

NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/362/Add.8
18 de marzo de 1992

ESPAÑOL
Original: INGLES

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
25° período de sesiones
Nueva York, 4 a 22 de mayo de 1992

COMERCIO COMPENSATORIO INTERNACIONAL

Proyecto de guía jurídica para operaciones de
comercio compensatorio internacional

Informe del Secretario General

Adición

VIII. PARTICIPACION DE TERCEROS

INDICE

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
a)	Selección del tercero por la parte obligada a efectuar las adquisiciones	45-46
b)	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 subrayadas. Un asterisco indica el lugar en que se ha suprimido parte del texto sin agregar nuevos conceptos.]

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, en cambio un tercero proveedor asume ese compromiso desde el principio.

[Alguna 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 5.]

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 y otra dirección habrán de liquidarse independientemente. Esos casos no planterán cuestiones de pago propias del comercio compensatorio. No obstante, puede convenirse en vincular el pago en uno y otro sentido de tal modo que la suma pagadera por el contrato de 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 autonomía 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 autonomía 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 suceda 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 uno y otro sentido 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.

a) 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.)

b) 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. Este 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.