

FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/332/Add.2
22 de marzo de 1990

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
23° período de sesiones
Nueva York, 25 de junio a 6 de julio de 1990

COMERCIO COMPENSATORIO INTERNACIONAL

Proyecto de guía jurídica para la redacción de contratos
referentes a operaciones de comercio compensatorio
internacional: capítulos de muestra*

Informe del Secretario General

Adición

III. ENFOQUE DE LA CONTRATACION

Indice

	<u>Párrafos</u>
A. Elección de la estructura contractual	1 - 21
1. Contrato único	2 - 9
a) Contrato de trueque	3 - 7
b) Contrato fusionado	8 - 9
2. Contratos distintos	10 - 21
a) Celebración simultánea del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio	12 - 18
b) Celebración del acuerdo de comercio compensatorio antes de celebrar contratos de suministro en firme.....	19
c) Celebración simultánea del contrato de exportación, del contrato de exportación compensatoria y del acuerdo de comercio compensatorio	20 - 21

* El texto que aquí figura es una primera redacción preparada por la Secretaría para que lo examine la Comisión, como parte de la labor preparatoria sobre el proyecto de guía jurídica para la redacción de contratos referentes a operaciones de comercio compensatorio internacional, y no debe considerarse que expresa las opiniones de la Comisión.

	<u>Párrafos</u>
B. Contenido del acuerdo de comercio compensatorio	22 - 36
1. Acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación	22 - 33
2. Acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación	34 - 36
C. Compromiso de compensación	37 - 61
1. Procedimientos de negociación	39 - 42
2. Exactitud del compromiso de compensación	43 - 61
a) Observaciones generales	43 - 48
b) Medios contractuales de estipular exactitud	49 - 61
i) Normas o directrices	50 - 52
ii) Determinación de una cláusula del contrato por terceros	53 - 60
iii) Determinación de la cláusula contractual por una parte contratante	61

A. Elección de la estructura contractual

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 incorporarlas en contratos distintos.

1. Contrato único

2. De conformidad con un enfoque de contrato único las partes celebran un contrato para la corriente de mercancías en ambas direcciones. Un contrato único de esa índole podría adoptar la forma de contrato de trueque o de contrato fusionado en el que figuren todas las estipulaciones contractuales que rigen los envíos recíprocos.

a) Contrato de trueque

3. Como se indica en el párrafo 10 del capítulo II, "Ambito 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 unas mercancías por otras, de manera que el suministro de éstas en una dirección sustituye, en todo o en parte, el pago en dinero por el suministro de mercancías en la otra dirección. 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 las mercancías que han de suministrarse en una dirección tengan el mismo valor que las 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 de dinero u otra entrega de mercancías. Las partes pueden expresar o no el valor de las mercancías en dinero. Si así lo deciden, dar un precio a las mercancías sirve para comparar el valor de las entregas. Puede que las partes tengan que expresar el valor de los envíos en dinero por imperativos aduaneros o administrativos de otra índole.

4. 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 sus reclamaciones de pago (la compensación de reclamaciones mutuas se aborda en el capítulo IX, "Pago", párrafos _____ a _____).
5. Las partes pueden tomar en cuenta varios aspectos al decidir si formulan su operación de comercio compensatorio con arreglo a un contrato de trueque. Uno de ellos es que la celebración de un contrato de trueque entraña una comparación de los valores de las mercancías que han de intercambiarse, lo que a su vez entraña que debe especificarse el tipo, la calidad y la cantidad de las mercancías en el momento de celebrar el contrato. No sería factible celebrar un contrato de trueque si las partes no están en condiciones de ponerse de acuerdo simultáneamente sobre el tipo, la calidad y la cantidad de las mercancías que han de enviarse en ambas direcciones.
6. Otro factor que cabe considerar es la posible renuencia de una parte a enviar las mercancías antes de estar cierta de que la otra también lo hará. En el trueque no puede aplicarse el pago contra la presentación de documentos de envío o la apertura de una carta de crédito documentario, métodos utilizados en otros tipos de contrato para prever esa posibilidad, pues ninguna de las dos entregas se paga en dinero. Las entregas simultáneas, que disiparían esa aprehensión, raras veces son factibles en el comercio internacional. En consecuencia, una parte, temerosa de que la otra no realice el envío, puede retrasarlo hasta que la otra parte despache el suyo. Esa demora puede lesionar a ambas partes: a la que ya ha proyectado entregar las mercancías en la fecha convenida y tiene que cargar con su posesión y a la parte que no recibe oportunamente las mercancías. Las partes pueden disipar esas inquietudes si estipulan una garantía o una carta de crédito contingente que asegure la indemnización a la parte que ha realizado el envío en caso de que la otra parte no lo haga (la utilización de garantías o de cartas de crédito contingente con ese fin se examina en el capítulo XII, "Garantía de cumplimiento", párrs. 38 y 45).
7. También ha de tenerse en cuenta que, en virtud de un contrato de trueque, el valor de las mercancías que han de enviarse en una dirección suele calcularse en función de las que han de enviarse en la otra dirección, y no en función del precio comercial de cada envío. La ausencia de precios en un contrato de trueque o el empleo de precios que no reflejan los precios comerciales podría ocasionar dificultades si se entregan mercancías no conformes 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. 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 las mercancías.

b) Contrato fusionado

8. Se utiliza la expresión "contrato fusionado" para describir el caso en el que las partes incorporan en un solo contrato todas las condiciones que rigen las obligaciones de las partes de enviarse mercancías mutuamente y de pagar las mercancías que han recibido. Si las partes convienen en compensar sus reclamaciones de pago conforme a un contrato fusionado, la diferencia entre un contrato fusionado y uno de trueque, en virtud del cual un envío constituye compensación por el otro envío, sería menor. 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.

9. Muchos ordenamientos jurídicos parecen atender a la estructura contractual de la operación para determinar si las obligaciones son interdependientes. En esos ordenamientos, si las obligaciones mutuas se fusionan en un contrato, es probable que se las considere interdependientes y que se puedan invocar la falta de entrega, la negativa a aceptar la entrega, o el impago relacionados con un envío en una sola dirección 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 la parte es responsable de esa extinción como si no lo es, da derecho a una parte a extinguir una obligación en la otra dirección. Si las partes que emplean un enfoque de contrato fusionado desean que la obligación de enviar mercancías en una dirección y la correspondiente obligación de pago sean independientes de las obligaciones relacionadas con el envío en la otra dirección, deben emplear un lenguaje inequívoco a ese respecto. En el capítulo XIII se examinan otros detalles de la cuestión de la interdependencia de las obligaciones.

2. Contratos distintos

10. Si las partes utilizan contratos distintos para los envíos en ambas direcciones, emplearían uno de los siguientes enfoques: a) el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio se celebran simultáneamente y el contrato de exportación compensatorio 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.

11. La obligación de enviar mercancías en una dirección concreta en una operación de comercio compensatorio puede cumplirse mediante dos contratos distintos o más, 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 mercancías en una dirección concreta.

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

12. Las partes suelen ultimar un contrato para el envío en una dirección (contrato de exportación) antes de poder llegar a un acuerdo sobre el contrato para el envío en la otra dirección (contrato de exportación compensatoria). Las partes que adopten este enfoque 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 bosquejar las cláusulas del contrato futuro y determinar procedimientos para celebrar y ejecutar contratos de suministro. En los párrafos 22 a 33 infra se enumeran las posibles cuestiones que han de abordarse en un acuerdo de comercio compensatorio de esa índole.

13. El grado en que las partes pueden definir las cláusulas del contrato futuro influiría 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 las mercancías compensatorias, 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 procedimientos de negociación (véase el examen de los procedimientos de negociación y de la exactitud del compromiso de compensación en los párrafos 39 a 61 infra).

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 mercaderías del exportador para que este último pueda financiar la importación compensatoria. Otras veces, cada parte está interesada particularmente en obtener las mercaderías 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.

15. En las operaciones de contraadquisición, compensación industrial o contrapartida se suele utilizar el enfoque de celebrar simultáneamente un contrato de exportación y un acuerdo de comercio compensatorio. Tratándose de la operación de contraadquisición, puede que las partes no sepan aún qué tipo de mercaderías se contraexportarían. 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 la instalación productiva y el inicio de la elaboración de los productos resultantes. En una operación de contrapartida, puede que las partes desconozcan el tipo de mercaderías que se contraexportarán o la identidad de los contraexportadores.

16. El empleo de este enfoque 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 las obligaciones estipuladas en el contrato de exportación y las pactadas en el acuerdo de comercio compensatorio se consideran interdependientes. 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 de 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.

17. Si las obligaciones relativas a la exportación y al compromiso de compensación figuran en contratos distintos, muchos ordenamientos jurídicos estimarían que estas dos series de obligaciones son independientes, salvo en la medida en que la interdependencia fluya de cláusulas concretas del contrato. En otros ordenamientos jurídicos puede estimarse que, no obstante la existencia de contratos distintos, el contrato de exportación y el acuerdo de comercio compensatorio son interdependientes porque las obligaciones de las partes contenidas en los dos contratos 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 compensatorios en contratos distintos. Cuando no obstante recurrirse a contratos distintos, es incierto si se considerarán independientes las obligaciones en virtud del contrato de exportación y del acuerdo de comercio compensatorio, conviene expresar claramente la independencia de las obligaciones en el acuerdo de comercio compensatorio.

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 negativa a aceptar la entrega en virtud del contrato de exportación o la extinción del contrato de exportación permiten 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 cláusula penal. En el capítulo XIII se examina también la cuestión de la interdependencia.

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

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. 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 los contratos que han de celebrarse en ambas direcciones (los procedimientos de negociación y la exactitud del acuerdo de comercio compensatorio se examinan en los párrafos 39 a 61 *infra*). Las partes quizá deseen también instituir mecanismos para supervisar y registrar el volumen de comercio y prever sanciones por el incumplimiento del compromiso de compensación. Puede atenuarse en la necesidad de tales sanciones si las partes acuerdan que sus reclamaciones recíprocas de pagos por los envíos en cada dirección se compensen y no se solventen caso por caso (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos ____ a ____). Este mecanismo de pago sería un incentivo para que ambas partes encargasen mercancías recíprocamente y alcanzasen con ello el volumen de comercio previsto en el acuerdo de comercio compensatorio. El incentivo emana de que la parte que ha enviado mercancías y tiene un excedente comercial se verá estimulada a encargar mercancías de la otra parte para que se la compense por sus propias entregas. En los párrafos 22 a 33 *infra* se examinan estas cuestiones y otras 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

20. Si las partes celebran simultáneamente un contrato de suministro de mercancías en una dirección y otro contrato de suministro de mercancías en la otra dirección, y no se indica en los contratos que existe relación entre ellos, a primera vista los contratos parecerían independientes entre sí 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, deben celebrar un acuerdo de comercio compensatorio en el que se exprese esa relación.

21. Este enfoque de contratación plantea un número limitado de cuestiones pues no entraña un compromiso de compensación. La cuestión principal en este enfoque de contratación es la forma en que se han de vincular, mediante

disposiciones en el acuerdo de comercio compensatorio, las obligaciones de las partes respecto de los envíos en ambas direcciones. No se requiere que el acuerdo de comercio compensatorio se ocupe de diversas cuestiones relativas al cumplimiento de compromiso de compensación (en particular, el tipo, la calidad, la cantidad o el precio de las mercancías objeto de comercio compensatorio, los plazos de cumplimiento del compromiso compensatorio, la garantía de cumplimiento o la indemnización pactada o cláusula penal en apoyo del compromiso compensatorio). En los párrafos 34 a 36 *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

1. Acuerdo de comercio compensatorio con compromiso de compensación

22. Compromiso de compensación. La característica esencial de un compromiso de compensación es una estipulación por la que las partes se comprometen a negociar con objeto de celebrar uno o varios contratos de suministro. Para imprimir 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, procedimientos de negociación concebidos para facilitar el cumplimiento del compromiso de compensación, sanciones por la no celebración del contrato y otras disposiciones que velan por la correcta realización de la operación de comercio compensatorio. Los procedimientos de negociación y los medios de dar exactitud al compromiso se examinan en los párrafos 37 a 61. A continuación (párrafos 23 a 33) se enumeran otros tipos de cláusulas que las partes tal vez deseen incluir en un acuerdo de comercio compensatorio, y en los capítulos siguientes de la guía jurídica se amplían las referencias al respecto.

23. Tipo, calidad y cantidad de las mercancías. 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 las mercancías compensatorias. En el capítulo V se examinan cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio que abordan estas cuestiones.

24. Determinación del precio de las mercancías. Como las partes no suelen estar en situación de determinar el precio de las mercancías compensatorias en el momento de celebrar el acuerdo de comercio compensatorio, podrán establecer directrices y procedimientos para determinar 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. Cumplimiento del compromiso de comercio compensatorio. Una cuestión básica que ha de preverse en el acuerdo de comercio compensatorio es el plazo que se concederá para el cumplimiento del compromiso de compensación. En algunos casos, las partes establecen mecanismos para supervisar y registrar el cumplimiento del compromiso de compensación. En el capítulo VII se examinan disposiciones relativas tanto a la duración del plazo de cumplimiento como a los mecanismos de supervisión y registro.

26. Participación de terceros. Puede que las partes deseen que intervengan terceros, como proveedores o compradores, o ambas cosas, de mercancías compensatorias. En esos casos, el acuerdo de comercio compensatorio puede contener disposiciones relativas a la participación de terceros. Esas disposiciones podrían determinar la forma en la que se elegiría a terceros y el efecto jurídico de la intervención de terceros en las obligaciones contraídas por las partes en el acuerdo de comercio compensatorio. Las cuestiones que deben figurar en el acuerdo de comercio compensatorio con motivo de la participación de terceros se examinan en el capítulo VIII.

27. Pago. Si se mantiene la independencia de los pagos de los envíos en cada dirección, no surgen 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.

28. Limitaciones a la reventa de las mercancías. La libertad de una parte de revender mercancías adquiridas en una operación de comercio compensatorio puede limitarse en ocasiones mediante un acuerdo contractual entre el proveedor y el adquirente de las mercancías. Pueden imponerse limitaciones al adquirente en lo que se refiere al territorio de reventa, así como a las condiciones de reventa (por ejemplo, el precio o el envasado de reventa). En el capítulo X se examinan las cláusulas del acuerdo de comercio compensatorio relativas a esas limitaciones.

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 comercio compensatorio, se podrá estipular en dicho acuerdo una suma de dinero que una parte ha de pagar al producirse el incumplimiento de la obligación de adquirir o entregar mercancías compensatorias. El empleo de esas cláusulas en un acuerdo de comercio compensatorio se aborda en el capítulo XI.

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 unas mercancías por otras o compensar reclamaciones recíprocas de pago, 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.

31. Interdependencia de las obligaciones. Las partes podrán, si así lo desean, prever en el acuerdo de comercio compensatorio la cuestión de la interdependencia de sus obligaciones relativas a los envíos en una dirección con sus obligaciones relativas al envío en la otra dirección. Esta cuestión cobra importancia cuando surge alguna dificultad para celebrar o cumplir un contrato de suministro. Las disposiciones de este tipo se examinan en el capítulo XIII.

32. Elección de la ley aplicable. Puede que las partes deseen convenir en la ley que ha de aplicarse al acuerdo de comercio compensatorio o a los contratos de suministro. En el capítulo XIV se examinan las disposiciones de esta índole.

33. Solución de controversias. El capítulo XV examina las cuestiones que han de tenerse en cuenta al preparar cláusulas de solución de controversias en acuerdos de comercio compensatorio.

2. Acuerdo de comercio compensatorio sin compromiso de compensación

34. Cuando las partes celebran simultáneamente contratos distintos para la totalidad del suministro de mercancías 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 las mercancías, indemnización pactada o cláusulas penales que ha de pagarse en caso de la no celebración de contratos de suministro, o garantías para respaldar el compromiso de compensación.

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 un problema en el cumplimiento de un contrato repercutiría 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 examinan los mecanismos de pago vinculado de este tipo.

36. Además, en el acuerdo de comercio compensatorio se podrán regular cuestiones como las limitaciones a la reventa de mercancías compensatorias (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. Compromiso de compensación

37. El grado en que las partes se obligan a celebrar un contrato de suministro puede variar desde un compromiso de "no escatimar esfuerzos" por

celebrar un contrato de suministro hasta un compromiso en firme de celebrar un contrato de suministro. Con arreglo al compromiso de "no escatimar esfuerzos", también denominado de "intención seria", el compromiso de las partes se limita a negociar de buena fe y las partes conservan la facultad de rechazar toda oferta contractual que estimen inaceptable.

38. Si las partes desean aumentar la probabilidad de que se celebre un contrato de suministro, deben incluir en el acuerdo de comercio compensatorio los procedimientos que han de observarse en sus negociaciones (véanse los párrafos 39 a 42 *infra*) y cláusulas que expresen con la mayor exactitud posible las condiciones del contrato futuro (párrafos 43 a 61).

1. Procedimientos de negociación

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

40. 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. Mediante procedimientos más específicos se abordarían 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 comunicación; el plazo de respuesta; el plazo en el que ha de llegarse a un acuerdo; y que, una vez transcurrido, se juzgarán 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 cumple las condiciones pactadas y no haya sido aceptada o, si la otra parte había de hacer la oferta, cuando no se ha presentado tal oferta).

41. La estipulación de procedimientos de negociación como los citados en el párrafo anterior puede también acrecentar la posibilidad de hacer responsable de la no celebración de un contrato a una 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.

42. No obstante, las estipulaciones de procedimiento no garantizan por sí solas el feliz desenlace de las negociaciones o que una parte interesada en la celebración de un contrato pueda obtener reparación, si fracasan las negociaciones. La parte que se niega a celebrar un contrato puede exonerarse de responsabilidad si prueba que respetó los procedimientos de negociación. La forma más eficaz de acrecentar la probabilidad de que las

negociaciones fructifiquen y de tener una base para obtener reparación en caso de que las negociaciones fracasasen consistiría en aumentar la exactitud del compromiso de compensación, lo que se lograría estipulando en el acuerdo de comercio compensatorio, en la medida de lo posible, las cláusulas del contrato futuro.

2. Exactitud del compromiso de compensación

a) Observaciones generales

43. Los compromisos de celebrar contratos de suministro no suelen estipular con exactitud las cláusulas de los contratos que han de celebrarse. A menudo, las partes desconocen el tipo de mercancías que serán objeto de los futuros contratos de suministro o las condiciones de entrega. Incluso si las partes pueden consignar en el acuerdo de comercio compensatorio las cláusulas del futuro contrato de suministro, a veces omiten hacerlo porque esperan 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.

44. La falta de exactitud puede ocasionar demoras o incertidumbres al negociar un contrato de suministro por la posible gran envergadura de las negociaciones. Además, tal vez resulte difícil acreditar que una parte que ha rechazado una oferta de contrato ha incumplido el compromiso de compensación.

45. Las partes no están a veces en situación de ser más exactas sobre las cláusulas del contrato de suministro previsto que estipular que las cláusulas del contrato sean equitativas o conformes a las condiciones imperantes en el mercado. Esas estipulaciones pueden resultar útiles cuando se acepten mercancías compensatorias de calidad uniforme, con lo que se puede determinar un precio justo. Ahora bien, si no se conviene el tipo de las mercancías compensatorias o si éstas son productos que no tienen un precio uniforme, puede que ese compromiso 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, por lo que hace se prolongan las negociaciones y resulta incierto el éxito de una reclamación contra la parte que rehusa celebrar el contrato.

46. En el acuerdo de comercio compensatorio pueden pactarse las cláusulas de un futuro contrato de suministro o cabe estipular directrices para acordar las cláusulas del futuro contrato. A medida que el acuerdo de comercio compensatorio se torna más exacto con respecto a las cláusulas esenciales para la existencia de un contrato ejecutable, 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 firmarlo.

47. Muchos ordenamientos jurídicos tienen normas a las que pueden recurrir 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 las mercancías; esta solución puede consistir, por ejemplo, en que

el precio sea el "generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales 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 norma sobre la calidad en las mercancías que han de entregarse en virtud del contrato cuando en éste no se haya resuelto esa cuestión; el inciso a) del párrafo 2) del artículo 35 de la Convención citada supra dispone que las mercancías sean "aptas para los usos a que ordinariamente se destinan 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.

48. Aunque en muchos ordenamientos jurídicos existen medios de suplementar un contrato, no suelen dar una solución en todos los casos de falta de exactitud. Puede que los elementos contractuales sin definir en el acuerdo de comercio compensatorio no se presten a adquirir exactitud remitiéndose a la ley aplicable. Por ejemplo, si las partes no han convenido en el tipo de mercancías que se han de contraexportar, sería probablemente imposible determinar el tipo con arreglo a la ley aplicable. Cuando se ha fijado el tipo de las mercancías, los criterios previstos en la ley aplicable relativos al precio de las mercancías tal vez no conduzcan a una solución clara. Además, esa forma de suplementar los contratos está sujeta a la incertidumbre dimanada de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a las técnicas de suplementación, la función de los tribunales, del tribunal arbitral o de las partes para determinar la cláusula omitida, o la fiscalización judicial del resultado de la suplementación. En todo caso, esos medios de suplementación de contratos suelen resultar más útiles para solucionar controversias que para ejecutar contratos. En consecuencia, las partes tal vez deseen examinar los medios contractuales que se abordan infra para dar exactitud a una cláusula contractual que quede sin determinar en el acuerdo de comercio compensatorio.

b) Medios contractuales de estipular exactitud

49. Las cláusulas que suelen dejarse indefinidas en el acuerdo de comercio compensatorio y respecto de las cuales pueden resultar particularmente útiles unos medios contractuales para completarlas son el tipo, la calidad, el precio y la cantidad de las mercancías compensatorias. Los medios contractuales a que pueden recurrir las partes para completar esas cláusulas se examinan globalmente en las subsecciones i) a iii) infra. En otras partes de la guía jurídica se aludirá a estos medios contractuales en contextos concretos.

i) Normas o directrices

50. Puede que las partes deseen estipular normas o directrices que han de usarse para determinar cláusulas contractuales concretas. Si se utiliza una norma las partes podrían determinar una cláusula contractual mediante el cálculo o con arreglo a otro método objetivo que no depende de la discreción de las partes. Entre los ejemplos de tales normas figuran fórmulas, aranceles, cotizaciones, tasas, índices, estadísticas, o algún otro criterio

que no esté influido por la voluntad de las partes. Por ejemplo, se puede determinar el precio de las mercancías compensatorias remitiéndose al precio al que se vende mercancía del mismo tipo en un mercado o bolsa concreto, o se puede definir la calidad de la mercancía compensatoria remitiéndose a una norma de calidad nacional o internacional concreta. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen la validez de una estipulación de que el precio u otra cláusula del contrato se determinará remitiéndose a una norma.

51. Las directrices, en cambio, establecen parámetros con arreglo a los cuales ha de determinarse una cláusula contractual que entrañan cierto grado de latitud al convenir una cláusula contractual. 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". Si no se ha determinado el tipo de mercancías, las partes pueden aprobar una lista de mercancías en torno a las cuales deben girar las negociaciones o a las que deben limitarse. (Esas listas se abordan en el capítulo V, "Tipo, calidad y cantidad de las mercancías".) Por lo que se refiere a otras cláusulas del contrato futuro, como la entrega, las partes pueden decidir que el contrato de suministro se negocie con arreglo a las condiciones imperantes en el mercado. Si se mencionan las condiciones del mercado, es aconsejable que las partes se remitan a un mercado concreto.

52. Debido a la facultad discrecional de que disfrutaban las partes, incluir en un acuerdo de comercio compensatorio una directriz relativa a una cláusula concreta del futuro contrato no garantiza que se vaya a ultimar esa cláusula. No obstante, si se fijan límites estrictos con arreglo a los cuales debe llegarse a un acuerdo, o si existen directrices claras que limitan la latitud 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.

ii) Determinación de una cláusula del contrato por terceros

53. 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 las mercancías (véase el capítulo VI, párrafos ___ a ___). Las partes tal vez estén dispuestas a aceptar un método de esa índole para determinar una cláusula contractual si se establecen directrices claras 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.

54. 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 permiten la determinación únicamente 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 un precio razonable. Existen también enfoques distintos de la disponibilidad y el grado de examen judicial de una decisión adoptada por un tercero.

55. Las cuestiones que las partes tal vez deseen ventilar en una estipulación que faculte a un tercero para determinar una cláusula contractual se enumeran a continuación.

56. 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 puede actuar únicamente a petición de ambas partes.

57. 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 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.

58. Directrices o normas que ha de observar el tercero. Se aconseja a las partes que delimiten el mandato del tercero y a esos efectos estipulen directrices o normas que han de observarse al determinar 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 VI, "Fijación del precio de las mercancías", párrafos ____ a ____.

59. Naturaleza de la decisión del tercero. Las partes pueden convenir en que la decisión del tercero sea vinculante como estipulación contractual de las partes. Otro enfoque podría consistir en disponer que la determinación del tercero se consideraría como recomendación que las partes han de tener en cuenta de buena fe.

60. Procedimiento para impugnar la decisión del tercero. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando la determinación vinculante del tercero entraña una cuestión de particular importancia económica, las partes tal vez deseen tener la oportunidad de impugnar la decisión 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, puede disponerse que la decisión vincule a las partes o que tenga únicamente carácter de recomendación. Puede que las partes deseen estipular el mandato de que gozaría la persona que haya de decidir sobre la impugnación (es decir, confirmar o rechazar la impugnación, o modificar la decisión impugnada). En el caso de que se anule la decisión impugnada, las partes tal vez deseen indicar cómo ha de adoptarse la decisión sobre la cláusula contractual (por ejemplo, por las propias partes o por el mismo tercero u otro tercero).

iii) Determinación de la cláusula contractual por una parte contratante

61. En ocasiones, el acuerdo de comercio compensatorio permite que una de las partes en ese acuerdo determine una cláusula contractual. Si se adopta ese enfoque, las partes deben tener en cuenta las restricciones que ponen los ordenamientos jurídicos en cuanto a la validez de cláusulas que facultan a una parte en el contrato a determinar una cláusula contractual. Por regla general, un derecho arbitrario otorgado a una de las partes para determinar una cláusula contractual no es ejecutable. Si el objeto de la determinación es el precio, diversos sistemas reconocerían ese derecho otorgado a una parte si su ejercicio queda limitado por normas como su calidad de razonable, la buena fe o la equidad. Algunos de estos sistemas interpretarían que los acuerdos ambiguos implican la referencia a una norma de esa índole. Otros ordenamientos jurídicos exigen que la libertad de determinar el precio esté limitada por una norma más concreta.