



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr. GENERAL
A/CN.9/362/Add.12
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 sobre operaciones de
comercio compensatorio internacional

Informe del Secretario General

Adición

XII. GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO

INDICE

| | <u>Párrafos</u> |
|--|-----------------|
| 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 |
| 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 | 26-27 |
| 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 subrayadas. 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, que son 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 comercio 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 determinará 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 cuando 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 intervalo 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 uno y otro sentido, el acuerdo de comercio compensatorio podrá prever que la parte que vaya a ser la primera en recibir un envío de 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", párrafos 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.