

CLÁUSULAS DE ORIGEN ANGLO-SAJÓN USUALES EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

PINKAS FLINT BLANCK ¹

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú
y experto en Negociaciones Internacionales de las Naciones Unidas - UNCTAD/GATT

SUMARIO: I. Diferencias entre el sistema del *common law* y el sistema del derecho civil II. Explicación de cláusulas de origen anglo-sajón usuales en la contratación internacional III. El *countertrade*; otras definiciones de figuras jurídicas del comercio internacional IV. Bibliografía.

El presente trabajo tiene tres partes. La primera referida a las diferencias entre el sistema anglosajón y el continental en cuanto contratación internacional, la segunda referida a la explicación de las cláusulas de origen anglosajón usuales en la contratación internacional y la tercera sobre la definición de figuras jurídicas de intercambio comercial distintos a la compraventa.

El tema es vasto. Es un tema que podría dar lugar a un extenso tratado y por ello no pretendemos cubrirlo en profundidad doctrinaria sino más bien proporcionar al lector una guía útil y práctica que le ayude a identificar y entender cada cláusula y sobre todo le prevenga de las consecuencias, a veces nefastas, de su no comprensión.

I. Diferencias entre el sistema del *common law* y el sistema del derecho civil

Los sistemas jurídicos pueden ser o no meras superestructuras creadas por el hombre pero sus diferencias complican y destruyen las comunicaciones internacionales, los viajes y el comercio. La eliminación de diferencias en los sistemas legales facilita las transacciones, incrementa el bienestar general y promueve la difusión de la cultura.

Los beneficios de eliminar las barreras superficiales son claros pero éstos se complican cuando se pretende alterar aspectos fundamentales de cada sistema legal.

Aquí es cuando se presentan serios problemas de interpretación. No olvidemos que los abogados piensan que sus ordenamientos legales son importantes y generalmente se resisten a los esfuerzos para eliminar de sus sistemas legales aquellas características que conside-

ran únicas.

El conflicto por la defensa del derecho nacional frente al derecho internacional da pie a un serio dilema, aún no resuelto.

Detengámonos a explicar algunas características de nuestro sistema legal para compararlo con el del *Common Law*.

Los países cuyo derecho pertenece a la familia romano germánica han construido sus sistemas sobre la base del derecho romano.

En estos países las normas jurídicas se conciben como normas de conducta vinculadas estrechamente a preocupaciones de justicia y moral.

La ciencia jurídica tiene como tarea fundamental la determinación de cuáles son esas normas. Concentrada en esta labor la «*doctrina*» se interesa poco por la administración y la aplicación del Derecho, aspectos que se abandonan a la jurisprudencia, la administración y los prácticos del derecho. Finalmente, debido a razones históricas, el derecho es elaborado especialmente con el fin de ordenar las relaciones entre los ciudadanos; las restantes ramas del derecho se han elaborado solo posteriormente y con menor rigor, siempre a partir de los principios del «*Derecho Civil*», que continúa siendo el centro por excelencia de la ciencia jurídica.

La familia de derecho romano-germánico tuvo su cuna en Europa y fue construyéndose gracias al esfuerzo de sus universidades las cuales elaboraron y desarrollaron a partir del siglo XII, sobre la base de las compilaciones justinianas, una ciencia jurídica común y adaptada a las necesidades del mundo moderno. El adjetivo romano-germánico se ha elegido para rendir homenaje al común esfuerzo desplegado a la vez por las universidades latinas y las germánicas.

Como consecuencia de la colonización, la familia romano-germánica ha conquistado vastos territorios, en los que hoy se aplican derechos que pertenecen a esta familia o están emparentados con ella. Un fenómeno semejante se ha producido, gracias a una espontánea recepción, en países que no han estado sometidos al dominio de los pueblos europeos, pero en los que las necesidades de modernización o el deseo de occidentalización han llevado a la importación de las ideas europeas.

¹ Master en Derecho de la Universidad de Harvard, Magister en Administración de la Escuela de Administración de Negocios para Graduados – ESAN y MBA por la Université du Québec à Montréal – UQAM. Igualmente es coordinador de la Mención en Derecho Empresarial del Programa de Maestría y coordinador del Programa de Gestión de Empresas en Crisis de ESAN. Obtuvo el Diploma de Empresariato de Harvard Business School y Diploma de Alta Gerencia, Universidad de Oxford. Actualmente es profesor de Derecho Empresarial, de Negociaciones Empresariales y de Comercio Internacional en el Programa MBA de ESAN. Es conferencista y profesor visitante del INCAE de Costa Rica, IESE de España, ICESI, Universidad de los Andes, Universidad Piloto de Colombia y Universidad Gabriela Mistral de Chile.

Fuera de Europa, que es su lugar de origen, los derechos vinculados con esta familia han adquirido, sin embargo, rasgos propios, los cuales exigen desde el punto de vista sociológico al menos, ser clasificados en grupos distintos.

Y en cuanto el sistema del *Common Law* podemos decir lo siguiente:

Comprende esta segunda familia el derecho de Inglaterra y los derechos que han tenido como modelo al inglés. Las características del *Common Law* son totalmente diferentes de las de la familia romano-germánica. El *Common Law* ha sido elaborado por los jueces, en el curso de dirimir los litigios entre particulares y este origen es hoy todavía evidente. La norma jurídica del *Common Law*, menos abstracta que la de los derechos romano-germánicos, es una norma que proporciona solución a un proceso, no una norma de conducta general para el futuro. Las normas relativas a la administración de la justicia, el procedimiento, la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales, tienen el mismo rango, si no superior, para los juristas ingleses, que las normas que se refieren al fondo del derecho, debido quizá a que su preocupación inmediata es restablecer la paz, no echar las bases del orden social.

En la formación y elaboración del *Common Law*, especie de derecho público surgido del procedimiento, la ciencia de los romanistas, fundada sobre el derecho civil, solo ha desempeñado un papel de segundo orden: las divisiones del *Common Law*, los conceptos que emplea y el vocabulario de sus juristas difieren totalmente de las divisiones, conceptos y vocabulario propios de la familia jurídica romano-germánica.

Al igual que los derechos romano-germánicos, el *Common Law* ha experimentado una expansión considerable en todo el mundo como resultado de las mismas causas: colonización o recepción. Las mismas observaciones que hacíamos al tratar de la familia romano-germánica pueden repetirse aquí.

En los casos en que se ha producido la recepción, es preciso ver en qué medida su aplicación se ha visto afectada por su coexistencia con tradiciones procedentes de una civilización anterior.

A lo largo de los siglos, han sido muchísimos los contactos entre los países de derecho romano-germánico y los países de *Common Law*.

Especialmente después de algunos años los derechos que pertenecen a ambas familias han mostrado una tendencia a la aproximación y existen motivos más que sobrados, desde cierto punto de vista, para considerar dicha aproximación como suficiente para poder hablar de una gran familia de derecho occidental que abarque a ambas. El *Common Law* conserva su estructura, muy diferente de la de los derechos romano-germánicos, pero los métodos empleados en ambos mundos tienden a acercarse; la norma jurídica, especialmente, tiende a concebirse cada vez más en los países de *Common Law* al estilo de la norma romano-germánica, con la consecuencia que muy a menudo se ofrecen soluciones de contenido muy semejantes, inspiradas en una misma idea de justicia, a los problemas que plantea el derecho en el seno de las dos familias.

El «*Common Law*» significa literalmente ley o derecho común y así se denomina el derecho consuetudinario inglés. Castillo y Alonso

lo define como el «conjunto de prácticas, costumbres y observancias a que da vida la conciencia jurídica del pueblo inglés y que, constituyendo la fuente más interesante y copiosa de su Derecho, se exterioriza mediante declaraciones del Parlamento y, más singularmente, de los tribunales de justicia».

Cabe resumir alguno de los principios que inspiran el *Common Law* basándose en las máximas a continuación reproducidas:

- Los actos del hombre pueden testificar gravemente contra él.
- Se entiende que cada cual desea las consecuencias de sus actos.
- Las cosas pueden deshacerse por el mismo medio que se hicieron.
- La necesidad justifica aquello a que obliga.
- La incorrección del lenguaje no vicia el acto jurídico.
- La malicia suple a la edad en los actos.
- El mejor intérprete de la ley es la ley misma.
- La ley debe interpretarse del mismo modo para todos.
- En casos de extrema gravedad, todo se hace común.
- El fraude no se justifica con sutilezas.
- Las Cortes no harán por las partes aquello que las partes no hicieron por sí mismas

En cuanto al sistema angloamericano podemos preguntarnos: ¿Qué caracteres distintivos posee el sistema angloamericano?

El primer rasgo que presenta es su carácter judicial. El Derecho privado internacional sólo funciona en la anormalidad, en el litigio. Hay una absoluta carencia de principios generales; no existen leyes. Las normas judiciales sirven para alquilar un derecho, porque al acudir ante un magistrado éste dictará una sentencia favorable a sus intereses. El jurista latino dirá, al contrario, a su cliente: «*Si usted acude ante los Tribunales, éstos le serán favorables porque usted posee un derecho que lo ampara*». Es una posición que encara el problema desde un ángulo absolutamente opuesto. Es el derecho el que protege al sujeto y no un fallo eventualmente favorable. Esta es la falla fundamental del sistema.

Un segundo carácter del sistema, también ya apuntado, es el referente a su inductividad. El sistema angloamericano no se edificó en base a grandes principios generales, como los que vieron la luz en el continente europeo, sino que surgió de los fallos judiciales, de los que se extraían las soluciones a darse en situaciones similares ocurridas posteriormente. La base no ha sido apriorística, sino por el contrario, partió de la previa constatación de fallos anteriores, elaborándose en base a ellos, principios generales y flexibles, aptos para su adaptación en las variadas exigencias de la jurisprudencia. La doctrina angloamericana se reduce al análisis, a veces exhaustivo, de los «casos» que por su importancia, han sido la base de las decisiones posteriores. Son los «*leading cases*» cuya vigencia perdura a través de los siglos.

El derecho privado internacional inglés es un derecho positivo; hay una perfecta concordancia de los principios con la práctica de los tribunales, en tanto que los autores continentales, imbuidos de ideas apriorísticas, tratan de lo que debe ser, enzarzándose en interminables discusiones de carácter más especulativo que positivo.

La conclusión preliminar que podemos extraer del sistema angloamericano es la posibilidad de su armonización con el sistema continental.

La realidad nos muestra que ambos sistemas, pese a sus divergencias, cumplen etapas de aproximación. En América Latina, el peso de la Jurisprudencia es cada vez mayor y las sentencias de la Corte Suprema, publicadas en revistas especializadas, llevan en su encabezamiento la síntesis de la misma y la orientación y criterios de la decisión judicial, orientación que pesa fundamentalmente en las sentencias posteriores y en el accionar de las Cortes y Tribunales de menor jerarquía.

También es frecuente encontrar en América Latina normas que prescriben la obligatoriedad de las resoluciones judiciales de tribunales y cuerpos administrativos especializados como son los tribunales fiscales, aduaneros o de defensa de libre competencia. La publicación de estos fallos puede consignar su obligatoriedad interpretativa para todo caso similar a lo que se le denomina «*criterios de cumplimiento obligatorio general*».

De otro lado en los Estados Unidos se presenta cada vez más la influencia de la codificación. Como puede verse del UCC (*Uniform Commercial Code*) y el *Tax Law*, las regulaciones federales sobre tributos, transporte y comercio están todas codificadas y regulan extensas áreas del mundo legal.

II. Explicación de cláusulas de origen anglo-sajón usuales en la contratación internacional

Veamos a continuación las diferencias que se presentan en el ámbito internacional. Para ello tomaremos como base el contrato principal, eje del comercio internacional: La compra venta. Además analizaremos la relación del sistema del *Civil Law* y del *Common Law* bajo estudio con la importante Convención de las NN.UU. denominada Convención sobre los Contratos de Compra-Venta de Bienes Muebles.

Esta Convención denominada en inglés *Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (CISG) entró en vigor en enero de 1988. Tiene amplio apoyo de la Comunidad Internacional y regula, como su nombre lo indica, el tráfico comercial de bienes. Acorde al CISG la venta debe ser internacional, esto es, el comprador y vendedor deben tener sus lugares de negocio en diferentes países.

Además para la aplicación del CISG se requiere que cualquiera de los estados sea una parte contratante de la Convención o bien las reglas del derecho internacional privado deben llevar a la aplicación de la ley de una de las partes contratantes.

Las transacciones locales o domésticas se regulan por la ley nacional. Así, en los Estados Unidos es de aplicación el *Uniform Commercial Code* (UCC), en Inglaterra el *Sales of Goods Acts* de 1893 y 1979, en Francia las Normas de Obligaciones del Código Civil de 1804 y el Código de Comercio de 1809 y en Alemania la Ley de Obligaciones en el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1809.

La Convención no define qué es una venta. Sin embargo la definición implícita comprende la entrega de bienes y su documentación sustentatoria por un vendedor y el pago del precio por un comprador (Art. 30º y 54º).

Comparemos esta definición con la de UCC, 2-106 que define la compraventa como el traspaso de título de propiedad de los bienes de un vendedor a favor de un comprador por un precio.

Los bienes no son definidos en la Convención. Los acreedores de la Convención asumieron que ésta sólo se aplicaba a los bienes que son muebles tangibles. Esta restricción surgió acorde a los usos internacionales. Así, la Convención excluye de su cobertura (Art. 22º) a las siguientes transacciones y bienes:

1. Transacciones Excluidas:

- Bienes comprados para uso personal o familiar: La razón de ello es el diferente estándar que rige en los países así como las normas de defensa del consumidor.
- Bienes producto de remates: La razón es que no se sabe bien cuando se forma el contrato y la venta se ejecuta por mandato legal regulado por normas legales específicas de cada país.

2. Bienes excluidos:

- Acciones, bonos, dinero, instrumentos, papeles comerciales. Tampoco incluye patentes, derechos de autor y marcas.
- Barcos, aviones e hidroaviones.
- Electricidad.

La Convención sólo regula la formación de los contratos y las indemnizaciones disponibles a vendedores y compradores. No versa sobre:

- La legalidad del contrato. La razón de ello es que este aspecto depende de las costumbres y valores sociales de cada cultura.
- La capacidad de las partes la cual depende de la ley local.
- Derechos de terceros. No existe una versión consistente en el mundo sobre quién es un tercero.
- Responsabilidad por daños o muerte de terceros.

Cuando se aplica la Convención no se aplica la ley doméstica pues su función es establecer normas de regulación uniforme en los contratos de compra venta (Art. 7º, (1)). La Convención se aplica a los temas contractuales. La Convención evita que la ley local se aplique aún cuando ésta proporcione un nombre o tratamiento distinto al problema.

También excluye la posibilidad de aplicar la ley local cuando en esta se dan elementos adicionales. Ejemplo de ello lo tenemos en las reglas de protección al consumidor basadas en la responsabilidad del fabricante (*products liability*) que permite al comprador demandar «*tort or delict*» si el fabricante falla y no usa el debido cuidado en la manufactura de los bienes que ofrece al mercado. En este caso si el comprador muestra su relación como parte contratante de la Convención y la opone frente a la ley local, la Convención impedirá que el demandante accione en *tort*.

Procedamos ahora a comparar las diferentes formas de interpretación de la Convención Internacional. El primer aspecto que tomaremos en cuenta es la posibilidad de la aproximación subjetiva que sostiene que uno debe tratar de interpretar y entender aquello que las personas tenían en mente cuando contrataron. Esta es la regla general en muchos países del derecho civil. La crítica que se les hace es que si una disputa surge sobre el significado del contenido del contrato las partes serán difícilmente imparciales sobre lo que tenían en mente al momento de celebrar este.

La segunda es la aproximación objetiva en la cual se debe mirar las circunstancias que rodean al contrato como si uno fuera un observador imparcial. Esta es la regla en los países del *Common Law*.

Ahora veamos que pasa cuando los dos sistemas chocan:

En 1864 las Cortes inglesas juzgaron un caso interesante. En *Raffles vs. Wichelhaus* y otros. *Court of Exchequer 1864* se presentaron estos hechos. Existían dos barcos llamados *Pearless*. Esto no era conocido a las partes contratantes. El vendedor contrató uno de los barcos llamado *Pearless* en Bombay, India, para entregar algodón a un comprador en Liverpool, Inglaterra, de acuerdo con su contrato. Cuando el algodón no llegó en el otro buque *Pearless*, como el comprador esperaba, este consideró que el contrato se había incumplido. El comprador posteriormente rechazó aceptar el algodón cuando la mercadería llegó en el *Pearless* contratado por el vendedor. El vendedor demandó por incumplimiento de contrato.

El tema en discusión es: ¿Existió contrato? Para que exista contrato las partes deben tener un acuerdo de voluntades, debe existir un «*consensus ad idem*», en este caso, un acuerdo sobre el objeto del contrato.

La sentencia fue desfavorable al demandante y el caso fue desechado pues debido a un error común las partes habían fallado en un elemento esencial del contrato: medios y tiempo de entrega. Así, no hubo contrato.

En la Convención (Art. 8º) se dan dos criterios. Se considera la intención. El aspecto subjetivo de la contratante pero sólo cuando la otra parte conocía o no pudo ignorar las intenciones de la parte.

Cuando la intención del interlocutor no es clara se debe tomar la intención objetiva. Así, las declaraciones de una parte y su conducta deben interpretarse acorde a los que una persona razonable del mismo nivel habría comprendido si se hubiera hallado en las mismas circunstancias.

En la Convención (Art. 8º (3)) se instruye a las Cortes que interpreten los contratos proporcionando la debida consideración a todas las circunstancias relevantes, incluyendo:

1. Las negociaciones que llevaron al contrato.
2. Las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas.
3. La conducta de las partes luego que acordaron el contrato.

El propósito es descartar las técnicas de interpretación locales. Así, en el derecho del *Common Law* encontramos la regla de evidencia oral (*parol evidence rule*). Esta *parol evidence rule* prohíbe a una Corte utilizar cualquier entendimiento oral previo o contemporáneo y prescribe que cuando se interpreta un contrato escrito se debe considerar que las partes contratantes interpretan éste como la «*expresión final*» de acuerdo.

Si las partes incluyen en su contrato un «*integration clause*» solicitando a las Cortes ignorar todo acuerdo previo, las Cortes obedecerán ésta en virtud del acuerdo de los contratantes.

En cuanto a prácticas y usos existen dos corrientes de interpretación. Aquellas que consideran los usos y prácticas definidas como ta-

les por las partes (Art. 9º (1)) y aquellas que las partes conocían o debían conocer por el giro del negocio en el cual se desempeñan. Estas prácticas deben ser conocidas y regularmente observadas por las contratantes en ese tipo de negocio (Art. 9º (2)).

El tema de usos y prácticas comerciales tiene tratamiento distinto en el ámbito internacional. Así, en los países de la Europa del Este las prácticas comerciales no se toman en cuenta si no se hallan reflejadas en un contrato y siempre que no violen reglas positivas.

En el Occidente las prácticas –usos y costumbres– se aplican aún cuando éstas contradigan las normas positivas o el contrato no señale nada al respecto. Por ello la Convención tomó el concepto de «*ampliamente conocidos*» y «*observadas regularmente*».

Un caso que ilustra esta problemática es el *Fregalimint Importing Co. Ltd. vs. BNS International Sales Corp. United States District Court – Southern District of New York 1960*.

Los hechos son los siguientes:

El comprador en Suiza acordó comprar gallinas a un vendedor en New York bajo dos contratos. El comprador pensó que estaba ordenando pollos parrilleros (aves jóvenes y tiernas) en tanto que el vendedor pensaba que requería pollos para broiler (aves más viejas y duras). Cuando el vendedor envió los pollos *broiler* bajo el primer contrato, el comprador protestó. A pesar de sus protestas el vendedor intentó entregar el segundo contrato. El comprador rechazó aceptar los bienes y demandó.

El problema central se plasma en tres cuestiones jurídicas:

1. ¿Se hallaba el término «*pollo*» definido en el contrato?
2. ¿Se hallaba definido por la conducta de las partes?
3. ¿Se halla definido por los usos y costumbres?

A las tres preguntas las Cortes contestaron no.

El primer aspecto fue la aplicación de la ley. Un contrato no es nulo si las partes no entendieron lo mismo siempre que hallan dicho lo mismo. Cuando un término legal es ambiguo uno mira primero el contrato en sí mismo por una definición, luego a la conducta de las partes al realizar el contrato y luego a la práctica usual del gremio.

Cuando una de las partes es nueva en el giro entonces ella está obligada por los usos y costumbres sólo si las conoce o si estas son conocidas por una comunidad relevante (a través de un contenido notorio, universal y de razonable uso, de tal forma que su conocimiento individual podría inferirse).

En el caso el comprador dijo que el contrato implicaba que por lo menos parte de los pollos debían ser jóvenes (parrilleros) porque hablaba de dos tamaños.

Esto fue hallado sin fundamento por las Cortes porque un contrato de manzanas de dos tamaños diferentes puede ser cumplido con diferentes tipos de manzanas aún cuando una especie venga en dos tamaños; además porque el comprador protestó en el primer contrato y por ello no pudo determinarse una conducta definida entre las partes y no pudo probarse una práctica ni usos y costumbres del gremio.

Procedamos a desarrollar la segunda parte del presente trabajo analizando cláusulas de origen anglosajón usuales en la contratación internacional para luego comentarlas en su uso en contratos internacionales.

Comencemos por los denominados *Recitals*:

Recitals

Se denomina así a una declaración formal en un documento que explica las razones por las cuales se ha suscrito el documento o se ha hecho la transacción que atañe el documento. También estipula cualquier lista de hechos específicos en un documento.

Los *recitals* en un documento de compra venta se ubica entre la fecha y el *habendum* y comienza generalmente con la palabra formal «Whereas».

Un ejemplo de *recitals* lo tenemos en el siguiente párrafo:

RECITALS

- A. *Company is engaged in the business of providing financial modeling software to financial institutions and other entities as well as related support and consulting services.*
- B. *Employee is or will be employed and compensated by Company and Company desires to protect its proprietary and confidential information.*
- C. *In the course of Employee's work for Company, Employee has or may have access to such proprietary and confidential information. In consideration of the foregoing and of the mutual covenants herein, the parties agree as follows:*

Ahora procedamos al concepto de *Definitions*:

Definitions

Se entiende así a la descripción de una cosa por sus propiedades, una explicación del significado de una palabra o término. El proceso de detallar el significado exacto de una palabra por el mérito de otras.

Las definiciones describen todos los elementos esenciales y excluyen los no esenciales. La definición ayuda a distinguir una cosa de las demás cosas y clases. Así pues, definir es explicar el estado exacto de las palabras y frases y establecer explícitamente sus límites.

Es muy importante el concepto de definición porque las partes pueden definir sea en forma amplia o restrictiva términos los que se convierten en ley entre ellas. Conocemos definiciones dadas por las partes que modifican inclusive figuras como las creadas por INCOTERMS.

A fin de proporcionar una ilustración de los que entendemos por *Definitions* tomemos el Contrato Internacional de Representación Comercial de la Compañía *Ford International*, contrato denominado *Overseas Dealer Sales and Service Agreement Standard Provisions*.

En éste leemos *Definitions*:

DEFINITIONS

As used herein, the following terms shall have the following meanings, respectively:

- (a) «*Affiliated Company*» shall mean any parent corporation of Company or a corporation, company or other business entity in which the Company or any parent corporation of Company directly or indirectly owns or controls more than fifty percent (50%) of the voting stock or equity capital.
- (b) «*Dealer's Locality*» shall mean the geographical area designated in writing to the Dealer by the Company from time to time as the area of the Dealer's sales and service responsibility for Factory Products.
- (c) «*Dealer Price*» shall mean, with respect to each Factory Product to which it refers, the price to the Dealer for such product, as from time to time is established by the Source(s), before deduction of any cash or other discount applicable thereto. It shall not include any amount in the nature of a pre-delivery or other holdback deposit or charge, any charge by the Source(s) for distribution, delivery or taxes or any other charge for special items or services.
- (d) «*Factory Products*» shall mean such of the following as may be offered in writing for sale from time to time by the Source(s) to the Dealer for resale under the terms and conditions of this agreement.
- (i) Such times, series and models of new vehicles from such Source(s) as are designated from time to time by the Company to the Dealer (hereinafter called «*Factory Vehicles*»).
- (ii) New parts and accessories and remanufactured parts for Factory Vehicles made or remanufactured by or for the Source(s) (hereinafter called «*Genuine Parts*») and
- (iii) Other products.
- The lines, series and models of Factory Vehicles initially consigned by the Company pursuant to paragraph 1. (d) above are set forth in Attachment I (Forms OSD IB, July, 1974 (Rev. 11-76).
- (e) «*Source (S)*» shall mean the respective company or companies designated in writing from time to time by the Company to the Dealer as the source for a Factory Product. (The company or companies initially so designated by the Company are set forth in Attachment I).

Definiciones no referidas a las partes sino a conceptos que regulan las relaciones entre las partes las tenemos en un acuerdo internacional de compra venta de software. Así:

Definitions

As used in this Agreement, the following terms shall have the following meanings:

- 1.1 «*Invention*» means any designs, computer programs (as defined in 17 U.S.C. 101), or configuration of any kind, discovered, conceived, developed, written or produced, or any modification or improvements to them, and shall not be limited to the definitions of an invention contained in the United States patent laws.
- 1.2 «*Trade Secrets*» include, but shall not be limited to, company information encompassed in all software, related source and object codes, sources of information, client lists, leads, drawings, designs, plans, flow charts, proposals, marketing and sales plans, financial information, costs, pricing information, and all concepts or ideas in or reasonably related to the business of Company that have not previously been publicly released and which give Company a competitive advantage in the relevant industry.

1.3 «Copyright» means any claim to copyright protection in works of authorship that describe any computational methods, apparatus, software, algorithms, or programs, whether they are in machine readable form, in English or any other programming language. The term shall not be limited to the requirement of any notice as required in the United States of America, but shall include that subject matter in its published or unpublished form under the copyright statutes of the United States, the Universal Copyright Convention, and the Berne Convention, and/or any other convention to which the United States is a signatory.

1.4 «Confidential Information» includes all «Trade Secrets» as well as any technology, circuit diagrams, instruction manuals, blueprints, technical specifications, electronic artwork, account information, customer records, procedures, and all other information, customer records, procedures, and all other information that has been marked confidential or is known to be proprietary, whether it has a copyright notice or a claim to copyright thereon.

Comentemos el término *Representations*:

Representations

Se define así a cualquier conducta capaz de volver una declaración en un hecho. Así fue definido en *Scandrett vs. Greenhouse*, 244 Wis. 108, 11 N.W. 2nd 510, 512.

El *representation* es una declaración de hechos efectuada por una de las partes contratantes para inducir a la otra a celebrar un contrato.

Una representación falsa o *mis representation*, como fraude, incluye hechos, actos o artificios creados para engañar a la otra parte con palabras o acciones.

En el ámbito contractual es una declaración expresa o implícita hecha por una de las partes contratantes a la otra antes o al tiempo de celebrar el contrato con relación a algún hecho pasado o presente, circunstancias o conjunto de hechos pertinentes para el contrato y que son importantes para cerrar el acuerdo.

Se denomina material a una representación cuando esta ha sido la causa esencial para celebrar el contrato. Así, una representación es material si se la relaciona directamente con el tema de controversia y es de tal naturaleza que el resultado final no hubiera sucedido si no se hubiera hecho esta representación.

Ofrecemos un ejemplo de cláusula de *representation* en el contrato denominado *Invention Assignment and Secrecy Agreement*:

Representations:

4.1 *No Infringement of Third Party Rights. Employee shall not disclose to Company or induce Company to use any Inventions, Copyrights, Confidential Information or Trade Secrets belonging to any third party.*

4.2 *No Continuing Obligations. Employee hereby certifies that (s)he has no continuing obligations with respect to assignment of Inventions, Trade Secrets, or Copyrights to any previous employers or other person. Employee further certifies that (s)he does not claim any previous unpatented or non-published inventions or expressions, respectively, within the scope of this Agreement.*

4.3 *No Default or Breach. Employee represents and warrants that the consummation by him/her of the transactions described herein will not result in or constitute any of the following: a breach of any term or condition of this Agreements; a default or an event that, with notice or lapse of time or both, would constitute a default, breach or violation of any Agreements, instrument or arrangement to which Employee is a party; or an event that would permit any third party to terminate an Agreement or to accelerate the maturity of one of the duties or obligations owed to it by the Employee.*

Un caso que ilustra la importancia de la *representación* es el de *Griswold vs. Haven* ante los tribunales de New York, 25 N.Y. 595 (1862).

Los hechos son los siguientes:

Wright, un miembro de la sociedad demandada, efectuó la *representación* al demandante que su firma tenía trigo almacenado en sus almacenes y que tenía la intención de vender este trigo a Griswold. De hecho la firma no tenía trigo alguno en los almacenes y la venta fue fraudulenta por parte de Wright quien se apropió del dinero. La Corte en primera instancia otorgó sentencia a favor del demandante pero el demandado obtuvo el derecho a un nuevo juicio lo que generó la apelación de Griswold.

El tema jurídico en discusión es si la sociedad responderá por daños y perjuicios por la representación fraudulenta de un miembro de la firma. El fallo de la Corte fue que la sociedad sí era responsable por las representaciones efectuadas por los miembros de una compañía siempre y cuando este actúe dentro del margen de acción de los negocios de la firma.

Las Cortes consideraron que una sociedad es responsable por la representación fraudulenta que hace su agente, no porque haya autorizado el hecho fraudulento ni recibido un beneficio de este acto sino porque cuando una de dos partes inocentes debe sufrir debido al fraude de una tercera aquella que depositó la confianza en el agente fraudulento debe soportar la pérdida. La forma en la cual la responsabilidad se exige en estos casos es por «*estoppel in pais*». El agente o socio que ha hecho la representación como un hecho esencial a sus facultades, en base al cual y de buena fe la otra parte actuó, determina que el principal o la firma para la cual trabaja está impedida de contravenir los hechos así presentados. En este caso el demandante conocía que Wright era un socio de la firma y que no tenía derecho a hacer ninguna representación sobre el trigo salvo que la compañía tuviera realmente este en el almacén. Pero si el trigo estaba o no en depósito no había forma de saberlo, excepto a través de Wright. Una examen personal de los almacenes no hubiera logrado nada porque el trigo que existía allí no podía diferenciarse de otros y en consecuencia bajo estas reglas la firma está impedida de negar la verdad de sus representantes.

Un término de singular importancia es el *Warranty*.

Warranty

Se define así a la promesa que una proposición de hecho es cierta (*The Fred Smartley, Jr., C.A.Va., Virginia 108 F. 2nd 603, 606*) o bien a la seguridad dada por una parte contratante de la existencia de un hecho en que la otra debe confiar.

La garantía se crea precisamente para relevar a las promesas de cualquier obligación de probanza de los hechos en sí mismos y equivale a la promesa de indemnizar a las personas a las cuales se les promete algo por cualquier pérdida que puedan sufrir si los hechos garantizados no son ciertos. (*Paccon Inc. vs. U.S.*, 399 F. 2nd 162, 166, 185 Ct. Cl. 24). El *warranty* es la promesa que ciertos hechos son verdaderos y que la forma en la cual se presentan son y permanecerán sujetos a algunas limitaciones específicas. En algunas circunstancias una garantía puede ser presumida o inferida por ley lo que se le denomina garantía tácita.

En las transacciones comerciales se define al *warranty* como una garantía sea expresa, en forma de declaración por el vendedor de los bienes, o tácita, creada por ley, en referencia a la seguridad en el carácter, la calidad o la conveniencia y propósito de los bienes. Un *warranty* es una declaración o representación hecha por el vendedor de los bienes en forma contemporánea con o como parte del, contrato de venta y en forma paralela al objeto principal de la venta en virtud de la cual se hace referencia al carácter, calidad, propiedad y título de los bienes y por los cuales el vendedor promete bajo su responsabilidad asegurar que ciertos hechos son o serán como él los representa (*Vasco Tracking Inc. vs. Parkhill Truck Co.*, 6 Ill. App. 3rd 572, 286 N.E. 2nd 383, 386).

Un caso ilustrativo del *Common Law* que explica el concepto de *warranty* lo encontramos en *T.J. Stevenson and Co. vs. 81,193 Bags of Flour United States, Court of Appeals, 5th Circuit, 1980*.

Los hechos son los siguientes:

ADM Milling Co. de los Estados Unidos acordó vender harina al gobierno de Bolivia para su entrega en Bolivia. El contrato requería que ADM entregara harina de una calidad comercial (*merchantable quality*). El gobierno de Bolivia dijo a ADM que estaba preocupada por una posible infección de parásitos. Cuando la harina llegó a Arica estaba infestada con parásitos (escarabajos) y el gobierno rechazó el producto y prohibió que la harina fuera desembarcada. ADM vendió la harina, incurriendo en serias pérdidas, a un fabricante de planchas para techo y luego demandó al gobierno de Bolivia por ruptura de contrato. ADM se quejó que el gobierno de Bolivia no había informado adecuadamente la naturaleza de los defectos reclamados.

El tema central es:

1. ¿Si el gobierno de Bolivia notificó o no a ADM de la naturaleza del defecto?
2. ¿Si existía una garantía?

Según el *Common Law* no basta que un comprador indique que la operación tiene problemas. La notificación debe ser suficiente para informar al vendedor del problema. Esto se encuentra regulado en las normas específicas del Código de Comercio Americano - US UCC 2-607 (3) (A) denominado promesa de promover la buena fe en las relaciones comerciales.

Las Cortes encontraron que el gobierno de Bolivia había dado suficiente y adecuada notificación en cuanto a los problemas de la harina pues: 1). Sus quejas eran constantes; 2). Se había cursado previas comunicaciones sobre la posibilidad de contaminación; 3). El gobierno de Bolivia se opuso al desembarco de la harina en Arica y finalmente;

4). Debido a qué se envió un telex solicitando se impida el pago de la carta de crédito toda vez que la harina se había contaminado en manos de ADM.

El gobierno de Bolivia actuó de buena fe porque no trató de continuar sus relaciones con ADM ni señaló en ningún momento que no demandaría a ADM y porque existía una garantía sobre la calidad de los productos que deben entregarse en las operaciones internacionales.

Un ejemplo de cláusula referida a *warranty* se halla en el contrato de *Technical Services Agreement* que dice:

14. *Warranty:*
Services shall endeavor to render Technical Services, give assistance, give advice, and make information available to Company in the best manner and as accurately as is reasonably possible but Principal and its officers, agents or employees shall not be responsible and they make no warranty or representations regarding the quality or quantity of that can be or are produced from facilities constructed, and Services makes no warranties or guarantees of any kind whatsoever with respect to the manufacturing process adopted for the Plant, and any assistance rendered by Services hereunder. Services shall not be liable for any direct, contingent, or consequential damages arising out of or resulting from any assistance made available by it hereunder.

Dada la importancia del tema proporcionaremos un nuevo ejemplo judicial y nuevas cláusulas de *representations and warranties*.

Para el comprador de bienes el concepto de *warranty* es frecuentemente un sustituto funcional del concepto de mutuo error (*mutual mistake*).

1. No es necesario para la creación de una garantía expresa (*express warranty*) que el vendedor use palabras formales tales como *warrant or guarantee* que tengan la intención específica de hacer un *warranty*. Sin embargo la mera afirmación del valor de los bienes o la declaración u opinión del vendedor elogiando sus bienes no crea una garantía.
2. En el caso de *Smith vs. Zimbalist 2 Cal. App. 2^o. 324 1924 (1934)*, el demandante demanda a un violinista en virtud que ambos pensaban que el violín objeto de la venta era un genuino *stradivarius* y *guararius* y que la factura o minuta de venta reflejaba esta representación.
 - a. En el proceso para requerir el pago la Corte encontró que existía una garantía requiriendo que el violín conformara la descripción.
 - b. El demandado consecuentemente no fue obligado a pagar el saldo del precio.

Si bien no existe obligación de informar sobre la naturaleza de las cosas esto sí es obligatoria cuando existen vicios ocultos que puedan dañar la propiedad o la salud. A esto se le denomina una garantía implícita de comercialización (*implied warranty of merchantability*).

Un ejemplo más extenso de la inclusión de cláusulas de *representations and warranties* la encontramos en el contrato de préstamo internacional denominado *Secured Credit Agreement* que dice:

6. REPRESENTATIONS AND WARRANTIES

B Company represents and warrants to the Lenders that as at the date hereof:

6.1 B Company is a company duly incorporated and validly existing under the laws of the Territory and has all requisite corporate powers to own its property and to carry on its business as now being or proposed to be conducted, is duly qualified to do business in all jurisdictions in which the nature of the business conducted by it makes such qualification necessary and has corporate power and authority to borrow the sums provided for in this Agreement and to sign this Agreement and to perform and observe all the provisions of this Agreement.

6.2 The representatives of B Company signing this Agreement on behalf of B Company are fully authorized to sign this Agreement.

6.3 This Agreement is valid and binding on B Company.

6.4 Except as revealed to the Managers by a letter dated, 19....., there is no litigation, proceeding or dispute pending or threatened by or to the knowledge of B Company against B Company or any other person or authority, the adverse determination of which might substantially affect B Company's ability to repay any borrowings hereunder and that B Company is not to the best of its knowledge and belief in default under any statute, ordinance, decree, rule, order or regulation of any governmental authority having jurisdiction over B Company the consequences of which might substantially affect B Company's ability to repay any borrowings hereunder; provided that any certificate which may under the terms of this Agreement be required to be furnished at a later date may qualify this warranty by excepting such matters of litigation, proceeding or dispute as shall have been revealed to the Managers and by them deemed to be without merit.

6.5 There is no provision in any contract or agreement to which B Company is a party or under which B Company is obligated nor is there any statute, ordinance, decree, rule or regulation binding on B Company which would be contravened by the execution of this Agreement or by the performance of any provision, condition, covenant or other term contained herein, except to the extent that additional exchange control approvals or authorizations may be required at or prior to the time of making any payment required to be made by B Company hereunder.

6.6 It has furnished to the Managers a copy for each of the Lenders of the Balance Sheet of B Company as of, 19....., and of its Profit and Loss Account for the year ended on that date; such Balance Sheet and Profit and Loss Account are true, correct and complete and were prepared in accordance with generally accepted (in Australia) accounting principles; and such Balance Sheet and Profit and Loss Account fairly present the financial condition of B Company as at the said date and such Profit and Loss Account fairly presents the results of the operations of B Company for the year in question.

6.7 Since, 19....., there has been no materially adverse change in the financial condition of B Company.

6.8 All governmental approvals and authorizations, if any, necessary under the laws of the Commonwealth of Australia or of any State

or territory thereof (including the Territory) for the execution or signature by or on behalf of B Company of this Agreement, and by or on behalf of the respective parties thereto (other than the Managers and the Lenders) of Appendices B, C, D, E and F hereto, for the borrowings provided for herein, for the establishment by B Company of a share register in the Bahama Islands and the transfer of all the issued shares of B Company to that register and the dispatch of all relative share certificates from Australia, for the performance by B Company of its obligations hereunder, and by B Company of the covenants and obligations contained in the Mining Agreement, and by the parties thereto (other than the Managers and the Lenders) of the covenants and obligations contained in Appendices B, C, D, E and F, and by B Company of the covenants and obligations contained in such, if any, of the Purchase Contracts as have been entered into, and for the payment by B Company of all sums required to be paid by it hereunder have been duly received and that all such approvals or authorizations are in full force and effect and have not been modified, rescinded, or restricted except to the extent that future approvals or authorizations may be required at or prior to the time of entering into the Purchase Contracts or of making any payment hereunder or thereunder or of any shipment of copper concentrate, or fulfillment of the obligations contained in Appendices C, D and F, and B Company has delivered to the Managers certified copies of all such approvals and authorizations and warrants and represents to the Lenders that except as set forth above no other approvals or authorizations in Australia or the Territory are presently required in connection with the signing of or performance under this Agreement or, except to the extent of such as are not presently obtainable, the operation of the Facilities under the Ordinance and the Mining Agreement or performance under the contracts referred to above.

Otro término importante y de uso frecuente son los covenants:

Covenants

Se define así al acuerdo, convención o promesa que celebran dos o más partes en un título escrito, firmado y entregado en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la otra que hará o no hará algo o bien afirma la veracidad de ciertos hechos.

En el *Common Law* estos acuerdos debían hacerse bajo firma y sello (seal). Actualmente el término se usa con respecto a promesas en instrumentos relacionados a compra ventas.

Así, el *covenant* es un pacto, convenio, promesa escrita, acuerdo o restricción que usualmente se consigna en un título de propiedad. Generalmente tiene el efecto de crear un contrato. Los *covenants* pueden ser clasificados en diferentes formas.

Veremos algunos de ellos.

- **Absoluto (Absolute Covenant) o Incondicional.** - Un *covenant* absoluto se presenta cuando no existe cualificación o limitación bajo ninguna condición.
- **Affirmative or Negative Covenants.** - Los primeros son aquellos en los cuales una parte se obliga a la existencia de hechos o al futuro cumplimiento de cierto acto. En el segundo el otorgante del *covenant* se obliga a no hacer cierto acto o realizar alguna conducta.

- **Declaratory or Obligatory.**- El primero delimita o explica los usos contractuales. El segundo es obligatorio para la parte que lo otorga.
- **Dependent and Concurrent.**- El primero (*dependent covenant*) depende de la previa actuación de cierto hecho o condición y en consecuencia hasta que esta condición no se realice la otra parte no esta obligada a cumplir con el *covenant*. En el *concurrent covenant* debe efectuarse actos mutuos al mismo tiempo y si una de las partes esta lista y ofrece realizar su parte y la otra descuida o rechaza hacer la suya aquel que está presto u ofrece cumplir con su obligación puede plantear una acción judicial por incumplimiento del otro.
- **Mutual and Independent Covenants.**- *Independent covenants* son aquellos en los cuales no se analizan todos los factores de cada parte sino de cada una en forma independiente porque las acciones son separadas y dan origen a daños y perjuicios por su incumplimiento. En el caso de *mutual covenants* se debe tener en cuenta ambos pues se hallan interrelacionados.
- **Disjunctive Covenants.**- Son aquellos en cuales el incumplimiento de uno o más diferentes hechos, a elección del que otorga o se obliga en el *covenant*, genera obligaciones.
- **Executive or Executory.**- El primero esta vinculado a un hecho ya realizado y el segundo a uno por realizar.
- **Express or Implied.**- El primero se refiere a *covenants* que son creados por palabras expresas de las partes en el título, palabras que declaran sus intenciones en tanto que en el *implied covenants* este debe ser inferido por la ley a partir de ciertas palabras en un documento a pesar que las partes no las expresan. Un *implied covenant* es uno que puede ser razonablemente inferido en circunstancias que atienden a su ejecución.

Ahora explicaremos con un poco más de detalle el uso de *covenants* en la legislación del *Common Law* así como proporcionaremos un ejemplo.

Como hemos señalado el *covenant* es un pacto o convenio. Cuando se trata de un *affirmative covenant* este requiere al promitente (*covenantor*) hacer algo en su tierra tal como un edificio o mantener una pared divisoria, un canal de drenaje, irrigación o construir una represa. Un *negative or restrictive covenant* restringe o limita el uso de la tierra o los actos que se puedan hacer en ella. Un *restrictive covenant* limita al propietario en el uso de su tierra.

Los *restrictive covenants* se utilizan frecuentemente en las restricciones de propiedad para lograr una coordinación entre los residentes. Cuando se utilizan así los *covenants* se les denomina normalmente *building restrictions* y usualmente se les crea para mantener el valor de la propiedad y preservar el carácter residencial de área.

Ejemplos comunes de *restrictive covenants* incluyen:

1. Restricción del uso del lote o ciertos lotes para uso residencial exclusivamente (o prohibir ciertos usos)
2. Imponer un costo mínimo o metraje mínimo para construcción en lotes independientes.

3. Imponer una restricción en el sentido que cualquier edificio construido en el lote debe permitir una distancia entre calles no menor a 10 mts. o 5 mts. entre lotes.

Sin embargo es importante considerar que las Cortes no apoyaran un *covenant* anticonstitucional. En el famoso caso *Shelley vs. Kraemer* la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó amparar un *covenant* que prohibía vender o arrendar a cualquier persona que no fuera de raza blanca y por ello habitar en una calle específica. En este caso el *covenant* se consideró nulo.

Un ejemplo de *covenant* es el siguiente:

ARTICLE IV ADDITIONAL AGREEMENTS AND COVENANTS

4.01 Covenants of the Sellers. Sellers covenant and agree with Buyer as follows:

- (a) **Access.** Sellers will cause Mining Company to afford to Buyer and its authorized representatives reasonable access from the date hereof until the Closing Date, during normal business hours, to Mining Company properties, books, records and work papers and will cause Mining Company to furnish to Buyer such additional Mining Company financial, tax and operating data and other Mining Company information as it may reasonably request; provided that the confidentiality of any data or information so acquired shall be maintained by Buyer and its representatives in accordance with that certain Nondisclosure Agreement dated, 19..... and that certain Confidentiality Agreement dated as of 19....., Buyer has executed each of which.
- (b) **Antitrust Notification.** Sellers will as promptly as practicable file with the Federal Trade Commission and the Department of Justice of the United States of America the notification and report form required for the transactions contemplated hereby and any supplemental information which may be reasonably requested in connection therewith pursuant to the Improvements Act, which notification and report form and supplemental information will comply in all material respects with the requirements of the Improvements Act.
- (c) **Best Efforts.** Sellers will use their best efforts to obtain the satisfaction of the conditions to Closing set forth in Section 6.01 hereof.
- (d) **Bank Accounts.** Sellers agree to cause the names of all persons authorized to draw checks on all bank accounts maintained by Mining Company to be changed at the closing to such names as Buyer shall have designated by written advice to Sellers given sufficiently in advance of the Closing to permit Sellers to effect such change.
- (e) **Appointment of Directors.** Company A, as majority shareholder of FQN, agrees to cause all directors of Mining Company to be changed at the Closing, to such directors as Buyer shall have designated by written advice to Company A given sufficiently in advance of the Closing to permit Company A to effect such change.
- (f) **Cancellation of Intercompany Obligations.** Sellers and Guarantor will cancel, or cause to be cancelled, as of the Closing Date all liabilities and obligations of Mining Company and the to Sellers, Guarantor and their affiliates except those referred to in Schedule 2.14(a) and Section 4.01(h) hereof,

and in doing so none of such liabilities or obligations shall be transferred to third parties, with the result that neither Mining Company nor the shall be liable or obligated, after the Closing Date, for any liabilities or obligations incurred by Mining Company or the prior to the Closing Date to Sellers, Guarantor or their affiliates except those referred to in Schedule 2.14(a) and Section 4.01(h) hereof.

- (g) **Continuing Operations of Mining Company.** During the period up to the Closing Date, Sellers covenant and undertake that they will: (i) cause Mining Company to carry on and conduct its business in a proper and efficient manner and cause its officers to fully consult and otherwise co-operate with the officers of Buyer in giving information which they may require in the conduct of the Mining Project; (ii) keep or cause to be kept proper books of account and records of Mining Company and comply with all statutory requirements with respect to the filing of reports, accounts and statements and the keeping of statutory registers; (iii) not cause or allow the transfer of any Australian tax losses from Mining Company to Company A or an affiliate; (iv) not cause lodgment of the Mining Company tax return to the Australian Commissioner of Taxation in respect of its financial year ended, 19..... without prior consultation with the Buyer; (v) not make any commitment binding Mining Company or the Affiliates in excess of US\$ (..... United States Dollars) without the prior approval of Buyer.
- (h) **Limitation of Seller's & Guarantor's Charges.** Sellers agree that all charges of Sellers, Guarantor and all affiliated companies to the Mining Project, Mining Company and the Affiliates attributable to the period beginning, 19..... and ending on the earlier of the Closing Date or the date ninety days after the filing by the Buyer referred to in Section 4.02(a), shall not exceed US\$ United States Dollars) per calendar month (such amount to be prorated in the case of any partial month occurring at the end of such period) plus out-of-pocket expenses as approved by Buyer.
- (i) **Further Co-operation.** Guarantor and its affiliates will continue after the Closing to make certain staff as reasonably requested by Buyer available to assist the owners of the Mining Project in the pursuit of insurance claims in progress prior to the Closing. Buyer shall reimburse Guarantor the costs of providing such staff, which costs will be at (i) salary plus (ii) 100% of salary plus (iii) reasonable out-of-pocket costs.

4.02 Covenants of the Buyer. The Buyer covenants and agrees with Sellers as follows:

- (a) **Antitrust Notification.** Buyer will file with the Federal Trade Commission and the Department of Justice of the United States of America the notification and report form required for the transactions contemplated hereby and any supplemental information which may be reasonably requested in connection therewith pursuant to the Improvements Act, which notification and report form and supplemental information will comply in all material respects with the requirements of the Improvements Act. Buyer agrees that it will use its best efforts (i) to make any such required filing as soon as practicable following the execution of a letter of intent or other agreement which would permit the filing process to commence and (ii) to assure termination or expiration of the waiting period at the earliest time after filing.

- (b) **No Use of Name.** Buyer acknowledges and agrees that in no event shall Buyer's purchase of the Interests hereunder entitle Buyer to any use whatsoever of the name «.....» and Buyer agrees not to use said name for any purpose.

It is further understood and agreed that Sellers shall have the right to cause the name of Mining Company to be changed to as soon as practicable following the execution of this Agreement for the purpose of eliminating from the name of such corporation the name «.....». The prohibition against the use of the name «.....» shall not apply to the use of existing shipping containers, invoices and the like until the same are reasonably used up, provided, however, that such existing containers, invoices and the like shall be reasonably used up before new such materials bearing the changed name are utilized.

- (c) **Best Efforts.** Buyer will use its best efforts to (i) obtain the satisfaction of the conditions to closing set forth in Section 6.02, and (ii) to expedite its review of records, securing of any consents, and any and all other steps required to be taken by Buyer in order to consummate the transactions contemplated hereby.

ARTICLE V ADDITIONAL COVENANTS OF THE PARTIES

5.1 Public Announcements. Sellers and Buyer will consult with each other before issuing any press releases or otherwise making any public statements with respect to this Agreement and the transactions contemplated hereby and neither of them shall issue any such press release or make any such public statement prior to such consultation except, in each case, as may be required by law or by obligations pursuant to any listing agreement with any national securities exchange.

5.2 Further Assurances. Subject to the terms and conditions of this Agreement, Buyer and Sellers will use all reasonable efforts to take, or cause to be taken, all action, and to do, or cause to be done, all things necessary, proper or advisable under applicable laws and regulations to carry out all of their respective obligations under this Agreement and to consummate and make effective the sale of the Interests pursuant to this Agreement. From time to time after the Closing Date, the parties will execute and deliver such documents as may reasonably be requested in order more effectively to vest in Buyer good title to the Interests purchased hereunder and carry out the intent and purposes of this Agreement.

5.3 Consents. Each of the parties hereto will use all reasonable efforts to obtain consents of all persons and governmental authorities necessary to the consummation of the sale of the Interests pursuant to this Agreement.

5.4 Insurance. Buyer acknowledges that Sellers maintain certain policies of insurance and surety bonds that provide certain coverage in favor of Mining Company. Sellers will or will cause Mining Company to maintain such existing policies of insurance and surety bonds until 4:00 p.m. (local time at the place of Closing) on the Closing Date. Thereafter Buyer will or will cause Mining company to procure and maintain any and all policies of insurance as Buyer, at its cost and expense, deems advisable. All risk of loss with respect to Mining Company or its respective properties shall pass to Buyer at 4:00 p.m. (local time at the place of Closing) on the Closing Date. Any claim(s) covered by insurance existing or incurred

prior to the Closing Date shall be the responsibility of Sellers (but only to the extent of the money limits of the insurance policy covering any such claim(s) plus Mining Company's net worth at the time of the filing of the claim) and any claim(s) covered by insurance incurred after the Closing Date shall be the responsibility of Buyer, except with respect to any claims to which Buyer is entitled to indemnity under this Agreement.

5.5 Hiring Limitations. Sellers recognize the value to Buyer of a continuity of the staff working on the Mining Project. Accordingly, Sellers agree that neither they nor their affiliates will offer employment to any person (other than a person covered by a pension plan of Sellers or Guarantor) working on or for the Mining Project at any time after 19..... until the first anniversary of the Closing Date.

Indemnity

Se denomina así a la cláusula que hace referencia al reembolso por daños causados. Indemnity o reembolso significa la obligación en virtud de la cual una parte se obliga a indemnizar a la otra si es que sucede u ocurre un hecho.

Es una obligación contractual en virtud de la cual la responsabilidad por la pérdida gira del ofensor, quien está técnica y pasivamente en falta, a otra parte que es en mérito a esta cláusula el único responsable.

El término también se utiliza para describir la compensación que se da a una persona por la pérdida que ha incurrido, como cuando el gobierno indemniza a un propietario por las tierras que toma en expropiación.

A continuación proporcionamos un ejemplo de cláusula de indemnity de un contrato de construcción denominado General Form of International Construction Agreement que dice:

4. Indemnity:

The Contractor shall indemnify the Company, its employees and agents against all losses, liabilities, claims and expenses which may arise from the death of, or injury to, any person employed by the Contractor or any sub-contractor on or in connection with the work whether at Common Law or under any statute relating to Workmen's Compensation or Employers' Liability except those which may be caused by the sole negligence of the Company, its servants or agents

Un ejemplo de cláusula de indemnity en un contrato de construcción denominado lease for build to rent in integrated retail center es el que a continuación se presenta:

Section 5.3 Indemnity:

Tenant shall indemnify and hold harmless Landlord from and against any and all claims arising from Tenant's use of the Parcel, the Building or the Employee Parking, or from the conduct of Tenant's business or form any activity work or things done, permitted or suffered by Tenant in or about the Parcel, the Building or the Employee Parking, or elsewhere and shall further indemnify and hold harmless. Landlord from and against any and all claims arising from any breach or default of the performance of any obligation of Tenant's part to be

performed under the terms of this Lease, or arising from any negligence of the Tenant, or any of Tenant's agents, contractors, or employees, and from and against all costs, attorneys' fees, expenses and liability incurred in the defense of any such claim or any action or proceeding be brought against Landlord by reason of any such claim. Tenant upon notice from Landlord shall defend the same at Tenant's expense by counsel satisfactory to Landlord. The general liability insurance coverage required of Tenant hereunder shall include coverage of the foregoing contractual liability.

Remedy

Directamente vinculado al concepto de indemnity es el concepto de remedy que se define como el medio en virtud del cual un derecho puede ser puesto en vigor o la violación de un derecho es evitado, reparado o compensado.

Los remedies son de 4 tipos:

1. Por el hecho de la parte afectada, el principal de los cuales son la defensa, recaptura, secuestro y reajuste de tipo de cambio.
2. En virtud de la ley como es el caso de retención.
3. Por acuerdo entre las partes.
4. Por mandato judicial.

El remedy es el medio empleado para hacer valer un derecho o reparar un daño y se distingue del derecho que esta bien reconocido. Veremos a continuación dos casos en los cuales se utilizan distintos remedies.

El primero ocurrió en el proceso de la Compañía Engrabb Commercial e Industrial S.A. vs. Schenley Distillers Corporations (U.S. Cort of Appeal, 9th Circuit, 1950).

En mayo 23 de 1946 Engrabb de Argentina acordó vender glucosa a Schenley de los Estados Unidos en embarques parciales de junio a diciembre de 1946. El precio se fijó en pesos argentinos.

En junio 6 antes que cualquier embarque se hubiera hecho Schenley repudió el contrato. Luego Engrabb demandó. Schenley sostuvo que nunca había habido contrato. La Corte sostuvo que había contrato y que este había terminado el 6 de junio y que existían daños y perjuicios a favor de Engrabb basados en la diferencia de precios entre el precio de mercado y el precio del contrato en ese día.

La Corte también sostuvo que la tasa de cambio de los dólares debía efectuarse al momento de la sentencia. Ambas partes apelaron y la Corte de Apelación sostuvo que si había contrato y planteo las siguientes preguntas.

1. ¿Cuándo terminó el contrato?
2. ¿Se deben calcular los daños considerando la diferencia existente en el precio de mercado del día en el cual el contrato terminó frente al precio del contrato?
3. ¿Debe la tasa de cambio ser calculada al día de rompimiento de contrato?

Acorde a las Cortes Americanas de California un contrato no termina con la resolución unilateral de una de las partes sino cuando la otra toma conocimiento. En este caso setiembre 18. Las Cortes tam-

bién señalaron que los daños deben calcularse como la diferencia existente entre el precio de mercado y el precio del contrato del día en el cual el contrato terminó y la tasa de cambio también debía ser la del día de la ruptura.

Las Cortes consideraron que el contrato terminó en setiembre 18 de 1946 y los daños y perjuicios fueron calculados así como la tasa de cambio a esa fecha.

Un tema sumamente importante en el concepto de remedies es lo que se denomina en el derecho del Common Law Contributory Negligence. Bajo este concepto la responsabilidad de una parte queda reducida por la negligencia de la otra. Así si yo atropello a una persona pero esta estaba ebria mi responsabilidad queda atenuada en forma significativa. Un segundo elemento a tomar en cuenta es la obligación de mitigar y disminuir los perjuicios.

Esto lo veremos en el caso siguiente: Mr. Tee Donuts Limited. vs. K.R. Hunte and Co. Limited, Barbado, Supreme Court, 1979.

Los hechos son los siguientes:

Mr. Tee Donuts (Mr. Tee) un comerciante minorista compró harina para donuts de K.R. Hunte (KRH) que KRH importaba de Canadá y almacenaba en un almacén local hasta que fuera requerido por Mr. Tee. La harina entregada en 1978 estaba contaminada por haber sido almacenada junto a bolas de naftalina en el viaje desde Canadá. Los clientes se quejaron de los donuts hechos en las primeras doce cajas recibidas por Mr. Tee. Taylor, Gerente de Mr. Tee, buscó en todo el local y no pudo encontrar el problema. Solo cuando un nuevo saco vino en un nuevo envío, Taylor detectó el olor a alcanfor. Inmediatamente Taylor contactó a King de KRH quien envió una muestra a Canadá. Luego de cierto tiempo Taylor contactó a un analista del gobierno quien inmediatamente le dijo cual era la causa de la contaminación. Mr. Tee demandó a KRH por rompimiento de contrato. KRH contestó que Mr. Tee no había tomado el suficiente cuidado para mitigar los daños y que en todo caso la empresa transportista y no él debía ser responsable por los daños y perjuicios.

Las Cortes plantearon como tema de fondo si Mr. Tee había hecho lo suficiente para mitigar los daños y si el transportista era el único responsable.

Acorde al Common Law la parte afectada debe hacer razonables esfuerzos para mitigar los daños. Un transportista tiene la obligación razonable de no contaminar los bienes que se les encarga a su cuidado en tanto que las personas que en forma separada causan daños a una víctima son responsables proporcionalmente por la pérdida. Las Cortes encontraron que Taylor había hecho lo que era razonablemente posible para detectar la causa de la contaminación en tanto que King de KRH los había engañado en cuanto a la extensión del problema. También que el transportista debía haber previsto no colocar bienes de consumo humano identificados como mezcla de donuts cerca a las bolas de alcanfor - naftalina. En ese sentido tanto el transportista como KRH fueron encontrados culpables, el primero en un 40% y el segundo en un 60%.

Pasemos ahora al término Hardship.

Hardship

Se define así en general a la privación, sufrimiento, adversidad.

Cuando se utiliza en normas de zonificación se refiere a las ordenanzas o restricciones que aplicadas a una propiedad particular se vuelven indebidamente opresivas, arbitrarias o confiscatorias. Un hardship case es un caso de daño irreparable.

Más frecuente es el uso de conditions:

Conditions

Se define a este término a la condición o evento futuro e incierto que crea o destruye derechos.

El express condition es la condición expresa de un contrato en tanto que el implied condition es la condición implícita que se deduce del texto de un contrato. La condition precedent es cuando un evento debe suceder antes que se cree un derecho u obligación y el subsequent condition o condición subsecuente es aquella en la cual si un evento futuro sucede un derecho es extinguido o creado. La independent condition es una obligación que debe ser cumplida sin referencia a otras condiciones colaterales.

La condición es un evento futuro e incierto de cuya ocurrencia depende la existencia de la obligación o que subordina la existencia de una responsabilidad en el contrato a cierto evento futuro.

Se llama también así a la cláusula en un contrato o acuerdo que tiene por objeto suspender, resolver o modificar la obligación principal. Es una cualificación, restricción o limitación que modifica o destruye el acto original en el cual se conecta, un evento, hecho, o la posibilidad de ocurrencia pero no la causa, requisito o estipulación.

Existen varios tipos de condiciones en el Derecho Civil tales como la resolutoria y la suspensiva. En el Common Law también se presentan varios tipos de condiciones como la expresa o implícita. En este caso la primera se incorpora en términos expuestos en el contrato en tanto que la segunda se infiere o presume por ley, de la naturaleza de la transacción, o de la conformidad de las partes, de tal forma de haber sido tácitamente comprendida entre ellas como parte del convenio.

Igualmente existen condiciones posibles e imposibles, legales e ilegales, las denominadas precedent o subsequent. Nos detendremos en estas últimas. Una condición es precedente si debe suceder antes que suceda otro hecho.

Analizaremos a continuación un caso que ocurrió en 1952 en Inglaterra, Trans. Trust S.P.R.L. vs. Danubian Trading Corp. Limited.

Trans. Trust (TT) ordenó láminas de acero roladas de Danubian Trading Corp. (DTC). Cuando TT colocó su orden señaló a DTC que una carta de crédito se abriría a continuación. DTC contrató con un fabricante mayorista el acero. Cuando DTC requirió a TT la carta de crédito, TT respondió que no había hecho arreglos para una carta de crédito y que no lo haría. DTC demandó por incumplimiento de contrato. TT respondió que su orden estaba condicionada a obtener una car-

ta de crédito y como no la había obtenido no tenía obligación contractual con DTC. En primera instancia DTC obtuvo fallo favorable y daños y perjuicios equivalentes a la pérdida de sus utilidades. TT apeló. El tema que analizó la Corte se plasma en dos preguntas:

1. ¿Era el requerimiento de obtener una carta de crédito una condición precedente a la formación del contrato o una condición de su cumplimiento?
2. ¿Cuál es la medida adecuada para calcular los daños y perjuicios?

La Corte señaló que una condición precedente es una que debe ser cumplida antes de exista contrato en tanto que una condición de cumplimiento es algo que la parte debe hacer so pena de romper el contrato. Los daños por no entregar la carta de crédito son las utilidades que se hubieran logrado. La Corte decidió que TT debía pagar a DTC la pérdida de utilidades.

La explicación de la Corte fue que los hechos probaban que la promesa de TT de obtener la carta de crédito era una condición de cumplimiento y que el argumento de TT que DTC podría haber revendido el acero no era aplicable desde que las transacciones con cartas de crédito ofrecen seguridad al vendedor que se le comprara sus bienes. Sin la carta de crédito los vendedores no tienen estas seguridades y no podrían cumplir razón por la cual se debe proteger el derecho del vendedor en estas circunstancias y pagarle los daños y perjuicios que le corresponden.

Un ejemplo de cláusula de condition precedent la encontramos en el contrato denominado Secured Credit Agreement que dice:

5. CONDITIONS PRECEDEN'I'No Lender shall be under any obligation to make any advance or deposit on account of any of the Loans unless all of the following conditions precedent shall have been satisfied:

- 5.1 The Managers shall have received on or before , 19.....
- a. A certified copy for each Lender of a resolution passed by the Board of Directors of B Company authorizing all borrowings by B Company herein provided for and the signature of this Agreement; and a copy of the Memorandum and Articles of Association of B Company, certified by its Secretary, which must be in form and substance satisfactory to the Managers;
 - b. An opinion of a solicitor of the C Bank to the effect that this Agreement has been duly signed on behalf of and is legally binding on the C Bank;
 - c. Feasibility studies satisfactory to all the Lenders in relation to the Facilities by , giving a firm opinion as to the project feasibility of the Facilities and the operating and capital cost estimates, technical and engineering data and other relative matters and other data with respect to the Facilities and financial estimates relating thereto including (i) engineering estimates, which may be based upon a report of independent geologists, as to the quantities and qualities of ore available and the marketability of concentrate on a world-wide basis (ii) projections covering the period to , 19..... showing earnings and cash flow at least sufficient to service the Intermediate Loan and the C Bank Loan together with other projected Borrowed Monies and (iii) such other matters as the Managers may reasonably request.

- d. Such other information satisfactory to the Lenders as the Managers may reasonably and seasonably request and, at the request of the Managers made not later than , 19....., a scrutiny of the feasibility study by an independent consultant to be nominated by the Managers.
- e. An undertaking under seal by R Company in the form set out in Appendix A.
- f. An undertaking under seal by B Company in the form set out in Appendix B.
- g. An undertaking by C Company and N Company in the form set out in Appendix C.
- h. A certified copy for each Lender of resolutions passed by Boards of Directors of C Company and N Company, certified by their Secretaries, authorizing the signature of the undertaking required by subclause (g) above.
- i. An Option Agreement (in duplicate) with each member of the Long Term Syndicate in the form set out in Appendix D duly executed under seal on behalf of Capital and completed in accordance with the notes thereto together with a certified copy for each such member of a resolution passed by the Board of Directors of Capital authorizing the signatures thereof.
- j. Certified copies of four (4) duly executed Agreements between Bougainvillea of the one part and B Company, Capital, C Company and N Company respectively of the other part, each of such Agreements to be in the form set out in Appendix E.
- k. An undertaking by the Administration of the Territory in the form set out in Appendix I. The Managers shall not later than the date which is forty-five (45) days following the date upon which they have received all of the documents and information in subclauses (a) through (k) above but not later than , 19....., (the earlier of such dates being called in this clause 5 the «Information Date») inform B Company in writing whether or not the foregoing conditions have been satisfied and if they inform B Company they have not been so satisfied and the Managers and B Company do not agree to an extension of the time provided for in this clause or if the condition contained in clause 5.3 is not satisfied by the time therein mentioned B Company may by written notice received by the Managers terminate the commitments of the Intermediate Syndicate and the Long Term Syndicate and no commitment fee shall accrue in respect of the Intermediate Loan or the Long Term Deposits from , 19....., except that if the feasibility studies required by subclause (c) shall not have been delivered to the Managers on or before , 19....., and shall have been delivered to the Managers on or before , 19....., the commitment fees shall in any event continue to accrue from and after , 19..... for the number of days after , 19....., by which such delivery is delayed. If the Managers shall fail to inform B Company by the Information Date, the foregoing conditions (other than that contained in clause 5.3) shall be deemed to have been satisfied.

- 5.2 The Managers shall have received on or before a date sixty (60) days prior to the first drawdown of the C Bank Loan:
- (a) A Security Agreement in the form set out in Appendix F hereto (the «Security Agreement») duly executed under seal by B Company and by all other registered holders, if any, of shares in the capital of B Company accompanied by:
 - (i) share certificates comprising all of the issued shares in the capital of B Company at the date of signature of the Security Agreement;

- (ii) share transfer forms comprising all of such shares duly executed by the registered holders thereof with the names of the transferees left blank; and
- (iii) a copy (certified by a Director or the Secretary of B Company to be a true copy) of a resolution (in form satisfactory to the Managers) of the Board of Directors of B Company authorizing execution of the Security Agreement.
- (b) An opinion of stating in substance the matters set forth in Appendix G hereto.
- (c) An opinion of stating in substance the matters set forth in Appendix H hereto.
- (d) Copies (certified by a Director or the Secretary of B Company to be true copies) of contracts between B Company and purchasers approved by the Managers covering the sale and delivery to such purchasers of copper concentrate over a period of at least ten (10) years commencing on or about the time when the Facilities are in commercial operation, such contracts to be subject to the following conditions;
- (i) each such contract shall provide for all payments of the purchase price to be made in United States dollars, in freely convertible European currencies or in Australian dollars provided that contracts for the purchase of an aggregate total of not less than thousand (.....,000) tons per annum of contained copper shall provide for payment in United States dollars; provided that where payment is to be made in United States dollars or convertible European currencies the provisions in respect of payment shall be consistent with the provisions of clause 7.10 below;
- (ii) in respect of such contracts covering the purchase and sale of copper contained in concentrate of an average annual tonnage of not less than thousand (.....,000) tons during the first five (5) of said ten (10) years, and an average annual tonnage of not less than thousand (.....,000) tons thereafter, the price payable for each pound of contained copper, determined in accordance with customary commercial practices, shall be a minimum of the equivalent of United States cents (US\$ 0.....) per pound before deduction of commissions, refining, treatment and shipping charges and other customary deductions.
- (iii) the purchasers under such contracts shall as to not less than thousand (.....,000) tons of contained copper per annum be Japanese Copper Companies, and as to not less than thousand (.....,000) tons of contained copper per annum be Other Copper Companies.
- (iv) each such contract shall otherwise be in substance satisfactory to the Managers.
- 5.3 If the studies and other information supplied to the Managers pursuant to clause 5. 1 (c) and 5. 1 (d) above shall in the opinion of the Managers indicate that the aggregate finance available to B Company for the Facilities may be insufficient, the Managers shall notify B Company thereof in writing to be received by B Company at least one (1) week prior to the Information Date and then B Company shall have satisfied the Managers on or before the later of, 19..... or the Information Date that such additional finance as in the opinion of the Managers is or may be required will be made available to B Company in a manner satisfactory to the Managers. If the Managers shall fail to so notify B Company that the aggregate finance available for the Facilities may be insufficient or having so notified B Company if the Managers fail to notify B

Company in writing to be received by B Company before the later of, 19..... or the Information Date that they are not satisfied that appropriate additional finance is available to B Company, the foregoing condition shall be deemed to have been satisfied.

Disclaimers

Se denomina así a la renuncia a un reclamo o a un poder entregado a una persona. También el rechazo de un estado o derecho ofrecido a una persona.

Las disclaimers o cláusulas de exoneración de warranties son los medios para controlar la responsabilidad de un vendedor reduciendo el número de situaciones en las cuales el vendedor puede hallarse en rompimiento de términos contractuales.

El disclaimer clause es un medio frecuentemente utilizado para limitar la responsabilidad del vendedor o del fabricante reduciendo el número de situaciones en las cuales debe responder.

La regla general es que en ausencia de parámetros legales referidos al poder de contratación las partes pueden mediante términos apropiados crear cláusulas de irresponsabilidad (disclaim whatever warranties they please).

Sin embargo, las Cortes americanas sintiendo la existencia de falta de igualdad entre las partes contratantes en muchos casos han procedido a limitar los disclaimers a fin de regular sus efectos tanto como se pueda.

Así, en *Henningson vs. Bloomfield Motors*, 32 NJ 358 (1960). La demandante mientras manejaba un carro regalado por su esposo sufrió lesiones en una colisión causada cuando la rueda de dirección del vehículo se salió fuera de control. Esto ocurrió unos días después de la compra del auto. El esposo había recibido el Uniform Warranty of the Auto Manufacturers Association que prometía el reemplazo de las partes defectuosas y garantizaba el pago de mano de obra por 90 días. Este documento señalaba que esta garantía se otorgaba en lugar de otra garantía sea expresa o implícita. Las Cortes consideraron con referencia a esta cláusula de irresponsabilidad (disclaimer of warranties) que era difícil de imaginar un mayor peso contra un consumidor y que este disclaimer debía ser considerado contra el orden público y el bien común. El hecho que el único derecho del comprador fuera la reposición de la parte defectuosa no era correcto desde que para poder emplazar al fabricante el comprador hubiera tenido que enviar la pieza del auto para examen pagando los gastos de transporte y en consecuencia este tipo de reparación era irrisorio.

Sobre la libertad de contratar las Cortes consideraron que existía una gran desigualdad y en consecuencia el comprador no tenía otra opción. Todo fabricante de autos tiene la misma cláusula de irresponsabilidad (disclaimer clause) con lo cual deja al comprador con la única opción de adherirse al contrato o no comprar.

Integrations Clause

Se denomina así a la cláusula bajo la cual se expresa que el mismo contiene todos los términos del contrato y es la expresión final de lo pactado.

Un ejemplo lo vemos en la siguiente cláusula bajo el rubro Entire Contract:

35. *Entire Contract. This contract and the specifications and drawings contains all covenants, stipulations and provision agreed upon by the parties, and shall supersede all negotiations and proposals, written or oral, an all letter of intents, letter contracts, notices of award, purchase orders, agreements and understandings, if any, heretofore had between the parties relating to the work. No amendment, variance, or change in the provision of this contract shall be binding upon owner unless consented to in writing by owner.*

Haremos ahora algunas referencias sobre lo que uno debe considerar cuando se analiza contratos internacionales.

En primer lugar debemos considerar la importancia que las partes deben otorgan al escoger la ley aplicable. Las partes pueden escoger una ley nacional como ley accesoria a la Convención de Viena o pueden escoger exclusivamente la Convención o finalmente excluir la Convención. Un ejemplo de esto lo vemos en la siguiente cláusula:

«*Notwithstanding that the U.N. Convention on Contract for the International Sale of Goods governs this contract, questions concerning matters not expressly settled by the convention or by the general principles on which it is based shall be resolved by application of the local law of the state of California, including the Uniforms Commercial Code as enacted in that state*»

Adicionalmente es importante escoger el idioma como se hace en la siguiente cláusula:

«*In case there is an ambiguity or discrepancy in the official language versions of the U. N. Convention on contracts for the International Sale of Good the official English language text shall govern*»

III. El countertrade: otras definiciones de figuras jurídicas del comercio internacional

Vamos a describir algunas figuras jurídicas del comercio internacional que se presentan sobre todo cuando las partes contratantes

residen en países con dificultades de convertibilidad. Dado que nuestras economías están entrando en un proceso recesivo no quiero dejar pasar la oportunidad de describirlas.

Me refiero al *International Countertrade*. En su forma más simple el countertrade involucra la obligación de comercio vinculado entre dos empresas tal como se estipula en sus contratos de importación y exportación.

Estas obligaciones pueden ser incentivadas por políticas gubernamentales (como Noruega al vincular concesiones petroleras con la contribución al desarrollo de la industria nacional).

Pueden presentarse en base a «*best effort*» tal como sucede en las políticas de adquisiciones gubernamentales de muchos países de Europa occidental. Involucrar sólo compras gubernamentales (Indonesia), ser requerido por sectores industriales específicos (México) o para todas las transacciones comerciales (Rumania).

En un sentido más amplio los acuerdos de *countertrade* incluyen acuerdos bilaterales gobierno-gobierno que transfieren a cada parte privilegios de acceso al mercado.

Estos acuerdos bilaterales de ajustes (*bilateral clearing agreements*) o *trade protocols* o *trade investments treaties* pueden estipular o facilitar el intercambio de bienes entre dos países en términos preferentes. Estos acuerdos están diseñados para integrar las economías de un país particular reconociendo las relaciones especiales desde un punto de vista político (países aliados) o el interés en comercializar materias primas escasas.

La siguiente tabla ilustra los tipos de *countertrade* y la terminología a emplear:

Veamos ahora las formas de countertrade:

ACUERDOS DE COUNTERTRADE			
TIPOS DE ACUERDO			
DESCRIPCIÓN DE LA TRANSACCIÓN	GOBIERNO-GOBIERNO	COMPAÑÍA-GOBIERNO	COMPAÑÍA-COMPAÑÍA
Intercambio de bienes – No flujo de efectivo.	Acuerdos de trueque	—	Acuerdos de swap
Acuerdo de intercambio de bienes. Sólo los desbalances son ajustados con efectivo periódicamente.	Acuerdos bilaterales de clearing	—	—
Intercambio de bienes paralelos y flujo de intercambio de efectivo por importaciones y exportaciones. Generalmente bajo contratos separados.	Acuerdos de comercio bilateral o protocolo	Contrato de countertrade Cuentas de evidencia (evidence accounts)	Contrato de countertrade

Offsets

Las importantes compras gubernamentales de equipos civiles (aeronaves, telecomunicaciones) se vinculan generalmente a requerimientos de importación de bienes producidos por el país comprador e inclusive a la co-producción de modo que la operación incluya la transferencia de procesos sensitivos y manufactura avanzada, inversiones y obligaciones de algunos bienes y servicios por countertrade por periodos extensos.

El rango de todos estos contratos son conocidos como offsets. El countertrade, la subcontratación local y los requerimientos de inversión se les denomina indirect offsets. A la co-producción requerida con base en la transferencia de tecnología de producción al país importador se le denomina direct offset.

Estas modalidades se utilizan por los gobiernos como herramientas de desarrollo industrial para dar empleo y como medio para equilibrar la balanza de pago. Esta modalidad ha sido usada en Europa, Japón, China y en países en vía de desarrollo.

Barter (Trueque)

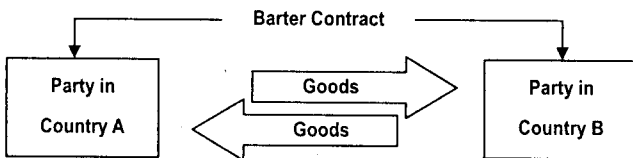
Un arreglo clásico de Barter involucra el intercambio directo de bienes entre dos partes. No existe intercambio de efectivo en canje por los bienes que se exportan. Los bienes tienen un valor equivalente y se gobiernan usualmente por un solo contrato.

Debido a la poca flexibilidad de este tipo de acuerdo los acuerdos de Barter son raros en el comercio internacional. Puede hallarse en el comercio entre gobiernos por razones de interés nacional como el acuerdo entre Jamaica y los Estados Unidos para intercambiar Bauxita de Jamaica por productos lácteos americanos o el acuerdo entre China y Bangladesh.

Los trader de commodities también pueden efectuar swaps de envíos de productos equivalentes a sus respectivos clientes alrededor del mundo para así ahorrar costos de transporte.

En algunas ocasiones un proveedor occidental puede aceptar trueque o barter como una herramienta de su exportación cuando no existen créditos para financiar al cliente (acuerdo entre General Electric y Rumanía por la venta de generadores de vapor).

La figura siguiente ilustra una operación de Barter:



Compensaciones directas e indirectas

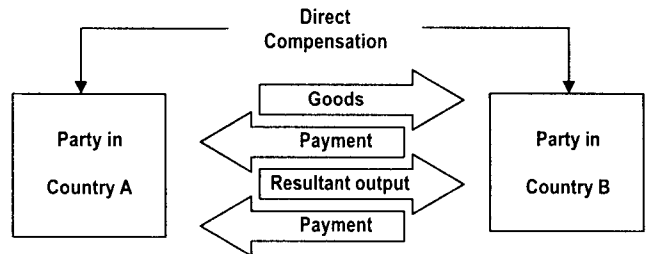
Bajo este tipo de acuerdo el valor de los bienes exportados por el proveedor son parcial o totalmente pagados con las importaciones del país del cliente, normalmente bajo contratos paralelos que prevén el pago en efectivo para cada parte de la transacción.

La separación contractual entre los dos contratos permite la flexibilidad en el financiamiento, cobertura de garantías, plazos de pago y entregas. También facilita la transferencia de obligaciones (*offsetting marketing obligations*) del exportador primario de bienes designados por el. La proporción del contrato original que se balancea con *countertrade* se le denomina countertrade ratio.

En los acuerdos de compensación directa, también conocidos como buy back las contraentregas se hallan vinculadas o son el resultado de la exportación original. Ejemplo de ellos son los proyectos de capital tales la construcción llave en mano o las aventuras de inversión conjunta relacionadas a la extracción y procesamiento de minerales que se benefician de tecnología occidental, capital y equipo y por las cuales el contratista occidental se obliga a comercializar una parte de la producción del proyecto.

Debido a las dificultades financieras existentes en el mundo que golpean a varias áreas geográficas el crecimiento de estos acuerdos de compensación directa en los países en vías de desarrollo constituye una modalidad para el mejoramiento y modernización de la capacidad industrial.

La figura siguiente ilustra en forma esquemática el modelo de compensación directa o buy back:



En los acuerdos de compensación indirecta también conocidos como counterpurchases las entregas cruzadas involucran productos tales como manufacturas, componentes, partes y piezas, materias primas, productos alimenticios y maquinaria que no están relacionados a la exportación primaria para los cuales constituyen repago. Por ejemplo, las compras que efectúa el gobierno de Indonesia requiere counterpurchases de productos agrícolas, manufacturas y materias primas. Irak y Libia entregan petróleo como pago a sus proveedores y contratistas en inversiones de capital.

Los países de Europa oriental también exportan grandes cantidades de productos bajo acuerdos de compensación indirecta.

Una modalidad interesante son compras anticipadas hechas por los exportadores occidentales que han sido calificadas contractualmente para dar crédito contra ventas posteriores del exportador a las partes que se designen. Esta forma de countertrade invertido o reverse countertrade se le conoce en Europa como Junktim.

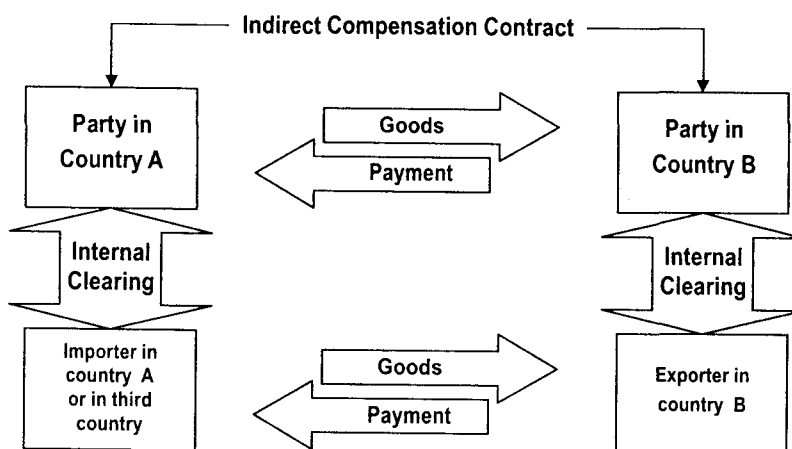
El counterpurchase bajo arreglos de compensación indirecta son también muy importantes en la venta de equipo militar o en la compra efectuada por los gobiernos de productos de alta tecnología y valor.

En estos casos se presenta los acuerdos de offset en forma direct offset que es la obligación de un exportador en comprometerse en la

coproducción de productos de avanzada tecnología en el país comprador lo que puede incluir el ensamblaje, procesamiento, manufactura y transferencia tecnológica. El *indirect offset* se relaciona a la contracompra de bienes a ser exportados desde el país comprador, subcontratar e invertir. Debido a que los indirect offset, bajo los arreglos de compensación indirecta, involucran enormes cantidades de la vin-

culación puede significar atar la producción y la participación en el país importador por muchos años. Esto es particularmente cierto en aquellos países de coproducción limitada que necesitan una obligación de offset indirecta substancial.

La figura siguiente ilustra el modelo de compensación indirecta.



Procederemos ahora a explicar el término *officially sponsored bilateral trade agreements*.

Los acuerdos de pago de comercio bilateral de gobierno a gobierno que se sujetan a un acuerdo que ajuste (clearing arrangement) han descendido en los últimos años a pesar que los convenios bilaterales entre gobiernos que involucran un acuerdo en las tasas de moneda y sus términos de intercambio son comunes.

Un ejemplo de ello es el convenio suscrito entre Japón y México. En este convenio Japón se comprometió a la construcción de complejos industriales a cambio de entrega de petróleo a China por un periodo de 13 años. Francia, Canadá e Italia también suscribieron acuerdos comerciales que involucran asistencia técnica y exportaciones de sus bienes contra petróleo de México y Venezuela.

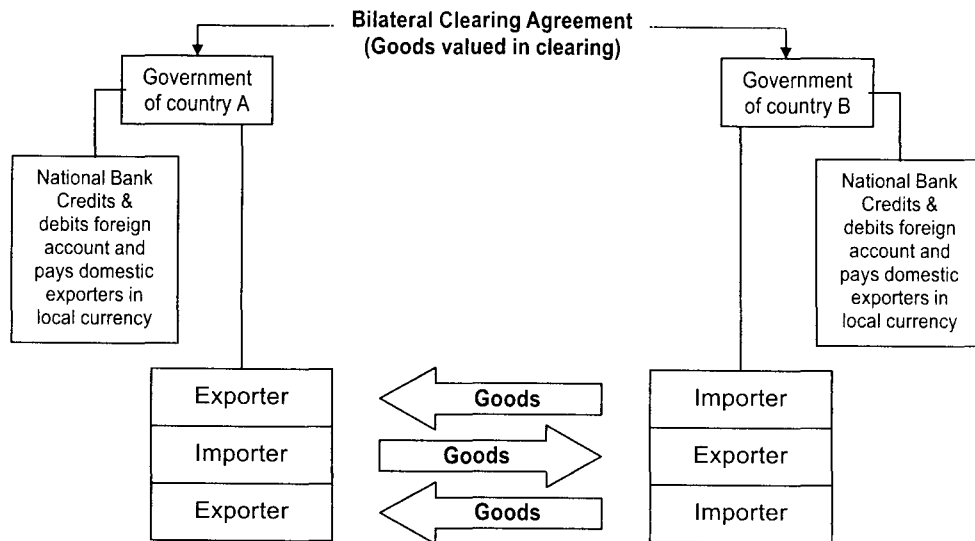
Bajo un convenio bilateral de clearing dos naciones con controles de moneda y dificultades en la obtención de divisas acuerdan oficialmente cambiar bienes por un periodo (usualmente un año). Los exportadores de cada país son pagados por sus respectivos bancos centrales en moneda nacional. El volumen de los bienes se especifica

en los acuerdos y su valor se denomina en unidades de contabilidad artificial (*clearing dollars, swiss franc, rupee*). El acuerdo requiere que todos los intercambios de bienes se paguen cuando se llega a un máximo de *desbalance o swing* que normalmente se fija en el 30% del volumen de comercio en las cuentas del *clearing*. Este desequilibrio, hasta que se balancee, representa una línea de crédito libre de interés otorgada por el país con superávit comercial.

El desequilibrio comercial al final de periodo contractual tiene que ser ajustado en efectivo en una moneda previamente especificada o convertida en efectivo por un procedimiento de *switching* o cambio de los derechos del desequilibrio comercial a terceros a un precio de descuento.

Este tercero, generalmente un banco o institución financiera a través de una serie de complejos mecanismos de transacción transformara el desequilibrio en moneda dura.

Los *clearing agreements* con los países de Europa del Este y con las naciones en vías de desarrollo han sido usados por exportadores occidentales en algunos casos. La figura siguiente ilustra el proceso:



Otro tipo de acuerdo de *countertrade* promovido por el gobierno es lo que se denomina *evidence accounts*. Los *evidence accounts* son acuerdos paraguas entre un exportador occidental y una entidad de un gobierno en vía de desarrollo (el Ministerio de Industria, una autoridad provincial, etc.) que se diseñan para facilitar el flujo comercial cuando el *countertrade* es un requisito y cuando el comercio entre las dos partes es significativo y se espera incrementarse.

Bajo este tipo de acuerdo, el intercambio de dos vías entre la parte occidental o aquella designada por esta y la organización comercial bajo la jurisdicción de un país en vías de desarrollo debe ser parcial o totalmente balanceada en un periodo de tiempo específico (normalmente un periodo de 3 años).

A diferencia del *clearing agreement* las transacciones individuales de importación y exportación son fijadas por las partes contratantes a través de efectivo. Los acuerdos financieros ocurren a través de bancos designados por los signatarios del convenio. Los bancos también monitorean el flujo comercial y se aseguran que el pago acumulado al final de cada periodo específico estén acorde a los términos del acuerdo.

El comercio bajo *cuentas de evidencia* o *evidence accounts* es raro en el comercio internacional pero se ha practicado en países de economía centralizada. Así, General Motors ha firmado varios acuerdos comerciales con Ministerios de la Industria China y la trading inglesa Bowater tiene un acuerdo con la provincia de Guangdong en China.

Como podemos observar el comercio internacional constituye un reto y un desafío. Si bien se habla de aldea global es una en la cual se usan términos diversos y donde los errores se pagan caro, razón mas que suficiente para conocer adecuadamente los términos usuales de comercio.

IV. Bibliografía

- American Legal Publications, Inc. **Analytical Case Digest on Basic Contract Law**. New York, 1972.
- AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings**. New Jersey: A Simon & Schuster Company, 1993. 764 pp.

- AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings. Instructor's Manual with Test Bank**. New Jersey: A Simon & Schuster Company, 1993, 681 pp.
- AYASTA GONZÁLES, Julio. **El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos**. Lima: Ediciones RJP, 319 pp.
- CAMPBELL BLACK, Henry. **Black's Law Dictionary**. Fourth Edition, Minnesota: West Publishing Co., St. Paul, 1968, 1881 pp.
- CAMPBELL BLACK, Henry; Nolan, Joseph R. & Nolan-Haley, Jacqueline M. **Black's Law Dictionary**. Sixth Edition. Minnesota: West Publishing Co., St. Paul, 1990, 1657 pp.
- FARNSWORTH, Allan E.; Young, William F. Jr. & Jones, Harry W. **Supplement for Reading with Contracts. Cases and Materials**. Second Edition. New York: The Foundation Press, Inc., 1972, 277 pp.
- FERN, Martin D. **Warren's Form of Agreements Business Forms**. Tomo 1, 3, 4. California: Matthew Bender, 1991.
- MERRYMAN, John Henry; Clark David S. & Harley, John O. **The Civil Law Tradition Europe, Latin America and East Asia**. U.S.A.: Contemporary Legal Education series, 1994.
- National Institute. **Negotiating and Drafting International Commercial Contracts**. California, 1988, 494 pp.
- National Institute. **International Construction Contracts: Essential Elements for Drafting and Negotiation**. Washington, 1987, 235 pp.
- SOLIS, Gerardo & Gasteazoro, Raúl A., Jr. **West's Spanish-English/ English-Spanish Law Dictionary**. U.S.A.: West Publishing Co., 1992, 747 pp.
- TERRE, David. **Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos**. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1973, 466 pp.
- URDANG, Laurence. **The Oxford Thesaurus. American Edition**. New York: Oxford University Press, 1992, 1005 pp.