

La cláusula de resolución de conflictos en el acuerdo comercial China - Estados Unidos

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Una vez que se constata que el valor del contrato es muy grande para una o para las dos partes, éste puede subsistir, aunque las dos partes tengan reconocido un derecho a incumplir sin posibilidad de revancha, siempre que se den ciertas condiciones.

En la edición de 18 enero, *The Economist* publica una interesante columna en la que examina y valora el alcance del reciente acuerdo comercial entre Estados Unidos y China. Más allá del valor geopolítico o comercial del acuerdo, que no valoraré, interesa destacar la cláusula de resolución de conflictos que, según el semanario inglés, singulariza este acuerdo. Cuando una de las partes entienda que la conducta de la otra no es conforme con lo acordado, se celebrará una rápida consulta y, a falta de resultado positivo, la parte agraviada podrá tomar represalias comerciales. Pero la otra no podrá entonces reciprocarse con represalias equivalentes (arancel por arancel) y habrá de optar por acomodarse a la represalia o salir del acuerdo en su conjunto. La estructura del acuerdo llama la atención, y es digno de reflexionar en qué otro contexto distinto del singularísimo de la guerra comercial entre colosos podría producir un resultado ventajoso.

En mi opinión, para que la mencionada constituya una cláusula exportable al mundo de los negocios y produzca en él sus mejores frutos, han de darse tres condiciones concurrentes:

- Primera. El valor conjunto del acuerdo para ambas partes *ha de ser muy alto*, de forma que cada *una de las partes* entienda preferible conservar el trato y sufrir la sanción infligida por la

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

otra, aunque en su fuero interno la primera entienda honestamente que la represalia es oportunística o sesgada. O, al menos, el valor del contrato ha de ser *muy alto* para *una de las partes* y esta parte (la *parte china*) será la más probable destinataria de las represalias arancelarias de la otra. Además, si sólo la *parte china* otorga un gran valor al acuerdo, no tendrá poderosos incentivos para iniciar ella acciones posteriores que encubran revanchas no permitidas. Si el negocio no tuviera tal valor para una o para las dos partes, el acuerdo se derrumbaría después de la primera represalia impuesta por la *parte americana*.

- Segunda, distinguiendo si el alto valor del acuerdo lo es para una o para ambas partes. Si el acuerdo es óptimo para ambas partes, las dos han de estar en condiciones de infligirse mutuamente desventajas directas y estas desventajas han de estar predeterminadas en el acuerdo. No hace falta que la imposición de la desventaja sea una conducta activa (imposición de un arancel) o pasiva (abstenerse de cumplir la prestación propia por vía de excepción), pero *tiene que hacer daño*. Si la *parte china* no hubiera estado en condiciones de represaliar causando daño a la parte americana, la cláusula de resolución de conflictos sería otra. Por el contrario, si el acuerdo sólo es muy valioso para una de las partes, no es preciso que la *parte china* esté en condiciones de imponer represalias o revanchas dolorosas a la *parte americana*, porque de hecho no lo haría, aunque pudiera.
- Tercera. No es necesario que de hecho o de derecho las dos partes estén imposibilitadas para acudir a una autoridad neutral para resolver el conflicto (que es lo que ocurre en el acuerdo comercial chino-americano), pero sí es esencial que la parte represaliada no pueda reaccionar haciendo valer que ha acudido al sistema de resolución y que él puede también represaliar conforme a Derecho mientras la controversia esté pendiente de dilucidarse por la autoridad competente. En un acuerdo sometido al Derecho español, las partes no podrían renunciar al acceso a la justicia, pero pueden pactar que el inicio del proceso no es suspensivo, que la parte represaliada tiene que soportar entretanto el daño que se le inflige y que la sentencia o laudo eventual (que por razón de tiempo será casi siempre ineficaz) no permite a la represaliada, cuya demanda prospera, que imponga contramedidas de revancha.

El acuerdo sería inestable siempre que las dos partes dispusieran de la capacidad de hacer daño a la otra y el acuerdo no fuera muy valioso para ambas. Repárese en que ninguna de las partes puede corresponder a la represalia, pero sí son capaces de iniciar por su cuenta una nueva controversia, provocar la consulta y represaliar independientemente. Por supuesto, con la misma razón o sin razón que la primera, y no existe una vía independiente para impedir este abusivo o vengativo nuevo curso de acción recíproco. A poco que esta estrategia se produzca dos veces, el acuerdo está acabado. La precariedad del acuerdo será tanto menor cuanto más alto sea el valor conjunto del acuerdo para las dos partes o para la *parte china*, es decir, cuanto más deba pensárselo la parte represaliada antes de iniciar un aparente nuevo e independiente curso de acción de agravio y represalia. A falta de este valor máximo de la transacción, podría acudirse a un paliativo, que sería dejar abiertas pocas y breves ventanas temporales en las que cada una de las partes pudiera iniciar el procedimiento —inicio que inmediatamente suspendería el derecho de la otra para hacer otro tanto— y remitir su propio agravio a la siguiente ventana de tiempo.

G A _ P

En conclusión, existen situaciones de hecho en las que se alcanza un punto de equilibrio en el cual el negocio tiene valor para las dos partes, aunque ninguna de ellas pueda impedir el incumplimiento impune por parte de la otra. Y existen situaciones en las que el negocio tiene todavía valor para la parte que está expuesta a que la otra incumpla impunemente el contrato. En el margen, cuando la pérdida por represalia sea tan grande que anule el valor del contrato, es de esencia que cada una de ellas pueda optar por marcharse.