sistemas jurídicos.

16. [13] Cuando las partes optan por contracartas de crédito, el importador abre una carta de crédito para cubrir el pago del contrato de exportación ("carta de crédito de exportación"). La carta de crédito sirve, pues, de base a la emisión de una carta de crédito para solventar el contrato de contraexportación ("carta de crédito de contraexportación"). Según las instrucciones de las partes, el importe de la carta de crédito de exportación queda bloqueado para cubrir la carta de crédito de contraexportación. La carta de crédito de exportación se liquida cuando el exportador presenta los documentos exigidos, entre ellos una instrucción irrevocable de que el importe debe utilizarse para asegurar el pago con arreglo a la carta de crédito de contraexportación. El pago de conformidad con ésta, que se financia con la carta de crédito de exportación, se efectúa cuando el contraexportador presenta los documentos exigidos.

17. [14] Se puede utilizar una cuenta bloqueada o contracartas de crédito cuando el importador no desea enviar los bienes de contraexportación hasta que se asegure la disponibilidad de fondos para pagarlas. En esos acuerdos de "compra anticipada", tanto las cuentas bloqueadas como las contracartas de crédito garantizan que los fondos generados por el despacho en una dirección, concretamente estipulada para efectuarse primero, se utilizarán para pagar el envío posterior en la otra dirección.

18. [15] Los inconvenientes financieros del bloqueo de fondos pueden mitigarse hasta cierto punto si los fondos bloqueados devengan intereses. Un banco tenedor de fondos para pagar cartas de crédito puede ser más renuente a pagar intereses que un banco que los tenga en una cuenta bloqueada. Por ello, una cuenta bloqueada puede ser un medio de percibir intereses al mantener un exceso de fondos en previsión de futuros pedidos. Puede ser útil cuando las partes al principio no estén seguras si se necesitará todo el importe de la exportación para pagar la contraexportación.

2. Cuentas bloqueadas

19. [16] Algunos ordenamientos jurídicos prevén regímenes jurídicos especiales para cuentas bloqueadas si cobran una forma jurídica particular (por ejemplo, cuenta "fiduciaria" o "*compte fiduciaire*"). En esos ordenamientos, una cuenta bloqueada estaría sujeta al derecho general de las obligaciones si no se establece en esa forma particular. Cuando se aplica un régimen jurídico especial, el tenedor de

los fondos está sujeto a obligaciones fiduciarias especiales con respecto a la disposición de los fondos y éstos pueden gozar de un grado de protección contra el embargo por terceros acreedores.

20. [17] Las disposiciones contractuales que reseñan el acuerdo de las partes sobre la cuenta bloqueada figurarán en el acuerdo de comercio compensatorio. Además, tendrá que celebrarse un acuerdo entre el banco y una o más de las partes en el comercio compensatorio ("acuerdo de cuenta bloqueada", párrafos *26 a 30 infra*). Las disposiciones de los contratos de suministro relativas a la cuenta bloqueada suelen limitarse a determinar la cuenta que se utilizará para el pago.

a) *Acuerdo de comercio compensatorio*

i) Ubicación de la cuenta

21. [18] Las partes deben estudiar si estipulan en el acuerdo de comercio compensatorio la ubicación de la cuenta, *designando* el banco, indicando el país en el que se ha de abrir la cuenta o estipulando algún otro criterio para seleccionar el banco. La elección de posibles ubicaciones de la cuenta puede limitarse si *la legislación nacional* de la parte cuyo envío genera los fondos restringe el derecho a tener fondos en el extranjero. En ese caso, la elección puede limitarse a abrir la cuenta en un banco situado en el país de esa parte.

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

ii) Funcionamiento de la cuenta bloqueada

23. [20] Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio contenga algunas disposiciones básicas que han de incorporarse en el acuerdo de cuenta bloqueada celebrado con el banco. Esas disposiciones facultan a cada una de las partes, al convenir en el uso de una cuenta bloqueada, para establecer que la cuenta tendrá las características que considere importantes. Las estipulaciones prevén, en particular, procedimientos para transferir fondos a la cuenta, requisitos documentarios para transferir fondos de la cuenta (por ejemplo, que la petición de pago utilice un formulario determinado, un conocimiento u otro documento de embarque, certificado de calidad) y los intereses. Al estudiar el texto del acuerdo de cuenta bloqueada en el acuerdo de comercio compensatorio, las partes deben recordar que es probable que el banco acostumbre operar con cuentas bloqueadas sobre la base de formularios de contratos o condiciones uniformes.

24. [21] El acuerdo de comercio compensatorio puede prever que los pagos en la cuenta se harán mediante una carta de crédito abierta por el importador en favor del exportador. Asimismo, puede convenirse en que el desembolso de los fondos depositados en la cuenta se efectuará mediante una carta de crédito abierta por el contraimportador en favor del contraexportador. En esos casos es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio precise las instrucciones que se han de dar a los bancos emisores y los documentos que corresponde presentar con arreglo a las cartas de crédito. Por ejemplo, el beneficiario deberá acompañar, con los documentos que acrediten el envío, una instrucción irrevocable de que su importe debe depositarse en la cuenta bloqueada.

iii) Otras cuestiones

25. [22] Es conveniente que el acuerdo de comercio compensatorio aborde cuestiones como el importe de los fondos que han de bloquearse, los intereses, la transferencia de fondos no utilizados o excedentarios, y todo pago suplementario (para un examen de las diversas cuestiones comunes a los métodos de pago vinculado que podrían figurar en el acuerdo de comercio compensatorio, véanse los párrafos *58 a 65 infra*).

b) *Acuerdo de cuenta bloqueada*

26. [23] El acuerdo de cuenta bloqueada consignaría instrucciones al banco y precisaría las medidas que han de adoptar los copartícipes y el banco, así como otras disposiciones sobre el funcionamiento de la cuenta bloqueada. El acuerdo de cuenta bloqueada abordaría también cuestiones relativas a los intereses y a los gastos bancarios, *así como a la manera en que los copartícipes puedan comprobar la precisión del cálculo de intereses y otras medidas adoptadas por el banco en la administración de la cuenta.* Es importante cerciorarse de que el acuerdo de cuenta bloqueada sea compatible con las disposiciones que figuran en el acuerdo de comercio compensatorio sobre la cuenta bloqueada.

i) Partes

27. [24] El acuerdo de cuenta bloqueada se celebrará entre el banco tenedor de la cuenta y una o más de las partes en el comercio compensatorio. En algunos casos, otro banco puede ser signatario de un acuerdo de cuenta bloqueada. Ello puede ocurrir cuando los fondos que se han de abonar en la cuenta tengan que encauzarse, por acuerdo o prescripción legal, recurriendo a un banco particular. Algunas *legislaciones nacionales* exigen que una cuenta bloqueada abierta en el extranjero se mantenga a nombre de su banco central y que ese banco sea parte en el acuerdo de cuenta bloqueada. En situaciones de comercio compensatorio multipartito en que el contraexportador o el contraimportador *es* distinto del exportador y el importador, *el nuevo copartícipe puede* ser también *parte* en el acuerdo de cuenta bloqueada.

ii) Transferencia de fondos a una cuenta y desde ésta

28. [25] El acuerdo de cuenta bloqueada aplicaría los procedimientos usuales del banco en la administración de una cuenta bloqueada. Es aconsejable que las partes se cercioren de que su acuerdo sobre la forma en que los fondos se han de pagar en la cuenta y desembolsar de ésta al contraexportador (véanse los párrafos *23 y 24 supra*) se refleje en el acuerdo de cuenta bloqueada. Puede ser útil indicar si se permiten giros parciales, la forma en que se ha de determi-

nar la cantidad que debe pagarse (por ejemplo, sobre la base del valor nominal de la factura) y si se notificarían las solicitudes de pago a la parte que depositó fondos en la cuenta. El acuerdo de cuenta bloqueada describiría también las condiciones en que deberían transferirse al exportador los fondos excedentarios o no utilizados, o se aplicarían según sus instrucciones (véanse los párrafos *62 y 63 infra*). En este último caso, el acuerdo de cuenta bloqueada puede indicar las condiciones en que se mantendrán los fondos antes de que se reciban instrucciones del exportador.

29. [26] Cabe observar que el banco tenedor de fondos bloqueados puede exigir que se limite su responsabilidad a examinar la conformidad de los documentos incluidos en la solicitud de pago del contraexportador con los requisitos convenidos, y no a verificar si se ha cumplido el contrato principal. El banco puede exigir también que el contraexportador, que recibirá el pago con cargo a la cuenta, le resarza los costos, reclamaciones, gastos (distintos de los gastos normales de administración y funcionamiento) y las responsabilidades en que pueda incurrir el banco con motivo de la cuenta bloqueada.

iii) Duración y cierre de la cuenta

30. [27] Para asegurar la existencia de la cuenta bloqueada durante el plazo necesario, el acuerdo de bloqueo precisará que la cuenta permanecerá abierta hasta cierta fecha o durante un plazo a contar de la entrada en vigor del acuerdo de comercio compensatorio. Las partes tal vez deseen prever que la cuenta bloqueada seguirá funcionando durante un plazo (por ejemplo 60 días) después de expirar el estipulado para cumplir el compromiso de compensación. Ese plazo permitiría que se completara la operación según se proyectó si el envío previsto en el contrato de contraexportación ocurriera justo antes de expirar el plazo de cumplimiento o se retardara por razones justificadas. El acuerdo de cuenta bloqueada podría indicar, *además del transcurso de un plazo convenido,* las circunstancias en que se cerraría la cuenta. Estas circunstancias podrían incluir un evento como la *finalización* del contrato de exportación o del acuerdo de comercio compensatorio.

3. Contracartas de crédito

31. [28] Cuando las partes deseen bloquear fondos utilizando contracartas de crédito, conviene que el acuerdo de comercio compensatorio incluya disposiciones relativas a la designación de los bancos participantes (véase el *párrafo 59 infra*), las instrucciones que se han de impartir a los bancos participantes para la emisión de las cartas de crédito de exportación y de contraexportación y para la asignación de sus importes, y los documentos que deben presentarse para obtener el pago. Además, las partes tendrían que estipular que el envío y la presentación de documentos en una dirección debe preceder al envío y la presentación de documentos en la otra dirección.

a) *Secuencia de la emisión*

32. [29] Las partes pueden acordar en que la carta de crédito de contraexportación debe emitirse antes que la carta de crédito de exportación. Esa secuencia de emisión puede ser una consideración importante para un contraexportador cuyo motivo para celebrar el contrato de importación fuese la expectativa de poder contraexportar. La no emisión de la carta de crédito de contraexportación y la consiguiente ausencia de una contraexportación pueden hacer al importador responsable de costos inherentes a la importación que inicialmente había previsto pagar con el producto de la contraexportación (por ejemplo, la comisión a un tercero por la reventa de bienes comprados en virtud del contrato de exportación). Para proteger los intereses del exportador que acepta abrir la carta de crédito de contraexportación antes de que se emita la carta de crédito de exportación, las partes pueden acordar que el pago con cargo a la carta de crédito de contraexportación exigirá una prueba documentaria de la emisión de la carta de crédito de exportación.

33. [30] En algunos casos las partes pueden decidir que se abra la carta de crédito de contraexportación sólo cuando el importe de la carta de crédito de exportación esté disponible para solventar la carta de crédito de contraexportación. Para prever el riesgo de que la carta de crédito de exportación se abra sin que se emita ulteriormente la carta de crédito de contraexportación, quizá las partes deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula adecuada sobre indemnización pactada o penalidades.

b) *Instrucciones para la asignación de ingresos*

34. [31] Las instrucciones del importador para la emisión de la carta de crédito de exportación deben prever que entre los documentos que han de presentarse para obtener el pago figuren instrucciones irrevocables del exportador de que los ingresos de la carta de crédito de exportación tendrán que utilizarse para pagar la carta de crédito de contraexportación al presentarse los documentos de envío relativos a la contraexportación. Las instrucciones para que se emita la carta de crédito de contraexportación deben indicar que se efectuará el pago utilizando los ingresos de la carta de crédito de exportación.

35. [32] *Debido a la vinculación existente entre los ingresos de la carta de crédito de exportación y la carta de crédito de contraexportación la* elección *del método* de pago *de la carta de crédito de exportación* se limita al pago a la vista o sobre una base diferida. *El pago mediante una letra de cambio, la otra opción utilizada en la práctica para retardar el pago de una carta de crédito,* es incompatible con el objetivo del pago vinculado de las contracartas de crédito. *Cuando se utiliza una letra de cambio para pagar al beneficiario de la carta de crédito, el banco obligado a pagar aceptará la letra girada por el importador en favor del beneficiario de la carta de crédito. Dicha letra permite al beneficiario transferirla por endoso a un tercero.* Si la *letra de cambio se endosa* a un tercero, el *banco que emitió* la carta de crédito de exportación *y aceptó la letra* estará obligado a pagar al tenedor *de la letra* (y el importador estará obligado a reembolsar al banco *que emitió la carta de crédito de exportación*), independientemente del *plan de pago de las contracartas de crédito.* Si la carta de crédito de exportación es pagadera a la vista, el banco *que emitió la carta de crédito de exportación* recibe la instrucción irrevocable de retener los fondos hasta una fecha determinada con el propósito de pagar la carta de crédito de contraexportación. Si la carta de crédito de exportación es una carta de crédito de

pago diferido, se instruirá al banco emisor de la carta de crédito de exportación para que, cuando el pago sea exigible, los fondos se utilicen para pagar la carta de crédito de contraexportación.

36. [33] Es aconsejable que las instrucciones para emitir la carta de crédito de exportación estipulen que su importe se pagará al exportador si no se efectúa la contraexportación. En una carta de crédito de exportación pagadera a la vista, el importe se pagará al exportador si en una fecha convenida los bienes contraexportados no se han enviado. Si la carta de crédito de exportación es pagadera sobre una base diferida, podría preverse que el importe se pagará al exportador si, en la fecha del pago, el contraexportador no ha presentado los documentos necesarios. Procedería también el pago al exportador si el importe de la carta de crédito de exportación rebasara lo necesario para cubrir la carta de crédito de contraexportación. Si se prevé esa situación, conviene que el importador instruya al emisor de la carta de crédito de exportación para que transfiera al exportador todo importe de esa carta de crédito que rebase la cantidad especificada necesaria para cubrir la carta de crédito de contraexportación.

c) *Fechas de expiración*

37. [34] Es aconsejable que la carta de crédito de contraexportación expire en un plazo razonable posterior al de la carta de crédito de exportación. Si las dos cartas de crédito tienen una fecha de expiración idéntica o casi idéntica, puede ser suficiente el tiempo para el envío y la presentación de documentos con arreglo al contrato de contraexportación si dicho envío y presentación en virtud del contrato de exportación ocurrieron en el último momento.

D. Compensación de las reclamaciones de pago recíprocas

1. Observaciones generales

38. [35] Las partes pueden acordar que compensarán sus reclamaciones de pago recíprocas basadas en envíos efectuados en cada dirección. Según ese arreglo, *no se paga realmente dinero sino que la suma de las reclamaciones originadas por las entregas efectuadas en una dirección se compensan con la suma de las reclamaciones originadas por las entregas efectuadas en la otra dirección. Si los valores de las entregas efectuadas en ambas direcciones arrojan un saldo pendiente, éste puede liquidarse mediante la entrega de nuevos bienes o el pago de dinero. En algunos Estados los arreglos de compensación están sujetos a autorización gubernamental.*

39. [36] Cabe aplicar un método de compensación cuando sólo ha de efectuarse un envío en cada dirección o cuando se harán múltiples expediciones en ambas direcciones durante un plazo más largo. La presente sección examina el sistema de registros que las partes tal vez deseen utilizar para compensar reclamaciones de pago de múltiples embarques. Ese sistema de registro, denominado en la guía jurídica "cuenta de compensación", recibe en la práctica diversos nombres, entre ellos "cuenta compensatoria", "cuenta de liquidación" o "cuenta comercial".

40. [37] Las propias partes o un banco pueden administrar una cuenta de compensación. La designación de un banco puede dimanar de normas imperativas de derecho. Los bancos se utilizan también porque las partes quizá deseen que los asientos en el debe y haber de la cuenta de compensación se hagan basándose en documentos de envío examinados según los procedimientos usuales de los bancos. Además, los bancos encargados de administrar una cuenta de compensación pueden convenir en garantizar la obligación de una parte que interviene en el comercio compensatorio de liquidar un *saldo pendiente* en el movimiento comercial.

41. [38] Según un criterio para estructurar la cuenta de compensación, se mantienen dos cuentas para registrar asientos en el debe y haber, una en un banco del país de una de las partes y la otra en un banco del país de la otra parte. Otro criterio sería utilizar una sola cuenta administrada por un solo banco; otros bancos pueden intervenir con el propósito de expedir documentos y emitir o notificar cartas de crédito.

42. [39] Cuando dos bancos intervienen en la administración de un arreglo de compensación, es probable que celebren un acuerdo interbancario. Dicho acuerdo puede abarcar alguno de los puntos ya abordados en el acuerdo de comercio compensatorio, así como tomar las disposiciones técnicas relativas a la cuenta de compensación. El acuerdo de comercio compensatorio puede referirse al acuerdo interbancario y declarar que los detalles técnicos del funcionamiento de las cuentas se regirán por el acuerdo interbancario celebrado entre los bancos participantes. Aunque las partes en el comercio compensatorio suelen ser signatarias de un acuerdo interbancario, conviene que participen en la preparación del acuerdo interbancario para asegurar la congruencia entre el acuerdo de comercio compensatorio y el acuerdo interbancario (los acuerdos interbancarios se analizan en los párrafos *60 y 61 infra*).

43. [*párrafo nuevo*] En muchas legislaciones nacionales los acuerdos de compensación de reclamaciones originadas en una relación comercial se reconocen como un tipo distinto de contrato que implica a las dos partes de la relación comercial y a un tercero que debe administrar el registro de las reclamaciones mutuas. Entre las expresiones utilizadas para designar esos contratos cabe citar "*compte courant*", "*cuenta corriente*" o "*Kontokorrent*", aunque algunas de ellas también se emplean para designar cuentas en las que el banco posee fondos de los clientes. Estas legislaciones nacionales se ocupan de cuestiones tales como las obligaciones del tercero que administra la compensación, las consecuencias de la inscripción de un asiento de reclamación en la cuenta de compensación, las medidas necesarias para que se produzca la compensación de esas reclamaciones, la posibilidad de oponerse a una reclamación determinada o al saldo de reclamaciones de compensación, o las consecuencias de la insolvencia o la quiebra de una parte en lo que se refiere a asientos concretos en la cuenta de compensación.

44. [40] La guía jurídica no examina los acuerdos generales interestatales para el comercio recíproco dentro del marco de una cuenta de compensación entre autoridades bancarias estatales. Según ellos, el valor de las entregas en ambas direcciones se registra en una moneda o unidad de cuenta, y oportunamente se compensa entre las autoridades

de los bancos estatales. Los comerciantes de cada país, contratan directamente entre sí, pero someten sus reclamaciones de pago a sus respectivos bancos centrales o de comercio exterior y reciben pagos en moneda nacional. Asimismo, los compradores pagan sus importaciones en moneda nacional a sus respectivos bancos centrales o de comercio exterior. Esos sistemas de compensación, que podrían integrar medidas económicas tendentes a promover el comercio, quedan fuera del ámbito de la guía jurídica, pues los distintos contratos de suministro en una dirección celebrados en virtud de acuerdos globales, no están vinculados contractualmente a los contratos celebrados en la otra dirección.

2. *Acuerdo de comercio compensatorio*

a) *Asientos en el debe y haber*

45. [41] Las partes tal vez deseen convenir en que los asientos en la cuenta *requieran la presentación* de documentos. El acuerdo de comercio compensatorio ha de estipular los documentos que debe presentar el proveedor para que se le anoten al haber. El tipo de documentos estipulado depende del momento de la ejecución de un contrato de suministro en el que las partes desean que se registren al haber del proveedor. Entre estos documentos podrían figurar, por ejemplo, facturas, listas de embalaje, certificados de calidad o cantidad, conocimientos de embarque u otros documentos de transporte, constancia de los despachos de aduana de los bienes en el país receptor o de su aceptación por el comprador, y todo otro documento estipulado en los distintos contratos de suministro. Las partes quizá deseen convenir también en el contenido de cualquier declaración que el proveedor debería formular sobre la operación que se acredita (por ejemplo, número de cuenta de la compra, fecha del envío, descripción del tipo, la cantidad y el valor de los bienes, número y peso de los bultos, detalles referentes al transporte y referencia a la cuenta de compensación).

46. [42] Si se acuerda que los asientos en la cuenta se han de anotar sobre la base de hechos que ocurren en el país de destino (por ejemplo, despacho de aduanas o aceptación del comprador), las partes tal vez deseen mantener un registro paralelo de envíos en tránsito, pero aún no despachados por la *autoridad aduanera* o aceptados por el comprador. Ese método paralelo daría una indicación de las próximas reclamaciones de pago que se asentarían en la cuenta una vez que los bienes en tránsito hayan sido despachados por aduanas o aceptados por el comprador. Esta información permitiría a las partes aplicar algunas disposiciones del sistema de compensación (por ejemplo, saldo pendiente máximo, *párrafo 53 infra*, y liquidación de *ese saldo*, párrafos *54 a 56 infra*) con mayor flexibilidad que en caso contrario. Por ejemplo, las partes pueden acordar que podría suspenderse la aplicación de un saldo máximo a una parte en posición deudora si el valor de los bienes en tránsito se tuviese en cuenta. Esto permitiría a una parte, que de lo contrario no podría recibir nuevos envíos de bienes, continuar recibiéndolos.

47. [43] En un arreglo de compensación que consta de una sola cuenta, las partes pueden acordar que la presentación al banco administrador de los documentos estipulados activa las medidas adecuadas en el debe y haber. Un arreglo de compensación que conste de dos cuentas podría operar como sigue: el comprador, por conducto de su banco, presenta al banco del proveedor una copia de un pedido de compra y todo otro documento estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio o especificado en la orden de compra. Al recibir los documentos requeridos, el banco del proveedor anota en el debe de la cuenta del comprador. Hecho esto, el banco del proveedor expide los documentos al banco del comprador con un estado relativo a la fecha efectiva del adeudo. Dicha fecha, según lo convenido en el acuerdo interbancario, puede ser, por ejemplo, la fecha en que el banco del proveedor despacha los documentos al banco del comprador. Al recibir los documentos, el banco del comprador anota en sus libros el correspondiente asiento en el haber de la cuenta del proveedor.

48. [44] Como en la cuenta de compensación se registran los valores de los envíos y no los pagos, es innecesario el uso de cartas de crédito. Cuando se utilizan éstas, sirven para aplicar procedimientos conducentes a examinar los documentos de envío y no para transferir dinero. En esos casos, *las estipulaciones del acuerdo de comercio compensatorio relativas a las instrucciones que han de darse a los bancos emisores deberían ajustarse a la revisión en curso de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios preparada por la Cámara de Comercio Internacional, que los bancos suelen incorporar en sus formularios de carta de crédito.*

b) *Cálculo de los asientos*

49. [45] El acuerdo de comercio compensatorio debe indicar la moneda o unidad de cuenta en que se expresarán los valores de las entregas (*párrafo 58 infra*). Además, las partes quizá deseen abordar la cuestión de determinar si se registrará en la cuenta de compensación el interés calculado sobre el importe de un *saldo pendiente*. Además, las partes pueden desear que se estipule si los asientos en el debe y el haber sólo se harán sobre la base de los documentos probatorios del embarque o también sobre la base de toda reclamación dimanada de bienes defectuosos o envíos retrasados. Si aquéllos sólo se basan en documentos de envío, las reclamaciones relativas al cumplimiento imperfecto de contratos de suministro se liquidarán fuera del sistema de compensación. No obstante, si las partes acuerdan en que las reclamaciones basadas en el cumplimiento imperfecto de contratos de suministro afectarán el saldo de la cuenta de compensación, conviene estipular los tipos de documentos que han de presentarse para modificar el saldo de dicha cuenta. Por ejemplo, el acuerdo de comercio compensatorio podría requerir un laudo arbitral o una declaración de la parte incumplidora que señale el importe de que se trate.

50. [46] Para proteger el sistema de compensación contra incertidumbres emanadas de la tributación, las partes y los bancos pueden acordar que los impuestos *no figuren en la cuenta de compensación*. Eso tiende a facilitar el objetivo de equilibrar el comercio del mecanismo de compensación al permitir que se acredite el valor total de un envío determinado.

c) *Estados de cuenta*

51. [47] *Es aconsejable considerar* la forma en que el banco o bancos participantes *informarán* sobre la situación de la

cuenta de compensación a las partes del intercambio *y a cualquier banco participante. El acuerdo sobre esta cuestión* es particularmente pertinente cuando un banco mantiene la cuenta en nombre de ambas partes. Si intervienen dos bancos, la presentación de informes puede figurar en el acuerdo interbancario. Entre los puntos por acordar se encuentran la periodicidad, oportunidad y contenido de los informes, el procedimiento para impugnar y el plazo en que cabe hacerlo antes de que se estime aceptado un informe.

d) *Verificación periódica*

52. [48] Para evitar la posibilidad de errores o discrepancias en la cuenta de compensación, las partes pueden acordar que se verifique en determinados momentos el valor registrado de los envíos en ambas direcciones. La determinación del saldo pendiente puede basarse, por ejemplo, en el estado de cuenta anterior que se haya aceptado y en los posteriores adeudos y créditos notificados en la forma convenida. Las partes tal vez deseen precisar la duración del plazo en que se ha de completar el procedimiento de verificación (por ejemplo, dentro de siete días a contar de los momentos fijados).

e) *Saldo pendiente máximo*

53. [49] Las partes pueden acordar que en ningún momento del arreglo de compensación un saldo acreedor o deudor de la cuenta de compensación *rebase* un monto máximo convenido respecto de cada una de las partes. Según ese saldo máximo (a veces denominado "*alcance*"), los adeudos y créditos no se asentarán en la parte que rebase el saldo máximo. Se podría estipular también que se suspenderían los envíos de bienes a la parte cuya aceptación de bienes sin expedir a su vez una cantidad suficiente hubiese ocasionado un saldo deudor equivalente al límite máximo convenido, *o que los saldos pendientes que superen ese límite tengan que liquidarse mediante la transferencia de dinero.* Los envíos a esa parte, y los correspondientes adeudos, se reanudarán cuando el saldo deudor retorne a los límites permisibles.

f) *Liquidación del saldo pendiente* [cambio de título]

54. [50] Es aconsejable que las partes estipulen en el acuerdo de comercio compensatorio la forma *de liquidar los saldos de los valores de las entregas efectuadas en ambas direcciones que tienen pendientes* al finalizar *los subperíodos del plazo de cumplimiento o terminar dicho plazo.*

55. [50] Con respecto a los saldos pendientes al cabo de los subperíodos, puede acordarse que *el saldo se arrastre al subperíodo siguiente. O también, puede acordarse que sólo sea posible arrastrar al subperíodo siguiente los saldos hasta un límite especificado, y que el saldo que supere este límite tenga que liquidarse en efectivo o mediante* entregas de bienes dentro de un plazo más breve estipulado. El objetivo de limitar el importe *del saldo pendiente que se arrastre es evitar la acumulación de un elevado saldo pendiente que sea* difícil rectificar *al final* del plazo de cumplimiento.

56. [51] *En lo que se refiere a los saldos pendientes* al finalizar el plazo de cumplimiento, *puede acordarse que dichos saldos se liquiden* mediante una transferencia monetaria dentro de un lapso convenido. Otra opción que pueden convenir las partes es *que el saldo se liquide después de finalizado el período de cumplimiento, mediante entregas de bienes dentro del plazo complementario que se establezca. Si,* transcurrido el plazo complementario, *todavía sigue pendiente un saldo, podrá estipularse que* se ha de liquidar mediante una transferencia monetaria dentro de un período convenido.

g) *Garantía del pago del saldo pendiente*

57. [52] En un arreglo de compensación en que intervengan dos bancos, cada banco puede garantizar la obligación de liquidar todo saldo pendiente. Si se mantiene una sola cuenta en un banco a nombre de ambas partes, ese banco puede constituir una garantía que asegure la liquidación de un saldo en favor de cualquiera de las partes que tenga el saldo acreedor pendiente. Las partes pueden acordar que el costo de mantener esa garantía se prorratee entre ellas. El importe de una garantía de pago del saldo pendiente suele limitarse al saldo máximo permitido según el arreglo de compensación. (Para un examen detallado de esas garantías, véase el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", párrafos *[38] a [45].*) Sin embargo, las partes deben recordar que pueden existir casos en que la remesa de las sumas reclamadas con arreglo a esas garantías estarán sujetas a un examen y autorización previos de las autoridades de control de cambios. A veces es posible obtener la autorización previa de las autoridades de control de cambios para la remesa del pago garantizado.

E. Cuestiones comunes a los métodos de pago vinculado

1. Moneda o unidad de cuenta

58. [53] Las partes deben designar la moneda o unidad de cuenta en que funcionará el método de pago. Un factor de particular importancia es la estabilidad de los tipos de cambio de la moneda elegida. Por ello, las partes quizá deseen examinar el empleo de una unidad de cuenta (por ejemplo, los DEG (Derechos especiales de giro), la ECU (Unidad monetaria europea) o la UAPTA (Unidad de cuenta de la Zona de comercio preferencial para los Estados de África oriental y meridional)). Otro factor que hay que examinar al seleccionar una moneda es que sea una de aquellas en que los bienes que se han de comerciar se evalúen de ordinario. En las cuentas de compensación, la moneda en que la cuenta opera reviste el carácter de una unidad de cuenta porque los pagos no se efectúan en las cuentas de compensación, salvo para liquidar los *saldos* comerciales *deudores que estén pendientes.* Por tanto, las partes pueden adoptar en la cuenta de compensación una moneda que no emplearían si tuviesen que pagar realmente cada envío.

2. Designación de bancos

59. [54] Las partes quizá deseen designar en el acuerdo de comercio compensatorio el banco o bancos que emplearán para administrar el método de pago y extender las cartas de

crédito pertinentes. Si las partes no designan un banco en el acuerdo de comercio compensatorio, tal vez deseen acordar, por ejemplo, que el banco deberá tener su establecimiento en un país determinado, que el banco habrá de ser aceptable para ambas partes o que el banco seleccionado tendrá que admitir un método de pago que devengue intereses.

3. Acuerdo interbancario

60. [55] Cuando *en cada extremo de la operación de comercio compensatorio interviene un banco*, los bancos participantes pueden celebrar un acuerdo interbancario sobre los aspectos técnicos y procedimentales del método de pago. El acuerdo interbancario abarcará las cuestiones siguientes: estados de cuenta; procedimientos para notificar intereses vencidos; periodicidad del registro de intereses; comunicaciones interbancarias para notificar anotaciones en el debe y haber y transmitir documentos; procedimientos de verificación de asientos en las cuentas; gastos bancarios, y modificación y cesión del acuerdo interbancario. Aunque las partes en el comercio compensatorio no suelen serlo en el acuerdo interbancario, les interesa el contenido de éste por su función reguladora del arreglo de pago. Por tanto, es aconsejable que las partes en el comercio compensatorio consulten con sus bancos para cerciorarse de que las condiciones del acuerdo interbancario coinciden con las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio en cuanto al pago.

61. [56] La entrada en vigor y *la* duración del acuerdo interbancario pueden vincularse a la del acuerdo de comercio compensatorio para asegurar el funcionamiento del método de pagos cuando se efectúe la operación de comercio compensatorio. Conviene prever que el acuerdo interbancario perdure una vez expirado o terminado el acuerdo de comercio compensatorio a los efectos de liquidar todo saldo pendiente. Para dar a los copartícipes una oportunidad de aprobar el acuerdo interbancario, las partes en el comercio compensatorio y los bancos participantes podrían convenir en que el acuerdo interbancario entrara en vigor al aprobarlo las partes en el comercio compensatorio. En algunos países el acuerdo interbancario puede requerir la aprobación de las autoridades de control de cambios u otras.

4. Transferencia de fondos no utilizados o excedentarios

62. [57] Conviene que las partes estipulen el pago al exportador del importe del contrato de exportación, o su aplicación según las instrucciones del exportador, si la contraexportación no ocurre en la fecha convenida. A fin de disipar la preocupación del importador por un incumplimiento arbitrario del compromiso de compensación, puede convenirse en que una cantidad equivalente a la suma que puede adeudar el exportador como daños y perjuicios, indemnización pactada o penalidad por incumplimiento del compromiso de compensación se retendrá o transferirá a un tercero mientras se resuelva un litigio sobre responsabilidad por incumplimiento del compromiso de compensación.

63. [58] Se puede incluir una disposición análoga con respecto a los fondos generados por la exportación que rebasen el monto necesario para cubrir el precio del contrato de contraexportación. La transferencia de fondos no utilizados constituye también un problema cuando las partes acuerdan que sólo ha de retenerse una porción del importe del contrato de exportación (por ejemplo, como depósito para solventar la contraexportación) y que el saldo *pendiente* adeudado por la contraexportación se pagará en el momento de su vencimiento.

5. Nuevos pagos o entregas

64. [59] Las partes podrán prever que sus envíos no serán de *igual* valor ni de la cantidad proyectada, por lo que el importe del envío en una dirección será insuficiente para cubrir el envío en la otra dirección. En esos casos, es aconsejable acordar si la diferencia se liquidará mediante nuevas entregas o pagos en efectivo.

6. Comisiones y gastos bancarios

65. [60] Conviene que las partes prevean en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión del pago de los gastos *bancarios* por el funcionamiento del *método de pago. A fin* de simplificar la marcha del acuerdo de pago, puede convenirse en que las comisiones y gastos *bancarios* se registrarán separadamente de los asientos correspondientes a envíos de bienes. Cuando se utilice un solo banco que actúa en nombre de ambas partes, puede convenirse en que los gastos bancarios se prorratearán. Cuando en ambos extremos de la operación interviene un banco, puede acordarse que los gastos de cada banco los pagará su respectivo cliente. *Por ejemplo, puede acordarse que los gastos de emisión de una carta de crédito los sufragará* el comprador, mientras que los gastos de negociación y confirmación, cuando proceda, serán a cargo del proveedor. *Los gastos de las prórrogas* u otras enmiendas de las cartas de crédito podría sufragarlos la parte responsable de dicha prórroga o modificación.

F. Aspectos del pago en operaciones multipartitas de comercio compensatorio

1. Observaciones generales

66. [61] En una operación de comercio compensatorio pueden intervenir uno o más terceros. En algunos casos, además del exportador y el importador, existe un tercero contraimportador *o un tercero contraexportador* ("comercio compensatorio tripartito"); en otros casos, además del exportador y el importador, actúa un tercero contraexportador ("comercio compensatorio tripartito"), y todavía hay otros en que, además del exportador y el importador, intervienen un tercero contraimportador y un tercero contraexportador ("comercio compensatorio cuatripartito") (véase el capítulo VIII, "Participación de terceros", párrafos ____ a ____). La participación de un tercero contraimportador puede ocurrir cuando el importador necesita vender bienes a fin de obtener fondos para cubrir el costo de la importación, pero el exportador no se interesa en adquirir o no puede comprar lo que el importador tiene para vender. Un tercero contraexportador puede figurar cuando el propio importador no tiene bienes que interesen al exportador.

67. [62] Si las partes acuerdan que las obligaciones de pago dimanadas de los contratos de exportación y de contraexportación han de liquidarse independientemente, una operación de comercio compensatorio en que intervengan terceros no plantea problemas concretos de pago al comercio compensatorio. Se suscitan esos problemas si el importe del contrato entre dos partes (por ejemplo, importador y exportador) se utilizará para solventar un contrato entre dos partes diferentes (por ejemplo, importador y tercero contraimportador). En esos casos, según se indica en los dos párrafos siguientes, una parte que recibe bienes no paga ni envía a la parte que suministra esos bienes, pero en cambio paga o envía a un tercero.

68. [63] En una operación de comercio compensatorio tripartita en que intervenga un tercero contraimportador, el importador, en lugar de transferir dinero al exportador en virtud del contrato de exportación, entrega bienes al contraimportador y se estima que ha extinguido la obligación de pagar la importación hasta el valor de los bienes compensatorios entregados al contraimportador. A su vez, el contraimportador paga al exportador una cantidad equivalente al valor de los bienes recibidos del contraexportador. Análogamente, en una operación tripartita en que participe un tercero contraexportador, el importador transfiere fondos al contraexportador para pagar el envío al contraimportador y éste (exportador) conviene en que la reclamación de pago emanada del contrato de exportación se extingue hasta el valor de los bienes que se le han contraexportado.

69. [64] En una operación de comercio compensatorio cuatripartita, si el contraexportador es una parte independiente del importador y el contraimportador es una parte independiente del exportador, éste envía bienes al importador, quien, en lugar de pagar al exportador, paga al contraexportador una cantidad equivalente al valor de los bienes recibidos del exportador. El pago del importador al contraexportador resarce al contraexportador el envío al contraimportador. El contraimportador paga al exportador una cantidad equivalente al valor de los bienes recibidos del contraexportador.

70. [65] El pago en una operación de comercio compensatorio multipartita puede organizarse de modo que sea innecesario el pago transfronterizo. Ello sería factible, como entre un importador y un exportador, si el importador y el tercero contraexportador residen en el mismo país o si el exportador y un tercero contraimportador residen en el mismo país. Cuando tanto el contraexportador como el contraimportador son terceros, los pagos transfronterizos pueden evitarse si el exportador y el contraimportador residen en un país y si el importador y el contraexportador residen en otro país. Si no hay una transferencia monetaria al extranjero, los pagos podrán efectuarse en moneda nacional entre las partes de cada extremo de la operación.

71. [66] En el comercio compensatorio multipartito, además de las disposiciones referentes al pago en el acuerdo de comercio compensatorio y en los contratos de exportación y contraexportación, también habría acuerdos entre el exportador y el contraimportador o entre el importador y el contraexportador relativos al pago en moneda nacional equivalente al valor de los bienes recibidos por una parte determinada y el pago de una comisión. Además, puede celebrarse un acuerdo entre los bancos participantes sobre el método de pago.

72. [67] El acuerdo de comercio compensatorio debe describir las obligaciones de cada parte, la secuencia en que se efectuarán los envíos, la forma y periodicidad de los pagos, y las instrucciones que se han de dar a los bancos participantes. Una operación de comercio compensatorio multipartita con un método de pago vinculado requiere que se coordinen las medidas de las partes participantes y las instrucciones dadas a los bancos participantes. Es aconsejable celebrar un solo acuerdo de comercio compensatorio suscrito por todas las partes que concurren a él. Si en una operación entre varias partes no todas intervienen en el acuerdo de comercio compensatorio, puede ser necesario incluir en los distintos contratos de suministro cláusulas relativas a los métodos de pago vinculado.

73. [*párrafo nuevo*] Para que la coordinación de las obligaciones de las partes en las operaciones multilaterales de comercio compensatorio sea más efectiva, las partes tal vez deseen estipular, al principio de la operación, que determinadas condiciones del acuerdo de comercio compensatorio o de un contrato de suministro sólo podrán modificarse si todas las partes en la operación están de acuerdo en esa modificación. Las modificaciones que deberían ser objeto de acuerdo de las partes participantes se refieren en especial al momento de efectuar los envíos, el método de pago, la cantidad y calidad de los bienes y el precio. Además, las partes quizá deseen considerar la posibilidad de garantizar las obligaciones previstas en la operación mediante un acuerdo sobre el pago de indemnizaciones pactadas o multas o el establecimiento de garantías bancarias independientes.

2. *Bloqueo de fondos en el comercio compensatorio multipartito*

74. [68] Como en el comercio compensatorio en que intervienen dos partes, las cuentas bloqueadas y las contracartas de crédito pueden utilizarse en el comercio compensatorio multipartito. Las cuestiones pertinentes al empleo de cuentas bloqueadas y contracartas de crédito se examinan en los párrafos *14 a 37 supra*.

75. [69] Si se utiliza una cuenta bloqueada en una operación cuatripartita, o en una operación tripartita en que intervenga un tercero contraexportador, el importe del contrato de exportación se mantendrá en una cuenta bloqueada hasta la presentación de documentos que acrediten el cumplimiento del contrato de contraexportación, momento en el que los fondos se transferirán al contraexportador. Si no se han presentado documentos probatorios del cumplimiento del contrato de exportación en el plazo estipulado al efecto, los fondos se transferirán al exportador. Para hacer el pago mediante una cuenta bloqueada, el exportador y el importador celebran un acuerdo de cuenta bloqueada con el banco seleccionado para administrar la cuenta.

76. [70] Cuando se utilizan contracartas de crédito en una operación tripartita en que interviene un tercero contraexportador, el contraimportador (exportador) abre una carta de crédito a favor del contraexportador (carta de crédito de contraexportación). La cobertura de la carta de crédito de con-

traexportación se obtiene del importe de la carta de crédito abierta por el importador en resguardo del exportador (carta de crédito de exportación). El exportador tiene acceso a los documentos de embarque relativos a los bienes de contraexportación al acreditar el envío según el contrato de exportación y una instrucción de que el importe de la carta de crédito de exportación debe utilizarse para cubrir la carta de crédito de contraexportación. Análogamente, en el caso de una operación tripartita en que intervenga un tercero contraimportador, el importe de la carta de crédito de exportación podría utilizarse para cubrir la carta de crédito de contraexportación.

77. [71] Cuando se utilizan contracartas de crédito en una operación cuatripartita, el importador, que obtiene la emisión de la carta de crédito de exportación, deposita en el banco expedidor de la carta de crédito de exportación el valor de esa carta de crédito. Por instrucciones del exportador, el importe de la carta de crédito de exportación no se paga al exportador, sino que se bloquea para cubrir la carta de crédito de contraexportación. Al presentar el contraexportador documentos de embarque con arreglo a la carta de crédito de contraexportación, los fondos depositados por el importador para cubrir la emisión de la carta de crédito de exportación se pagan al contraexportador; en el otro extremo de la operación, el contraimportador paga al exportador una cantidad equivalente al valor de los bienes recibidos por el contraimportador. Si el contraexportador no presenta documentos de embarque en virtud de la carta de crédito de contraexportación, los fondos depositados por el importador para cubrir la carta de crédito de exportación se transferirán al exportador.

[A/CN.9/362/Add.10]

X. LIMITACIONES A LA REVENTA DE BIENES EN EL COMERCIO COMPENSATORIO

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-8
B. Deber de informar o de celebrar consultas	9-10
C. Limitaciones territoriales y otras conexas	11-16
D. Precio de reventa	17-20
E. Envasado y marcado	21-22
F. Aplicación a terceros adquirentes	23-24
G. Revisión de las limitaciones	25-26

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo constituye una revisión del proyecto de capítulo X, titulado "Limitaciones a la reventa de bienes en el comercio compensatorio", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2. La nota entre corchetes al comienzo de cada párrafo indica o bien el número con el que el párrafo figuraba en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2 o bien que el párrafo es nuevo. Las correcciones introducidas en los párrafos contenidos en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2 figuran en bastardilla.]

A. Observaciones generales

1. [1] A veces las partes de un acuerdo de comercio compensatorio o de un contrato de suministro convienen determinadas limitaciones a la reventa de todos o parte de los bienes adquiridos en virtud del compromiso de comercio compensatorio. Las limitaciones convenidas pueden restringir, por ejemplo, el territorio en que el adquirente puede revender los bienes, fijar un precio mínimo de reventa, o prescribir un determinado envasado y marcado de los bienes que han de revenderse. Tales limitaciones cabe aplicarlas a la reventa de los bienes dentro del país del adquirente o a la reexportación de los bienes. El acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro pueden contener una combinación de diversos tipos de limitaciones de reventa.

2. [2] Este tipo de limitaciones de reventa no es privativo de las operaciones de comercio compensatorio. Si se abordan tales limitaciones en la guía jurídica es porque en el comercio compensatorio pueden cobrar una importancia especial. Las limitaciones de reventa pueden ser parte de la estrategia del proveedor de bienes en régimen de comercio compensatorio o de un gobierno que haya dado instrucciones para practicar ese tipo de comercio, cuando al exigir el compromiso de dedicarse al comercio compensatorio se pretenda aumentar el volumen de las exportaciones a un determinado mercado o desarrollar nuevos mercados para los bienes, sin que ello repercuta negativamente en los mercados existentes de esos bienes.

3. [3] Las partes deben saber que muchos ordenamientos jurídicos contienen normas imperativas sobre prácticas comerciales restrictivas y cerciorarse de que la limitación de reventa en que piensan ampararse no contraviene lo dispuesto en esas normas. Tales normas imperativas pueden adoptar forma de ley o diversos tipos de reglamentaciones adminis-

trativas, *y son interpretadas por resoluciones judiciales*. Tal vez sean aplicables las normas imperativas de más de un país. Este tipo de normas imperativas pueden contener prohibiciones de alcance muy general contra las prácticas que restringen indebidamente la competencia y ponen, por ello, a los competidores y a los consumidores en una injusta situación de desventaja, o perjudican a la economía nacional. Además, suelen existir prohibiciones concretas contra determinados tipos de prácticas comerciales restrictivas. Por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos se prohíben o pueden anularse los acuerdos que limitan el derecho a revender si el proveedor que impone la limitación ocupa una posición dominante en el mercado, si la restricción limita el acceso a los mercados o, de otro modo, se restringe indebidamente la competencia, si la limitación tiene o puede tener otras consecuencias negativas para el comercio o el desarrollo económico. Algunos ordenamientos jurídicos prohíben categóricamente los acuerdos en que se fija un precio mínimo. En otros, se admiten acuerdos sobre precio mínimo sólo para determinados tipos de bienes (por ejemplo, bienes con marca de fábrica o suntuarios) o cuando se cumplen determinadas condiciones (por ejemplo, que el acuerdo de fijación de precios sea aprobado por la autoridad competente o se demuestre que los compradores tienen posibilidades suficientes de obtener idénticos o similares bienes a precios no sometidos a un acuerdo de fijación de precios).

4. [4] Al negociar una limitación de reventa de bienes del comercio compensatorio *es útil tener presente que, según las circunstancias comerciales de la operación, una limitación podría* reducir el precio que estará en condiciones de ofrecer la parte que adquiere y revende bienes de ese tipo de comercio a la contraparte que suministra los bienes. Tales *pueden ser* las consecuencias de una cláusula que prohíba revender los bienes en el mercado más atractivo, o de la que exija condiciones de reventa que irroguen gastos adicionales a la parte que revende los bienes.

5. [5] Cuando se baraja la posibilidad de imponer una limitación de reventa, conviene ser lo más concreto posible en el acuerdo de comercio compensatorio en cuanto al contenido de la limitación. A falta de una cláusula sobre limitación de reventa en el acuerdo de comercio compensatorio, el exigir que la adquisición de bienes de ese tipo de comercio esté sujeta a una limitación de reventa podría complicar la negociación de un contrato de suministro y tal vez fuera difícil atribuir a una de las partes la responsabilidad de que no se llegara a concertar ese contrato de suministro. Cuando sea posible hacer intervenir a un tercero para que efectúe las adquisiciones necesarias a fin de cumplir el compromiso de comercio compensatorio *y el tercero adquirente esté sujeto a una limitación de reventa, es conveniente que el proveedor se cerciore de que el tercero adquirente sepa que sus adquisiciones están* sujetas a esa limitación (véanse los párrafos *23 y 24 infra*).

6. [6] ¿Hasta qué punto puede ser explícito el acuerdo de comercio compensatorio? Ello dependerá de factores como saber si se ha determinado el tipo de bienes que deben adquirirse, el carácter de la limitación, el plazo en que van a concertarse los contratos de suministro y la posibilidad de que intervengan terceros en la reventa de los bienes. En algunos casos tal vez sea posible formular en el acuerdo de comercio compensatorio la cláusula de limitación de reventa que ha de aplicarse a todas las adquisiciones efectuadas en virtud del acuerdo de comercio compensatorio. En otros casos tal vez no disponga el proveedor, en el momento de celebrarse el acuerdo de comercio compensatorio, de la información necesaria para determinar si sería deseable una limitación de reventa, pero tampoco quiera verse privado de la posibilidad de suscitar ulteriormente la cuestión de las limitaciones de reventa. En tales casos, es posible que el acuerdo de comercio compensatorio sólo determine el tipo o el propósito comercial de la limitación de reventa que se prevé. Cabe acordar, por ejemplo, que las partes negocien una limitación de los territorios en que se permite al adquirente revender los bienes para evitar que lo haga en los mercados actuales del proveedor.

7. [7] En algunas circunstancias especiales, el acuerdo de comercio compensatorio puede contener una estipulación según la cual el adquirente sólo puede usar los bienes en el almacén y no puede revenderlos. Cabe imponer, por ejemplo, tal limitación cuando se suministran los bienes en condiciones preferenciales (por ejemplo, para ayudar al adquirente en una situación de apremio) o cuando el proveedor se ve compelido a restringir la distribución de los bienes, por ser éstos especialmente sensibles, o cuando al revenderlos hay que revelar información que el proveedor quiera reservarse.

8. [*párrafo nuevo*] Las partes en una operación de comercio compensatorio a veces incluyen en el respectivo acuerdo disposiciones que limitan la libertad del proveedor de bienes de dicho comercio de comercializar el tipo de bienes que son objeto de la operación de comercio compensatorio. El objetivo de dicha limitación puede consistir en aumentar la capacidad del adquirente para revender los bienes del comercio compensatorio o lograr que la operación de comercio compensatorio resulte más lucrativa para el adquirente. Por ejemplo, el proveedor de bienes del comercio compensatorio puede convenir en que no venderá el mismo tipo de bienes a determinados clientes o en ciertos mercados. El proveedor de bienes del comercio compensatorio podría otorgar además a la otra parte en dicho comercio los derechos exclusivos de distribución de esos bienes. Las partes también podrían estipular que el proveedor no comercializará el mismo tipo de bienes a precios inferiores a los fijados en la operación de comercio compensatorio. Esas limitaciones aplicables *al* proveedor podrían estipularse cuando en la misma operación el adquirente haya aceptado limitaciones de reventa o cabe convenirlas cuando no se hayan estipulado limitaciones de reventa. La advertencia establecida en este capítulo (párrafo 3 *supra*) de que diversas limitaciones de la comercialización pueden infringir normas imperativas sobre prácticas comerciales restrictivas también es aplicable a las limitaciones de comercialización que afecten al proveedor de bienes del comercio compensatorio.

B. Deber de informar o de celebrar consultas

9. [8] El acuerdo de comercio compensatorio puede prever que la parte que adquiere los bienes en virtud de dicho acuerdo ha de informar al proveedor de ciertos aspectos de la reventa de los bienes, como el territorio de la reventa, el precio de reventa, o el envasado o marcado de los bienes. De este tipo de información puede valerse el proveedor para

supervisar si se observan las limitaciones de reventa que vinculan al adquirente, para determinar si con la reventa de los bienes por parte del adquirente se logra el objetivo de introducir los bienes en nuevos mercados, para decidir si conviene seguir ofreciendo esos bienes en operaciones de comercio compensatorio, para averiguar si efectuando nuevas operaciones de comercio compensatorio con el adquirente se logra el propósito de abrir nuevos mercados o de aumentar las ventas en los mercados tradicionales, o para planificar su propia comercialización o producción de bienes del mismo tipo o de otros análogos. Podrá convenirse también esa obligación de informar cuando las partes no acuerden una limitación de reventa concreta, por ejemplo, por no haberse especificado al celebrarse el acuerdo de comercio compensatorio el tipo de bienes que deben adquirirse.

10. [9] En el acuerdo de comercio compensatorio debe quedar en claro si la obligación de informar o de celebrar consultas consiste sólo en dar información o si se pretende brindar al adquirente y al proveedor la oportunidad de celebrar consultas antes de la reventa. Conviene estipular el momento en que el proveedor debe ser informado. Si las partes quieren admitir la posibilidad de que se celebren consultas antes de la reventa, ha de quedar en claro que el adquirente tiene que informar al proveedor con tiempo suficiente para celebrarlas.

C. Limitaciones territoriales y otras conexas

11. [10] A veces las partes de una operación de comercio compensatorio acuerdan limitaciones relativas al territorio en que la parte que adquiere los bienes en virtud de un acuerdo de ese tipo puede revenderlos. La limitación territorial puede obedecer, por ejemplo, al deseo del proveedor de generar ventas en nuevos mercados, de proteger los mercados actuales del proveedor, de lograr que los bienes cumplan las normas aplicables en los mercados en que han de revenderse, o de no violar limitaciones derivadas de patentes pertenecientes a terceros o de acuerdos de licencia entre terceros y el proveedor sobre la tecnología empleada en la producción de bienes del comercio compensatorio. Otra razón puede ser la de no menoscabar el derecho exclusivo de distribución concedido por la parte que suministra los bienes en virtud del acuerdo de comercio compensatorio. Si el proveedor concede la exclusiva de distribución en determinado territorio, va implícito en el acuerdo que el proveedor está obligado a no celebrar acuerdos contractuales que socaven ese derecho exclusivo de distribución. A veces los acuerdos de distribución exclusiva prevén que el titular de esa exclusiva tiene derecho a percibir una comisión cuando los bienes de que se trata se venden en ese territorio restringido. En tal caso, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio pueden pedir al adquirente que pague una comisión al distribuidor exclusivo.

12. [11] La determinación de los territorios en que pueden revenderse los bienes podrá hacerse, bien especificando los territorios en que no se permite revenderlos, bien especificando los territorios en que sí se permite revenderlos. La disposición que especifique los territorios en que pueden revenderse los bienes estipulará claramente que se prohíbe la reventa en los territorios no mencionados. Las partes deben prestar atención a la necesidad de utilizar términos precisos. Las expresiones genéricas, como "Estados del Caribe", "América Latina", "región del Pacífico" *o "Europa"*, pueden interpretarse de formas distintas y, tal vez por ello, sean inadecuadas. El territorio en que se permite revender los bienes puede quedar también limitado a los territorios donde se dispone de servicio posventa, prestado bien por el adquirente o por alguna otra fuente. Al redactar cláusulas relativas a territorios de reventa, las partes deben recordar que cabe distinguir entre el derecho a revender en determinados territorios y la cuestión de saber si el derecho a revender en esos territorios es exclusivo o no exclusivo.

13. [12] En algunos casos, es posible que el acuerdo de comercio compensatorio prevea que sólo se permite revender determinada cantidad de bienes en ciertos territorios, o que sólo se permite revender determinada cantidad de bienes sin limitación en cuanto al territorio. Ese criterio puede obedecer, por ejemplo, a la existencia de cuotas oficiales de importación, al deseo de evitar una oferta excesiva en los mercados actuales o al deseo de introducir los bienes en nuevos mercados.

14. [13] Cuando sea probable que la operación de comercio compensatorio redunde en la reventa de los bienes en mercados donde el proveedor no suele venderlos, puede que el proveedor sólo quiera permitir la reventa de los bienes en territorios donde estén cubiertos por un seguro de responsabilidad del producto, ante la eventualidad de que se susciten reclamaciones derivadas de lesiones personales o daños materiales causados por los bienes. Cabe convenir que sea la parte que adquiere los bienes en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y los revende la que contrate el seguro. Al proveedor puede interesarle dicho seguro porque las reclamaciones por daños derivadas del uso de los bienes pueden dirigirse también contra él. Puede considerarse sobre todo la posibilidad de incluir una cláusula que permita revender los bienes sólo en territorios en que estén cubiertos por un seguro que responda del producto cuando los que se adquieran en virtud de la operación de comercio compensatorio hayan de revenderse en un mercado donde el grado de responsabilidad o el nivel de indemnización concedidos en aplicación de las leyes relativas a la responsabilidad del producto sean considerablemente mayores que en los mercados donde se venden tradicionalmente los productos.

15. [14] Los proveedores prohíben a veces a los adquirentes vender a determinados clientes o clases de clientes. Esas limitaciones pueden obedecer al deseo del proveedor de reservarse ciertos clientes (por ejemplo, compradores al por mayor). Este tipo de limitaciones puede inspirarlo el deseo de impedir una competencia en la oferta de bienes que ocasione una baja del precio. Debe señalarse que tales limitaciones de reventa podrían infringir las normas imperativas mencionadas *supra* (párrafo 3), que prohíben ciertos tipos de prácticas comerciales restrictivas. Otra posible motivación puede ser impedir que se revendan a determinados compradores bienes sensibles o peligrosos.

16. [15] A veces las partes acuerdan que la reventa de los bienes exija el consentimiento del proveedor. Cabe adoptar esta actitud, por ejemplo, cuando el carácter de los bienes exige limitar su transferencia (por ejemplo, sustancias peligrosas o equipo cuyo uso requiera una preparación especial) o cuando el proveedor está considerando la posibilidad de

conceder en el futuro derechos exclusivos de distribución y desea, por ello, reservarse el derecho a limitar la reventa de los bienes por parte del adquirente una vez concedidas esas exclusivas de distribución. Cabe limitar el requisito del consentimiento a determinados territorios o a determinadas clases de clientes. El ejercicio por el proveedor del derecho a no prestar su consentimiento puede estar sujeto a criterios objetivos. Cabe convenir, por ejemplo, que sólo podrá negarse el consentimiento cuando los bienes deban revenderse en un mercado donde se hayan establecido derechos de distribución exclusiva, o cuando las ventas actuales de los bienes de que se trate por parte del proveedor o sus distribuidores hayan alcanzado un determinado umbral.

D. Precio de reventa

17. [16] A veces los acuerdos de comercio compensatorio contienen disposiciones relativas al precio mínimo de reventa de los bienes. Según se dijo en el párrafo 3 *supra*, las partes deben tener presente que en muchos Estados, donde rigen normas imperativas respecto a las prácticas comerciales restrictivas, sólo en limitadas circunstancias se permite fijar un precio mínimo de reventa.

18. [17] Tal vez el proveedor quiera fijar un precio mínimo de reventa cuando los bienes que han de suministrarse en cumplimiento de un acuerdo de comercio compensatorio sean de tal entidad cuantitativa que su reventa pueda desestabilizar o reducir el precio de ese tipo de bienes. Si bien en muchas operaciones de comercio compensatorio la entidad cuantitativa de los bienes es tal que no repercutiría negativamente en los precios de mercado, hay otras operaciones de ese tipo que provocarían un incremento brusco y considerable de la oferta de determinados bienes, lo que acarrearía inestabilidad de los precios. Los precios mínimos de reventa pueden también tender a impedir ventas a precios rebajados que menoscaben el prestigio del producto.

19. [18] Cabe estipular un precio de reventa mínimo en el acuerdo de comercio compensatorio o puede acordarse fijar un precio de reventa mínimo en un momento posterior a la celebración de dicho acuerdo (por ejemplo, cuando se concierte un contrato de suministro o se *haya* revendido un determinado número de bienes). En las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, las partes pueden acordar que se fije periódicamente un precio de reventa mínimo. El acuerdo de comercio compensatorio debe decir claramente cuáles son las cargas y gravámenes que forman parte del precio de reventa mínimo estipulado (v.gr. portes, primas de seguros, impuestos). Cuando haya de fijarse el precio mínimo con posterioridad a la celebración del acuerdo de comercio compensatorio, tal vez las partes quieran vincular la determinación del mínimo a una norma objetiva semejante a las aplicadas para fijar el precio de los bienes entre las partes del acuerdo de comercio compensatorio. Entre esas normas cabe citar el precio cotizado en los mercados del tipo de bienes de que se trate, el precio que ofrecen los competidores o el que se cobra al cliente más favorecido del proveedor (véase el capítulo VII, "Fijación del precio de los bienes", párrafos 11 a 20).

20. [19] Tal vez las partes no deseen fijar un determinado precio de reventa mínimo en el acuerdo de comercio compensatorio cuando los bienes son de calidad uniforme, como los productos básicos, que se venden en los mercados públicos ante la posibilidad de que el precio de mercado sea inferior a determinado precio mínimo de reventa especificado en el acuerdo de comercio compensatorio. Al adquirente vinculado por un precio de reventa mínimo superior al precio de mercado le resultaría difícil o imposible revender los bienes. Para obviar esas dificultades, las partes pueden muy bien acordar que el precio de reventa mínimo siga de cerca los movimientos del precio que tengan en el mercado los bienes de que se trate. Esto puede hacerse vinculando la determinación del precio mínimo a normas objetivas como las señaladas en el párrafo anterior.

E. Envasado y marcado

21. [20] En el acuerdo de comercio compensatorio pueden figurar requisitos relativos al tipo de envasado o marcado que ha de utilizarse al revender los bienes. En virtud de esos requisitos, el adquirente puede verse obligado a reenvasar o remarcar los bienes o a revenderlos con su envasado o marcado originario. La cuestión del envasado o marcado puede ser importante, ya que uno de los objetivos de muchas operaciones de comercio compensatorio es introducir bienes en mercados no tradicionales. Con el envasado y marcado de los bienes puede que se pretenda influir en la capacidad de los bienes para penetrar en esos mercados, o cumplir la normativa sobre envasado y marcado. Es posible, por ejemplo, que el acuerdo de comercio compensatorio exija que los bienes se vendan con el nombre comercial del proveedor, que se vendan en determinada forma de envasado, o bien que el envasado enumere los ingredientes y la composición de los bienes o indique el origen de éstos, o que *el* envasado incluya instrucciones de uso que a su vez adopten una forma determinada.

22. [21] Las partes deben cerciorarse de que los requisitos de envasado o marcado de los acuerdos de comercio compensatorio no se oponen a las *disposiciones imperativas* aplicables en el lugar donde han de revenderse los bienes. *Por ejemplo, pueden existir requisitos relativos al marcado del origen de los bienes, prohibiciones de modificar determinados elementos del marcado o el envasado, o requisitos derivados de la protección al consumidor y el derecho sobre el medio ambiente.* Aun cuando el acuerdo de comercio compensatorio no prescriba el reenvasado o remarcado, es posible que el adquirente tenga que reenvasar o remarcar los bienes cuando el envasado y marcado efectuado por el proveedor no se ajuste a la normativa aplicable en el país donde hayan de revenderse los bienes.

F. Aplicación a terceros adquirentes

23. [22] Cuando exista la posibilidad de que la parte comprometida a adquirir bienes confíe a un tercero el cometido de comprarlos, tal vez el proveedor esté interesado en comprobar si el tercero observa la restricción de reventa estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio. A tal fin, es posible que el proveedor quiera incluir en dicho acuerdo una cláusula que obligue a la parte que originariamente se com-

prometió a adquirir los bienes a incorporar la limitación de reventa en el contrato mediante el cual la parte originariamente comprometida recaba los servicios de un tercero. Es aconsejable, además, que el proveedor incluya esa limitación de reventa en el contrato de suministro concertado con el tercero o en el acuerdo con el tercero en virtud del cual éste se compromete frente al proveedor a concertar un futuro contrato de suministro (véase el capítulo VIII, "Participación de terceros", párrafos [15] y [16]). De este modo, el tercero sería directamente responsable ante el proveedor del cumplimiento de la limitación de reventa.

24. [23] Como se indica en el capítulo VIII, "Participación de terceros", párrafo [25], la parte comprometida originariamente a adquirir podría ser responsable, en virtud del acuerdo de comercio compensatorio, de la reventa de bienes efectuada por el tercero violando la limitación impuesta en dicho acuerdo. Por ello, es la propia parte originariamente comprometida la que tendría un interés en reflejar en el contrato con el tercero toda limitación de reventa estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio. Es, además, posible que la parte originariamente comprometida a adquirir los bienes quiera incluir en su contrato con el tercero una cláusula de "exención de responsabilidad" que obligue al tercero a indemnizar a la parte originariamente comprometida a adquirir los bienes cuando ésta hubiera de responder ante el proveedor de la violación por el tercero de la restricción de reventa (para una exposición detallada de las cláusulas de "exención de responsabilidad", véase el capítulo VIII, párrafo [33]).

G. Revisión de las limitaciones

25. [24] En las operaciones de comercio compensatorio en gran escala suelen adquirirse y revenderse bienes durante un largo tiempo en el que pueden cambiar sensiblemente los intereses de las partes y las circunstancias comerciales subyacentes. La posibilidad de esos cambios puede aconsejar que se prevea en el acuerdo de comercio compensatorio la revisión de las limitaciones de reventa convenidas. Puede convenirse una revisión periódica o una revisión a instancia de alguna de las partes. Cuando la revisión deba efectuarse a instancias de una de las partes, el acuerdo de comercio compensatorio puede determinar qué tipo de cambios de las circunstancias subyacentes darían derecho a la otra parte a pedir la revisión. *Aun cuando no se haya estipulado una cláusula de revisión en el acuerdo de comercio compensatorio, de conformidad con algunos ordenamientos jurídicos, en el evento de producirse cambios importantes de las circunstancias subyacentes de la operación, las partes estarían obligadas a revisar la correspondiente limitación.*

26. [25] Para saber hasta qué punto es aconsejable el procedimiento de revisión, habrá que considerar la naturaleza de la limitación de reventa de que se trate. Por ejemplo, tal vez sea más necesario prever la posible modificación en el futuro de las limitaciones relativas al territorio o al precio de reventa vinculado a un determinado tipo de bienes que otras limitaciones menos rigurosas, como la de exigir que el adquirente consulte con el proveedor antes de revender los bienes.

[A/CN.9/362/Add.11]

XI. INDEMNIZACIÓN PACTADA Y CLÁUSULAS PENALES

ÍNDICE

		Párrafos
A.	Observaciones generales	1-11
B.	Relación entre el cobro de una suma convenida y el cobro de una indemnización por daños y perjuicios	12
C.	Efectos del pago	13-16
D.	Cuantía de la suma convenida	17-23
E.	Cobro de la suma convenida	24-27
F.	La rescisión del compromiso de compensación y las cláusulas para el pago de una suma convenida	28-29

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo es una revisión del proyecto de capítulo XI, "Indemnización pactada y penalidades", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3. La nota entre corchetes al comienzo de cada párrafo indica el número con el cual el párrafo aparecía en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 o que se trata de un párrafo nuevo. Las revisiones de párrafos que figuraban en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 aparecen en bastardilla.]

A. Observaciones generales

1. [1] En las cláusulas de indemnización pactada y en las cláusulas penales se prevé que el incumplimiento por alguna de las partes de una determinada obligación, *o la falta de cumplimiento a tiempo,* da derecho a la parte agraviada a recibir de la parte que haya incurrido en incumplimiento una suma de dinero convenida en el momento en que las partes establecieron su relación contractual. La suma convenida

puede servir de acicate para el cumplimiento de la obligación o para indemnizar de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o para ambos fines a la vez[1]. *A veces, las partes acuerdan que la obligación de pagar la indemnización pactada o una penalidad debe estar respaldada por una garantía (véase el párrafo 27 infra).*

2. [2] El presente capítulo se centra en las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales incluidas en los acuerdos de comercio compensatorio para el caso de incumplimiento del *compromiso de compensación. El* capítulo no se ocupa directamente de la utilización de indemnizaciones pactadas y penalidades para apuntalar el cumplimiento de los contratos de suministro que forman parte de una operación de comercio compensatorio. Las indemnizaciones pactadas y las penalidades se emplean con frecuencia en los contratos de compraventa y otros tipos de contrato de suministro, y la presencia de las cláusulas correspondientes en los contratos de suministro que forman parte de una operación de comercio compensatorio no plantea cuestiones peculiares a este tipo de comercio. No obstante, el análisis que en este capítulo se hace de las características generales de las cláusulas de indemnización pactada y de las penales es pertinente a la utilización de esas cláusulas en los contratos de suministro.

3. [*párrafo nuevo*] A menudo la intención de las partes es que la cláusula cubra el incumplimiento de un compromiso de compensación, es decir, que el beneficiario de la cláusula, al reclamar la suma convenida en caso de incumplimiento del compromiso de compensación, renunciaría al cumplimiento del compromiso. A veces las partes desean que la cláusula cubra la demora, es decir, que el compromiso de compensación sigue vigente a pesar del pago de la suma convenida (véanse los párrafos 13 a 16 *infra*).

4. [3] *La obligación* de pagar la suma convenida *nace cuando la parte comprometida no adopta las medidas especificadas en el acuerdo de comercio compensatorio necesarias para cumplir el compromiso de compensación. Como se precisa en el capítulo IV,* párrafos *35 y 36, esas medidas pueden consistir en la celebración de un contrato de suministro o en una medida determinada que se ha de adoptar para cumplir el contrato de suministro (por ejemplo, apertura de la carta de crédito o entrega de las mercancías). Si* el compromiso de compensación *debe cumplirse* con *la ejecución del* contrato de suministro, la omisión del *cumplimiento de que se trate puede dar lugar a* responsabilidad conforme *tanto* a la cláusula de indemnización pactada o la cláusula penal del acuerdo de comercio compensatorio *como conforme al contrato de suministro, duplicación de los remedios que las partes tal vez deseen evitar (véase el capítulo IV, párrafo 36).*

5. [4] El compromiso del adquirente de comprar mercaderías puede estar cubierto por una indemnización pactada a una penalidad en el acuerdo de comercio compensatorio, o puede también estarlo en el compromiso del proveedor de poner las mercaderías a disposición del primero. *La cláusula puede cubrir todo el compromiso de compensación o sólo parte de él.* En muchas operaciones de comercio compensatorio es únicamente la parte que ha exportado y está comprometida a contraimportar aquella cuyo compromiso está cubierto por una cláusula de este tipo. Ocurre así porque esa parte puede estar primordialmente interesada en exportar sus propias mercaderías y puede no estarlo en el mismo grado en adquirir mercaderías a cambio. Sin embargo, cuando la parte comprometida a comprar tiene un interés particular en obtener las mercaderías, cabe convenir que la parte comprometida a suministrarlas habrá de pagar una suma convenida en caso en que esa parte no celebre un contrato de suministro. Cuando tanto la parte comprometida a comprar como la parte comprometida a suministrar están muy interesadas en la futura celebración de un contrato de suministro, puede convenirse que los compromisos de ambas partes estén sujetos a indemnización pactada o a penalidad.

6. [5] *Cuando se acuerda, en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio que una de las partes tendrá derecho a una indemnización en dinero si la otra incumple el compromiso de compensación,* puede ser ventajoso el *haber convenido una indemnización pactada o una penalidad.* En primer lugar, esa suma viene a ser una indemnización previamente acordada por el incumplimiento, con lo que se permite a las partes evitar los inconvenientes y gastos que supondría el tener que probar la cuantía de los perjuicios resultantes del incumplimiento. Estos gastos pueden ser considerables, especialmente si la parte agraviada ha de probar sus pérdidas en un proceso judicial o arbitral. Además, el monto de la indemnización que puede asignarse en esos procedimientos puede ser incierto (véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de *completar* la operación de comercio compensatorio", *párrafo 12*). La suma convenida es cierta, y esta certeza puede ser beneficiosa para ambas partes al evaluar los riesgos a los que se exponen con el acuerdo de comercio compensatorio. En segundo lugar, la suma convenida puede servir como límite de la responsabilidad por un incumplimiento del compromiso. La parte cuyo compromiso está cubierto por la cláusula se ve asistida al saber por adelantado la responsabilidad máxima en que puede incurrir en caso de que él mismo incumpla el compromiso compensatorio (véase, no obstante, el análisis en el *párrafo 12 infra* acerca de la posibilidad de reclamar una indemnización por encima de la suma convenida). *No obstante, una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal puede constituir una opción menos atractiva cuando el fin de la operación de comercio compensatorio es evitar la transferencia de divisas.*

[1] Se pueden consultar estudios sobre la índole y el funcionamiento de las cláusulas de indemnización pactada y penales en los contratos internacionales en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen X: 1979*, segunda parte, I, C, e *ibid., volumen XII: 1981*, segunda parte, I, B, 1. Las "Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento" (denominadas en adelante "Normas uniformes") aprobadas por la Comisión figuran en el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 16.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/38/17), anexo I (reproducidas también en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen XIV: 1983*, primera parte, I, A). Por su resolución A/Res.38/135 de 19 de diciembre de 1983, la Asamblea General recomendó que los Estados pusieran en vigor esas normas uniformes, en forma de una ley modelo o de una convención, según procediera. Estas normas uniformes *pueden ser utilizadas por las partes en la redacción de* cláusulas de indemnización pactada y cláusulas penales.

7. [6] Muchos ordenamientos contienen normas que regulan las indemnizaciones pactadas y las penalidades, y esas normas limitan con frecuencia los objetivos que las partes pueden lograr con las cláusulas por las que se estipulan. En algunos ordenamientos, son nulas las cláusulas por las que la suma convenida tiene por objeto estimular el cumplimiento de una obligación, por lo que la parte que haya incumplido esa obligación responde únicamente de los daños y perjuicios resarcibles conforme al régimen común. Estos ordenamientos reconocen únicamente las cláusulas por las que las partes convienen, al celebrar el contrato, en el pago de una determinada suma como indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento. En otros ordenamientos, empero, son en principio válidas las cláusulas en las que se ha previsto una suma convenida ya sea como indemnización, ya como estímulo del cumplimiento, o para ambos fines a la vez. Es posible que en estos ordenamientos los tribunales estén facultados en determinadas circunstancias para reducir la suma convenida, por ejemplo, si esa suma resultase manifiestamente excesiva a la luz de las circunstancias o si se hubiese cumplido parcialmente la obligación. Los tribunales pueden también estar facultados para asignar una indemnización adicional cuando los daños y perjuicios reales excedan de la suma convenida. Posiblemente en estos ordenamientos, no se permita a las partes restringir la facultad del tribunal de reducir la suma convenida o asignar una indemnización adicional.

8. [7] Una de las partes comprometidas puede incumplir su compromiso de compensación por un impedimento permanente o temporal del cual no es responsable (para un examen de esos impedimentos, véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos *13 a 36*). En muchos ordenamientos existe la norma de que la suma convenida no será pagadera si el incumplimiento ha sido ocasionado por un impedimento permanente del que no es responsable la parte obligada. Ese enfoque es *coherente con la regla de la exención de responsabilidad por falta de cumplimiento que figura en* la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), en el artículo 79 (véanse también las Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida pagadera en razón de la falta de cumplimiento, artículo 5 (véase la nota 1)). Si un impedimento obsta al cumplimiento de una obligación de modo sólo temporal, de conformidad con una regla que aparece en muchos ordenamientos, se amplía el plazo para el cumplimiento de la obligación. En el caso de los impediamentos temporales, el pago de la indemnización pactada o de la penalidad sólo será exigible por la parte del compromiso compensatorio que quede incumplido tras la extinción del período de cumplimiento ampliado. El acuerdo de comercio compensatorio puede mantener la aplicabilidad de esas normas y contener disposiciones en las que se definan los impedimentos exonerantes y se dé una regla para determinar cuándo se entiende que un impedimiento es permanente (véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de completar la obligación de comercio compensatorio", párrafos *17 a 34*).

9. [8] Conviene distinguir las cláusulas de indemnización pactada y penales de otros dos tipos de cláusula, es decir, las cláusulas por las que delimita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y aquellas en las que se prevé una obligación alternativa. En las cláusulas por las que se limita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios, se fija la cantidad máxima a que podrá ascender la indemnización una vez probada la responsabilidad. El demandante habrá de probar además la cuantía de sus perjuicios, que es lo único que se le pagará si resulta ser inferior al máximo previsto. Por la cláusula por la que se prevé una obligación alternativa, se ofrece a la parte obligada la oportunidad de optar entre el cumplimiento de una determinada obligación y el pago de una suma convenida. Ejercitando esta opción en cualquiera de los dos sentidos, la parte obligada queda liberada de su obligación. Con arreglo a las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales, *la parte obligada no goza de la opción de elegir entre cumplir la obligación o pagar la suma convenida*. Si hubiere dudas acerca de si *se desea que* la parte comprometida goce de esta opción, sería aconsejable que la cuestión quedase resuelta en la misma cláusula.

10. [9] Las cláusulas examinadas en este capítulo deben distinguirse también de las disposiciones en los acuerdos de comercio compensatorio por las que se establece la obligación de liquidar, mediante pagos en efectivo, los saldos que se producen en la corriente de comercio mediante contratos de trueque o las relativas a la compensación de pretensiones que mutuamente se contrarresten. Esos pagos para liquidar saldos hacen las veces del pago de mercaderías entregadas en una dirección que no fueron compensadas por entregas en la otra. Además, la cuantía de sus pagos no se fija por adelantado como ocurre con las indemnizaciones pactadas o las penalidades. (Para un examen de las cláusulas relativas a la liquidación de saldos en el trueque, véase el capítulo III, "Enfoque de la contratación", *párrafo 7*, y en los mecanismos de compensación, véase capítulo IX, "Pago", párrafos *54 a 57*).

11. [10] Como se vio en el capítulo VIII, "Participación de terceros", la parte en el comercio compensatorio comprometida a adquirir o suministrar mercaderías puede tener derecho a contratar a un tercero para cumplir el compromiso. En algunos de estos casos, se conviene en que la parte originalmente comprometida seguirá respondiendo del cumplimiento del compromiso de compensación. En este caso, se puede disponer en el contrato por el que se vincula al tercero que, de producirse una violación del compromiso del tercero de comprar o suministrar mercaderías, éste pagará una indemnización pactada o una penalidad a la parte originalmente comprometida. La finalidad del pago de la suma convenida sería indemnizar a la parte originalmente comprometida de su responsabilidad por *una violación* del compromiso de compensación por razones imputables al tercero. La indemnización por el tercero de la parte originalmente comprometida podría también adoptar la fórmula de una cláusula de incolumidad del tipo de las examinadas en el capítulo VIII, *párrafo 37*. Todo compromiso de celebrar en el futuro contratos de suministro que el tercero asuma directamente ante la parte en el comercio compensatorio con la que se han de celebrar contratos puede quedar también cubierto por una indemnización pactada o una penalidad. (Sobre el asunto conexo de la contratación de terceros, véase el capítulo *VIII, párrafos 6, 17 y 18* (terceros compradores) y *los párrafos 49 a 51* (terceros proveedores)).

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

12. [11] Los ordenamientos jurídicos regulan a menudo la relación entre el cobro de la suma convenida y el de la indemnización por daños y perjuicios. Dado que uno de los objetivos de las cláusulas de indemnización pactada o de las penales es evitar los inconvenientes de investigar la amplitud de la indemnización que se puede reclamar (véase el *párrafo 6 supra*), en algunos ordenamientos no se permite a la parte a la que se debe la suma convenida, en los casos en que los daños y perjuicios reclamables conforme a las reglas sobre indemnización exceden de la suma convenida, renunciar a ésta y reclamar la indemnización por daños y perjuicios. Tampoco se permite a la parte que debe la suma convenida, cuando la cuantía de los daños y perjuicios sea inferior a dicha suma, alegar que debe responder únicamente de los daños y perjuicios. Sin embargo, en otros ordenamientos, la parte a la que se debe la suma convenida podrá probar que las pérdidas exceden de esa suma. En esos ordenamientos, la parte agraviada puede, además de la suma convenida, reclamar una indemnización por daños y perjuicios en la medida en que la pérdida exceda de la suma convenida, ya sea incondicionalmente o bien con tal de que se cumplan ciertas condiciones (por ejemplo, que el incumplimiento sea negligente o se incurra en él con intención de causar un perjuicio, o que haya un acuerdo expreso que autorice a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios por el excedente). Dadas esas disparidades entre los ordenamientos jurídicos y las diferentes perspectivas desde las que se puede interpretar una cláusula de indemnización pactada, es aconsejable que las partes, en la medida en que lo permita la ley aplicable, resuelvan en la misma cláusula la cuestión de si la parte agraviada tendrá derecho a indemnización por encima de la suma convenida (Normas Uniformes, artículo 7 (véase nota 1)). (Para un ulterior examen de la indemnización en dinero por incumplimiento del compromiso de compensación, véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos *11 y 12*).

C. Efecto del pago

13. [12] Una importante cuestión que las partes deben considerar es si, *al reclamar la suma convenida, el beneficiario de la cláusula renuncia al cumplimiento de la obligación subyacente.* A menudo, la intención de las partes *en operaciones de comercio compensatorio es que el beneficiario que, en caso de violación del compromiso de compensación, prefiera reclamar la suma convenida se verá impedido de reclamar también el cumplimiento del compromiso de compensación.* No obstante, dado que a veces las partes desean que la suma convenida sea pagadera por el retraso en el cumplimiento del compromiso de compensación, *en cuyo caso el compromiso sigue en vigor a pesar del* pago de la suma convenida, es conveniente que las cláusulas de indemnización pactada o penales contengan una disposición clara sobre el efecto del pago de la suma convenida. *A falta de* tal disposición, el efecto del pago estaría determinado por la ley aplicable sobre la base de las circunstancias que indican la intención de las partes (por ejemplo, la cuantía de la suma convenida) (Normas Uniformes, artículo 6 (véase nota 1)).

14. *[párrafo nuevo]* Cabe observar que la naturaleza de la obligación de que se trate puede determinar si es posible exigir el cumplimiento. En particular, el cumplimiento de una obligación de prestar servicios puede no ser exigible conforme a las leyes de algunos Estados, quedando entonces como remedio la indemnización por daños y perjuicios en dinero.

15. [13] Las partes tal vez deseen prever el pago de una suma convenida por retraso cuando sea particularmente importante para el compromiso de compensación que éste se cumpla para una fecha concreta o que partes del compromiso se cumplan con ajuste a un calendario convenido. El proveedor puede estar interesado en una de esas cláusulas, por ejemplo, cuando el cumplimiento oportuno del compromiso de compensación en una dirección es imprescindible para que pueda satisfacer sus obligaciones de pago conforme al contrato de suministro en la otra dirección. El comprador puede estar interesado en este tipo de cláusula cuando, por ejemplo, se ha celebrado un compromiso de revender las mercaderías para una fecha determinada. *La* cuantía de la suma convenida pagadera por retraso *se examina más a fondo en la sección D infra.*

16. [14] La cuestión del efecto del pago de una suma convenida se plantearía también cuando el pago se debe por incumplimiento de la parte de un compromiso compensatorio asignada a un subperíodo del período de cumplimiento. En esos casos, es conveniente aclarar si se debe algún pago con arreglo a la cláusula de indemnización pactada o penal por cualquier parte incumplida del compromiso compensatorio que no se arrastre al subperíodo siguiente o quede sin cumplir al expirar el período general de cumplimiento, o si se debe algún pago por toda parte incumplida del compromiso compensatorio que se arrastre de un subperíodo al siguiente.

D. Cuantía de la suma convenida

17. [15] La cuantía de la indemnización pactada o la penalidad, *independientemente de que se estipule por el incumplimiento o por el cumplimiento con retraso del compromiso de compensación,* puede expresarse como un importe en términos absolutos o como porcentaje del valor del compromiso pendiente. El calcular la cuantía sobre la base de un porcentaje del compromiso pendiente presenta la ventaja de reducir automáticamente la cuantía a medida que se va cumpliendo el compromiso de compensación. Si hay garantía *independiente* para asegurar el pago de la suma convenida (véase el *párrafo 27 infra), dado su carácter independiente, toda reducción de la cuantía que se quedase debiendo no resultaría en una reducción automática del monto de la garantía. Por consiguiente, para ajustar la garantía a la obligación subyacente,* es aconsejable disponer en los mismos términos de la garantía que toda reducción *del compromiso de compensación* debe resultar, *tras la presentación de los documentos convenidos,* en una disminución correspondiente del importe de la garantía (véase el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", párrafos *25 y 26*). *En el caso de una garantía accesoria, una reducción de la obligación subyacente acarrearía una reducción automática de la cuantía de la garantía (véase el capítulo XII, párrafo 3).*

18. [19] Cuando la cláusula para el pago de una indemnización pactada o una penalidad cubre también la hipótesis del retraso, se fija a menudo una suma convenida pagadera mediante incrementos, estableciendo una cuantía determinada que se debe pagar por cada unidad de tiempo determinada de retraso. En esos casos, es aconsejable que se fije un límite a la suma acumulativa de los incrementos. Puede que las partes deseen contemplar la posibilidad de que el incumplimiento del compromiso continúe después de alcanzado el límite. Una solución sería disponer que el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad no tiene derecho a cobrar o bien ulteriores incrementos de la indemnización o la penalidad o bien la indemnización por los daños y perjuicios derivados de los perjuicios sufridos como resultado del incumplimiento del compromiso de compensación después de la fecha en que se alcanzó el límite. Otra solución sería, después de alcanzado el límite, que el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad tuviera aún derecho a reclamar el cumplimiento del compromiso. En este caso las partes pueden convenir que, si la parte comprometida incumple el compromiso de compensación dentro de un período previamente acordado después de que se haya llegado al límite acumulativo, el beneficiario tendrá derecho a reclamar una suma convenida adicional por el incumplimiento del compromiso. Conforme a cualquiera de ambas soluciones sería aconsejable estipular que el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad tiene derecho a rescindir el compromiso de compensación una vez se haya llegado a la cuantía acumulativa de los pagos por retraso.

19. [16] La determinación del nivel adecuado de la suma convenida puede presentar algunas dificultades. En una operación de comercio compensatorio a largo plazo podría ser sumamente difícil calcular en el momento de la celebración del acuerdo la cuantía de los perjuicios ocasionados en el momento en que se haya de producir una falta de cumplimiento del compromiso de compensación y, por consiguiente, sería difícil calcular el nivel a que debe fijarse la suma convenida para que sea verdaderamente indemnizatoria o para que sirva de estímulo al cumplimiento. Desde el punto de vista del beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad, no deberá fijarse la suma convenida a un nivel tan bajo que el beneficiario haya de sufrir graves pérdidas no resarcibles en el supuesto de producirse el incumplimiento por la otra parte del compromiso de compensación. Además, una suma que sea inferior a la cantidad que la parte obligada se ahorraría con su incumplimiento del compromiso compensatorio no serviría de estímulo para hacer cumplir con la oportunidad y la diligencia debidas. En realidad, podría servir de estímulo para no hacerlo. [*la siguiente oración es una versión revisada de la primera oración del párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*] El beneficiario de la cláusula tal vez halle conveniente que la suma convenida se fije a un nivel que proporcione una indemnización razonable y que, a la vez, si la ley aplicable lo permite, ejerza una presión moderada para que se cumpla el compromiso.

20. [18] Deben evitarse las sumas excesivas, ya que pueden disuadir a algunos posibles contrayentes comerciales de celebrar un acuerdo de comercio compensatorio. Las sumas excesivas pueden también hacer más difícil hallar a un tercero dispuesto a participar en el cumplimiento de un compromiso compensatorio sometido a una cláusula de incolumidad (véase el *párrafo 11 supra*, así como el capítulo VIII, "Participación de terceros", *párrafo 37*). Una suma excesiva puede además no ejercer un efecto disuasivo especial si cabe prever que, con toda probabilidad, será declarada nula o será reducida en un procedimiento judicial (véase el *párrafo 7 supra*). Además, la parte comprometida a adquirir mercaderías y de la que se solicita acepte una suma convenida fijada a un nivel particularmente elevado puede, como contrapartida, procurar obtener un precio inferior por las mercaderías que ha de comprar, o esa misma parte puede tratar de obtener un precio de venta superior para sus propias mercaderías.

21. [18] Cuando la ley aplicable permite que una suma convenida sirva únicamente como indemnización, las partes deben tratar de estimar lo más precisamente posible las pérdidas que el comprador podría sufrir. [*la siguiente oración es una versión revisada del párrafo 17 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*] Toda la documentación relativa a la base de la estimación y los cálculos debe conservarse como prueba de que la suma no fue fijada de modo arbitrario. Al fijar la cuantía de la suma convenida, las partes deben tener presente que, *conforme a esas leyes*, la cuantía de la suma convenida podría ser considerada por un tribunal como factor importante para determinar si la obligación de pagar la suma *tenía* por finalidad indemnizar de los daños y perjuicios o estimular el cumplimiento (véase el *párrafo 7 supra*). Deben conservarse todos los justificantes relativos a la base de la estimación, así como los cálculos, como prueba de que la suma no se fijó arbitrariamente. Además, las partes tal vez deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una declaración de que la cuantía establecida en la cláusula representa una estimación de buena fe de los daños y perjuicios que se experimentarían como consecuencia *de la violación* del compromiso de compensación.

22. [18] En la determinación de lo que constituye una cuantía razonable *para que una suma convenida cubra el incumplimiento del compromiso de compensación*, las partes pueden considerar factores tales como el precio que el proveedor obtendría en una venta sustitutoria, el precio que el comprador tendría que pagar en una compra sustitutoria, las pérdidas que pueden derivar del incumplimiento del compromiso compensatorio, las dimensiones del riesgo de que el compromiso de compensación quede incumplido y el que la suma sea lo bastante importante para inducir al cumplimiento.

23. [*párrafo nuevo*] Al determinar qué cuantía es razonable para que una suma convenida cubra el retraso en el cumplimiento del compromiso de compensación, las partes pueden tener presentes circunstancias que influyeron en la decisión de incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal (véase el párrafo 15 *supra*). Por ejemplo, si el importador cuenta con poder realizar oportunamente contraexportaciones para devolver un préstamo bancario, la base para fijar la cuantía de la suma convenida pueden ser los costos financieros en que debería haber incurrido como consecuencia de compras tardías en el marco del acuerdo de comercio compensatorio. Para que el contraimportador llegue a ser el beneficiario de la indemnización pactada o de la penalidad, un factor pertinente pueden ser las repercusiones con que se enfrentaría dicho contraimportador en razón de no poder revender las mercaderías objeto del comercio compensatorio para una fecha determinada.

E. Cobro de la suma convenida

24. [20] Las partes pueden optar por acordar que la parte agraviada pierda el derecho a reclamar la suma convenida si la reclamación no se entabla en un plazo determinado tras la expiración del período de cumplimiento (por ejemplo, treinta días). La finalidad de esa disposición es resolver las cuestiones de responsabilidad por la *falta de cumplir* el compromiso compensatorio dentro de un plazo razonable tras la expiración del período de cumplimiento. El plazo para entablar una demanda debe ser suficiente para que las partes puedan determinar si se ha verificado o no el cumplimiento del compromiso compensatorio. Esto será de particular importancia cuando las medidas para el cumplimiento del compromiso compensatorio puedan adoptarse poco antes de finalizar el período de cumplimiento o cuando los contratos de suministro deban celebrarse con personas que no sean la parte con la que se está vinculada por el compromiso.

25. [21] En el caso de un período de cumplimiento dividido en subperíodos, es conveniente que en el acuerdo de comercio compensatorio se indique si la suma convenida es pagadera después de cada subperíodo en el que ha habido incumplimiento o sólo después de transcurrido íntegramente el plazo de cumplimiento. Si el pago debe producirse después de cada subperíodo, puede preverse un plazo después de la expiración de cada subperíodo durante el cual pueda reclamarse el pago de la suma convenida (véase el párrafo precedente).

26. [22] Los trámites procesales que pueden ser necesarios para la obtención de la suma convenida *cuestan tiempo y dinero*. La necesidad de entablar procedimientos judiciales puede reducirse si el acuerdo de comercio compensatorio autoriza al beneficiario a deducir la suma convenida de los fondos de la otra parte que se hallan en sus manos o *compensar la reclamación de la suma con* los fondos debidos por el beneficiario a esa parte. Por ejemplo, cuando se conviene en que el producto del contrato de exportación debe retenerse para pagar el contrato de exportación compensatoria, puede acordarse que el contraexportador tiene derecho a retener una cantidad equivalente a la suma convenida si el contraimportador incumple su compromiso de celebrar un contrato para la compra de mercaderías contraexportadas (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos *12 y 62*). Cuando el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad no retenga el producto de un envío en esos términos, el objetivo de garantizar el pago de la suma convenida puede lograrse autorizando a deducir de fondos o créditos no relacionados con la operación de comercio compensatorio de que se trate. Cabe observar, no obstante, que en algunos ordenamientos las disposiciones que autorizan deducciones *y compensación de créditos* están reguladas por normas imperativas. *Una de esas normas, que se halla en las leyes de varios Estados, permite la compensación sólo si las reclamaciones que se han de compensar derivan de la relación comercial entre las partes.* Además, una deducción *o una compensación* puede ser anulada posteriormente si la suma convenida deducida *o compensada* fue posteriormente declarada excesiva y reducida por un tribunal.

27. [23] El beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad tal vez desee incluir una disposición en el acuerdo de comercio compensatorio por la que se requiera de la otra parte que negocie con una institución financiera una garantía respecto de la suma convenida. El beneficiario podría entonces reclamar la suma de la institución financiera con arreglo a los términos de la garantía. *Esas garantías suelen ser de carácter independiente, aunque no se excluye la utilización de garantías accesorias. Para un análisis de las garantías independientes, su distinción con respecto a las accesorias y las posibles condiciones de pago de las garantías, véase* el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", *en particular los párrafos 3, 4 y 18.*

F. La rescisión del compromiso de compensación y las cláusulas para el pago de una suma convenida

28. [24] Puede que, cuando se estipula el pago de una suma convenida por concepto de retraso a modo de recargos sucesivos hasta que se alcance el límite previsto de la suma acumulativa exigible (véase el *párrafo 18 supra*), las partes deseen establecer que el compromiso de compensación no podrá rescindirse hasta que se haya alcanzado el límite sobre la base del incumplimiento para el que se ha previsto la suma convenida.

29. [25] Las partes tal vez deseen estipular también que la rescisión una vez alcanzado el límite no afecta a ninguna obligación de pagar indemnizaciones pactadas o penalidades vencidas antes de la rescisión. Esto evitaría la ambigüedad que puede resultar de la aplicación de la regla que figura en algunos ordenamientos según la cual la rescisión de un contrato afecta a las obligaciones vencidas antes de la rescisión. Sin embargo, si el acuerdo de compensación se rescinde antes de alcanzado el límite (por ejemplo, cuando el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad rescinde el compromiso de compensación por un incumplimiento que no sea aquel para el que se estipuló la suma convenida), las partes podrían disponer que la rescisión no afectará el derecho a cobrar una suma convenida debida en la fecha de rescisión, pero que no se deberá ninguna cantidad como pago de una suma convenida después de la rescisión.

[A/CN.9/362/Add.12]

XII. GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-6
B. Cláusulas de garantía en los acuerdos de comercio compensatorio	7-39
1. Elección del garante	10-16
2. Requisitos para la reclamación del pago de la garantía	17-22

	Párrafos
3. Monto de la garantía y reducción de ese monto	23-26
4. Fecha de constitución de la garantía	27-30
a) Al entrar en vigor el acuerdo de comercio compensatorio o poco después	27-28
b) En fecha posterior, durante el plazo de cumplimiento	29-30
5. Duración de la garantía	31-36
a) Fecha de extinción	31-33
b) Devolución de la escritura de garantía	34
c) Prórroga	35-36
6. Modificación o resolución del acuerdo de comercio compensatorio	37-39
C. Garantía de liquidación del saldo comercial pendiente	40-48
1. Garantía del envío de retorno	43-47
2. Garantías recíprocas	48

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo es una revisión del proyecto de capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", publicado como documento A/CN.9/332/Add.7. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/332/Add.7 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las revisiones de los párrafos contenidos en el documento A/CN.9/332/Add.7 van en bastardilla. Mediante un asterisco se indican los lugares donde se han efectuado supresiones sin añadir nuevo texto.]

A. Observaciones generales

1. [1] *El presente capítulo* se interesa por las garantías (también denominadas en la práctica "cauciones" o "cauciones de indemnidad") que se constituyen en una operación de comercio compensatorio para asegurar el cumplimiento del compromiso de compensación. *No se abordan específicamente las garantías que se constituyen en garantía del cumplimiento de un contrato de suministro propiamente dicho, puesto que las garantías de este tipo no plantean problemas que puedan considerarse como particulares del comercio compensatorio. En operaciones concretas de comercio compensatorio las garantías pueden utilizarse* para asegurar el cumplimiento de la obligación de adquirir bienes, el cumplimiento de la obligación de suministrar bienes, *o el cumplimiento de ambas obligaciones.* En ocasiones, la garantía asegura el compromiso compensatorio al garantizar el pago mediante una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal que garantice el compromiso de compensación. Las garantías propias del comercio compensatorio pueden utilizarse también para responder de la liquidación de desequilibrios comerciales (párrafos *40 a 48 infra*).

2. [2] Exigir una garantía o una fianza ofrece la ventaja general de que excluiría a las partes sin crédito personal o sin recursos financieros suficientes de poder participar en la operación de comercio compensatorio. Las instituciones garantes suelen investigar a fondo los antecedentes de las partes cuyas obligaciones deben garantizar y, de ordinario, sólo otorgan garantías si tienen motivos valederos para estimar que la parte puede cumplir satisfactoriamente su obligación. Este aspecto puede resultar particularmente ventajoso para importadores o exportadores que no tienen otra manera de determinar si la propuesta contraparte es de confianza.

3. [3] La garantía puede estipularse como una obligación independiente de la obligación subyacente o como una obligación accesoria a la misma. Si es independiente, el garante *está obligado a pagar cuando la parte a la que se debe la obligación subyacente (el "beneficiario") presenta al garante la demanda de pago y todo otro documento necesario en virtud de lo estipulado en la garantía. Un documento necesario puede ser, por ejemplo, la declaración del beneficiario de que la parte* que obtiene la garantía (el "mandante") *incumple la obligación subyacente, una declaración del beneficiario en la que se especifiquen las circunstancias que constituyen el incumplimiento o un certificado o decisión de un tercero o de una entidad en el que se declare que se ha producido el incumplimiento de la obligación subyacente. El tercero o entidad, designado en la garantía o de conformidad con la garantía, puede ser, por ejemplo, un experto, un órgano de supervisión, un tribunal de arbitraje o una corte de justicia. La garantía independiente asegura al beneficiario que al presentar la reclamación y todo documento necesario se efectuará el pronto pago, incluso aunque siga habiendo* desacuerdo entre el mandante y el beneficiario acerca del incumplimiento de la obligación subyacente. *El garante, al determinar si satisface el pago, no tiene que investigar si se ha incumplido realmente la obligación subyacente, sino que se limita a comprobar si la reclamación de pago y los documentos de apoyo se ajustan a los requisitos especificados en la garantía (para un mayor examen de las posibles condiciones de pago, véase el párrafo 18 infra). Cuando surge una controversia acerca de si el deudor subyacente o mandante tiene derecho a recuperar la cantidad pagada sobre la base de que no se ha incumplido la obligación subyacente, esta controversia se decidirá en un eventual proceso ulterior entre el mandante y el beneficiario. Aunque* la obligación de pagar del garante *es* independiente de la obligación subyacente, *la reclamación del pago de la garantía por parte del beneficiario* se podrá ignorar, en circunstancias excepcionales, con arreglo a la ley aplicable a la garantía, en particular cuando la reclamación del beneficiario sea fraudulenta.

4. [4] Conforme a una garantía accesoria, el garante o fiador deberá pagar únicamente si el deudor principal ha incumplido efectivamente la obligación afianzada. Esas garantías accesorias se denominan en distintas legislaciones nacionales "*suretyship*", "*cautionnement*", "fianza" y "*Bürgschaft*". Antes de pagar una reclamación, el fiador debe cerciorarse de si

se ha incumplido la obligación principal para poder determinar si la reclamación está justificada y tendrá normalmente derecho a invocar todas las excepciones que el deudor principal podría invocar contra el beneficiario de la fianza.

5. [5] En *el presente capítulo*, el examen se ciñe a las garantías independientes, sin que ello signifique que sea preferible este tipo de garantía. Por regla general, las garantías independientes se utilizan para respaldar obligaciones consignadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Los deudores subyacentes o mandantes de la garantía suelen preferir las garantías accesorias o fianzas, pero los beneficiarios se muestran reacios por regla general a aceptarlas por los posibles retrasos que pudieran producirse para obtener el pago. Además, los garantes, y en particular los bancos, suelen preferir las garantías independientes porque no desean tener que investigar el cumplimiento de la obligación subyacente. Mientras que los diversos regímenes jurídicos por los que se rigen las fianzas están firmemente establecidos, no ocurre lo mismo *en todas las legislaciones nacionales con respecto a* las garantías independientes, que son fundamentalmente una creación de la práctica bancaria y comercial, y no existe ninguna uniformidad en lo que se refiere al grado de reconocimiento otorgado a estas garantías.

6. [6] En algunos países, los bancos emiten "cartas de crédito contingente", que funcionan en la práctica como garantías independientes. Así pues, en la guía jurídica, el examen de las garantías para asegurar el cumplimiento por el deudor subyacente será aplicable también a las cartas de crédito contingente.

B. Cláusulas de garantía en los acuerdos de comercio compensatorio

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

8. [8] Normalmente, el compromiso que se asegure por una garantía será el de la parte que se comprometa a efectuar un pedido. *Eso* se debe a que el objetivo principal de esa parte al aceptar un compromiso de compensación es vender sus *propios* bienes y no adquirir *los* de la otra parte. Cuando la parte comprometida a adquirir bienes tenga un interés especial en obtener los bienes, el compromiso del proveedor de celebrar un contrato para el suministro de los bienes convenidos puede estar respaldado por una garantía. *Como se señala en el párrafo 1,* en algunos casos el acuerdo de comercio compensatorio podrá exigir tanto al adquirente como al proveedor que obtengan una garantía del cumplimiento de su compromiso. Cuando las partes en el acuerdo prevean que un tercero pueda asumir el compromiso de compensación, tal vez deseen estudiar la posibilidad de que *ese tercero o la parte originalmente comprometida* obtenga la garantía (véase el capítulo VIII, "Participación de terceros").

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

1. Elección del garante

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

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

12. [12] Puede que el beneficiario desee que una institución de su país de origen preste la garantía porque podría ser más fácil exigir el pago de una institución de esa índole que de una institución extranjera. No obstante, insistir en que el garante sea local *podría* resultar desventajoso en la medida en que el mandante o deudor subyacente se viese impedido de utilizar un garante con el que mantenga una relación habitual y que podría prestar la misma garantía a un costo más bajo. *Además, el garante del país beneficiario podrá pedir que el reembolso de cualquier pago efectuado en virtud de la garantía esté asegurado por un banco que actúe en nombre del deudor subyacente, lo que podrá suponer nuevos gastos (véase el párrafo 14 infra).*

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

14. [*párrafo nuevo*] Cuando la garantía tiene que proporcionarla un banco del país del beneficiario, con frecuencia ese banco sólo emitirá la garantía si el reembolso queda asegurado por la emisión de una "contragarantía". La contragarantía faculta al banco que emite la garantía a reclamar un rápido reembolso al contragarante, de conformidad con las cláusulas de la contragarantía. La contragarantía suele emitirla el banco del mandante que ha dado instrucciones al garante para que emita la garantía.

15. [*párrafo nuevo*] Cuando la garantía se efectúa en forma de carta de crédito contingente, puede darse el requisito similar de que el pago quede garantizado por un banco del país del beneficiario. Este requisito podrá atenderse mediante la confirmación por parte de un banco nacional de la carta de crédito contingente emitida por un banco extranjero. El banco que realice la confirmación obtendría el reembolso del banco emisor. Asimismo, a veces un banco del país del beneficiario confirma la seguridad dada en forma de garantía. Tanto en el caso de las cartas de crédito contingente confirmadas como en el caso de las garantías confirmadas, el beneficiario tiene la opción de reclamar el pago al banco que realizó la confirmación o al banco emisor.

16. [14] Se han dado casos en que la parte cuyo compromiso de compensación ha de garantizarse ha asumido la obligación de pagar una cantidad de dinero, denominada "garantía", para responder del compromiso de compensación o del pago de una indemnización pactada o una pena vinculadas a ese compromiso. Una "garantía" de esa índole surte el efecto de que la parte que sale "garante" de sí misma promete pagar a la otra parte con arreglo a lo estipulado en la garantía, sin oponer ninguna excepción que no sea oponible por un tercero garante, por lo que incumbirá a la parte que salió "garante" entablar demanda para el reembolso de los fondos que haya pagado, si es que puede afirmar que no ha incumplido la obligación subyacente. Puede que el beneficiario acepte una garantía de esa índole si es independiente de la operación subyacente y la otorga una parte comercial que, a juicio del beneficiario, goza de una honestidad comercial y de una solvencia financiera indudables. Ahora bien, no está claro que una garantía de esa índole otorgue al beneficiario otros derechos que los que se derivan de la propia obligación garantizada.

2. *Requisitos para la reclamación del pago de la garantía*

17. [15] Deberán consignarse claramente en el acuerdo de comercio compensatorio los requisitos que hayan de cumplirse para que el garante esté obligado a pagar, en particular los relativos a los documentos que hayan de presentarse en apoyo de una reclamación de pago. *Si falta claridad, es muy probable que surjan controversias debido a la* incertidumbre acerca de si los documentos presentados por el beneficiario son conformes a lo estipulado en la garantía.

18. [16] En una garantía independiente cabría disponer que bastará con presentar la reclamación de pago para obtener el pago, *con la posible condición adicional de* que habrá de presentarse esa reclamación acompañada de la declaración del beneficiario sobre el incumplimiento. Tal vez sea suficiente una declaración general a esos efectos. Cabría también exigir al beneficiario que precisara otros datos, como la índole del incumplimiento por el deudor subyacente, el derecho del beneficiario al pago de la cantidad reclamada y el impago hasta la fecha de esa cantidad. Cabría también exigir al beneficiario que presentara su reclamación de pago acompañada de *un documento expedido* por un tercero que *confirmara* el incumplimiento por el deudor subyacente; *este documento podría ser, por ejemplo,* un certificado de un experto independiente, un laudo arbitral o un fallo judicial *en primera instancia* que atestigüe que se ha producido ese incumplimiento. La garantía podría prever que no fuera necesaria la declaración de un tercero si el deudor subyacente admitía el incumplimiento por escrito. En todos estos casos, el garante se habrá de cerciorar únicamente de si los documentos se ajustan *prima facie* a los requisitos exigidos por la garantía y no necesitará indagar sobre la operación subyacente. En particular, el garante tampoco necesitará indagar sobre si las declaraciones que figuran en un documento están bien fundadas.

19. [17] En ocasiones, las partes convienen en que el beneficiario deberá notificar al deudor subyacente su intención de reclamar el pago de la garantía y que la reclamación no podrá presentarse antes de que venza un plazo determinado de tiempo después de la notificación. Esa notificación servirá para dar al deudor subyacente la oportunidad de rectificar su incumplimiento o arreglar un desacuerdo. En este caso, la cláusula de garantía exigirá que el beneficiario presente su reclamación de pago acompañada de prueba documental de que se ha notificado al deudor subyacente.

20. [18] Cuando la garantía está para responder del pago previsto en una cláusula de indemnización pactada o en una cláusula penal, las partes tal vez deseen incluir entre los requisitos para la reclamación del pago la presentación por el beneficiario de una declaración de que es exigible el pago estipulado en la cláusula de indemnización pactada o la cláusula penal.

21. [19] Por regla general, una garantía estipulará, además de los requisitos de documentación, requisitos que no están relacionados con el cumplimiento de la obligación subyacente. Muy a menudo, esos requisitos, que no entrañan la presentación de un documento, se refieren al plazo en el que puede presentarse la reclamación, el monto de la garantía y a la oficina del garante en la que habrá de presentarse la reclamación.

22. [20] Es conveniente que, además de consignar el acuerdo de las partes sobre la garantía, el acuerdo de comercio compensatorio estipule que el beneficiario tendrá únicamente derecho a reclamar el pago de la garantía si se produce el incumplimiento del compromiso. Una cláusula a ese fin facilitaría el resarcimiento del deudor subyacente de las pérdidas sufridas en caso de que se *pague* una reclamación sin existir incumplimiento de la obligación subyacente.

3. *Monto de la garantía y reducción de ese monto*

23. [21] Las partes deberán convenir el monto de la garantía, así como la moneda en que se expresará y pagará. El monto de la garantía se expresa como una cantidad determinada o como un porcentaje del valor del compromiso pendiente. Si la garantía *tiene que responder* del pago estipulado en una cláusula de indemnización pactada o en una cláusula penal, la cláusula de garantía del acuerdo de comer-

cio compensatorio podría exigir *que la garantía asegurase* el pago de la cuantía total de la indemnización pactada o de la pena o de una parte de la misma. La indemnización pactada o la pena podría consistir también en un determinado porcentaje del compromiso de compensación incumplido. *(Con respecto a la cuantía de la indemnización pactada o las penas, véase la sección D del capítulo XI).*

24. [22] Al determinar el monto de la garantía, o de la indemnización pactada o pena, que cubre la garantía, las partes tendrían en cuenta factores como el alcance de las pérdidas previstas en caso de incumplimiento y el riesgo de incumplimiento, así como los límites que los garantes suelen observar respecto de contratos análogos. Otro factor *podría* ser la facilidad con que podría obtenerse el pago de una reclamación fundada en la garantía. A este respecto, el beneficiario habrá de decidir qué es lo que prefiere. Cuanto más se parezcan las cláusulas de una garantía a las de una garantía pagadera a su reclamación y cuanto más fácil sea obtener el pago, tanto menos dispuesto *podría* estar el deudor subyacente a *proporcionar una garantía que* cubra un porcentaje elevado del compromiso de compensación. En cambio, si los requisitos de documentación no son tan fáciles de satisfacer en aquellos casos en que el deudor subyacente no haya incumplido su compromiso (por ejemplo, cuando deba presentarse un laudo arbitral o un fallo judicial), tal vez éste estaría dispuesto a aceptar una suma mayor para la garantía.

25. [23] Puede que las partes deseen estipular en las cláusulas de la garantía un mecanismo que permita reducir su monto a medida que vaya avanzando el cumplimiento del compromiso de compensación. Esa reducción del monto de la garantía tendría la ventaja de reducir el riesgo cubierto por la garantía y, posiblemente, el costo de ésta. Si la garantía se otorga para responder del pago de una indemnización pactada o de una pena, convendría que el mecanismo estipulado para la reducción de esa garantía fuera concorde con el mecanismo previsto para la reducción de la suma de la indemnización pactada o la pena, si lo hubiere.

26. [24] Es conveniente que el mecanismo de reducción funcione sobre la base de la presentación al garante de determinados documentos que demuestren el cumplimiento del compromiso de compensación, sin que el garante se vea obligado a verificar en qué grado se ha cumplido dicho compromiso. Estos documentos podrán ser documentos de envío, copias de contratos de suministro, pedidos de mercaderías, cartas de descargo u otros documentos en los que conste el cumplimiento. Tal vez sea aconsejable que las partes designen al expedidor de los documentos y a la parte que será responsable de transmitirlos al garante. Si el plazo de cumplimiento está dividido en subplazos, las partes tal vez deseen convenir en ir sustrayendo del monto de la garantía las porciones asignadas a cada subplazo que no hayan sido reclamadas en el plazo convenido.

4. Fecha de constitución de la garantía

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

27. [25] Se recomienda que las partes estipulen la fecha en que ha de constituirse la garantía. Por ejemplo, puede convenirse que la garantía se otorgue al beneficiario cuando entre en vigor el acuerdo de comercio compensatorio o poco después (v.g.: a los 30 días de la entrada en vigor del acuerdo). Las partes podrán asegurarse de que se constituirá la garantía, en el momento que haya sido acordado, estipulando que el acuerdo de comercio compensatorio no entrará en vigor hasta no se haya constituido la garantía o que se estimará que el deudor subyacente ha incumplido el compromiso de compensación si no se ha constituido la garantía dentro del plazo convenido.

28. [26] Cuando se celebre un contrato en uno de los dos sentidos (por ejemplo, un contrato de exportación) juntamente con el acuerdo de comercio compensatorio, las partes podrán convenir en que la constitución de una garantía de cumplimiento del compromiso de compensación sea un requisito para la entrada en vigor del contrato de exportación. Se evitaría así que el importador quedase obligado por el contrato de exportación antes de haberse constituido la garantía de cumplimiento del compromiso de compensación.

b) *En fecha posterior, durante el plazo de cumplimiento*

29. [27] Las partes pueden estipular que la garantía *sólo* habrá de constituirse en alguna fecha ulterior dentro del plazo de cumplimiento, *si para esa fecha todavía no se ha completado* el cumplimiento del compromiso. La fecha convenida podría ser, por ejemplo, tres meses antes de finalizar el plazo de cumplimiento o tres meses antes de finalizar cada segmento anual de un calendario multianual de cumplimiento. Este enfoque tiene la ventaja de que permite calcular el monto de la garantía como un porcentaje del compromiso de compensación pendiente en esa fecha. Al supeditar el monto de la garantía al saldo pendiente y no a todo el compromiso de compensación, y al limitar el plazo de validez de la garantía, es probable que se reduzca la magnitud del riesgo cubierto, así como el costo de la garantía.

30. [28] Como este enfoque expone al beneficiario al riesgo de que no se constituya la garantía, las partes podrían llegar a un acuerdo sobre cuáles serían los derechos del beneficiario en caso de que no se llegara a constituir la garantía en la forma estipulada. Cabría convenir que el beneficiario podrá considerar como incumplido el compromiso de compensación y reclamar el pago que se haya convenido en una cláusula de indemnización pactada o en una cláusula penal. Además, podría convenirse que el beneficiario tuviese derecho a deducir la cuantía de la indemnización pactada o de la pena de las sumas que pasasen a ser pagaderas en virtud del contrato de exportación después de haberse incumplido la obligación de constituir la garantía.

5. Duración de la garantía

a) *Fecha de extinción*

31. [29] Es conveniente que las partes señalen *la cláusula que debería incluirse en la garantía en lo que respecta al* plazo de validez de la garantía. *Cabría señalar que, habida cuenta de que la garantía es independiente del acuerdo subyacente de comercio compensatorio, la cláusula de dicho acuerdo relativa al plazo de validez de la garantía no deter-*

minará la duración de la garantía que se especifica en la misma. En las garantías suele haber una fecha de extinción fija. *Otra posibilidad sería* estipular una garantía de duración indefinida que se extinguiera solamente cuanto *se hubiese cumplido el compromiso de comercio compensatorio* o se liberase del compromiso a la parte comprometida (véase el capítulo *IV, "Compromiso de compensación", párrafos 35 a 37*). Cabe observar que la mayoría de los garantes *estarán* dispuestos a prestar garantía únicamente si se determina la fecha de extinción. *Cabe señalar asimismo que en las legislaciones de algunos Estados figuran normas obligatorias que rigen los plazos de validez de las garantías*.*

32. [30] Es conveniente que la fecha de extinción de la garantía sea posterior al término del plazo de cumplimiento del compromiso de compensación. Al mediar un intervalo de tiempo entre la expiración del plazo de cumplimiento y la extinción de la garantía (por ejemplo, de 30 días), el beneficiario podría aguardar la posible celebración de contratos de suministro hasta la expiración del plazo de cumplimiento, sin que renunciara, por ello, a la posibilidad de reclamar el pago de la garantía. Además, el beneficiario podría, a su discreción, tolerar pequeñas demoras en el cumplimiento del compromiso de compensación imputables al deudor subyacente sin renunciar a la posibilidad de reclamar el pago de la garantía. Al mismo tiempo, *si fuese* relativamente corto, *el invervalo* permitiría que la obligación del garante se extinguiera no demasiado tiempo después de que hubiera ocurrido el supuesto incumplimiento del compromiso de compensación. Las partes podrían también aplicar este enfoque a las garantías que cubran subplazos de un mismo plazo de cumplimiento.

33. [*párrafo nuevo*] De no existir en la garantía una disposición que defina los efectos de la fecha de extinción, se entiende en sentido amplio que la reclamación de pago, acompañada por los documentos que se requieran, tiene que hacerse a más tardar en la fecha de extinción, y que, correspondientemente, el garante no está obligado a pagar ninguna reclamación hecha después de esa fecha. No obstante, según la interpretación de los tribunales de algunas jurisdicciones, de no existir disposición en contrario, la reclamación de pago puede hacerse válidamente después de la fecha de extinción, con la condición de que la eventualidad para la que se dio la garantía se produjera a más tardar en la fecha de extinción. Según esa interpretación, las reclamaciones de pago pueden presentarse dentro de un plazo razonable después de la fecha de extinción o, según algunos tribunales, incluso durante un plazo de prescripción.

[31]*

b) *Devolución de la escritura de garantía*

34. [32] *En algunos Estados*, la garantía puede conservar su validez, incluso después de la fecha de extinción, si el beneficiario no devuelve la escritura de garantía. En consecuencia, el acuerdo de comercio compensatorio deberá obligar al beneficiario a devolver la escritura puntualmente una vez cumplida la obligación garantizada. Ahora bien, la obligación de devolver la escritura de la garantía no deberá formularse en términos que puedan dar a entender que, de no devolverse esa escritura, la garantía conservaría su validez, incluso después de la fecha de extinción de la misma.

c) *Prórroga*

35. [33] Es posible que, por diversas razones, se prorrogue el plazo de cumplimiento del compromiso de compensación, prolongándose así más allá de la fecha de extinción de la garantía (véase el capítulo *IV, "Compromiso de compensación", párrafos 13 a 16*, relativos a la prórroga del plazo de cumplimiento). El acuerdo de comercio compensatorio podría estipular que el mandante estuviese obligado a tramitar, dentro de un plazo razonable, la correspondiente prórroga de la garantía. Otra solución sería que la garantía estipulase una prórroga automática que cubriera toda prolongación del plazo de cumplimiento subyacente convenido por las partes. Ahora bien, es posible que un garante que no desee obligarse en una garantía cuya duración dependa de un acuerdo en el que el garante no sea parte, no acepte esa estipulación.

36. [34] Por lo que se refiere al costo de prorrogar el plazo de validez de la garantía, puede que las partes deseen convenir en que la parte responsable de la prórroga del plazo de cumplimiento estará obligada a sufragar los gastos de la prórroga del plazo de validez de la garantía.

6. Modificación o resolución del acuerdo de comercio compensatorio

37. [35] En *las legislaciones nacionales* que reconocen la constitución de una garantía independiente por acuerdo entre las partes, esa garantía conservará su validez con arreglo a lo en ella estipulado, con independencia de los cambios del compromiso subyacente. Si el cambio del contrato subyacente afecta a la posibilidad de obtener los documentos *requeridos para* reclamar el pago de la garantía independiente, será preciso complementar dicho cambio con la modificación correspondiente de las cláusulas de la garantía.

38. [36] En *algunas legislaciones nacionales en las* que no se ha dado pleno reconocimiento a la garantía independiente, toda alteración del compromiso subyacente podría ser motivo de que el garante quedara liberado de su obligación, mientras que en *otras legislaciones* tal vez se estime que la garantía cubre sólo el compromiso del mandante o deudor subyacente existente en la fecha de constituirse la garantía. Para evitar consecuencias no deseadas, las partes podrán acordar que la garantía conserve su validez pese a la eventual modificación del acuerdo de comercio compensatorio.

39. [37] La modificación del acuerdo de comercio compensatorio tal vez amplíe la responsabilidad subyacente del mandante por encima del monto de la garantía. Puede que las partes deseen estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que en esos casos el mandante estará obligado a velar por que se modifique en consonancia el monto de la garantía.

C. Garantía de liquidación del saldo comercial pendiente

40. [38] Puede que las partes convengan en enviar bienes a cambio de bienes y en que los envíos en ambos sentidos no sean abonados en dinero. Este tipo de operación puede basarse en un contrato de trueque (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos *3 a 8*) o en la compensación de derechos al pago contrapuestos (véase el capítulo IX, "Pago", *sección D*). En esos casos, cada proveedor correrá el riesgo de que el valor de sus envíos sea superior al valor de

los bienes *recibidos* de la otra parte y de que no se liquide este *saldo* ni mediante un suministro de bienes ni mediante un pago en dinero. Para cubrir ese riesgo, las partes podrán constituir una garantía para responder de la liquidación de todo saldo comercial pendiente. *Puede acordarse que el saldo se liquide al final del plazo de cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio o en momentos concretos del indicado plazo.*

41. [39] Debe establecerse una vinculación entre el monto de la garantía y la cuantía del desequilibrio comercial, pero fijándose un límite máximo. Se podrá fijar este límite máximo de la garantía al nivel que haya sido fijado como margen de desequilibrio tolerable para la operación de comercio compensatorio. Se podrá también estipular que la suma recuperable en virtud de la garantía sea inferior al monto total del desequilibrio (por ejemplo, el 80%). Ello serviría para desalentar la reclamación del pago de la garantía, salvo como último recurso. Un beneficiario que no *pueda resarcirse* del desequilibrio, reclamando el pago de la garantía, tendrá más incentivos para buscar el equilibrio convenido de los intercambios comerciales efectuando pedidos de bienes a la otra parte.

42. [*párrafo nuevo*] Cuando un tercero posee información sobre la situación de las entregas efectuadas entre las partes (por ejemplo, el banco que administra la cuenta de compensación), en la garantía puede estipularse que las reclamaciones de pago deban ir acompañadas de una declaración de dicho tercero en la que se certifique el monto del saldo pendiente. Además, en la garantía puede estipularse que el garante sólo está facultado a pagar las reclamaciones por el valor del monto del saldo certificado.

1. Garantía del envío de retorno

43. [41] Si se estipula una secuencia concreta para los envíos en un sentido y en otro, el acuerdo de comercio compensatorio podrá prever que la parte que vaya a ser la primera en recibir un envío de bienes ha de constituir una garantía para responder de su obligación de efectuar un envío de retorno. Esta garantía cubriría el riesgo que asume la parte que realiza el primer envío, de que el envío de retorno no se produzca para la fecha convenida o de que su valor o cantidad no correspondan a lo convenido. Si el primer envío ha de efectuarse en etapas, podrá acordarse que se constituya una garantía por separado respecto de cada envío parcial por el valor de ese envío; si no, *las partes y el garante podrán aceptar que aumente el monto de la garantía* a la presentación de documentos que demuestren que se han realizado envíos adicionales.

44. [41] Por lo que se refiere a la fecha de constitución de la garantía, el acuerdo de comercio compensatorio puede disponer que la garantía habrá de ser entregada al beneficiario a cambio de los documentos de expedición relacionados con la primera entrega. Ese procedimiento ofrecería protección contra la posibilidad de que la parte que ha de realizar el primer envío obtuviese la garantía pero no realizase el envío. Para velar por que el beneficiario de la garantía (la parte que ha realizado el primer envío) no esté en condiciones de reclamar el pago de la garantía después de que el mandante (la parte que realiza el envío en segundo lugar) haya cumplido su obligación de enviar los bienes, las partes en el acuerdo de comercio compensatorio podrán convenir en que el beneficiario de la garantía obtendrá los documentos de titularidad de los bienes del segundo envío únicamente al efectuar la entrega de la escritura de garantía.

45. [42] Cabría hacer un uso análogo de las garantías en las operaciones de comercio compensatorio en las que intervengan varias partes. Cuando las partes vinculen las entregas de manera que el importador, a cambio de los bienes *recibidos* del exportador, haya de enviar bienes a un tercero contraimportador, este tercero contraimportador se encargará de pagar al exportador (véase el capítulo IX, "Pago", *párrafo 68*). En este caso, la garantía la constituiría el importador para responder de la obligación de contraexportar después de recibir los bienes de exportación. Cuando el contraimportador haya de pagar al exportador al expedir éste los bienes de exportación, el contraimportador sería el beneficiario de la garantía. Esa garantía cubriría el riesgo asumido por el contraimportador al tener que pagar al exportador antes de recibir los bienes del contraexportador. Ahora bien, cuando el contraimportador haya de pagar al exportador únicamente cuando reciba los bienes de la exportación compensatoria, el beneficiario de la garantía sería el exportador. Esa garantía cubriría el riesgo de que el exportador, habiendo enviado los bienes no recibiera el pago del contraimportador por no haberse producido la contraimportación.

46. [43] Podrá utilizarse una garantía análoga cuando el exportador, en lugar de recibir el pago del importador, reciba bienes de un tercero contraexportador, que a su vez reciba el pago del importador (véase el capítulo IX, "Pago", *párrafo 68*). En este caso, podrá convenirse que el exportador recibirá una garantía que cubrirá el riesgo de que, tras haber realizado el envío en primer lugar, no sea compensado mediante un envío de bienes del contraexportador.

47. [44] Podrá recurrirse de manera análoga a una garantía cuando tanto el contraimportador como el contraexportador sean partes independientes del exportador y del importador (véase el capítulo IX, "Pago", *párrafo 69*). Podrá estipularse que el importador constituya una garantía a favor del exportador para responder de su obligación de pagar el precio de los bienes de exportación. Cuando el exportador haya de recibir el pago del contraimportador al efectuarse el envío de los bienes de exportación, el contraimportador sería el beneficiario. De esta forma quedaría protegido contra el riesgo de pagar al exportador sin recibir bienes del contraexportador. Ahora bien, si el contraimportador ha de pagar al exportador únicamente cuando se realice el envío de los bienes de exportación compensatoria, sería el exportador quien habría de ser el beneficiario de la garantía. Así, el exportador quedará protegido contra el riesgo de enviar bienes sin recibir el pago.

2. Garantías recíprocas

48. [45] Si las partes convienen en intercambiar bienes por bienes, tal vez lo hagan sin fijar la secuencia en que hayan de hacerse los envíos en ambos sentidos. Esta indeterminación es particularmente probable en los casos en que se prevean envíos múltiples en ambos sentidos. En tales casos, ambas partes corren el riesgo inherente a un posible desequilibrio de los intercambios comerciales que deberá rectificarse mediante el envío de bienes o mediante el pago de una suma de dinero. Para cubrir este riesgo, podrá acordarse que cada parte habrá de constituir una garantía para responder de la liquidación del saldo favorable a la otra parte.

[A/CN.9/362/Add.13]

XIII. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COMPLETAR LA OPERACIÓN DE COMERCIO COMPENSATORIO

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-5
B. Remedios	6-12
1. Liberación parcial o total del compromiso de compensación	6-10
2. Indemnización monetaria	11-12
C. Impedimentos exonerantes	13-36
1. Consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes	17-18
2. Definición de los impedimentos exonerantes	19-34
a) Definición general	20-22
b) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes	23-26
i) Definición general seguida de una lista de carácter ilustrativo	24
ii) Definición general seguida de una lista taxativa	25
iii) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes, estén o no comprendidos en la definición	26
c) Lista taxativa de impedimentos exonerantes sin una definición general	27
d) Posibles impedimentos exonerantes	28-32
e) Exclusión de algunos impedimentos	33-34
3. Notificación de los impedimentos	35-36
D. Efectos para la operación de comercio compensatorio de la falta de celebración o del incumplimiento de un contrato de suministro	37-61
1. Incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de suministro	43-48
2. Rescisión del contrato de suministro	49-55
3. Incumplimiento de la obligación de pago	56-60
4. Incumplimiento de la obligación de entregar los bienes	61

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo es una revisión del proyecto de capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4. La nota entre corchetes al comienzo de cada párrafo sirve para indicar el número con el que figuraba ese párrafo en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4 o indica que se trata de un párrafo nuevo. Las modificaciones introducidas en los párrafos que figuraban en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4 aparecen en bastardilla. Los asteriscos sirven para indicar los lugares donde se ha suprimido algún texto sin añadir otro nuevo.]

A. Observaciones generales

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

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

3. [2] El incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones en virtud de la operación de comercio compensatorio puede tener graves repercusiones para la otra parte. Por ejemplo, podría suceder que el eventual proveedor dejara de percibir los fondos en moneda convertible que tenía previsto utilizar para comprar otros bienes, que el proveedor eventual se viera obstaculizado en su proyecto de introducir los bienes intercambiables en nuevos mercados, o que el comprador eventual no recibiera los bienes que debía revender a fin de poder pagar los expedidos en la otra dirección.

4. [3] Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio estipule los remedios disponibles en caso de incumplimiento del compromiso de compensación. En general, los ordenamientos jurídicos nacionales no contienen normas que se adapten específicamente al comercio compensatorio, y es posible que el régimen general aplicable a las obligaciones contractuales no prevea respuestas satisfactorias cuando se presentan problemas en el cumplimiento del compromiso de compensación. Entre los remedios que tal vez las partes deseen prever en el acuerdo de comercio compensatorio cabe citar la liberación del compromiso de compensación y la cláusula de indemnización pactada o la cláusula penal (véanse los párrafos 5 a 13 *infra*). También es conveniente que el acuerdo de comercio compensatorio defina las circunstancias en las que una de las partes quedará exonerada de toda responsabilidad por el incumplimiento del compromiso de compensación (véanse los párrafos 14 a 37 *infra*).

5. [4] Es posible que los remedios por el incumplimiento del compromiso de compensación que las partes hayan decidido incluir en el acuerdo de comercio compensatorio no resulten adecuados en todas las circunstancias. Por consiguiente, aunque una parte tenga el derecho a insistir en hacer valer los remedios indicados en dicho acuerdo, quizá las partes consideren conveniente negociar a la luz de los remedios disponibles, antes de poner en marcha los procedimientos legales para exigir judicialmente el cumplimiento (véase el examen de la negociación en el capítulo XV, "Solución de controversias", párrafos *8 a 11*).

B. Remedios

1. Liberación parcial o total del compromiso de compensación

6. [5] Cabe citar diversas circunstancias por las que una parte quedaría liberada de sus obligaciones fundadas en su compromiso de compensación: al pagarse la indemnización pactada o la pena estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio para el supuesto de incumplimiento del compromiso de compensación (*véase capítulo XI*, "Indemnización pactada y cláusulas penales", párrafo [*12*] *o al extinguirse el compromiso de compensación cuando los pagos por concepto de indemnizaciones pactadas o de penas estipuladas para el supuesto de demora hayan alcanzado el límite acumulativo convenido (véase capítulo XI, párrafo [19])*; cuando una acción u omisión de la otra parte sea la causa del incumplimiento del compromiso (véase el párrafo 7 *infra*); cuando sobrevenga alguna circunstancia que la ley aplicable o el acuerdo de comercio compensatorio haya definido como impedimento exonerante (véanse los párrafos 13 a 36 *infra*); al rescindirse el contrato de suministro en la otra dirección (véase el párrafo 49 *infra*). Esa liberación de una parte de su compromiso no cumplido de compensación podría ser total o solamente parcial. Si la circunstancia que da lugar a la liberación afecta sólo parcialmente al compromiso no cumplido de compensación, la porción restante de ese compromiso seguirá siendo válida.

7. [6] *Pudiera suceder que, con arreglo al régimen general aplicable al incumplimiento de una obligación contractual, una de las partes quedara liberada de su compromiso de compensación si la otra parte no hubiera adoptado las medidas necesarias para cumplir su compromiso. No obstante, las partes tal vez deseen plantear en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión de la liberación del compromiso de compensación a fin de poner en claro en qué circunstancias y en qué medida se habría de dar a una de las partes por liberada de su compromiso. Podrían hacerlo en forma de una cláusula en la que se estipulara que*, si la parte obligada a efectuar un suministro incumple parcial o totalmente su compromiso de poner bienes a disposición de la otra con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, la parte obligada a comprarlos quedaría liberada en una proporción equivalente, es decir, parcial o totalmente, del compromiso de compensación. De modo semejante, las partes podrían estipular que si la parte obligada a efectuar una compra incumple parcial o totalmente su compromiso de comprar los bienes que hayan sido puestos a su disposición con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio, la parte obligada a efectuar el suministro quedaría liberada en una proporción equivalente, es decir, parcial o totalmente del compromiso de compensación. Cuando las partes así lo convengan, es posible que deseen establecer un requisito de notificación. Ese requisito podría especificar que la parte perjudicada deberá cursar aviso a la parte que incumpla indicando el incumplimiento y comunicándole que la parte perjudicada quedará liberada de sus obligaciones fundadas en el compromiso de compensación en la medida en que no se subsane el incumplimiento en un plazo especificado en el aviso o en el acuerdo de comercio compensatorio. El plazo deberá ser suficientemente largo como para permitir que se subsane el incumplimiento. Es posible que las partes deseen estipular que el plazo comenzará a correr a partir de la fecha de entrega del aviso. Tal vez también deseen considerar si sería conveniente estipular que, para que tenga efecto la liberación, la parte que la reclame tendrá que presentar un segundo aviso escrito.

8. [7] En algunas oportunidades, en el acuerdo de comercio compensatorio se fijan subperíodos dentro del plazo de cumplimiento en los que han de cumplirse determinadas partes del compromiso de compensación (para un examen de esos subperíodos, véase el capítulo VII, *"Compromiso de compensación"*, párrafos *17 a 20*). Esos planes de cumplimiento a menudo prevén que la parte comprometida que incumple el compromiso asignado a determinado subperíodo puede trasladar la parte del compromiso no cumplido al subperíodo siguiente, y que la parte que no cumpla debe pagar una indemnización pactada o una pena por las obligaciones no cumplidas que no haya trasladado al siguiente subperíodo. En esos casos, puede disponerse que la parte que incumpla ha de gozar de un plazo adicional, tras la expiración del subperíodo, para subsanar el incumplimiento (véase el párrafo precedente).

9. [8] Debe señalarse que, *en algunos ordenamientos internos, la rescisión de los contratos por razón de imcumplimiento está sujeta a algunos* requisitos especiales. Por ejemplo, quizá se requiera la concesión de algún plazo adicional para subsanar el incumplimiento, el haber dado aviso de la intención de rescindir el contrato o el haber recabado algún consentimiento judicial. *Esos* requisitos *serían* aplicables *en la medida misma en que se considere que el acuerdo de comercio compensatorio está sujeto al régimen general de los contratos.*

10. [9] Cabe estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que si la liberación del compromiso resulta de circunstancias no imputables a ninguna de las partes (por ejemplo, de algún impedimento exonerante), cada una de las partes habrá de soportar sus propios gastos y pérdidas.

2. Indemnización monetaria

[10]*

[11]*

11. [12] Tal vez sea posible que la parte que haya sufrido la pérdida como consecuencia del incumplimiento del compromiso de compensación reclame, amparándose en el régimen general aplicable al incumplimiento de una obligación contractual, una indemnización por daños y perjuicios a la parte que no haya cumplido el compromiso. El problema de la responsabilidad por el incumplimiento de un compromiso de compensación plantea la cuestión de la responsabilidad precontractual. A menudo no está clara la respuesta que ha de darse a esta cuestión en los distintos ordenamientos *nacionales*, pues se aplican diversos criterios en diversos *Estados* y, en *algunos Estados*, no se ha previsto un régimen de la responsabilidad precontractual. Otra fuente de incertidumbre es la base sobre la que habrán de cuantificarse los daños y perjuicios. Si no se han definido claramente en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas más importantes del futuro contrato de suministro (en particular el tipo, la calidad y el precio de los bienes) no habrá información suficiente para calcular los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de la obligación de celebrar ese contrato.

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

[13]*

C. Impedimentos exonerantes

13. [14] Durante el plazo previsto para el cumplimiento del compromiso de compensación, pueden ocurrir hechos que impidan a una de las partes comprometidas concertar el contrato de suministro previsto. Esos impedimentos pueden ser de índole jurídica, como una reforma reglamentaria en el país del comprador o en el país del proveedor que prohíba la importación o exportación de determinado tipo de bienes. El impedimento también puede ser de carácter físico, como un desastre natural que impida la producción, el transporte o la recepción de los bienes intercambiados. Esos impedimentos pueden imposibilitar el cumplimiento del compromiso de compensación en forma permanente o sólo temporal. La parte que incumpla su compromiso de compensación debido a un impedimento podrá, con sujeción a la ley aplicable y a las disposiciones del acuerdo de comercio compensatorio, gozar de un tiempo adicional para cumplirlo o quedar liberada en forma total del mismo y ser exonerada de la obligación de pagar daños y perjuicios. Los impedimentos que dan lugar a esa exoneración se denominan en la guía jurídica "impedimentos exonerantes".

14. [15] Muchos *ordenamientos nacionales* contienen reglas relativas a los impedimentos exonerantes. *De sobrevenir algún suceso que impida el cumplimiento del compromiso de compensación y que reúna las características enunciadas en la ley aplicable (de que sea, por ejemplo, imprevisible e inevitable), las partes quedarían liberadas de su compromiso a tenor de esas reglas.* Pero lo dispuesto en esas reglas tal vez resulte incompatible con las circunstancias y necesidades de una operación de comercio compensatorio internacional o tal vez no distribuya el riesgo de que sobrevenga algún impedimento exonerante a gusto de las partes. Por lo tanto, puede que las partes deseen incluir en el acuerdo una cláusula de exoneración que defina los impedimentos exonerantes y especifique sus consecuencias jurídicas. Es aconsejable que las partes se cercioren de que se están expresando en términos que, a la luz de la ley aplicable, reflejan fielmente sus intenciones (veáse el capítulo V, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafo 6).

15. [16] En la negociación de la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio relativa a los impedimentos exonerantes, reviste interés para cada una de las partes que se indiquen los tipos de impedimentos exonerantes que podrán afectar la capacidad de esa parte para adoptar las medidas requeridas a fin de cumplir el compromiso de compensación. Por ejemplo, la parte obligada a comprar los bienes estará interesada en incluir impedimentos tales como restricciones a la importación e impedimentos físicos a la recepción o al uso de los bienes. La parte comprometida a suministrar los bienes estará interesada en incluir impedimentos tales como la imposición de restricciones a los bienes cuya exportación en operaciones de comercio compensatorio está autorizada y otras restricciones a la exportación, así como algunos impedimentos que afecten la posibilidad de producir los bienes. Cabe observar que, conforme al principio generalmente aceptado de la autonomía contractual, las partes gozan de cierta flexibilidad para convenir cuál de ellas ha de soportar el riesgo de que se produzca determinado tipo de hecho que impida el cumplimiento. En consecuencia, las partes gozarían de autonomía para excluir de la lista de impedimentos exonerantes algunos hechos que estén calificados como impedimentos exonerantes en la ley aplicable, y para incluir otros hechos que no estén así calificados. *Debe señalarse, sin embargo, que en algunos ordenamientos nacionales existirán límites imperativos a la autonomía de las partes para renunciar a su derecho a invocar impedimentos exonerantes que hayan sido legalmente reconocidos.*

16. [17] Los distintos ordenamientos nacionales, al tratar el tema de la exoneración, difieren en la fundamentación teórica y en la terminología que utilizan. En relación con las exoneraciones en el contexto de los contratos de compraventa, esas diferencias han sido conciliadas por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), artículo 79[1]. El criterio adoptado en esa Convención ha procurado tener en cuenta las circunstancias particulares y las necesidades del comercio internacional. Las partes quizá estimen que ese criterio puede servir de orientación para formular una cláusula de exoneración en el acuerdo de comercio compensatorio. El análisis que contiene el presente capítulo de las consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes y la definición de éstos se basan en el criterio adoptado en esa Convención.

1. Consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes

17. [18] Puede que las partes deseen estipular que en el caso de que el cumplimiento del compromiso de compensación se vea imposibilitado por impedimentos exonerantes cuya duración no exceda de determinado plazo (por ejemplo, seis meses), el plazo para el cumplimiento se prorrogará por un período equivalente a la duración del impedimento. La finalidad de esa disposición será asegurar que los impedimentos de una duración limitada no liberen a las partes del compromiso de compensación. Tal vez las partes deseen estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que, si el impedimento exonerante invocado por una de ellas dura más de un período determinado, la otra podrá exigir que se la libere del compromiso de compensación, o bien que cualquiera de ellas podrá exigir la liberación. Es posible que deseen incluir en esa estipulación la obligación de iniciar negociaciones encaminadas a modificar el acuerdo de comercio compensatorio a fin de mantener el compromiso de compensación.

18. [19] Como se indicó en el capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales", *párrafo [7]*, a fin de disipar dudas, las partes pueden estipular expresamente que aquella que incumpla el compromiso de compensación debido a un impedimento exonerante quedará eximida del pago de la indemnización pactada o de la pena, o de cualquier indemnización por daños y perjuicios pagadera a tenor de la ley aplicable.

2. Definición de los impedimentos exonerantes

19. [20] *Si bien es cierto que en algunos ordenamientos nacionales se ha dado una definición legal de los impedimentos exonerantes, es posible que las partes, por alguna de las razones señaladas* supra *en el párrafo [15], deseen* incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una definición de los impedimentos exonerantes. Tal vez las partes deseen adoptar una de las soluciones siguientes: *a)* limitarse a dar una definición general de los impedimentos exonerantes; *b)* combinar una definición general con una lista de impedimentos exonerantes; *c)* limitarse a enunciar una lista taxativa de impedimentos exonerantes.

a) *Definición general*

20. [21] La definición general de los impedimentos exonerantes permitiría a las partes asegurarse de que todo hecho que reúna las características enunciadas en la definición se considerará como impedimento exonerante. La finalidad de una definición general también es excluir aquellos hechos que no reúnan las características indicadas. Esta solución evitaría la necesidad de confeccionar una lista de impedimentos exonerantes, así como el riesgo de omitir de la lista hechos que las partes hubieran calificado de impedimentos exonerantes. Ahora bien, en algunos casos, puede que resulte difícil determinar si un hecho dado está comprendido o no en la definición general.

21. [22] Puede que las partes deseen *aclarar en la definición que* el impedimento físico o jurídico ha de imposibilitar el cumplimiento (véanse los párrafos 14 *y 15 supra*), y no, por ejemplo, hacerlo meramente dificultoso o más oneroso. No obstante, cabe observar que es posible que por un cambio en las circunstancias el cumplimiento del compromiso de compensación, si bien físicamente posible, resulte excesivamente costoso, mucho más de lo que la parte pudo haber previsto que tendría que soportar. Un cambio tan extremo de las circunstancias podría ser considerado a tenor de la ley aplicable como impedimento exonerante. Además, puede que las partes deseen estipular que el impedimento debe ser ajeno a la voluntad de la parte que incumpla el compromiso y que no se pueda razonablemente esperar que esa parte hubiese tenido en cuenta el impedimento en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, o que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias (*texto inspirado en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa*).

22. [23] Las cláusulas contractuales sobre impedimentos exonerantes algunas veces se limitan a enumerar los impedimentos exonerantes y a indicar que otros hechos análogos también se calificarán de impedimentos exonerantes. En esas cláusulas, los hechos enumerados sirven como indicación para considerar o no como impedimento exonerante un hecho que no ha sido incluido en la lista. No obstante, es probable que la incorporación de una definición general en la cláusula reduzca la incertidumbre en cuanto a si un hecho no incluido en la lista deba considerarse o no como un impedimento exonerante.

b) *Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes*

23. [24] Una definición general de impedimentos exonerantes podría ir seguida de una lista ilustrativa o de una lista taxativa de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes. Esta solución combinaría la flexibilidad que brinda una definición general con la certidumbre dimanada de la especificación de los impedimentos exonerantes.

i) Definición general seguida de una lista de carácter ilustrativo

24. [25] A fin de aclarar el alcance de la definición general cabría escoger una lista ilustrativa de impedimentos exone-

[1] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (documento A/CONF.97/18, anexo 1); *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI: 1980, tercera parte, B.

rantes. Semejante solución permitiría que se brindara orientación con respecto al alcance que se desea que tenga la definición general y aseguraría que los hechos enunciados en la lista se calificarán de impedimentos exonerantes siempre que satisfagan los criterios enunciados en la definición general.

ii) Definición general seguida de una lista taxativa

25. [26] Una definición general de los impedimentos exonerantes podrá ir acompañada de una lista taxativa de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes siempre que, *en el caso considerado,* satisfagan los criterios enunciados en *la definición.* Puede no ser aconsejable una lista taxativa, salvo que las partes estén seguras de que pueden prever y enumerar todos los hechos que desean calificar de impedimento exonerante.

iii) Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes, estén o no comprendidos en la definición

26. [27] Una definición general de los impedimentos exonerantes podría ir seguida por una lista de hechos que se califiquen de impedimentos exonerantes estén o no comprendidos en la definición general. Este método puede ser útil cuando las partes opten por una definición general estricta de los impedimentos exonerantes, pero deseen que ciertos hechos no comprendidos en el ámbito de esa definición se consideren impedimentos exonerantes. Como estos hechos constituirán impedimentos exonerantes independientemente de la definición general, las observaciones formuladas en el párrafo 28 *infra,* relativas a las salvaguardias que pueden adoptarse cuando se incluya una lista de impedimentos exonerantes sin una definición general, también son aplicables en este caso.

c) *Lista taxativa de impedimentos exonerantes sin una definición general*

27. [28] Es posible que una cláusula de exoneración sencillamente consigne una lista taxativa de los hechos que habrán de considerarse impedimentos exonerantes, sin una definición general. Este enfoque tiene el inconveniente de no indicar los criterios generales que los hechos enumerados deben satisfacer para que se les califique de impedimentos exonerantes. Como no se indican esos requisitos, sería recomendable que las partes describiesen con la mayor precisión posible los impedimentos exonerantes enumerados en la lista. La ventaja de esa precisión es la certidumbre en cuanto a la distribución del riesgo entre las partes.

d) *Posibles impedimentos exonerantes*

28. [29] Si las partes consignan en la cláusula de exoneración una lista de los hechos que han de calificarse como impedimentos exonerantes, con una definición general o sin ella, quizá deseen estudiar la conveniencia de incluir hechos tales como el incendio, las explosiones y el embargo comercial. Además, es posible que las partes deseen limitar el alcance de los hechos enumerados *infra.*

29. [30] *Desastres naturales.* Los desastres naturales como tormentas, ciclones, inundaciones o tempestades de arena pueden ser condiciones normales en una determinada época del año en el lugar de que se trate. En esos casos, el acuerdo de comercio compensatorio podría impedir a una de las partes que los invoque como impedimentos exonerantes cuando fueran previsibles y se podrían haber adoptado medidas eficaces para contrarrestarlos (véase el párrafo 23 *supra*).

30. [31] *La guerra (declarada o no), otras actividades militares o trastornos civiles.* Puede resultar difícil determinar cuándo podrá considerarse que una guerra, otras actividades militares o trastornos civiles están impidiendo el cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, puede haber hostilidades en el país de una de las partes pero, si esa parte prosigue sus actividades comerciales, es posible que las hostilidades en realidad no le impidan cumplir el compromiso de compensación. Si el acuerdo de comercio compensatorio no contiene una definición general de los impedimentos exonerantes, tal vez convenga especificar claramente cuándo se considerará que una guerra, otras actividades militares o trastornos civiles impiden el cumplimiento del compromiso de compensación.

31. [32] *Huelgas, boicoteos, huelgas de celo y ocupación de fábricas o locales por parte de los trabajadores.* Tal vez las partes deseen examinar si, y en qué medida, estos hechos han de considerarse como impedimentos exonerantes. Por un lado, estos hechos podrían en sentido propio impedir a una de las partes el cumplimiento de su compromiso. Por otro, las partes podrán estimar que no conviene que una de ellas quede exonerada de las consecuencias del incumplimiento del compromiso cuando el incumplimiento dimana de la conducta de sus propios empleados. Además, puede ser difícil determinar si las huelgas de empleados u otros conflictos laborales son o no evitables por una de las partes, así como las medidas que cabría razonablemente esperar que esa parte adoptara para evitarlos o poner fin a la huelga o conflicto (por ejemplo, accediendo a las peticiones de los huelguistas).*

32. [33] *Escasez de materias primas necesarias para la producción.* Tal vez las partes deseen estudiar si esto ha de considerarse como un impedimento exonerante. Podrían, por ejemplo, estipular que una de ellas está obligada a adquirir a tiempo las materias primas y de esa manera, impedirle que haga valer una exoneración si no lo hace. En algunos casos, es posible que la parte no reciba las materias primas a tiempo debido a un retraso de su proveedor. Convendría, por ello, que esa parte se asegurara en el contrato con su proveedor que podrá reclamarle daños y perjuicios de no suministrar éste a tiempo las materias primas.

e) *Exclusión de algunos impedimentos*

33. [34] Cualquiera sea el enfoque adoptado para definir los impedimentos exonerantes, es posible que las partes deseen aclarar todavía más el alcance de la cláusula de exoneración excluyendo expresamente algunos hechos. Por ejemplo, quizá deseen considerar la posibilidad de excluir de los impedimentos exonerantes los hechos que ocurran después de algún incumplimiento del compromiso por una de ellas y que, de no haber mediado ese incumplimiento, no habrían imposibilitado a dicha parte cumplir sus obligaciones.

34. [35] Puede que las partes deseen examinar si determinados actos de un Estado o de órganos de un Estado han de considerarse como impedimentos exonerantes. Posiblemente se exija a una de ellas que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para celebrar el contrato de suministro. El acuerdo de comercio compensatorio podría disponer que si un órgano estatal deniega la licencia o aprobación, o si la otorga pero más tarde la revoca, la parte obligada a obtenerla no podrá invocar la denegación o la revocación como impedimento exonerante. Las partes podrían considerar equitativo que las consecuencias de no haberse obtenido una licencia o aprobación corran por cuenta de aquella que tenía el deber de obtenerla, pues esa parte contrajo el compromiso de compensación a sabiendas de la necesidad de obtener la licencia o la aprobación y de la posibilidad de que se le negara. Además, podría ser difícil a la otra parte determinar si las medidas adoptadas para obtener la licencia o aprobación fueron razonables (véase el párrafo 23 *supra*). *Las partes tal vez deseen estipular cuáles serían las circunstancias en las que una parte que esté obligada a obtener una licencia pueda quedar exonerada de hacerlo si prueba que la licencia fue denegada o retirada por un motivo que no le sea imputable (por ejemplo, si estaba ya concertado el acuerdo de comercio compensatorio cuando las autoridades competentes impusieron la obligación de obtener la licencia o modificaron su política en materia de concesión o retirada de licencias).*

3. Notificación de los impedimentos

35. [36] Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio *estipule claramente que* la parte que invoque un impedimento exonerante *deberá* notificar por escrito el impedimento a la otra parte, sin retraso indebido, *una vez que conozca* la existencia del impedimento. Esta notificación podría facilitar a la otra parte la adopción de medidas para mitigar las pérdidas causadas. *En muchos países existe esa obligación de dar aviso y de mitigar las pérdidas fundada en los principios generales del derecho de los contratos.* Se podría exigir que la notificación especifique los detalles del impedimento, junto con la prueba de que el cumplimiento de la parte se ve impedido, o de que es probable que resulte impedido, y, de ser posible, que indique la duración prevista del mismo. Podría también exigirse a la parte que invoca el impedimento exonerante que mantenga a la otra parte informada de todas las circunstancias que podrían ser pertinentes para una evaluación del impedimento y de sus efectos, así como que notifique a la otra parte la cesación del impedimento. Podría disponerse que la parte que omita notificar oportunamente a la otra el impedimento exonerante perderá su derecho a invocarlo. O bien, que cuando una de las partes no curse oportunamente la notificación requerida no perderá el derecho a invocar la cláusula, pero tendrá la obligación de indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes de su incumplimiento. El acuerdo podría también exigir que el impedimento de que se trate sea verificado, por ejemplo, por una autoridad pública, un notario público, un consulado o una cámara de comercio del país en que ocurra el impedimento.

36. [37] Además, puede que las partes deseen estipular que al notificarse el impedimento exonerante, han de celebrar una reunión y considerar *conjuntamente* las medidas que cabe tomar para contrarrestar o limitar los efectos del impedimento y evitar o mitigar cualquier pérdida causada por éste. Entre estas medidas podría figurar la renegociación del acuerdo de comercio compensatorio (véase el párrafo 18 *supra*).

D. Efectos para la operación de comercio compensatorio de la falta de celebración o del incumplimiento de un contrato de suministro

37. [38] Una característica que tiene la operación de comercio compensatorio es el vínculo entre los suministros de bienes en ambas direcciones, pues la celebración del contrato para el suministro de bienes en una dirección está subordinada a la celebración del contrato para el suministro de bienes en la otra dirección (véase el capítulo II, "Ámbito de aplicación y terminología de la guía jurídica", párrafo 1). Habida cuenta de esta vinculación, podría plantearse si la falta de celebración del contrato de suministro, o el incumplimiento de un contrato de suministro existente en una dirección, debería repercutir en la obligación de celebrar un contrato de suministro, o de cumplir un contrato de suministro existente, en la otra dirección. Por ejemplo, si en una compra recíproca, se rescinde el contrato de exportación, puede plantearse si el exportador quedaría liberado de su obligación de comprar bienes estipulada en el compromiso de compensación. Asimismo, si en una compra recíproca, el exportador no adopta las medidas necesarias para cumplir el compromiso de compensación, puede plantearse si el contraexportador estará facultado a suspender el pago debido en virtud del contrato de exportación o a rescindir dicho contrato.

38. [*párrafo nuevo*] En las operaciones de comercio compensatorio con más de dos partes pueden surgir también cuestiones de interdependencia. En una operación tripartita, en la que, a título de ejemplo, intervengan un exportador, un importador que sea también el contraexportador y un tercero comprador, podría plantearse la cuestión de si el incumplimiento por un tercero de su obligación de comprar los bienes daría derecho al importador a aplazar el pago de los bienes que haya comprado del exportador. En una operación de comercio compensatorio cuatripartita podría, por ejemplo, plantearse la cuestión de si el incumplimiento de la obligación de concertar o de dar curso a un contrato de suministro entre dos de las partes daría derecho a una de las partes en un contrato de suministro en sentido contrario a aplazar su cumplimiento o a rescindirlo. (En la sección D del capítulo VIII se describe el comercio compensatorio entre más de dos partes; en la sección F del capítulo IX puede verse el examen de los mecanismos de pago vinculados en el comercio compensatorio entre más de dos partes.) Las consideraciones que se hacen en la presente sección son aplicables por igual a las operaciones de comercio compensatorio entre dos partes y entre más de dos partes.

39. [*párrafo nuevo*] Si bien es aconsejable, como se examina más adelante, insertar cláusulas en el acuerdo de comercio compensatorio que determinen el grado de interdependencia de las obligaciones, sería también aconsejable que, cuando surja algún problema relativo a la obligación de completar la operación, las partes procuren encontrar una solución negociada. La negociación de alguna modificación *de la* operación de comercio compensatorio es a menudo preferible al aplazamiento o a la rescisión del compromiso de compensación o de un contrato de suministro.

40. [39] En muchos ordenamientos nacionales el *régimen* general de los contratos contiene reglas que dan una respuesta al problema de la interdependencia de las obligaciones estipuladas en un mismo contrato. El principio general que suele expresarse en ese régimen es que el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones contractuales facultaría a la otra parte a no cumplir sus obligaciones nacidas de ese contrato, y que en algunas circunstancias, la facultaría incluso a rescindir el contrato. Generalmente el incumplimiento de las propias obligaciones contractuales y la rescisión del contrato no están autorizados cuando el incumplimiento de la otra parte no reviste suficiente gravedad. Los ordenamientos jurídicos nacionales normalmente no prevén una respuesta concreta a la cuestión de la interdependencia de las obligaciones inherentes a los distintos tipos de operaciones de comercio compensatorio ni aclaran hasta qué punto los principios generales del derecho aplicables a los contratos, que se acaban de mencionar, serían aplicables a una operación de comercio compensatorio.

41. [40] Se dice, a menudo, que la estructura contractual particular de la operación de comercio compensatorio juega un papel importante en la determinación de la interdependencia de las obligaciones en ese tipo de operaciones. *Cuando las cláusulas contractuales relativas al compromiso de compensación o a los contratos de suministro en ambas direcciones han sido incorporadas en un solo contrato*, se estima en general que las obligaciones recíprocas serán sin duda consideradas como interdependientes (*véase el capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos 10, 17, 18*). Pero cuando *se utilizan* contratos separados, *se ha sugerido* que *con arreglo a muchos ordenamientos nacionales* las dos series de obligaciones serían probablemente consideradas como independientes, salvo en la medida en que alguna cláusula de esos contratos estableciera alguna interdependencia (esta estructuración contractual por medio de contratos separados se examina en los párrafos *11 a 23* del capítulo III)*. En sentido contrario, se ha sugerido que aun cuando se utilicen contratos separados cabría considerar que las obligaciones fundadas en una operación de comercio compensatorio son interdependientes por razón de que esas obligaciones aun cuando hayan nacido de contratos separados están comercialmente interrelacionadas, por lo que forman parte de una única operación.

42. [41] Como hay poca jurisprudencia, tanto judicial como arbitral, en materia de interdependencia de las obligaciones en las operaciones de comercio compensatorio, no es posible hacer generalizaciones. El alcance de la interdependencia dependerá de las circunstancias y de las cláusulas contractuales de cada operación. A fin de evitar discrepancias con respecto a si la parte está facultada o no a negarse a cumplir su obligación de suministrar bienes en una dirección alegando que la otra parte ha incumplido su obligación de suministrar bienes en la otra dirección, las partes tal vez deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio cláusulas concretas que indiquen hasta qué punto serán interdependientes sus respectivas obligaciones. Podrán incluir, por ejemplo, cláusulas que determinen el alcance de la interdependencia de las obligaciones a fin de prever, en particular, los siguientes problemas en cuanto al cumplimiento de la operación de comercio compensatorio: 1) la no celebración del contrato de suministro previsto en el acuerdo de comercio compensatorio, 2) la resolución del contrato de suministro, 3) el incumplimiento de la obligación de pago en virtud del contrato de suministro, y 4) el incumplimiento de la obligación de entrega de los bienes fundada en el contrato de suministro.

1. Incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de suministro

43. [42] En las operaciones en las que las partes celebran antes el contrato de suministro en una dirección (contrato de exportación) y dejan la celebración del contrato de suministro en la otra dirección (contrato de contraexportación) para una etapa ulterior (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos *13 a 19*), es posible que deseen considerar si a raíz de que el exportador (contraimportador) no adopte una medida necesaria para cumplir el compromiso de compensación, el importador estará facultado a suspender el pago por los bienes importados, o incluso, a rescindir el contrato de exportación. Esa interdependencia puede ser considerada favorablemente por un importador cuya posibilidad de cumplir las obligaciones de pago en virtud del contrato de exportación dependa de las ganancias que obtenga con el contrato de contraexportación que ha de celebrar en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio.

44. [43] Al considerar si establecerán o no esa interdependencia entre el compromiso de compensación y el contrato de exportación, puede que las partes deseen tener en cuenta la cuantía de la pérdida que sufriría el contraexportador a raíz del incumplimiento del compromiso de compensación, y la cuantía de la pérdida que sufriría el exportador a raíz de la suspensión del pago previsto en el contrato de exportación, o de la rescisión de dicho contrato. Tal vez no sea conveniente permitir que un problema que se plantee en relación con el cumplimiento del compromiso de compensación trastorne el cumplimiento del contrato de exportación. Las partes pueden evaluar esta situación cuando el precio que haya de pagarse en virtud del contrato de exportación, o la posible pérdida derivada de la rescisión del contrato de exportación, sea considerablemente más elevado que la pérdida que entrañaría el incumplimiento por parte del contraimportador del compromiso de compensación. Además, tal vez la interdependencia no convenga si existe la posibilidad de que las partes discrepen con respecto a la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de celebrar un contrato de suministro. La posibilidad de que se suspenda el pago en virtud del contrato de exportación hasta que se resuelva esa divergencia podría introducir un grado inaceptable de incertidumbre en la operación. Además, ante el riesgo de que se rehúse el pago del contrato de exportación si se presenta un problema en el cumplimiento del compromiso de compensación, podría resultar difícil al exportador encontrar una institución financiera dispuesta a financiar la exportación o a asegurar el riesgo de la falta de pago. La institución financiera puede mostrarse reacia porque la dificultad que podría enfrentar el exportador para cumplir el compromiso de compensación puede ser una circunstancia extraña al contrato de exportación y, por consiguiente, le resultaría difícil evaluarla. Por las razones que se examinan en los párrafos 39 a 41 *supra*, tal vez las partes deseen expresar en el acuerdo de compensación esa independencia del contrato de exportación del cumplimiento del compromiso de compensación.

45. [44] No obstante, a fin de proteger los intereses del contraexportador, tal vez convenga prever en el acuerdo de comercio compensatorio una indemnización por la pérdida prevista como consecuencia del incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de contraexportación. Podría establecerse la obligación de pagar esa indemnización incorporando una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal al acuerdo de comercio compensatorio (véanse los párrafos 10 a 13 *supra*, así como el capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales", y el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento"). Además, en el acuerdo de comercio compensatorio se puede reconocer al contraexportador el derecho a deducir de los pagos adeudados en virtud del contrato de exportación el importe de la indemnización pactada o de la pena exigible por el incumplimiento del compromiso de compensación (véanse el capítulo IX, "Pago", párrafos *12 y 62*, y el capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales", *párrafo 22*).

46. [45] En aquellas operaciones en las que el acuerdo de comercio compensatorio se celebra antes de la concertación de los contratos de suministro en cualquiera de las dos direcciones (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", *párrafos 20 y 21*), es posible que las partes no consideren útil que una de ellas esté facultada a suspender el cumplimiento del contrato de suministro en una dirección, o a rescindirlo, como respuesta al incumplimiento de la otra parte de adoptar las medidas necesarias para celebrar un contrato de suministro en la otra dirección. En esas operaciones, el acuerdo de comercio compensatorio suele prever la celebración de una serie de contratos de suministro en ambas direcciones. Subordinar el cumplimiento de los contratos que hayan sido celebrados en una dirección a la celebración de contratos en la otra dirección podría trastornar en lugar de estimular la ejecución regular de la operación de comercio compensatorio. En consecuencia, por los motivos que se examinan *supra* en los párrafos 39 a 41, tal vez las partes deseen indicar expresamente en el acuerdo de comercio compensatorio que las obligaciones en virtud de los contratos de suministro en una dirección serán independientes del cumplimiento del compromiso de compensación en la otra dirección.

47. [46] En algunos casos, el acuerdo de comercio compensatorio puede prever que el incumplimiento por una de las partes de la obligación de celebrar contratos de suministro en una dirección facultará a la otra parte a suspender la celebración de contratos, o a suspender el envío de bienes, en la otra dirección. Ese enfoque podría utilizarse especialmente cuando se convenga que durante el curso de la operación de comercio compensatorio, el valor de los bienes suministrados en una dirección no debe exceder del valor de los bienes suministrados en la otra dirección en una determinada suma o porcentaje. Ese enfoque podría convenirse cuando las partes estipularan que sus obligaciones recíprocas de pago resultantes de los contratos de suministro en ambas direcciones han de compensarse, y que el saldo pendiente del valor de los bienes enviados en ambas direcciones no debe superar un límite convenido (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos *38 a 57*, en particular el *párrafo 53*). A fin de supervisar el nivel de intercambio entre las partes y especificar aquellas situaciones en las que una de ellas está facultada a suspender la celebración de contratos o los suministros de bienes, las partes podrían convenir en que dejarán constancia de los suministros recíprocos de bienes en una "cuenta probatoria" (véase el capítulo *IV, "Compromiso de compensación"*, párrafos *68 a 74*).

48. [47] Aunque el acuerdo de comercio compensatorio prevea que el compromiso en compensación de una dirección no debe afectar a las obligaciones contraídas en virtud de los contratos de suministro celebrados en la otra dirección, podrá establecer sanciones por el incumplimiento del compromiso de compensación. Por ejemplo, en las operaciones en que han de compensarse reclamaciones de pago recíprocas por los suministros de bienes en ambas direcciones, el acuerdo de comercio compensatorio podrá estipular que la parte que reciba más bienes de los que envíe ha de liquidar el saldo pendiente mediante el pago en efectivo o mediante el envío de más bienes (véase el capítulo IX, "Pago", *párrafos 53 a 56*). Cuando los bienes suministrados en ambas direcciones han de ser pagados en forma independiente, el acuerdo de comercio compensatorio puede contener una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal, o bien, prever la emisión de una garantía bancaria o de una carta de crédito contingente que cubra el incumplimiento del compromiso de compensación (véanse el capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales", y el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento").

2. Rescisión del contrato de suministro

49. [48] Un contrato de suministro puede rescindirse, por ejemplo, como consecuencia del incumplimiento del contrato por una de las partes o de un impedimento exonerante. Por los motivos que se examinan en los párrafos 39 a 41 *supra*, es posible que las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio si la rescisión del contrato de suministro en una dirección ha de afectar las obligaciones de las partes de celebrar un futuro contrato de suministro en la otra dirección, o de cumplir un contrato de suministro existente en la otra dirección. Pueden considerarse varias soluciones:

i) no permitir que la rescisión del contrato de suministro en una dirección afecte al compromiso de *concertar* un contrato de suministro en la otra dirección, o cualesquiera obligaciones emanadas de un contrato de suministro existente en la otra dirección;

ii) prever que la rescisión del contrato de suministro en una dirección liberará a las partes del compromiso de compensación que estipule la celebración de un contrato de suministro en la otra dirección, pero que, si este último ya se hubiese celebrado no ha de ser afectado;

iii) disponer que la rescisión del contrato de suministro en una dirección ha de dar por resultado la liberación del compromiso de celebrar un contrato de suministro en la otra dirección, así como la rescisión de cualquier contrato de suministro existente en la otra dirección, salvo que ya se hubieren adoptado medidas concretas para el cumplimiento del contrato de suministro existente (por ejemplo, si se hubiesen preparado bienes para el envío o ya se hubiesen enviado).

50. [49] La solución prevista en el punto i) puede resultar conveniente en aquellas operaciones donde el acuerdo de

comercio compensatorio prevea la celebración de una serie de contratos de suministro en ambas direcciones. En la compra recíproca y en las ventas con pacto de compra de productos, también puede resultar apropiado prever que la rescisión de determinado contrato de contraexportación no debe afectar al contrato de exportación. En estos casos, las partes podrían celebrar un contrato de suministro que sustituyera al contrato de suministro rescindido (véase el párrafo 54 *infra*). Debido a esta posibilidad, así como a la de ejercitar las acciones derivadas del contrato de suministro rescindido, es posible que las partes no deseen que la rescisión de determinado contrato de suministro en una dirección afecte a la celebración o al cumplimiento de los contratos en la otra dirección. *Además, la posibilidad de que la rescisión del contrato de contraexportación afecte al contrato de exportación pudiera hacer que resultara imposible al exportador negociar un seguro de cobertura del riesgo de un impago del contrato de exportación. La imposibilidad de asegurar ese riesgo pudiera, a su vez, ser motivo de que al exportador le resulte difícil o imposible obtener los recursos financieros que necesite para el contrato de exportación (véase el capítulo III, sección C).*

51. [50] En cuanto a los posibles efectos de la rescisión del contrato de exportación para una compra recíproca, o una operación de compensación industrial indirecta, es posible que el importador (contraexportador) prefiera la solución indicada bajo el punto i). Generalmente un objetivo importante que tiene el importador para dedicarse al comercio compensatorio es encontrar una salida para sus bienes, y la necesidad de encontrar esa salida no disminuye por la rescisión del contrato de exportación. También esta solución puede ser preferida por un tercero comprador contratado por el exportador para cumplir el compromiso de compensación contraído por este último; el tercer comprador estará interesado en que el compromiso de compensación mantenga su validez a fin de poder ganar la retribución convenida con el exportador o de recuperar los gastos incurridos con miras a la compra y la reventa de los bienes intercambiados (véase el capítulo VIII, "Participación de terceros", *párrafo 35*). Es probable que el exportador (contraimportador), en cambio, sea partidario de la solución ii), sobre todo si no espera obtener ninguna ganancia con la compra y la reventa de los bienes intercambiados. En estos tipos de operaciones, el exportador suele asumir un compromiso de compensación a fin de poder exportar sus propios bienes y, en consecuencia, no deseará quedar sujeto al compromiso de compensación cuando se haya rescindido el contrato de exportación, pero, al mismo tiempo, tampoco deseará rescindir los contratos de contraexportación existentes. En las operaciones de compensación industrial indirecta hay un motivo adicional para adoptar la solución prevista en el punto ii), a saber, que el exportador (contraimportador) celebra contratos de contraimportación con terceros proveedores, y no sería conveniente que se rescindieran esos contratos por circunstancias que no incumban a esos terceros.

52. [51] Puede plantearse si, a pesar de quedar liberada del compromiso de compensación, de conformidad con la solución prevista en ii), la parte inicialmente obligada a efectuar la compra, el tercero comprador contratado por el exportador (contraimportador) seguirá teniendo derecho a recibir una retribución del exportador (contraimportador) por las compras efectuadas al contraexportador después de la liberación. Como se examinó en el capítulo VIII, "Participación de terceros", *párrafo 35*, es conveniente que las partes prevean expresamente una respuesta a esta cuestión en el acuerdo del comercio compensatorio.

53. [52] Podría adoptarse la solución prevista en iii) cuando las partes consideraran que la operación de comercio compensatorio no puede proceder si se ha rescindido el contrato de suministro en una dirección. Sería ése el caso, por ejemplo, cuando las partes convienen en vincular sus obligaciones de pago de manera que la suma abonada por el contrato de suministro en una dirección se utilice para pagar el contrato de suministro en la otra dirección (capítulo IX, "Pago"), o cuando, como en una operación de compensación industrial directa, los bienes suministrados por una de las partes se han de incorporar a los bienes que han de suministrarse en la otra dirección. La solución prevista en el punto iii) también convendría en las operaciones de venta con pacto de compra de productos, donde la posibilidad de cumplir el compromiso de compensación dependerá del cumplimiento del contrato de exportación.

54. [53] Si se opta por las soluciones previstas en ii) o iii), es posible que las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio que, en el caso de que se rescinda el contrato de exportación, una de ellas quedará liberada de sus obligaciones en virtud del compromiso de compensación o de un contrato de contraexportación existente solamente si no hubiese sido responsable de esa rescisión. El acuerdo de comercio compensatorio puede también estipular que cuando una de las partes sea responsable de la rescisión del contrato de exportación (por ejemplo, por haber entregado bienes defectuosos, por no haber obtenido la aprobación administrativa del contrato, o por no haber obtenido la carta de crédito), la otra parte podría optar bien por mantener en vigor el compromiso de compensación o el contrato de contraexportación, o bien por quedar liberada de sus obligaciones en virtud de los mismos.

55. [54] Los párrafos 48 a 54 *supra* contemplan la cuestión de si la rescisión de un contrato de suministro en una dirección ha de afectar las obligaciones de las partes de celebrar o cumplir un contrato de suministro en la otra dirección. Tal vez las partes también deseen considerar si la rescisión de un contrato de suministro en determinada dirección las obligaría a celebrar un contrato de suministro sustitutivo en la misma dirección. La obligación de celebrar un contrato de suministro sustitutivo puede considerarse adecuada, en particular, cuando el acuerdo de comercio compensatorio prevea la celebración de múltiples contratos de suministro, o enumere distintos tipos de bienes intercambiables.

3. Incumplimiento de la obligación de pago

56. [55] En muchas operaciones de comercio compensatorio, se conviene en que el pago del contrato de suministro en una dirección ha de efectuarse con independencia del pago del contrato de suministro en la otra. Por ejemplo, si en una compra recíproca o en una venta con pacto de compra de productos el importador retrasara sus pagos al exportador, el exportador (contraimportador) no estaría facultado a retener el pago del contrato de contraimportación ni a compensar su

derecho al pago del contrato de exportación con su obligación de pago del contrato de contraimportación. Asimismo, si el contraimportador demora el pago al contraexportador, el contraexportador (importador) no estaría facultado a retener el pago del contrato de exportación ni a compensar los pagos debidos en ambas direcciones. Conviene que se deje constancia en el acuerdo de comercio compensatorio de ese acuerdo sobre la independencia de las obligaciones de pago.

57. [56] No obstante, puede convenirse en que, si el proveedor no ha recibido el pago por los bienes entregados en una dirección, estará facultado a retener el pago por los bienes entregados en la otra dirección hasta el importe de la reclamación pendiente, o a compensar las reclamaciones de pago recíprocas.

58. [57] La ventaja de la independencia de las obligaciones de pago es que de esa manera el riesgo de la falta de pago de un contrato de suministro en una dirección no resulta mayor porque se haga depender la obligación de pago de ese contrato del cumplimiento efectivo del contrato de suministro en la otra dirección. Con ese criterio, puede resultar más fácil obtener la financiación para un contrato de suministro, porque la institución pertinente, al evaluar el riesgo de la falta de pago, no tendrá que tener en cuenta circunstancias ajenas al contrato de suministro que ha de financiar (véase también el párrafo 43 *supra*).

59. [58] La ventaja de que las obligaciones de pago sean interdependientes es que se proporciona una seguridad adicional a la parte que no recibe el pago por los bienes que ha suministrado. Si esa parte retira el pago o compensa las reclamaciones de pago en virtud de los contratos de suministro en ambas direcciones, el resultado sería similar al de un método de pago vinculado, que se examina en el capítulo IX, "Pago" (esto es, retención de fondos, bloqueo de fondos o compensación de las reclamaciones de pago recíprocas). La diferencia es que en el caso examinado en esta sección la retención del pago, o la compensación de las reclamaciones, constituye un derecho de reserva que se reconoce a la parte que no recibe el pago, mientras que en los métodos de pago vinculado que se examinan en el capítulo IX el procedimiento de pago previsto es la vinculación de los pagos.

60. [59] Cuando se decide de común acuerdo que la parte está facultada a retener el pago o a compensar las obligaciones de pago recíprocas, en algunas ocasiones, también se estipula que la parte que entregue antes los bienes (exportador) estará facultada a tomar posesión de los bienes que han de ser entregados por la otra parte (importador). Al tomar posesión de los bienes, el exportador, que sea el acreedor de la obligación de pago pendiente, obtiene un contravalor y hace nacer una obligación de pago que podrá compensarse con la obligación de pago pendiente. Esa estipulación es posible en los casos en que el acuerdo de comercio compensatorio especifique los bienes que han de ser contraexportados. Para aplicar ese criterio, es aconsejable identificar claramente los bienes y su ubicación, y considerar la posibilidad de adoptar medidas adicionales, como otorgar al exportador una garantía real sobre esos bienes y reconocerle expresamente el derecho a reclamar su posesión. Otra medida que podrían adoptar las partes en el acuerdo de comercio compensatorio sería convenir en que el contraexportador ha de depositar los bienes en poder de un tercero y prever que se pondrán a disposición del contraimportador cuando se den determinadas condiciones.

4. Incumplimiento de la obligación de entregar los bienes

61. [60] Puede que las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio las consecuencias que tendrá para la operación de comercio compensatorio la falta de entrega, el retraso en la entrega, o la entrega de bienes no conformes en el contrato de suministro en una dirección. Para los problemas de entrega en el marco de la rescisión de un contrato de suministro en una dirección, tal vez las partes deseen aclarar en el acuerdo de comercio compensatorio, como se examinó en los párrafos 48 a 54 *supra*, si la rescisión ha de afectar las obligaciones de las partes con respecto a la celebración o al cumplimiento de los contratos de suministro en la otra dirección. Para los problemas de entrega en el marco de un contrato de suministro en una dirección que no den lugar a la rescisión de ese contrato de suministro, las partes tal vez deseen, por las razones que se explican en los párrafos 39 a 41 *supra*, prever expresamente en el acuerdo de comercio compensatorio que no habrá ninguna consecuencia para las obligaciones de las partes con respecto a la celebración o al cumplimiento de los contratos de suministro en la otra dirección. Esa independencia de las obligaciones con respecto a los envíos en ambas direcciones tal vez no resulte apropiada en las ventas con pacto de compra de productos, donde la contraexportación de los bienes depende de la correcta ejecución del contrato de exportación.

[A/CN.9/362/Add.14]

XIV. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-7
B. Elección de la ley aplicable	8-24
C. Selección *de la misma ley o de diversas leyes* nacionales para regir el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro	25-29
D. Normas jurídicas imperativas de derecho público	30-33

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo constituye una revisión del proyecto de capítulo XIV, titulado "Elección de la ley aplicable", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Las correcciones introducidas en los párrafos del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 van en bastardilla.]

A. Observaciones generales

1. [3] El presente capítulo se ocupa de la elección por las partes en una operación de comercio compensatorio de la ley aplicable al *acuerdo de* comercio compensatorio, a los contratos de suministro en un sentido y en otro, *y al contrato en virtud del cual una parte que se haya comprometido a cumplir un compromiso de compensación contrata a un tercero para cumplir ese compromiso. El capítulo examina también la cuestión de determinar si el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos que forman parte de la operación deben quedar regidos por una ley nacional única o por diversas leyes nacionales (sección C).* En el presente capítulo no se examina la ley aplicable a otros arreglos en los que participen personas que no sean partes en la operación de comercio compensatorio. Entre esos arreglos pudiera figurar alguna garantía para asegurar el cumplimiento de un compromiso compensatorio, el posible acuerdo entre las partes en la operación compensatoria y sus bancos sobre arreglos de pagos conexos, o un acuerdo interbancario entre los bancos que vayan a intervenir en esos arreglos de pagos. Algunos aspectos de la ley aplicable a esos arreglos han sido examinados en el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", en sus párrafos *[3], [5] y [13]*, y en el capítulo IX, "Pago", en sus párrafos *[4], [7], [16], [18], [19], [24] y [37].*

2. [1] Conforme a las reglas de derecho internacional privado de muchas *leyes* internas, las partes están facultadas para elegir de común acuerdo la ley aplicable, pese a que algunas de esas *leyes* imponen ciertos límites a esta elección (*en algunos ordenamientos jurídicos*, las *reglas* de derecho internacional privado se conocen con el nombre de *reglas* de "conflictos de leyes" o de "elección de la ley aplicable"). De no haber elegido las partes la ley aplicable, esa ley se determinará *con arreglo a las reglas de derecho internacional privado.*

3. [2] Debe señalarse que al elegir la ley aplicable las partes no están seleccionando al tribunal competente para resolver sus eventuales controversias. Las cuestiones relativas a la competencia se examinan en el capítulo XV, "Solución de controversias".

4. [4] Cualquiera que sea la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio o a los contratos de suministro, es posible que determinados aspectos de la operación de comercio compensatorio se vean afectados por reglas jurídicas de carácter imperativo de rango administrativo o de derecho público que estén en vigor en los países de las partes o en el país en donde hayan de cumplirse sus obligaciones. Esas reglas jurídicas de carácter imperativo tal vez regulen determinadas cuestiones de interés público, por ejemplo, las transferencias internacionales de fondos, los tipos de bienes que podrán ser objeto de las operaciones de comercio compensatorio y las prácticas comerciales restrictivas (véase *la sección D infra*).

5. [5] Además, tal vez esté limitada la facultad de las partes para incluir determinadas cuestiones en el campo de aplicación de la ley por ellas elegida. Por ejemplo, cualquiera que sea la voluntad de las partes, la ley del Estado en el que se encuentren los bienes tal vez sea la que rija la transferencia del dominio sobre esos bienes, y la ley del Estado en donde esté situado el banco en cuyo poder obren los fondos tal vez sea la que rija los actos de disposición al respecto. La determinación del *Estado* cuyo derecho procesal será aplicable al litigio arbitral o judicial por el que se intente resolver una controversia suscitada en relación con una operación de comercio compensatorio se examina en el capítulo XV, "Solución de controversias".

6. [6] *Un contrato de compraventa que forme parte de una operación de comercio compensatorio podrá regirse por* la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). *En virtud de su artículo 1*, la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías *entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:* a) *cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o* b) *cuando las* normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. *Procede observar que, aun cuando la ley de un Estado que es parte en la Convención sea la ley aplicable, existe diversidad de opiniones respecto de si la Convención sería aplicable a un acuerdo de comercio compensatorio que estipulase un compromiso de celebrar un contrato de suministro en el futuro. No obstante, parece que en las leyes de algunos Estados no se abrigan dudas en cuanto a la aplicabilidad de la Convención a un acuerdo de comercio compensatorio que contenga todos los elementos fundamentales del contrato de suministro que en realidad haya de concertarse. Ello se debe a que en esos Estados (como se observa en el capítulo IV, párrafo 40) se podrá considerar que la parte que se niegue a cumplir ese compromiso ha consentido en celebrar el contrato de compraventa propiamente dicho.*

7. [7] Los problemas de la redacción de un contrato con arreglo a la ley aplicable se examinan en el *capítulo V*, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafo 6.

B. Elección de la ley aplicable

8. [8] Es conveniente que las partes elijan expresamente la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro. Esa determinación previa de la ley aplicable es importante porque permite que las partes orienten las medidas que han de adoptar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o en el ejercicio de sus derechos contractuales, a los requisitos que pueda fijar la ley aplicable. Si las partes no eligen la ley aplicable, tal vez se encuentren con que el resultado de aplicar las reglas de derecho internacional privado no sea satisfactorio para ellas. Por ejemplo, a falta de una elección contraria de las partes es probable que los contratos de compraventa en una opera

ción de contraadquisición o de compensación industrial se hayan de regir, conforme a las reglas de derecho internacional privado, por la ley del vendedor. Si en una operación de ese tipo, el acuerdo de comercio compensatorio no estuviera sujeto, con arreglo al derecho internacional privado, a la misma ley que el contrato de compraventa que haya de concertarse a tenor del acuerdo de comercio compensatorio, es posible que se interpreten de modo diverso, según cuál sea la ley aplicable, unas mismas cláusulas contractuales comunes a ambos acuerdos (véase el *párrafo 25 infra*).

9. [9] Se ha de aconsejar también la elección expresa de la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y al contrato de suministro con miras a evitar cualquier incertidumbre en cuanto a cuál será la ley aplicable. En ausencia de una elección de la ley aplicable, la incertidumbre puede dimanar de dos factores.

10. [10] En primer lugar, la ley aplicable habrá de determinarse por la aplicación de las reglas de derecho internacional privado de alguna *ley* nacional. Cuando surja una controversia relativa al acuerdo de comercio compensatorio o a un contrato de suministro que haya de resolverse en un litigio judicial, las reglas de derecho internacional privado aplicadas por el tribunal que haya de resolver la controversia serán las que determinen la ley aplicable. Los tribunales aplican las reglas de derecho internacional privado de su propio país. Si las partes no han convenido en alguna cláusula de competencia exclusiva (véase el capítulo XV, "Solución de controversias", *párrafo [41]*), es posible que los tribunales de varios países sean competentes para decidir la controversia (por ejemplo, los países en los que las partes en la controversia tengan sus establecimientos o el país en el que la obligación controvertida haya de ser cumplida). Por ello, tal vez puedan invocarse diversos regímenes posibles de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable tanto al acuerdo de comercio compensatorio como el contrato de suministro. Cuando las controversias hayan de resolverse en un juicio arbitral, el tribunal arbitral será el que determine cuál es la ley aplicable, a no ser que las partes hayan elegido la ley aplicable. *En algunos casos, el tribunal arbitral* determinará la ley aplicable de conformidad con las reglas de derecho internacional privado que considere apropiadas*; en otros casos, el tribunal arbitral decidirá directamente cuál es la ley aplicable que considera adecuada para resolver el caso, sin referirse en forma expresa a las reglas de derecho internacional privado. Puede resultar difícil prever en qué criterios o normas ha de basarse el tribunal arbitral para determinar la ley aplicable.*

11. [11] El segundo factor que puede producir incertidumbre sobre la ley aplicable es que, aun cuando se conozca cuál es el régimen de derecho internacional privado que determinará la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro, las *normas y conceptos empleados en* ese sistema tal vez sean demasiado generales o ambiguos para que las partes puedan prever con un grado razonable de certeza cuál será la ley aplicable. Esta dificultad se agudiza en el caso de los acuerdos de comercio compensatorio por razón de la posible incertidumbre respecto de la índole jurídica del acuerdo de comercio compensatorio y la incertidumbre consiguiente sobre cuál será la regla de derecho internacional privado que determine en ese caso la ley aplicable.

12. [12] [*el párrafo 13, tal como figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 ha sido incorporado en el presente párrafo*] El grado de autonomía de las partes para elegir la ley aplicable vendrá determinado por las *reglas de* derecho internacional *privado* que vayan a ser aplicadas. Con arreglo a algunos sistemas de derecho internacional privado, la autonomía de las partes estará limitada y sólo podrán elegir una *ley* nacional que tenga alguna conexión con el contrato, como podría ser la *ley* del país de una de las partes o del lugar de cumplimiento de las obligaciones. *Dicha limitación se denomina a veces regla del "nexo". Con arreglo a otros regímenes de derecho internacional privado, las partes podrán elegir la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro sin ninguna de esas restricciones.* Puesto que todo tribunal que haya de resolver una controversia aplicará las reglas de derecho internacional privado del propio país, las partes deberán convenir en una cláusula de elección de la ley aplicable que sea válida conforme a las reglas de derecho internacional privado aplicables en aquellos países cuyos tribunales pudieran ser competentes para resolver sus controversias. Si las partes están pensando en la posibilidad de una cláusula de competencia exclusiva, deberán averiguar si los tribunales que pudieran ser competentes confirmarán su elección de la ley aplicable. *Si la controversia ha de resolverse en un juicio arbitral, la ley elegida por las partes será normalmente la que aplique el tribunal arbitral. A fin de evitar la aplicación de la regla del nexo, las partes a veces estipulan en forma expresa en la cláusula de elección de la ley aplicable que esa regla no deberá aplicarse. Cabe observar que dicha estipulación tal vez no haya de producir ningún efecto, puesto que es probable que la regla del nexo sea considerada imperativa. La probabilidad de que esa estipulación sea válida es mayor en los juicios arbitrales.*

13. [14] Al elegir la ley que ha de regir el acuerdo de comercio compensatorio o los contratos de suministro, es en general aconsejable que las partes elijan la ley de un determinado país. Las reglas de derecho internacional privado de un país en el que tal vez haya de entablarse en el futuro un juicio pudieran no reconocer la validez de una remisión a los principios generales de derecho o a los principios comunes a diversos *países* (por ejemplo, los países de ambas partes). Aun cuando esa elección fuera válida, tal vez resulte difícil encontrar principios generales de derecho para resolver una controversia del tipo que pueda suscitarse en relación con un acuerdo de comercio compensatorio o un contrato de suministro. No obstante, esa elección *pudiera* resultar viable en determinadas circunstancias.

14. [*párrafo nuevo*] Cuando en un Estado se encuentre en vigor una convención internacional que rija las operaciones de comercio compensatorio, se admitirá ampliamente que la elección de la ley de ese Estado comprenderá dicha convención internacional. Esa elección de una convención mediante la elección de una ley nacional se reconoce en forma expresa en el apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). El apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 1 prevé que la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

15. [*párrafo nuevo*] En algunos Estados se reconoce a las partes la posibilidad de que puedan convenir en que su operación no se regirá por una ley nacional, sino por una convención internacional o por otras normas de derecho, tales como un texto jurídico internacional que no tenga la validez de un tratado internacional o un conjunto de principios jurídicos que versen sobre comercio internacional. No obstante, otros Estados exigen la aplicación de una ley nacional, de modo que una convención internacional u otras normas elegidas por las partes se aplicarán en la medida en que no contravengan las disposiciones imperativas de la ley nacional aplicable.

16. [15] En muchas *leyes* nacionales la cláusula de elección de la ley aplicable suele ser interpretada como no referida a la aplicación de las reglas de derecho internacional privado de la *ley nacional* elegida aun cuando la cláusula no lo haya estipulado expresamente. Ahora bien, si hubiera alguna duda en cuanto a esa interpretación, las partes tal vez deseen indicar en esa cláusula que se han de aplicar las normas de derecho sustantivo de la *ley nacional* elegida. De lo contrario, tal vez se interprete que la elección de una *ley nacional* incluye las reglas de derecho internacional privado de esa *ley* y esas reglas tal vez hagan remisión a las normas de derecho sustantivo de alguna otra *ley nacional*.

17. [16] Las partes tal vez deseen elegir como ley aplicable el derecho interno del país de una de las partes contratantes. Por el contrario, tal vez prefieran elegir la ley de un tercer país que sea conocida de ambas partes y que resuelva de forma adecuada las cuestiones jurídicas que se prevea que pudiera suscitar el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro. Si en el acuerdo de comercio compensatorio o en el contrato de suministro se estipula la competencia exclusiva de los tribunales de un país para resolver las controversias entre las partes, éstas tal vez deseen elegir el derecho interno de ese país como ley aplicable. Ello aceleraría el juicio y lo haría menos costoso, puesto que el tribunal tendrá por lo general menor dificultad en determinar y aplicar su propio derecho interno que en aplicar el derecho de otro país.

18. [17] En el caso de países *que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen leyes diferentes* (como sería el caso en algunos Estados federales), es conveniente especificar cuál de esas *leyes* será aplicable a los contratos a fin de evitar incertidumbres.

19. [18] Las partes tal vez deseen considerar los siguientes factores al elegir la ley aplicable: *a)* el conocimiento que tengan las partes de esa ley o la posibilidad de adquirir ese conocimiento; *b)* la capacidad de la ley considerada para resolver de manera apropiada las cuestiones jurídicas suscitadas en las relaciones contractuales entre las partes (por ejemplo, las partes tal vez deseen que la validez de su compromiso compensatorio de concertar futuros contratos sea reconocida en la ley elegida); *c)* hasta qué punto las reglas imperativas de esa ley impedirán que las partes resuelvan mediante acuerdo las cuestiones que puedan suscitarse en sus relaciones contractuales.

20. [19] Los cambios legislativos que se introduzcan en la ley elegida por las partes para regir su acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro tal vez afecten o no a los contratos ya existentes al introducirse esos cambios. Si las partes desean que sean únicamente aplicables las leyes ya vigentes en el momento de concertarse el acuerdo de comercio compensatorio o los contratos de suministro, es aconsejable que lo estipulen expresamente. Las partes deberán, sin embargo, tener en cuenta que esa estipulación contractual no surtirá efecto si los cambios introducidos en esa legislación son imperativos y el legislador los declara aplicables a los contratos ya existentes.

21. [20] Se pueden aplicar diversos enfoques para la redacción de una cláusula de elección de la ley aplicable. Uno de esos criterios sería el de limitarse a estipular que el *acuerdo de comercio compensatorio o el* contrato se regirá por la ley elegida. Este enfoque puede resultar suficiente si está claro que el órgano elegido para resolver las controversias entre las partes aplicará la ley elegida a todas las cuestiones que las partes deseen que sean reguladas por esa ley. Un segundo enfoque sería el de estipular que la ley elegida ha de regir el *acuerdo de comercio compensatorio o* el contrato considerado, e incluir además una lista ilustrativa de las cuestiones que se desea que se rijan por esa ley *(por ejemplo, la formación del contrato o el incumplimiento, la terminación o la nulidad del acuerdo de comercio compensatorio o el contrato)*. Este enfoque pudiera ser útil si las partes consideran deseable asegurarse de que la ley elegida sea aplicable a las cuestiones que figuren en esa lista ilustrativa.

22. [21] Con arreglo al derecho internacional privado de algunos países tal vez se considere a la cláusula de selección de la ley aplicable como un acuerdo aparte del resto del contrato entre las partes. Con arreglo a esas *leyes* esa cláusula pudiera seguir siendo válida aunque el resto del contrato sea nulo, a menos que la causal de nulidad alcance también a la cláusula de elección de la ley aplicable. Cuando el contrato sea nulo pero la cláusula de elección de la ley aplicable siga siendo válida, la formación, la falta de validez y las consecuencias de la nulidad del contrato se regirán por la ley elegida por las partes.

23. [22] Con arreglo a la mayoría de los regímenes de derecho internacional privado, la ley elegida podrá regir la prescripción de los derechos, mientras que con arreglo a otros regímenes, al considerarse las reglas de la prescripción (prescripción de las acciones) como de carácter procesal, las partes no podrán elegirlas en su contrato; en esos casos, será aplicable el derecho procesal del foro. La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974), *modificada por el Protocolo de 1980*, dispone en su artículo 3 que, salvo disposición en contrario de la presente Convención, ésta se aplicará sin tomar en consideración la ley que sería aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado. Como se señaló anteriormente en el párrafo 6, tal vez no pueda dictaminarse con seguridad si los acuerdos de comercio compensatorio que comprometen a las partes a concertar futuros contratos de compraventa quedarán o no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Por razones análogas, tal vez resulte incierto si esos acuerdos de comercio compensatorio caen dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

24. [23] Las partes podrán incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de elección de la ley aplicable que designe la ley aplicable no sólo al acuerdo de comercio compensatorio, sino también a los futuros contratos de suministro que hayan de concertarse en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio. De este modo, las partes podrán resolver en el acuerdo de comercio compensatorio una cuestión que de lo contrario habría de ser negociada en cada uno de los contratos de suministro.

C. Selección de la misma ley o de diversas leyes nacionales para regir el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro
[título modificado]

25. [24] Al ir a estipular expresamente la ley aplicable, las partes tal vez deseen considerar si conviene que el acuerdo de comercio compensatorio y cualquier contrato futuro de suministro que haya de concertarse en una dirección o en ambas direcciones con arreglo a ese acuerdo de comercio compensatorio estén sometidos a una sola *ley nacional* o a diversas *leyes nacionales*. La aplicación de una *ley nacional* única sería conveniente cuando el acuerdo de comercio compensatorio contenga algunas de las cláusulas de los futuros contratos de suministro y las partes deseen asegurarse de que el significado jurídico de las cláusulas estipuladas en el acuerdo de comercio compensatorio seguirá siendo el mismo al ser incorporadas esas cláusulas subsiguientemente en un contrato de suministro. Esa coherencia en la interpretación jurídica de las cláusulas podría ser particularmente deseable respecto de las cláusulas referentes a los mecanismos de pago (véase el capítulo IX, "Pago", párrafo [16]), a la calidad de los bienes y a las condiciones de entrega.

26. [25] Si las partes han estructurado sus obligaciones de tal modo que sus obligaciones derivadas de los contratos de suministro en ambas direcciones estén íntimamente interrelacionadas, tal vez les convenga someter todos sus derechos y obligaciones recíprocos a una *ley* nacional única. Las obligaciones de las partes suelen estar estrechamente interrelacionadas especialmente en las operaciones de trueque (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos *3 a 8*) y en operaciones de compensación industrial directa (véase el capítulo II, "Ámbito de aplicación y terminología de la guía jurídica", *párrafo 17*). La aplicación de más de una *ley nacional* a ese tipo de operaciones pudiera perturbar la reciprocidad entre las obligaciones de las partes.

27. [26] En el caso de operaciones de contraadquisición, compensación industrial indirecta y contrapartida, las obligaciones de las partes que dimanen, por una parte, del contrato de suministro en un sentido (contrato de exportación) y, por otra, del acuerdo de comercio compensatorio y del contrato de suministro en sentido contrario (contrato de contraexportación) no acostumbran a tener la fuerte interconexión de las operaciones de trueque o de contrapartida directa. En esos casos, no es posible dar un consejo de validez general sobre si sería preferible que las partes sometan sus obligaciones a una *ley* nacional única o a diversas *leyes* nacionales. En algunos de estos casos, las partes tal vez deseen someter todas sus obligaciones a una ley única, ya que con ello les resultaría más sencillo administrar la operación de comercio compensatorio y obtener el asesoramiento jurídico necesario de cara a una sola *ley nacional* en vez de tener que tener en cuenta dos o más *leyes nacionales*. Tal vez se den situaciones, sin embargo, en las que las partes decidan someter el contrato de exportación a una ley y el contrato de contraexportación a otra ley. Las partes tal vez opten por la aplicación de diversas leyes cuando, por una parte, existan razones especiales para que uno de los contratos esté sometido a la ley de un determinado Estado, mientras que, por otros motivos, las partes no deseen someter la totalidad de la operación a la ley de ese Estado. Cabe citar como razones especiales relativas a uno de los contratos la existencia de reglas de derecho imperativo del Estado de una de las partes que requieran que determinado tipo de contrato esté sometido a las leyes de ese Estado o de prácticas comerciales que sometan de ordinario uno de los contratos a determinada *ley nacional*, así como cuando los contratos vayan a concertarse entre partes ajenas a la relación original. Si las partes deciden someter el contrato de suministro de bienes en un sentido y en otro a diversas *leyes nacionales*, las partes tal vez deseen examinar, como se señaló anteriormente en el *párrafo 25*, la conveniencia de someter el acuerdo de comercio compensatorio y el contrato de suministro que haya de concertarse en cumplimiento de ese acuerdo a la misma ley.

28. [27] Cuando la parte que se haya comprometido inicialmente a adquirir decida contratar a un tercero para cumplir ese compromiso, la parte inicialmente comprometida y el tercero tal vez deseen someter el contrato por el que se contrata a ese tercero a la ley que rija el acuerdo de comercio compensatorio. Esa elección ayudaría a garantizar que se dará una interpretación uniforme a las cláusulas que aparezcan tanto en el acuerdo de comercio compensatorio como en el contrato por el que el tercero se comprometa a efectuar la compraventa. (La necesidad de coordinación entre el contrato por el que se contrata al tercero y el acuerdo de comercio compensatorio se examina en el capítulo VIII, "Participación de terceros", párrafos *[22] a [25]*. En los párrafos *[7], [9], [13] y [16]* del capítulo VIII, se mencionan algunos de los aspectos de la ley aplicable a la participación de terceros.)

29. [28] Cuando el acuerdo de comercio compensatorio esté incorporado en un contrato de exportación (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", *párrafo 17*), la presencia de una cláusula de elección de la ley aplicable en el contrato de exportación sería aplicable, salvo estipulación contraria, a las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio.

D. Normas jurídicas imperativas de derecho público

30. [29] Además de las normas de la ley aplicable, es posible que determinados aspectos de la operación de comercio compensatorio se vean afectados por reglas imperativas de derecho administrativo o financiero en vigor en los países de las partes y en otros países (por ejemplo, el país de un tercero adquirente o de un tercero proveedor o el país en el que esté depositado el producto de la venta efectuada en un sentido). Estas reglas de derecho imperativo tal vez vayan dirigidas a los residentes o ciudadanos del Estado que promulgó esas reglas o a determinadas actividades comerciales que se estén llevando a cabo o que tengan efectos en el territorio de ese Estado. Tal vez esas reglas sean aplicadas primordial-

mente por funcionarios administrativos con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la política económica, social, financiera o exterior de ese Estado. Las partes deberán tener en cuenta esas reglas de derecho imperativo al redactar el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro. (Los reglamentos estatales de carácter imperativo se examinan asimismo en el capítulo II, "Ámbito de aplicación y terminología de la guía jurídica", *párrafos 9 y 10.*)

31. [30] Esas reglas tal vez sean de índole general y por lo mismo aplicables a diversos tipos de operaciones comerciales o estar expresamente destinadas al comercio compensatorio. Las reglas de índole general suelen referirse a requisitos de seguridad, medidas de protección del medio ambiente, condiciones laborales y sanitarias, medidas de protección del consumidor, condiciones de empleo del personal local, prácticas comerciales restrictivas (véase el capítulo X, "Limitaciones a la reventa de los bienes", párrafo 3), derechos de aduana, impuestos, así como a restricciones impuestas a las exportaciones, a las importaciones, a la transferencia de tecnología y a los pagos en divisas.

32. [31] Las reglas de derecho imperativo propias del comercio compensatorio tal vez dispongan, por ejemplo, que: *a)* determinados tipos de operaciones de comercio compensatorio estarán sujetas a aprobación administrativa; *b)* la importación de determinados tipos de bienes podrá efectuarse únicamente en el marco de determinadas formas de operaciones de comercio compensatorio; *c)* tan sólo determinados tipos de bienes podrán ser ofrecidos para el cumplimiento de una operación de comercio compensatorio (véase el *capítulo VI*, "Tipo, calidad y cantidad de los bienes", párrafos *3 y 40*); *d)* los bienes adquiridos en el cumplimiento de un compromiso de comercio compensatorio habrán de satisfacer determinados requisitos de origen (véanse el *capítulo VI, párrafo 4*, y el *capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafo 26*); *e)* sólo se permitirá el empleo de las cuentas probatorias con arreglo a las condiciones prescritas (véase el *capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafo 69*); *f)* la adquisición de determinados tipos de bienes habrá de ser acreditada al cumplimiento del compromiso de compensación conforme a una tasa especificada (véase el *capítulo IV, "Compromiso de compensación", párrafos 31 a 34*); *g)* se requerirá una autorización previa administrativa para cualquier arreglo de pagos vinculados que limite los pagos en divisas efectuados al país (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos *[5] y [18]*); *h)* se habrán de utilizar determinadas instituciones financieras para el pago (véase el capítulo IX, párrafos *[24] y [37]*).

33. [32] Las partes tal vez deseen prever en el acuerdo de comercio compensatorio la posibilidad de que el cumplimiento del compromiso de compensación se vea impedido por la promulgación o la modificación de alguna regla de derecho imperativo efectuada con posterioridad a la concertación del acuerdo de comercio compensatorio. Esas cláusulas se examinan en el capítulo XIII, *"Problemas para completar la operación de comercio compensatorio", sección D.*

[A/CN.9/362/Add.15]

XV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

ÍNDICE

	Párrafos
A. Observaciones generales	1-7
B. Negociación	8-11
C. Conciliación	12-15
D. Arbitraje	16-41
1. Alcance de la cláusula compromisoria y mandato del tribunal arbitral	18-23
2. Tipo de arbitraje y normas procesales apropiadas	24-30
3. Número de árbitros	31-33
4. Designación de los árbitros	34
5. Lugar del arbitraje	35-39
6. Idioma de las actuaciones	40-41
E. Procedimiento judicial	42-45
F. Solución de controversias en las operaciones con múltiples contratos y múltiples partes	46-53

[*Nota editorial*: El presente proyecto de capítulo es una revisión del proyecto de capítulo XV, "Solución de controversias", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6. La indicación que figura entre corchetes al principio de cada párrafo se refiere al número que llevaba el párrafo en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6 o bien advierte de que se trata de un párrafo nuevo. Los cambios introducidos en los párrafos tomados del documento A/

CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6 van en bastardilla. Los lugares donde se ha suprimido texto sin añadir nada nuevo van indicados por un asterisco.]

A. Observaciones generales

1. [1] En una operación de comercio compensatorio pueden surgir controversias con respecto al acuerdo de comercio compensatorio así como a los contratos de suministro celebrados en cumplimiento de dicho acuerdo. Es aconsejable que las partes convengan en la manera en la que habrán de solucionarse las futuras controversias resultantes del acuerdo de comercio compensatorio y de los contratos de suministro con él relacionados.

2. [2] En general, conviene que las partes traten desde el principio de solucionar sus controversias mediante la negociación (*sección B*). Pero si la negociación no tiene éxito, tal vez deseen presentar su controversia a un conciliador independiente, quien hará recomendaciones acerca de la forma de solucionarlas (*sección C*). En caso de que fracasen esos métodos de solución de controversias, hay fundamentalmente dos métodos disponibles para obtener una decisión *ejecutoria*: el arbitraje y el procedimiento judicial. El arbitraje es un método por el que las partes remiten las controversias que puedan surgir entre ellas, o que ya hayan surgido, *a la decisión* de un tribunal arbitral integrado por una o varias personas imparciales (árbitros) seleccionadas por las partes (*sección D*). Las actuaciones *arbitrales* pueden iniciarse sólo sobre la base de una cláusula compromisoria. Normalmente las partes están obligadas a aceptar la decisión del tribunal arbitral (laudo arbitral) como definitiva y ejecutoria. El laudo arbitral suele ejecutarse de manera análoga a una decisión judicial. A falta de un acuerdo de arbitraje, las controversias entre las partes tendrán que resolverse mediante el procedimiento judicial (*sección E*).

3. [3] El presente capítulo no se refiere a los procedimientos convenidos por las partes para determinar las cláusulas de los contratos de suministro que han de celebrarse y que han quedado indeterminadas en el acuerdo de comercio compensatorio. Entre esos métodos cabe citar los procedimientos que han de seguir las partes al negociar las cláusulas de los contratos de suministro, las normas y directrices que han de aplicarse para determinar el contenido de esas cláusulas, la designación de un tercero para que determine una cláusula contractual en particular, o la autorización a una de las partes para que determine una cláusula contractual dentro de parámetros previamente convenidos. Esos métodos se examinan en términos generales en el *capítulo IV, "Compromiso de compensación"*, párrafos *38 a 60*, y con respecto a determinados tipos de cláusulas contractuales, en el *capítulo VI*, "Tipo, calidad y cantidad de los bienes", *párrafos 25, 26, 34 y 39, y en el capítulo VII*, "Fijación del precio de los bienes", párrafos *11 a 47*.

4. [4] La ejecución de una operación de comercio compensatorio suele suponer una serie de contactos regulares entre las partes que podrían servir para solucionar muchos problemas y malentendidos sin necesidad de recurrir a un procedimiento para la solución de controversias. *Cuando esas conversaciones den lugar a una modificación del acuerdo de comercio compensatorio o de un contrato de suministro, es aconsejable que ese acuerdo se haga constar por escrito (véase el capítulo V, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafo 3 a 5).*

5. [5] Cuando las partes incluyan todas sus obligaciones contractuales en ambas direcciones en un solo contrato (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos 2 *a 10*), una cláusula de solución de controversias redactada en términos generales en ese contrato, *a falta de* una estipulación expresa en contrario, regiría todas las controversias resultantes del contrato. No obstante, las partes *suelen* concertar sus obligaciones en ambas direcciones a través de más de un contrato (véase el capítulo III, párrafos *11 a 23*). En las operaciones de comercio compensatorio multicontractuales, puede que las partes *estimen útil* convenir en que todos los contratos de suministro, *y cualquier contrato por el que un tercero sea contratado para comprar o suministrar bienes,* así como el propio acuerdo de comercio compensatorio, se regirán por una misma cláusula de solución de controversias.

6. [5] Cuando el acuerdo de comercio compensatorio prevea la futura celebración de los contratos de suministro, las partes podrán estipular en el acuerdo que todos esos contratos se regirán por determinado método de solución de controversias. De ese modo, el acuerdo de comercio compensatorio solucionaría una cuestión que, de lo contrario, se habría de resolver por separado en cada contrato de suministro.

7. [*párrafo nuevo*] En algunos Estados existirán restricciones a la autonomía de un organismo estatal o de alguna otra entidad pública para concentar una cláusula compromisoria o convenir en reconocer la competencia de un tribunal de otro Estado. El derecho a concertar este tipo de cláusulas de solución de controversias pudiera estar limitado a determinados tipos de operaciones o a operaciones con una parte extranjera, y tal vez se requiera para ello una autorización. Es aconsejable que las partes hagan las indagaciones necesarias con miras a cerciorarse de su autonomía para concertar válidamente una cláusula contractual para la solución de controversias.

B. Negociación

8. [6] El método más satisfactorio para solucionar una *controversia* suele *consistir en que las partes negocien entre ellas una solución amistosa*. Si se logra una *solución* amistosa *puede* evitarse la interrupción de la relación comercial establecida entre las partes. Además, podría ahorrarse el costo elevado y la mayor cantidad de tiempo que, en general, requiere la solución de las controversias por otros medios. La negociación también puede resultar un enfoque particularmente atractivo en las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, donde el acuerdo de comercio compensatorio ha consignado las cláusulas de los futuros contratos de suministro en términos deliberadamente imprecisos.

9. [7] Aunque las partes deseen intentar solucionar sus controversias mediante la negociación antes de recurrir a otros medios, tal vez no sea conveniente que en los contratos se les impida que *recurran a* otras vías de solución en tanto no haya expirado el plazo asignado a la negociación. Ade-

más, si la cláusula prevé que no se pueden iniciar otros procedimientos de solución de controversias durante el plazo de negociación, es aconsejable que en determinados casos las partes puedan iniciar otros procedimientos incluso antes de la expiración de ese plazo, por ejemplo, si una de las partes durante las negociaciones declara que no está dispuesta a seguir las negociaciones, o si es necesario iniciar el procedimiento arbitral o judicial antes de que expire el plazo de negociación a fin de evitar la pérdida o la prescripción de un derecho. Es aconsejable que en el contrato se requiera que todo acuerdo al que se llegue mediante la negociación se haga constar por escrito.

10. [8] Dado que el resultado de una controversia entre dos de las partes en una operación de comercio compensatorio podría afectar los intereses de *alguna otra parte en la operación de comercio compensatorio*, puede *acordarse* que *la parte que* no intervenga directamente en la controversia *deberá estar* autorizada a intervenir en las negociaciones. Esa situación puede plantearse cuando un tercero ha sido contratado para comprar los bienes objeto de comercio compensatorio y la controversia se plantea entre el tercero y el proveedor. En este caso, podría exigirse a la parte inicialmente comprometida a comprar los bienes el pago de una suma convenida si la compra prevista por el tercero no tiene lugar y no se cumple el compromiso de compensación. Asimismo, la parte obligada a suministrar bienes que contrate un tercero proveedor tal vez esté interesada en el resultado de la controversia entre el tercero proveedor y el comprador. El derecho a esa participación en la negociación de una solución puede limitarse al caso en que la parte que contrate al tercero sea la responsable del cumplimiento del compromiso de compensación. *En el caso de una operación con múltiples partes, puede acordarse que todas las partes en la operación participarán en la negociación.*

11. [9] En las operaciones de comercio compensatorio a largo plazo, las partes pueden establecer un comité conjunto para que coordine y supervise la ejecución de la operación de comercio compensatorio (véase el capítulo *IV, "Compromiso de compensación", párrafo 64*). *Ese comité* permitiría a las partes descubrir posibles fuentes de dificultades y controversias en una etapa temprana y podría resultar *un instrumento* adecuado para solucionar las controversias a través de la negociación.

C. Conciliación

12. [10] Si las partes no solucionan una controversia mediante la negociación, puede que deseen intentar hacerlo por la vía de la conciliación, antes de recurrir al procedimiento arbitral o judicial. El objetivo de la conciliación es lograr una solución amistosa de la controversia con la asistencia de un conciliador neutral, respetado por ambas partes. Al contrario del árbitro o del juez, el conciliador no dirime una controversia; más bien ayuda a las partes a lograr una solución de común acuerdo, a menudo proponiendo soluciones para que las examinen.

13. [11] La conciliación no es contenciosa *y es confidencial*, por lo que será más probable que las partes preserven las buenas relaciones comerciales que existan entre ellas que en el procedimiento arbitral o judicial. La conciliación puede incluso mejorar la relación entre las partes, pues el alcance de la misma y el acuerdo al que en definitiva lleguen las partes podrá superar los límites estrictos de la controversia que dio lugar a la conciliación. En la conciliación pueden participar en la solución de la controversia partes que no estén directamente involucradas en ella pero que estén interesadas en el resultado de la misma. Por otra parte, un posible inconveniente de la conciliación es que, si fracasa, *se habrá* desperdiciado tiempo y dinero*. Es aconsejable que, antes de intentar la conciliación, las partes examinen detenidamente si existe una probabilidad real de alcanzar una solución.

14. [12] Si las partes prevén la conciliación, tendrán que arreglar varias cuestiones para que resulte eficaz. No es posible organizar todas esas cuestiones en el texto del acuerdo de comercio compensatorio; más bien, las partes pueden remitirse en su contrato a algún reglamento de conciliación preparado por una organización internacional, tal como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[1].

15. [13] *A menudo es aconsejable intentar la conciliación antes de recurrir al arbitraje o de incoar un juicio. Si durante una tentativa de conciliación se iniciaran actuaciones arbitrales o judiciales*, es posible que *las partes* estimen conveniente proseguir la conciliación. *También es posible intentar la conciliación estando ya iniciadas las actuaciones arbitrales o judiciales.*

D. Arbitraje

16. [14] Hay varios motivos por los que se recurre con frecuencia al arbitraje para solucionar las controversias que se plantean en las operaciones de comercio compensatorio. Las partes pueden organizar el procedimiento arbitral de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a las características concretas de las controversias que pudieran plantearse en los acuerdos de comercio compensatorio *o en alguno de los contratos conexos*. Las partes pueden elegir como árbitros personas con conocimientos especializados en el tema objeto de la controversia. También pueden elegir el lugar donde se sustanciará el procedimiento arbitral así como el idioma o idiomas que se utilizarán en el mismo. Además, las partes pueden elegir la *ley aplicable*, elección que casi siempre será respetada por los árbitros; lo que no siempre sucede en el procedimiento judicial (véase el capítulo XIV, "Elección de la ley aplica-

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.° período de sesiones (1980), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/35/17), párrafo 106 (también reproducido en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI: 1980, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.81.V.8)). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI también se ha publicado en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación con el siguiente texto: "Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor". La aplicación del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI ha sido recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 35/52, de 4 diciembre de 1980.

ble", *párrafo 12*). Si las partes convienen en el arbitraje, ninguna de ellas se presentará a los tribunales del Estado de la otra parte. Es posible que el procedimiento arbitral no perturbe tanto las relaciones comerciales establecidas entre las partes como el procedimiento judicial. Tanto el procedimento arbitral como los laudos arbitrales pueden mantenerse confidenciales, lo que no suele suceder cuando se trata del procedimiento judicial y de las decisiones judiciales. El procedimiento arbitral suele ser más rápido y *puede resultar* menos costoso que el procedimiento judicial. Pero cabe observar que algunos *Estados* tienen instituido un procedimiento judicial sumario para las *controversias relativas a una suma de dinero* que no exceda de determinado importe. *En algunos ordenamientos un tribunal arbitral puede tener más margen que un tribunal judicial para reconocer al demandante el ejercicio de una acción para exigir el cumplimiento del contrato según sus términos.* Por último, como consecuencia de las convenciones internacionales que facilitan el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, con frecuencia estos laudos se reconocen y ejecutan con más facilidad que las decisiones judiciales de otros países. Una de las convenciones en las que muchos Estados son partes es la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)[2].

17. [15] Ahora bien, al ser anulable el laudo arbitral en un procedimiento judicial, el recurso al arbitraje podría postergar la solución definitiva de la controversia. Pero en muchos ordenamientos jurídicos, el laudo arbitral sólo puede anularse por un número taxativo de causas, por ejemplo, la falta de competencia de los árbitros para solucionar la controversia, el que una de las partes no tuviera ocasión de fundamentar su pretensión en el procedimiento arbitral, el incumplimiento de las normas aplicables a la designación de los árbitros o al procedimiento arbitral o el hecho de que el laudo sea contrario al orden público. Cabe también observar que en algunos *Estados* las partes no pueden impedir que los tribunales judiciales intervengan en algunos tipos de controversias. *Además, un tribunal judicial tiene mayores facultades que un tribunal arbitral para decretar y hacer cumplir medidas provisionales de protección o medidas cautelares.*

1. Alcance de la cláusula compromisoria y mandato del tribunal arbitral

18. [16] En general, el procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse sobre la base de un acuerdo celebrado entre las partes en el que estipulan que recurrirán al arbitraje. Ese acuerdo puede consistir tanto en una cláusula compromisoria incluida en el acuerdo de comercio compensatorio, o en un contrato *conexo*, como en un acuerdo compromisorio o de arbitraje separado, celebrado entre las partes antes o después de que se plantee la controversia. Dado que puede ser más difícil llegar a un acuerdo con respecto al arbitraje una vez que se haya planteado la controversia, es aconsejable celebrar un acuerdo de arbitraje en el momento en que se inicie la operación de comercio compensatorio. Pero en algunos ordenamientos jurídicos, ese tipo de acuerdos sólo es eficaz en cuanto a la forma y al fondo si se celebra *o se confirma* después de que ha surgido la controversia.

19. [17] Sería conveniente que en el acuerdo de comercio compensatorio se indicaran las controversias que han de solucionarse mediante arbitraje. Por ejemplo, la cláusula compromisoria puede estipular que todas las controversias resultantes del acuerdo de comercio compensatorio o relacionadas con éste, así como con la violación, resolución o nulidad del mismo, se han de solucionar mediante arbitraje. En algunos casos puede que las partes deseen excluir de esa amplia competencia algunas controversias que no desean que se solucionen mediante arbitraje.

20. [18] Si la ley aplicable al procedimiento arbitral lo consiente, tal vez las partes deseen autorizar al tribunal arbitral a dictar medidas provisionales mientras esté pendiente la solución definitiva de la controversia. Pero en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales arbitrales no están facultados para dictar esas medidas. En otros ordenamientos jurídicos donde el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales de protección, no es posible ejecutarlas. En esos casos sería preferible que las partes recurrieran a un tribunal judicial para que ordenara dichas medidas. En muchos ordenamientos jurídicos el tribunal judicial puede ordenar medidas provisionales aunque la controversia deba someterse o haya sido sometida al arbitraje.

21. [19] Es aconsejable que la cláusula compromisoria obligue a las partes a ejecutar las decisiones arbitrales, incluso aquellas que ordenan medidas provisionales. La ventaja de estipular este tipo de obligación en el contrato es que en algunos ordenamientos jurídicos, cuando el laudo arbitral no tiene fuerza ejecutoria en el país de una de las partes, en caso de que una de las partes no cumpla el laudo, si está obligada a hacerlo en virtud del acuerdo, el tribunal puede considerar que ha incumplido una obligación contractual.

22. [20] Cuando se inicia un procedimiento judicial con respecto a una controversia que ha sido prevista en una cláusula compromisoria reconocida como válida, si se presenta oportunamente la petición pertinente, el tribunal judicial, en general, remite la controversia al arbitraje. Sin embargo, es posible que el tribunal judicial conserve la facultad de adoptar medidas provisionales y generalmente estará facultado para supervisar algunos aspectos del procedimiento arbitral (por ejemplo, entender en la recusación de los árbitros) y anular laudos arbitrales por determinadas causas (véase el *párrafo 17 supra*).

23. [21] Es aconsejable que las partes tengan presente al facultar al tribunal arbitral a decidir las controversias *ex aequo et bono* o a proceder como amigable componedor que en algunos ordenamientos jurídicos los árbitros no están autorizados a hacerlo. Además, autorizaciones de ese tipo podrían prestarse a distintas interpretaciones y provocar incertidumbre jurídica. Por ejemplo, sus términos podrían interpretarse en el sentido de que autorizan a los árbitros a guiarse solamente por principios de justicia o equidad o, además, por aquellas disposiciones de la *ley aplicable que se consideren* en el ordenamiento jurídico al que pertenezca esa ley como fundamentales. Si las partes desean autorizar al tribunal arbitral a decidir las controversias *sin tener que aplicar todas* las normas jurídicas de un Estado, puede que deseen indicar las pautas o normas conforme a las que el tribunal ha de decidir el fondo de la controversia. *Además, a* fin de evitar equívocos, tal vez las partes deseen aclarar

[2]Naciones Unidas, *Treaties Series*, vol. 330, pág. 60, No. 4739 (1959).

que el tribunal arbitral debe decidir de conformidad con las cláusulas del *contrato de suministro o del* acuerdo *de comercio compensatorio* y *con* los usos pertinentes del comercio aplicables a la operación.

2. *Tipo de arbitraje y normas procesales apropiadas*

24. [22] Las partes pueden escoger el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades. Es aconsejable que convengan en normas apropiadas para regir el procedimiento arbitral. Hay una amplia gama de sistemas de arbitraje disponibles, con diversos grados de participación de órganos permanentes (por ejemplo, instituciones de arbitraje, tribunales de arbitraje, asociaciones profesionales o comerciales y cámaras de comercio) o de terceros (por ejemplo, presidentes de tribunales de arbitraje o de cámaras de comercio). En uno de los extremos se encuentra el simple tipo de arbitraje *ad hoc*, en el que no interviene ningún órgano permanente ni terceros. Ello significa, en la práctica, que no se cuenta con ninguna ayuda externa (salvo, quizá, de un tribunal judicial nacional) en caso de que, por ejemplo, se planteen dificultades para designar o recusar un árbitro. Además, las partes o los mismos árbitros deberán encargarse de todos los arreglos necesarios administrativos. En el otro extremo, hay arbitrajes administrados y supervisados totalmente por un órgano permanente, que puede revisar el mandato y el proyecto de laudo así como la forma del mismo y hacer recomendaciones en cuanto al fondo.

25. [23] Entre estos dos tipos de arbitraje hay una enorme variedad de sistemas de arbitraje, en todos los cuales interviene una autoridad nominadora, pero se diferencian en cuanto a los servicios administrativos que proporcionan. La función fundamental, si bien no necesariamente exclusiva, de la autoridad nominadora es constituir o ayudar a constituir el tribunal arbitral (por ejemplo, designando a los árbitros, decidiendo con respecto a la recusación de un árbitro, o sustituyendo a un árbitro). Entre los servicios administrativos o logísticos que pueden brindarse como paquete de servicios o en forma separada, figuran los siguientes: envío de comunicaciones escritas de una de las partes o de los árbitros; asistencia al tribunal arbitral para fijar y notificar la fecha, hora y lugar de las audiencias y otras reuniones; facilitación de salas para las audiencias o deliberaciones del tribunal arbitral; arreglos para las transcripciones estenográficas de las audiencias y la interpretación durante las mismas y, posiblemente, la traducción de los documentos; asistencia en el archivo o registro del laudo arbitral, cuando sea necesario; custodia de depósitos y administración de cuentas relativas a honorarios y gastos; y otros servicios de secretaría u oficina.

26. [24] Salvo que las partes opten por un simple arbitraje *ad hoc*, puede que deseen convenir en el órgano o la persona que ha de cumplir las funciones que requieren. Entre los factores que vale la pena considerar al escoger un órgano o persona apropiados se encuentran los siguientes: disposición para cumplir las funciones requeridas; competencia, en particular con respecto a asuntos internacionales; razonabilidad de los honorarios en relación con los servicios solicitados; sede del órgano o residencia de la persona y posible limitación de sus servicios a determinada zona geográfica. Este último punto debe examinarse junto al lugar probable o convenido del arbitraje (véanse los *párrafos 35 a 39 infra*). No obstante, es posible que algunas funciones (por ejemplo, la designación) no deban cumplirse necesariamente en el lugar del arbitraje, y que algunas instituciones de arbitraje estén dispuestas a prestar servicios en otros países y no sólo en el que tienen su sede.

27. [25] En la mayoría de los casos, el procedimiento arbitral se regirá por *el derecho procesal* del país donde se sustancie. Muchos Estados tienen leyes que rigen distintos aspectos del procedimiento arbitral. Algunas disposiciones de estas leyes son imperativas, otras no. Al escoger el lugar del arbitraje, puede que las partes deseen considerar hasta qué punto la ley del lugar de que se trate reconoce las necesidades y características especiales del arbitraje comercial internacional y, sobre todo, si es suficientemente liberal como para que las partes puedan adaptar las normas procesales a sus necesidades y deseos particulares, asegurando, al mismo tiempo, la equidad y eficacia del procedimiento. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ha impulsado y fortalecido una reciente tendencia en esta dirección, perceptible en la legislación moderna de algunos Estados[3]. La Ley Modelo está siendo aceptada por un número cada vez mayor de Estados de distintas regiones, con diferentes sistemas jurídicos y económicos.

28. [26] Dado que las normas procesales de las leyes sobre arbitraje vigentes en algunos Estados no siempre se adaptan a las características y necesidades especiales del arbitraje comercial internacional y que, en todo caso, esas leyes no contienen normas que prevean todas las cuestiones procesales que se pueden plantear en relación con el procedimiento arbitral, puede que las partes deseen adoptar un conjunto de normas de arbitraje para que rija el procedimiento arbitral previsto en su acuerdo. Si las partes deciden que los arbitrajes que tengan lugar entre ellas sean administrados por una institución, es posible que dicha institución les exija que apliquen sus propias normas, y que se niegue a entender en el caso si las partes han modificado disposiciones de normas que la institución considera fundamentales para su sistema de arbitraje. Pero la mayoría de las instituciones de arbitraje ofrecen una opción entre dos, o algunas veces más, conjuntos de normas, y *a menudo* permiten a las partes que modifiquen algunas de esas normas. Si la institución no exige a las partes que apliquen determinado conjunto de normas de arbitraje o que elijan entre determinados conjuntos de normas, o si las partes optan por el arbitraje *ad hoc*, podrán elegir libremente un conjunto de normas. Al escoger un conjunto de normas procesales, puede que las partes deseen considerar su adaptabilidad a los casos internacionales, así como si el procedimiento que prevé resulta aceptable.

[3]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones (1985), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/40/17), párrafo 332 y anexo I (también reproducido en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XVI: 1985, tercera parte, I (publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.87.V.4)). La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".

29. [27] Entre los numerosos reglamentos de arbitraje promulgados por organizaciones internacionales o instituciones de arbitraje, merece especial atención el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4]. Este reglamento ha resultado aceptable para diversos ordenamientos jurídicos y sistemas económicos, y se conoce y aplica en todas las regiones del mundo. Las partes pueden remitirse a él tanto en los arbitrajes *ad hoc* como en los arbitrajes donde intervenga una autoridad nominadora, que esté o que no esté encargada de prestar servicios administrativos adicionales. Un gran número de instituciones de arbitraje de todas las regiones del mundo han adoptado este Reglamento como conjunto de normas propias que aplican a los casos internacionales, o se han ofrecido para actuar como autoridad nominadora aplicando el Reglamento. La mayoría proporciona servicios administrativos en los arbitrajes que se sustancian conforme al Reglamento de la CNUDMI.

30. [28] Cuando las normas de arbitraje van acompañadas de un modelo de cláusula para regir el arbitraje en virtud del acuerdo de comercio compensatorio, o cuando la institución de arbitraje sugiere esa cláusula, si las partes la adoptan, podrían lograr en la cláusula compromisoria más certeza y eficacia. Algunos modelos de cláusula, tales como el que acompaña al Reglamento de la CNUDMI, invitan a las partes a solucionar algunas cuestiones prácticas mediante acuerdo. Por ejemplo, la intervención de una autoridad nominadora, el número de árbitros (véanse los párrafos *31 a 33 infra*), la designación de los árbitros (véase el *párrafo 34 infra*), el lugar del arbitraje (véanse los párrafos *35 a 39 infra*) y el idioma o los idiomas que han de utilizarse en el procedimiento arbitral (véanse los párrafos *40 y 41 infra*)[5] [*nota nueva*].

3. Número de árbitros

31. [29] Puede que las partes deseen indicar en la cláusula compromisoria el número de árbitros que han de integrar el tribunal arbitral. Si no lo hacen, el número, o la forma en la que ha de fijarse, será el previsto en las normas de arbitraje que hayan elegido o, en algunos casos, en la ley de arbitraje aplicable. Si las partes estipulan el número de árbitros, pueden asegurarse de que ese número responda a sus necesidades y deseos, y habrá certeza en lo tocante a ese aspecto del proceso de designación. Pero deben tener en cuenta que algunas leyes nacionales limitan la libertad de las partes de convenir en el número de árbitros, por ejemplo, prohibiendo que el número de los árbitros sea par.

32. [30] Además de las posibles limitaciones jurídicas que se acaban de mencionar, las consideraciones relativas al número de árbitros tienen fundamentalmente un carácter práctico. A fin de asegurar que el procedimiento arbitral y la adopción de decisiones procedan en forma eficaz, generalmente conviene indicar un número impar, esto es, uno o tres, aunque en la práctica las partes, en algunas ocasiones, indican grupos de dos miembros, utilizando también un mecanismo para recurrir a un tercer árbitro, "superárbitro" o "tercer árbitro", para que dirima cualquier dificultad que surja entre los otros dos.

33. [31] En lo concerniente a si debe indicarse uno o tres árbitros, puede que las partes deseen tener en cuenta que el procedimiento arbitral dirigido por un solo árbitro suele resultar menos costoso y, en general, más rápido que el procedimiento donde hay que pagar los honorarios de tres árbitros y adaptar sus respectivos programas. Por otra parte, tres árbitros aportarían más conocimientos y experiencia técnica al procedimiento. Dado que pueden requerirse pericia y experiencias de distintos tipos, pueden preverse diferentes métodos para designar los árbitros.

4. Designación de los árbitros

34. [32] Por una parte, en un caso internacional, es posible que cada una de las partes desee elegir uno de los árbitros, que esté familiarizado con el medio económico y jurídico en que la parte opere. En consecuencia, las partes podrían convenir en un método por el que cada una de ellas designe uno de los árbitros, y que los dos así designados elijan al tercero, o bien que lo elija una autoridad nominadora. Por otra parte, en controversias complejas que involucren cuestiones jurídicas, técnicas y económicas, puede resultar sumamente conveniente contar con árbitros competentes y con pericia suficiente en las materias de que se trate. Si las partes asignan a este aspecto especial importancia, puede que deseen confiar a una autoridad nominadora la designación de los tres árbitros y, tal vez, especificar la competencia o pericia que deben tener los árbitros.

5. Lugar del arbitraje

35. [33] Puede que las partes deseen indicar en la cláusula compromisoria el lugar donde se sustanciará el procedimiento y se dictará el laudo arbitral. La elección de un lugar de arbitraje adecuado puede ser decisiva para el funcionamiento del proceso arbitral así como para la ejecución del laudo arbitral. Para elegir el lugar del arbitraje pueden ser importantes las siguientes consideraciones.

36. [34] En primer lugar, las partes pueden considerar conveniente elegir el lugar del arbitraje teniendo en cuenta la posibilidad de que el laudo dictado en ese lugar sea ejecutable en los países donde las partes tengan su domicilio co-

---

[4]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su noveno período de sesiones (1976), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/31/17), párrafo 57 (también reproducido en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. VII: 1976, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.77.V.6)). La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976.

[5][*nota nueva de pie de página*] La siguiente cláusula es recomendada en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

Nota: Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la persona o instituto);

b) El número de árbitros será de ... (uno o tres);

c) El lugar de arbitraje será ... (ciudad o país);

d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) ...".

mercial o principales bienes. En muchos Estados, los laudos extranjeros son fácilmente ejecutables sólo en virtud de tratados multilaterales o bilaterales y, a menudo, sobre la base de la reciprocidad. En algunos Estados la ejecución es posible conforme a leyes que prevén la ejecución recíproca de los laudos dictados en algunos otros Estados. En consecuencia, puede que las partes deseen elegir el lugar del arbitraje en un Estado que tenga ese tipo de relación basada en tratados o acuerdos legislativos de reciprocidad, con los Estados donde más tarde se podría intentar la ejecución.

37. [35] En segundo lugar, las partes pueden considerar conveniente elegir un lugar cuya ley de arbitraje proporcione un marco jurídico adecuado para casos internacionales. Algunas leyes sobre arbitraje podrían resultar inadecuadas, por ejemplo, porque limitan indebidamente la autonomía de las partes o no contienen un marco procesal amplio que asegure un procedimiento eficaz y equitativo.

38. [36] Entre las consideraciones de carácter más práctico figuran las siguientes: la conveniencia de las partes y de las demás personas que intervengan en el procedimiento; la disponibilidad de los servicios necesarios, entre ellos, salas de reunión, servicios de apoyo y comunicación; la disponibilidad de servicios administrativos de una institución arbitral o una cámara de comercio, si las partes lo desean; los costos y gastos pertinentes, incluso gastos de viaje y alojamiento, salas de reunión y servicios de apoyo; la posibilidad de que el asesor jurídico de las partes las represente sin que tengan que contratar abogados locales. Otra consideración que ha de tenerse en cuenta es que puede resultar conveniente que el procedimiento arbitral se celebre en un lugar vecino al objeto de la controversia.

39. [37] Otras consideraciones aún llevan con frecuencia a las partes a convenir en un lugar que no se encuentra en los Estados en los que tienen su domicilio comercial. Por ejemplo, las partes pueden elegir un tercer Estado porque cada una de ellas puede tener desconfianza de que el arbitraje se celebre en el país de la otra parte; es posible que sospeche que la parte en cuyo Estado se sustancie el procedimiento se beneficie gracias al medio jurídico y sicológico familiar y a otras circunstancias que le faciliten la exposición de su pretensión.

6. Idioma de las actuaciones

40. [38] Puede que las partes también deseen indicar el idioma que ha de emplearse en el procedimiento arbitral. La elección del idioma puede influir en la buena marcha del proceso así como en su costo. Siempre que sea posible, conviene especificar un solo idioma, por ejemplo, el idioma en que se *redactaron los documentos relativos a la operación*. Si se indica más de un idioma, en general, los costos de traducción e interpretación de un idioma al otro se consideran parte de los costos del arbitraje y se prorratean en la misma forma que los demás.

41. [39] Puede que las partes deseen indicar los tipos de documentos o comunicaciones que deben presentarse en determinado idioma o traducirse a ese idioma. Por ejemplo, pueden exigir que los alegatos escritos, testimonios orales en las audiencias y todo laudo, decisión u otra comunicación del tribunal arbitral se hagan en determinado idioma. El tribunal puede tener la facultad discrecional de decidir si debe traducirse la prueba documental y hasta qué punto. Esa facultad podría ser conveniente dado que los documentos presentados por las partes pueden ser voluminosos y que tal vez sólo una parte del documento sea pertinente a la controversia.

E. Procedimiento judicial

42. [40] Si las partes no acuerdan remitir sus controversias al arbitraje, aquellas que no puedan solucionar mediante negociación o conciliación tendrán que solucionarse por la vía judicial. Es posible que sean competentes para dirimir determinada controversia entre las partes tribunales de dos o varios países, y la forma en que se dirima la controversia *difiera* según el tribunal judicial que entienda en la misma. Por ejemplo, la validez y el efecto de la elección por las partes de la ley aplicable al contrato dependerá de las normas de derecho internacional privado vigentes en el país del tribunal judicial que entienda en la controversia (véase el capítulo XIV, "Elección de la ley aplicable", *párrafo 12*).

43. [41] Es posible reducir la incertidumbre que se plantea cuando más de un tribunal judicial es competente para entender en una controversia mediante una cláusula de competencia exclusiva por la que se obligue a las partes a someter las controversias que surjan entre ellas a un tribunal judicial determinado, de determinado lugar, en determinado país. Pero las partes deben recordar que en muchos ordenamientos jurídicos, la cláusula que confiere competencia exclusiva a un tribunal judicial sólo será válida si, *sin necesidad de esa cláusula*, el tribunal escogido *sería competente* para conocer de las *controversias que* se le someten en virtud de la cláusula. Por consiguiente, al escoger un tribunal, las partes deben cerciorarse de que sea jurídicamente competente para dirimir los tipos de controversias que han de someterle. Es aconsejable que la cláusula especifique determinado tribunal en determinado país, y no que se remita simplemente a "*un tribunal competente*" en ese país, a fin de evitar cuestiones relativas a cuál tribunal habrá de decidir determinada controversia. La cláusula podrá estipular los tipos de controversias que se regirán por ella, de manera similar a la indicación que se incluye en un acuerdo de arbitraje (véase el *párrafo 19 supra*).

44. [42] Al someter las controversias a los tribunales judiciales de determinado Estado, las partes deben tener presente hasta qué punto podrá exigirse la ejecución de la decisión judicial dictada en ese Estado en sus respectivos países, o en algún otro donde pueda exigirse esa ejecución (véase el *párrafo 36 supra*).

45. [43] Si bien una cláusula de competencia exclusiva puede reducir la incertidumbre con respecto a cuestiones tales como la ley aplicable y la ejecución de una decisión, y puede facilitar la solución multilateral de controversias (véanse los párrafos *50 a 53 infra*), también puede tener algunos inconvenientes. Si se concede competencia exclusiva a un tribunal del país de una de las partes y la cláusula de competencia exclusiva es nula conforme a la ley del país del tribunal escogido, pero válida conforme a la ley del país de la otra parte, la iniciación del procedimiento judicial en cualquiera de esos países podría plantear dificultades. Esas dificultades podrían agravarse si las partes confieren competencia exclusiva a un tribunal de un tercer país.

F. Solución de controversias en las operaciones con múltiples contratos y múltiples partes

46. [44] La operaciones de comercio compensatorio a menudo involucran varios contratos en ambas direcciones, además del acuerdo de comercio compensatorio. En esas operaciones multicontractuales, puede que las partes deseen considerar si será conveniente convenir en un único órgano para la solución de todas las controversias que puedan plantearse en la operación, esto es, el mismo conciliador, un tribunal arbitral o un tribunal judicial. Si las controversias han de solucionarse mediante este último procedimiento, es posible que las partes deseen reconocer competencia exclusiva a determinado tribunal (véanse los párrafos *43 a 45 supra*). Si las partes optan por el arbitraje o la conciliación, tal vez deseen convenir en que el tribunal arbitral o el conciliador designados para solucionar la primera controversia que se plantee, será designado también para solucionar las controversias que luego puedan plantearse en la operación de comercio compensatorio.

47. [45] La elección de un órgano único para solucionar controversias resultará útil cuando las controversias que han de resolverse planteen cuestiones análogas de hecho o de derecho. De esta manera puede fomentarse la economía y la eficiencia en la solución de controversias, facilitarse la fusión de procedimientos de solución de controversias y disminuirse la posibilidad de que se dicten decisiones incompatibles. Incluso si surgen controversias en el marco de la operación de comercio compensatorio que no planteen cuestiones análogas de hecho o de derecho, puede convenir la elección de un único órgano para su solución pues de esa manera disminuiría el costo del asesoramiento jurídico para las partes y se facilitaría la administración de la operación.

48. [46] No obstante, puede haber casos en los que las partes convengan en someter las controversias que surjan en virtud de determinado contrato de suministro a determinado órgano de solución de controversias, mientras que decidan someter las controversias resultantes de otros contratos a un órgano distinto. Por ejemplo, puede darse esta circunstancia cuando sea habitual en la práctica de las partes o del comercio, o lo requieran normas imperativas, que determinado contrato de suministro deba someterse a determinado método u órgano de solución de controversias, y las partes no deseen presentar los demás contratos de la operación al mismo método u órgano.

49. [47] La posibilidad de que surjan controversias a raíz de más de un contrato en las que se planteen cuestiones análogas de hecho o de derecho puede darse en varios casos. Uno de ellos es aquel en que el objeto de los contratos de suministro en una dirección esté relacionado con el objeto de los contratos de suministro en la otra dirección. Esto puede suceder, por ejemplo, en una operación de compensación industrial en la que una controversia con respecto a la calidad de los bienes objeto de contraexportación, fabricados con equipo suministrado en virtud del contrato de exportación, esté relacionada con otra controversia relativa a la calidad de ese equipo. Asimismo, en una operación de contrapartida directa, en la que los bienes suministrados en una dirección se incorporen a los bienes suministrados en la otra dirección, una controversia relativa a la calidad o al momento de la entrega de los bienes en una dirección puede guardar relación con otra controversia relativa a la calidad o al momento de la entrega de los bienes en la otra dirección. Otro caso en el que pueden surgir controversias relacionadas entre sí, es aquel en que el acuerdo de comercio compensatorio establece un mecanismo de pagos vinculados, en virtud del cual las utilidades generadas por la expedición de bienes en una dirección han de utilizarse para pagar la expedición de bienes en la otra dirección (véase el capítulo IX, "Pago"). Por ejemplo, cuando el importador, de conformidad con el acuerdo de comercio compensatorio, retiene las utilidades obtenidas con el contrato de exportación, la controversia que surja con respecto a la responsabilidad resultante de la no celebración del contrato de contraexportación puede dar lugar a otra controversia concerniente a la transferencia de las utilidades del contrato de exportación al exportador. Cuando el acuerdo de comercio compensatorio prevea la compensación de las reclamaciones de pago correspondientes a los contratos de suministro celebrados en ambas direcciones, la controversia relativa a la liquidación de los saldos pendientes puede entrañar tanto cuestiones de hecho como de derecho pertinentes a los contratos de suministro en ambas direcciones. Otra situación en la que pueden surgir controversias relacionadas es aquella en la que el acuerdo de comercio compensatorio prevea que un problema en la celebración o ejecución de los contratos de suministro en una dirección ha de repercutir en las obligaciones de las partes con respecto a la celebración o ejecución de los contratos de suministro en la otra dirección (véase el capítulo XIII, "Problemas para completar la operación de comercio compensatorio", párrafos *[38] a [60]*).

50. [48] Es posible que surjan controversias en una operación de comercio compensatorio que involucren o afecten no solamente al exportador y al importador, sino también a otras partes, en particular a terceros que intervengan en la operación como compradores o proveedores de los bienes objeto de comercio compensatorio (*véase el párrafo 10* supra). Por ejemplo, cuando hay una controversia entre el contraexportador y *la parte inicialmente obligada a comprar acerca de* si se exigirá una indemnización pactada por no haberse comprado los bienes según lo convenido, el tercero comprador contratado por *la parte inicialmente obligada a comprar* esos bienes estará interesado en la controversia si hubiese convenido con *la parte inicialmente obligada a comprar* una cláusula "de indemnidad" (véase el capítulo VIII, "Participación de terceros", párrafo [33]). Asimismo, *la parte inicialmente obligada a comprar* estará interesada en el resultado de la controversia entre el tercero comprador y el contraexportador, cuando *la parte inicialmente obligada a comprar* siga siendo responsable del cumplimiento del compromiso de compensación a pesar de la contratación de un tercero comprador. Otro ejemplo de una controversia entre múltiples partes sería el caso en que la parte inicialmente comprometida a comprar y el tercero comprador sean responsables frente al proveedor por el cumplimiento del compromiso de compensación, y el proveedor decida entablar una acción contra ambos.

51. [49] En los tipos de casos indicados en el párrafo precedente, tal vez convenga dirimir todas las cuestiones conexas en un mismo proceso. De esa manera se evitarían decisiones incompatibles, se facilitaría la sustanciación de las pruebas y se disminuiría el costo. No obstante, los procesos multilaterales generalmente son más complejos y menos fáciles de tramitar,

y es posible que a las partes les resulte más difícil presentar y argumentar sus pretensiones en esos procesos.

52. [49] En muchos ordenamientos jurídicos se prevé un método para que las controversias en las que intervengan varias partes se resuelvan en un mismo proceso judicial multilateral. A fin de que las controversias en las que intervienen varias partes se resuelvan en un solo proceso judicial multilateral, puede que convenga que los contratos relacionados contengan una cláusula por la que se confiera competencia exclusiva a un tribunal judicial, que esté habilitado para entender de causas multilaterales (véanse los párrafos *43 a 45 supra*)*.

53. [*párrafo nuevo*] El recurso a un arbitraje multilateral sólo suele ser posible cuando todas las partes que hayan de intervenir celebren un acuerdo de arbitraje por el que sometan su controversia al mismo grupo de árbitros. Las partes tal vez deseen celebrar ese tipo de acuerdo compromisorio multilateral al iniciar la operación; también pueden decidir hacerlo una vez que surja la controversia, cuando por las circunstancias del caso consideren útil el arbitraje multilateral. En algunos Estados, cuando ha surgido una controversia, los tribunales pueden ayudar a las partes a aplicar el acuerdo de arbitraje multilateral dirimiendo cuestiones procesales sobre las que las partes no puedan llegar a un acuerdo (por ejemplo, la cuestión de si la cláusula compromisoria multilateral es aplicable a un determinado aspecto, el nombramiento de un único tribunal arbitral, o la determinación del lugar del arbitraje). También hay Estados en los que los tribunales, bajo ciertas condiciones, pueden ordenar la fusión de dos o más causas arbitrales en un único arbitraje, aun cuando no todas las partes interesadas hayan convenido en someter sus controversias a un único grupo de árbitros. No obstante, cabe dudar de que el laudo dictado en un arbitraje que hubiera sido fusionado por orden judicial sea ejecutorio frente a una parte que no haya dado su consentimiento a esa fusión procesal.

[A/CN.9/362/Add.16]

PROYECTO DE CLÁUSULAS ILUSTRATIVAS

ÍNDICE

		Página
Introducción		198
Capítulo VI.	Tipo, calidad y cuantía de los bienes	199
Capítulo VII.	Fijación del precio de los bienes	199
Capítulo VIII.	Participación de terceros	199
Capítulo X.	Limitaciones a la reventa de los bienes	200
Capítulo XI.	Cláusula de indemnización pactada y cláusula penal	200
Capítulo XIII.	Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio	201
Capítulo XIV.	Selección de la ley aplicable	202
Capítulo XV.	Solución de controversias	202

Introducción

1. El Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales decidió que la guía jurídica incluyera un número limitado de claúsulas ilustrativas (A/CN.9/357, párrafos 93 y 94). El Grupo de Trabajo expresó su apoyo a la selección, que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, de las cuestiones a las que deberían añadirse cláusulas ilustrativas. El presente documento contiene una revisión de las cláusulas ilustrativas publicadas en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7.

2. Se sugiere que las cláusulas ilustrativas se incluyan en la guía jurídica como notas al pie de página.

3. Como se indicó en el párrafo 2 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, la preparación de las cláusulas ilustrativas ha estado influida por las siguientes consideraciones. En primer lugar, el proyecto de guía jurídica examina posibles soluciones contractuales de forma que el usuario pueda obtener orientación de los proyectos de capítulo para redactar cláusulas de un acuerdo de comercio compensatorio. En segundo lugar, las cláusulas ilustrativas tienen que redactarse necesariamente de una forma general y, por ello, quizá no tengan en cuenta las circunstancias reales de una operación de comercio compensatorio determinada. Esas consideraciones reducen el número de cláusulas ilustrativas que puede ser útil añadir a la guía jurídica.

4. En el Grupo de Trabajo se sugirió que en cada cláusula ilustrativa se hiciera referencia a la advertencia que figura en el párrafo 13 del capítulo I, "Introducción", de que dichas cláusulas no deberían considerarse necesariamente como modelos adecuados para su inclusión en acuerdos concretos

(A/CN.9/357, párrafo 93). Para aplicar esta sugerencia, se propone dar el título siguiente a cada conjunto de cláusulas ilustrativas incluido al final de cada capítulo: *"Cláusulas ilustrativas del capítulo ... (utilícense con prudencia, véase 'Introducción', párrafo 13)"*.

Capítulo VI. Tipo, calidad y cuantía de los bienes

[*Nota editorial*: La nota que figura a continuación para el párrafo 25 se publicó, excepto las modificaciones en bastardilla, en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 con el título "Capítulo V. Tipo, calidad y cantidad de las mercaderías, nota al pie de página para el párrafo 13".]

Nota al pie de página para el párrafo 25

Suponiendo que *la "compañía Y" se ha comprometido a comprar bienes a la "compañía X"*, la cláusula *del acuerdo de comercio compensatorio puede contener los elementos siguientes*:

"Cuando la compañía X, en cumplimiento del acuerdo de comercio compensatorio, presenta una oferta para la celebración de un contrato de suministro, los bienes que se ofrece comprar deberán:

a) ser aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los bienes del mismo tipo;

b) ser aptos para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber a la compañía X en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio;

c) poseer las cualidades *compatibles con las de la muestra o modelo que la compañía X haya presentado a la compañía Y*;

d) estar envasados o embalados en la forma habitual para tales bienes o, si no *se ha establecido una forma habitual*, de una forma adecuada para conservarlos y protegerlos."

(Esta cláusula se inspira en el artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)).

Capítulo VII. Fijación del precio de los bienes

[*Nota editorial*: La siguiente nota al pie de página para el párrafo 48, excepto la adición subrayada, se publicó en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 con el título "Capítulo VI. Fijación del precio de las mercaderías, nota al pie de página para el párrafo 37".]

Nota al pie de página para el párrafo 48

Suponiendo que la moneda de pago sea el chelín austríaco y la moneda de referencia el franco suizo, la cláusula puede decir así:

"Si, en la fecha del pago efectivo, el tipo de cambio entre el chelín austríaco y el franco suizo varía con respecto al tipo de cambio ... [indíquese el tipo de cambio vigente en un lugar determinado] vigente en la fecha de celebración del acuerdo de comercio compensatorio en más del ... [por ejemplo el 5%, u otro porcentaje indicado por las partes], el precio en chelines austríacos se aumentará o disminuirá de manera que ese precio, convertido en francos suizos, quede inalterado en relación con el precio expresado en francos suizos en la fecha de celebración del acuerdo de comercio compensatorio." (*Cabe señalar que la cláusula anterior puede conducir a un resultado imprevisto e inadecuado si el tipo de cambio aplicable se fija en virtud de una decisión administrativa independiente de la marcha del mercado de divisas (véase el párrafo 49)*).

Capítulo VIII. Participación de terceros

[*Nota editorial*: Las notas siguientes al pie de página para los párrafos 12, 18 y 23 son revisiones de las notas al pie de página para los párrafos 10, 16 y 21 que se publicaron en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 con el título "Capítulo VIII. Participación de terceros". Las revisiones van en bastardilla. La nota al pie de página para la tercera oración del párrafo 18 es nueva.]

Nota al pie de página para el párrafo 12

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte que se compromete *originalmente* a comprar, la cláusula puede decir así:

"Se autoriza a la compañía Y a contratar a un tercer comprador que haga las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio." *(Las partes pueden añadir a esta cláusula una estipulación, examinada en el párrafo 18, por la que se indique si, después de comprometido el tercero, la parte que se compromete originalmente sigue estando o no obligada por el cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio.)*

Nota al pie de página para la tercera oración del párrafo 18

[*nota nueva*] Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte que se compromete originalmente a comprar y la "compañía X" el proveedor, la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio puede decir así:

"El hecho de que la compañía Y contrate a un tercer comprador que haga las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio y que el tercero se comprometa con la compañía X a hacer esas compras no libera a la compañía Y de la responsabilidad del incumplimiento del compromiso de comercio compensatorio."

Nota al pie de página para la sexta oración del párrafo 18

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte que se compromete *originalmente* a comprar *y la "compañía X" el proveedor*, la cláusula *del acuerdo de comercio compensatorio* puede decir así:

"La compañía Y quedará liberada de responsabilidad del cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio *cuando, después de que la compañía Y haya contratado a un tercer comprador, el compromiso de la compañía Y de comprar bienes a la compañía X se traslada*

al tercer comprador. [Este traslado incluye la obligación de pagar la indemnización pactada en caso de que no se efectúen las compras.] Para que este traslado sea efectivo, la compañía Y, la compañía X y el tercer comprador tienen que convenir en ello."

Nota al pie de página para la séptima oración del párrafo 18

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte que se compromete *originalmente* a comprar *y la "compañía X" el proveedor*, la cláusula *del acuerdo de comercio compensatorio* puede decir así:

"La compañía Y se compromete a liberar a la compañía X de la responsabilidad del cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio *cuando, después de que la compañía Y haya contratado a un tercer comprador, la compañía X y el tercer comprador concierten un acuerdo en virtud del cual el tercero asume* el compromiso de realizar las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio *de la compañía Y."*

Si la disposición anterior se incluye en el acuerdo de comercio compensatorio, la liberación efectiva de la compañía X de la responsabilidad del cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio *puede expresarse de la forma siguiente:*

"La compañía X, *habiendo convenido con la compañía Z (el tercer comprador) que la compañía Z asume* el compromiso de realizar las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio *de la compañía Y, consiente en liberar a la compañía Y de la responsabilidad del cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio. La liberación de responsabilidad de la compañía Y entra en vigor cuando lo haga el acuerdo entre la compañía X y la compañía Z."*

Nota al pie de página para el párrafo 23

Suponiendo que la "compañía Z" sea el tercer comprador, la "compañía Y" la parte originalmente comprometida a comprar y la "compañía X" la proveedora, la cláusula *del contrato concertado entre la compañía Y y la compañía Z* puede decir así:

"La compañía Z *celebrará un contrato con la compañía X en virtud del cual la compañía Z convendrá* en hacer las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio establecido en el acuerdo de comercio compensatorio entre la compañía Y y la compañía X, del que se adjunta una copia al presente contrato. La compañía Z conviene en quedar vinculada por todas las condiciones del acuerdo de comercio compensatorio y, en particular, conviene en pagar la indemnización pactada estipulada en el acuerdo de comercio compensatorio para el caso de que no haga las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio."

Capítulo X. Limitaciones a la reventa de los bienes

[*Nota editorial*: La siguiente nota al pie de página para el párrafo 10 se publicó en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 con el título "Capítulo X. Limitaciones a la reventa de mercaderías, nota al pie de página para el párrafo 9." No se ha introducido ningún cambio de fondo en el texto de la nota.]

Nota al pie de página para el párrafo 10

Suponiendo que la "compañía Y" sea la parte que compra los bienes en virtud del acuerdo de comercio compensatorio y la "compañía X" la proveedora, la cláusula puede decir así:

"La compañía Y deberá informar a la compañía X

[*posibilidad A*:] de la reventa de esos bienes; esa información se dará en un plazo de . . . días a partir de la celebración del contrato de reventa.

[*posibilidad B*:] de las negociaciones para la reventa de los bienes del comercio compensatorio; la compañía Y dará a la compañía X [. . . días] [tiempo suficiente] para que formule cualesquiera observaciones o sugerencias sobre la reventa prevista, y la compañía Y se abstendrá de celebrar el contrato de reventa que negocia antes de expirar ese plazo.

La información que se dé deberá indicar . . . [inclúyanse todos o algunos de los siguientes datos: país, región dentro del país o ciudad a la que habrán de enviarse los bienes del comercio compensatorio; domicilio social de la persona a la que se revendan los bienes; precio de reventa; si los bienes de comercio compensatorio han sido marcados o envasados nuevamente antes de su reventa y, en caso afirmativo, envases o marcas utilizados.]"

Capítulo XI. Cláusula de indemnización pactada y cláusula penal

[*Nota editorial*: Las siguientes notas al pie de página para los párrafos 6, 12 y 26 del proyecto de capítulo XI se publicaron en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 con el título "Capítulo XI. Indemnización pactada y cláusulas penales", notas al pie de página para los párrrafos 5, 12 y 22. Las modificaciones de estas notas van en bastardilla.]

Nota al pie de página para el párrafo 6

Suponiendo que la "compañía X" sea la proveedora, la "compañía Y" la parte que se compromete a comprar y el chelín austríaco la moneda de pago, la cláusula puede decir así:

[Incumplimiento de la compra de bienes]

"1) Si la compañía Y no hace las compras necesarias para cumplir el compromiso de comercio compensatorio antes de que expire el plazo estipulado para el cumplimiento de ese compromiso, la compañía Y quedará obligada a pagar a la compañía X una suma en chelines austríacos equivalente al . . . % de la parte incumplida del compromiso de comercio compensatorio. Al pagar esa suma, la compañía Y quedará liberada de la obligación de cumplir la parte incumplida del compromiso de comercio compensatorio por la que se le reclamó la suma convenida.

2) No se aplicará el párrafo 1 en la medida en que el incumplimiento por la compañía Y se derive del incumplimiento por la compañía X de la obligación de tener bienes disponibles de conformidad con este acuerdo de comercio compensatorio."

[Incumplimiento del suministro de bienes]

"1) Si la compañía X no tiene bienes disponibles para el cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio antes de expirar el plazo estipulado para el cumplimiento de ese compromiso, quedará obligada a pagar a la compañía Y una suma en chelines austríacos equivalente al . . . % de la parte incumplida del compromiso de comercio compensatorio. Al pagar esa suma, la compañía X quedará liberada de la obligación de cumplir la parte incumplida del compromiso de comercio compensatorio por la que se le reclamó la suma convenida.

2) No se aplicará el párrafo 1 en la medida en que el incumplimiento de la compañía X se derive del incumplimiento por la compañía Y de sus obligaciones en virtud del presente acuerdo de comercio compensatorio."

Nota al pie de página para el párrafo 12 (disposición que podría añadirse a toda cláusula de indemnización pactada o cláusula penal)

"No habrá resarcimiento de daños y perjuicios además de la suma convenida para el incumplimiento por el que se pague esa suma."

Nota al pie de página para el párrafo 26 (disposición que podría añadirse a toda cláusula de indemnización pactada o cláusula penal)

Suponiendo que la "compañía X" sea la beneficiaria de la cláusula y la "compañía Y" la parte obligada a pagar la suma convenida, la estipulación puede decir así:

"Si, de acuerdo con el párrafo 1, debe pagarse la suma convenida, *la compañía X* tendrá derecho a deducirla *de los fondos de la compañía Y en poder de la Compañía X o a compensar la reclamación por valor de la suma convenida en caso de reclamación de compensación de la compañía Y contra la compañía X. [Se autoriza una deducción o compensación únicamente si los fondos en poder de la compañía X, o la reclamación de la compañía Y, corresponden a los siguientes contratos . . .]*"

Capítulo XIII. Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio

[*Nota editorial*: Las siguientes notas al pie de página para los párrafos 7, 21, 23, 44 y 50 se publicaron en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 con el título "Capítulo XIII. Incumplimiento de la obligación de concluir la operación de comercio compensatorio", notas al pie de página para los párrafos 6, 22, 24, 43 y 49. Aparecen en bastardilla modificaciones secundarias de forma.]

Nota al pie de página para el párrafo 7

Suponiendo *que* la "compañía Y" sea la parte que se compromete a comprar y la "compañía X" la proveedora, la cláusula puede decir así:

"*Si* la compañía *X* no acepta una orden de compra dada por la compañía Y de conformidad con el presente acuerdo de comercio compensatorio [o una orden de compra dada por un tercer comprador contratado por la compañía Y en virtud del presente acuerdo de comercio compensatorio], la compañía Y tendrá derecho a declarar el importe pendiente del compromiso de comercio compensatorio reducido en el importe de la orden de compra que no fue aceptada."

Cuando se acuerde que la compañía Y tiene que dar un plazo adicional a la compañía X, la cláusula siguiente puede añadirse a la anterior:

"A fin de ejercer *el derecho de declarar* reducido el compromiso de comercio compensatorio pendiente, la compañía Y deberá dar a la compañía X aviso por escrito en el que especifique que la falta de aceptación de la orden de compra constituye un incumplimiento del compromiso de comercio compensatorio y que el compromiso de comercio compensatorio pendiente se reducirá en el importe de la orden de compra no aceptada si la compañía X no pone a su disposición los bienes en un plazo adicional de [por ejemplo, 30] *días*."

Nota al pie de página para el párrafo 21

Suponiendo *que* la "compañía Y" sea la parte que se compromete a comprar y la "compañía X" la proveedora, la cláusula puede decir así:

"1) La [compañía Y] [compañía X] quedará exenta del pago de daños y perjuicios, o de una suma convenida, por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del acuerdo de comercio compensatorio si prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento físico o jurídico ajeno a su voluntad y que no puede esperarse razonablemente que hubiese podido tener en cuenta el impedimento en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, o evitarlo o superarlo, o evitar o superar sus consecuencias.

2) El plazo para el cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio se ampliará en un plazo que corresponda a la duración del impedimento. Si el impedimento se prolonga más de [por ejemplo, seis meses], [la parte contra la que se alegue ese impedimento] [cualquiera de las dos partes] podrá declarar resuelto el acuerdo de comercio compensatorio notificándolo por escrito."

Nota al pie de página para el párrafo 23

[*Definición general de impedimento exonerante seguida de una lista ilustrativa o de una lista taxativa de hechos considerados como impedimentos exonerantes*]

"1) [El mismo texto del párrafo 1 de la cláusula ilustrativa para el *párrafo 21*].

2) [*Lista ilustrativa*:] A continuación se dan algunos ejemplos de acontecimientos que deben considerarse como impedimentos exonerantes, siempre que esos acontecimientos se ajusten a los criterios expuestos en el párrafo 1: . . . . [*Lista exhaustiva*:] Sólo los siguientes acontecimientos se considerarán como impedimentos exonerantes, siempre que esos acontecimientos se ajusten a los criterios expuestos en el párrafo 1."

Nota al pie de página para el párrafo 44

Suponiendo que la "compañía Y" sea la exportadora (contraimportadora) y que la "compañía X" sea la importadora (contraexportadora), la cláusula diría así:

"El incumplimiento por la compañía Y de la compra de bienes en virtud del presente acuerdo de comercio compensatorio no autorizará a la compañía X a suspender o rehusar el pago debido por la compañía X a la compañía Y en virtud del contrato del suministro de . . .."

Nota al pie de página para la primera oración del párrafo 50

"Si se resuelve un contrato de suministro de bienes en una dirección, ninguna de las dos partes tendrá derecho, cualquiera que sea la causa de la resolución, a suspender la celebración de contratos en la otra dirección, ni a suspender o rehusar el cumplimiento de obligaciones en virtud de contratos celebrados en esa otra dirección."

Nota al pie de página para la segunda oración del párrafo 50

"Si se resuelve un contrato de suministro de bienes por la compañía X a la compañía Y celebrado en virtud del presente acuerdo de comercio compensatorio, ninguna de las dos partes tendrá derecho, cualquiera que sea la causa de la resolución, a suspender o rehusar el cumplimiento del contrato de suministro de bienes por la compañía Y a la compañía X."

Capítulo XIV. Selección de la ley aplicable

[*Nota editorial*: Las notas al pie de página para el párrafo 21 (segunda y cuarta oraciones) se publicaron en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 como notas al pie de página para el párrafo 20. Las modificaciones del texto de la nota al pie de página para la segunda oración del párrafo 21 van en bastardilla. Las notas al pie de página para los párrafos 15 y 24 son nuevas.]

Nota al pie de página para el párrafo 15

[*nota nueva*] "El presente acuerdo de comercio compensatorio, así como los contratos celebrados de acuerdo con él, se regirán por las normas de (indíquense las normas correspondientes, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías)."

Nota al pie de página para la segunda oración del párrafo 21 (cláusula ilustrativa para el acuerdo de comercio compensatorio y para un contrato de suministro)

"*El presente . . . (indíquese el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro) se regirá por* la ley de . . . (indíquese un país o una entidad territorial determinada) [en vigor en . . . (indíquese la fecha en que se celebre el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro)]. [*Esta designación se refiere a la ley sustantiva de (indíquese el mismo país o unidad territorial que* supra*) y no a sus normas sobre conflicto de leyes.*]"

Nota al pie de página para la cuarta oración del párrafo 21 (cláusula ilustrativa para el acuerdo de comercio compensatorio y para un contrato de suministro)

[Igual que la nota para la segunda oración del *párrafo 21*, añadiendo, después de la primera oración lo siguiente:] "La ley elegida se aplicará en particular a la formación y la validez del contrato y a las consecuencias de su invalidez."

Nota al pie de página para el párrafo 24

[*nota nueva*] "El presente acuerdo de comercio compensatorio se regirá por la ley de . . . (indíquese un país o una entidad territorial determinada) [en vigor en . . . (indíquese la fecha en que se celebre el acuerdo de comercio compensatorio o el contrato de suministro)]. Los contratos que se celebren de conformidad con este acuerdo de comercio compensatorio se regirán por (indíquese la misma ley que en la oración anterior o una ley diferente). [No se aplicarán las normas de derecho internacional privado de . . . (indíquese el mismo país o unidad territorial que en las dos oraciones anteriores).]" (Véase en los párrafos 25 a 29 el examen de la cuestión de si debe seleccionarse la misma ley nacional o diferentes leyes nacionales.)

Capítulo XV. Solución de controversias

Las cláusulas modelo recomendadas en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI están incorporadas en las notas al pie de página para los párrafos 14 y 30 del capítulo XV (A/CN.9/362/Add.15). Para aplicar la decisión del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales de que la guía jurídica indique la existencia de distintas reglas de conciliación y arbitraje (A/CN.9/357, párrafo 101), se sugieren las siguientes modificaciones del proyecto de capítulo XV (A/CN.9/362/Add.15):

En la última oración del párrafo 14, suprímanse las palabras "preparado por una organización internacional" y añádase al final del párrafo la oración siguiente: "Varias organizaciones internacionales y nacionales han preparado otros reglamentos de conciliación".

Al final de la nota 1, añádase la oración siguiente: "La aplicación de otros reglamentos de conciliación también puede ser adecuada en casos determinados".

En la segunda oración del párrafo 30, suprímanse las palabras: "tales como el que acompaña al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI".

Al final de la nota 4, añádase la oración siguiente: "La aplicación de otros reglamentos de arbitraje también puede ser adecuada en casos determinados".

Al principio de la nota 5, añádase el texto siguiente: "Existen diversas cláusulas modelo de arbitraje. Por lo general, resulta aconsejable aplicar la cláusula modelo correspondiente al reglamento de arbitraje elegido".

[A/CN.9/362/Add.17]

RESÚMENES DE LOS CAPÍTULOS

El Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales decidió que cada capítulo fuera precedido por un resumen que facilitara la consulta de la Guía Jurídica (A/CN.9/357, párrafo 15). De conformidad con esa decisión, la presente adición recoge los resúmenes de los capítulos II a XV del proyecto de Guía Jurídica.

II. Ámbito de aplicación y terminología de la Guía Jurídica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Enfoque contractual

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

Cuando los envíos en ambas direcciones vayan a ser concertados en contratos separados, cabe adoptar diversos enfoques contractuales. Conforme a uno de esos enfoques, el contrato de exportación sería concertado simultáneamente con el acuerdo de comercio compensatorio, dejándose para más adelante el contrato de exportación compensatoria (pá-

rrafos 11 a 19). Se recurre a este enfoque cuando las partes desean ultimar un contrato para el envío en una dirección (contrato de exportación) antes de que puedan convenir en un contrato para el envío en dirección contraria (contrato de exportación compensatoria). El acuerdo de comercio compensatorio tendrá en ese caso la finalidad de consignar claramente el compromiso de concertar uno o varios contratos de exportación compensatoria y describir, en lo posible, las cláusulas de ese o esos contratos futuros y señalar los procedimientos que se habrán de seguir para la concertación y la ejecución de los contratos de suministro. En los párrafos 29 a 39 se enumeran las posibles cuestiones que habrán de resolverse en un acuerdo de comercio compensatorio así concebido.

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

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

En muchos países la parte que vaya a exportar bienes, servicios o tecnología podrá asegurar su riesgo de que no sea atendida la reclamación del pago debido por concepto de la exportación. Se podrán asegurar riesgos no sólo comerciales sino también no comerciales. Entre los principios sobre los que se basan el seguro del crédito a la exportación cabe señalar algunos que son de particular interés para las operaciones de comercio compensatorio (párrafos 43 a 51 y especialmente 49 a 52).

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

IV. Compromiso de compensación

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

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

Las partes podrán fijar en el acuerdo de comercio compensatorio la fecha en que dará comienzo el plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación y la fecha en que expirará ese plazo (párrafo 7), o que el plazo de cumplimiento, cuya duración esté ya convenida, dará comienzo al producirse un determinado evento debidamente señalado en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafo 8). Para la determinación de la duración del plazo de cumplimiento convendrá tener en cuenta cierto número de factores (párrafos 9 a 12). Se podrá prorrogar el plazo de cumplimiento de darse determinada circunstancia (párrafos 13 a 16). Cuando el cumplimiento del compromiso de compensación consiste en un gran número de envíos escalonados a lo largo de un prolongado período, las partes tal vez deseen dividir el plazo de cumplimiento en subperíodos (párrafos 17 a 20).

Las partes deberían definir cuáles son los contratos de suministro que serán computables para el cumplimiento del compromiso de compensación ("contratos de suministro computables"). Cabría definir el contrato de suministro computable precisando el tipo de bienes que habrán de comprarse (párrafos 21 a 25), el origen geográfico de los bienes (párrafos 26 y 27), el proveedor o la categoría de proveedores (párrafo 28) o el comprador o la categoría de compradores (párrafo 29). Podrá convenirse que, en determinadas circunstancias, una compra no conforme será, no obstante, computable para el cumplimiento del compromiso de compensación (párrafo 30).

En muchas operaciones de comercio compensatorio, el precio de compra de un contrato de suministro será deducible en su totalidad del compromiso pendiente de compensación (la suma deducida se designa "crédito de cumplimiento"). En ocasiones se conviene en que el crédito de cumplimiento será computado con arreglo a una tasa reductora o elevadora del precio de compra completo, según cuál sea el tipo de bienes comprados, la identidad del proveedor, o el momento en el que se efectúe la compra (párrafos 31 a 34).

Sería aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio señale el acto concreto que se considerará como determinante del cumplimiento del compromiso de compensación. Las partes tal vez convengan en que el cumplimiento ocurrirá al concertarse un contrato de suministro o al cumplirse ese contrato de suministro (párrafos 35 a 37).

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

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

V. Observaciones generales sobre la redacción

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

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

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

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

VI. Tipo, calidad y cuantía de los bienes

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

Las partes podrán determinar, si así lo desean, en el acuerdo de comercio compensatorio el tipo de bienes que vayan a ser objeto del futuro contrato de suministro, con referencia tal vez a una amplia categoría de bienes, o podrán abstenerse de señalar cuáles serán los bienes intercambiables.

La precisión del tipo, la calidad y la cuantía de esos bienes aumentaría la probabilidad de que se concierte el futuro contrato de suministro. Aun cuando en el acuerdo de comercio compensatorio se señale el tipo de bienes intercambiables, se aplaza a veces la determinación de su calidad y cantidad por no conocerse aún plenamente las condiciones en las que las partes deseen basar su decisión respecto de esa cuantía y calidad (párrafo 2).

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

Cuando las partes vayan a concertar un acuerdo de comercio compensatorio sin haber determinado el tipo de los bienes intercambiables tal vez desearán incorporar a ese acuerdo una lista de los bienes cuya compra sería computable para el cumplimiento del compromiso de compensación. De confeccionarse esa lista, las partes podrían resolver, entre otras cuestiones, lo referente a la disponibilidad de los bienes incluidos en la lista, al deber del comprador de señalar las especificaciones y otros requisitos, a la noción de la "adicionalidad" y al procedimiento que haya de seguirse para decidir el tipo de bienes (párrafos 7 a 14). En los párrafos 15 a 23 se examinan los servicios y la tecnología como posible objeto de la operación de comercio compensatorio.

La determinación de la calidad de los bienes intercambiables plantea dos cuestiones principales que las partes tal vez deseen resolver en el acuerdo de comercio compensatorio: la indicación del nivel de calidad que habrán de satisfacer los bienes ofrecidos (párrafos 24 a 28) y la estipulación del procedimiento que habrá de aplicarse para determinar con anterioridad a la conclusión del contrato de suministro, si los bienes ofrecidos satisfacen el nivel de calidad especificado (párrafos 29 a 32).

La determinación de la cuantía de los bienes que habrá de ser comprada podrá hacerse en el acuerdo de comercio compensatorio o dejarse para el momento de concertarse los respectivos contratos de suministro. Esa cuantía podrá ser indicada en términos de una suma monetaria o como el número de unidades que habrán de ser compradas, o podrá estipularse que esa cantidad será determinada más adelante en función de las necesidades del comprador o de la producción del proveedor (párrafos 33 a 39).

Especialmente cuando se trate de operaciones a largo plazo, tal vez convenga estipular que a intervalos periódicos, o al sobrevenir algún cambio imprevisto en las circunstancias, las partes revisarán las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas al tipo, la calidad o la cuantía de los bienes. Las partes tal vez deseen también estipular en el acuerdo de comercio compensatorio que, de darse ciertas condiciones, se podrá obtener crédito de cumplimiento por la compra de bienes que no sean los que se estipularon en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 40 y 41).

VII. Fijación del precio de los bienes

El capítulo se refiere a los métodos para determinar el precio de los bienes que serán objeto del contrato de suministro que ha de celebrarse conforme al compromiso de compensación. Se refiere también a ciertas cuestiones relativas a la fijación del precio con que se tropieza en los contextos concretos de la prestación de servicios y la transferencia de tecnología. Además, se estudia en él la moneda en que se expresa el precio y la revisión de éste.

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

La moneda en la que se ha de pagar el precio puede entrañar riesgos derivados de la fluctuación de los tipos de cambio entre esa y otras divisas. Al estipular la moneda, las partes deben tener en cuenta los reglamentos de cambio extranjero. Las partes podrían denominar el precio en una moneda estable o en una unidad de cuenta (párrafos 7 a 10).

En el acuerdo de comercio compensatorio se puede prever la determinación del precio mediante el uso de una norma de referencia, método que indica un precio en el momento de la celebración de un contrato de suministro de tal manera que no esté influido por la voluntad de las partes. Entre las posibles normas de referencia para el precio figuran: el precio de mercado indicado para bienes o servicios de calidad corriente; el costo de producción de los bienes; el precio del competidor; el precio del cliente más favorecido (párrafos 11 a 20).

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

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

Los precios de los servicios pueden fijarse como tasas unitarias de actividad laboral o como una suma global, o pueden establecerse sobre la base del reembolso de los costos (párrafos 28 a 31).

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

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

VIII. Participación de terceros

El capítulo se ocupa de los casos en que una parte que se ha comprometido a adquirir o a suministrar bienes, en lugar de hacerlo ella misma, contrata a un tercero para que lo haga (secciones B y C). La sección D se refiere a las operaciones multipartitas distintas de los casos analizados en las secciones B y C.

La parte que se ha comprometido conforme a un acuerdo de comercio compensatorio a adquirir bienes (parte "inicialmente" obligada a adquirir bienes) contrata a menudo a un tercero ("tercero adquirente") para que haga esas compras (párrafos 4 a 7). Cuando se prevé la participación de un tercero adquirente, es aconsejable ocuparse en el acuerdo de comercio compensatorio de la cuestión de cómo se elegirá al tercero adquirente y la relativa a quién responde ante el

proveedor en el caso de que el tercero no haga efectivas las compras necesarias para cumplir el compromiso de compensación (párrafos 9 a 20). Además, la parte originalmente comprometida a adquirir bienes y el tercero adquirente deben celebrar un contrato para resolver cuestiones como la naturaleza del compromiso del tercero (un compromiso "en firme" o de "hacer todo lo posible", párrafo 22); retribución del tercero (párrafos 30 a 36); cláusula de indemnidad (párrafo 37); y la cuestión de si el tercero tendrá un mandato exclusivo o no exclusivo de adquirir o revender las mercaderías (párrafos 38 a 40).

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

La parte que se ha comprometido a suministrar bienes (parte "inicialmente" obligada a suministrar) designa a veces a un tercero ("tercero proveedor") para suministrar los bienes (párrafos 41 a 44). Cuando se prevé la participación de un tercero proveedor es aconsejable que el acuerdo de comercio compensatorio se ocupe de la selección del tercero y las consecuencias de la omisión por parte de éste de proporcionar los bienes convenidos. En algunas operaciones, la selección del tercero proveedor se deja a la parte obligada a comprar bienes (párrafos 45 y 46). En otras, la selección se deja a la parte inicialmente obligada a suministrarlos (párrafos 47 a 52).

En cuanto a las operaciones de comercio compensatorio multipartitas, se describen tres tipos en el capítulo: *a)* operación tripartita que comprende al exportador (que en ninguna etapa de la operación asume el compromiso de contraimportar), el importador y el tercero contraimportador; *b)* operación tripartita que comprende al exportador, el importador (que en ningún momento de la operación se compromete a contraexportar) y un tercero contraexportador; y *c)* operación cuatripartita en que dos partes celebran un contrato de suministro en una dirección y otras dos partes celebran un contrato de suministro en la otra (párrafos 53 a 58).

IX. Pago

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

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

Las partes pueden convenir en que sus reclamaciones de pago derivadas de los envíos efectuados en ambas direcciones se compensen. Si se produce un desequilibrio en los valores de las entregas, puede corregirse entregando más bienes o mediante pago en dinero. Con el fin de facilitar la compensación de los créditos, en particular en el caso de múltiples expediciones, las partes tal vez deseen utilizar un sistema de registro, que en la Guía se denomina "cuenta de compensación". La cuenta de compensación será administrada por las partes mismas o por un banco o bancos (párrafos 38 a 57).

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

En el caso de una operación de comercio compensatorio multipartita (es decir, comercio de compensación "tripartito" o "cuatripartito"; véase el capítulo VIII), puede acordarse que los ingresos generados por el contrato de suministro celebrado entre dos de las partes se utilizarán para pagar el contrato de suministro entre un par de partes diferentes. En una operación tripartita que comprenda a un tercero contraimportador, el importador, en lugar de transferir dinero al exportador conforme al contrato de exportación, entrega bienes al contraimportador y se considera que queda liberado de la obligación de pago de la importación hasta concurrencia del valor de los bienes objeto de comercio compensatorio entregados al contraimportador; el contraimportador, a su vez, paga al exportador una suma equivalente al valor de los bienes recibidos del contraexportador. Análogamente, en una operación tripartita que comprenda a un tercero contraexportador, el importador transfiere fondos al contraexportador para que pague el envío al contraimportador y éste (exportador) conviene en que la reclamación del pago conforme al contrato de exportación quede satisfecha hasta concurrencia del valor de los bienes entregados al contraimportador. En una operación cuatripartita, el exportador envía bienes al importador y éste, en lugar de pagar al exportador, paga al contraexportador una suma equivalente al valor de los bienes recibidos del exportador. El pago del importador al contraexportador compensa al contraexportador por el envío al contraimportador. El contraimportador paga al exportador una suma equivalente al valor de los bienes recibidos del contraexportador (párrafos 66 a 73).

Como en el comercio de compensación en el que intervienen sólo dos partes, pueden utilizarse las operaciones de comercio compensatorio multipartitas, cuentas bloqueadas y contracartas de crédito (párrafos 74 a 77).

X. Limitaciones a la reventa de bienes en el comercio compensatorio

A veces las partes acuerdan en el acuerdo de comercio compensatorio o en un contrato de suministro limitaciones a la reventa de bienes comprados como consecuencia del compromiso de compensación (párrafos 1 y 2).

Las partes deben tener presente que muchos ordenamientos jurídicos contienen reglas imperativas sobre prácticas comerciales restrictivas, por lo que deben asegurarse de que una limitación a la reventa no esté en contradicción con esas reglas. Las reglas imperativas de este tipo pueden comprender prohiciones concebidas en términos generales contra las prácticas que limitan indebidamente la competencia poniendo a los competidores o a los consumidores en situación injustamente desventajosa o perjudicando la economía nacional. Además, existen a menudo prohibiciones concretas contra determinados tipos de prácticas comerciales restrictivas (por ejemplo, contra los acuerdos que fijan un precio mínimo) (párrafo 3).

Cuando se considere la posibilidad de pactar una limitación a la reventa, es aconsejable concretar lo más posible en el acuerdo de comercio compensatorio por lo que se refiere al contenido de la limitación (párrafos 4 a 7).

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

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

Las partes en un acuerdo de comercio compensatorio convienen a veces en establecer limitaciones en cuanto al territorio donde la parte que compra los bienes puede revenderlos (párrafos 11 a 16).

Algunos acuerdos de comercio compensatorio contienen disposiciones relativas al precio mínimo de reventa de los bienes. Cabe observar que en muchos Estados, conforme a reglas imperativas relativas a prácticas comerciales restrictivas, la fijación de un precio mínimo de reventa está en general prohibida o permitida únicamente en circunstancias especiales (párrafos 17 a 20).

El acuerdo de comercio compensatorio puede contener requisitos en cuanto al tipo de embalaje o las marcas que se han de utilizar en la reventa de los bienes. Las partes deben asegurarse de que ninguno de los requisitos de embalaje o marca se contradice con las disposiciones imperativas en el lugar donde los bienes han de ser revendidos (párrafos 21 y 22).

Cuando es posible que la parte que se ha comprometido a comprar bienes contrate a un tercero para hacer las compras, el proveedor puede estar interesado en que ese tercero se atenga a las restricciones a la reventa anteriormente estipuladas en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 23 y 24).

Los cambios que se produzcan en las circunstancias comerciales subyacentes pueden hacer conveniente prever en el acuerdo de comercio compensatorio una revisión de las limitaciones a la reventa convenidas (párrafos 25 y 26).

XI. Cláusulas de indemnización pactada y cláusulas penales

Las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales disponen que la omisión por una de las partes en cumplir una determinada obligación, o su falta de cumplimiento a tiempo, da derecho a la parte agraviada a recibir de la parte que incumple una suma de dinero convenida en el momento en que las partes establecieron su relación contractual. La suma convenida puede tener por objeto estimular el cumplimiento de la obligación o el de indemnizar por las pérdidas causadas por el incumplimiento, o ambas cosas (párrafo 1).

El capítulo se centra en las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales que cubren la omisión en cumplir el compromiso de compensación (párrafo 2). Esa omisión puede adoptar la forma de incumplimiento o de cumplimiento con retraso del compromiso (párrafos 3 y 4). La cláusula puede cubrir el compromiso del adquirente de comprar bienes o el del proveedor de poner bienes a disposición (párrafos 5 y 6).

Muchos derechos nacionales tienen disposiciones sobre cláusulas de indemnización pactada y cláusulas penales. Entre ellas figuran: la limitación imperativa en algunos ordenamientos jurídicos de que son nulas las cláusulas en las que se fije una suma convenida para estimular el cumplimiento y de que la parte sometida a una de esas cláusulas responde de la omisión en el cumplimiento sólo por los daños reclamables conforme al régimen común (párrafo 7); reglas que facultan a los tribunales a reducir la cuantía de la suma convenida o asignar una indemnización adicional cuando el daño real supere la suma convenida (párrafo 7); la regla conforme a la cual la suma convenida no se debe si la parte que omitió cumplir la obligación de que se trate no responde del incumplimiento (párrafo 8); otras reglas sobre la relación entre la reclamación de la suma convenida y la reclamación de una indemnización (párrafo 12).

Conviene distinguir las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales de las que limitan la cuantía que se puede reclamar como daños y perjuicios, las que prevén obligaciones alternativas y aquellas que establecen la obligación de liquidar mediante pagos en efectivo los saldos de la corriente de comercio en contratos de trueque o cuándo deben compensarse las reclamaciones de pago contrapuestas (párrafos 9 y 10).

Cuando una parte originalmente comprometida a adquirir o suministrar bienes contrata a un tercero para cumplir ese compromiso, cabe acordar que el tercero pague la indemnización pactada o la pena a la parte originalmente comprometida en caso de violación del compromiso del tercero de comprar o suministrar bienes (párrafo 11).

Importante cuestión a considerar es saber si al reclamar la suma convenida debe entenderse que el beneficiario de la cláusula ha perdido el derecho a que se cumpla la obligación subyacente. A menudo la intención de las partes en operaciones de comercio compensatorio es que el beneficiario que prefiere reclamar la suma convenida se ve impedido de reclamar también el cumplimiento del compromiso de compensación. Algunas veces, las partes entienden que la suma convenida deberá pagarse por el retraso en el cumplimiento del compromiso, en cuyo caso el compromiso de compensación continúa pendiente a pesar del pago de la suma convenida. Es aconsejable que las partes precisen el efecto del pago en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 13 a 16).

La cuantía de la indemnización pactada o de la pena puede expresarse en una cantidad absoluta o como porcentaje del valor del compromiso de compensación pendiente (párrafo 17). Cuando la cláusula prevé el caso de retraso, se fija con frecuencia una suma convenida a título de recargo por el que se debe una cierta cantidad por cada unidad de tiempo determinada del retraso (párrafo 18). Las consideraciones a tener en cuenta al determinar la cuantía apropiada de la suma convenida se ventilan en los párrafos 19 a 23.

Entre las cuestiones relacionadas con la obtención de la suma convenida que pueden preverse en el acuerdo de comercio compensatorio, figuran las siguientes: un término para reclamar la suma convenida (párrafo 24); el pago de la suma convenida cuando el plazo para el cumplimiento del compromiso de compensación se divide en subplazos (párrafo 25); el derecho del beneficiario de deducir la suma convenida de fondos en sus manos o el de compensar el derecho a la suma convenida con un crédito contrapuesto (párrafo 26); una garantía independiente para cubrir la obligación de pagar la suma convenida (párrafo 27). Se puede prever asimismo en el acuerdo de comercio compensatorio la posibilidad de rescindir el compromiso de compensación cuando la cláusula de indemnización pactada o la cláusula penal cubre el retraso (párrafo 28), y el efecto de la rescisión del compromiso sobre la obligación de pagar la suma convenida (párrafo 29).

XII. Garantías de cumplimiento

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

La garantía puede estipularse como una obligación independiente de la obligación subyacente o como una obligación accesoria a la misma. Si es independiente, el garante está obligado a pagar cuando el beneficiario de la garantía le presenta la demanda de pago y todo otro documento necesario en virtud de lo estipulado en la garantía. Un documento de esta clase puede ser, por ejemplo, la declaración del beneficiario de que la parte que obtiene la garantía ("solicitante") ha incumplido la obligación subyacente, la declaración del beneficiario en la que se especifiquen las circunstancias que constituyen el incumplimiento o un certificado o decisión de un tercero en el que se declare que se ha producido el incumplimiento de la obligación subyacente. El garante, al determinar si satisface el pago, no tiene que investigar si se ha incumplido realmente la obligación subyacente, sino que se limita a comprobar si la reclamación de pago y los documentos de apoyo se ajustan a los requisitos especificados en la garantía. A pesar de que la garantía es independiente de la obligación subyacente, excepcionalmente podrá rechazarse el pago de la garantía, en particular cuando la reclamación del pago sea fraudulenta (párrafo 3).

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

En este capítulo el examen se ciñe a las garantías independientes, sin que ello signifique que sea preferible este tipo de garantía. El examen de este capítulo se aplica no sólo a las garantías propiamente tales sino también a las otorgadas en forma de cartas de crédito contingente, que funcionan en la práctica como garantías independientes (párrafos 5 y 6).

Cuando tenga que utilizarse una garantía, las partes deberían incluir en el acuerdo de comercio compensatorio disposiciones sobre cuestiones como las siguientes: quién tiene que obtener la garantía (párrafo 8); si el pago de la garantía libera al mandante de su compromiso de compensación (párrafo 9); la identidad del garante o cómo debe escogerse un garante (párrafos 10 a 16); los documentos que el beneficiario tendría que presentar para que el garante estuviera obligado a pagar (párrafos 17 a 22); el monto de la garantía y quizá un mecanismo para reducir ese monto a medida que se va cumpliendo el compromiso de compensación (párrafos 23 a 26); la fecha en que debe constituirse la garantía (párrafos 27 a 30); la extinción de la garantía (párrafos 31 a 33); la devolución de la escritura de garantía (párrafo 34); la obligación de ofrecer una prórroga de la garantía como consecuencia de la prórroga del período de cumplimiento del compromiso de compensación (párrafos 35 y 36); la modificación del compromiso subyacente y la de la garantía (párrafos 37 a 39).

En las operaciones en las que el envío de bienes en ambos sentidos no tenga que abonarse en dinero pueden utilizarse garantías para asegurar la liquidación mediante el pago en efectivo de los posibles saldos comerciales pendientes (párrafos 40 a 48).

XIII. Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio

En este capítulo se examinan los remedios de que dispondrán las partes ante el incumplimiento del compromiso de compensación (sección B) y las circunstancias en las que una de las partes quedaría exonerada de responsabilidad por

el incumplimiento de ese compromiso (sección C). También se examina el efecto que tiene la no celebración o el incumplimiento de un contrato de suministro en una dirección sobre las obligaciones de las partes de celebrar o cumplir contratos de suministro en la otra dirección (sección D). El examen se realiza en el contexto de compromisos "firmes" de compensación (párrafos 1 a 3).

Conviene que el acuerdo de comercio compensatorio estipule los remedios disponibles en caso de incumplimiento del compromiso de compensación ya que en general el derecho interno no contiene normas que se adapten específicamente al comercio compensatorio (párrafos 4 y 5). Los recursos que deben considerarse son la liberación de una parte del compromiso de compensación (párrafos 6 a 10) o una compensación monetaria, especialmente en forma de cláusula de indemnización pactada o de cláusula penal (párrafos 11 y 12).

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

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

Habida cuenta de que en las operaciones de comercio compensatorio la celebración de un contrato de suministro en una dirección está subordinada a la celebración de un contrato de suministro en la otra, podría plantearse si la falta de celebración del contrato de suministro, o el incumplimiento de un contrato de suministro, en una dirección debería repercutir en la obligación de celebrar un contrato de suministro, o de cumplir un contrato de suministro, en la otra dirección. Los ordenamientos jurídicos nacionales normalmente no prevén una respuesta concreta a la cuestión de la interdependencia de las obligaciones en las operaciones de comercio compensatorio. Por consiguiente, para evitar incertidumbres o desacuerdos, las partes podrían incluir en el acuerdo de comercio compensatorio cláusulas que indicasen hasta qué punto serían interdependientes sus respectivas obligaciones (párrafos 37 a 42). Estas cláusulas pueden referirse en particular a los problemas siguientes en la realización de operaciones de compensación: incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de suministro según lo estipulado en el acuerdo de comercio compensatorio (párrafos 43 a 48), rescisión del contrato de suministro (párrafos 49 a 55), incumplimiento de la obligación de pago en virtud de un contrato de suministro (párrafos 56 a 60), e incumplimiento de la obligación de entregar los bienes en virtud de un contrato de suministro (párrafo 61).

XIV. Elección de la ley aplicable

Este capítulo se ocupa de la elección por las partes en una operación de comercio compensatorio de la ley aplicable al acuerdo de compensación, a los contratos de suministro en ambos sentidos y al contrato en virtud del cual una parte que se haya comprometido a cumplir un compromiso de compensación contrata a un tercero para cumplir ese compromiso. El capítulo examina también la cuestión de determinar si el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos que forman parte de la operación deben regirse por una ley nacional única o por diversas leyes nacionales (párrafo 1).

Conforme a las reglas del derecho privado internacional (o reglas de "conflicto de leyes") de muchos Estados, las partes están facultadas para elegir de común acuerdo la ley aplicable, pese a que algunos de estos ordenamientos imponen ciertos límites a esa elección. De no haber elegido las partes la ley aplicable, esta ley se determinará con arreglo a las reglas de derecho privado internacional (párrafo 2). Al elegir la ley aplicable, las partes no están seleccionando al tribunal competente (párrafo 3). Cualquiera que sea la ley elegida, es posible que determinados aspectos de la operación de comercio compensatorio se vean afectados por reglas jurídicas de carácter imperativo (párrafos 4 y 30 a 33). Tal vez esté limitada la facultad de las partes para incluir determinadas cuestiones en el campo de aplicación de la ley por ellas elegida (párrafo 5). En el párrafo 6 se examina la pertinencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en lo que se refiere a las operaciones de comercio compensatorio.

Para evitar toda incertidumbre respecto de qué ley es la aplicable, es conveniente que las partes elijan expresamente la ley aplicable al acuerdo de comercio compensatorio y a los contratos de suministro (párrafos 8 a 11). El grado de autonomía de las partes para elegir la ley aplicable viene determinado por las reglas de derecho privado internacional. Con arreglo a algunos regímenes de derecho privado internacional, la autonomía de las partes está limitada y sólo pueden elegir una ley nacional que tenga alguna conexión con el contrato (regla del "nexo"). En la mayoría de los regímenes de derecho privado internacional, las partes pueden elegir la ley aplicable sin ninguna de esas restricciones (párrafo 12).

Al elegir la ley aplicable, es en general aconsejable elegir la ley de un determinado país (párrafos 13 a 18). Las partes tal vez deseen considerar los siguientes factores al elegir la ley aplicable: el conocimiento que tengan las partes de esa ley o la posibilidad de adquirir ese conocimiento; la capacidad de la ley considerada para resolver de manera apropiada las cuestiones jurídicas suscitadas en las relaciones contractuales; y hasta qué punto las reglas imperativas de esa ley

impedirán que las partes resuelvan mediante acuerdo las cuestiones que puedan suscitarse en sus relaciones contractuales (párrafo 19). Otras cuestiones que las partes tal vez deseen tener en cuenta son las siguientes: posible introducción de cambios legislativos en la ley elegida por la partes (párrafo 20); enfoque para la redacción de la cláusula de elección de la ley (párrafo 21); separación de la cláusula de elección de la ley del resto del contrato (párrafo 22); aplicación de la ley elegida a la prescripción de los derechos (prescripción de las acciones) (párrafo 23); y conveniencia de designar la ley aplicable no sólo al acuerdo de comercio compensatorio sino también a los futuros contratos de suministro (párrafo 24).

Al escoger la ley aplicable, las partes tal vez deseen considerar si conviene que el acuerdo de comercio compensatorio y los contratos de suministro estén sometidos a una sola ley nacional o a diversas leyes nacionales (párrafos 25 a 29).

XV. Solución de controversias

Es aconsejable que las partes convengan en el método que se seguirá para solucionar las futuras controversias resultantes del acuerdo de comercio compensatorio y de los contratos de suministro con él relacionados. Los métodos de solución de controversias son la negociación, la conciliación, el arbitraje y el procedimiento judicial (párrafos 1 a 6). En algunos Estados existen restricciones a la autonomía de los organismos estatales para concertar una cláusula compromisoria o convenir en reconocer la competencia de un tribunal de otro Estado (párrafo 7).

Habitualmente, el método más satisfactorio para solucionar una controversia consiste en que las partes negocien entre ellas una solución amistosa (párrafos 8 a 11).

Si las partes no solucionan una controversia mediante la negociación, puede que deseen intentar hacerlo por la vía de la conciliación, antes de recurrir al procedimiento arbitral o el judicial. El objetivo de la conciliación es lograr una solución amistosa de la controversia con la asistencia de un conciliador neutral. Si las partes prevén la conciliación, pueden arreglar las cuestiones de procedimiento pertinentes aceptando algún reglamento de conciliación, por ejemplo el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (párrafos 12 a 15).

Hay varios motivos por los que se recurre con frecuencia al arbitraje para solucionar las controversias que se plantean en las operaciones de comercio compensatorio (párrafos 16 y 17). En general, el procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse si las partes así lo acuerdan. Dado que puede ser más difícil llegar a un acuerdo con respecto al arbitraje cuando se ha planteado una controversia, es aconsejable celebrar un acuerdo de arbitraje desde el momento en que se inicie la operación de comercio compensatorio (párrafos 18 a 23). Las partes pueden escoger el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades (párrafos 24 a 26).

El procedimiento arbitral se regirá normalmente por el derecho procesal del Estado donde se sustancie. Es aconsejable que las partes convengan en un conjunto de normas de arbitraje para que rijan el procedimiento arbitral previsto en su acuerdo. Si las partes deciden que los arbitrajes que tengan lugar entre ellas sean administrados por una institución, es posible que ésta exija a las partes que apliquen las normas de dicha institución (párrafos 27 a 29). Algunas normas de arbitraje contienen una cláusula modelo que invita a las partes a solucionar en la cláusula de arbitraje algunas cuestiones como la intervención de la autoridad nominadora y el número de árbitros (párrafos 30 a 34), el lugar del arbitraje (párrafos 35 a 39) y el idioma o idiomas que deba utilizarse en las actuaciones arbitrales (párrafos 40 y 41).

Si las partes no optan por el arbitraje, las controversias que no se hayan solucionado mediante negociación o conciliación podrán solucionarse por vía judicial. Es posible que para dirimir una controversia determinada sean competentes tribunales de dos o varios países. Las partes pueden convenir en una cláusula de competencia por la que se obliguen a someter las controversias a un tribunal determinado (párrafos 42 a 45).

Las operaciones de comercio compensatorio a menudo involucran varios contratos, además del acuerdo de comercio compensatorio. En esas operaciones multicontractuales, puede que las partes deseen considerar si será conveniente convenir en un único órgano para la solución de todas las controversias que puedan plantearse en la operación, esto es, el mismo conciliador, tribunal arbitral o tribunal judicial (párrafos 46 a 49).

Es posible que surjan controversias en una operación de comercio compensatorio que involucren o afecten no solamente al exportador y al importador sino también a otras partes, en particular a terceros que intervengan en la operación como compradores o proveedores de los bienes objeto de comercio compensatorio. En esos procesos multilaterales tal vez convenga dirimir todas las cuestiones conexas en un mismo proceso (párrafo 50 a 53).