

FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/332/Add.7
22 de marzo de 1990

ESPAÑOL
Original: INGLES

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: capítulo de muestra*

Informe del Secretario General

Adición

XII. GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO

INDICE

Párrafos

A. Observaciones generales	1 - 6
B. Cláusulas de garantía en los acuerdos de comercio compensatorio	7 - 37
1. Elección del garante	10 - 14
2. Requisitos para la reclamación del pago de la garantía	15 - 20
3. Monto de la garantía y reducción de ese monto	21 - 24

* El proyecto de capítulo que figura en el presente documento ha sido preparado por la Secretaría para su examen por la Comisión como parte de los preparativos del proyecto de guía jurídica sobre la redacción de contratos referentes a operaciones de comercio compensatorio internacional y no debe considerarse que representa las opiniones de la Comisión.

INDICE (cont.)

	<u>Párrafos</u>
4. Fecha de constitución de la garantía	25 - 28
a) Al entrar en vigor el acuerdo de comercio compensatorio o poco después	25 - 26
b) En fecha posterior durante el plazo de cumplimiento	27 - 28
5. Duración de la garantía	29 - 34
a) Fecha de extinción	29 - 31
b) Devolución de la escritura de garantía	32
c) Prórroga	33 - 34
6. Modificación o resolución del acuerdo de comercio compensatorio	35 - 37
C. Garantía de liquidación del saldo comercial pendiente	38 - 45
1. Garantía del envío de retorno	40 - 44
2. Garantías recíprocas	45

A. Observaciones generales

1. La guía jurídica se interesa por las garantías (también denominadas en la práctica "cauciones" o "cauciones de indemnidad") que se constituyen en una operación de comercio compensatorio para asegurar el cumplimiento del compromiso de compensación. Esas garantías pueden prestarse para asegurar el cumplimiento de la obligación de la parte que se haya comprometido a adquirir a título compensatorio mercaderías, o para asegurar el cumplimiento de la obligación de la parte que se haya comprometido a suministrar mercaderías. En ocasiones, la garantía asegura el compromiso compensatorio al garantizar el pago mediante una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal que garantice el compromiso de compensación. Las garantías propias del comercio compensatorio pueden utilizarse también para responder de la liquidación de desequilibrios comerciales (párrafos 38 a 45 *infra*). No se abordan específicamente las garantías que se constituyen en garantía del cumplimiento de un contrato de suministro propiamente dicho, puesto que las garantías de este tipo no plantean problemas que puedan considerarse como particulares del comercio compensatorio.

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

3. La garantía puede estipularse como una obligación independiente de la obligación subyacente o como una obligación accesoria a la misma. Si es independiente, la obligación del garante de pagar no dependerá de que la parte obligada por la obligación subyacente ("mandante" de la garantía), que obtiene la garantía, haya incumplido efectivamente la obligación subyacente, sino de que la parte acreedora de la obligación subyacente ("el beneficiario" de la garantía) haya cumplido los requisitos fijados para el pago de la garantía (véase un examen de las condiciones de pago en los párrafos 15 a 20 *infra*). Al cumplir los requisitos exigidos para reclamar el pago, el beneficiario será prontamente pagado incluso si existe desacuerdo entre el mandante y el beneficiario acerca del incumplimiento de la obligación subyacente. En el ejercicio de una acción para recuperar la cantidad pagada por concepto de garantía, corresponderá al mandante demostrar que no ha incumplido la obligación subyacente. Pese a que la obligación de pagar del garante puede ser independiente de la obligación subyacente, con arreglo a la ley aplicable a la garantía, se podrá ignorar, en circunstancias excepcionales, el derecho del beneficiario a reclamar el pago de la garantía, en particular cuando la reclamación del beneficiario sea fraudulenta.

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

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

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

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

B. Cláusulas de garantía en los acuerdos de comercio compensatorio

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

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

9. Cuando la garantía asegure la obligación del deudor subyacente o mandante en virtud de una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal, la cuestión de si el pago de la garantía liberaría al mandante de su obligación de cumplir el compromiso de compensación se resolvería a la luz de lo estipulado en la cláusula de indemnización pactada o en la cláusula penal y las reglas aplicables a esa cláusula (véase el capítulo XI, "Indemnización pactada y cláusulas penales", párrafos ___ a ___). Si la garantía no asegura una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal y, como ocurre en ocasiones, las partes desean que el pago de la garantía surta el efecto de liberar al deudor subyacente del compromiso de compensación o de su responsabilidad por daños y perjuicios respecto de cuantías superiores al monto de la garantía, deberán declarar su intención en el acuerdo de comercio compensatorio. Sin una disposición al respecto, no cabe presumir que el pago de la garantía libera al deudor subyacente del compromiso de compensación o de la responsabilidad por daños y perjuicios.

1. Elección del garante

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

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

12. Puede que el beneficiario desee que una institución de su país de origen preste la garantía porque podría ser más fácil exigir el pago de una institución de esa índole que de una institución extranjera. No obstante, insistir en que el garante sea local puede resultar desventajoso en la medida en que el mandante o deudor subyacente se vea impedido de utilizar un garante con el que mantenga una relación habitual y que pueda prestar la misma garantía a un costo más bajo.

13. Algunos ordenamientos jurídicos contienen reglas de derecho imperativo aplicables al beneficiario por los que éste sólo podrá aceptar una garantía prestada por una institución financiera del propio país o por una institución financiera autorizada para prestar garantías que supongan un pago en divisas, o si la autoridad competente aprueba la elección del garante.

14. Se han dado casos en que la parte cuyo compromiso de compensación ha de garantizarse ha asumido la obligación de pagar una cantidad de dinero, denominada "garantía", para responder del compromiso de compensación o del pago de una indemnización pactada o una pena vinculadas a ese compromiso. Una "garantía" de esa índole surte el efecto de que la parte que sale "garante" de sí misma promete pagar a la otra parte con arreglo a lo estipulado en la

garantía, sin oponer ninguna excepción que no sea oponible por un tercero garante, por lo que incumbirá a la parte que salió "garante" entablar demanda para el reembolso de los fondos que haya pagado, si es que puede afirmar que no ha incumplido la obligación subyacente. Puede que el beneficiario acepte una garantía de esa índole si es independiente de la operación subyacente y la otorga una parte comercial que, a juicio del beneficiario, goza de una honestidad comercial y de una solvencia financiera indudables. Ahora bien, no está claro que una garantía de esa índole otorgue al beneficiario otros derechos que los que se derivan de la propia obligación garantizada.

2. Requisitos para la reclamación del pago de la garantía

15. Deberán consignarse claramente en el acuerdo de comercio compensatorio los requisitos que hayan de cumplirse para que el garante esté obligado a pagar, en particular los relativos a los documentos que hayan de presentarse en apoyo de una reclamación de pago. Cualquier incertidumbre acerca de si los documentos presentados por el beneficiario son conformes a lo estipulado en la garantía puede dar lugar a controversias.

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

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

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

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

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

3. Monto de la garantía y reducción de ese monto

21. Las partes deberán convenir el monto de la garantía, así como la moneda en que se expresará y pagará. El monto de la garantía se expresa como una cantidad determinada o como un porcentaje del valor del compromiso pendiente. Si la garantía responde del pago estipulado en una cláusula de indemnización pactada o en una cláusula penal, la cláusula de garantía del acuerdo de comercio compensatorio podría exigir el pago de la cuantía total de la indemnización pactada o de la pena o de una parte de la misma. La indemnización pactada o la pena podría consistir también en un determinado porcentaje del compromiso de compensación incumplido.

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

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

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

4. Fecha de constitución de la garantía

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

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

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

b) En fecha posterior, durante el plazo de cumplimiento

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

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

5. Duración de la garantía

a) Fecha de extinción

29. Es conveniente que, en el acuerdo de comercio compensatorio, las partes señalen el plazo de validez de la garantía. Una solución sería estipular una garantía de duración indefinida que se extinguiera únicamente cuando se estimase cumplido el compromiso o se liberase del compromiso a la parte comprometida (véase el capítulo VII, "Cumplimiento del compromiso de compensación", párrafos ___ a ___). Otra posibilidad sería señalar una fecha de extinción fija. Cabe observar que la mayoría de los garantes estarán dispuestos a prestar garantía únicamente si se determina la fecha de extinción. Además, los Usos y reglas uniformes relativos a los créditos documentarios (revisión de 1983, Publicación No. 400 de la Cámara de Comercio Internacional), con arreglo a cuyas normas se pueden emitir cartas de crédito contingente, disponen en su artículo 46 que se indique un último día hábil para la presentación de documentos.

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

31. Si la garantía adopta la forma de una carta de crédito contingente, deberá indicarse expresamente en ella que es irrevocable. La necesidad de esa indicación se funda en que el párrafo c) del artículo 7 de los Usos y reglas uniformes relativos a los créditos documentarios (revisión de 1983, Publicación No. 400 de la Cámara de Comercio Internacional), que es de aplicación frecuente, dispone que un crédito será considerado como revocable a falta de una indicación expresa de que es irrevocable.

b) Devolución de la escritura de garantía

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

c) Prórroga

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

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

6. Modificación o resolución del acuerdo de comercio compensatorio

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

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

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

C. Garantía de liquidación del saldo comercial pendiente

38. Puede que las partes convengan en enviar mercaderías a cambio de mercaderías y en que los envíos en ambos sentidos no sean abonados en dinero. Este tipo de operación puede basarse en un contrato de trueque (véase el capítulo III, "Enfoque contractual", párrafos ___ a ___) o en la compensación de derechos al pago contrapuestos (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos ___ a ___). En esos casos, cada proveedor correrá el riesgo de que el valor de sus envíos sea superior al valor de las mercaderías recibidas de la otra parte y de que no se liquide este excedente ni mediante un suministro de mercaderías ni mediante un pago en dinero. Para cubrir ese riesgo, las partes podrán constituir una garantía para responder de la liquidación de todo saldo comercial pendiente.

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

1. Garantía del envío de retorno

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

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

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

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

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

2. Garantías recíprocas

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