

EL COMERCIO INTERNACIONAL COMPENSADO: REGLAS Y PRÁCTICAS*

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Jaén

SUMARIO:

Breve presentación 1. El comercio internacional compensado: 1. Comercio internacional compensado y comercio internacional convencional: elementos diferenciales; 2. Funciones de la compensación en el comercio internacional. - II. Las operaciones de comercio compensado: 1. Modalidades de operaciones de compensación; 2. Elementos característicos de las transacciones compensatorias; 3. Sujetos del comercio compensado. - III. Conformación de una operación de compensación: 1. Relevancia del poder negocial de las partes; 2. Fases iniciales y su documentación; 3. Fase de cumplimiento o ejecución. - IV. Régimen jurídico de las operaciones de compensación: 1. Estructura de las transacciones compensatorias; 2. Ausencia de regulación específica de las transacciones compensatorias; 3. Aplicabilidad de determinados convenios internacionales; 4. Insuficiencia de la referencia a la ley rectora del contrato y creciente importancia del Derecho transaccional (*lex mercatoria*); 5. Incidencia de normas de política económica. - V. Cláusulas más frecuentes en las transacciones compensatorias: 1. Cláusula de cesión a terceros; 2. Cláusula de *arbitraje*; 3. Cláusula penal; 4. Cláusulas de adaptación; 5. Otras cláusulas.

Breve presentación

La compensación está siendo utilizada en el moderno comercio internacional como una estrategia de flexibilización de la empresa, de forma que los sujetos que intervienen obtienen beneficios adicionales a través de la asunción de compromisos recíprocos, que no se alcanzarían en caso de utilizarse los mecanismos de las clásicas transacciones convencionales, esto es, las relaciones de mero intercambio de cosa por precio.

I. EL COMERCIO INTERNACIONAL COMPENSADO

1. Comercio internacional compensado y comercio internacional convencional: elementos diferenciales

El término "compensación" o *contrepartie* se utiliza en el ámbito mercantil y, en especial, en el tráfico internacional, para aludir a una forma de hacer comercio, cuya principal diferencia con respecto a las transacciones convencionales se encuentra en su finalidad. El elemento que singulariza o caracteriza a las operaciones compensatorias es la asunción de compromisos, que suelen tener la finalidad de crear un valor añadido en la economía de los países que entran en relación, evidenciando, en la mayoría de las ocasiones, la existencia de cierto grado de cooperación entre las partes. Por tanto, no se trata de operaciones de "puro" o "mero" intercambio de cosa por precio, sino que los que participan en su realización asumen compromisos (de compensación) adicionales, que pueden ser, a su vez, de tipo muy variado y pueden estar determinados por la mayor capacidad de negociación que tengan las partes (véase *infra*).

* Este artículo fue originalmente publicado en la Revista *Derecho de los Negocios*, España, Diciembre, 2002, Págs. 57-58. La presente publicación se hace con la expresa autorización del autor. Agradecemos a Jorge Luis Collantes por la obtención de la autorización para publicar el presente artículo.

El comercio compensado no es un tipo de comercio "condicionado", esto es, la condición entendida en sentido técnico-jurídico no es un elemento característico de estas transacciones, pues su realización no se supedita al cumplimiento de una situación futura e incierta.

El comercio compensado no es una forma de hacer comercio altruista ni desinteresado, ni se trata de una manifestación del llamado "comercio justo". Por el contrario, las empresas que lo utilizan lo hacen con una clara finalidad lucrativa. Tampoco se trata de un tipo de comercio basado en la confianza, (*trust-based contracts*), sino en la cooperación. Se ha señalado que la compensación es una forma de comercio basada en la asunción de compromisos recíprocos (*hostage-based contracts*), que sirve a las empresas para asegurarse de determinados riesgos, implícitos en el comercio internacional, especialmente adaptada cuando se entra en contacto con países de economía emergente, al conllevar obligaciones para las dos partes (esto es, las dos están interesadas en el cumplimiento de la operación).¹

El boom que experimentó esta forma de comercio en la década de los 80 en el contexto mundial hizo que el Departamento de Comercio americano indicara que en el año 2000 el 50% de las relaciones comerciales internacionales se realizarían a través de la compensación. Sin embargo, los que se dedican al comercio compensado son menos optimistas. Hay que tener en cuenta, no obstante, que las operaciones de comercio compensado suelen estar presididas por cierto secretismo, no solo al formar parte de la estrategia de la empresa, sino por el riesgo de que su utilización pueda ser contraria a las normas de defensa de la competencia (véase *soló*).

2. Funciones de la compensación en el comercio internacional

El comercio compensado no es una forma absolutamente "nueva" de hacer comercio, aunque tampoco pueden compararse las modernas operaciones de comercio compensado con las antiguas prácticas de trueque, anterior en el tiempo al sistema monetario. En la compensación se maneja el dinero y existen los conceptos técnicos de "precio" y "pago".

La práctica evidencia que la compensación ha adoptado diversas formas en el comercio internacional, en función de las necesidades de las empresas que la utilizan, siendo empleada cíclicamente para relanzar la economía del país que recurre al comercio compensado. En un contexto de escasez de moneda convertible y de divisa, que caracterizó la década de los 70 y 80, la compensación se utilizó para mantener relaciones comerciales en un momento en que no hubieran podido realizarse de otro modo. Modalidades de operaciones como la compensación y los acuerdos de *clearing* intergubernamentales (acompañados de las cuentas de *clearing*), que tendían principalmente al equilibrio de la balanza del valor de las compras y de las retroventas, se hicieron más populares durante este período. La función o cometido principal de estas operaciones era promocionar o favorecer el comercio.

Sin embargo, en la actualidad, la economía planificada ha sido sustituida por la desregulación y privatización en un clima cada vez más competitivo a escala global. En este ambiente, los países importadores buscan mejorar sus capacidades productivas

¹ Un contrato basado en la asunción de compromisos puede conducir a un contrato basado en la confianza (*trust-based contract*), o a otro tipo de intercambios comerciales más convencionales. Véase A.A.V.V., A note on countertrade, contractual uncertainty and transaction governance in emerging economies, *Journal of International Business Studies*, 1999, vol. 30, 189-202.

y de *marketing*, y reducir los déficits presupuestarios y los gastos del sector público. De este modo, el requisito de la asunción de determinados compromisos por parte del exportador extranjero se está incrementando preferentemente en relación con ámbitos como la transferencia de experiencia o conocimientos en la manufactura, la creación de trabajo local y la adquisición u obtención de nuevos proyectos e inversiones para el exportador extranjero.³

Por último, la compensación puede utilizarse para mitigar o paliar las consecuencias perniciosas del sistema de préstamos internacionales, al que recurren los Gobiernos de los países más pobres para poder importar productos básicos, que solo sirven para conseguir un progresivo endeudamiento aún mayor del país prestamista. El comercio compensado puede utilizarse como instrumento para que los países tradicionalmente prestamistas recuperen la confianza en la capacidad de crédito de los países prestatarios, mediante la denominada "colateralización del crédito", utilizando los bienes de contrapartida como medida colateral de aseguramiento. Se trata de una teoría económica que recibe el nombre de "colateralización" del crédito, porque ambas partes (prestamista y prestatario) son mutuamente deudoras de la otra, al utilizarse los bienes de contrapartida para asegurar, a su vez, el inicial crédito a la importación.⁴

II. LAS OPERACIONES DE COMERCIO COMPENSADO

I. Modalidades de operaciones de compensación

La clasificación de las transacciones compensatorias no es tarea sencilla, al tratarse fundamentalmente de estrategias empresariales que han sido utilizadas en distintos momentos históricos con finalidad diversa en atención al contexto económico-político del país o de los países que las han realizado. Desde su eclosión en el comercio internacional, la compensación ha existido en una multiplicidad y diversidad de modos pudiéndose hablar de distintas generaciones de operaciones compensatorias: la existente en los años 60, en los años 70 y en los años 80. A estas tres, habría que añadir una última, la característica de los años 90, en los que la operación de *offset* y el *barter* en la modalidad de acuerdo intergubernamental ocupan una posición central.

Suelen distinguirse tres tipos de operaciones de compensación: comercial, industrial y financiera. A su vez, existen diversas modalidades de operaciones de compensación comercial: el *barter*, los acuerdos intergubernamentales de *clustering* y las distintas variantes de compras-paralelas.⁵ En la segunda categoría se incluyen habitualmente los acuerdos de *buy-back*, así como los más modernos acuerdos de *offset*, también conocidos como acuerdos de cooperación industrial. Estos dos tipos se incluyen específicamente dentro de la compensación industrial, al ser frecuente que se utilicen con la finalidad de exportar o importar tecnología.

³ Cf. M. Rowe: *Cooperation in Trade*, 2ª ed., Euromoney Books, London, 1997, 20-21. Para un análisis de los contextos económicos y de política de mercado del comercio compensado, con especial referencia a la experiencia australiana véase, P.W. Liesch: *Governance in Multilateral Cooperation*, Avebury, England, 1991.

⁴ Véase, D. Martin/M. Schmitzer: *Creating Creditworthiness through Reciprocal Trade*, Discussion Paper No. A-453, Universidad de Bonn, 1995, 2 y ss.

⁵ Es importante señalar la diferencia entre compensación comercial y compensación económico-financiera, pues esta última es la que tiene lugar en los flujos de pagos de las empresas que entran en relación cuando han llevado a efecto una operación de compensación comercial.

Como ejemplo de compensación financiera puede citarse la operación de *swap*, que consiste en el intercambio de divisa o de moneda por parte de empresas que obtienen intereses más ventajosos en los mercados financieros⁵.

2. Elementos característicos de las transacciones compensatorias

El elemento característico de una operación de compensación es el compromiso de compensación (*countertrade commitment*). Su mayor o menor importancia en la concreta transacción puede depender de la estructura que le den las partes. Puede tratarse de un compromiso del tipo *firm commitment* (en firme) o puede pertenecer a la modalidad de *best efforts commitment*, en cuyo caso consiste solo en tener buena voluntad para negociar un acuerdo, pero no puede considerarse un incumplimiento si no llega a realizarse.

El contenido de dicha obligación puede ser de signo variado: puede consistir en una compra-paralela de determinados bienes o servicios, que se denomina contrapartida. Sin embargo, las operaciones de compensación más modernas suelen requerir compromisos de compensación más sofisticados, con la finalidad de que su realización genere un valor añadido (*input*) en el país del importador. En este caso, tales compromisos pueden consistir en la construcción de una fábrica, la colocación de determinados productos en el mercado internacional, la instalación de una red de telecomunicaciones, etc.

La "razón de compensación" es otro elemento de las transacciones compensatorias, en virtud del cual se fija el porcentaje del valor de la operación que será compensado a través de la asunción de determinados compromisos. Uno y otro elemento son característicos de las compras-paralelas, no existiendo en tal forma cuando se trata de las más actuales operaciones de *offset*, que son observadas más desde una óptica de cooperación industrial que de contraprestación o de estricto "retorno" con respecto a la importación inicial.

3. Sujetos del comercio compensado

En el comercio compensado participan empresas y Gobiernos de todos los países del mundo. Intervienen tanto países de economía capitalista como países de economía centralizada, tanto países en vías de desarrollo (en adelante, PVDs) como países desarrollados (PDs). Cuando este tipo de comercio es desarrollado por países de economía planificada, como sucedía en el caso de los Estados del antiguo bloque socialista, es frecuente que participen los propios Gobiernos o empresas gubernamentales, que mantienen relaciones comerciales con empresas privadas, frecuentemente de carácter multinacional.

En segundo extremo, la presencia de una pluralidad de sujetos en la realización de una operación de compensación puede tener lugar en una pluralidad de contextos (véase *infra*). Uno de ellos se presenta cuando participan agencias comercializadoras, también denominadas *trading houses*, que se encargan de colocar los bienes de contrapartida en los mercados internacionales. Su intervención tiene lugar particularmente cuando se trata de cualquiera de las modalidades de compras-

⁵ Véase C. Rosell i Pedrafit: *Aspectes jurídics del canvi internacional de Swap*. Barcelona, Bosch, 1999, y también de forma resumida N. Melián Jódar: *El swap en el comercio internacional*. *Revista de los Negocios*, noviembre de 2001, pp. 1-8.

paralelas y puede producirse, bien desde el primer momento (en cuyo caso se trata de operaciones plurilaterales, en las que existen más de dos partes), bien posteriormente. En uno u otro caso, perciben una remuneración (*disagio*), que es la cantidad integrada por la comisión y la diferencia de valor existente entre el precio de los bienes de contrapartida y el precio más bajo al que han tenido que ser vendidos en los mercados internacionales, al tratarse de productos que pueden ser de baja calidad.

La intervención de terceros en una operación de compensación complica aún más su configuración así como la determinación de su régimen jurídico, no solo por la existencia de más partes en la relación, sino por el distinto tipo de intervención que tiene lugar cuando participa una de estas agencias. Por último, las entidades financieras también adquieren cierto protagonismo para la realización de estas operaciones, bien como consecuencia de la utilización de garantías (créditos documentarios en función de garantía), o bien por la concesión de préstamos o créditos para la exportación a las empresas.

III. CONFORMACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE COMPENSACIÓN

1. Relevancia del poder negocial de las partes

Uno de los momentos más significativos y complejos de las operaciones de compensación se sitúa en la fase de negociación, en la que las distintas partes que intervienen mantienen una pluralidad de conversaciones, a través de las que ponen de relieve el interés que les anima a realizar la operación. Su configuración final se determina, en esta primera etapa, en la que tiene un papel significativo la posición que ocupe cada una de las partes, esto es, su mayor poder negocial, por una multiplicidad de factores.

Entre ellos pueden destacarse especialmente la mayor capacidad de negociación de una de las partes, que está relacionada frecuentemente con el tipo de empresa de que se trate. Si la operación se realiza entre una empresa privada y una empresa estatal de un país en vías de desarrollo, esta segunda suele ocupar una posición de inferioridad si el objeto de la compensación es un material imprescindible para su economía doméstica. No obstante, la posición de mayor debilidad en la negociación no debe medirse estrictamente a través de parámetros relativos a la situación económica (más o menos favorecida) de las empresas en juego o de los países implicados, no pudiendo considerarse que, en todo caso, la empresa o el Gobierno situado en el PVD ocupa una posición de desventaja.

Tal posición solo puede deducirse del análisis de todas las circunstancias que concurrieron en la concreta negociación. Piénsese en el caso de los acuerdos de compensación petroleros, en los que los países que exportan esta materia prima tienen una capacidad negociadora importante, e incluso puede considerarse predominante, para imponer las condiciones de negociación de la concreta transacción.

La idéntica capacidad de negociación que se presupone a ambas empresas o, al menos, la similar fuerza impide que se vean obligadas a tener que aceptar un contrato o determinadas cláusulas de un contrato, como es el caso de los contratos de adhesión, etc. Sin embargo, no puede rechazarse la posibilidad de que determinadas cláusulas contractuales hayan sido impuestas de forma unilateral, si se tiene en cuenta que el mayor poder negocial de una de las partes en la concreta operación tiene una considerable influencia en su configuración, afectando a aspectos como la modalidad

de operación de compensación que se lleva a cabo, el tipo de productos de contrapartida que se compra, etc.⁶

Aunque el concepto de orden público económico sea tendencialmente nacional, no significa que no deban y puedan extraerse consideraciones (principios) aceptados en la sociedad de comerciantes o, al menos, en los Estados implicados, que deberían ser tomados en consideración por un mediador, por un conciliador y por un árbitro, so pena de que el laudo arbitral no sea reconocido en otro país.⁷

2. Fases iniciales y su documentación

A. Documentos preparatorios y cartas de intención

Uno de los rasgos más característicos de las operaciones de compensación es su mayor complejidad, pues las partes intercambian una multiplicidad de cartas, documentos, etc. que hacen que la negociación pueda llegar a ser muy larga.

En el ámbito del comercio internacional reciben el nombre de cartas de intención, los documentos que se intercambian las partes, en los que se hacen las respectivas ofertas acerca del negocio que interesa a cada una de ellas. Tales documentos, inicialmente, no parecen tener relevancia jurídica, en el sentido que no obligan a las partes. Sin embargo, su valor jurídico puede depender mucho del modo en que estén redactados, pudiendo asemejarse más a un precontrato que a un mero documento preparatorio.

El término "carta de intención" es utilizado por los operadores en el comercio internacional con tal pluralidad de significados que introduce cierto grado de dificultad a la hora de valorar los compromisos asumidos en dicho documento. Así, las cartas de intención pueden utilizarse para manifestar la seriedad con la que se inician las negociaciones como acuerdo marco para plasmar acuerdos parciales, o también pueden constituir contratos, aunque incompletos, como consecuencia de la falta de determinadas menciones.⁸ Esta variedad de significados de las cartas de intención introduce ciertas ambigüedades y contradicciones en el comercio internacional que, en ocasiones, son buscadas de forma intencionada por los propios intervinientes en una operación.

En un sentido jurídico estricto, las cartas de intención pueden ser documentos precontractuales, en virtud de los que una de las partes (si tienen carácter unilateral) se compromete a llegar a realizar un contrato con la otra. En ocasiones, también pueden llegar a ser ratificadas por las dos partes. Sin embargo, frecuentemente los prácticos suelen utilizar las cartas de intención en la fase de negociación de una

⁶ Para la definición del concepto de parte *diffini* en atención al distinto "poder de negociación" de las partes en una concreta transacción, sin tomar en consideración la posición social o económica (sono la utilización de condiciones generales que impone al otro contratante) y su común acuerdo al orden público del foro véase, S. Álvarez González: *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 38 y ss.

⁷ La noción de orden público económico despliega más operatividad en el comercio compensado que el recurso a las normas imperativas, al menos, en lo que respecta a la órbita del Derecho privado. La ausencia de imperatividad (o el papel relativamente significativo) de los contenidos del Derecho contractual se equilibra con el concepto de orden público para evitar resultados que no serían compatibles con las concepciones de la sociedad de comerciantes. Véase más detenidamente *infra*.

⁸ Véase, R.H. Laker (U), *Drpetta: Letters of Intent and Other Preliminary Documents, Comparative Analysis and Forms*, Second Ed., Butterworths, USA, 1994, pp. 12 y ss.

transacción como modo de perfilar sus respectivas obligaciones, más que como textos con valor legal.⁹

B. Otros documentos

La complejidad intrínseca a estas operaciones hace que sea frecuente también la utilización de protocolos, estos es, de acuerdos marco, que tienen la finalidad de presidir los términos en los que se llevarán a cabo las negociaciones. El valor jurídico de estos "acuerdos para acordar" dependerá, no obstante, de su contenido, pudiendo ser considerados auténticos contratos (p.ej. contratos normativos) en caso de que contengan los elementos esenciales de todo contrato o acuerdos de referencia, que carecen de valor vinculante.

No obstante, el protocolo (*protocol*), que suele estar presente en estas operaciones, puede redactarse en momentos muy distintos y su contenido puede llegar a ser también muy diverso y, por tanto, su relevancia jurídica. En primer lugar, cuando el protocolo se redacta al inicio de la realización de la operación, suele recibir el nombre de *memorandum of understanding* y, en tal caso, se trata de un marco de referencia en el que las partes fijan el procedimiento que desean seguir para llegar a celebrar una operación de compensación. Se trata, más bien, de indicar las pautas procedimentales (*instructions to proceed*).

Sin embargo, en otras ocasiones el protocolo contiene el compromiso de compensación. Suele tratarse de los casos, en los que las partes (en particular el PD) no tienen interés en que conste en el contrato inicial (de compra-venta, de suministro, de transferencia de tecnología, etc.), que el cumplimiento de tal contrato está supeditado o condicionado a la ejecución de otro contrato con el que está vinculado. En tales casos, el compromiso de compensación suele recogerse en el protocolo, que, de este modo, no es solo un "acuerdo para acordar" o un "acuerdo marco", como en el caso anterior, sino que su valor jurídico dependerá en gran medida de los términos en que se redacte, pudiendo llegar a tratarse de un auténtico pre-contrato, en caso de que contenga todos los elementos esenciales del contrato (consentimiento, causa lícita y objeto).

En tercer extremo, el protocolo puede también redactarse al final de la operación, esto es, una vez que se han realizado dos acuerdos independientes entre las partes. Esta forma de articular las operaciones de compensación es frecuente en el caso de las distintas modalidades de compras-paralelas, en las que las partes en dos documentos distintos y separados fijan los respectivos compromisos que asumen de compra y de contra-compra. En tales supuestos, las partes no quieren que se recoja en ninguno de los documentos ninguna referencia al otro. Sin embargo, se redacta un protocolo final, que tiene la función de precisar la vinculación que existe entre tales acuerdos, que parecen aislados o independientes el uno del otro (véase *infra*).

3. Fase de cumplimiento o ejecución

El momento en el que nace una operación de compensación es difícil de apreciar en la práctica comercial internacional, dado que las partes, aún antes de haber fijado

⁹ Para el valor jurídico de las cartas de intención y la responsabilidad a la que pueden dar lugar en el comercio internacional véase la obra citada en la nota anterior.

todos los elementos que serían imprescindibles desde la perspectiva del tradicional Derecho de obligaciones, ya ponen en marcha la operación, a través del envío de los materiales, etc. Tampoco reviste especial interés la fase de cumplimiento de la operación de compensación, sino que, por el contrario, es frecuente que los sujetos que participan en ellas suelen pactar la posibilidad de darse un plazo más largo para su cumplimiento, sin que ello deba ser entendido como incumplimiento.

Esta es otra de las peculiaridades de las operaciones de compensación que pone de relieve las mutaciones que experimenta el Derecho de los contratos, centrado en el momento del perfeccionamiento, así como de cumplimiento del contrato. Se trata de un cambio de concepción que ha afectado también a los medios clásicos a través de los que se enfoca la resolución de controversias en el comercio internacional. Comienza a ser usual recurrir a mecanismos flexibles de solución de conflictos, entre los que cabe citar la mediación, la conciliación y también la negociación entre las partes, frente al más tradicional arbitraje o la vía judicial.¹⁰ En estas operaciones participan empresas o Gobiernos de partes muy distantes del mundo, con culturas jurídicas muy distintas, no solo en lo relativo a la regulación de las relaciones comerciales, sino también en lo que concierne a la solución de las controversias. La principal vía de sanción de estas operaciones es el descrédito que para el resto de las empresas que participan en ellas supone el hecho de que la citada empresa no cumpla de forma insistente con sus compromisos.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE COMPENSACIÓN

1. Estructura de las transacciones compensatorias

A. La cooperación como elemento integrante de la causa del contrato

El moderno comercio internacional evidencia que, en ocasiones, el beneficio de las partes no se obtiene a través del mero intercambio de cosa por precio, sino que es preciso cumplir con un conjunto de obligaciones adicionales para obtener también beneficios adicionales. Se trata de relaciones negociales distintas a las clásicas de mero intercambio, en las que los deberes de fiducia y de cooperación alcanzan una importancia más significativa que en las relaciones contractuales tradicionales.¹¹

Este esquema contractual más moderno es el resultado de los cambios que se están introduciendo en el ámbito jurídico como consecuencia de la distinta óptica desde la que hoy se observan las relaciones negociales, que requieren la existencia de compromisos entre las partes para poder cumplir la operación.¹² Las operaciones compensatorias evidencian, más que otras relaciones que se llevan a cabo en el tráfico comercial internacional, que las partes tienen la intención de asumir compromisos,

¹⁰ Para el cambio o evolución que está experimentando el arbitraje, asumiendo un nuevo papel en una emergente cultura internacional del arbitraje, que demanda una aproximación más interactiva para asegurar una comunicación real entre las partes y para aproximar sus expectativas véase, B.M. Cremades: *Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration. Combining Legal Cultures in Commercial Arbitration. Old Issues and New Truths*, S.N. Fromme/Ed. A.K. Rider (eds.), Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 168.

¹¹ Como se ha señalado, las características generales del comercio internacional están cambiando como consecuencia de la penetración de las ideas de reciprocidad y beneficio mutuo. Véase, C. Guyot: *Commercial Contracts in International Business, International Lawyer*, 1986, vol. 20, núm. 3, p. 959.

¹² Se trata de los modernos "contratos relacionales" (*relational contracts*) conectados con una sociedad de gran complejidad, envueltos en una elevada especialización y sometidos a cambios constantes. Para un análisis de sus principales características véase, L.R. Macneil: *The new Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980, pp. 20 y ss.

que trascienden o van más allá del mero intercambio de una cosa por un precio (véase infra).

Puede decirse, por tanto, que la cooperación penetra en la causa, entendida como elemento del contrato, como ya se está recogiendo en algunas legislaciones de nuestro entorno, en las que reciben el nombre de "contratos multilaterales", aquellos contratos en los que el beneficio de las partes no se obtiene a través del mero intercambio, sino a través del establecimiento de una cooperación organizada.¹³

B. Calificación de la estructura dada a la operación por los sujetos intervinientes

La tendencial adaptación de las operaciones compensatorias a los intereses de los participantes presenta ventajas significativas para las partes, al permitirles que adopten la fórmula que consideren más conveniente (con los límites que impongan las normas de carácter obligatorio), pero al mismo tiempo, complica la determinación de su regulación jurídica, ya que dificulta la percepción de sus particularidades y su preparación y negociación.

El diseño que realizan las partes de la operación puede ser muy distinto, pudiendo ser calificada también de diversa manera. Con frecuencia, las empresas o los Gobiernos que entran en relación no buscan solo la compra de determinado bien o servicio o la instalación de una red informática o de comunicaciones, sino que pretenden que la compra inicial vaya acompañada de compromisos adicionales asumidos por el exportador extranjero, de signo distinto, pero destinados en todo caso a generar un superávit en la economía local del país importador (establecimiento de una planta industrial, instalación de una amplia red informática, construcción de una cadena hotelera o, citando solo algunos ejemplos, la distribución de los productos tradicionales del país en los mercados internacionales).

Por estas razones, una operación de compensación puede conformarse, en primer lugar, a través de una pluralidad de compromisos, que pueden asumirse en una única relación contractual, en la que existe un único contrato "matriz", que va seguido de un haz de relaciones tanto en forma societaria como contractual independientes, a través de las que toma cuerpo la operación considerada en su globalidad. El primero de los contratos es un contrato mixto, en el que concurren una pluralidad de causas y en el que está presente el elemento de la cooperación. Esta estructura es buscada expresamente cuando se trata operaciones de *offset*, que suelen constar de un protocolo que fija las reglas de procedimiento y un contrato en el que queda constancia de los deberes y compromisos que asumen las partes.

En segundo extremo, si la concreta operación de compensación se recoge en dos documentos, a los que se ha añadido un protocolo, se tratará de una estructura contractual unitaria, pero compleja. En estos casos, cuanto mayor sea la independencia entre cada uno de los textos, mayor será la posibilidad de considerar que se trata de distintos contratos, en cuyo caso podríamos estar ante una pluralidad contractual, en lugar de ante una unidad contractual.

Para conseguir este resultado, esto es, desvincular las relaciones recíprocas, suele emplearse una estructura negocial compleja, con una pluralidad de elementos, que complican la apreciación de la estructura jurídica unitaria de la operación. En

¹³ Véase L. Díez-Picazo y A. Guillón: *Arbitradores de Derecho civil*, Vol. I/2, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1998, p. 28. Este tipo de contratos está recogido expresamente en el C.c. italiano de 1942, al igual que en otros Códigos, en los que éste ha tenido influencia, como el portugués de 1966 y el peruano de 1984.

estos casos, es frecuente que se redacten tres documentos en tres momentos distintos. El primero de ellos es un contrato "tradicional", en el sentido de que contiene las referencias características de cualquier contrato común, en el que están determinadas las partes, el objeto y la causa de mero intercambio. En segundo extremo, se redacta un acuerdo marco o protocolo, que puede tener distinto contenido en atención al momento en que se redacte y al propósito que con él persigan las partes.¹⁴

En estos casos se aprecia la existencia de una estructura negocial compleja, que no impide que pueda apreciarse la existencia de un único contrato, con causa mixta, pero es preciso tomar en consideración que la existencia de una unidad o de una pluralidad contractual está más en función de los acuerdos concretos a los que lleguen las partes y de las concretas cláusulas que se introduzcan en el contrato.

No obstante, la vinculación entre la exportación inicial y la obligación de compensación, especialmente cuando no consta de forma expresa, esto es, no existe un clausulado claro que ponga de relieve la vinculación entre los contratos, porque una de las partes (la que tuvo mayor poder de negociación) no haya querido establecer esta relación entre las operaciones, puede ser analizada a la luz del orden público económico del foro. En este caso, debería considerarse que, a pesar de que no conste expresamente la existencia de tal vinculación, el orden público del foro no permite que pueda burlarse la finalidad unitaria de la operación.

C. Las operaciones de compensación como conjuntos de contratos

Como se ha señalado, en atención a los intereses de las partes, la operación de compensación puede plasmarse de distinta forma, con desigual trascendencia jurídica. No obstante, tanto si se aprecia la existencia de una estructura contractual compleja como si se considera que se trata de un contrato mixto, la operación de compensación considerada en su globalidad da lugar a una pluralidad de contratos, que tienen la finalidad de cumplir el compromiso o las diversas obligaciones de compensación asumidas. Se trata de contratos ejecutivos (contratos subsiguientes), que traen su causa de los contratos principales.

La operación de compensación considerada en su globalidad puede adoptar una pluralidad de formas: grupos, cadenas, redes de contratos o contratos asociativos, tal es la cantidad de contratos que pueden tener lugar como consecuencia de una operación de compensación, siendo necesario examinar hasta dónde se extiende la responsabilidad en caso, por ejemplo, de que se incumpla alguno de ellos. Si bien estos contratos ejecutivos son independientes del acuerdo inicial, es preciso averiguar si a ellos también se extiende la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de compra o de pago inicialmente asumida. Es necesario, por tanto, examinar si quiebra el principio de relatividad de los contratos y si puede alegarse la excepción de incumplimiento cuando alguna de las obligaciones existentes en los contratos es incumplida.

La existencia de estos diversos tipos de formaciones evidencia también las distintas relaciones que existen entre los diferentes contratos, siendo necesario determinar hasta dónde llega la comunicación de responsabilidad entre ellos. El análisis de las transacciones compensatorias se complica sobremanera cuando la operación da lugar a una red de contratos en lugar de a grupos de contratos, pues

¹⁴ Si el protocolo se redacta en último extremo, esto es, después de haber celebrado un primer contrato y un contrato de compensación, tiene la finalidad de vincular ambas relaciones contractuales, aparentemente independientes. En otros casos, si se redacta al principio, suele sustituir la obligación de compensación (*countertrade commitment*).

una red no tiene centro, articulándose las relaciones entre los distintos contratos de una forma más “distraída” y difícil de apreciar, sin perder la idea de conexión, pero sin centro localizador, dado que pueden existir puntos de autonomía propios.³⁵

En este marco, tendrá que apreciarse la existencia de una “red de contratos internalizada” para saber hasta dónde llega la “vinculación” entre los contratos y hasta dónde cabe apreciar la cadena de responsabilidades y la propagación de la ineficacia de los contratos, dado que ninguno de esos efectos puede ser considerado ilimitado. La identificación de la estructura de la operación global, conformada por una multiplicidad de contratos, que conforman la operación de compensación básica, tiene significativas consecuencias jurídicas.

En el ámbito del Derecho patrimonial, los distintos sistemas jurídicos dotan al contrato de cierta autonomía y unidad, le reconocen determinados elementos y, en especial, específicas consecuencias. Figuras como la relatividad de los contratos o la propagación de ineficacia de los contratos están pensadas para los casos en que se aprecia la existencia de una unidad contractual. En el Derecho comparado, concretamente en Derecho francés, se ha previsto la comunicación de la responsabilidad cuando se trata de grupos de contratos.³⁶ En el Derecho español, las consecuencias de la existencia de diversas estructuras contractuales carece de amplio reconocimiento, tanto en el plano legal (salvo en el caso de la acción directa en el ámbito del consumo), como en el jurisprudencial y doctrinal.

2. Ausencia de regulación específica de las transacciones compensatorias

Ni en el plano interno ni en el plano internacional cuenta el comercio compensado con una regulación específica. En el primer caso, los Gobiernos de algunos países han utilizado el comercio compensado de forma temporal como estrategia para impulsar su economía en momentos de recesión o crisis. Por tales motivos, el comercio compensado ha sido impuesto de forma obligatoria por determinados Gobiernos (Colombia, Indonesia, Australia, etc.), tratándose de normas de tipo económico promulgadas para orientar su economía.

Tales regulaciones tienen carácter contingente y suelen modificarse cuando cambian las preferencias o las orientaciones políticas. No suelen contener una regulación completa de estas operaciones, ni dan respuesta a muchas de las cuestiones que suscitan, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Estas normas imperativas tienen un carácter normalmente económico y tienen la finalidad de asegurar el cumplimiento de las medidas económicas, financieras y de asuntos exteriores del país. Pueden referirse, entre otros, a los siguientes aspectos: que determinados tipos de transacciones compensatorias requieren aprobación del Gobierno; que la importación de determinado tipo de mercancías solo puede llevarse

³⁵ Para una aplicación de la teoría de los “redes de contratos” al comercio compensado, véase B. Fletcher: “Network Theory and Countertrade Transactions”, *International Business Review*, 1996, vol. 5, núm. 2, pp. 167-189.

³⁶ La doctrina francesa diferencia los grupos de contratos, los conjuntos de contratos y las cadenas de contratos. La primera denominación es comprensiva de las dos siguientes, de tal modo que se entiende por grupo de contratos la existencia de dos contratos unidos por una identidad de obligaciones. Existe una cadena de contratos cuando se trata de una sucesión de contratos unidos por el mismo objeto. Y, por último, un conjunto de contratos se produce cuando existen una pluralidad de contratos concluidos para la realización de una operación económica global, unidos por una identidad de causa, en el sentido de finalidad común. Para estas diferencias y sus consecuencias con respecto al principio de relatividad de los contratos véase, M. Bacache-Gibelli: *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, L.G.D.J., París, 1996, p. 3.

a cabo y utilizar determinado tipo de transacciones compensatorias; que solo pueden ofrecerse a través del comercio compensado determinado tipo de mercancías; que las mercancías adquiridas a través del comercio de compensación tienen que cumplir determinados requisitos de origen; que solo puede utilizarse la *evidence account* en específicas condiciones; que la compra de determinadas mercancías solo se produce mediante el cumplimiento de la obligación de compensación en proporciones específicas; que se necesite una previa autorización del Gobierno para vincular los compromisos de pago que restringen los pagos en divisas en el país; o, por último, que se necesiten específicas condiciones financieras para el pago²⁷.

Tampoco en el plano internacional existen convenios o textos que se refieran al modo de tratar o regular el comercio compensado: la Guía jurídica para el comercio compensado elaborada por la UNCITRAL en 1993 es solo un texto de consulta, el que contiene orientaciones para las empresas que decidan utilizar esta forma de comercio.²⁸

3. Aplicabilidad de determinados convenios internacionales

A. El Convenio de Viena, de fecha 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías

Los autores han dedicado parte de su esfuerzo a demostrar la aplicabilidad a las operaciones de compensación, en especial, a los distintos tipos de compras-paralelas, del Convenio de Viena, de fecha 11 de abril de 1980, sobre compra-venta de mercaderías.²⁹ Sin embargo, las "nuevas" modalidades de operaciones que se realizan en el comercio internacional no deben someterse a esquemas contractuales clásicos y, por este motivo, este convenio no responde de forma adecuada a las especialidades de estas transacciones al tratarse de un texto pensado para resolver las cuestiones que suscita el típico contrato de compra-venta (internacional), en el que las partes asumen las respectivas obligaciones de entrega de la cosa y de pago del precio.³⁰

El sentido y la finalidad de una operación de compensación desde un punto de vista económico, así como su funcionalidad social y los objetivos que los particulares han pretendido conseguir a través de su realización, no pueden reducirse a meras relaciones de compra-venta. Son criticables, por tanto, las propuestas doctrinales que pretende fraccionar, de un lado y encasillar, de otro, las transacciones compensatorias, con la finalidad de convertirlas en categorías más conocidas (más típicas) en los ordenamientos jurídicos nacionales, perdiendo de vista las

²⁷ Véase, *Legal Guide...*, op. cit., p. 108 (marg. 32).

²⁸ Véase, UNCITRAL: *Legal Guide on International Commerce Transactions*, United Nations, New York, 1993.

²⁹ Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990, R.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 1991. Corrección de errores, R.O.E. núm. 282, de 22 de noviembre de 1996. Plantea esta posibilidad C. Espigares Mota, Capítulo II. La compraventa y otras operaciones de intercambio en, *Compraventa internacional* (Doctrina, jurisprudencia y legislación), C. Espigares Mota (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 310.

³⁰ Los autores que proponen la aplicabilidad del Convenio de Viena a algunas modalidades de operaciones de compensación observan, no obstante, los problemas que pueden surgir como consecuencia de la diversa consideración (calificación) de estas transacciones en los distintos sistemas jurídicos, que, en ocasiones, plantea la duda acerca de su subsunción en el citado convenio. Este es el caso de la operación de *barras*, pues si se califica de conformidad con el Derecho americano, se trataría de una venta y, por tanto, quedaría clara la aplicación del C.V. En cambio, para el Derecho español se calificaría como permuta, haciendo inviable su regulación por el convenio. Véase, R. Espinosa Calabuig, En torno a la regulación del *quantiérat* en el comercio internacional, R.G.D., núms. 592-593, 1994, p. 95.

especialidades y las singularidades de estas operaciones.²¹ Por tanto, el análisis de la aplicabilidad de los convenios internacionales debe partir de la funcionalidad de estas operaciones y no a la inversa, de su apretado encajamiento en dichos textos, como sucede cuando se valora la aplicabilidad del Convenio de Viena a la compensación.

B. Aplicabilidad del Convenio de Roma, de fecha 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales

Desde la perspectiva del sistema europeo de Derecho internacional privado, los países de la Unión Europea forman parte del Convenio de Roma, de fecha 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales²². Se trata de un convenio que despliega eficacia universal (artículo 2). Este convenio se refiere a los contratos internacionales, utilizando la definición más amplia de contrato internacional. Como se sabe, se trata de un convenio de normas de conflicto, en el que el elemento principal para determinar la ley que se aplica al contrato es la autonomía de la voluntad. De este modo, los contratos se regulan por la ley elegida por las partes (artículo 3). La principal dificultad que presenta la aplicación del Convenio de Roma a las operaciones de compensación reside en la determinación de cuándo estamos en presencia de un contrato o de una pluralidad contractual.

La utilidad del Convenio de Roma para dar respuestas a las operaciones de compensación puede ponerse en duda por un conjunto de motivos, que tienen que ver con la dinámica de tales operaciones en el comercio compensado. De un lado, es importante poner de relieve la frecuencia con la que se acude a instancias no judiciales para resolver las controversias que surgen en el comercio compensado (arbitraje y otras formas alternativas de resolución de conflictos como la conciliación o la mediación).²³ Por este motivo, es preciso valorar si tales modos de solución de litigios, en especial, la mediación y la conciliación, son compatibles con la aplicación del citado Convenio de Roma.

De otro lado, otra serie de inconvenientes que surgen al analizar la viabilidad de las soluciones del Convenio de Roma para dar respuesta a las operaciones de compensación se centra en las soluciones que utiliza el citado convenio, que parte de que cada contrato debe regularse por la ley elegida por las partes. La pluralidad de documentos que suelen ser utilizados para formalizar una operación de compensación hace que sea extremadamente difícil saber cuándo la referencia a una ley determinada significa que se trata de una elección de ley a los efectos del Convenio de Roma.

²¹ Algunos autores han propuesto que estas transacciones se regulen por las normas del Derecho de obligaciones, pudiendo considerar que se trata de contratos innominados. Véase, K. Klair: *Les contrats internationaux de compensation*, Institut Québécois des études juridiques internationales, Québec, 1996, pp. 2 y ss.

²² Instrumento de ratificación, B.O.E. núm. 82, de 6 de abril de 1990. Texto consolidado en B.O.C.E. Serie C núm. 27, de 26 de enero de 1998.

²³ El movimiento A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) tiene su origen en las ciencias de la educación y en la antropología, de donde ha pasado al ámbito jurídico, en el que significa más un proceso que un conjunto de técnicas de solución de conflictos. En todo caso, sitúa el centro de atención en el manejo del conflicto y no en su causa, así como en la colaboración para su resolución en lugar de en la competición. Véase, M. Warren Ibrahim/M. Spangle: *Collaborative approaches to resolving conflict*, Sage Publications Inc. International Educational and Professional Pub., London, 2000 (edición). Para un análisis de las variedades de A.D.R., en especial en el ámbito comercial y los diversos resultados que han dado en distintos países véase, D. Campbell (ed.): *Dispute Resolution Methods*, Gantam and Truman, London, 1995. *The comparative Law Yearbook of International Business*, Special Issue, 1994.

Además, tampoco resulta excesivamente útil el recurso a las soluciones que prevé este convenio, dado que ninguno de los sistemas jurídicos que se designe contendrá una regulación específica de tales operaciones. Ello evidencia la crítica que se le ha realizado al citado texto, que nacionaliza el contrato, al tratar de buscar un ordenamiento jurídico nacional para que lo regule. Las operaciones de compensación ponen de relieve la insuficiencia de un razonamiento de ley aplicable para dar adecuada respuesta a estas operaciones (véase *infra*).²⁴

4. Insuficiencia de la referencia a la ley rectora del contrato y creciente importancia del Derecho transnacional (*lex mercatoria*)

La búsqueda de un ordenamiento jurídico concreto para dar respuesta a las cuestiones que suscitan estas operaciones es infructuosa, no solo por la inexistencia de regulación específica en las leyes internas, sino también porque significaría nacionalizar relaciones que surgen "del", "para" y "en" el contexto del comercio internacional. En todo caso, la determinación del Derecho aplicable a las transacciones compensatorias no desempeña la tradicional función "reguladora" atribuida al sector del Derecho aplicable por la teoría clásica del Derecho Internacional Privado, porque no tiene como finalidad precisar el ordenamiento jurídico que gobernará la transacción en todos sus aspectos, sino que desempeña una función más "integradora" de los intereses de las partes en juego, que admite combinarse con parámetros flexibilizadores (p.ej., "toma en consideración") y ser aplicada matizadamente en combinación con los principios generales de la contratación internacional²⁵.

Puede decirse que la determinación del Derecho aplicable ha pasado a un segundo plano, no solo cuando las partes no lo han designado de forma expresa en el contrato²⁶, sino incluso cuando existe tal elección.²⁷ Se plantea, por tanto, la importancia que tienen los principios contractuales comunes o los principios generales del ámbito contractual para dar respuesta a este tipo de operaciones frente a la estricta aplicación de las normas de determinado sistema jurídico.

La laboriosidad que requiere la plasmación de una operación compensatoria puede conducir, en ocasiones, a que las partes hayan dejado la cuestión del Derecho

²⁴ Para una reflexión acerca de la pérdida de significatividad de las tradicionales funciones de la referencia a un sistema jurídico es el que se enmarque el contrato en las modernas transacciones transfronterizas (conferirle fuerza vinculante, fijar las condiciones para su existencia, establecer el marco imperativo del contrato y suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio en lo no previsto por las partes) véase, P. de Miguel Asensio: "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Die com. int.*, 1998, vol. 12-4, pp. 865 y ss.

²⁵ La "toma en consideración" de los ordenamientos de los dos países que entran en contacto a través de una transacción compensatoria puede ser una respuesta adaptada a las actuales necesidades del tráfico comercial internacional. La expresión "tomar en consideración" no significa "aplicar" dichos sistemas jurídicos sino proponer una solución al caso considerado a través de una coordinación de sus soluciones.

²⁶ Esa es la finalidad del Convenio de México sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de marzo de 1994, que une los planteamientos del *proper law* (proprio del *contractus loci*) con consideraciones de Derecho sustantivo, que se toman de los Principios de UNIDROIT de Derecho Uniforme, que se están elaborando en ese momento (artículo 9, 2º). Para una explicación de las bondades del recurso a los principios de la contratación internacional en el comercio internacional véase, F.K. Jaeger: *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, *Am. J. Int. Comp. Law*, 1994, pp. 381 y ss.

²⁷ Se ha señalado que en los «nuevos» contratos del comercio internacional la determinación del Derecho aplicable llega a tener una función residual e, incluso, superflua, siendo lo esencial elaborar y establecer un contenido contractual satisfactorio para los intereses de las partes y que, en la medida de lo posible, se basen a sí mismas. Véase, G. Horowitz/M. Verwilt: *Stabilité et évolution du contrat économique international en le commerce économique international*, *Stabilité et évolution*, Bruxelles, Paris, 1975, pp. 451-473.

aplicable para ser negociada en un momento posterior o una de las partes puede haber dado por sobreentendida la aplicación de determinada ley. El recurso a los Principios en este caso puede ayudar a solucionar una eventual disputa entre las partes sobre este extremo, de indudable trascendencia en el desenvolvimiento de la relación²⁹. Estos principios también podrían aplicarse cuando el ordenamiento elegido por las partes no regule la situación que se plantea, como modo de integración de las lagunas a través de unos principios auténticamente internacionales, nacidos de la comparación entre los distintos sistemas jurídicos en presencia.³⁰

Para apreciar cuáles son dichos principios puede acudirse a los textos internacionales vigentes en materia de contratación internacional (Convenio de Viena sobre compra-venta internacional de mercaderías) y, en especial, a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que no tienen carácter obligatorio, sino que las partes pueden expresamente indicar en su contrato su aplicación³¹. Algunos de estos principios son especialmente adecuados para dar respuesta a las operaciones en el comercio compensado³².

Por último, la internacionalidad intrínseca de las transacciones compensatorias hace que su dinámica contractual y los motivos por los que las partes se comprometen a realizarlas no revelen particularidades regionales significativas. Las diferencias existentes en la práctica contractual solo se refieren, p.ej., a la frecuencia de la utilización de ciertos tipos de operaciones o a la complejidad y el refinamiento de las soluciones contractuales adoptadas. Por este motivo, en el comercio internacional compensado son frecuentes determinados usos o prácticas comunes, conformadas por el clausulado normalmente utilizado para redactar los contratos, cláusulas tipo, etc., que constituiría la *lex mercatoria* nacida de la práctica de los operadores que intervienen en estas operaciones.³³

Estos usos integrantes de la *lex mercatoria* estarían conformados por las guías elaboradas por distintas organizaciones, tanto nacionales como internacionales, así como por los modelos de contratos y formularios elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, por la Comisión para Europa de las Naciones Unidas, etc. No obstante, la diversidad de intereses que están presentes en cada concreta negociación determinan que no se aconseje utilizar los modelos de contratos y que, consecuentemente, las prácticas puedan ser también variables.

²⁹ Sobre esta función de los Principios véase más detenidamente, JM^a Alzabal Zamora: Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit, *Derecho de los Negocios*, 1997, pp. 16-17.

³⁰ Véase, E. Gaillard: Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts, *Int. Bus. L.*, 1999, pp. 214-224.

³¹ Para la concreción de los principios que resultan de aplicación a los contratos de larga duración véase, E. Gaillard (Ed.): *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC Publication, París, 1993, reprinted in 1993.

³² Para una valoración de estos principios, M.J. Bonell: UNIDROIT Principles: A Significant Recognition by a United States District Court, *Uniform Law Review*, 1999, vol. 4, pp. 631 y ss.; A.I. Rosett: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Contracts, *J.I.C.L.*, 1998, vol. 46, pp. 347 y ss.

³³ Determinado sector de la doctrina ha considerado que existen tales usos en el comercio compensado. Véase, B. Lauer: *Handbuch des internationalen Handels- und Gegenkaufvertrags*, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Graß, Wien, 1992, pp. 299 y ss.

5. Incidencia de normas de política económica

La presencia de normas imperativas de contenido ordo-político es muy importante en este ámbito, dado que los Gobiernos están interesados en controlar esta forma de comercio, que puede ser utilizada como instrumento de potenciación de su economía en los ciclos recesivos (véase el caso de Australia). Suele tratarse de normas de carácter gubernamental, que indican las condiciones en que debe realizarse el comercio compensado o que lo imponen cuando la transacción supere determinado volumen.

Su ámbito de aplicación es independiente, tanto de la ley que regule el contrato, en caso de que las partes la hayan indicado expresamente, como de su lugar de cumplimiento, pues se imponen a toda operación de compensación por el solo hecho de entrar en contacto con el que las promulga. Junto a estas, en las transacciones compensatorias también inciden otras normas de intervención propias del comercio internacional, tales como las normas de control de cambios, etc.

Por tanto, pueden diferenciarse tres tipos o categorías de disposiciones imperativas que inciden en la regulación de los contratos en el comercio compensado con distintas consecuencias y ámbitos de aplicación también diferentes. De un lado, las normas imperativas que pertenecen al Derecho de los contratos. Como ejemplo de esta categoría de normas imperativas pueden citarse las que declaran la nulidad del contrato cuando el objeto no está determinado o no es determinable según los parámetros marcados en el negocio jurídico, las que indican los plazos para el ejercicio de determinadas acciones (acción de rescisión y otras de este mismo tipo, que se caracterizan por afectar a la órbita de lo privado). De otro, las normas imperativas que pertenecen al ámbito del Derecho público (paradigmáticamente, las que se refieren al control de cambios, a las autorizaciones de importación y de exportación, etc.); y, por último, las que imponen el comercio compensado.

Estas últimas afectan de modo específico a las operaciones de comercio compensado, incidiendo sobre cuestiones relacionadas sobre el desenvolvimiento de estas transacciones (autorizaciones para realizar la operación, cantidad de bienes de contrapartida, razón de compensación, controles de importación de los bienes, exigencia de un depósito, etc.). Al afectar a distintas parcelas de la operación de compensación no tienen una única consideración jurídica y, por tanto, no pueden ser tratadas como una unidad.

Puede decirse que el concepto de norma imperativa que actúa en el comercio internacional no tiene tanto una dimensión contractual (esto es, tales normas imperativas no derivan o no pertenecen al Derecho de los contratos) cuanto una dimensión o contenido público. Al tener una importancia relativa la ley rectora del contrato para determinar el régimen jurídico de las transacciones compensatorias, cambia el planteamiento de la imperatividad de las normas que pertenecen al estatus contractual, esto es, el título que justifica la necesaria aplicación de tales disposiciones, centrándose el interés casi de forma exclusiva en las normas imperativas, que no pertenecen a la órbita patrimonial de la operación, sino en las normas de orientación económica, pertenecientes al Derecho público económico.

Las "tradicionales" normas imperativas (que afectan a la órbita del Derecho privado) tienen una significatividad relativa en el comercio compensado como consecuencia lógica de la escasa relevancia de la asignación de ley a una transacción compensatoria. Además, el hecho de que las controversias que surgen en estas

ocasiones no sean presentadas ante instancias judiciales ni arbitrales apoya esta reflexión. El distinto contenido de imperatividad que se proyecta en las transacciones compensatorias con respecto a las normas pertenecientes al estatuto contractual hace que también jueguen un papel distinto las normas imperativas de terceros Estados, cuya incidencia se justifica en mayor medida como consecuencia de la imperatividad que incide en la órbita de lo pactado.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo con respecto a las normas pertenecientes al Derecho público, volviéndose necesario también realizar observaciones más matizadas con respecto a las normas que imponen el comercio compensado. Por tanto, las principales normas imperativas que se proyectan en el comercio compensado son las que afectan a los controles de importación, autorizaciones, etc. que, además, tienen su propio título de aplicación, dado que se proyectan (inciden) sobre el contrato, siempre que la relación entra en contacto (por cualquiera de sus elementos) con el ordenamiento del Estado que las dicta.

V. CLÁUSULAS MÁS FRECUENTES EN LAS TRANSACCIONES COMPENSATORIAS

1. Cláusula de cesión a terceros

Es frecuente que la realización de una operación de compensación requiera la participación de una pluralidad de sujetos, que intervienen, en algunas ocasiones, de forma directa, y, en otras, solo de forma indirecta. En tales casos, se utilizan las llamadas "cláusulas de cesión a terceros", en virtud de las cuales las partes principales acuerdan que el compromiso de compensación podrá ser realizado por otras personas que serán designadas en un momento posterior.

Esta cláusula suele pactarse cuando es previsible que sea necesaria la asistencia de una *trading house* para que coloque los bienes de contrapartida en los mercados internacionales o también cuando la empresa que va a suministrar los bienes de contrapartida no es la misma que intervino para la realización de la operación de compensación. De este modo, bien una sola de las partes iniciales o bien las dos partes pueden designar, sin necesidad de que se produzca un nuevo consentimiento, a otra persona para que cumpla con su parte del contrato.

2. Cláusula de linkage

Cuando se trata de la operación de compras-paralelas y el importador primario reside en un país de economía planificada, de tal modo que se da una fuerte presencia de numerosos organismos públicos responsables de la producción y de la venta de los diversos productos de contrapartida, el exportador puede solicitar la adquisición de los bienes de compensación a organismos diferentes de aquellos con los que ha firmado el contrato. Esta garantía se conoce como *linkage* y permite al exportador ampliar la gama de productos adquiribles.³⁹

3. Cláusula penal

En la Guía de la UNCITRAL se indica que la cláusula penal tiene la principal finalidad de que la parte inicialmente exportadora se libere de sus obligaciones de contrapartida pagando la cantidad estipulada, desvinculando, por tanto, acuerdos o

³⁹ Véase, C. Piñero Higuera/F.L. Ras: *Intercambio compensado. Comercio exterior. Temas, política y estrategia. Una nueva opción en el comercio internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1993, p. 32.

relaciones que estaban mutuamente relacionadas. Si bien se reconoce que a ninguna de las partes intervinientes les interesa el incumplimiento de la operación, en la que están mutuamente implicadas, puede ser un instrumento adecuado cuando, p.ej. alguna de ellas se ha visto involucrada en esta relación, pero no tiene interés en cumplir la obligación de compensación.³⁴

Sin embargo, esta perspectiva suscita ciertos problemas y plantea ciertas cuestiones. En primer lugar, el pago de la cantidad prevista en la cláusula penal como indemnización puede no conllevar la liberación de la obligación de compensación. En segundo extremo, la función de tal cláusula en el comercio compensado no es servir de recurso o vía de la que pueda prevalecerse el exportador para incumplir de mala fe su parte de la obligación, sino solo como previsión de una solución para los casos de incumplimiento de la citada obligación en supuestos distintos a la mala fe, de tal forma que su utilización para otras finalidades solo es fuente de problemas y de distorsiones que afectan a los intereses de ambas partes.³⁵

4. Cláusulas de adaptación

La larga duración de alguna de las operaciones de comercio compensado hace que sea conveniente utilizar cláusulas que favorezcan la posibilidad de introducir cambios, como puede suceder, por ejemplo, en el caso del precio de los productos o mercancías que se venden o por dificultades en el cumplimiento que puedan surgir al cabo de más de diez años desde la celebración del contrato. Por este motivo, aun siendo frecuente evitar la determinación de un precio de compra o de venta de las mercancías en los acuerdos compensatorios (por ejemplo, a través de la referencia al valor de mercado en el momento correspondiente, etc.), no deja de ser útil prever en el contrato, una cláusula de revisión de los precios.³⁶

También resulta conveniente introducir la cláusula de *hardship*, dado que el tiempo puede hacer muy difícil el cumplimiento de los contratos en las condiciones inicialmente pactadas. Téngase en cuenta que tal cláusula no equivale a la fuerza mayor, dado que cuando sobreviene un acontecimiento que determina la existencia de fuerza mayor, el cumplimiento del contrato es imposible. Esta cláusula tan solo sirve para permitir modificar algunas de las previsiones pactadas inicialmente, al hacerse muy difícil el cumplimiento en el momento actual de las obligaciones del contrato.³⁷

5. Otras cláusulas

Suele ser frecuente también la inclusión de "cláusulas de limitación de reexportación de los bienes de contrapartida" a petición del PVD que negocia la operación. En virtud de tal cláusula, la otra parte contratante se compromete a no re-exportar los productos de contrapartida en determinados mercados con la finalidad

³⁴ Véase, UNCITRAL: *Legal Guide on International Comestrade Transactions*, United Nations, New York, 1993, pp. 144 y ss.

³⁵ Véase el caso de Rumanía y China, en cuyas regulaciones se prevé expresamente que la sanción impuesta por la cláusula penal no impide que la parte incumplidora deba indemnizar a la otra parte o que esta le pueda pedir el cumplimiento obligatorio del contrato. Véase, K. Khiri: *op. cit.*, 1996, pp. 143 y ss.

³⁶ Para los tipos de cláusulas que se utilizan en el comercio compensado relativas a la revisión de los precios véase K. Khiri: *op. cit.*, p. 153.

³⁷ Véase con más detenimiento, K. Khiri: *op. cit.*, pp. 153 y ss.

de que el PVD no pierda las ventajas obtenidas en dichos países, en los que vende los productos, que ahora son objeto de contrapartida a través del comercio convencional a cambio de divisa. Los bienes de contrapartida en los que están más interesados los PDs suelen ser los tradicionales del país en cuestión, para los que el PVD no suele tener dificultad para distribuirlos en el mercado internacional.

Esta cláusula tiene la doble finalidad de proteger los mercados de los PVDs, en los que distribuyen normalmente sus productos tradicionales, pero, al mismo tiempo, permitir realizar acuerdos de compensación con otros países, incluyendo, tanto estos mismos productos como productos de otro tipo, que, al no ser tradicionales, distribuyen con mayor dificultad.

También es frecuente la utilización en el comercio compensado de otras cláusulas motivadas, en parte, por la prolongada fase de cumplimiento de dichas operaciones. Así, su larga duración, vinculada a los acontecimientos imprevisibles para las partes que pueden tener lugar durante ese tiempo, puede dar lugar a que se produzca un incumplimiento de la obligación de compensación por fuerza mayor, caso fortuito u otros motivos relacionados con acontecimientos imprevisibles e inevitables, que aconseja la inclusión en la operación (en especial en el protocolo, si existe) de una cláusula de exención de responsabilidad, que defina cuáles son los impedimentos y determine sus consecuencias jurídicas en el conjunto de la operación.

Entre estas circunstancias pueden citarse aquellas que tienen una naturaleza legal, como un cambio en la regulación del país del comprador o la existencia de prohibiciones a la importación o exportación de determinado tipo de mercancías. También puede tratarse de circunstancias de tipo natural como una catástrofe, etc. La Guía de la UNCITRAL hace referencia a todas ellas con el nombre de *exempting impediments*³⁸. La falta de uniformidad existente en los sistemas jurídicos sobre la definición del concepto de "impedimento" aconseja que las partes establezcan en el protocolo su propia definición así como las consecuencias que conlleva, para lo que puede utilizarse lo previsto en el artículo 79 del Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de bienes muebles corporales.³⁹

La prolongada fase de ejecución de una operación de compensación hace que sea conveniente establecer límites en el tiempo para su cumplimiento. En ocasiones, incluso, el país exportador puede querer que se incluya una cláusula que le permita no tener que cumplir con la obligación de compensación cuando los productos de contrapartida no están disponibles en el momento fijado. Podrá incluirse una cláusula de este tipo: "en el caso de que la lista de productos de la organización comercial extranjera (...) no estén disponibles para ser suministrados (...), el comprador quedará completamente liberado de su obligación de compensación". Tal cláusula no es interpretada como una quiebra de la buena fe con la que deben enfrentarse estas operaciones, sino como una forma de poder superar posibles problemas técnicos o económicos que pueda tener el país importador para suministrar los bienes.⁴⁰

³⁸ Véase, *Legal Guide...*, *op. cit.*, p. 146.

³⁹ *Ibid.*, p. 147, marg. 17.

⁴⁰ Véase, O.E.C.D.: *East-West Trade: Recent Development in Commerce*, Paris, 1983, p. 55.