

parte (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o confiscar, una suma convenida de dinero.”^b

Proyecto de artículo 2

“A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para cobrar o confiscar la suma convenida si el deudor no es responsable del incumplimiento.”

REGULACIÓN DEL CONTRATO POR LAS NORMAS

Proyecto de artículo 3

“1. Cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón de la demora en el cumplimiento de la obligación, el acreedor tiene derecho a exigir tanto el cumplimiento de la obligación como la suma convenida.

“2. Cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón del incumplimiento o de un cumplimiento inadecuado distinto de la demora, el acreedor puede obtener ya sea el cumplimiento o el pago, o la confiscación, de la suma convenida, a menos que la suma convenida no pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento.

“3. Las normas precedentes no perjudicarán ningún acuerdo en contrario celebrado por las partes.”

^b Respecto de las disposiciones adicionales que tal vez sean necesarias, véase el párr. 48 *supra*.

Proyecto de artículo 5^c

“A menos que las partes hayan acordado otra cosa, si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor estará facultado, con respecto al incumplimiento, para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, y para exigir daños y perjuicios respecto de la porción de la pérdida no cubierta por la suma convenida, siempre y cuando pueda demostrar que su pérdida excede considerablemente de la cuantía de la suma convenida.”

Proyecto de artículo 6

“1) La suma convenida no será reducida por una corte o tribunal de arbitraje.

“2) No obstante, la suma convenida podrá ser reducida si se demuestra que es manifiestamente desproporcionada en relación con la pérdida sufrida por el acreedor, y si la suma convenida no puede ser considerada razonablemente como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor.”

^c El proyecto de artículo 4 presentado por la Secretaría al Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones fue suprimido por el Grupo de Trabajo en dicho período de sesiones. En el proyecto revisado de normas presentado al Grupo de Trabajo en su segundo período de sesiones no se incluyó un artículo 4. A fin de facilitar la comparación con los proyectos de artículos presentados en el primer período de sesiones, se ha conservado la numeración de los proyectos de artículos 5 y 6, que corresponden a los proyectos de artículos 5 y 6 presentados en el primer período de sesiones.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales

1. INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y CLÁUSULAS PENALES (II) (A/CN.9/WG.2/WP.33)*

INDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-7
PARTE I. FORMA EN QUE SE REDACTAN Y SE APLICAN EN DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES	8-50
A. Posible alcance de las normas aplicables a estos contratos	10-20
B. Carácter accesorio de estos acuerdos	21-27
C. Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contractual y el cumplimiento de acuerdos accesorios a ella	28-39
D. Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria y la indemnización por incumplimiento de la obligación contractual a la que es accesoria	40-46
E. Limitaciones a la libertad de las partes para estipular una suma de dinero a modo de pena; y facultades de los tribunales judiciales y arbitrales para modificar la cuantía de la suma estipulada	47-50
PARTE II. TIPOS DETERMINADOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES QUE CONVENDRÍA REGULAR MEDIANTE NORMAS UNIFORMES	51-58
PARTE III. DIFICULTADES JURÍDICAS CON QUE SE TROPIEZA EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES SEGÚN LO MUESTRAN LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES JUDICIALES Y LOS LAUDOS ARBITRALES	59-70
PARTE IV. PROYECTO REVISADO DE NORMAS	71-85

* 12 de febrero de 1981.

INTRODUCCIÓN

1. En su 12.º período de sesiones (1979), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional pidió a su Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales que examinara la posibilidad de formular normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales aplicables a una gran variedad de contratos mercantiles internacionales¹.

2. Atendiendo esta petición, el Grupo de Trabajo celebró su primer período de sesiones en Viena (24 a 28 septiembre 1979)². Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo opinó que se justificaba una labor ulterior sobre el tema de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, y recomendó a la Comisión que el Grupo de Trabajo celebrara otro período de sesiones. Estimó asimismo que, para su consideración en ese segundo período de sesiones, la Secretaría debía presentar un nuevo estudio centrado en las cuestiones siguientes:

a) La forma en que se redactan y se aplican en diversos tipos de contratos mercantiles internacionales las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales;

b) Los tipos determinados de contratos mercantiles internacionales que convendría regular mediante normas uniformes;

c) Las dificultades jurídicas con que se tropieza en la aplicación de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales, según lo muestran las sentencias de tribunales judiciales y los laudos arbitrales³.

3. El Grupo de Trabajo autorizó también a la Secretaría a presentarle, en su próximo período de sesiones, un proyecto revisado de normas sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, si la labor ulterior de la Secretaría revelaba la conveniencia de preparar tales normas revisadas⁴.

4. En su 13.º período de sesiones, la Comisión aprobó la recomendación del Grupo de Trabajo, al que pidió que celebrara un nuevo período de sesiones⁵.

5. El presente informe se presenta en cumplimiento de la petición formulada por el Grupo de Trabajo. Examina las cuestiones reseñadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 2 *supra* y contiene un proyecto revisado de normas.

¹ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.º período de sesiones (1979), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/34/17)*, párr. 31 (*Anuario*... 1979 primera parte, II, A).

² Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor de su primer período de sesiones: A/CN.9/177 (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

³ A/CN.9/177, párr. 41 (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

⁴ A/CN.9/177, párr. 42, (*Anuario*... 1980, segunda parte II). En su primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de normas redactado por la Secretaría.

⁵ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.º período de sesiones (1980) *Documentos oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17, (A/35/17)*, párr. 16. *Anuario*... 1980, primera parte, II, A).

Mientras que en el anterior informe del Secretario General sobre las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales⁶ se atendía en especial a la forma en que enfocan tales cláusulas los diversos sistemas jurídicos, y a los obstáculos que esas diferencias de enfoque oponían a la unificación, el presente informe se concentra en la experiencia corriente en cuanto al uso de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales en los contratos mercantiles internacionales. Aparte de examinar contratos, laudos arbitrales y sentencias judiciales, se ha prestado atención también a las disposiciones que regulan las indemnizaciones fijadas convencionalmente y las penas en las leyes y en las condiciones generales de entrega concebidas con el fin de regular el comercio internacional, así como a los intentos existentes de unificación en lo que respecta a las indemnizaciones fijadas convencionalmente y a las penas.

6. La Secretaría pidió también su parecer a determinadas personas poseedoras de larga experiencia en materia de prácticas contractuales internacionales, y las opiniones de esos expertos se reflejan en el informe cuando procede. Además, a petición de la Secretaría, la Cámara de Comercio Internacional distribuyó un cuestionario a sus comités nacionales, y las respuestas recibidas se resumen en la adición 1 al presente informe.

7. En el análisis que sigue, se utilizará el término "obligación principal" para describir la obligación cuyo incumplimiento entraña el pago de la indemnización fijada convencionalmente o de una pena, mientras que el término "obligación accesoria" denotará la obligación de pagar la indemnización fijada convencionalmente o una pena; y el término "promitente" se utiliza para denotar la parte obligada a pagar la indemnización fijada convencionalmente o una pena, mientras que el término "beneficiario de la promesa" denotará la persona facultada para exigir el pago de la indemnización fijada convencionalmente o de una pena.

PARTE I. FORMA EN QUE SE REDACTAN Y SE APLICAN EN DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES

8. La base para el estudio de esta cuestión fue el archivo de contratos de la Secretaría⁷. Al examinar con-

⁶ A/CN.9/161 (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

⁷ En la actualidad, el archivo comprende unos centenares de contratos y de cláusulas contractuales. La Secretaría ha recibido este material primordialmente de los gobiernos. Esto no obstante, el material no consiste exclusivamente en contratos en los que sea parte un gobierno o una empresa estatal. El archivo contiene muchos contratos celebrados entre empresas de países desarrollados y de países en desarrollo, así como algunos contratos entre empresas de Estados socialistas de Europa oriental y empresas de Europa occidental y de los Estados Unidos de América. Se examinaron ejemplos de los siguientes tipos de contratos: de compraventa (maquinaria, productos agrícolas, mercaderías generales), de construcción, de transporte marítimo, de concesión de licencias, de préstamo, de servicio y arrendamiento, de explotación de minas y de prospección de minerales, de distribución, de constitución de empresas mixtas, y de financiación de proyectos. También se examinaron muestras de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales tomadas de contratos cuyo texto íntegro no fue facilitado.

tratos a los fines de preparar el informe precedente, se atendió primordialmente a cláusulas impresas que figuran en condiciones generales⁸ y se señaló que de esas cláusulas no podían extraerse conclusiones definitivas, dado que el texto impreso puede enmendarse o rechazarse antes de la celebración de un contrato. Además, las condiciones generales disponibles correspondían sólo a unos cuantos tipos de contrato. A los fines del presente estudio sólo se han examinado cláusulas contenidas en contratos celebrados. Con todo, el presente estudio no ha revelado ningún motivo para poner en duda las conclusiones provisionales a que se llega en el estudio precedente.

9. En vista de la labor ya realizada por el Grupo de Trabajo, los contratos y cláusulas se examinaron primordialmente con los fines siguientes: determinar si las prácticas contractuales internacionales seguidas en materia de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales indicaban posibles soluciones a las dificultades halladas por el Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones; y determinar si esas prácticas presentaban características que hubiesen de tomarse en cuenta al formular reglas uniformes. Conviene, por lo tanto, presentar las conclusiones considerándolas a la luz de su relación con las cuestiones principales abordadas en el proyecto de normas considerado por el Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones. Conforme a lo solicitado por algunos miembros del Grupo de Trabajo, se dan, cuando procede, ejemplos de cláusulas tomados de contratos y destinados a esclarecer las fórmulas y los ardidés utilizados por los comerciantes.

A. Posible alcance de las normas aplicables a estos contratos

10. Proyecto de artículo 1

“Las presentes normas se aplican cuando las partes en un contrato hayan acordado (por escrito) que el promitente (deudor), en caso de que no cumpla sus obligaciones o una obligación determinada, en virtud del contrato, pagará al beneficiario de la promesa (acreedor) una suma de dinero o renunciará en favor de éste a una suma de dinero (o realizará un acto específico), a modo de indemnización o pena o ambas cosas⁹.”

11. El Grupo de Trabajo decidió que las normas debían aplicarse a cláusulas de los contratos mercantiles internacionales independientemente del hecho de que en estas cláusulas se previera el pago de una suma de dinero a modo de indemnización por las pérdidas sufridas o a modo de pena a fin de coaccionar al deudor a cumplir su obligación¹⁰. El presente estudio confirmó lo fundado de esta decisión. En muchos casos, la suma de dinero que habría de pagarse en caso de incumplimiento no se describía en el contrato como pena ni como indemnización,

y determinar si la suma caía dentro de una u otra de estas categorías sería a menudo difícil, y a veces imposible, cuando las partes tuvieran la intención de que esa suma fuera tanto pena como indemnización. Es más, las partes no siempre distinguen claramente entre los dos conceptos.

Ejemplo:

“Pena por demora”

Con excepción de las causas de fuerza mayor que entrañen la prórroga del plazo establecido conforme a... *infra*, si hubiere demora en la entrega FOB de... se aplicará una *indemnización por demora* que se detraerá del 10% pendiente de liquidar al suministrador... (subrayado añadido). (Contrato para la venta de fábricas de neumáticos por una empresa de Europa occidental a una empresa asiática.)

12. El deseo de las partes en la fecha de celebración del contrato es cuidar de que el pago de la suma convenida, como quiera que se clasifique, sea exigible.

Ejemplo:

“Por la presente se acuerda, y así expresamente se declara, que, en caso de que un tribunal competente considere, por cualesquiera razones, que el pago de dicha indemnización fijada convencionalmente no es obligatorio, las mencionadas cantidades serán penas.” (Contrato para la venta de equipo por una empresa norteamericana a una empresa extranjera.)

13. El Grupo de Trabajo decidió también que las normas sólo debían regir cuando las partes hubiesen acordado que, en caso de que el promitente no cumpliera la obligación principal, la obligación accesoria habría de entrañar el pago al beneficiario de la promesa de una suma de dinero, o la renuncia a una suma de dinero en favor de este último; y no debían aplicarse a casos en que la obligación accesoria entrañase cosa distinta del pago de una suma de dinero o de la renuncia a una suma de dinero¹¹. Esta restricción del ámbito de aplicación parece justificada, ya que las únicas cláusulas que el estudio ha puesto de manifiesto correspondían al pago de una suma de dinero o a la renuncia a una suma de dinero.

14. El Grupo de Trabajo convino en que las normas debían ser aplicables no sólo a casos relacionados con la promesa de pagar una suma de dinero o renunciar a una suma de dinero por el incumplimiento total de las obligaciones por parte del deudor, sino también a casos de cumplimiento imperfecto o parcial de las obligaciones¹². Corroboró esta decisión el hecho de que, en muchos casos, era difícil determinar si el incumplimiento por el que había de pagarse indemnización o pena debía considerarse como incumplimiento total o como incumplimiento parcial.

Uso contractual de posible interés para la formulación de las normas

15. Momento en que el pago es exigible al promitente

Se hallaron ejemplos de casos en que la obligación de pagar la suma convenida cobraba efectividad no porque el promitente hubiese incumplido el contrato sino a consecuencia de un acto de un tercero.

⁸ A/CN.9/161, párrs. 30 a 40; en especial, párr. 34 (Anuario... 1979, segunda parte, I, C).

⁹ A/CN.9/177, párrs. 14 a 19. (Anuario... 1980, segunda parte, II). La cuestión de los tipos de contrato mercantil internacional a los que podrían aplicarse las normas (A/CN.9/177, párr. 15) se considera en la parte, II *infra*.

¹⁰ A/CN.9/177, párr. 15 (Anuario... 1980, segunda parte, II).

¹¹ A/CN.9/177, párr. 17. (Anuario... 1980, segunda parte, II).

¹² A/CN.9/177, párr. 19. (Anuario... 1980, segunda parte, II).

Ejemplo:

"En el caso que:

"a) a f)...

"g) La (el tercero) o cualquier Agencia de instrumentación de la misma en algún momento dejara de ser propietaria o de tener el control del capital en acciones de la Prestataria o del Garante;

"h)...

"En tal caso el Agente puede, mediante notificación a la Prestataria,

"l) donde los créditos hayan sido adelantados declarar inmediatamente vencidos y pagaderos el principal e interés acumulado del Préstamo y los Pagarés con lo cual los mismos se convertirán de inmediato en vencidos y pagaderos." (Contrato para la concesión de un crédito, por un consorcio de bancos extranjeros, a una empresa latinoamericana.)¹³

16. La suma convenida

En la mayoría de los casos, las partes convenían no en la suma pagadera sino en la fórmula conforme a la cual determinar la suma pagadera con arreglo a las circunstancias del incumplimiento. El valor de la cláusula dependerá de la medida en que se refiera a hechos susceptibles de originar controversias.

17. Mecanismo para el pago de la suma convenida

Tal como está redactada en la actualidad, la norma se refiere a un pago directo del promitente al beneficiario de la promesa¹⁴ o a la renuncia a una suma de dinero en favor del beneficiario de la promesa. Esto no obstante, en muchos casos el mecanismo adoptado para el pago consistía en conferir al beneficiario de la promesa el derecho a exigir el pago recabándolo de una institución financiera que había prestado fianza en favor del beneficiario de la promesa¹⁵. Se halló además que la pérdida de derechos incluía no sólo casos de apropiación de sumas de dinero ya pagadas por el promitente al beneficiario de la promesa¹⁶ sino también la pérdida del derecho a sumas, no pagadas, pagaderas por el beneficiario de la promesa al promitente.

Ejemplo:

"Si hubiere demora en la entrega de máquinas, equipo, instalaciones y materiales correspondientes a la Planta conforme al compromiso adquirido por la Firma, se detraerá de las cantidades exigibles por la Firma, o de la fianza de cumplimiento correspondiente, una suma

de... por cada día civil de demora." (Contrato para la venta de una fábrica de productos químicos por una empresa de Europa occidental a una empresa asiática.)

18. Se hallaron ejemplos de casos en que la pérdida de derechos correspondía a sumas adeudadas conforme a otros contratos celebrados entre las mismas partes.

Ejemplo:

"Las multas o cargos que se formulen afectarán por su orden y hasta el límite precisado en el párrafo precedente, a las facturas emergentes del contrato que estén al cobro o en trámite; a los emergentes de otro contrato que se hallaren en igual situación, siempre dentro del ámbito de la EMPRESA; a todo otro crédito que el VENDEDOR pudiese tener en los restantes componentes de la EMPRESA y finalmente a la garantía pertinente" (subrayado añadido). (Contrato para la venta de maquinaria por una empresa de Europa occidental a una empresa latinoamericana.)

19. Definición de lo que constituyen cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales

En el informe anterior se llamaba la atención sobre ciertas cláusulas que, si bien difieren, en cuanto a la forma, de las cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y de las cláusulas penales, se aproximan a ellas en cuanto sirven los mismos fines¹⁷. En el presente estudio se hallaron ejemplos de cláusulas que prevén la aceleración de los pagos¹⁸ (véase el ejemplo aclaratorio del párrafo 15 *supra*) y de cláusulas de pérdida de derechos¹⁹ (véase el ejemplo aclaratorio del párrafo 17 *supra*). La función de cláusulas de limitación que cumplen la cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales²⁰ se ponía claramente de manifiesto en varios contratos en que se establecía una escala graduada de pagos, por demoras de cumplimiento, que no debían exceder de determinada cantidad máxima²¹. También se hallaron ejemplos de cláusulas en que el pago de sumas descritas como indemnización fijada convencionalmente era exigible a pesar de que los actos del promitente que creaban la exigibilidad del pago de esas sumas no constituían incumplimiento.

Ejemplo:

"Se conviene asimismo en que el presente arreglo, y todos los derechos y obligaciones dimanados del mismo, podrán ser rescindidos por [el Vendedor] en cualquier momento por cualquier razón que, a su sola discreción, éste considere deseable, con la salvedad, no obstante, de que, salvo que el Distribuidor incurra en incumplimiento, el Vendedor deberá avisar al Distribuidor, con antelación de por lo menos 30 días, de su intención

¹³ Semejante cláusula se aparta del concepto tradicional conforme al cual las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente corresponden a obligaciones accesorias. Véase también: A/CN.9/161, párr. 10 (Anuario... 1980, segunda parte, I, C) y el párr. 19 *infra*.

¹⁴ Véase también lo siguiente: "Se considera como cláusula penal toda cláusula según la cual el deudor si no cumple sus obligaciones, quedará obligado, como pena o como indemnización, al pago de una suma de dinero o a la realización de cualquier otro acto específico" (subrayado añadido). Artículo 1 de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973.

¹⁵ Si bien, formalmente, el pagador es la institución financiera, esta recuperará el dinero obeniéndolo del promitente.

¹⁶ En la forma en que se considera la pérdida de derechos en A/CN.9/161, párr. 11 (Anuario... 1979, segunda parte, I, C).

¹⁷ A/CN.9/161, párrs. 7 a 12. (Anuario... 1979, segunda parte, I, C).

¹⁸ A/CN.9/161, párr. 10. (Anuario... 1979, segunda parte, I, C).

¹⁹ A/CN.9/161, párr. 11. (Anuario... 1979, segunda parte, I, C).

²⁰ A/CN.9/161, párr. 12. (Anuario... 1979, segunda parte, I, C).

²¹ Véase también lo siguiente: "Sin embargo, la suma global de la multa por retraso de entrega no podrá exceder del 8% del valor de la mercancía en relación con la cual se hubiere producido el retraso." (Artículo 83(3) de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968-1975).

de rescindir el presente arreglo y todos los derechos y obligaciones dimanados del mismo. La comisión devengada durante el plazo de preaviso — si se requiere, y cuando se dé, tal preaviso — se considerará como indemnización fijada convencionalmente y dimanada de esa rescisión.” (Contrato entre una empresa norteamericana y una empresa extranjera.)

Una cláusula de este tipo puede quizá considerarse como el precio que se ha de pagar a cambio de ejercitar una opción. (Véase también el párrafo 65 *infra*.)²²

Conclusión

20. A los fines de formular una norma relativa a esta cuestión, habría que adoptar algunas decisiones sobre el alcance que se desea dar a las normas y, en particular, sobre los tipos de cláusulas que han de regularse.

B. Carácter accesorio de estos acuerdos

21. Proyecto de artículo 2

“A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para exigir la aplicación de las sanciones acordadas si el deudor no es responsable del incumplimiento de su obligación (no ha incumplido la obligación) a que se refieren las sanciones acordadas.”²³

22. El Grupo de Trabajo convino, en general, con el espíritu de este artículo, que está en consonancia de las normas contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. Con todo, no se hallaron cláusulas contractuales que establecieran esa norma en términos generales. Normalmente, el enfoque adoptado era el de vincular la obligación de pagar la indemnización fijada convencionalmente, o una pena, a las excusas del incumplimiento de la obligación principal especificadas en el contrato. Normalmente, estas excusas especificadas consistían en circunstancias definidas como caso de fuerza mayor, pero a veces se incluían también circunstancias que constituyesen caso fortuito y actos, imputables al beneficiario de la promesa, que hicieran imposible al promitente el cumplimiento de la obligación principal.

Ejemplo:

“Ni..., . . .o. . . serán responsables por cualquiera de las penalidades indicadas en la cláusula 14.1. o por cualquier demora en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones bajo el presente, si tal demora fuese originada en causas imputables a ‘LA EMPRESA’ o en una causa de fuerza mayor o caso fortuito indicados en la cláusula 18.” (Contrato para el suministro de maquinaria eléctrica por un consorcio extranjero a una empresa latinoamericana.)

23. El efecto de la aplicación de las cláusulas de excusa del incumplimiento de la obligación principal consistía a veces en la cesación de la obligación de pagar la indemniza-

ción fijada convencionalmente o la pena, pero a menudo consistía en una modificación de esta última obligación para ponerla en consonancia con una modificación de la primera:

Ejemplo:

“En caso de sobrevenir circunstancias de carácter de fuerza mayor y que imposibiliten el cumplimiento de las obligaciones contractuales del vendedor, este último tendrá el derecho a prorrogar razonablemente el plazo de entrega o rescindir el contrato, en todo caso sin obligarse a indemnización alguna.” (Contrato para el suministro de repuestos eléctricos por una empresa de Europa oriental a una firma latinoamericana.)

24. En todos los contratos examinados se preveía que la obligación accesoria se haría inmediatamente exigible al producirse el incumplimiento de la obligación principal, sin que el beneficiario de la promesa tuviese que cumplir formalidad ulterior alguna, y en unos pocos contratos se especificaba así expresamente:

Ejemplo:

“Penalidades automáticas: la penalidad indicada en la cláusula 14.1 será aplicada automáticamente y sin necesidad de dar notificación previa por escrito, y la demora se considerará incurrida por el mero transcurso del plazo, sin necesidad de ninguna interpelación judicial o extrajudicial.” (Contrato entre una empresa latinoamericana y un consorcio extranjero para el suministro, por éste, de equipo eléctrico.)²⁴

25. Al examinar contratos en relación con esta cuestión, se observó que una cláusula penal ha de evaluarse en el contexto general del contrato en que figure. Por ejemplo, mientras una parte puede negociar la inserción en el contrato de una suma penal muy elevada, la otra puede negociar la inserción en el contrato de cláusulas sobre circunstancias que dispensan del cumplimiento de la obligación principal redactadas con tanta amplitud que limiten muchísimo la probabilidad de que la pena llegue a ser exigible.

26. Casos excepcionales

Se hallaron algunos casos en que las sumas convenidas eran pagaderas por el promitente aun cuando éste no hubiera incumplido el contrato (véanse los párrs. 15 y 19 *supra*).

Conclusiones

27. La mayoría de los contratos examinados reflejaban el principio que inspira el artículo considerado. Las decisiones que han de tomarse en cuanto a los tipos de cláusulas que las normas deben regular (véase el párrafo 20 *supra*) determinarán la forma de tratar los casos excepcionales.

²² Semejante cláusula se aparta del concepto tradicional conforme al cual las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente corresponden a obligaciones accesorias (véanse también los párrs. 21 y 22 *infra*).

²³ A/CN.9/177, párrs. 20 y 21 (Anuario . . . 1980, segunda parte, II).

²⁴ Véase, de todos modos, lo siguiente: “El acreedor que exige la ejecución de la cláusula penal debe formular una citación o una declaración previa, en los casos en que tal citación o declaración sería necesaria para obtener la indemnización por daños y perjuicios acogiéndose a la ley.” Artículo 3 de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973.

C. *Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contractual y el cumplimiento de acuerdos accesorios a ella*

28. *Proyecto de artículo 3*

"1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para exigir la aplicación de las sanciones acordadas cuando exige el cumplimiento de la obligación a que se refieren las sanciones.

"2) La disposición del párrafo 1) del presente artículo no se aplica cuando las sanciones acordadas se refieren a la demora en la ejecución."

Variante del proyecto de artículo 3²⁵

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el pago de una suma convenida no exime al deudor del cumplimiento de la obligación por cuyo incumplimiento haya pagado dicha suma."

29. *Diferencias de opinión en el seno del Grupo de Trabajo*

Se expresaron distintas opiniones, según se reflejan en el párrafo 1) del proyecto de artículo 3 *supra* y en la variante al mismo, en cuanto a la medida en que debía estar facultado el beneficiario de la promesa para exigir el cumplimiento tanto de la obligación principal como de la obligación accesoria. Conforme a una de las opiniones, la exigibilidad acumulativa de ambas obligaciones sería excesivamente rigurosa para el promitente y se traduciría en un enriquecimiento injusto del beneficiario de la promesa. Se manifestó también la opinión de que la obligación principal era de importancia suprema para el beneficiario de la promesa, y sólo la exigibilidad del cumplimiento de la obligación principal junto con el pago de una indemnización por las pérdidas irrogadas por el cumplimiento imperfecto podían protegerle adecuadamente. Esto no obstante, se presenta aquí el parecer de que esta oposición marcada quizá no plantee dificultades tan serias como pudiera parecer a primera vista si la atención se orienta hacia la función que la suma convenida cumple en esta cláusula. Como puede verse más abajo, cualquiera de las dos soluciones diferentes arriba señaladas podría ser apropiada, según las circunstancias del caso.

30. *Sumas convenidas pagaderas por demora*

Hubo, empero, acuerdo general en que, en lo tocante a sumas convenidas pagaderas por demoras en el cumplimiento, el pago de la suma convenida no dispensaba al promitente del cumplimiento de la obligación principal. Aunque ninguno de los contratos examinados estaba en desacuerdo con este principio, fueron raros los casos en que se halló (como en el ejemplo *infra*) un reconocimiento explícito del principio.

Ejemplo:

"Si el Contratista no termina las obras conforme a las Especificaciones y Planos y dentro del plazo fijado por el Calendario de Ejecución del Proyecto, o de cualquier período de prórroga de ese plazo determinado conforme

a lo dispuesto en la cláusula . . . , el Contratista pagará al [comprador] . . . por cada día que transcurra desde la fecha de terminación estipulada hasta la fecha en que las obras queden terminadas satisfactoriamente, sujeto a un máximo del 10% del precio total del contrato señalado en la cláusula 4." (subrayado añadido) (Contrato para el suministro de equipo por una empresa extranjera a una empresa del sudeste asiático.)

31. En tales casos, la acumulación del derecho a la suma convenida y a exigir el cumplimiento es resultado lógico del hecho de que la única finalidad de la suma convenida es indemnizar al beneficiario de la promesa por la pérdida que sufre durante el período comprendido entre la fecha de comienzo de la demora y la de cumplimiento definitivo²⁶.

32. La suma convenida, que normalmente variaba con la duración del período de demora, estaba sujeta a un máximo; y cuando la demora continuaba hasta un punto pasado el cual el beneficiario de la promesa ya no exigía el cumplimiento, se disponían con frecuencia otras sanciones.

Ejemplo:

"Esto no obstante, el período de penalización no excederá de la mitad del plazo total de entrega estipulado conforme al artículo 4 *supra*; y, si excediere, el [comprador] quedará en libertad para resolver el contrato, pero podrá, si así lo desea, prorrogar por dos meses el período de penalización. En caso de que el [vendedor] tampoco cumpla su obligación dentro de este nuevo período, el contrato quedará resuelto y la Fianza de Cumplimiento será confiscada por el [comprador]." (Contrato para el suministro, de fábricas de neumáticos por una empresa de Europa occidental a una empresa asiática.)²⁷

33. *Sumas convenidas pagaderas por defectos de cumplimiento*

Si bien se hallaron frecuentes referencias a sumas convenidas pagaderas por demora, fueron raros los casos en que se encontraron referencias a sumas convenidas pagaderas por defectos de cumplimiento²⁸. Al parecer, el punto hasta el cual las sumas pagaderas por defectos podían exigirse a la vez que el cumplimiento perfecto dependía de la función asignada a la suma.

i) *Reducción de precio*

34. En los casos en que se tenía la intención de que la suma pagadera constituyera una reducción del precio, a fin de establecer una equivalencia entre el nuevo precio a pagar y el cumplimiento imperfecto, no se podía reclamar, además, el cumplimiento perfecto.

Ejemplo:

"Si no se logra alcanzar, según lo indicado en el art. 11.12, los índices garantizados en el curso de las pruebas repetidas, el comprador tiene el derecho de exigir únicamente una reducción del precio de la

²⁶ Véase el párr. 67 *infra*.

²⁷ En relación con la cuestión del derecho a recuperar una pena estipulada para casos de demora cuando la demora se mantiene indefinidamente, véase el párr. 63 *infra*.

²⁸ A/CN.9/161, párr. 37 (Anuario . . . 1979, segunda parte, I, C).

²⁵ El Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto de artículo 4 (A/CN.9/177, párr. 28). (Anuario . . . 1980, segunda parte, II).

máquina correspondiente, igual a 1% por cada por ciento entero de falta del índice garantizado sobre los límites de la tolerancia convenida o acostumbrada, teniendo en cuenta que la rebaja total no debe sobrepasar el 5% del precio de la máquina correspondiente.” (subrayado añadido) (Contrato para la venta de maquinaria eléctrica por una empresa de Europa oriental a una empresa latinoamericana.)²⁹

ii) Corrección de defectos

35. Un contrato puede disponer que la parte perjudicada por el cumplimiento imperfecto tiene derecho a exigir a la otra parte que corrija la imperfección del cumplimiento. En tal caso, si se ha convenido en una suma que cubra las pérdidas que se irrogan durante el período transcurrido entre la fecha en que se reclama la corrección y la fecha en que ésta se efectúa, el pago de la suma convenida no dispensaría al promitente de efectuar las correcciones necesarias para dar cumplimiento perfecto al contrato.

Ejemplo:

“En caso de que el Vendedor no efectúe, dentro de un plazo de 5 (cinco) días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción de la notificación correspondiente, las sustituciones o reparaciones que la garantía requiere, el vendedor deberá pagar una multa de 1 (uno) por ciento por cada semana o fracción de semana transcurrida tras la expiración del citado plazo de cinco días... En caso de que, por cualesquiera razones, el defecto cubierto por la garantía no sea o no pueda ser corregido por el vendedor dentro de un plazo de 35 días contado a partir de la fecha de recepción de la notificación, el comprador tendrá derecho a exigir la sustitución de la máquina o a resolver el contrato en lo que a esa máquina se refiere.” (Contrato para la venta de maquinaria agrícola por una empresa norteamericana a una empresa de Europa oriental.)³⁰

²⁹ También sería razonable prever una pena que cubriese las pérdidas sufridas durante el período que transcurre entre la fecha en que se formula la reclamación por defectos y la fecha en que se llega a un acuerdo sobre reducción del precio, en los casos en que la reducción de precio respondiese exclusivamente al objeto de establecer una equivalencia entre el precio a pagar y el cumplimiento imperfecto. Da ejemplo de esto, en sus párrs. 4 y 5, el Artículo 75 de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968-1975:

“4. En los casos comprendidos en el inciso 3 del presente artículo, el comprador tendrá derecho, siempre que la mercancía no pueda ser utilizada como es debido, a exigir del vendedor el pago de una multa por demora en la entrega, en la cuantía que establece el artículo 83, a partir de la fecha de presentación de la reclamación y hasta el día en que haya sido eliminado el defecto o entregada otra mercancía en sustitución de la defectuosa. Sin embargo, el total de la multa con respecto a una partida o a una unidad de la mercancía, inclusive la multa por retraso de entrega, caso de que hubiere habido tal retraso y de que se hubiere cargado ya el monto de esa multa, no podrá exceder del 8% del valor de la mercancía defectuosa o de la parte defectuosa de la mercancía sujeta a rectificación o sustitución.

“5. En los casos en que las partes acordaren rebajar el precio de la mercancía en lugar de corregir el defecto, al estipular el monto de la rebaja, deberán convenir en si la multa calculada o cargada en conformidad con el párrafo 4 del presente artículo se incluye en el monto de la rebaja o se agrega a él.”

Hay una disposición semejante en los párrs. 5 y 6 del artículo 31.

³⁰ Véase también el artículo 75, párrs. 4 y 5, de las condiciones generales de entrega del CAEM, 1968-1975, citados en la llamada precedente.

36. Las sumas convenidas, como única sanción exigible

A veces, los contratos en que se estipulaba que, en caso de incumplimiento, habría de pagarse una suma convenida no preveían, además de la recuperación de la suma convenida, la obligación de dar cumplimiento al contrato.

Ejemplos:

a) “Si el comprador se negare a recibir las mercaderías o a efectuar el pago, quedaremos facultados para retirarnos del contrato y exigir, a nuestra opción, en concepto de lucro cesante, la indemnización total correspondiente o, sin que se requiera certificado oficial alguno, el reembolso del 10% del valor de las mercaderías.” (Contrato para la venta de mercaderías por una empresa de Europa oriental a una empresa extranjera.)

En el caso anterior, si el comprador se niega a recibir la mercadería y el vendedor opta por exigir el 10% de su valor, es evidente que no puede pedir también el precio³¹.

b) “En caso de que la Conferencia incurriera en cualquier tipo de incumplimiento de la cláusula 3 del presente contrato (haciendo así imposible para el cargador el embarque de una partida de carga de la Conferencia dentro de un plazo razonable, o haciéndolo definitivamente imposible), la Conferencia pagará al cargador una suma que le resarza de los daños sufridos—o una suma igual al 80% del flete (excluidos los cargos adicionales por transbordo) pagadero a uno o más Miembros de la Conferencia con respecto a esa partida, o que les habría sido pagadero si esa partida se hubiese embarcado en uno o más de sus buques, en caso de que esta segunda suma sea menor que la primera—y el cargador tendrá inmediato derecho a resolver el acuerdo.” (Acuerdo entre una Conferencia naviera y un cargador.)

37. Normas existentes

A primera vista, las normas uniformes existentes y las leyes encaminadas a regular los contratos mercantiles internacionales parecen inspirarse en principios distintos en cuanto a la cuestión considerada, en correspondencia con las diferencias de opinión que se reflejan en el proyecto de

³¹ Puede encontrarse una disposición de la misma naturaleza en las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968-1975, Artículo 86:

“1. En caso de incumplimiento del plazo de entrega en los contratos a plazo fijo el vendedor pagará al comprador una multa a razón del 5% del valor de la mercancía no suministrada, siempre que en un convenio bilateral o en el contrato no se establezca otra cuantía para la multa.

“2. Si en un convenio bilateral o en el contrato no se estipulare otra cosa, en caso de incumplimiento del plazo de entrega en los contratos a plazo fijo el comprador tendrá derecho, al resolver el contrato, a exigir al vendedor la indemnización de los perjuicios originados por el incumplimiento del contrato, en lugar de la multa establecida en el inciso 1 del presente artículo.

“3. Si el comprador diere su conformidad para recibir la mercancía con demora en un contrato a plazo fijo, la multa establecida en el inciso 1 del presente artículo no será impuesta. En ese caso el vendedor pagará al comprador una multa por cada día de retraso a partir del primer día de demora, en la cuantía establecida en el artículo 83.”

Si el comprador opta por obtener la multa del 5% a que se refiere el párrafo 1, no puede exigir concurrentemente el cumplimiento del contrato. Si opta por aceptar la recepción con demora (párrafo 3), sólo tiene derecho a exigir multa en una cuantía diferente.

artículo 3 y en la variante al mismo (véanse los párrs. 28 y 29 *supra*). Los textos que siguen parecen conferir al beneficiario de la promesa el derecho a exigir acumulativamente el cumplimiento de la obligación principal y el de la accesoria:

a) "El pago de la pena convencional no dispensa al deudor del cumplimiento de la obligación que la multa garantiza." (Artículo 192 del Código Checoslovaco de Comercio Exterior.)

b) "Se puede exigir el pago de una pena además del cumplimiento de una obligación." (Artículo 304 (1) de la Ley de Contratos de Comercio Exterior de la República Democrática Alemana.)³²

38. En los siguientes textos, parece haberse adoptado una actitud distinta:

c) "El acreedor no puede exigir la ejecución acumulativa de la cláusula penal y de la obligación de la cual esa cláusula depende." (Artículo 2 (1) de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal.)

d) "El beneficiario de una promesa no podrá obtener concurrentemente el cumplimiento de la obligación principal estipulada en el contrato y el pago de la suma estipulada en la cláusula penal a menos que esa suma se haya estipulado por la demora en el cumplimiento. Toda estipulación en contrario será nula." (Artículo 2 del apéndice a la resolución (78) 3 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.)

39. Posibilidad de compatibilización

En la práctica contractual se advierte claramente la posibilidad de hacer compatibles estas posiciones aparentemente distintas aplicando un criterio basado en la función que las partes tengan intención de asignar a la suma convenida, a saber, la de operar en sustitución del cumplimiento (en cuyo caso no habría exigibilidad acumulativa de la penalidad y del cumplimiento), o la de constituir un estímulo para el cumplimiento perfecto y una indemnización por las pérdidas sufridas entre la fecha acordada para el cumplimiento perfecto y la fecha en que éste se efectúa (en cuyo caso la exigibilidad acumulativa sería permisible).

D. Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria y la indemnización por incumplimiento de la obligación contractual a la que es accesoria

40. Proyecto de artículo 5

Variante A

"1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios, sino que sólo puede exigir la suma estipulada.

"2) No obstante, el acreedor no tiene derecho a una suma de dinero superior a la suma estipulada o superior a la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que podría haber reclamado de no haberse estipulado esta suma, cualquiera que sea la cantidad mayor."

³² En el Comentario de la Ley se señala que las partes pueden convenir en que sólo el cumplimiento, o sólo la pena, son exigibles (*Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* — GIW — vom 5. Februar 1976, Berlin 1978, pág. 424).

Variante B

"1) En caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor tiene derecho a recibir la suma de dinero o a pedir la ejecución de la acción según lo estipulado en la cláusula penal. Las partes pueden acordar que esta suma de dinero o esta acción constituyen un mínimo y que el acreedor puede reclamar indemnización completa. En tal caso, el acreedor debe demostrar su pérdida real ante el tribunal competente.

"2) Las partes pueden convenir en que la suma de dinero estipulada constituye una cantidad máxima y que el deudor puede obtener una reducción de la suma estipulada hasta la cuantía de los daños y perjuicios sufridos efectivamente por el acreedor. En tal caso, el deudor debe demostrar su reclamación ante el tribunal competente."

Variante C

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor, además de la suma estipulada, puede obtener indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación contractual, en la medida en que tales daños y perjuicios sean superiores a la cuantía de la suma estipulada."

41. Respecto de esta cuestión se expresaron en el Grupo de Trabajo opiniones divergentes, que se reflejan en las variantes dadas más arriba³³.

42. Recuperación exclusiva de la suma convenida

Se hallaron muchos ejemplos de este principio (variante A, párrafo 1)), particularmente en lo tocante a sumas convenidas pagaderas por demoras de cumplimiento.

Ejemplo:

"El pago de una indemnización fijada convencionalmente de hasta el 10% del valor del Contrato representará el límite de la responsabilidad del Contratista" (por demora en el suministro de equipo). (Contrato para el suministro de equipo por una empresa extranjera a una empresa del sudeste asiático.)³⁴

³³ A/CN.9/177, párrs. 29 a 36. (*Anuario* ...1980, segunda parte, II).

³⁴ Véase también: a) el artículo 193 del Código Checoslovaco de Comercio Exterior:

"Si, mediante un acuerdo al respecto o de alguna otra manera, se ha establecido una pena convencional, el acreedor no tendrá derecho a exigir daños y perjuicios por las pérdidas sufridas como resultado del incumplimiento de la obligación cuyo cumplimiento garantiza la pena convencional."

b) Capítulo 13, párrafo 4, 13.4.1, de las Condiciones generales de entrega de mercaderías de los Países Miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua a la República de Finlandia y de la República de Finlandia a los Países Miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua, 1980.

"Si en el contrato se prevé el pago de una indemnización fijada convencionalmente en caso de demora en la entrega y no se dispone al respecto ninguna otra cosa, el comprador no estará facultado para reclamar, por los daños y perjuicios irrogados por la demora del vendedor en la entrega, más indemnización que la fijada convencionalmente."

c) Artículo 2 (2) de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973: "Las sumas adeudadas en virtud de la cláusula penal reemplazan a los daños y perjuicios adeudados en virtud de la ley."

43. *Recuperación de la suma convenida y recuperación de los daños y perjuicios como sanciones posibles y mutuamente exclusivas*

Los ejemplos de este principio no fueron frecuentes. Se mencionan algunos casos en el párrafo 36 *supra*.

44. *Recuperación de la suma convenida y de daños y perjuicios en la medida en que la pérdida exceda de esa suma*

Se hallaron unos cuantos ejemplos de este principio (*variante B, párrafo 1*) y *variante C*):

Ejemplo:

“En caso de demora en la entrega, se aplicará una pena del ½% por día, sin perjuicio, empero, de la responsabilidad del Vendedor de reembolsar la cuantía real de los daños y perjuicios (daños y perjuicios ocasionados por las compras de cobertura efectuadas por las compras de cobertura efectuadas por los Compradores, etc.) en la medida en que excedan de la cuantía de la multa.” (Contrato de venta entre una empresa de Europa oriental y una empresa extranjera.)³⁵

45. No se encontró en los contratos examinados ningún ejemplo de cláusula que estipulase que, además de la suma convenida, podían recuperarse daños y perjuicios que cubriesen el total de la pérdida sufrida. Tampoco se halló ningún ejemplo de contrato en el que se dispusiera que el promitente pudiera probar que la cuantía real de la pérdida sufrida era menor que la de la suma convenida y pagar compensación sólo por la pérdida real (*variante B, párrafo 2*)³⁶.

³⁵ Véase también el artículo 304 (2) de la Ley sobre Contratos de Comercio Exterior de la República Democrática Alemana: “En todo contrato en que se haya convenido en determinada pena, la cuantía de ésta se deducirá de los daños y perjuicios que hubieren de pagarse.”

El Comentario explica que, de no haber acuerdo en contrario, el beneficiario de la promesa queda en libertad para probar que la cuantía de la pérdida que ha sufrido excede de la de la pena, y recuperar ese exceso.

(Véase: *Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* — GIW — vom 5. Februar 1976, Berlin, 1978, pág. 424 y siguientes)

³⁶ Sin embargo, en el artículo 75 de las Condiciones generales de entrega del CAEM se dispone, entre otras cosas, que, cuando se entregan mercaderías defectuosas, el comprador puede pedir una rebaja del precio (artículo 75 (2)). En ese Artículo se dispone también que el comprador está facultado para exigir el pago de una multa por la pérdida sufrida entre la fecha de su reclamación y la fecha en que se conviene en rebajar el precio (artículo 75 (5)). Las partes pueden acordar que la cuantía de la rebaja de precio incluirá la cuantía de la multa pagadera. El párrafo 6 dispone lo siguiente:

“6. Si las partes conviniere en el monto de la rebaja pero no llegaren a un acuerdo acerca de si se debe incluir la multa prevista en el párrafo 4 del presente artículo en el monto de la rebaja o si se debe sumar a él, entonces, en los casos en que las pérdidas efectivas sufridas por el comprador por no haber utilizado la mercancía hasta el momento de llegar a un acuerdo sobre la rebaja fueren inferiores al monto de la multa, la multa cargada o pagada se reducirá al monto de las pérdidas efectivas; y, en los que fueren superiores a la multa, el monto en que las pérdidas efectivas excedieren a la multa deberá serle abonado al comprador por el vendedor, si así prevé en un acuerdo bilateral.” (subrayado añadido)

Se encuentra una disposición similar en el artículo 31, relativo al caso de que se formule, durante el plazo de validez de la garantía, una reclamación por un defecto cubierto por una garantía, y las partes acuerden sanciones consistentes en una rebaja de precio juntamente con el pago de una multa (véase el Artículo 31 (7)).

Conclusiones

46. La práctica contractual parece apoyar los principios contenidos en el párrafo 1 de la variante A y en el párrafo 1 de la variante B. Cabe señalar que no hay diferencia sustancial entre los principios contenidos en dichos párrafos.

E. *Limitaciones a la libertad de las partes para estipular una suma de dinero a modo de pena; y facultades de los tribunales judiciales y arbitrales para modificar la cuantía de la suma estipulada*

47. *Proyecto de artículo 6*

Variante A

“Una cláusula que estipule una suma pagadera por incumplimiento de contrato será nula si es muy excesiva en relación tanto a) al perjuicio que podría haberse previsto razonablemente debido al incumplimiento, como b) al perjuicio efectivo ocasionado de esta manera. Las relaciones precedentes no son excesivas en la medida en que tal perjuicio no pueda predecirse o determinarse con precisión.”

Variante B

“La suma estipulada podrá ser reducida por el tribunal cuando sea manifiestamente excesiva, pero únicamente cuando dicha suma no constituya una auténtica estimación previa por las partes del perjuicio que podría sufrir el acreedor.”

Variante C

“Una disposición en el sentido de que un tribunal no debe tener la facultad de modificar la suma estipulada.”

Variante D

“Toda cláusula penal cuya cuantía, al momento de ser estipulada, fuera manifiestamente excesiva en relación con los daños y perjuicios que podían preverse como consecuencia del incumplimiento de la obligación se considerará como no escrita.”

48. En el seno del Grupo de Trabajo se expresaron, respecto de esta cuestión, opiniones divergentes, que se reflejan en las variantes dadas más arriba³⁷. Se hallaron algunos ejemplos de casos en que las partes habían indicado sus deseos en cuanto a esta cuestión. Con todo, sus deseos quedarían sujetos a una norma de derecho imperativa.

Ejemplos:

a) “Las tasas de indemnización convenidas y fijadas convencionalmente no serán aumentadas o disminuidas por arbitraje.” (Contrato para la exportación de produc-

³⁷ A/CN.9/177, párrs. 37 a 39 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

tos no agrícolas celebrado entre una empresa norteamericana y una empresa de Europa oriental.)

b) "El contratista queda obligado a pagar al comprador una pena que no podrá reducirse por ningún procedimiento jurídico." (Contrato entre una empresa de Europa oriental y una empresa extranjera.)

49. En algunas leyes y normas uniformes se hallaron disposiciones referentes a la reducción de las penas (véase la variante B):

a) "Cuando la pena convenida es desproporcionadamente elevada en relación con la pérdida irrogada, el deudor está facultado para pedir que se reduzca a una suma razonable." (Artículo 304(5) de la Ley de Contratos de Comercio Exterior de la República Democrática Alemana.)³⁸

b) "Una multa convencional desproporcionadamente elevada puede ser reducida por un tribunal a la cuantía de los daños y perjuicios realmente irrogados, habida cuenta del valor y de la importancia de la obligación." (Artículo 194 del Código Checoslovaco de Comercio Exterior.)³⁹

c) "La suma estipulada podrá ser reducida por el tribunal cuando sea evidentemente excesiva. En particular, la reducción podrá efectuarse cuando la obligación principal se haya cumplido en parte. La suma no podrá ser reducida a por debajo de la indemnización pagadera por no cumplimiento de la obligación. Toda estipulación contraria a lo dispuesto en este artículo será nula." (Artículo 7 de la resolución (78) 3 sobre cláusulas penales en Derecho Civil aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.)⁴⁰

Conclusiones

50. Encuentran apoyo tanto la opinión de que se la suma convenida no debe reducirse como la de que la suma debe reducirse si es excesiva. Aunque en las tres disposiciones relativas a la reducción que se citan (en el párrafo 49 *supra*) se adoptan formulaciones diferentes, parece ser que su objeto principal es prever una reducción tal que la suma tenga primordialmente carácter de indemnización, aun cuando la cuantía de la suma reducida pueda exceder ligeramente de la de la indemnización por daños y perjuicios que pudiera otorgarse conforme a un sistema jurídico nacional.

³⁸ El Comentario señala que la reducción puede no corresponder a la cuantía exacta de la pérdida sino a una suma que puede ser ligeramente superior (*Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* — GIW — vom 5. Februar 1976, Berlin, 1978, pág. 425).

³⁹ Véase también el artículo 67-B de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968-1975: "El arbitraje no podrá reducir la multa impuesta a tenor de las presentes Condiciones Generales de Entrega o de un convenio bilateral." Es de presumir que las multas convenidas por las partes que no queden comprendidas en ninguna de las dos categorías mencionadas pueden reducirse.

⁴⁰ El Artículo 4 de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973, cumple los mismos fines.

PARTE II. TIPOS DETERMINADOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES QUE CONVENDRÍA REGULAR MEDIANTE NORMAS UNIFORMES

Definición del concepto "contrato internacional"

51. El Grupo de Trabajo convino en que las normas propuestas debían aplicarse sólo a los contratos mercantiles internacionales⁴¹. Se necesita llegar a una definición, apropiada en el contexto de las normas propuestas, de los criterios que ha de cumplir un contrato mercantil para que se lo pueda calificar de internacional. En diversos sistemas legales y normas uniformes se han adoptado con este fin diferentes criterios (distintas nacionalidades de las partes en el contrato, vinculación de la transacción con sistemas jurídicos diferentes, el objeto del contrato). Si bien pudiera ser prematuro decidir esta cuestión en la fase actual, cabe señalar que el criterio adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (el de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes)⁴² es sencillo y podría aplicarse a los diversos contratos a los cuales pudieran aplicarse las normas propuestas.

Tipos de contratos internacionales en los que se utilizan cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales

52. Durante el examen de cláusulas contractuales efectuado a los fines del presente estudio, se echó de ver que las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales se utilizaban con regularidad en diversos tipos tradicionales de contratos internacionales (por ejemplo, los de compraventa, transporte, construcción, agencia y distribución). También empero, se utilizaban tales cláusulas en contratos de origen más reciente relacionados con el desarrollo económico (por ejemplo, contratos internacionales para la concesión de licencias para la transmisión de tecnología⁴³ y contratos internacionales entre partes asociadas a los fines de la ejecución de un proyecto concreto⁴⁴). El análisis de estas cláusulas indicó que el empleo de las mismas se relacionaba no con el hecho de que el contrato fuera de determinado tipo, sino con la probable presencia de alguna de las características siguientes:

- i) que el incumplimiento de la obligación principal fuese relativamente fácil de probar (por ejemplo, cuando no se hace la entrega en la fecha fijada, o cuando no se cumple una especificación técnica);
- ii) que existiese, en la fecha de celebración del contrato, alguna base que permitiera estimar la cuantía de la pérdida que probablemente ocasionaría el

⁴¹ A/CN.9/177, párr. 15 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

⁴² Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

⁴³ *Pautas para la adquisición de tecnología extranjera por los países en desarrollo* (publicación de la ONUDI, ID/98), pág. 26; y *Guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know-how in the engineerin industry* (publicación de la CEPE, TRADE/222/R34.1), párr. 75.

⁴⁴ *Guide for drawing up international contracts between parties associated for the purpose of executing a specific project* (publicación de la CEPE, ECE/TRADE 131), párr. 30.

incumplimiento. En relación con ciertos tipos de contratos, parece ser que se han desarrollado, en la esfera mercantil correspondiente, normas que definen los límites de las sumas convenidas que las partes pudieran estipular;⁴⁵

- iii) que pudiera resultar costoso o difícil probar la pérdida real sufrida;
- iv) que el incumplimiento de la obligación principal no revistiera tanta gravedad como para justificar, por lo menos inicialmente, la terminación de la relación entre las partes;
- v) que fuese necesario limitar el riesgo que supone la responsabilidad de la parte culpable de incumplimiento de la obligación principal;
- vi) que se dieran circunstancias por las cuales, para una parte, lo importante fuera que la otra cumpliera el contrato, y no recibir daños y perjuicios por incumplimiento.

53. En la inmensa mayoría de los tipos de contrato, éste puede contener una obligación en relación con la cual se den algunas de las características arriba indicadas, lo que hace que la inserción de una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o de una cláusula penal resulte apropiada. Ciertos tipos de contratos casi invariablemente contienen una obligación respecto de la cual se dan esas características (por ejemplo, la obligación, en un contrato de construcción, de terminar las obras dentro de un plazo especificado). En otros tipos de contrato, esas obligaciones pueden ser menos frecuentes. Por ejemplo, en el contrato de investigación, en el que una parte contrata a la otra para que efectúe investigaciones con vistas a obtener determinados resultados, los deberes del investigador se definen a veces con flexibilidad. El objetivo de la investigación pudiera variar a medida que ésta progresa. La parte que encarga la labor de investigación confía, por lo que se refiere al cumplimiento correcto de lo contratado, en la integridad y solvencia profesional del investigador⁴⁶. En vista de estas circunstancias, en tales contratos es menos

⁴⁵ Así, por ejemplo, en relación con los contratos internacionales de construcción se ha indicado lo siguiente: "El monto de las deducciones por retraso varía según la importancia, complejidad y tamaño del proyecto. En general, oscila entre el 0,0001 y el 0,001% del precio del contrato por día. No suele especificarse un tope, pero si se desea establecer alguno, fijarlo en el 5-10% sería razonable." *Pautas para la preparación de contratos referentes a proyectos industriales en países en desarrollo* (publicación de la ONUDI, ID/149), apartado "Deducciones por retraso" del capítulo IV.

⁴⁶ Las reglas que rigen las actividades de ciertos cuerpos profesionales impiden a sus miembros la inserción de garantías de cumplimiento en los contratos que celebren. "Todo miembro deberá negarse a depositar fianza con vistas a garantizar la fiel ejecución de los trabajos de los servicios técnicos, a menos que ello sea necesario por el uso existente en el país correspondiente" (Norma 21 de las Normas de Conducta Profesional del Instituto Estadounidense de Ingenieros Consultores, reproducidas en el *Manual sobre el empleo de consultores en países en desarrollo* (publicación de la ONUDI, ID/3/Rev. 1), anexo 4). Esto no obstante, a veces se incluyen cláusulas penales (*Draft Guide for drawing up international contracts on consulting engineering, including related aspects of technical assistance* (documento de la CEPE, TRADE/GE.1/R.22/Rev.), párrs. 75 a 77.

frecuente hallar cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales.⁴⁷

54. Las consideraciones que anteceden sugieren que pudiera convenir no excluir tipo alguno de contrato de la aplicación de las normas propuestas. Además, ese intento de exclusión sería también desaconsejable debido a la gran variedad que ofrecen las obligaciones contractuales y a la dificultad de clasificar ciertas combinaciones de obligaciones en categorías con denominaciones específicas. Esto no obstante, cabe concebir que en algunos casos, y por diferentes motivos, pudiera ser inadecuada la aplicación de las normas propuestas.

Razones de orden público

55. En ciertas esferas (contratos de empleo, de préstamo, de arrendamiento), muchos sistemas jurídicos contienen disposiciones especiales basadas en el orden público que pudieran relacionarse con las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales⁴⁸. En algunos casos, estas disposiciones pudieran no ser aplicables a los contratos internacionales, bien por ser de ámbito nacional exclusivamente bien porque los abusos que tratan de refrenar no suelen darse en las transacciones internacionales. Esto no obstante, los Estados pueden preferir que esas disposiciones prevalezcan sobre las normas propuestas cuando aquéllas sean aplicables a contratos internacionales.

Codificaciones existentes

56. Las normas legales que regulan ciertas esferas del comercio internacional pueden codificarse en forma de tratados o leyes a nivel global o regional. Cuando estas codificaciones regulan también el empleo de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o de las cláusulas penales, se puede adoptar el criterio de que es preferible que estas codificaciones prevalezcan sobre las normas propuestas. Cuando la codificación reviste la forma de contratos modelo que son de uso general, la opción dependerá, en gran parte, de los contratos determinados de que se trate. Si, por ejemplo, los contratos están redactados con claridad, responden a las necesidades de la esfera profesional de que se trate y, mediante su utilización regular, han originado una situación en la que ya han cobrado arraigo ciertas expectativas de las partes, pudiera ser más conveniente no aplicar las normas propuestas.

Esferas de la ley de carácter peculiar

57. Pueden hallarse ejemplos de casos en que, en cierta esfera del comercio internacional, se usa una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o una cláusula penal con una significación o función especial. Esto puede deberse a consideraciones peculiares de la esfera en cuestión. Pudiera ser difícil lograr que las características especiales de ese uso encajaran en el contexto de unas

⁴⁷ Endre Lontai, *The Research Contracts* (Leyden, A. W. Sijhoff, 1977, pág. 164.

⁴⁸ Véase también: A/CN.9/161, párr. 14 (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

normas uniformes adecuadas a un amplio campo de contratos⁴⁹.

58. El que sea o no necesario incorporar a las normas una limitación en cuanto a los tipos de contratos que las normas han de regular pudiera depender de las circunstancias en que las normas hayan de llegar a ser aplicables. Así pues, si las normas han de ser aplicables por elección de las partes, podría dejarse a éstas en libertad de no aplicarlas a los contratos para los cuales no resultaran adecuadas.

PARTE III. DIFICULTADES JURÍDICAS CON QUE SE TROPIEZA EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES, SEGÚN LO MUESTRAN LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES JUDICIALES Y LOS LAUDOS ARBITRALES

59. La Secretaría tropezó con dificultades para obtener una muestra representativa de sentencias de tribunales judiciales y laudos arbitrales sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales. Por lo general, los laudos arbitrales se consideran confidenciales, y no se comunican. En cuanto a las sentencias de tribunales judiciales, se tropezó con dificultad para el acceso a las sentencias de muchos países. Además, incluso en el caso de las jurisdicciones en que se tuvo acceso a índices de sentencias sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, estos índices no puntualizaban cuáles de esas sentencias correspondían a cláusulas contenidas en contratos internacionales. Es posible que una búsqueda más prolongada revelase nuevas sentencias pertinentes⁵⁰.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los siguientes comentarios sobre una cláusula penal que se aplica frecuentemente en las pólizas de fletamento ("La sanción por el no cumplimiento de esta póliza de fletamento, probados los daños y perjuicios, no será superior al importe estimado del flete"): "416. ... Como se considera generalmente que esta cláusula es inoperante, y no surte efecto en las demandas por daños y perjuicios en relación con la póliza de fletamento, es difícil comprender por qué razón se mantiene en las pólizas inglesas y estadounidenses. 417. Fuera del derecho inglés y del estadounidense, parece que, en principio, la cláusula penal tiene efectividad, pero la interpretación de la cláusula, en su versión antigua o modernizada, suscita diversas dudas. Por ejemplo: ¿la cláusula es solamente aplicable al incumplimiento total del contrato—como en el caso de que el armador no proporcione el buque o el fletador no entregue la carga—o es aplicable también en caso de incumplimiento por una u otra de las partes, o sólo al incumplimiento por el fletador, como parece que indica el uso de la expresión "importe estimado de flete" para determinar la sanción? ¿Se ha de aplicar la cláusula literalmente, como límite de la responsabilidad, independientemente de la cuantía de los daños y perjuicios que en efecto se hayan sufrido? 418. No parece que ninguna de estas y otras preguntas haya recibido respuesta clara en los distintos ordenamientos jurídicos, y es evidente que la cláusula penal, por las dudas que plantea su interpretación, puede ser causa de dificultades" (*Pólizas de fletamento*, Informe de la Secretaría de la UNCTAD (TD/B/C.4/ISL/13), párrs. 416 y 418). Véase también la Parte III, párr. 66 *infra*, donde se da a una cláusula penal contenida en una póliza de fletamento una interpretación distintiva en relación con la fuerza mayor.

⁵⁰ La Secretaría consultó, entre otras cosas, el siguiente material que contiene laudos: *Yearbook of Commercial Arbitration*, vols. I (1976) a IV (1979) (Kluwer B. V., Países Bajos); *Z orzecznictwa Kolegium Arbitrow przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego* (Wydawnictwo Prawnicze, Varsovia, 1980); *Aus der Sprachpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik*, 1954 a 1968 y 1969 a 1976 (Kammer für

Problemas dimanados del carácter internacional del contrato

60. Como era de esperar, se hallaron sentencias en que los tribunales hubieron de tomar en consideración el efecto de la ley extranjera sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales⁵¹. El grado de dificultad de la determinación de cuál era la ley aplicable y de la averiguación del contenido de la ley dependía de las circunstancias de cada caso.

61. Se hallaron ejemplos de casos en que los tribunales habían aplicado las disposiciones de su propia ley, por las que se permitía la reducción de las penas, basándose en que obligar a cumplir la pena en la cuantía convenida sería contrario al orden público⁵².

62. En cuanto a la exigibilidad de hacer cumplir un fallo extranjero, se decidió que la aplicación errónea de una ley inglesa por un tribunal extranjero, con el resultado de hacer exigible una pena en lugar de invalidarla, no era obstáculo para que el fallo fuese considerado como obligatorio por un tribunal inglés⁵³.

Interpretación del contrato

63. En el caso de diversas sentencias, la cuestión planteada era la de la interpretación del contrato de que se tratase. La mayoría de esos casos no presentaban características de interés a los efectos del presente estudio. Cabe, no obstante, señalar las siguientes sentencias:

1) Se ha observado que las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales se

Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik); *Digest of Court Decisions of the American Arbitration Association*, vol. I a vol. IV, No. 1 (marzo 1980); *Quarterly of the Japan Commercial Arbitration Association* (vol. I (1958) — No. 71 (Oct a Dec 1978); *Decisions of the Moscow Foreign Trade Arbitration Commission*, Part I (1934 a 1951) a Part VII (1971 a 1974); y estudios generales sobre laudos arbitrales en números recientes de las publicaciones *Journal du droit international* (Editions Techniques, S. A., Paris) y *Revue d'Arbitrage* (Librairies Techniques, Paris). En cuanto a la jurisprudencia, aparte de consultar los libros de texto e índices disponibles, se efectuó una búsqueda de casos británicos ocurridos con posterioridad a 1945, recurriendo a los servicios de la biblioteca computarizada LEXIS, que fueron cortésmente facilitados por la casa Butterworths (Telepublishing) Ltd., de Londres. En cuanto a la jurisprudencia estadounidense recogida en la biblioteca LEXIS, se hizo una búsqueda preliminar con la amable ayuda del Sr. E. Allan Farnsworth, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad neoyorquina de Columbia. También se buscaron antecedentes en la biblioteca computarizada EUROLEX, gracias a las facilidades dadas cortésmente por la European Law Centre Ltd., de Londres. La Secretaría agradece profundamente la ayuda que se la ha prestado en esta labor de búsqueda. Un comentarista ha señalado recientemente, que, a juzgar por los casos comunicados, las cláusulas penales no parecen ser motivo frecuente de litigio: Georges R. Delaume, *Transnational Contracts*, vol. I, Oceana Publications, Inc. (1980), párr. 3.04.

⁵¹ Pueden verse algunos casos recientes en: *Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht*, 1976 (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1977), págs. 46 a 52 (aplicación de la ley neerlandesa); *Ibid*, 1978 (Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1980) págs. 35 a 40 (aplicación de las leyes de Ontario (Canadá)); *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre 1976* (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1978), págs. 398 a 400 (aplicación de la ley española). Véase también: *Reichsgericht in Zivilsachen*, vol. 19 (1887), pág. 33.

⁵² OLG Hamburgo, 23 de diciembre de 1902, 59, *Seufferts Archiv*, pág. 63; T. F., 25 de febrero de 1915, *Recueil Officiel* 41, II, 138 (sentencia suiza).

⁵³ *Godard v Gray* (1870), *Law Reports*, VI, *Queens Bench*, pág. 139.

insertan con gran frecuencia en relación con el retraso en el cumplimiento del contrato⁶⁴. Sin embargo, cuando el incumplimiento consiste no en la demora sino en la falta de cumplimiento, la pena es no obstante, recuperable, ya que el no cumplimiento puede interpretarse como demora indefinida⁶⁵.

2) Cuando las disposiciones contractuales referentes a sanciones por incumplimiento que figuren en un contrato escrito no incluyan cláusula penal, pero, en la esfera mercantil de que se trate, se acostumbre a conceder el derecho a recibir indemnización, por las pérdidas causadas por determinado tipo de incumplimiento, disponiendo el pago de una pena conforme a una tasa especificada, la indemnización deberá revestir la forma de pena conforme a esa tasa⁶⁶.

3) Para que una cláusula pueda calificarse de cláusula penal, ha de disponer que la suma convenida es pagadera de producirse incumplimiento de contrato. Una cláusula que estipule que un comprador que pida la prórroga del período de embarque en un contrato C. I. F. puede recibir del vendedor el asentimiento a esa prórroga con tal de que el comprador pague al vendedor una suma de dinero como precio de la prórroga, no es una cláusula penal⁶⁷.

Interpretación de la ley

64. Muchas sentencias tratan de la interpretación de la ley o de la aplicación de la ley a los hechos. La mayoría de estas sentencias se ocupan de cuestiones que no son pertinentes a los efectos del presente estudio⁶⁸. Las siguientes sentencias tratan de algunas de las cuestiones pertinentes más arriba mencionadas.

Carácter accesorio de la pena

65. Si la obligación principal no es válida, el promitente no está obligado a pagar en virtud de la obligación accesoria⁶⁹.

⁶⁴ Véase el párr. 33 *supra*.

⁶⁵ Istvan Szasz, "Chronique de jurisprudence hongroise de droit international privé (1945 a 1972)", *Journal du droit international*, vol. 100, No. 2 (1973), 460 a 494; Azienda cecoslovaca K contro N. E. di Mersin (Turchia), Causa N. 23/66, Corte di arbitro della camera di commercio di Praga, *Diritto Negli Scambi Internazionali*, vol. 6 (1967), págs. 283 a 295.

⁶⁶ Yves Derains, "Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale: chronique des sentences arbitrales", *Journal du droit international*, vol. 102, No. 4 (1975) págs. 916 a 929 (sentencia dictada en el caso No. 2139, en 1974). Puede verse un caso de enfoque similar en cuanto a la concesión del derecho a indemnización en el caso No. 25, *From the practice of the Maritime Arbitration Commission (1969 a 1972)* (Moscú, 1972, pág. 92. En el proyecto de artículo 1 del párr. 10 *supra*, la cuestión de si las normas propuestas deben aplicarse sólo a las cláusulas formuladas por escrito queda pendiente.

⁶⁷ Thos. P. Gonzalez Corporation v. F. R. Waring (International Pty) Ltd. (1978) vol. 1, *Lloyd's Laws Reports*, pág. 494. Véase, respecto de esta cuestión, el párr. 19 *supra*.

⁶⁸ Por ejemplo, sentencias en cuanto a sí, en *common law*, una cláusula determinada debe calificarse de cláusula de indemnización fijada convencionalmente o de cláusula penal: Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castenada 1905, *Appeal Cases*, 6; Hellenic Lines Ltd. v. Embassy of Pakistan, 467, *Federal Reporter, 2nd Series*, 1150.

⁶⁹ *Aus der Spruchpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik (1969 a 1976)* (Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik) 1977, pág. 14; F. Enderlein y H. Strohbach "Chronique de

66. Conforme a una póliza-tipo de fletamento, el fletador había de pagar penas al armador en caso de que ocurrieran demoras en la carga del buque. Se sostuvo que, conforme a la práctica internacional uniforme, se interpretaría el contrato en el sentido de que las penas son pagaderas aun cuando la demora en la carga se deba a caso de fuerza mayor. Al utilizar la póliza-tipo, las partes habían convenido implícitamente en esta interpretación⁶⁶.

Derecho a obtener tanto el cumplimiento de la obligación principal como el pago de la pena o indemnización fijada convencionalmente

67. El pago de penas pagaderas por causa de demora en la entrega de una máquina no es obstáculo para que el comprador obtenga un mandamiento por el que se disponga la entrega de la máquina⁶⁷.

Derecho a recuperar tanto la pena como los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación principal

68. Se hallaron algunas sentencias que apoyaban el criterio de que no se puede recuperar tanto la pena como los daños y perjuicios⁶⁸. Sin embargo, también se ha fallado en el sentido de que cuando un vendedor sabe que los bienes que vende se destinan a formar parte de una máquina que el comprador se dispone a vender a un tercero, y la demora en la entrega de los bienes causa a su vez una demora en la entrega de la máquina, el vendedor es responsable tanto de las penas estipuladas para caso de demora como de los daños y perjuicios que el comprador haya de pagar al tercero⁶⁹.

Reducción de la cantidad convenida

69. El hecho de que no sufriera daños el beneficiario de la promesa, o de que los sufriera en cuantía inferior a la

jurisprudencia de la R. D. A." *Journal du droit international*, vol. 107, No. 3 (1980) págs. 692 a 720 (Entreprise N., Budapest, Hongrie c. VEAHB E., Berlin, R. D. A.).

⁶⁶ Svetozar Hanak, "Chronique de jurisprudence tchecoslovaque" *Journal du droit international*, vol. 93 (1966), págs. 879 a 883. Véase el párr. 57 *supra*.

⁶⁷ Sentencia dictada en el caso del litigio entre la Foreign Trade Organization COMPLEX de Hungría (suministro de conjuntos de planta y equipo) contra la V/O Tjahpromexport, No. 109, *Collected Arbitration Cases, Part IV*, The U.S.S.R. Chamber of Commerce and Industry, Law Section (Moscú). La cuestión se decidió remitiéndose al Artículo 36 de los Fundamentos del Derecho Civil de la URSS y de las Repúblicas Socialistas Soviéticas Federadas.

⁶⁸ Sentencia de 6 de marzo de 1941 dictada respecto de la reclamación de V/O Raznoimport contra la Bulgarian Joint-Stock Company Musulla and Trading House Serdika., No. 18, *ibid*, Parte I. La cuestión se decidió remitiéndose al artículo 141, Nota 1, del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia; sentencia de 12 de marzo de 1941 dictada en el caso de la reclamación de la V/O Vostokintorg contra la empresa turca Sümmmerbank (Izmir), No. 19, *ibid*; sentencia del 18 de febrero de 1966 dictada en el caso de la Maschinen-Export (Berlín) contra la V/O Machinoexport, No. 152, *ibid*, Parte V. La cuestión se decidió remitiéndose al protocolo de 11 de abril de 1958 entre la URSS y la República Democrática Alemana; Istvan Szasz "Chronique de jurisprudence hongroise de droit international privé (1945 a 1972)", *Journal du droit international*, vol. 100, No. 2 (1973) págs. 460 a 497. La cuestión se decidió remitiéndose a las disposiciones de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1958.

⁶⁹ F. Enderlein y H. Strohbach, "Chronique de jurisprudence de la R. D. A.", *Journal du droit international*, vol. 107, No. 3 (1980), págs. 692 a 701 (U. GmbH, R. D. A. c. Entreprise T. Yugoslavie).

de la pena, no era motivo para denegarle el derecho a la recuperación de la pena, o a su reducción, porque la cantidad convenida tenía el carácter de indemnización uniforme⁶⁴.

70. Como factores que justificaban la reducción de las penas se reconocieron los siguientes:

a) El que la cuantía de la pena fuera excesiva en relación con el valor de las mercaderías, y la importancia relativa de la culpa del promitente; o

b) Que el beneficiario de la promesa contribuyera por igual al incumplimiento del contrato⁶⁵.

c) La índole excesiva de la pena en relación con la pérdida sufrida; o

d) Cuando el beneficiario de la promesa, al actuar en contravención de la práctica establecida, hubiese contribuido a su propia pérdida⁶⁶.

PARTE IV. PROYECTO REVISADO DE NORMAS

71. El proyecto revisado de normas, con observaciones, que se expone a continuación se presenta con la intención de asistir al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones. La finalidad de estos proyectos de normas revisados se limita a las cuestiones suscitadas durante el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo. Las normas se han dispuesto en el mismo orden en que se presentaron en su etapa precedente de proyecto preliminar al Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones. Es posible que hayan de ampliarse para abarcar otras cuestiones que el Grupo de Trabajo quizá desee considerar (por ejemplo, atribución de la carga de la prueba, consecuencias de la anulación o resolución del contrato por una de las partes).

Ámbito de aplicación

72. Proyecto de artículo 1 revisado

"Las presentes normas se aplican a los contratos en que las partes hayan acordado [por escrito] que, en caso de que una parte (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o confiscar, una suma convenida de dinero."

Observaciones

73. Se ha procurado reflejar las decisiones tomadas por el Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones⁶⁷.

⁶⁴ *Aus der Spruchpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik* (1954 a 1968) (Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik, 1979), pag. 140 (se decidió remitiéndose a las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1958).

⁶⁵ Istvan Szasz, "Chronique de jurisprudence hongroise de droit international privé (1945 a 1972)", *Journal du droit international*, vol. 100, No. 2 (1973), págs. 400 a 495. Se actuó refiriéndose a las disposiciones del Código Civil húngaro.

⁶⁶ Laudo de 7 de mayo de 1956 correspondiente al caso de la Deutscher Innen- und Außenhandel Chemie (Berlín) contra la V/O Soyuzkhimexport, No. 52, *Collected Arbitration Cases, Part II*, The U.S.S.R. Chamber of Commerce and Industrie, Law Section (Mosú). Se actuó remitiéndose al artículo 142 del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia.

⁶⁷ A/CN.9/177, párrs. 14 a 19 (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

Por consiguiente, no se hace referencia al objeto del acuerdo (pena, indemnización, limitación) ni a la posibilidad de la realización de un acto específico por el deudor.

74. La atención se ha desplazado del deber del deudor de pagar (como en el texto anterior) al derecho del acreedor a cobrar, a fin de cubrir el caso en que el acreedor cobra cantidades en virtud de una fianza de cumplimiento (véase el párr. 17, *supra*)

75. Han de considerarse las cuestiones siguientes:

1) Definición de las circunstancias en virtud de las cuales se podría calificar de internacional a un contrato;

2) Si debe excluirse del ámbito de las normas algún tipo de contrato y, de ser así, cómo efectuar la exclusión; y

3) Si se debe mantener o no la exigencia de un acuerdo escrito.

Regulación del contrato por las normas

76. Proyecto de artículo 2 revisado

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para cobrar o confiscar la suma convenida si el deudor no es responsable del incumplimiento."

Observaciones

77. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo⁶⁸ en cuanto al fondo de este artículo. El artículo entra en juego cuando se puede oponer excepción a una acción de indemnización por incumplimiento o cuando el derecho del acreedor dimanado del incumplimiento se extingue (por ejemplo, por expiración del plazo de prescripción). Quizá haya que aclarar la cuestión de la atribución de la carga de la prueba.

78. Proyecto de artículo 3 revisado

"1) Cuando la intención de las partes respecto de la suma convenida sea que ésta sirva de indemnización completa de una pérdida irrogada por incumplimiento, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento si exige el cobro, o la confiscación de la suma convenida.

2) Cuando la intención de las partes respecto de la suma convenida sea que ésta sirva para indemnizar al acreedor, en caso de incumplimiento y la de cumplimiento perfecto, el acreedor podrá exigir el cumplimiento, y exigir también el cobro, o la confiscación, de la suma convenida.

3) Las partes podrán, mediante acuerdo, disponer cosa distinta."

Observaciones

79. Este artículo, y el proyecto de artículo 5 *infra* corresponde a dos cuestiones relacionadas entre sí: regular la combinación de posibles sanciones, y evitar abusos.

80. El Grupo de Trabajo no estuvo de acuerdo sobre los principios que debían regular esta cuestión⁶⁹. El contar

⁶⁸ A/CN.9/177, párrs. 20 y 21 (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

⁶⁹ A/CN.9/177, párrs. 22 a 28 (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

con una norma en virtud de la cual, en todas las circunstancias, el acreedor sólo tuviese derecho al cobro de la suma convenida se traduciría, en algunos casos, en que el acreedor no quedaría suficientemente indemnizado. El contar con una norma en virtud de la cual, en todas las circunstancias, el acreedor pudiese cobrar la suma convenida y también exigir el cumplimiento de la obligación incumplida se traduciría, en algunos casos, en un exceso de indemnización. En los apartados 1) y 2) del proyecto de artículo *supra* se procura atender a dos casos que se dan con frecuencia en la práctica y exponer resultados aceptables para tales casos⁷⁰. Conforme al apartado 3), las partes quedan en libertad para modificar estos resultados y prever lo necesario para enfrentar otras situaciones.

81. Es de señalar que la regulación de la posible combinación de sanciones es sólo uno de los factores de la evitación de indemnizaciones poco equitativas. También es de importancia la cuantía de la suma convenida como pena o como indemnización fijada convencionalmente. Así pues, aplicando el apartado 1) del proyecto de artículo *supra*, si la suma se fija en una cantidad que excede del valor de la pérdida ocasionada por el incumplimiento, el acreedor quedará excesivamente indemnizado. La variación de la suma especificada prevista en el proyecto de artículo 6 puede considerarse como un remedio eficaz de la indemnización poco equitativa.

82. Proyecto de artículo 5 revisado⁷¹

“Si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor sólo estará facultado para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, pero no estará facultado para exigir daños y perjuicios. Las partes pueden convenir en que el acreedor, si prueba que su pérdida excede de la cuantía de esa suma, pueda cobrar también la cantidad en exceso.”

⁷⁰ Véase el párr. 29 *supra*.

⁷¹ El Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto preliminar de artículo 4 (A/CN.9/177, párr. 28) (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

Observaciones

83. En lo que respecta a la cuestión regulada mediante esta norma, los principios contenidos en el proyecto de artículo dado más arriba se reflejaban con suma frecuencia en los contratos examinados.⁷²

84. Proyecto de artículo 6 revisado

Variante 1

“La suma convenida no será aumentada ni reducida.”

Variante 2

“La suma convenida estipulada podrá ser reducida cuando sea [manifiestamente] [muy] excesiva [en relación con la pérdida que se ha producido], pero sólo si esa suma no constituye una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor.”

Variante 3

“Todo acuerdo de la clase descrita en el artículo 1 será nulo si la suma convenida es [manifiestamente] [muy] excesiva en relación tanto con a) la pérdida que podría haberse previsto razonablemente debido al incumplimiento, y b) la pérdida efectiva ocasionada de esta manera. El acuerdo no será nulo si la pérdida no hubiese podido predecirse con precisión o no pudiera determinarse con precisión.”

Observaciones

85. Las formulaciones dadas más arriba se basan en variantes sometidas a la consideración del Grupo de Trabajo⁷³. La variante 1 dispone que la suma especificada no podrá ser reducida; la variante 2 dispone que podrá ser reducida en ciertas circunstancias; y la variante 3 dispone que puede ser nula en ciertas circunstancias. Los trabajos futuros habrán de depender de una decisión en cuanto a cuál de estos enfoques ha de adoptarse.

⁷² En cuanto a las variantes consideradas por el Grupo de Trabajo, véase: A/CN.9/177, párrs. 29 a 36 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

⁷³ A/CN.9/177, párrs. 37 a 39 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

2. INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: ANÁLISIS DE LAS OPINIONES DE LOS EXPERTOS Y DE LAS RESPUESTAS AL CUESTIONARIO DE LA SECRETARÍA SOBRE CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y CLÁUSULAS PENALES (A/CN.9/WG.2/WP.33/Add. 1)*

INDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-2
ANÁLISIS DE LAS OPINIONES Y DE LAS RESPUESTAS	3-20
Pregunta 1	3-4
Pregunta 2	5-6
Pregunta 3	7-8
Pregunta 4	9-10
Pregunta 5	11-12
Pregunta 6	13-15
Pregunta 7	16-18
Pregunta 8	19-20

* 9 de marzo de 1981.